

De volta ao positivismo: a nova diretriz hermenêutica da CLT *vintage*

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale¹

Resumo: Este trabalho analisa a involução hermenêutica realizada pela reforma trabalhista, sobretudo pela nova redação dada ao artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que refuta a capacidade interpretativa do Juiz do Trabalho e ignora o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Palavras-chave: Ativismo judicial – pós-positivismo - reforma trabalhista - artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sumário: 1. Introdução – 2. A atividade criativa do Juiz no contexto pós-positivista: notas introdutórias. 2.1. Da escola de exegese à jurisprudência dos interesses. 2.2. A chegada da jurisprudência dos valores. 2.3. Normatividade dos princípios no contexto do Pós-positivismo. 2.4. A tentativa de amordaçamento do Poder Judiciário trabalhista por meio da Reforma. - 3. Conclusão – 4. Referências.

1. Introdução

A fim de “modernizar” as normas trabalhistas, a Lei n. 13.467/17, publicada em 13 de julho de 2017, trouxe diversas inovações no Direito do Trabalho brasileiro, sobretudo na atividade interpretativa dos Juízes. Este artigo intenta trazer uma reflexão crítica à norma que modificou tão profundamente as regras que regem a integração do Direito do Trabalho e a hermenêutica realizada pelo Poder Judiciário trabalhista, analisando o novo artigo oitavo da Consolidação das Leis do Trabalho à luz da filosofia do Direito, da história do Direito do Trabalho e da Constituição vigente.

2. A atividade criativa do Juiz no contexto pós-positivista: notas introdutórias

Durante o curto tempo em que o PL n. 6.787/16 tramitou na Câmara do Deputados, posteriormente transformado no PLC n.38/17, duras críticas foram lançadas contra o Tribunal Superior do Trabalho, órgão de cúpula da hierarquia destinada à Justiça do Trabalho, argumentando os entusiastas da “Reforma” que as normas trabalhistas precisavam ser modificadas com urgência por diversos motivos, sempre havendo destaque para a assim denominada “atividade legislativa do TST”, que, de fato redundou na aprovação do

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Potiguar (1998), instituição esta onde se pós-graduou e foi professora durante seis anos. Professora convidada do curso de pós-graduação lato sensu da Faculdade Baiana de Direito, EMATRA5, CERS e da Escola Judicial do TRT da 5ª Região. Juíza do Trabalho no TRT da 5ª Região. Mestre em Direito pela UFBA. Doutoranda pela PUC/SP, Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região (2012-). Coordenadora acadêmica da Escola Associativa da AMATRA 05, biênio 2013/2015. Membro do Conselho editorial da Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos etc. Autora da Obra “Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil”, pela LTr, ex-professora substituta da UFRN.



novo artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, passando este a partir de novembro a contar com os seguintes parágrafos: § 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho; § 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei; § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.”

Ignorando a ordem cronológica trazida pelo Legislador, propõe-se analisar inicialmente o parágrafo segundo do referido dispositivo legal, por se acreditar que a premissa estabelecida pela hermenêutica pós-positivista já levará o leitor a também refletir sobre a redação do novo artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho nesse mesmo contexto.

Nesse trilhar, propõe-se antes de mais, a análise sobre se os tribunais superiores brasileiros, de fato, “legislam” ou, simplesmente, julgam. É evidente que a análise de todos os julgados se revela insustentável para esse espaço, por isso pretende-se averiguar apenas alguns julgados já consolidados do Supremo Tribunal Federal, bem assim verbetes sumulares do Tribunal Superior do Trabalho.

Inicia-se pela jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e a ausência de normas para fundamentar o uso de algemas, tendo-se que a referida Corte possui súmula vinculante de número 11, assim estabelecida:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado².

Percebe-se claramente pelo teor literal da indigitada súmula, que o Supremo Tribunal Federal criou critérios para o uso de algemas (somente em casos de resistência), com conceito jurídico indeterminado (fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia), estabelecendo formalidade não prevista formalmente em lei (justificada a excepcionalidade por escrito), inclusive considerando ilícito administrativo, civil e penal, passível de punição (sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado). Tais critérios não constam de qualquer lei expressamente positivada, mas a Corte Maior, em sua constituição plenária, ao analisar e julgar o HC 91952, com decisão publicada no DJe de 19/12/2008, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio, invocou os princípios da não-culpabilidade e que do princípio

² Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>. Acesso em 08/08/2017.

do Estado Democrático decorre “o inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade”, que igualmente encerra conteúdo principiológico.

É dizer, o Supremo Tribunal Federal, ao resolver um caso concreto que deu origem à súmula vinculante, a partir da interpretação de princípios e sopesamento destes, criou regra de formalidade inexistente até então.

Em 2011 os ministros do Excelsa Corte, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. O relator das ações, Ministro Ayres Britto, argumentando que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Percebe-se, assim, que invocando o princípio da não discriminação, a Suprema Corte acresceu significado ao artigo do Código Civil.

No julgamento da ADPF n. 54, igualmente com a relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o aborto de feto anencéfalo não é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

Inicialmente se lê na aludida decisão que o Estado brasileiro é laico, sendo, portanto, impermeável aos argumentos religiosos. Concluindo seu voto, o Min. Marco Aurélio consignou importantes entendimentos, que nortearam oito dos ministros votantes da Corte: “está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres”³.

Ou seja, a partir do indigitado julgado, a Suprema Corte descriminalizou a hipótese de aborto de feto anencéfalo, também sem previsão em norma estatuída pelo Legislador.

Por seu turno, a súmula Súmula nº 372 do TST, vigente desde 2005, prevê que “percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira”. Indigitado verbete demonstra, outrossim, como o Tribunal Superior do Trabalho, invocando princípios, estabelece obrigações não previstas expressamente na legislação.

³ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em 08/08/2017.



Igualmente infere-se da súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho que “presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”, em franca homenagem ao princípio da não discriminação.

Retorna-se, agora, ao primeiro ponto de reflexão: um juiz ou uma corte de juízes pode, no exercício da jurisdição, estabelecer critérios, acrescentar texto legal ou, simplesmente, inovar texto legislativo, sem receber autorização expressa do Estado-Legislador? A resposta para essa pergunta passa necessariamente pela análise das principais escolas hermenêuticas e como o exercício da jurisdição é complexo em um contexto hermenêutico pós-positivista.

2.1 Da escola de exegese à jurisprudência dos interesses

A chegada do Estado Liberal, estimulada pelos ventos soprados pelo iluminismo, redundou no declínio do jusnaturalismo e a eclosão do positivismo, movimento estimulador de diversas escolas hermenêuticas do Século XIX e primeira metade do Século XX, que enaltecia o Estado-Legislador, pregando, em síntese, que o Direito era uma ciência hermeticamente fechada, impermeável aos valores e à moral.

A racionalidade liberal, que estimulava a superioridade da Legislação ordinária, esta inquestionável à luz da Constituição, subordinava o Estado-Juiz ao Estado-Legislador, tendo-se que ao Poder Judiciário somente era dado agir de forma silogística, aplicando a lei aos casos concretos. As discussões acerca da moral e da ética interessavam somente à filosofia.

A era de ouro das codificações se inicia com o Código de Napoleão, em 1804, que, do nascimento à morte, da aquisição de bens à herança, intentava regulamentar todas as relações sociais através de pactuação entre pessoas “livres” e “iguais”.

Após a Revolução Francesa de 1789, a França, extremamente guiada pelos interesses da classe emergente burguesa, almejava ter um Direito nacional para regulamentar as relações sociais e justificar através do Direito toda a racionalidade liberal, daí a importância do Código Civil francês, que, fortemente racionalista, influencia outros países europeus de tradição romanística, a exemplo da Alemanha. Nesse contexto, surge a Escola da Exegese, que tinha como escopo interpretar o Código Civil francês também de uma maneira nacional, ou seja, somente o Código napoleônico, máxime no tocante à exegese do texto legal. A fórmula aglutinativa Código Civil napoleônico com a Escola de Exegese, intentava obter o controle social e político por meio da legislação, fechando qualquer possibilidade de questionamento que desbordasse dos herméticos limites interpretativos da referida Escola positivista.

A codificação dos direitos naturais no início do Século XIX redundou na virada do jusnaturalismo, que passou a ser, então, guiado pela razão. Esse movimento modificativo foi fundamental para retirar dos direitos naturais a condição revolucionária, deixando-os conservadores e, agora, imóveis, presos ao texto legal.

A Escola de Exegese pregava a completude do Direito, este entendido como tudo que redundava da atividade do Legislador. É dizer, o Direito não continha lacunas, a lei sim; e esta poderia ser suprida pela própria atividade do Estado-Legislador, único responsável por pinçar e reconhecer os valores existentes na sociedade francesa. Em uma frase poder-se-ia afirmar que a aludida Escola, igualmente conhecida como Escola Racionalista ou Legalista, tinha como lógica a certeza de que o Direito somente se revelava por meio da Lei, guiada por uma interpretação gramatical e histórica.

Imperava a ideia da segurança jurídica, na qual o intérprete deveria renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se tão somente a tornar explícito, por intermédio de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já estava implicitamente previsto na lei. Ao juiz era destinada a missão de ser *la bouche qui prononce les paroles de la loi*⁴.

Bobbio⁵ destaca os cinco pilares fundamentais da escola da exegese, tendo-se o tratado de Bonnacase⁶: a) inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo; b) concepção rigidamente estatal do direito, segundo a qual jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado, ou, de qualquer forma, que conduzam a um reconhecimento por parte dele.; c) a interpretação da lei fundada na intenção do legislador; d) o culto do texto da lei; e) o respeito ao princípio da autoridade.

A Alemanha, ainda não unificada, igualmente necessitava de um Direito Nacional para servir de fio condutor regulatório das regiões e, como neste país não havia Código Civil no Século XIX, surge a Escola Pandectista, que busca nas *pandectas*, a segunda parte do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, a interpretação civil, desvelando posteriormente duas Escolas hermenêuticas extremamente importantes: a dos conceitos e a dos interesses.

A assim denominada Jurisprudência dos conceitos, que, em linhas gerais, buscava interpretar o Direito por meio da criação de um sistema de conceitos devidamente organizado sob a lógica piramidal, teve em Puchta o seu principal expoente, para quem, segundo Larenz, “com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no sentido de uma pirâmide de conceitos”⁷, seguindo uma racionalidade formal.

A ideia de Puchta poderia ser assim resumida: cada conceito superior autoriza certas afirmações; por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior. A “genealogia dos conceitos ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através de seu conteúdo”, sendo o seu conteúdo encontrado na

⁴ MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*, livre XI, chap. 6., 1748. No texto em português (O espírito das Leis. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 176): “Mas os Juizes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”.

⁵ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 70.

⁶ Que, segundo o referido autor, chegou a afirmar certa feita: “eu não conheço o Direito Civil, eu ensino o Código de Napoleão”.

⁷ Op. cit., p. 21.



filosofia do Direito. Ou, em outras palavras, “a construção dedutiva do sistema depende absolutamente da pressuposição de um conceito fundamental determinado quando o seu conteúdo”, conceito que não é, por seu turno, “inferido do Direito positivo, mas dado previamente pela filosofia do Direito”⁸.

No dizer de Larenz⁹, esse processo lógico-dedutivo trazido pela jurisprudência dos conceitos, que somente se preocupava com construções conceituais abstratas, preparava o terreno para o formalismo jurídico que viria prevalecer durante mais de um século, fazendo com que a ciência jurídica ignorasse a realidade social, política e moral do Direito.

Nelson Saldanha, citado por Guerra Filho¹⁰, esclarece que a ciência jurídica e seu legalismo, nessa fase positivista, mostram forte comprometimento com o Estado liberal e o capitalismo burgueses, tendo-se que os conceitos centrais dessa ciência, como os de autonomia privada, direito subjetivo, propriedade individual, relação jurídica, liberdade contratual, vieram ao encontro dos interesses particulares da classe empresarial emergente, ajudando a romper com o imobilismo das sociedades tradicionais, com sua organização profissional corporativista.

Sem embargo, a ciência do Direito e, por conseguinte, a hermenêutica positivista vigorante na primeira metade do Século XIX, que vislumbrava como seu maior contributo a aplicação fiel das fontes jurídicas romanas, dando-lhes validade em um sistema que conceitos que se mostrava inquestionável, não “podia corresponder às exigências de uma prática do Direito que diuturnamente era colocada perante problemas a que aquelas fontes não conseguiam dar uma resposta satisfatória”¹¹.

Para Jhering, grande pensador da Escola dos conceitos, a realidade que preconizava como dogma jurídico a plena autonomia da vontade, não foi ignorada, tanto que, já em fase mais madura, em 1877, o referido filósofo publica “A finalidade no Direito”, propondo uma leitura econômica do Direito e da ordem social, substituindo o paradigma preponderante da “vontade”, pelas figuras do “interesse” e da “coação social” para sua observância. Afirma Guerra Filho, que “sem ter a clara percepção disso, Jhering posiciona-se francamente contra o individualismo e a favor do socialismo, sem deixar, porém, de fazer o registro de que este também pode levar ao exagero”¹², quando sobrepõe a dimensão social da vida humana em detrimento da individual.

Os escritos da maturidade, que trouxeram Jhering para uma jurisprudência pragmática, figuraram como o início do que mais adiante se denominou jurisprudência dos interesses, que tem em Philipp Heck o seu maior representante. À medida que a jurisprudência dos conceitos impunha um escalonamento hermético de conceitos jurídicos,

⁸ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983, p.23.

⁹ Op. cit., p. 25-26.

¹⁰ GUERRA FILHO. Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. Colaborador: Henrique Garbellini Carnio. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

¹¹ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983, p.50-51.

¹² Op. cit. p. 69.

promovendo o primado da lógica no trabalho científico do Direito, impedindo qualquer interpretação do Estado-Juiz que desbordasse do silogismo, a jurisprudência dos interesses, tende, ao revés, “para o primado da pesquisa vital e da valoração vital”¹³.

A síntese trazida por Larenz merece transcrição literal:

a Jurisprudência dos interesses considera o Direito como tutela de interesses. Significa isto que os preceitos legislativos - que também para Heck constituem essencialmente o Direito - não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesses. As leis são as resultantes dos interesses da ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento. Na tomada de consciência disto, garante-nos Heck, reside ‘o cerne da Jurisprudência dos interesses, sendo também daí que ele extrai a sua fundamental exigência metodológica de ‘conhecer com rigor, historicamente, os interesses que assim se descobriam’. Deste modo, também para Heck, como para Jhering, o legislador como pessoa vem a ser substituído pelas forças sociais, aqui chamadas ‘interesses’ (o que é justamente uma forma de sublimação), que, através dele, obtiveram prevalência na lei. O centro de gravidade desloca-se da decisão pessoal do legislador e da sua vontade entendida psicologicamente, primeiro para os motivos e, depois, para os fatores causais motivantes. A interpretação, reclama Heck, deve remontar, por sobre as concepções do legislador, aos interesses que foram causais para a lei. O legislador aparece simplesmente como um transformador, não sendo já para Heck nada mais do que a designação englobante dos interesses causais.

Percebe-se, assim, que mesmo sem quebrar verdadeiramente os dogmas do positivismo, Heck exorta o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei, abrindo caminho para o que mais tarde se chamaria de Jurisprudência dos valores, vez que nesta “os interesses são transmudados em valores, consagrados em princípios jurídicos, positivados, em geral, na Constituição”¹⁴.

2.2 A chegada da jurisprudência dos valores

A transmutação do Estado liberal para o Social trouxe à reboque o ajustamento da lente por onde eram enxergados os direitos fundamentais, tendo-se que também os particulares passaram a ser tidos como destinatários de tais direitos. A grande desigualdade criada pelo capitalismo sem rédeas sociais, desvelou à sociedade do final do Século XIX quão assimétrica era a relação de emprego com o afastamento do Estado e como, de modo geral, a ideia absenteísta estabelecida pelo liberalismo estatal, somada à interpretação positivista do Direito posto, serviam tão somente para manutenção do *status quo* e legitimação das desigualdades. Daí porque a partir da segunda metade do Século XX se inicia uma nova hermenêutica constitucional, atribuindo imperatividade e supremacia

¹³ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983, p.57.

¹⁴ GUERRA FILHO. Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. Colaborador: Henrique Garbellini Carnio. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.



às normas constitucionais fundamentais, que passariam, a partir de então, a vincular os particulares, irradiando-se nas relações privadas e todas a áreas do Direito.

Leciona Pérez Luño que a partir da teoria da integração de Rudolf Smend, ainda sob a égide da Constituição de Weimar, iniciou-se a virada na jurisprudência para o que viria posteriormente ser denominada de Jurisprudência de valores. Segundo o autor, Smend sedimentou uma “*interpretación axiológica de los derechos fundamentales, al asignar al conjunto de los derechos y libertades básicos proclamados por la Consitución weimariana una función integradora e inspiradora de todo el orden jurídico-político estatal*”. Prossegue Luño, sintetizando a ideia, para afirmar que “*los derechos fundamentales cumplen su función integradora al sistematizar el contenido exiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento*”, mas ao mesmo tempo, os direitos fundamentais “*constituyen un sistema coherente que inspira todas las normas e insituiciones del ordenamiento y prescribe las metas políticas a alcanzar*”¹⁵.

No dizer de Roca, a característica mais importante da Teoria da Integração, também conhecida como Científico-Espiritual, é idealizar o Estado e a Constituição como realidades espirituais em transformação incessante, repelindo qualquer reducionismo metodológico, admitindo-se, que a realidade estatal do Direito é arraigada na sua positivação, emanando daí o Estado como ser espiritual dinâmico¹⁶. Com essa nova proposta hermenêutica, buscava-se amenizar tendências excessivamente positivistas no direito público, ressaltando a relevância do espírito e da cultura com o escopo de comprovar as conexões existentes entre os valores da sociedade e a Ciência do Direito, lançando um método que integrasse a realidade social e o ordenamento jurídico.

Esses influxos doutrinários foram fundamentais para a aposição da Constituição como eixo axiológico principal do Estado alemão e estimularam a chegada de um novo viés jurisprudencial constitucional, somente possível sob a égide da Constituição de Bonn, de 1949, devidamente interpretada pelo novo Tribunal Constitucional Federal de 1951. Nesse trilhar, a matriz jurisprudencial inovadora deita raízes no multicitado *Caso Lüt*, com decisão publicada em 15/01/1958. *Veit Harlan*, uma antiga celebridade e diretor da película “Amantes Imortais” (1941), que incitava fortemente a violência contra o povo judeu, foi vítima de um boicote organizado por *Erich Lüth*, à época crítico de cinema e diretor do Clube de Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo, tendo este conclamado todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem assim o público em geral, ao boicote do filme lançado, à época, por *Harlan*. Este, juntamente com os parceiros comerciais, ajuizaram uma ação cominatória em face de *Erich Lüth*, alicerçando-se no § 826 BGB, dispositivo da lei civil alemã que obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa, sob cominação de uma pena pecuniária. Indigitada ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo e em face desta decisão foi interposto recurso de apelação ao Tribunal Superior de Hamburgo e, simultaneamente, Reclamação Constitucional ao Tribunal Constitucional Federal, alegando-se

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 298.

¹⁶ ROCA, Javier Garcia. *Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Revista e estudios políticos, Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1998, p. 271.

violação ao direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo artigo 5 I 1 GG.¹⁷

O Tribunal Constitucional Federal, já em 1958, julgando procedente a Reclamação, revogou a decisão do Tribunal Estadual, declarando que de acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas jusfundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que, enquanto decisão básica jurídico-fundamental, vale para todos os âmbitos do direito e proporcionam diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência.

A partir dessa decisão, com fulcro na teoria axiológica, os direitos fundamentais, a despeito de encerrarem direitos subjetivos para os indivíduos, também passaram a ser considerados como valores objetivos¹⁸ de uma comunidade e, como tais, se espraiam por todo o ordenamento, vinculando juridicamente todas as funções estatais, bem assim os particulares.

O Tribunal Constitucional Federal acresceu à clássica tese dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade, a racionalidade segundo a qual os direitos fundamentais também figuram como um sistema de valores, ou uma ordem objetiva de valores¹⁹ e a partir de tal concepção formou-se o fundamento para a eficácia irradiante dos direitos fundamentais em relação a todos os âmbitos do direito, os direitos fundamentais como direitos à proteção, e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares ou privadas. No dizer de Steinmetz, a teoria da dupla dimensão é “a construção teórico-dogmática mais fértil e útil do Tribunal Constitucional Federal alemão em matéria de dos direitos fundamentais”²⁰.

Sobre o papel de protagonista que o Estado-Juiz passa a desempenhar no Segundo Pós-Guerra, Wilhelms Sauer, citado por Larenz, afirma que o julgamento jurídico é emitido sobre um fato da vida concreto, embora típico, de acordo com as normas gerais, para a maior realização possível da lei fundamental do bem comum, em direção à Justiça. Procura, pois, não verificar um nexos do ponto de vista do ser, mas sim medir a situação de fato com as normas existentes, para deste modo a orientar segundo um critério ou valor válido em últimas instâncias e assim a conformar. É dizer, os valores são reguladores, “não são objetivos concretos da vida e da atividade, mas constituem padrões abstratos pelos

¹⁷ SCHWABE. Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381.

¹⁸ No dizer de Pérez Luño (Los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Tecnos, 1984. p. 21): “en el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: em el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que em el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”.

¹⁹ Não é exagero afirmar que a partir desta decisão foi instalada o que se denominou “jurisprudência de valores”, ou jurisprudência axiológica.

²⁰ STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.



quais não de ser aferidos e orientados na vida todos os fenômenos dentro dos domínios da cultura que lhes dizem respeito”²¹.

Na doutrina de Vieira de Andrade, os Direitos Fundamentais “não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado”, pois, eles “valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins de que se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual”²². É dizer, os direitos fundamentais são valores pertencentes à comunidade e formalizados em texto constitucional. Ou, nas palavras de Hesse, sem abandonar a aceção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, a ideia de daqueles direitos como ordem objetiva estatui “uma relação de complemento e fortalecimento recíproco”²³.

Alexy, apesar de reconhecer que princípios e valores possuem a mesma estrutura, sendo ambos passíveis de sopesamento quando em conflito com outros princípios ou valores, afirma que aqueles ocupam o campo da deontologia, ou do dever-ser – como os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo –, enquanto estes se localizam no âmbito da axiologia, identificado como o conceito de bom – como os conceitos de bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de direito²⁴.

A criativa e avançada teoria axiológica dos Direitos Fundamentais encontrou séria divergência, sendo Habermas um dos seus principais opositores, quando lança contra o discurso da ponderação de valores o epíteto de “frouxo”, argumentando que:

ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas de princípios do direito. [...] Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários²⁵.

²¹ Op. cit., p.117.

²² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 109.

²³ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, p. 239, 1998. Título original, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.ed, 1995.

²⁴ Op. cit., p. 144 e ss.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003, p. 231.

Notícia Steinmetz²⁶ que a teoria axiológico-sistêmica também encontrou na doutrina de Forsthoff grande crítica, acreditando o citado jurista que, na filosofia dos valores, “a interpretação jurídica dá lugar à interpretação filosófica”, tornando “inseguro o direito constitucional, dissolvendo a lei constitucional na casuística, porque o caráter formal-normativo do direito constitucional, isto é, a sua positividade jurídico-normativa, é substituída por uma suposta normatividade constitucional estabelecida caso a caso”.

Isso também é relatado por Pérez Luño, dando conta este autor que para Forsthoff quando a interpretação dos direitos fundamentais deixa de ser uma atividade jurídica baseada em normas, para converter-se em uma tarefa filosófica de intuição de valores, o próprio processo interpretativo perde sua racionalidade e evidência e ameaça a própria certeza da Constituição²⁷.

Com essa virada hermenêutica que colocou a Constituição no centro do ordenamento jurídico, atribuindo carga axiológica aos direitos fundamentais, que se irradiam para todas as esferas da sociedade e vinculam indistintamente poderes estatais e particulares, é esperado que juristas de formação mais positivista, até muitas vezes por tradição, resistam aos novos influxos interpretativos, pois *“toda cultura tiene a ofrecer resistencia a aquello que lhe é alheio, procurando assim perpetuar seus modelos operativos”*. Daí porque a cultura jurídica tradicional atrelada a um método interpretativo guiado pela lógica da subsunção e do silogismo, se veja desorientada ao ter que projetar seus métodos interpretativos e as disposições constitucionais, enunciadas em termos mais gerais e amplos para conseguir a máxima força expansiva das normas²⁸.

Aderindo-se às palavras de Sarmiento, “não se afigura necessária a adesão” à teoria da ordem de valores para “aceitação da existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais”, e para o reconhecimento dos três efeitos práticos mais importantes desta dimensão: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, a teoria dos deveres estatais de proteção e eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas²⁹.

2.3 Normatividade dos princípios no contexto do Pós-positivismo

Após a Segunda guerra mundial, com todas as mudanças legislativas comprometidas com o combate às ideias que estimularam o Holocausto, sobretudo pelo reconhecimento do valor da dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, conforme visto ao norte, o Direito já não cabia mais nos ideais positivistas, sobretudo na certeza de neutralidade da lei e interpretação meramente silogística do Estado-juiz.

Todavia, o discurso científico obtivera sucesso entre os estudiosos, tanto que, a despeito da discussão de retorno aos valores, não se desejava a volta pura e simples ao jusnaturalismo. Como o Direito não funciona exclusivamente no sistema binário, sendo capaz

²⁶ Op. cit., p. 107-108.

²⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 284.

²⁸ Idem, p. 285.

²⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora, 2006, p. 123.



de se reinventar pelos influxos interpretativos, a hermenêutica evoluiu para uma solução intermediária, que assimilasse os valores, por vezes até codificados, sem o retorno aos fundamentos abstratos e metafísicos do jusnaturalismo puro. Nesse trilhar, o pós-positivismo não emerge “com o epíteto de desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”³⁰.

A partir da proposta de perceber o Direito sob um viés não positivista, Ronald Dworkin, elabora uma percuciente tese, e em 1977 publica *taking rights seriously*, obra que ganha importância mundial, afirmando que “casos difíceis” normalmente não logram ser resolvidos sob a lógica das regras, estas aplicáveis “à maneira do tudo-ou-nada”. Pois, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Já os princípios “possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância”. Assim, “quando os princípios se entrecruzam, (...) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”³¹.

Essa seria, então, a grande novidade. Os princípios sempre existiram, desde a filosofia grega, passando pelo jusnaturalismo e até mesmo durante o positivismo, com a formalização codificada. A originalidade da tese de Dworkin consiste em trazer normatividade aos princípios, o que também, em outras palavras, já tinha sido tratado no aludido *Caso Lüth*.

Pouco tempo depois, foi a vez de Robert Alexy afirmar categoricamente em sua *Theorie der Grundrechte* que “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”. Princípios são “tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”³².

Mais adiante Alexy, esclarece que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que estes “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, sendo “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”³³.

No pensamento de ambos os juristas há um ponto em comum: a certeza da normatividade dos princípios e a inexistência de distinção qualitativa entre ambos.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Direito constitucional brasileiro. Perspectivas e controvérsias contemporâneas. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coordenadoras), p. 27-66.

³¹ DWORKIN, Ronald. Levando os Direito a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.39-43.

³² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

³³ Op. cit. p. 90.

A normatividade dos princípios ganha, a partir dessa construção doutrinária, importância ímpar nos julgados das cortes guiadas pelo sistema anglo-saxão ou romano-germânico.

Já em 1994, o Supremo Tribunal Federal, invocando o princípio da dignidade da pessoa humana, liberou réu de se submeter a exame de DNA em ação de investigação de paternidade³⁴, de forma que quando a lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009 foi publicada, assimilou-se a decisão da Corte Superior, não havendo imposição legal para que o réu forneça material genético para o referido exame.

Alhures já se fez referência ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, fazendo com que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editasse a Resolução n. 175/2013, que obrigou os cartórios a realizarem casamento entre casais do mesmo sexo. Por seu turno, tramita no Congresso Nacional projeto de Lei n. 612/2011, do Senado, que intenta legalizar a união entre pessoas do mesmo sexo, para todos os fins.

Percebe-se, assim, que o Estado-Legislador, quando exerce o seu mister, fá-lo observando o que normalmente já vem sendo debatido e resolvido pela jurisprudência, como já ocorreu com diversas alterações realizadas na Consolidação das Leis do Trabalho, a exemplo das horas itinerantes, que quando figuraram na Lei n. 10.243/2001, foram conduzidas à Legislação com teor literal da súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho. O mesmo ocorreu quando o artigo 58, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho foi alterado pela mesma Lei referida, que absorveu o teor da súmula 366 do TST.

Diante desses singelos exemplos, percebe-se claramente que o argumento habitualmente desferido em desfavor da “atividade criativa” do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que este tribunal “legisla”, não possui respaldo. Isso porque não só o Tribunal Superior do Trabalho é criativo e “legisla”, mas também o Supremo Tribunal Federal ou mesmo o Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que todos esses tribunais superiores do Brasil adotaram a ideia de que princípios são normas, sendo possível e até mesmo impositivo, em um contexto de hermenêutica jurisdicional pós-positivista, que tribunais atuem para dar concretização aos princípios. Tal acusação, como já aludido, é uma grande incompreensão do que é a função jurisdicional em um cenário para além do positivismo, pois, no dizer de Barroso “o pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a ideias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade”. Tais valores “integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um contexto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete”, sendo certo que a decisão judicial “deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma

³⁴ STF, RTJ 165/902, HC 71.373-RS, Tribunal Pleno, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 10/11/1994: “Discrepa a não mais poder, de garantias constitucionais implícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”.



interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral”³⁵.

Ou, em outras palavras, o intérprete “torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do Legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”³⁶.

2.4 A tentativa de amordaçamento do Poder Judiciário trabalhista por meio da Reforma

Lê-se do parágrafo primeiro do novo artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”, quando a redação original do mesmo dispositivo dispunha que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

É clara a tentativa do Estado-Legislator em fazer com que a principiologia própria do Direito do Trabalho não seja observada quando da importação de normas do Direito comum e a razão desse tipo de alteração legislativa certamente está na incompreensão de que o Direito do Trabalho é um ramo apartado do Direito Civil, com principiologia particular, fruto não de ato legislativo anterior, mas sim de grande respaldo histórico, fundado no reconhecimento estatal das lutas de classes presentes na sociedade, bem assim da desigualdade real entre empregados e empregadores. É dizer, o ato do Estado-Legislator não tem o condão de retirar toda essa construção doutrinário-filosófica firmada por séculos.

Ademais, a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê em seu artigo 4º que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, assim como também estabelece no artigo 5º que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. A tentativa do Estado-Legislator em encaixotar o Direito do Trabalho, diminuindo-o para que na aplicação do Direito comum sequer seja questionada a compatibilidade deste com a principiologia daquele, chega até a ser inocente, diante das regras referidas.

O Estado-Legislator parece ter tanto pavor da normatividade dos princípios no cenário pós-positivista, que omitiu deliberadamente a necessidade de se analisar a compatibilidade do Direito comum com os princípios próprios do Direito do Trabalho, mas tal desiderato igualmente se mostra inócuo quando se pensa que até o próprio Direito Civil foi constitucionalizado e absorveu o princípio da função social do contrato (art. 421 do CC), com sede constitucional no artigo 5º, XXIII da Constituição Federal de 1988, que também informa a ordem social, sempre fundada na valorização do trabalho humano. Ou seja, ao mesmo tempo em que a Carta Maior³⁷ reconhece a livre iniciativa - e por conseguinte

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Direito constitucional brasileiro. Perspectivas e controvérsias contemporâneas. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coordenadoras), p. 27-66.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 333.

³⁷ CRFB/88. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os

a autonomia privada - como princípio, estatui que esta encontrará limitações na valorização do trabalho humano, na justiça social, devendo sempre ser observada a função social da propriedade e a busca do pleno emprego. Tal base principiológica foi amplamente absorvida pelo Código Civil de 2002 e ainda que isso não tivesse ocorrido, como já analisado ao norte, princípios são normas e, como tais, valem no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser ignorado sequer pelas entidades privadas, quicá pelo Estado-Legislator, razão por que a atuação deste no sentido de limitar a atividade hermenêutica do Estado-Juiz ao suprimir os princípios do “novo” artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho se revela inútil.

O Código Civil constitucionalizado também estatui em seu artigo 422, que todos os contratos devem se guiar pela boa-fé objetiva³⁸ e mais adiante ainda prevê a necessidade de observância do equilíbrio contratual entre as partes convenientes.

Igualmente previsto no Código Civil de 2002, o instituto da lesão, com sede legal no artigo 157, assegura que haverá defeito no negócio jurídico sempre que uma pessoa, sob premente necessidade, ou inexperiência, se obrigue a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação posta.

Poder-se-ia falar em outros princípios constitucionais que inspiraram o Estado-Legislator em 2002 quando da confecção do Código Civil, mas esses já são suficientes para perceber como a Legislação comum, historicamente guiada pela igualdade das partes e pelo *pacta sunt servanda*, se modernizou, internalizando princípios constitucionais protetivos, enquanto o Estado-Legislator de 2017 retrocedeu na Legislação social, historicamente guiada pela proteção ao hipossuficiente, diante da clara assimetria existente na relação capital-trabalho.

Uma outra tentativa clara de silenciamento do Poder Judiciário trabalhista consiste na redação do parágrafo segundo do artigo 8º: “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”.

seguintes princípios: I - soberania nacional;
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;
IV - livre concorrência;
V - defesa do consumidor;
VI - defesa do meio ambiente;
VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII - busca do pleno emprego;
IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.
IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. *passim*.



Ora, o que o Estado-Legislator entende por Lei? Certamente não são os princípios, já retirados do parágrafo primeiro do analisado artigo oitavo.

Retornamos à Escola da exegese, com o seu silogismo?

É evidente que o Estado-Legislator não pode, até porque é guiado pelas normas constitucionais, impedir que o Estado-Juiz deixe de interpretar amplamente e utilize princípios como normas. Já ultrapassamos essas discussões há algum tempo, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988, extremamente avançada socialmente e que contempla não só princípios específicos para o cidadão trabalhador, mas também para o cidadão em geral, sendo certo, inclusive, que princípios como liberdade, privacidade, devido processo legal, igualdade, presunção de inocência, valem também na relação de emprego como direitos laborais inespecíficos³⁹.

Nunca é demais invocar Alexy, para quem princípios são “*mandamentos de otimização, caracterizado por poderem ser satisfeitos em graus variados*”⁴⁰ e isso significa que tais devem ser utilizados na maior medida possível, servindo a atividade do Estado-Legislator no sentido de limitar a atuação judicial para nada, já que se vivencia na atualidade um contexto pós-positivista.

Certamente que o Estado-Legislator, guiado pelos argumentos sempre lançados em desfavor do Poder Judiciário trabalhista, no sentido de que este ramo judicial “legisla”, resolveu tolher a atribuição hermenêutica dos juízes especializados. Simples assim. Todavia, se crítica há e se esta é pertinente, essa atividade criativa não se deve somente ao Tribunal Superior do Trabalho ou aos órgãos da Justiça do Trabalho, conforme já analisado. Cumprir o que foi determinado pelo Legislador de 2017 é retroceder ao início do Século XIX, para a Escola de exegese, e permitir que somente o Poder Judiciário trabalhista não possa utilizar princípios como normas, julgando, assim, de forma meramente silogística. Agir de modo a apenas cumprir a “Lei” de maneira estrita, não é só inconstitucional sob esse viés anti-isonômico entre os diversos ramos do Poder Judiciário, é inconstitucional também porque a partir de 1988 instalou-se um Estado Democrático e Social de Direito e não tão somente um Estado de Direito.

Um outro aspecto que deve ser levado em conta é a patente investida do Estado-Legislator em desfavor da jurisprudência há anos consolidada no Tribunal Superior do Trabalho. Basta observar a redação do parágrafo único do artigo 611-B, trazida pela Lei n. 13.467/17, que, para permitir o aumento da jornada de trabalho, com compensação mediante acordo particular escrito (até seis meses) e até tácito (compensação dentro do mesmo mês), bem assim para não gerar questionamentos sobre a diminuição do intervalo

³⁹ Atribui-se a José João Abrantes a expressão “cidadania na empresa”, explicando o referido autor que há determinados Direitos Fundamentais que não são especificamente laborais, mas devem ser exercidos por todos os trabalhadores, enquanto cidadãos, na empresa. Ou seja, são direitos atribuídos “genericamente aos cidadãos, exercidos no quadro de uma relação jurídica de trabalho por cidadãos, que, ao mesmo tempo, são trabalhadores e que, por isso, se tornam verdadeiros direitos de matriz juslaborista, em razão dos sujeitos e da natureza da relação jurídica em que são feitos valer” (ABRANTES, José João. Contrato de trabalho e direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 60).

⁴⁰ Op. cit. p. 90.

intrajornada, estatuiu que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho”.

Em que pese a flagrante inconstitucionalidade de tal previsão legal, diante dos artigos 7º, XXII, XXVIII, 200, VIII e 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, a inovação recentemente trazida pela referida Lei vai literalmente na contramão do item II da súmula 347 do Tribunal Superior do Trabalho, que prevê ser inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública, infenso à negociação coletiva.

O mesmo ocorreu com a redação que a Lei n. 13.467/2017 deu ao parágrafo segundo do artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, que a partir de novembro passará a estabelecer que o contrato de trabalho alterado, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função, contrariando a estreita redação da súmula n. 372 do TST, segundo a qual “percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira”. O mesmo aconteceu com a nova redação trazida ao artigo 461 da Norma Consolidada, que contraria praticamente todos os itens da súmula 06 do Órgão Superior do Poder Judiciário trabalhista.

É manifesto o propósito do Estado-Legislator em menosprezar a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, sendo certo que durante o quase inexistente debate para a confecção da Lei n. 13.467/17, sempre a “atividade criativa ou legislativa” era lançada como argumento para se dar mais “segurança jurídica” aos empresários.

Sem desprezar que a segurança jurídica é um princípio resguardado na Constituição, toda essa atividade interpretativa do Tribunal Superior do Trabalho foi fruto de construção jurisprudencial debatida e com observância do devido processo legal, sempre levando em conta que no cenário constitucional pós-positivista, os princípios são normas e todas as normas fundamentais estimulam a hermenêutica e vinculam os órgãos do Poder Judiciário. Isso foi desprezado pelo Estado-Legislator.

O argumento da segurança jurídica igualmente cai por terra e cede à realidade segundo a qual as citadas súmulas já haviam sido assimiladas pelos atores da relação capital-trabalho. Modificar as regras do jogo com o jogo sendo jogado só trará ainda mais insegurança e discussão judicial.

Imagine-se, por exemplo, um empregado que recebe gratificação de serviço por incorporação temporal e a partir de novembro deixa de recebê-la por ato unilateral do seu empregador. Certamente ingressará em algum momento perante o Judiciário trabalhista, almejando reaver a percepção da gratificação, e o debate certamente passará pela segurança jurídica, direito adquirido e princípio da condição mais benéfica. Conforme se percebe por meio desse singelo exemplo, não haverá mais segurança jurídica nos próximos anos pela chegada da nova legislação. Ao revés, o efeito será rebote.



O Estado-Legislator de 2017, além de ter se vinculado à Escola de exegese, foi ainda mais conservador do que Kelsen, para quem a jurisprudência é considerada fonte do Direito: “a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direito das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão”⁴¹.

A Lei n. 13.467/17 inovou ainda mais, dispondo no parágrafo terceiro do mesmo artigo 8º, que “no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico” devendo-se guiar “pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

Esse dispositivo não pode ser lido isoladamente, já que a referida Lei aumentou substancialmente as hipóteses de matérias que podem ser objeto de negociação coletiva e, para impedir que o Judiciário trabalhista invalide cláusulas ofensivas aos trabalhadores, assegurou que os Juízes somente poderão analisar as normas coletivas sob o viés meramente formal, impedindo-se, dessa forma, a análise do mérito das cláusulas e se estas são inconstitucionais.

Ora, também aqui a investida do Estado-Legislator é flagrantemente inconstitucional, por afrontar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, com sede legal no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988⁴², que no dizer de Didier Jr. assegura o direito e ação, “de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição”⁴³.

Não fosse isso suficiente, o legislador reformista inova e cria pseudo “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, trazendo a inevitável conclusão de que esse poder criativo não é dado ao legislador ordinário, tendo-se que princípio não redundava da criação de lei, sendo esta fruto da inspiração naquele.

3. Conclusão

Uma das grandes inovações da Lei n. 13.467/17 foi retirar do parágrafo primeiro do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho a necessidade de compatibilização do direito comum com os princípios trabalhistas, quando aquele for utilizado subsidiariamente, para suprir lacunas legislativas. Ao longo deste trabalho viu-se que a tentativa do Estado-Legislator em limitar a capacidade interpretativa do Juiz trabalhista é visível, assim como também o é o retorno à autonomia das partes como grande racionalidade a ser utilizada na contratação da mão de obra humana, o que parece um retorno ao passado, quando o Direito do Trabalho ainda era atrelado ao Direito Civil.

⁴¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 259.

⁴² CRFB/88, Art. 5º.: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴³ DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito processual civil. Vol. 1. 6.ed., Salvador: Edições Jus Podium, 2006, p. 96.

O Legislador de 2017 desconhece não só a história do Direito do Trabalho, mas também ignora a autonomia deste ramo jurídico, assim como também menospreza a hermenêutica evolutiva realizada há mais de dois séculos, quando no parágrafo segundo do mesmo artigo 8º, estatui limitação interpretativa ao magistrado trabalhista. Cumprir a regra como estabelecida é se curvar a uma discriminação desarrazoada, somente estabelecida aos Juízes do Trabalho, que, mesmo na perspectiva pós-positivista, deverão permanecer jungidos à estrita legalidade.

Por fim, este mesmo Estado-Legislador “moderno”, no parágrafo terceiro do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho ainda cria regra flagrantemente inconstitucional, que, a fim de dar mais autonomia para as partes, no cenário da negociação coletiva, afasta a possibilidade de apreciação do mérito das normas coletivas pelo Estado-Juiz, em clara ofensa ao artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

A Lei n. 13.467/17, na linha do que Supiot denomina de “darwinismo normativo”⁴⁴, tem na igualdade entre as partes o primado para a modernização, mas, convenhamos, já ultrapassamos isso há muito tempo e o retorno ao passado só trará mais desigualdade social e não fará os deuses da economia acordarem para que “o país possa crescer” ou “ser mais competitivo”. A impressão que se tem é que se vivencia uma daquelas tendências da moda, que de tempos em tempos querem fazer crer que o legal estava no passado, como uma espécie de CLT *vintage*.

4. Referências

ABRANTES, José João. Contrato de trabalho e direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Direito constitucional brasileiro. Perspectivas e controvérsias contemporâneas. QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coordenadoras), p. 27-66.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direito a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. Colaborador: Henrique Garbellini Carnio. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Volume I, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003.

⁴⁴ SUPIOT, Alain. O espírito da Filadélfia. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014, p. 58.



HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, p. 239, 1998. Título original, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.ed, 1995.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1983.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MONTESQUIEU. De l'esprit des lois, livre XI, chap. 6., 1748. No texto em português (O espírito das Leis. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 176).

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 298.

_____. Los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

ROCA, Javier Garcia. Sobre la teoria constitucional de Rudolf Smend. Revista e estudos políticos, Centro de estudos constitucionales: Madrid, 1998.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora, 2006.

SCHWABE. Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SUPIOT, Alain. O espírito da Filadélfia. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

VIEIRA DE ANDRADE. José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009.