

# O ART. 8º, §§ 2º E 3º, DA LEI Nº 13.467/2017: UMA REAÇÃO HERMENÊUTICA AO ATIVISMO JUDICIAL?

*ARTICLE 8, §§ 2 AND 3, OF STATUE NO. 13.467/2017: AN  
HERMENEUTICAL REACTION TO JUDICIAL ACTIVISM?*

**Maria Cristina Irigoyen Peduzzi\***

**RESUMO:** O presente estudo tem por objeto a interpretação e aplicação do art. 8º, §§ 2º e 3º, da CLT, introduzidos pela Lei nº 13.467/2017. Os novos dispositivos acrescentados são interpretados como medida de contenção judicial. As normas acrescentadas impedem a criação jurisprudencial de direitos e obrigações não previstos em lei, bem como restringem o exame da validade de normas coletivas aos elementos essenciais do negócio jurídico. O artigo discute a compatibilidade da alteração legislativa com teorias recentes da decisão judicial, que, identificando no ativismo judicial um elemento próprio das democracias contemporâneas (Hirschl), prescrevem a observância estrita da legislação (Waldron) e a autocontenção dos juízes (Sunstein).

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo Judicial. Reforma Trabalhista. Hermenêutica Jurídica.

**ABSTRACT:** *The article discusses the interpretation and application of Article 8, §§ 2 and 3, of the Consolidation of the Labor Laws, added by Statute no. 13.467/2017. The new legal norms are interpreted as a constraint to judicial activity. The new norms not only forbid the creation of rights and legal obligations through non-binding precedents, but also prevent judges to evaluate the content of collective bargaining agreements, by authorizing only the analysis of the contract's essential elements. The article discusses the compatibility between the statutory innovation and recent theories of judicial decision, which regard judicial activism as a proper element of contemporary democracies (Hirschl), prescribing the strict adherence to legislation (Waldron) and judicial self-restraint (Sunstein).*

**KEYWORDS:** *Judicial Activism. Labor Law Reform. Legal Hermeneutics.*

## Introdução

O conceito de Estado de Direito se confunde com a ideia de segurança jurídica. Uma sociedade democrática livre, regida pelo direito, somente é possível caso seus cidadãos tenham expectativas normativas estáveis a respeito de seus direitos e deveres. E essa estabilidade social é a consequência mais direta da adoção de uma ordem jurídica que institucionaliza no seu âmago o princípio da segurança jurídica.

---

\* *Ministra do Tribunal Superior do Trabalho; mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB).*

## DOCTRINA

O crescimento comercial, econômico, financeiro e a estabilidade social que o Ocidente viu desde o fim do século XVI somente foram possíveis com a evolução institucional do Estado de Direito. Um governo centralizado, capaz de unificar o sistema de pesos e medidas e de adotar uma moeda única no plano nacional, foi essencial para diminuir os custos de transação das relações comerciais. Mas não apenas isso: o passo decisivo foi a garantia concreta de que o governante deveria respeitar os direitos individuais de propriedade, assegurando aos empreendedores a previsibilidade institucional necessária para assumir riscos calculados com intuito de lucro futuro.

Em suma, a estabilização civilizatória dos últimos séculos somente foi possível porque o Estado passou a garantir aos particulares a segurança jurídica. Como bem nos lembra Max Weber, “a racionalização e a sistematização do direito em geral e (...) uma crescente calculabilidade do funcionamento do processo jurídico em particular, constituíram uma das mais importantes condições para a existência de (...) empreendimentos capitalistas, que não podem passar sem segurança jurídica”<sup>1</sup>. Somente com a certeza do direito a partir de leis abstratas aplicáveis a todos, que é o cerne da ideia de Estado de Direito, as atividades econômicas podem ser estruturadas consoante planejamento adequado, antecipando as consequências jurídicas futuras de suas ações.

No âmbito das relações trabalhistas, a excessiva oscilação da jurisprudência tem sido criticada como fonte de insuperável insegurança pelos agentes privados. A incerteza quanto ao marco normativo de regência da relação trabalhista induz potenciais empregadores a adotarem atitudes economicamente mais conservadoras. Ao invés de contratar mais empregados e expandir seus negócios, a incerteza jurisprudencial leva muitos empresários a optarem por contratar menos e diminuir o ritmo de crescimento econômico para reduzir o risco de sofrerem ações judiciais.

A estabilidade jurisprudencial é, por isso mesmo, um importante incentivo à atividade econômica. Certas das consequências jurídicas de decisões econômicas, empresários podem planejar adequadamente suas atividades e, como resultado, contratar mais e reduzir o desemprego.

Com esse espírito, a reforma promovida pela Lei nº 13.467, de julho de 2017, inovou no ordenamento jurídico ao instituir mecanismos legais de proteção à segurança jurídica. Pretendeu-se, primordialmente, combater o ativismo jurídico e a instabilidade que o acompanha, na medida em que os juízes

---

1 WEBER *apud* TRUBEK, David M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, p. 168, 2007.

ativistas tendem a desconsiderar a jurisprudência em prol da defesa de suas próprias concepções de justiça. A fim de alcançar tal objetivo, evitando-se a ampla oscilação jurisprudencial no âmbito das relações trabalhistas, o legislador buscou instituir restrições hermenêuticas e institucionais que merecem maiores discussões.

### **1 – Limitações institucionais e hermenêuticas estabelecidas pela Lei nº 13.467/2017**

A reforma trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/2017 alterou substancialmente questões afeitas à interpretação, aplicação e integração do direito do trabalho, com especial atenção ao tema da autocontenção judicial<sup>2</sup>. As alterações podem ser compreendidas em contexto de reação política ao que se considerou excessos da jurisprudência trabalhista, em especial no que diz respeito à definição da validade de normas coletivas.

Nesse sentido, destaco trechos do parecer do Senador Relator do Projeto de Lei na Comissão de Assuntos Sociais do Senado, Ricardo Ferraço, que opinou pela aprovação integral da reforma trabalhista. O Relatório denotou a constante preocupação com a insegurança jurídica gerada pelo ativismo judicial das Cortes trabalhistas. De acordo com o parecer, “(...) 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?”. De acordo com ele, o ativismo “se caracteriza pela infame invasão das competências do Congresso Nacional; pela insegurança jurídica que inibe a criação de empregos; e por decisões impensadas que em seu conjunto acabam por prejudicar o trabalhador”<sup>3</sup>.

Com fundamento nessa percepção, o parecer indica a nova redação dada ao art. 8º da CLT como reação ao ativismo judicial, especialmente no que diz respeito aos §§ 2º e 3º, incluídos pela Lei nº 13.467/2017. Também o § 1º (antigo parágrafo único) sofreu alteração, no que diz respeito à admissibilidade do direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho. Na

---

2 MASSI, Alfredo. Interpretação, integração e aplicação do direito do trabalho, sob a ótica da reforma trabalhista. In: FIGUEIREDO, Carlos Artur *et al.* (Org.). *Reforma trabalhista: novos rumos do direito do trabalho e do direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018. p. 19.

3 Ambas as passagens foram extraídas de: FERRAÇO, Ricardo. *Parecer ao PLC nº 38, de 2017*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5333909&ts=1534273719499&disposition=inline&ts=1534273719499>>. Acesso em: 17 out. 2018.

redação anterior, impunha-se a compatibilidade do direito comum (civil) aos “princípios fundamentais” do direito do trabalho, exigência não mais constante da norma legal.

Verifica-se, nesse aspecto, que o Legislador objetivou ampliar a aplicação dos princípios civilistas ao direito do trabalho, admitindo, sem ressalvas quanto à compatibilidade sistemática com princípios justralhistas, a possibilidade de sua aplicação subsidiária. Trata-se de consequência da mentalidade que orientou a reforma trabalhista, que visou valorizar a autonomia negocial das partes sujeitas a uma relação empregatícia, nos aspectos coletivo e individual. Tal impressão é confirmada pela leitura do § 3º do art. 8º. De acordo com o dispositivo, ao examinar normas coletivas, a Justiça do Trabalho está adstrita ao exame exclusivo da “conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104” do Código Civil, devendo balizar sua atuação “pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”<sup>4</sup>.

Além disso, o § 2º é dirigido frontalmente à questão do ativismo judicial. A norma proíbe explicitamente que o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho editem “súmulas e outros enunciados de jurisprudência” que restrinjam “direitos legalmente previstos” ou “criem obrigações que não estejam previstas em lei”. Trata-se de evidente busca de imposição da supremacia da legislação como postulado de hermenêutica jurídica, a indicar a observação estrita do direito legislado.

A alteração do art. 8º não passou incólume a críticas. Destaco dois argumentos como principais. O primeiro é o argumento *hermenêutico*. Segundo essa crítica, o novo § 2º do art. 8º incorporou uma teoria hermenêutica ultrapassada, adotada pela escola da exegese no século XIX, que compreendia a função

---

4 Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, por exemplo, sustentam que pouco mudou, ante a necessidade de as normas coletivas observarem os direitos mínimos estipulados na Constituição e por normas internacionais. De acordo com os autores, “(...) a interpretação racional, lógica, sistemática e teleológica do novo § 3º do art. 8º da Consolidação é no sentido de que a Justiça do Trabalho, ao examinar os preceitos constantes dos diplomas coletivos negociados (convenções coletivas e/ou acordos coletivos do trabalho), deve compreender o papel regulador complementar à ordem jurídica heterônoma estatal que é cumprido pela negociação coletiva trabalhista, respeitando, de maneira geral, os seus dispositivos celebrados. Entretanto esse respeito aos dispositivos celebrados pela negociação coletiva trabalhista não significa sufragar agressão frontal, por tais dispositivos, se houver, ao patamar civilizatório mínimo fixado pela Constituição da República e pelas normas internacionais imperativas sobre direitos humanos econômicos, sociais e culturais, inclusive trabalhistas. Não significa, igualmente, sufragar agressão frontal, por tais dispositivos, ao piso civilizatório fixado pelas normas legais imperativas federais de proteção às condições de trabalho, respeitadas, naturalmente, as ressalvas jurídicas pertinentes”. Cf. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 107.

jurisdicional como mero exercício silogístico de aplicação do direito. Ao juiz competia reproduzir a vontade do legislador, sem qualquer papel criativo. A crítica considera que, hoje, a partir das teorias hermenêuticas mais recentes – como a de Dworkin e Alexy –, o juiz é considerado ativo produtor do direito, que deve buscar no ordenamento jurídico não apenas regras, mas também os princípios que incidem no caso concreto. O segundo argumento, *institucional*, alega que o § 2º “revela mais uma incompreensão acerca da função judicial do que efetivamente enuncia uma restrição interpretativa”. Segundo a crítica, a própria natureza da jurisdição exige que o juiz pondere as técnicas científicas da hermenêutica jurídica, usando os métodos de interpretação literal, lógico-razional, sistemático e teleológico para evitar resultados interpretativos absurdos<sup>5</sup>.

Tais críticas, contudo, não se sustentam. Mais recentemente, o ativismo judicial tem sido bastante estudado como fenômeno institucional, e não apenas sob o prisma voluntarista contra o qual as críticas à reforma têm se dirigido. Contudo, compreender a premissa voluntarista dos discursos sobre o ativismo é essencial para entender a evolução teórica a respeito da questão.

## 2 – Segurança jurídica e ativismo judicial: a premissa voluntarista

O fenômeno do ativismo judicial tem sido muito discutido desde as décadas de 1980 e 1990, em virtude do reconhecimento, no âmbito internacional, do fracasso das abordagens positivistas quanto à hermenêutica jurídica. De acordo com positivistas como Hans Kelsen e Herbert Hart<sup>6</sup>, a própria necessidade intrínseca de interpretação das normas jurídicas torna impossível o controle da atividade judicial, uma vez que sempre existirá espaço residual de liberdade hermenêutica a ser preenchido por uma decisão concreta do julgador.

Abandonada a esperança de controlar a interpretação legal, surgiu uma nova questão: considerando a textura aberta do direito, que postura devem os juízes adotar ao interpretar a lei? Ainda nos anos 1960 e 1970, dois modelos antagônicos de interpretação judicial passaram a discutir esse problema – descritos por Ronald Dworkin como os modelos da *moderação judicial* e do *ativismo judicial*<sup>7</sup>.

---

5 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Op. cit.* p. 107.

6 Cf., a propósito, KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. Tradução para o inglês da segunda edição alemã por Max Knight. Clark: The Lawbook Exchange, 2005. p. 348-356; e HART, Herbert L. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

7 OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Ativismo judicial, autorrestrrição judicial e o minimalismo de Cass Sunstein. *Diritto & Diritto*, v. 1, p. 1-21, 2008.

O paradigma da moderação judicial prescreve uma postura contida dos juízes, que deveriam se abster de avaliar a posição do Poder Legislativo em temas controversos. O Poder Judiciário não deveria jamais questionar a validade da lei, mas apenas avaliar o procedimento formal adotado pelos órgãos legislativos. Segundo essa concepção, o Judiciário não poderia declarar a inconstitucionalidade de uma lei em decorrência de violar o conteúdo material de uma disposição constitucional abstrata, portanto.

Em contrapartida, o programa do ativismo jurídico exige dos juízes a postura oposta. Eles devem ser audaciosos ao interpretar princípios constitucionais de conteúdo aberto, como a igualdade, a liberdade ou a dignidade da pessoa humana. O juiz ativista é aquele que busca, com sua atuação, afirmar sua concepção política sobre o direito<sup>8</sup>. Para o ativismo, portanto, não há diferença entre direito e política: assim como um deputado ou senador, o juiz é um agente político que decide questões judiciais com base em critérios estritamente políticos.

O próprio Dworkin alerta para os riscos do ativismo: “[u]m juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”<sup>9</sup>.

As alternativas mencionadas, contudo, compartilham o fato de que se concentram no aspecto *voluntarista* da atividade judicial. Abordam *como* um juiz *deveria* interpretar a lei, considerando sua atividade hermenêutica apenas como um produto da vontade humana, desconsiderando elementos institucionais envolvidos no ativismo.

### 3 – Olhares institucionais sobre o ativismo judicial

Mais recentemente, estudiosos têm apresentado críticas ao ativismo judicial sob prisma diverso. Ao invés de se concentrar nos aspectos subjetivos e voluntaristas da decisão judicial, pesquisas contemporâneas têm buscado identificar como o ativismo judicial pode resultar de incentivos e obstáculos explícitos e implícitos do funcionamento ordinário das instituições.

---

8 Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 215.

9 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 451-452.

Destaco aqui as recentes formulações críticas de Ran Hirschl, professor da Faculdade de Direito de Toronto, Jeremy Waldron, professor de direito da New York University, e de Cass Sunstein, da Harvard Law School.

### **3. 1 – Ran Hirschl: ativismo judicial como consequência da juristocracia**

Ran Hirschl enfrenta a questão do ativismo judicial a partir de uma perspectiva institucional. Para ele, o ativismo é um problema sistêmico-institucional, decorrente da concentração de funções político-institucionais no Judiciário, o que ocorre por razões eminentemente políticas. Não é, assim, uma função do comportamento individual de um juiz que busca implementar sua própria concepção de justiça, mas resulta de incentivos explicitamente institucionalizados no sistema jurídico.

Segundo Hirschl, existe uma tendência global para a juristocracia, fenômeno que consiste na transferência de prerrogativas centrais que sempre foram típicas do Poder Legislativo e do Poder Executivo para o Poder Judiciário. Segundo a tese, essa é uma tendência mundial pelo menos desde metade do século XX, observável em pelo menos oitenta países, com um ritmo que tem se acentuado nos últimos anos. O ponto característico da juristocracia é a judicialização de questões fundamentais da política democrática, resultando na concentração excessiva de decisões fundamentais no Poder Judiciário e no esvaziamento das instituições políticas.

Mas quais as causas da juristocracia? A tese central sustentada por Hirschl é baseada no que o professor denomina de “tese da preservação hegemônica”: a juristocracia, com o consequente ativismo judicial que ela acarreta, resulta do alinhamento de interesses político-estratégicos de três grupos – elites políticas, econômicas e judiciárias. Os Tribunais são instituições políticas e, como tal, não operam em um vácuo institucional e ideológico. Assim, a expansão do poder judicial e, principalmente, a deferência dos demais poderes às decisões das Cortes deve ser compreendida no contexto da política.

Que fatores políticos, segundo Hirschl, levam ao ativismo judicial? Primeiramente, a concentração de funções no Judiciário pode decorrer de um sistema político disfuncional e fraco, que abre espaço para outras instituições ocuparem seu lugar. A falta de governabilidade e a incapacidade estrutural da política majoritária corroem a autoridade dos Poderes Legislativo e Executivo, levando a uma situação de dependência do único Poder aparentemente “apolítico” – o Judiciário.

Uma outra hipótese proposta por Hirschl é a de que elites políticas preferem obedecer à maior intervenção dos juízes porque sua própria posição econômica, política e social é reforçada pelas decisões judiciais a um custo político menor. Isso ocorre porque as decisões judiciais, ainda que fundadas em critérios técnicos, têm efeitos distributivos claros, pois privilegiam determinadas visões de mundo, grupos e interesses particulares em detrimento de outras alternativas. Caso a elite acredite que o fortalecimento dos juízes possa, na verdade, manter e expandir seus privilégios, voluntariamente aquiescerá ao ativismo judicial.

O ativismo judicial também é uma maneira de transferir a responsabilidade de decisões impopulares ao Poder Judiciário. Com isso, os membros do Legislativo e do Executivo diminuem o seu custo eleitoral, possibilitando que o sistema institucional tome a decisão ao mesmo tempo em que os custos políticos são atribuídos ao Poder que menos sofre com o seu ônus. Isso ocorre especialmente com questões moralmente complexas, como aborto, eutanásia, casamento homoafetivo, cotas raciais, que envolvem posições políticas controversas e são ambíguas do ponto de vista legal.

Em síntese, a tese central de Hirschl é a de que o ativismo judicial tende a proliferar em contextos de mudança social em que elites (econômicas, políticas e sociais) estão ameaçadas de perder sua influência e utilizam o Judiciário como meio para manter sua hegemonia.

### 3.2 – Cass Sunstein e o minimalismo judicial

A contribuição de Cass Sunstein a respeito do problema do ativismo judicial deriva de uma proposta de nova abordagem que busca construir uma teoria da decisão judicial considerando-se as limitações institucionais a que os juízes estão sujeitos.

O professor de Harvard sustenta que uma postura judicial ativista deriva do fato de que os juízes adotam teorias da interpretação jurídica abstratas perfeccionistas, comprometidas com teorias filosóficas amplas sobre “democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo”<sup>10</sup>. Como é impossível alcançar um consenso decisivo sobre a melhor teoria filosófica a respeito da natureza da interpretação jurídica ou do fundamento moral das instituições político-jurídicas, os juízes terminam por decidir, nos casos concretos que têm em mãos,

---

10 SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2002, p. 885.



de maneira imprevisível, levando adiante seus próprios valores disfarçados sob o manto de teorias filosóficas sofisticadas.

O ponto do professor de Harvard é o de que, ainda que teorias perfeccionistas da interpretação possam ser corretas de uma perspectiva hermenêutica, ignoram questões centrais relativas às capacidades institucionais e aos efeitos dinâmicos de qualquer abordagem hermenêutica.

Teorias hermenêuticas perfeccionistas assumem que os juízes são capazes de avaliar corretamente todos os elementos e recursos de que necessitam dispor para solucionar os casos concretos que lhes são distribuídos. Mas os juízes não têm todos os recursos para aplicar o direito tal como prescrevem as teorias perfeccionistas. Ninguém dispõe de tempo hábil, na resolução de um único caso concreto, para examinar toda a jurisprudência, nem tem conhecimento de toda a história institucional (Dworkin) ou dispõe de capacidade econômico-matemática para avaliar corretamente a relação custo-benefício de sua decisão (Posner).

Sunstein pondera que as teorias perfeccionistas sequer consideram essas limitações, partindo do pressuposto irrefletido de que as instituições têm capacidade para colocar em prática as orientações propostas.

Assim, antes de decidir que teoria hermenêutica específica adotar, é preciso levar em conta que capacidades as instituições existentes têm de fato. Os juízes exercem jurisdição geral ou especializada? A quantidade de casos judiciais distribuídos para julgamento é baixa e possibilita uma análise mais detida ou é elevada e exige respostas mais rápidas e superficiais? Os juízes dispõem de uma grande equipe de analistas e assessores à sua disposição, para auxiliá-los na tarefa de prestar jurisdição, ou apenas contam com uma equipe pequena? Apenas após solucionar questões dessa ordem, que facilitam o mapeamento das capacidades institucionais, é possível discutir uma teoria hermenêutica compatível com a realidade verificada.

Outro ponto destacado por Sunstein diz respeito aos efeitos dinâmicos da interpretação judicial. A decisão por uma teoria hermenêutica específica tem impacto “nas partes envolvidas ou mesmo no sistema de adjudicação”<sup>11</sup>. Uma teoria perfeccionista como a de Dworkin, por exemplo, pode introduzir um alto grau de incerteza no direito, tornando o sistema jurídico como um todo imprevisível para a comunidade.

De certa maneira, portanto, é possível dizer que Cass Sunstein propõe um “giro institucionalista” na teoria da interpretação judicial. O ativismo judicial

---

11 *Ibid.* p. 900.

não é considerado um produto da vontade de juízes concretos que se propõem a afrontar o texto legal, mas da adoção de uma filosofia da decisão judicial que não leva em conta o contexto institucional em que os juízes decidem casos concretos.

Como alternativa, Sunstein propõe seu próprio modelo de teoria hermenêutica, chamado de minimalismo judicial. Levando em consideração as particularidades institucionais do Poder Judiciário, Sunstein propõe recomendações de caráter formal aos juízes, a fim de que evitem argumentos filosoficamente profundos e controversos, prescindíveis para a decisão do caso concretamente debatido.

Assim, o juiz deve evitar ao máximo fixar sentidos definitivos de conceitos legais ambíguos ou abstratos, possibilitando que sua decisão seja defensável com fundamento em teorias filosóficas divergentes. Ao decidir sem imiscuir-se em debates filosóficos abstratos, portanto, os juízes podem facilitar a aceitação social de suas decisões, já que o resultado do processo decisório pode ser aceito sem o receio de que fundamentos teóricos densos demais utilizados no processo de justificação venham a estabelecer precedentes para decisões posteriores.

O minimalismo é uma postura oposta ao ativismo judicial porque mantém em aberto a discussão democrática sobre os fundamentos políticos e morais da vida pública, deixando-as para ser decidida pelos indivíduos em suas vidas privadas ou, quando necessário, pelo Poder Legislativo<sup>12</sup>. A tarefa do Judiciário, nesse sentido, é preservar as condições do debate público, não se substituindo aos outros poderes nessa tarefa.

### 3.3 – Jeremy Waldron, o desacordo moral e a dignidade da legislação

Waldron tem por objetivo reforçar a separação dos poderes, desferindo uma das mais duras críticas a um Poder Judiciário ativista ao longo de sua obra teórica, na qual se destacam dois livros que se tornaram clássicos na teoria jurídica contemporânea: *The Dignity of Legislation* e *Law and Disagreement*.

Os dois livros podem ser compreendidos como uma tentativa de reabilitar o valor institucional da Legislação e do Poder Legislativo. Neles, além disso, Waldron expõe sua desconfiança do Poder Judiciário como uma instituição capaz de solucionar controvérsias políticas nas sociedades democráticas contemporâneas.

---

12 LADEIRA, C. Ativismo judicial, autorrestrrição judicial e o minimalismo de Cass Sunstein. *Diritto & Diritti*, v. 1, p. 1-21, 2008, p. 16.

## DOCTRINA

O ponto de partida de Waldron é o de que a atividade legislativa é vista com preconceito pela comunidade jurídica, ao passo que a atividade judicial é idealizada como fruto de argumentação racional e ponderada. O autor propõe uma visão normativa da atividade legislativa, sustentando a defesa da legislação como a mais legítima das fontes do direito.

De acordo com o professor, o desacordo moral persistente é a circunstância da política. A política existe porque, embora os cidadãos discordem a respeito do que é a justiça e a moral, necessitam decidir qual o ponto de vista de sua comunidade jurídica e política a respeito de determinadas questões<sup>13</sup>. O Poder Legislativo é justamente o fórum institucional onde o desacordo sobre questões políticas morais fundamentais em uma sociedade deve ser solucionado e, por isso, o procedimento de decisão majoritário é uma forma de deliberação respeitável.

Uma assembleia toma decisões que vinculam a todos, ainda que o desacordo político subjacente persista como uma condição perene, antes e mesmo posteriormente ao resultado da deliberação. O único consenso possível diz respeito ao procedimento de deliberação. As decisões majoritárias, assim, não são defensáveis por serem corretas, mas por conferirem legitimidade ao resultado alcançado. O procedimento atribui igual peso ao ponto de vista de todos no procedimento de formação de vontade do corpo coletivo.

Waldron apreende da filosofia política clássica a sabedoria das multidões. Um órgão deliberativo pode ser mais sábio e chegar a uma conclusão mais correta do que o mais inteligente dos indivíduos que o compõem. Um corpo legislativo diversificado, representativo dos diversos pontos de vista que compõem as visões morais e políticas da sociedade, pode elaborar respostas mais complexas (e corretas) aos problemas sociais do que um conselho de sábios jamais poderia<sup>14</sup>.

Waldron é bastante crítico do papel dos tribunais nas democracias contemporâneas<sup>15</sup>. Sua tese central é a de que as Cortes não têm legitimidade democrática para decidir controvérsias morais e políticas perenes em uma democracia constitucional, que somente deveriam ser solucionadas pelo Poder Legislativo.

---

13 WALDRON, J. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 154.

14 WALDRON, J. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 133.

15 Cf. WALDRON, J. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1.348-1.406, 2005; WALDRON, J. Lucky in your judge. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 9, n. 1, p. 185-216, 2008; WALDRON, J. Can there be a democratic jurisprudence? *Emory Law Journal*, v. 58, p. 675-712, 2009.

De acordo com Waldron, um Poder Judiciário mais ativista deve ser criticado por duas razões centrais. Em primeiro lugar, ao se substituírem à sociedade nos debates públicos sobre o significado de direitos controversos, os juízes se distraem das questões centrais que deveriam ser discutidas e, em segundo lugar, o Judiciário não tem legitimidade para representar as posições políticas dos cidadãos. O ativismo judicial, encarnado na possibilidade de um juiz individual afastar a aplicação de uma lei promulgada pelo Poder Legislativo, repousa em uma concepção antidemocrática a respeito das capacidades humanas, pois pressupõe uma capacidade moral do juiz superior à dos demais cidadãos organizados em uma assembleia legislativa<sup>16</sup>.

Waldron sustenta que falta, aos tribunais, legitimidade democrática para discutir matérias já definidas no âmbito do Parlamento. Enquanto legisladores são eleitos periodicamente, mantendo relação estreita com seus eleitores, os juízes não passam pelo mesmo filtro de legitimidade, que é adstrita à aplicação do direito.

O professor da New York University rejeita ainda o argumento contra-majoritário, segundo o qual o Poder Judiciário seria melhor protetor de direitos fundamentais do que o Legislativo. O argumento é baseado na tese da *tiranía da maioria*<sup>17</sup>, segundo a qual maiorias legislativas ou governos populistas podem aproveitar-se da situação para, em nome da maioria, massacrar direitos de minorias políticas. O Judiciário seria um bastião de proteção de minorias justamente porque sua legitimidade não deriva de maiorias políticas. Mas ele discorda de tal argumento, pois não é claro que o Judiciário tenha sido historicamente uma instituição claramente protetora de direitos de minorias, até porque boa parte dos juízes também compartilha dos valores majoritários, levando-os muitas vezes a julgar contra os interesses minoritários.

#### **4 – O novo art. 8º da CLT: contextualização a partir das novas teorias sobre o ativismo judicial**

O problema do ativismo judicial, assim, tem sido objeto de múltiplos estudos que se debruçaram sobre suas causas, consequências e a respeito das melhores maneiras de reduzir seu impacto. Nesse sentido, o exame das inovações hermenêuticas propostas pela Lei nº 13.467 passa pela análise das alterações à luz desses estudos.

---

16 Cf. POSNER, R. A. Book review (reviewing Jeremy Waldron, law and disagreement [1999]). *Columbia Law Review*, v. 100, p. 582-592, 2000, p. 587.

17 WALDRON, J. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 299.

## DOCTRINA

Com fundamento no pensamento de Ran Hirschl, é possível dizer que a reforma foi, ao menos em parte, estimulada como uma reação institucional ao ativismo. Ainda que o teórico israelense considere o próprio ativismo um produto do funcionamento ordinário das instituições, o combate ao fenômeno também deve ser institucional. Mesmo que o ativismo resulte da transferência de responsabilidade por decisões impopulares ao Poder Judiciário, por vezes, os Poderes Legislativo e Executivo podem reforçar sua autonomia e independência, buscando reassumir espaços anteriormente ocupados pelos Tribunais.

Nesse sentido, a alteração do art. 8º da CLT se justifica no horizonte de expansão da juristocracia em termos considerados excessivos pela dinâmica institucional da separação de poderes. A imposição de que súmulas e outros enunciados não restrinjam direitos ou criem obrigações contrárias a disposição legal sinaliza justamente a rejeição institucional à imposição, pelo Judiciário, de diretrizes normativas incompatíveis com a legislação.

Se, como Hirschl supõe, o ativismo judicial tende a proliferar em contextos de mudança social, em que elites utilizam o Judiciário como meio para manter sua hegemonia, o controle institucional do ativismo pelas alterações promovidas nos parágrafos do art. 8º da CLT sinaliza o oposto. Impondo-se obstáculos à interpretação *contra legem*, a legislação será interpretada em sintonia com a finalidade normativa postulada pelo Poder Legislativo, que melhor reflete os interesses sociais.

Ainda do ponto de vista institucional, também é importante notar que as alterações promovidas ao art. 8º da CLT são compatíveis com o minimalismo judicial proposto por Cass Sunstein.

O minimalismo propõe que, considerada a incapacidade institucional de os juízes incorporarem à sua prática os postulados de teorias hermenêuticas perfeccionistas como as de Dworkin e Alexy, a postura ideal do julgador é interpretar a lei com base na leitura mais consensual possível a respeito de seu sentido. Nessa abordagem, o juiz ideal é aquele que busca julgar conforme a lei, sem buscar fundamentos filosóficos profundos na atividade judicante. Além disso, essa perspectiva evita que o juiz se debruce sobre os efeitos dinâmicos de sua decisão; individualmente, nenhum juiz é capaz de prever os efeitos imprevisíveis de uma decisão fundada em uma teoria filosófica profunda sobre o direito. Por essa razão, a abordagem minimalista tem como efeito secundário que o juiz deixe as considerações a respeito dos efeitos dinâmicos da decisão para o legislador. Cumpre-lhe, tão somente, encontrar a decisão para o caso concreto, com base nos parâmetros legalmente estabelecidos. A função juris-

dicional deve almejar a solução de controvérsias concretas e, não, discutir os fundamentos filosóficos do direito a cada caso apresentado.

Precisamente por isso, as mudanças ao art. 8º da CLT reduziram o escopo das súmulas e enunciados de jurisprudência, bem como da interpretação das normas coletivas ao impor a observância do princípio da “intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva” (art. 8º, § 3º, da CLT). Instituiu-se princípio hermenêutico restritivo, de modo a evitar a consolidação de interpretações contrárias ao texto legal, que decerto implicariam afronta à segurança jurídica das relações de trabalho.

Desse modo, a alteração do texto legal caminhou em sintonia com o pressuposto básico do minimalismo proposto por Sunstein. A reforma ressaltou a função judicante basilar de solucionar controvérsias concretas, levando em conta as capacidades institucionais do Poder Judiciário brasileiro, bem como os efeitos dinâmicos das decisões judiciais. Ao impor a observância estrita da lei, pretende-se evitar que os tribunais trabalhistas expandam os direitos legalmente previstos para hipóteses não previstas, preservando-se a segurança jurídica e instituindo marco regulatório previsível para a atividade econômica.

Além de Sunstein, as conclusões de Waldron também conferem lastro teórico às alterações promovidas pela reforma trabalhista no art. 8º da CLT. Como salientado, o professor da New York University sustenta a deferência dos juízes ao legislador, em razão da maior legitimidade do Poder Legislativo para representar os pontos de vista mais disseminados socialmente. Defende-se, assim como Sunstein, que os juízes acolham um certo minimalismo em sua prática institucional, atendo-se ao máximo ao texto legal. Não se trata de constranger a criatividade dos juízes, mas de traçar limites normativos à função jurisdicional, que deve ser compreendida no horizonte funcional da separação dos poderes e da legitimação de sua atuação.

### Conclusões

Assim, ao contrário do apontado pelos críticos, a reforma não incorporou uma teoria hermenêutica ultrapassada. Pelo contrário, o pressuposto teórico adotado pela Lei nº 13.467/2017 é compatível com as conclusões de pesquisas contemporâneas sobre a atividade jurisdicional.

A complexidade econômica de uma sociedade funcionalmente diferenciada demanda segurança jurídica. Apenas instituições previsíveis são capazes de pavimentar o caminho da prosperidade e do desenvolvimento com justiça social.

## DOCTRINA

Exatamente por isso, as alterações do art. 8º da CLT foram salutares e devem ser acolhidas pela jurisprudência como elemento de estabilização necessário à garantia do sistema de direitos trabalhistas. Ao impedir a edição de súmulas contrárias ao texto legal e impor a interpretação de normas coletivas de forma balizada pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, a reforma buscou garantir a previsibilidade do ordenamento e a estruturação de um ambiente favorável ao crescimento econômico.

Recebido em: 12/11/2018

Aprovado em: 18/02/2019