

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

RAFAEL SALVIANO SILVEIRA

**A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA
RELEITURA DO MODELO DWORKINIANO**

MARÍLIA
2016

RAFAEL SALVIANO SILVEIRA

A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA
RELEITURA DO MODELO DWORKINIANO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *strictu sensu* em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM, para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica

Orientador:
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

MARÍLIA
2016

SILVEIRA, Rafael Salviano

A questão da legitimidade das decisões judiciais: uma releitura do modelo dworkiniano/ Rafael Salviano Silveira; Orientador: Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Marília, SP [s.n.], 2016.

141 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

CDD: 340.1

*Dedicatória:
À minha Esposa Natalia
E ao meu filho Henrique "in memoriam".*

AGRADECIMENTOS

Sempre que a vida nos impõe desafios grandiosos ela própria se encarrega de nos trazer pessoas que nos ajudem no caminho, dividindo conosco a carga, tornando a jornada mais branda. Assim, o ato de agradecer está intimamente ligado ao reconhecimento de que sem a participação de cada uma dessas pessoas a missão poderia não haver sido concluída com a mesma tranquilidade e equilíbrio com que se concluiu. É a isto que se presta, portanto, os agradecimentos: ao reconhecimento de que parte deste trabalho também é obra de cada uma dessas pessoas.

Agradeço, inicialmente, a toda equipe do escritório Iasco & Marçal por me incentivarem em todos os sentidos neste estudo e no curso de Mestrado. Dedico especial agradecimento ao Amaro Marin Iasco pelo companheirismo, paciência e críticas técnicas, sem as quais o estudo não se teria tornando tão interessante. Agradeço, ainda, de forma especial, ao Marco Antonio de Macedo Marçal, pelas incessantes e instigantes discussões que refletem toda a densidade argumentativa e paixão encontradas tanto neste trabalho acadêmico, quanto nas atividades advocatícias cotidianas.

Aos meus familiares: minha Avó Zelinda, Meu Pai José Antônio, Minha Mãe Sandra, Meus Irmãos Bruno e Mateus, aos meus tios, tias, primos e primas, sogra meus sinceros agradecimentos pela cumplicidade e pelo companheirismo em toda a jornada que se desenvolveu até a conclusão deste trabalho. Que possamos dividir mais dias e alegrias por um longo tempo.

Minha Esposa Natalia Chamas Silveira, que está e esteve ao meu lado nos momentos mais sublimes e mais difíceis pelos quais passei. Que esse amor se estenda ao longo de nossa existência e que a cumplicidade, companheirismo, amor e carinho continuem sendo as bases de nossa família.

Aos companheiros de Mestrado Danilo Bahiano, cujo equilíbrio e sensatez saltam aos olhos; Fernando, que sustenta o conhecimento raro dos

acadêmicos de alta estirpe; Marcos Akamine e Roberto, pelo companheirismo; Guilherme de Lucca, pelo apoio técnico e principalmente pela humildade e caráter que se transparecem frequentemente.

Ao meu orientador Prof. Teófilo, pela paciência e dedicação com que me apoio durante toda a fase que se encerra. Aos Professores Ednilson, Raquel, Giaccoia, Pinha Alonso e Finotti pelos ensinamentos e toda a generosidade que se refletem neste trabalho. À toda a equipe do Mestrado, em especial à Taciana e Leninha, obrigado pelo apoio imprescindível.

Tenham a certeza que sem cada um de vocês este trabalho não seria o mesmo e o caminho teria sido penoso, ao passo que, com vossas companhias, tornou-se, a jornada, única em despertar, conhecimento e prazeres.

Nós vivemos no e segundo o Direito. Ele faz de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça: lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar nosso aluguel, somos obrigados a pagar multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que nosso soberano abstrato e etéreo, o Direito, estabeleceu. E "discutimos" o que ele estabeleceu, mesmo quando os livros que supostamente registram seus comandos e diretivas estão silentes; nós agimos então como se o Direito apenas tivesse murmurado sua ordem, demasiado baixa para ser ouvida com nitidez. Nós somos súditos do império do Direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito quando debatemos o que devemos portanto fazer.

Ronald Dworkin (O Império do Direito)

SILVEIRA, Rafael Salviano. **A questão da legitimidade das decisões judiciais: uma releitura do modelo dworkiniano**. 2016. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2016.

RESUMO

O estudo que se desenvolve tem por objetivo a crítica das decisões judiciais em casos difíceis sob o prisma da Teoria da Integridade do Direito proposta por Ronald Dworkin. Partindo de tal referencial teórico, foram estabelecidos alguns pontos primordiais que demonstram a necessidade de que as decisões judiciais sejam norteadas por princípios morais coletivos que são inerentes à comunidade, pontuando-se que se o Poder Judiciário, ao decidir demandas judiciais, não se aproximar dessa moralidade, terá sua decisão colocada sob dúvida razoável, o que poderá levar ao reconhecimento da ilegitimidade das decisões. Pontuaram-se, ainda, quais são os tipos de discurso afetos ao Poder Judiciário e aos demais Poderes estatais, demonstrando-se que a invasão ao argumento de política quando das decisões judiciais afasta referido poder, com veemência, dos pontos norteadores dos Estados Democráticos de Direito, e que a adoção de tais discursos no universo judiciário pode deturpar o papel do constitucional dos Poderes Estatais. Por fim, por intermédio do método hipotético dedutivo, foram colocados em discussão dois casos em que o Poder Judiciário vem fomentando decisões contrárias aos elementos essenciais propostos por Ronald Dworkin, o que afasta tais decisões tanto da Integridade do Direito quanto da necessidade de Fundamentação Constitucional das decisões impostas pela própria ordem Constitucional.

Palavras-chave: Legitimidade, Decisões Judiciais, Integridade do Direito, Romance em Cadeia, Filosofia do Direito, Direito do Trabalho.

SILVEIRA, Rafael Salviano. **A questão da legitimidade das decisões judiciais: uma releitura do modelo dworkiniano**. 2016. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2016.

ABSTRACT

The study develops aims criticism of judicial decisions in difficult cases from the perspective of Law Integrity theory proposed by Ronald Dworkin. Starting from this theoretical framework were established some essential things that demonstrate the need for judicial decisions are guided by collective moral principles that are inherent in the community, pointing out that if the Judiciary, to decide lawsuits, not to approach this morality, its decision may be placed under reasonable doubt, which could lead to the illegitimacy of decisions. Scored is also what are the types of discourse affects the judiciary and the other state powers, demonstrating that the invasion of political argument when judicial decisions away that power, with vehemence, the guiding points of Democratic States right, and that the adoption of such discourses in the judicial universe can misrepresent the role of the constitutional powers of the State. Finally, through the hypothetical deductive method, they were placed in discussion two cases in which the Judiciary has fueled detrimental to the essential elements proposed by Ronald Dworkin, which removes such decisions as the law Integrity as the need for Constitutional Grounds of decisions imposed by the Constitutional order.

Keywords: Legitimacy, judgments, law Integrity, Romance Chain, Philosophy of Law, Labor Law.

GLOSSÁRIO

CC – Código Civil

CFRB – Constituição da República Federativa do Brasil

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CPB – Código Penal Brasileiro

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

MPT – Ministério Público do Trabalho

OJ – Orientações Jurisprudenciais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – AS BASES DO ESTUDO: PRINCÍPIOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ROMANCE EM CADEIA	12
1.1 Princípios, regras e uma breve introdução ao pensamento pós-positivista	13
1.1.1 Direitos fundamentais e sua força	20
1.1.2 A leitura horizontal: direitos fundamentais e o direito privado.....	25
1.1.2.1 Efeitos indiretos e diretos dos direitos fundamentais sobre o direito privado.....	29
1.2 Os direitos fundamentais das pessoas jurídicas e a leitura do direito à propriedade como um direito fundamental.....	36
1.3 Romance em Cadeia	39
1.3.1 O Juiz Hércules e seu método.....	43
CAPÍTULO 2 – INTEGRIDADE E LEGITIMIDADE.....	49
2.1 Integridade do direito.....	50
2.1.1 Moralidade Política	50
2.1.2 Argumentos de Princípio e Argumentos de Política	56
2.2 A integridade do Direito e a Justiça do Trabalho	61
2.2.1 A necessidade da integridade – afastando-se da discricionariedade	62
2.3 Afinal, a Integridade	63
2.4 A questão da legitimidade das decisões judiciais: uma releitura do modelo dworkiniano	69
2.4.1 Princípios Constitucionais x Princípios Trabalhistas: a integridade em foco	71
2.4.2 Desfazendo-se um equívoco: os princípios trabalhistas nem sempre representam o princípio da dignidade humana	76
2.5 Crítica ao modelo dworkiniano: a questão da única resposta correta.....	78
2.6 O Mínimo existencial e a justiça do trabalho: a era de Hobin Hood.....	81
CAPÍTULO 3 – CASOS PRÁTICOS: A INTEGRIDADE AINDA NÃO É UM OBJETIVO	87
3.1 A Súmula 437 do TST e a Portaria 042/2007 do Ministério do Trabalho – Inconsistência integrativa	87
3.1.1 A Portaria 042/2007 do Ministério do Trabalho e a moralidade coletiva	92
3.1.2 O argumento da força, precedente as avessas e a inaplicabilidade da Súmula 437 do TST	97
3.1.2.1 <i>Distinguish</i> – Reforçando-se a inaplicabilidade da Súmula	100
3.1.3 Os motivos determinantes: porque se levou o Ministério do Trabalho a sério? ...	106
3.1.4 Romance em cadeia e integridade – A Portaria 042/2007 do Ministério do Trabalho colocada à prova	110
3.1.5 Desfazendo-se o teratismo: os princípios protetivos e as decisões judiciais no caso da Portaria 042/2007 do Ministério do Trabalho – fundamentalismo jurídico-laboral..	120
3.1.6 A aplicação do método – a condenação ao pagamento do intervalo reduzido sob a égide da Portaria 042/2007 do MTE não é legítima.....	123
3.2 Limbo Jurídico Previdenciário – um novo desafio à integridade.....	123

3.2.1 Contexto jurídico	125
3.2.2 As decisões relativas ao limbo jurídico previdenciário: o Poder Judiciário se afastando da Integridade	131
CONCLUSÃO.....	136
REFERÊNCIAS	140

INTRODUÇÃO

O objetivo específico deste trabalho é colocar em discussão a teoria da fundamentação judicial focada na questão da legitimidade das decisões que vem sendo adotada no Brasil, em especial na seara trabalhista. O método utilizado ao longo do estudo será o hipotético dedutivo.

Conforme será estudado no último capítulo deste trabalho, destinado especificamente à análise crítica de interpretações jurisprudenciais sustentadas em casos difíceis pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), algumas decisões padecem de vício de legitimidade, quando vistas sob o enfoque da teoria dworkiniana da integridade do direito.

Frise-se que a crítica empreendida guarda maior correlação com a estratégia adotada na seara jurídico-trabalhista brasileira, do que com o Poder Judiciário Trabalhista como instituição. Isso, pois visa à análise crítica da teoria da decisão judicial atual na seara trabalhista, confrontando os paradigmas utilizados com a teoria proposta por Ronald Dworkin na série de livros que impingem ataque frontal ao positivismo jurídico e elevam o pós-positivismo. Assim, revela-se que a base doutrinária utilizada será apoiada na teoria política das decisões judiciais desenvolvida por Dworkin, ao conceber a Integridade do Direito como um princípio moral almejado (ou a ser almejado) pelos Estados Democráticos de Direito.

A utilização do direito comparado poderia ser um argumento contra o estudo que se desenvolve, na medida em que se levantassem questões quanto à disparidade entre a tradição anglo-saxônica dominante nos Estados Unidos e Grã-Bretanha (que formam a bases das discussões de Dworkin) e a tradição romano-germânica que predomina no direito brasileiro.

Três argumentos, entretanto, revelam-se no sentido de que o estudo comparado é perfeitamente concebível. O primeiro argumento é que, em se tratando essencialmente das teorias das fundamentações judiciais é de pouca importância se a tradição sob enfoque é insular ou peninsular, ou ainda se os direitos advêm da Constituição, das leis, dos precedentes ou das súmulas; o alvo da discussão é quais serão os argumentos lançados pelos juízes em sua fundamentação, o que seria determinante para se verificar se as decisões são, de fato, afetas ao Poder Judiciário ou se haveria vício de legitimidade das decisões, considerando-se a teoria base para se fomentar tal dissertação. Frise-se, ainda, que mesmo no modelo romano-germânico os princípios já atingiram o patamar de normas

exigíveis e de caráter cogente, assim como na traição anglo-saxã, o que enrobustece a argumentação de que a comparação é viável.

O segundo argumento identificado pode ser retirado da própria evolução jurídica brasileira. Na atualidade, é possível que algumas decisões sejam baseadas em Súmulas, as quais, segundo os próprios Tribunais Superiores, são justificadas por precedentes¹. Dessa forma, apesar de se admitir a grande disparidade entre a teoria dos precedentes e os precedentes como vem sendo utilizados na prática jurídica brasileira, as decisões fomentadas neste país se revelam próximas ao modelo anglo-saxão, na medida em que se apoiam, mesmo que a seu modo, em outras decisões do poder judiciário.

Ainda dentro do segundo argumento, exsurge o darwinista (evolutivo) que se revela na medida em que o Código de Processo Civil de 2015, que passou a vigorar em 17 de março de 2016 (artigo 1.045 da lei 13.105/2015), mantém diversos dispositivos que admitem ou instituem os precedentes na prática jurídica brasileira, dos quais podemos destacar os artigos 489 §1º inciso V e VI, artigo 926 §2º, artigo 927 §5º, artigo 988 inciso IV e artigo 1.042 §1º inciso II. Portanto, ainda que se determinem diversas disparidades entre os modelos de precedentes adotados no direito anglo-saxão e os adotados no Brasil, não se pode olvidar que o panorama nacional revela a adoção de tal instituto, ainda que a seu modo, o que justifica, também, a comparação.

Por fim, o terceiro argumento apoia-se na tripartição dos poderes estatais que revelam uma importante intersecção entre as teorias políticas dos Estados Unidos, Grã-Bretanha e Brasil. A importância de tal intersecção se revela na medida em que o embate entre as teorias da fundamentação judicial perpassam, quase que involuntariamente, à questão da invasão do Poder Judiciário com relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Isso, pois conforme veremos mais a frente, os argumentos de política devem justificar os atos dos Poderes Legislativo e Executivo, enquanto que os atos do Poder Judiciário devem ser justificados pelos argumentos de princípios (ou de direitos), e a utilização dos argumentos de política pelo Poder Judiciário são as bases filosóficas das críticas que serão levantadas. Novamente, a análise das questões propostas por Dworkin, observando-se as teorias aplicadas nos Estados Unidos e Grã-Bretanha se revelam próximas às tupiniquins, já que esse elemento é essencial para responderem-se as questões que serão propostas.

Dessa forma, vislumbra-se que a análise da teoria de Dworkin é amplamente aceitável no que diz respeito ao cenário jurídico brasileiro.

¹ Vide o endereço eletrônico disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Logo abaixo de qualquer uma das Súmulas haverá a indicação de alguns precedentes que levaram à sua publicação.

CAPÍTULO 1 – AS BASES DO ESTUDO: PRINCÍPIOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ROMANCE EM CADEIA

No capítulo inicial deste trabalho, serão delineadas as trilhas a serem seguidas para que se possa enredar pelo caminho proposto por Dworkin no que diz respeito à legitimidade das decisões judiciais.

A tese da única resposta correta, intrigante e espirituosa, rende diversos ataques à teoria fomentada pelo autor, cuja obra se faz a base teórica principal deste estudo. Os ataques fomentados, entretanto, revelam o fascínio que a comunidade jurídica mantém quanto ao tema. A limitação do espaço criativo das decisões soa bem aos ouvidos do Estado Democrático de Direito que fomenta como um de seus princípios basilares a questão da anterioridade da lei.

Significa dizer que a ideia de se empreender um caráter cada vez menos original as decisões judiciais é aproximar as decisões do princípio da anterioridade, na medida em que o sistema jurídico fomentado já indicaria quais condutas seriam ilegais, merecendo a resposta punitiva do Estado.

Entretanto, a tese da única resposta correta esbarra nas nuances advinda da prática judiciária, bem como nas próprias teorias filosóficas do direito. Conforme será delineado, os juristas concordam que a dado *hard case* poderá corresponder duas respostas que seriam racionalmente aceitáveis.

Não obstante, tal argumentação não afasta o encanto promovido pela tese, na medida em que, ainda que amplamente combatida, a tese da única resposta correta deveria ser vista como um critério de correção das decisões judiciais.

Ronald Dworkin se torna, com a elevação de sua teoria, um dos filósofos do direito mais citado no Brasil e possivelmente na América latina, ganhando notoriedade, ainda, na Ásia, África, Europa Continental, sem contar os países de tradição anglo-saxônica, colocando-o na agenda jurídica comum do direito mundial (Macedo Junior, 2013, p. 22).

Para se adentrar a dissertação proposta por Dworkin o trabalho pontuará em que fase se encontra a teoria dos princípios no cenário jurídico Brasileiro, sua aplicação clássica e horizontal. Será dissertado, ainda, acerca da defesa institucional devida aos princípios pelos Poderes Estatais e a necessidade que se mantém de preservá-los.

Será discutido, ainda, o caráter fundamental dos direitos constitucionais que mantém um sentido forte, que se afasta da mera prerrogativa e se aproxima de uma constante emblemática que deverá ser respeitada intrinsecamente pelo Estado e pelos particulares.

A motivação deste capítulo inaugural passará, ainda, pela caracterização do direito à propriedade como um direito fundamental manifestando-se como um mote constitucional reiterado. Não se revogue de imediato tal ideia. Adentre ao capítulo e verifique se, de fato, a repulsa a tal ideia se mantém.

Por fim, embebido pela teoria dworkiniana, o capítulo se encerrará delineando-se o romance em cadeia e a teoria da decisão judicial do Juiz Hércules.

Apesar de denso, o capítulo inicial será de grande valia para se delimitar o objetivo específico do estudo que se desenvolve, em especial, apoiando as premissas que serão erigidas no segundo capítulo que tratará da integridade do direito.

1.1 Princípios, regras e uma breve introdução ao pensamento pós-positivista

A derrocada do *juspositivismo* se deve com maior latência ao tribunal de Nuremberg, quando os oficiais alemães passaram a ser julgados pelos crimes nazistas cometidos na época do 3º Reich. A argumentação defensiva dos réus baseou-se na assertiva de que ao cometerem os crimes pelos quais estavam sendo julgados, estariam cumprindo a Constituição e as leis Alemãs, que permitiam a eles a carnificina praticada contra a minoria judaica, dentre outros crimes de guerra identificados.

Considerando-se a argumentação positivista dos oficiais alemães julgados naquela oportunidade, tornou-se latente que o positivismo *kelseniano* não cabia mais à sociedade, uma vez que a justificativa de aplicação da Constituição de um país não poderia, de qualquer forma, subjugar os princípios naturais de preservação da raça humana e inviolabilidade territorial – vale dizer: a ética não poderia continuar afastada do direito. Entretanto, a volta ao *jusnaturalismo* também não se amoldava convincente, uma vez que a doutrina encontrava-se exultada pelas características científicas que passaram a envolver a seara jurídica na época positivista. Em breve histórico, surge o campo fértil à ascensão do *pós-positivismo*.

Elevado após a segunda metade do século XX o *pós-positivismo* – tendo como seus principais precursores Ronald Dworkin e Robert Alexy – sugere que a Constituição é um instrumento onde convivem harmoniosamente normas de duas espécies: regras (normas positivadas) e princípios (normas positivadas ou não).

Dworkin (2002, p. 66) refere-se às regras como normas aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (*all or nothing*). Isso significa que dados os fatos e havendo a subsunção quanto à regra, ou ela é válida e suas consequências devem ser aplicadas, ou a regra não é considerada válida, sendo inservível ao caso concreto. Para Alexy (2008, p. 86), a regra tem um caráter definitivo, sendo que um dos critérios que as diferenciam dos princípios é que na ocorrência de conflito de regras haverá, necessariamente: (i) uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou (ii) declaração de invalidade de uma delas.

Os princípios, por sua vez, para ambos os autores supramencionados, apresentam-se como normas de textura e aplicabilidade aberta, porquanto, mesmo aqueles que se assemelham às regras não apresentam consequências jurídicas imediatas, como acontece com aquelas normas. Nesse sentido, chega-se ao caráter distintivo entre as espécies de norma que denota que os princípios “*são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.*” (ALEXY, 2008, p. 87)

Dworkin (2002, p. 36) classifica os princípios constitucionais como a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico de um determinado território. Sendo assim, tais princípios retratariam a ideologia daquela sociedade e, em última instância, representariam os objetivos para os quais o próprio ordenamento fora criado, reaproximando, desta forma, ética e direito.

Canotilho (1993, p. 166) manifesta a diferença entre regras e princípios sugerindo alguns critérios distintivos:

- a. *Grau de abstração*: os princípios teriam grau de abstração elevado enquanto as regras a abstração reduzida;
- b. *Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto*: as regras seriam suscetíveis de aplicação direta, enquanto os princípios necessitariam de mediações concretizadoras;
- c. *Caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes do direito*: os princípios são normas de natureza fundamental no sistema, desempenhando um papel estruturante dentro dele;
- d. *Proximidade da ideia de direito*: os princípios serviriam como flâmulas, verdadeiras bandeiras, juridicamente vinculantes à justiça;
- e. *Natureza normogénica*: os princípios seriam os fundamentos das regras, constituindo a razão de sua criação.

Segundo Ávila (2014, 59/60), por muito tempo a doutrina pátria manteve-se inebriada por tais conceitos, circundando aos arredores da ideia de que as regras se distinguiriam dos princípios por três características básicas, deduzidas com maior força dos trabalhos de Dworkin e Alexy:

- a. *Caráter hipotético-fundamental*: as regras descrevem uma hipótese e a consequente decisão a ser adotada; são aplicadas ao modo “*se, então*”, o que significa dizer que *se* as premissas são preenchidas, *então* a regra deve ser aplicada. Os princípios, por sua vez, indicariam apenas os fundamentos a ser utilizados pelo aplicador para futuramente encontrar a norma para o caso concreto;
- b. *Modo final de aplicação*: justificando-se que as regras são aplicadas de forma absoluta, obedecendo a um critério lógico de “*tudo-ou-nada*” (all or nothing), ou seja, havendo o preenchimento da hipótese normativa, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aplicada, ou ela é inválida e não deve ser aplicada, apontando-se uma exceção tanto. Quanto aos princípios, sua aplicação seria gradual, na medida em que o aplicador deveria ponderar os princípios tensionados entre si, fazendo-se prevalecer aquele que se amolde à situação concreta com maior razoabilidade.
- c. *Critério do conflito normativo*: quanto às regras, a colisão entre elas resultaria em (i) uma declaração de invalidade de uma delas, ou (ii) criação de uma exceção à regra. Enquanto que a colisão (ou tensão) entre os princípios seria solucionada através de uma ponderação e atribuição de pesos a cada um deles no que tange a determinado caso.

O que se abstrai de todos os critérios de distinção é que a Constituição seria formada por dois tipos de normas, as regras e os princípios. As regras teriam implicação direta no caso concreto, sendo que, preenchida a sua hipótese descritiva, necessariamente deveria ser aplicada ou indicada qual seria a excludente legal a fundamentar a decisão de não aplicá-la; no conflito de duas regras, apenas uma delas poderia permanecer válida. Os princípios, por seu alto grau de abstração, seriam utilizados como as bases axiológicas da decisão, no sentido de que, havendo uma tensão reconhecida entre dois deles, haveria a necessidade de determinar-se o peso de cada um (ponderação), materializando-se a precedência de um deles em face do outro sob determinadas circunstâncias de fato .

Entretanto, é notável que, segundo essa dogmática, os princípios não seriam suscetíveis de aplicação ao caso concreto de forma direta, mas tão somente utilizados como referenciais axiológicos e teleológicos da vontade constitucional indicando a melhor medida a ser aplicada ao caso concreto. Sua aplicação axiológica estaria em constante transformação acompanhando a evolução histórica da sociedade que os revestem, mas o

seu caráter abstrato impediria a utilização do princípio para a determinação de um caso concreto de maneira direta.

Com efeito, não fora visualizada pela corrente em epígrafe – ao menos no início do desenvolvimento e dos trabalhos até aqui citados – a possibilidade de o princípio ser utilizado como responsável direto pela exceção legal de um determinado caso, no qual, ainda que haja a subsunção em relação à norma positivada (regra), a aplicação da consequência jurídica seria impedida racionalmente pela afronta a um princípio constitucionalmente reconhecido. Desconsiderou-se, nesse sentido, a força de concretização dos valores e fins a que se destina a própria norma constitucional.

Manifesta-se a prevalência do entendimento de que os princípios só poderiam se sobressair em determinado caso concreto, quando houvesse uma tensão instituída entre mais de uma espécie, o que não se demonstra razoável. De fato, a aplicação da ponderação ganha relevância quando dois princípios são identificados em tensão no caso concreto. É certo, por exemplo, que o intérprete, ao assegurar que deve prevalecer o princípio da segurança jurídica mitigando-se a atuação do princípio legalidade em determinado caso concreto (desde que a argumentação seja lógica e razoável), amolda-se sem embargos ao que se afigura como a interpretação clássica do papel dos princípios, ou seja, a aplicação do seu caráter axiológico-teleológico na hermenêutica para a decisão do caso concreto.

Entretanto, não se revela menos certo que haja a possibilidade legítima de que a aplicação concreta de um princípio – ainda que não haja tensão em relação a outro princípio e a possibilidade de ponderação – possa de fato ser utilizado como a fundamentação adequada e razoável para afastar-se a aplicação de uma regra ao caso concreto. Ávila (2014, p. 66/67) propala um exemplo fático em que a atuação de um determinado princípio fora suficientemente concreta a ponto de excluir-se a aplicação da regra.

Segundo ele, a norma prevista no artigo 224² do Código Penal, ao estabelecer o crime de estupro determinaria um critério incondicional para a presunção do crime, qual seja a idade da vítima inferior a 14 anos. Dessa forma, qualquer ato sexual praticado com menor de 14 anos seria considerado estupro presumido – vale ressaltar que a norma não apresenta qualquer exceção específica. A presunção, entretanto, é aplicada como *iuris tantum*, de acordo com o entendimento materializado em um processo julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Isso, pois ao verificar as circunstâncias de fato em determinado

² O referido artigo do Código Penal fora revogado pela lei 12.015/2009, sendo que o exemplo na atualidade se amoldaria com perfeição ao artigo 217-A do mesmo diploma legal.

processo que julgava um estupro presumido contra uma vítima de 12 anos, as circunstâncias particulares, não previstas pela regra, foram consideradas para afastar sua aplicação. O Supremo desvelou que as características psicofísicas da vítima e o seu consentimento foram determinantes para o reconhecimento preliminar de inocorrência do tipo penal.

Assim, pode-se afirmar que o princípio³ da razoabilidade fora materializado, considerando-se que a legislação não acompanhou a evolução social – fundamentação esta adotada pelo próprio Ministro Relator. Além disso, denota-se a aplicação concreta do princípio da razoabilidade ao asseverar que o erro cometido pelo réu fora, inclusive, justificado por testemunha do processo, a qual afirmou que a vítima aparentava a idade média de 15 a 16 anos (STF, 2ª Turma, HC 73.662-9-MG, 1996), o que denota que o erro que o levou à subsunção do tipo penal poderia ser cometido por qualquer homem de razão média, afastando-se a ocorrência do tipo penal preliminarmente. Note-se que, apesar de não haver a indicação direta da atuação do princípio da razoabilidade, ele aparece com frequência nas entrelinhas argumentativas.

Um critério para averiguar se o juiz apoia-se num princípio é saber se ele procede a uma ponderação. Aplica-se o seguinte teorema: quando uma pessoa procede a uma ponderação, ela se apoia necessariamente em princípios. Isso porque uma ponderação é necessária justamente quando existem razões opostas que, tomadas individualmente, constituem boas razões para uma decisão e só não levam de imediato a uma decisão definitiva porque existe outra razão que exige outra decisão. Tais razões ou são princípios ou se apoiam em princípios.

No terceiro capítulo deste trabalho se entenderá que, em verdade, a atuação do STF no caso concreto em epígrafe, se trata de aplicação do instrumento *distinguish* na sua modalidade ‘exceção direta’. Basta, por hora, que se possa identificar a atuação dos princípios afastando-se a aplicação de uma regra.

Portanto, pode-se dizer sem embaraço, que se está diante de um caso em que um princípio, por intermédio de argumentação sólida e razoável, pôde materializar-se contra a própria regra, obrigando-se o Poder Judiciário a desconsiderá-la na aplicação ao caso concreto.

A sentença lógica acima exposta merece explicação.

³ Alguns doutrinadores definem a razoabilidade como um critério de aplicação do direito e não como um princípio. Entretanto, no presente trabalho, a razoabilidade será abordada como um princípio constitucional extraído da necessidade de fundamentação das decisões do Poder Judiciário (artigo 93 inciso IX da CRFB/1988).

Utilizou-se o termo “argumentação sólida e razoável”, para denotar a necessidade de que a aplicação do princípio decorra de uma sequência lógico-expositiva, baseada na racionalidade, que permita ao interlocutor verificar se a argumentação fomentada decorre da narrativa dos fatos consignados e sua interação com a norma principiológica evocada. Em segundo lugar, utiliza-se do termo “obrigatoriedade”, pois, apesar do grau de abstração, os princípios não podem ser considerados como meros balizadores da hermenêutica constitucional, havendo a necessidade de se considerar a sua aplicação como condição *sine qua non* aos corolários de justiça intrincados na Constituição. Não há escolhas em aplicar ou não o princípio, vez que não se configura como mera indicação axiológica, mas como norma de aplicabilidade obrigatória (ÁVILA, 2014, p. 68).

Partindo desta lógica jurídica, observamos a sublimação dos princípios, ou seja, os princípios se afastaram do mundo das ideias para adentrarem ao mundo concreto – do estado gasoso ao estado sólido. Nessa vereda, não se sustenta mais quaisquer distinções entre as regras (normas positivadas) e os princípios (normas não positivadas), havendo a necessidade da aplicação de ambos ao caso concreto, sob pena de não se empreender aos mandamentos constitucionais o sentido para os quais foram criados ou para os quais evoluíram por meio da verificação das necessidades sociais.

A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra, sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios como espécies diversificadas do gênero norma; e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. (BONAVIDES, 2001, p. 294)

Assim, resta latente que a concretização dos princípios é a meta a ser alcançada pela ciência jurídica (assim entendida como aquela que tem como objeto de estudo o direito). Em especial, os órgãos estatais de maneira genérica, por ser a personificação do próprio Estado, e por estar, conseqüentemente, eivados da vontade constitucional arraigada na sociedade, devem ter como objetivo principal a aplicação das normas constitucionais,

seja ela um princípio ou uma regra, sob pena de esvaziamento da força normativa da Constituição.

Os Três Poderes⁴, há de se dizer sem embargos, são os defensores primários dos princípios constitucionais. Se assim não fossem considerados, aceitar-se-ia a antítese de que a Constituição materializa-se com a finalidade de manter o Estado e não que o Estado (e seus órgãos) existe da forma que o é, justamente, por obedecer ao sistema constitucional vigente. Em melhores termos, o fim principal a que se destinam os Poderes Estatais é justamente a defesa da ordem constitucional vigente, pelas quais e para as quais seus poderes foram criados e a cada um deles outorgados. A criação (órgãos estatais) obedece, necessariamente, aos desígnios do criador (Constituição).

Nesse contexto, os princípios, na atualidade, devem ser entendidos como as normas que atribuem fundamentos às outras normas, apresentando alto grau de indeterminação, o que não se confunde com o sentido de volubilidade empregado a eles até então, mas que tão somente demonstra que o princípio, ao contrário da regra, não trará em seu bojo a descrição dos diversos fatos concretos aos quais se amolda, nem mesmo as consequências jurídicas de sua afronta (o que é característica primordial da regra), o que, no entanto, não levará o aplicador a descartá-lo como se fosse uma simples opinião desprovida de normatividade. Os princípios devem ser entendidos como o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas. *O essencial é que, mesmo no caso dos princípios, o que for necessário para promover o fim é devido. Ganham assim, o almejado caráter definitório, os princípios, afastando-se da unívoca interpretação de tensões horizontais do início do pós-positivismo.* (ÁVILA, 2014, p. 161)

O Estado, por sua vez, deve ser o responsável direto pelo processo de concreção da vontade constitucional, por meio de qualquer dos Poderes que se faça necessário. Cabe ao aplicador do direito, nesse sentido, verificar se o fato, ainda que subsumido à regra, mantém-se em consonância com os princípios constitucionais, concretizando-o, ainda que em detrimento da regra. Ressalta-se, assim, que não pode o aplicador do direito deixar de analisar se o fato manteve-se apoiado em um dos princípios constitucionais reconhecidos, afastando-se a subsunção à regra e a consequente imposição da possível pena culminada. Aliás, a violação do princípio é mais grave do que a violação da própria regra, do que se abstrai que, em termos de conflito princípio-regra, deve-se prevalecer o primeiro.

⁴ A crítica revela que em verdade não há divisão dos Poderes do Estado, uma vez que o poder Estatal é uno e soberano. Manifesta-se que, em verdade, o poder uno seria manifestado através de diversos órgãos, os quais desempenhariam, cada uma das funções públicas. Vide: TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional.

1.1.1 Direitos fundamentais e sua força

Pelo exposto no item anterior, pode-se concluir que os princípios alçaram o patamar de imposição constitucional, vinculando as decisões dos Poderes Estatais por serem, eles mesmos, ao menos ideologicamente, vontade e fundamento da própria Constituição Federal.

Os princípios constitucionais tem a incumbência de carregar em seu âmago os direitos individuais fundamentais. Aliás, conforme referenciado por Alexy (2008, p. 86), não raras vezes os direitos fundamentais são caracterizados, eles próprios, como princípios.

A dignidade humana, por exemplo, além de caracterizar-se, ela própria, como um princípio, é sem dúvida um direito fundamental da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Desta forma, os princípios estão intimamente ligados aos direitos individuais (e até mesmo a alguns coletivos, considerando-se que a CRFB/1988 tratou de direitos individuais e coletivos no seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, e.g. em seu Artigo 8º, quando trata da Associação Sindical e consequentemente do princípio da livre associação sindical), os quais são oponíveis perante o Estado e os demais membros da sociedade⁵.

Entretanto, necessário que se determine, para o sucesso deste estudo, qual seria a força destes direitos, inicialmente perante o Estado, para posteriormente tratar-se de sua força perante os demais tutelados, ou seja, para que se adentre ao âmbito da influência dos direitos fundamentais sob o enfoque do direito privado e suas relações.

A força de um direito tem relevância para esta pesquisa na medida em que, se se determinar que um indivíduo tenha algum direito fundamental perante o Estado, advindo de um princípio tutelado pela Constituição, referido direito lhe garantiria a possibilidade de se contrapor às ordens estatais que, de alguma maneira, viessem a afrontar esse direito. Caso contrário, se se aceitasse que quaisquer direitos, ainda que fundamentais, pudessem ser suprimidos pelo Estado sem uma justificativa plena (ponderação) e dentre os limites da teoria que será adotada para verificar a legitimidade das decisões judiciais, então esse direito teria outros contornos que não os atribuídos aos direitos fundamentais.

Para se compreender melhor a referida análise, Dworkin (2002, p. 290), ao analisar a possibilidade da desobediência civil, coloca o exemplo do soldado capturado

⁵ A concepção horizontal dos direitos fundamentais será tratada em tópico próprio.

pelo exército inimigo. De acordo com a narrativa, o soldado capturado teria o 'direito' de fugir, mas os algozes também teriam o 'direito' de tentar impedi-lo. O 'direito' do soldado à fuga é, entretanto, o direito no sentido fraco, ou seja, aquele que não poderia ser atribuído aos direitos fundamentais.

Isso, pois o 'direito' à fuga do soldado seria melhor classificado como uma prerrogativa e não um 'direito' propriamente dito. Se houvesse entre as leis de guerra alguma disposição que lhe garantisse a fuga, então os captores não poderiam lhe impedir a fuga, sendo essa a essência da narrativa de Dworkin. Não havendo qualquer norma que lhe garanta a fuga, seu 'direito' trata-se, na verdade, de uma prerrogativa. Poder-se-ia transformar, aliás, o caso do soldado em um artifício didático para que a diferença entre as possíveis formas de se entender o direito em sentido fraco e forte se tornem latentes.

Pode-se supor, por exemplo, um caso em que o referido soldado tenha a prerrogativa da fuga, na medida em que não seria punido se a praticasse, ainda que fosse capturado, somando-se a condição de que seus algozes teriam o dever de impedi-lo. Entretanto, sua prisão se deu próximo ao limite de dois países, sendo que a passagem para o outro país, neutro no combate, lhe garantiria a liberdade, diante da existência de um acordo (norma em sentido *lato*) entre os países vizinhos de que ninguém poderia ser capturado naquele território, ou seja: desde que passasse para o outro lado da fronteira, os soldados inimigos não tinham mais o direito de captura-lo.

No início de sua fuga, ou seja, antes de atravessar a fronteira, poder-se-ia classificar o seu 'direito' como um direito no sentido fraco, tendo em vista que, apesar de não haver nenhuma punição instituída para a tentativa de fuga, o que revela a sua possibilidade, os soldados inimigos poderiam frustrar sua tentativa, já que mantinham o dever de preservá-lo no cárcere. Essa é a prerrogativa da fuga, que não pode ser confundida com o direito à fuga. Trata-se do direito em sentido fraco.

Entretanto, à partir do momento em que cruzasse a fronteira, sua prerrogativa ganharia contornos de direito no sentido forte, na medida em que ninguém, segundo o acordo, poderia ser capturado naquele país. Após a fronteira, o direito se torna forte.

A distinção é clara.

No primeiro momento, os inimigos poderiam impedi-lo e prendê-lo, ainda que não houvesse nenhuma punição para a tentativa de fuga, cerceando sua prerrogativa de fuga. No segundo momento, entretanto, o direito era maciço na medida em que os soldados não poderiam mais capturá-lo, diante da norma de que nenhuma pessoa poderia ser presa

naquele território, sendo que sua fuga passou a ser um direito no qual não se pode encontrar oposição, um direito no sentido forte.

Alterando-se os atores desse enredo: o soldado capturado representaria o indivíduo e os soldados captadores representariam o Estado. Modifique-se o direito à fuga, transformando-o em qualquer direito de ordem fundamental constitucionalmente veiculado – ainda que não positivado -. Qual dos dois modelos seria o mais adequado?

O direito fundamental transvestido da fragilidade de mera prerrogativa ensejaria o desrespeito estatal tão logo lhe fosse útil, na medida em que poderia ser justificado por simples argumentos políticos sem qualquer amplitude. Desta forma, os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos no sentido forte, ou seja, aqueles que garantem ao seu titular a possibilidade de preservá-los ao alvedrio do que o Estado possa impor – a não ser, é claro, que haja boas razões para sua supressão, o que será discutido em breve -. Isso significa que ainda que o Estado possa argumentar que a supressão do direito fundamental seria benéfica à comunidade, em determinado momento histórico, referida argumentação não seria suficiente para aniquilá-lo, afastando-se os argumentos utilitaristas que poderiam lhe colocar em risco:

Este é o ponto crucial e desejo elaborá-lo. Sem dúvida, um governo responsável deve estar pronto para justificar o que quer que faça, particularmente quando isso restringe a liberdade de seus cidadãos. Em geral, porém, é uma justificação suficiente, mesmo para um ato que limita a liberdade, que esse ato seja calculado de modo que aumente aquilo que os filósofos chamam de utilidade geral - ou seja, calculado de modo que, no cômputo geral, produza mais benefícios que danos. (...) Contudo, quando se diz que cidadãos individuais têm direitos contra o governo, como o direito à liberdade de expressão, tal afirmação deve significar que esse tipo de justificativa não é suficiente. Caso contrário, a alegação não se sustentaria no argumento de que os indivíduos têm proteção especial contra a lei quando seus direitos estão em jogo, mas é esse precisamente o cerne da alegação. (DWORKIN, 2002, p. 293)

O termo 'utilitarista' é empregado no sentido de que o Estado, sempre que houvesse a necessidade de se mitigar a força dos direitos fundamentais, poderia evocar o bem coletivo como sendo o necessário argumento para tanto, tratando-se, assim, de um instrumento para que ele pudesse agir desta forma. Ou seja, sempre que necessário, os direitos fundamentais seriam empregados como meras prerrogativas cujos soldados captadores lhe poderiam frustrar a materialização.

Nesta vereda, os direitos fundamentais manifestados por princípios constitucionais devem manter-se petrificados frente aos argumentos de um bem geral,

evitando-se sua aniquilação tão logo algum argumento utilitarista ou alguma política de governo fosse lançada em seu desfavor. Não se revela razoável que o direito fundamental possa sofrer tais influências de políticas públicas ou partidárias sem perder o que neles há de fundamental, de essencial. Não fosse assim, a exemplo de sua complexidade e importância, o Legislador Constituinte Originário Brasileiro não teria inserido os diversos direitos fundamentais na cláusula pétreia, representada, em grande parte, pelo artigo 5º da CRFB/1988.

A única forma de se ver tolhido um direito fundamental seria a incidência de outro direito de mesma magnitude (outro fundamental) que, em confronto com o primeiro, se sobressairia naquele caso concreto, sem que ambos, no entanto, perdessem sua forma e força, pois a colisão de princípios, ao contrário da colisão de regras, permite que mesmo o enfraquecido em determinado caso, permaneça com sua força e amplitude para ser invocado em outros casos que se faça necessário.

Os direitos fundamentais, entendidos dessa forma, seriam oponíveis até mesmo contra leis publicadas que pudessem coloca-los em risco. Frise-se, neste sentido, que por serem conduzidas por princípios ou serem elas mesmos princípios reconhecidos, as leis e decisões estatais que fossem contrárias aos direitos fundamentais deveriam ser consideradas arbitrárias.

Revelar-se-ia, até mesmo, um argumento poderoso contra a pena aplicada em virtude do desrespeito à lei afrontosa aos direitos fundamentais, na medida em que, não seria razoável a punição já que a lei, ela mesma, contraria um direito que deve ser protegido, em primeira instância, pelo próprio Estado.

Se um homem acredita que tem o direito à manifestação, então deve acreditar que o governo erraria ao impedir o exercício desse direito, com ou sem o respaldo de uma lei. Se ele está autorizado a acreditar nisso, é tolice falar de um dever de obedecer à lei enquanto tal, ou de um dever de aceitar uma punição que o Estado não tem o direito de aplicar. (DWORKIN, 2002, p. 296)

Nem seria razoável se presumir, ademais, que a promulgação da lei visaria à manutenção de um princípio mais importante do que aquele direito fundamental tolhido em seu nome, qual seja, o princípio do respeito à lei. Admite-se que nas sociedades Democráticas o dever de cumprir a lei é um direito inicial dos administrados. Entretanto, refuta-se a ideia de que esse princípio poderia colocar em risco a democracia no caso de

uma lei vir a aniquilar um direito fundamental mediante um argumento de política pública e o administrado invocasse seu direito de não cumprir a lei.

Supor que a lei deveria ser respeitada a qualquer custo carrega-se, novamente, de um utilitarismo desmedido tendo em vista que, neste caso, a lei deveria ser respeitada para que o objetivo democrático fosse mantido e a ordem fosse atingida, tratando-se, assim, a lei, de um fim nela mesma. Incorrer-se-ia, neste argumento, em petição de princípio. A lei deve ter um objetivo maior do que sustentar-se a si própria como uma imposição estatal irresistível. Se há princípios constitucionais que garantem determinado direito fundamental, a lei que vá de encontro a eles deverá ser considerada ilegítima e, portanto, as punições dela advindas contra aqueles que a tenham desrespeitado, inexigíveis.

Não haveria sentido algum em alardear nosso respeito pelos direitos individuais, a menos que isso envolvesse algum sacrifício. E esse sacrifício deve ser o de renunciar a quaisquer benefícios marginais que nosso país possa vir a obter, caso ignore esses direitos, quando eles se mostrarem inconvenientes. Assim, o benefício geral não pode ser uma boa razão para a restrição dos direitos, mesmo quando o benefício em questão for um elevado respeito pela lei. (DWORKIN, 2002, p. 296)

A forma encontrada, portanto, de se atingir um direito fundamental seria no caso de se identificar direitos concorrentes em colisão, momento no qual o Estado deveria agir para apontar qual deveria se sobressair naquele momento em relação aquele caso concreto. Teríamos, neste sentido, uma justificativa plena (razoável, aceitável, equitativa), para suprimir ou mitigar determinados direitos fundamentais em benefício de outros.

Direitos concorrentes, no modelo de Dworkin, é a expressão utilizada, tão somente, quando existem dois direitos que estejam em conflito e que nenhum deles venha de uma dedução de bem geral. Significa dizer que para que seja reconhecido o conflito de princípios, é necessário que o seu titular (ou grupo) contraposto a outro indivíduo (ou grupo) possa sustentar aquele direito ainda que fora do grupo. Caso haja a necessidade de recorrer ao artifício de que a maior parte dos cidadãos se beneficiaria daquela reivindicação, não se estaria diante de um direito individual, mas de algum outro elemento que não justificaria a afronta ao direito fundamental individual contraposto (DWORKIN, 2002, p. 298).

Explica-se. Para que o direito fundamental seja reconhecido, ainda que seja pleiteado de forma coletiva, é necessário que este mesmo direito seja identificado quando se visualiza o caso de forma individual, em relação a cada um dos envolvidos. Se o direito

invocado para se colocar em confronto com o direito fundamental só subsistir em relação ao ente coletivo, não se esta diante de uma colisão de direitos fundamentais, mas sim de um direito genérico (bem geral) que, sob a argumentação exposta, se encontra em oposição a um direito fundamental individual.

Neste caso, não se estaria diante de uma oposição legítima de direitos individuais, mas sim de uma argumentação que se acercou de fundamentos coletivos que não podem ser sustentados de forma individual a cada um dos supostos ofendidos.

Essa distinção é de importância para que não se refute a argumentação da ofensa aos direitos fundamentais baseando-se em argumentos comunitários, direitos esses que, em verdade, não se tratam de direitos fundamentais relativos àquela coletividade. Portanto, identifica-se a primeira possibilidade de se limitar um direito individual quando empregado em sentido forte: a contraposição a outro princípio (ou direito individual), ainda que compartilhado.

A segunda possibilidade é descrita como um ato que deva ser tomado contra alguns direitos individuais diante da emergência genuína, descrita por Dworkin (2002, apud Holmes), como um perigo claro e iminente. Essa análise deve afastar *a priori* as especulações do que poderia acontecer se os direitos fundamentais não fossem limitados. Caso não se identifique essa possibilidade de perda clara e iminente à própria comunidade, o argumento fracassaria. Aliás, se as especulações cedessem espaço para as certezas em matéria de direitos fundamentais, mais uma vez teriam aniquilado tais direitos (Dworkin, 2002, P. 300).

A argumentação leva a crer que os direitos fundamentais são direitos no sentido forte que podem ser contrapostos aos atos Estatais. A questão a ser considerada agora é a força que tais direitos teriam com relação a outros indivíduos, ou seja, quando se tratam de direitos que não envolvam de forma direta a relação estado-indivíduo, mas sim a relação indivíduo-indivíduo.

1.1.2 A leitura horizontal: direitos fundamentais e o direito privado

Com a determinação da força dos direitos fundamentais efetivada anteriormente no que diz respeito ao seu reconhecimento como direito de caráter fundamental, resta, neste momento, questionar qual seria a força de vinculação dos direitos fundamentais em

face dos demais administrados e até mesmo diante dos atos jurídicos próprios do direito privado.

Poder-se-ia questionar, neste momento, a posição sustentada neste trabalho com relação a qual teoria do direito do trabalho⁶ ele estaria apoiado para desenvolver a questão que se revela, ou seja, qual classificação do direito laboral seria empregada para a dissertação que se fomenta.

O direito do trabalho será tratado, neste estudo, como um ramo do direito privado, tendo em vista que, se se conseguir uma argumentação lógica quanto à aplicação dos direitos fundamentais diante dessa classificação, há bons motivos para acreditar que as demais classificações assimilarão a argumentação com menores pesares. Isso, pois se for tratado como um direito público ou misto ter-se-ia, em tese, uma maior aceitabilidade na aplicação dos direitos fundamentais em face das relações trabalhistas, já que os direitos fundamentais, como mencionado anteriormente, mantém uma íntima ligação com o ramo publicista, já que idealizado para limitar a atuação estatal.

Verificou-se anteriormente que os direitos fundamentais mantêm uma força intrínseca capaz de lhes permitir a oposição ao Estado e à própria lei em casos extremos. Verificou-se, ainda, que no caso de uma lei que vá de encontro aos direitos fundamentais ou aos princípios que os veiculam, haveria a possibilidade até da desobediência civil e a pena potencialmente aplicada, neste caso, seria de algum modo ilegítima. A assertiva causa impacto.

Os argumentos históricos seriam capazes de tranquilizar o leitor com relação às conclusões mencionadas no subitem anterior. É fato que os estados absolutistas agradam alguns, mas, ao desrespeitar os direitos fundamentais de uma parcela da comunidade, não se coadunam com os ideais do Estado Democrático de Direito. Portanto, obrigam-se a aceitar com certa tranquilidade, no caso dos estados absolutistas, a hipótese da desobediência civil nos moldes delineados, ou seja, quando algum direito fundamental é vilipendiado pela lei ou outro ato estatal, essa lei ou ato poderia ser desrespeitada.

Entretanto, ao pensar-se no direito privado – incluindo-se aí o direito laboral, cuja vontade das partes faz lei entre elas – aceitar-se-ia com a mesma tranquilidade o desrespeito aos termos acordados, sob o argumento de que os direitos fundamentais são

⁶ Em breve síntese, as classificações mais usuais para o direito do trabalho são três: (i) direito público – defendem que o direito laboral é um direito de caráter estatutário, delineado pela lei, o que não lhe entregaria à vontade das partes; (ii) direito privado – que o define como um contrato em que as partes agem em seu interesse próprio, assemelhando-o ao direito civilista comum; (iii) direito misto – constituído tanto de normas de direito público como normas de direito privado.

absolutos, inclusive quando há clara demonstração contratual de vontade das partes? Em melhores termos: poder-se-ia aceitar com tranquilidade a intervenção estatal após a contratação visando a regulamentação ou limitação do contrato sob o argumento de que algum direito fundamental estaria em xeque?

Se se apoiar nos principais argumentos que sustentam o direito público e o direito privado, estar-se-ia diante de um claro paradoxo, já que o primeiro é sustentado por uma gama de direitos fundamentais invioláveis e o segundo pela ideia da irrestrita autonomia privada. Não haveria, nesse sentido, a possibilidade de coexistência entre a autonomia de negociar suas vontades e os direitos fundamentais que são indisponíveis por essência.

Entretanto, se se puder analisar a questão sob uma ótica menos radical do que a tese clássica que sustenta os dois ramos do direito, ter-se-ia apenas uma antítese que poderá ser dissipada de forma relativamente fácil.

A judicialização da vida⁷ aumentou sobremaneira a possibilidade de que o Judiciário fosse acionado nas mais diversas áreas do direito. Não raros casos, a argumentação das partes demonstrará (ou ao menos tentará demonstrar) que o convencionado entre as partes coloca em risco algum direito fundamental. Conclui-se assim, que por diversas vezes os direitos fundamentais são colocados em disponibilidade contratual. Assim, há bons motivos para se aceitar que a teoria dos direitos fundamentais deve manter alguma relação com o direito privado.

Para que se rechace, de início, a tese de que os direitos fundamentais só seriam oponíveis contra o Estado, havendo a possibilidade de livre negociação entre as partes no que lhes diz respeito, coloquem-se alguns exemplos extremos:

a) Poder-se-ia aceitar um contrato privado que determinasse que uma das partes tivesse que entregar um órgão vital a outra parte mesmo que isso lhe colocasse sob risco de morte?

b) Um contrato que determinasse que um 'sparring' (termo utilizado para designar o lutador que treina a prática com os demais, como em uma luta verdadeira) deva trabalhar por cinco dias seguidos na semana, independente de suas condições biofísicas poderia ser aceito com tranquilidade?

⁷ A judicialização da vida, segundo Barroso, é o fenômeno que consiste na transferência de uma parte do poder do Poder Legislativo e Executivo aos Órgãos do Poder Judiciário. Uma das causas do fenômeno, segundo o autor, seria a *redemocratização* de 1988, o que teria trazido consigo uma maior consciência dos direitos fundamentais e a conseqüente busca pelo respeito a esses direitos por intermédio das ações movidas perante o Poder Judiciário. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>, consultado em 29/09/2016.

c) Aceitar-se-ia com conforto um contrato de venda de imóveis que contivesse uma cláusula que proibisse o comprador de alugar o imóvel adquirido a pessoas negras, homossexuais, umbandistas ou espíritas sob a justificativa de que a comunidade daquele local não tolera tais multiplicidades?

d) Seria aceitável um contrato de trabalho que contivesse uma cláusula assegurando que os homens ganhariam, no mínimo, 40% a mais que as mulheres em qualquer posição na empresa, independente de outros critérios?

e) Poder-se-ia concordar com um contrato de trabalho em que a parte trabalhadora não recebesse os seus vencimentos, os quais seriam destinados a um terceiro que não mantinha qualquer relação direta no que diz respeito ao vínculo empregatício⁸?

Todos esses exemplos de contratos particulares sugerem que, de alguma forma, existem alguns princípios fundamentais que estão sendo desrespeitados. Isso, pois não se amolda razoável que um contrato possa colocar em risco a vida de um atleta; que homens ganhem mais do que as mulheres pela simples diferença de gênero; que pessoas sejam proibidas de locar seus bens a outras pessoas por conta de orientação sexual ou religiosa; ou que pessoas trabalhassem e seus vencimentos fossem repassados a terceiros independentes da relação de trabalho. Ainda que não se vislumbre qual a origem desse desconforto, há a consciência que tais fatos afrontam alguma forma de moral, o que não permite se aceitar tais fatos.

O constrangimento experimentado quanto às questões acima colacionadas revela a afronta a alguns princípios ou direitos fundamentais. A igualdade, liberdade religiosa, a dignidade humana, dentre outros, foram afrontados de alguma maneira nos casos supostos. Desta forma, a primeira conclusão que se pode depreender dos exemplos para se seguir em frente é que os direitos individuais fundamentais devem influenciar de alguma forma os contratos privados. Se não se aceitar isso, haveria de se aceitar que os casos extremos acima mencionados poderiam ser concebidos sob as premissas dos Estados Democráticos de Direito, desde que os contratos particulares permitissem isso, o que não parece crível.

⁸ A discussão sobre o programa governamental brasileiro 'Mais Médicos' traz a tona a ideia de que os médicos vindos de Cuba estariam recebendo muito menos pelos trabalhos prestados, cerca de R\$960,00 (novecentos e sessenta reais). Se isto for verdade, então nosso exemplo quanto ao pagamento a terceiro isento ao vínculo de emprego não estaria tão longe da realidade. Frise-se que além do princípio da norma mais favorável atinente ao direito laboral brasileiro, o artigo 464 da CLT revela que o pagamento deverá ser efetivado contra recibo assinado pelo empregado. Assim, considera-se não efetivado aquele pago a terceiros. Portanto, os médicos em questão estariam laborando em condições alheias às leis instituídas no Brasil, o que não se revela aceitável.

Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si. (DA SILVA, 2005, p. 52)

Os direitos individuais são, nesta medida, oponíveis entre os particulares, ainda que haja contrato firmado no sentido de que aquele direito estaria sendo despojado. Não se vislumbra, ao menos neste momento, nenhuma outra possibilidade de se entender os direitos fundamentais se não com a proeminência e indisponibilidade que lhes é pertinente.

Encontra-se ultrapassada, ainda, a versão dos direitos fundamentais em sua ótica horizontal que equiparava as grandes corporações privadas ao Estado, que defendia a tese de que o amplo poder de tais organizações frente aos particulares ensejaria a proteção estatal aos direitos fundamentais, já que nessa relação hiperbólica o indivíduo estaria em flagrante hipossuficiência jurídica. Desta forma, quando se mencionam que as relações particulares também devem ser vistas sobre o prisma dos direitos fundamentais, a afirmativa se refere a todas as relações particulares, ainda que sustentadas pelos ramos privados do direito.

A conclusão parcial é que os direitos fundamentais devem estar inseridos de algum modo nas relações privadas; mas de que modo e com que força?

1.1.2.1 Efeitos indiretos e diretos dos direitos fundamentais sobre o direito privado

Além da dissertação acima fomentada, ou seja, acerca da incidência horizontal dos direitos fundamentais, afastando-se da antiga premissa que tais direitos seriam exigíveis somente contra o Estado ou em situações que envolvessem grandes corporações, colocando a relação em estado de desequilíbrio, há a necessidade de se delimitar, também, quais serão os efeitos dos princípios e direitos fundamentais nas relações privadas.

Conforme já mencionado no presente trabalho, os princípios, na atualidade, encontram-se eivados de força normativa, afastando-se a ideia inicial dos pós-positivistas que os viam como meras promessas do direito. Na atualidade, os princípios devem ser

considerados como normas de aplicação imediata, sobressaindo-se, até mesmo, em relação às regras quando em confronto direto⁹.

Entretanto, não se determinou, até o momento, se tais princípios gerariam efeitos diretos, indiretos ou plenos nas relações entre particulares, o que pode auxiliar na crítica a ser empreendida quanto à teoria das decisões judiciais hoje adotada na seara laboral, ponto nevrálgico deste trabalho. De se rememorar, entretanto, que se partiu da premissa de que os direitos fundamentais geram reflexos, de alguma forma, nas relações privadas, conforme materializado no item anterior, quando se expôs exemplos polares que denotam que, *a prima facie*, os direitos fundamentais refletem-se, também, no direito privado.

A tese dos efeitos indiretos dos princípios e direitos fundamentais nas relações privadas aceita uma dualidade dos direitos fundamentais, referindo-se que eles também teriam o potencial horizontal, atingindo, assim, o direito privado. Entretanto, referida doutrina assevera que haveria portas de entrada que garantiriam a incidência dos direitos fundamentais no caso concreto.

As portas de entrada, chamadas de cláusulas gerais, estariam consignadas nas locuções abstratas empregadas pelo legislador, que, à partir do seu caráter aberto, concederia ao intérprete do direito a possibilidade de empregar os princípios e os direitos fundamentais, baseando-se em valores morais ou supralegais, os quais revelariam os valores consagrados pela Constituição. Os exemplos de tais cláusulas estariam espalhados pelo sistema jurídico, conforme afirma Virgílio Afonso da Silva (DA SILVA, 2005, p. 79):

Exemplos de cláusulas gerais, no caso brasileiro, seriam alguns dispositivos do Código Civil, como o artigo 187 que dispõe que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu *fin econômico e social*, pela *boa-fé* ou pelos *bons costumes*”; o artigo 122, que dispõe como lícitas as condições que não sejam “contrárias à lei, à *ordem pública* ou aos *bons costumes*”. (...) Também a Consolidação das Leis do Trabalho contém dispositivos permeados por cláusulas gerais, como o artigo 425, segundo o qual “os empregados de menores de 18 (dezoito) anos são obrigados a velar pela observância, nos seus estabelecimentos ou empresas, *dos bons costumes e da decência pública* (...)” e o art. 483, a, segundo o qual “o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando (...) forem exigidos serviços superiores a sua força, defesos por lei, contrários aos *bons costumes*, ou alheios ao contrato. (DA SILVA, 2005, p. 79)

⁹ O exemplo citado no item 1.1 denota que no conflito entre a regra insculpida no artigo 224 do CPB se viu mitigado ao ser confrontado com o princípio da razoabilidade, afastando-se a condenação ao caso concreto, apesar de inexistir qualquer escusa legal à aplicação do princípio. Vemos, portanto, o caso da princípio vencer a norma no confronto.

Assim, por tais cláusulas gerais os princípios se infiltrariam no direito privado, protegendo-o de possíveis exageros principiológicos que poderiam descaracterizar ou macular de maneira desmedida os princípios maiores do direito privado, com maior veemência, a livre autonomia de vontades.

Schwabe (2005, p. 381) traz um exemplo claro da incidência indireta dos princípios ao caso concreto, na célebre decisão BVERFG 7, 198 (LÜTH-URTEIL – p. 382/395). Em breve resumo, Lüth, cidadão alemão influente no meio cinematográfico, passou a fomentar ataques aos filmes produzidos por Harlan, um diretor que – apesar de ter sido considerado inocente das acusações de apoio ao nazismo – era reconhecido internacionalmente como apoiador do 3º Reich. O discurso de Lüth era no sentido de que os filmes deveriam ser boicotados, tendo em vista que a ligação do nome de Harlan ao cinema Alemão poderia, novamente, arruinar a reputação moral da Alemanha.

Diante de tais ataques, as produtoras dos filmes de Harlan entraram com ação contra Lüth, com o objetivo de que ele se abstinhasse de proferir tais acusações, sendo a ação julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Lüth recorreu da decisão e, concomitantemente, impetrou Reclamação Constitucional perante a corte alemã. (SCHWABE, 2005, p. 384)

A fundamentação do Tribunal Constitucional demonstrou de forma objetiva a incidência indireta dos direitos fundamentais no direito privado por intermédio de suas ‘portas de entrada’, as cláusulas gerais.

A argumentação jurídica inicia-se da premissa de que os direitos fundamentais seriam, em sua essência, direitos de resistência dos indivíduos contra o Estado. Entretanto, admite, logo de início, que os direitos fundamentais, mais que seu papel primário, são eivados de valores axiológicos que valem para todas as áreas do direito, conforme já mencionado, por intermédio das cláusulas gerais. Dessa forma a incidência seria indireta. (SCHWABE, 2005, p. 382)

A forma indireta de atuação dos direitos fundamentais no direito privado também pode ser apreendida no seguinte sentido: a decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo se manifesta como um ato do poder público que, ao decidir o caso concreto, limitou o direito fundamental da liberdade de expressão, motivo pelo qual a reclamação à Corte Constitucional deveria ser procedente.

Neste último argumento, a atuação dos direitos fundamentais fora indireta na medida em que o Poder Judiciário, ao julgar o caso, determinou que o réu deveria abster-se de realizar manifestações contra a atuação de Harlan no mundo cinematográfico alemão.

Assim, o ato do judiciário é que seria o responsável por tolher o direito de Lüth, o que revela a forma indireta de atuação dos direitos fundamentais no ramo privado.

A diferença, apesar de sutil, merece destaque. Nesta argumentação, o ato que foi de encontro à liberdade de expressão de Lüth foi a decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo e não a própria tentativa perante o Poder Judiciário de tolher o direito fundamental.

O juiz tem que, por força de mandamento constitucional, julgar se aquelas normas materiais de direito civil a serem por ele aplicadas não são influenciadas pelo direito fundamental da forma descrita; se isso ocorrer, então ele precisa observar a modificação do direito privado que resulta desta influência junto à interpretação e aplicação daquelas normas. Este é o sentido da vinculação do juiz cível aos direitos fundamentais (Art. 1 III GG). Se ele falhar na aplicação destes critérios e se sua sentença se basear na inobservância desta influência constitucional sobre as normas de direito civil, ele irá não somente infringir o direito constitucional objetivo, na medida em que ignorará o conteúdo da norma de direito fundamental (enquanto norma objetiva), mas também violará, por meio de sua decisão e uma vez investido do poder público, o direito fundamental a cuja observância pelo Judiciário o cidadão também tem o direito subjetivo constitucional. (SCHWABE, 2005, p. 389)

Entretanto, o próprio ato das produtoras de, inicialmente, tentar limitar a liberdade de Lüth administrativamente e depois via judicial, não se caracteriza, por si só, a própria afronta ao direito de expressão?

Se esse direito já existia, há bons motivos para se acreditar que o próprio ato de tentar limitar a liberdade de expressão de Lüth já seria a própria afronta ao direito constitucional de livre expressão, e não o ato do Judiciário Estadual que julgou procedente o pedido das produtoras cinematográficas. No item anterior deste trabalho citaram-se alguns casos extremos que sugeriram que os direitos fundamentais estariam em jogo antes mesmo da atuação do poder judiciário.

Sendo assim, será que é mesmo necessário que existam cláusulas gerais para que os direitos fundamentais se infiltrem nas relações privadas, ou eles seriam de observância obrigatória mesmo nos ramos privados do direito, sem tais portais de entrada? Se se aceitar que os direitos fundamentais somente poderiam adentrar ao mundo pelas cláusulas gerais do direito, acarretaria que os exemplos outrora citados somente poderiam causar incômodos quando o triângulo processual (autor, réu e juiz) estivesse montado.

A aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, portanto, sugere que os próprios indivíduos entre si podem limitar ou afrontar os direitos fundamentais respectivos, ainda

que não haja qualquer relação judicial formada. Referida tese aceita que a liberdade dos indivíduos deva ser limitada nas relações para com outros indivíduos, para que outros direitos fundamentais tenham aplicação imediata ainda que nos casos afetos ao ramo privatístico do direito. (DA SILVA, 2005, p. 89)

Não há, sob este prisma, necessidade de que os direitos individuais se infiltrem por intermédio de cláusulas gerais. O próprio caso concreto pode revelar a afronta ao direito fundamental, quando não, a colisão entre dois direitos fundamentais que deverá ser resolvida mediante a ponderação de princípios proposta por Dworkin e Alexy.

Assim, o ordenamento jurídico estaria integrado e o direito somente seria válido se estivesse de acordo com a Constituição e dentro dos limites por ela impostos. (DA SILVA, 2005, p. 90)

O direito privado, desta forma, como parte integrante do ordenamento jurídico não poderia fugir dessa regra, ou seja, da subordinação aos elementos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais.

O Estado passa a aparecer, assim, como devedor de postura ativa, no sentido de uma proteção integral e global dos direitos fundamentais, deixando de ocupar – na feliz formulação de Vieira de Andrade – a posição de “inimigo público”, ou, pelo menos, não mais a de inimigo número um (ou único) da liberdade e dos direitos dos cidadãos, como Poder-se-ia acrescentar. Nesse contexto, cumpre referir que expressivo rol de doutrinadores têm reproduzido a tendência (por sua vez, não completamente imune a críticas) de reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento de sua dimensão jurídico-objetiva, de acordo com a qual os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores esses que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico – público e privado –, razão pela qual de há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado. (SARLET, 2005)

Partindo-se do pressuposto de que os direitos fundamentais seriam direitos anteriores ao próprio indivíduo, vislumbra-se mais sensata a tese de que podem influenciar de forma direta as relações privadas, inexistindo a necessidade da formação do processo para que a afronta ganhe contornos e mereça ser repelida.

Um contrato particular que desrespeite algum direito fundamental, indisponível, portanto, é por si só inconstitucional e a atuação Poder Judiciário, somente cancelaria o desrespeito ao direito fundamental.

A decisão do caso Lüth poderia argumentar, nesse sentido, que o reclamante constitucional mantinha, desde o início, o direito à liberdade de expressão e a tentativa de lhe tolher o direito fundamental, quer seja por via administrativa, quer seja por via judicial, afrontava esse direito, motivo pelo qual a ação das Empresas Cinematográficas contra Lüth mediante o Tribunal Estadual de Hamburgo deveria ser julgada improcedente. Nesse caso, a atuação do Poder Judiciário apenas reconheceu o desrespeito ao direito, desrespeito esse já praticado pelas produtoras de cinema.

Note-se que a dissertação ao entorno de qual das teorias se adaptaria bem ao contexto constitucional alemão mantém forças na medida em que a Constituição adotou um sistema 'liberal' dos direitos fundamentais, deixando de delinearlos claramente.

A Constituição Brasileira, por sua vez, ultrapassou os limites da Constituição Alemã, dando claros indícios de que os direitos fundamentais não deveriam adentrar à seara privada somente por intermédio das cláusulas gerais do direito, mas de forma direta. (DA SILVA, 2008, p. 139)

Observe-se, como exemplo, o artigo 7º da CRFB/1988 que trata dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Referido dispositivo constitucional adentra a relação entre particulares. Independente de qual das teorias que classificam o direito laboral for adotada, seja a do direito público, direito privado ou mista¹⁰, a relação entre empregado e empregador, apesar de ser amplamente influenciada pelo Estado, não deixa de ser uma relação entre dois particulares: o obreiro e a empresa.

Um exemplo pode expressar com maior clarividência a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais adotada pela Carta Magna. A CRFB/1988 em seu artigo 7º inciso XXXIII veda o trabalho ao menor de 16 anos, salvo à partir dos 14 anos na condição de aprendiz. Observe-se que antes dos 14 anos é proibido qualquer trabalho ao indivíduo.

Se o menor de 14 anos for empregado e mantiver uma relação de trabalho com uma empresa, essa relação seria inconstitucional na acepção do termo. O resultado, segundo a construção jurisprudencial, seria o pagamento de todos os direitos trabalhistas subtraídos em forma de indenização.

O exemplo ressalta a preferência constitucional à aplicação direta dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas.

Sarlet (2005, p. 243) ressalta alguns pontos específicos para defender seu posicionamento ao adotar a tese da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais nas

¹⁰ Ver nota de rodapé nº 6

relações privadas. Esquivando-se de seu viés histórico, que de passagem trata a aplicação indireta como sendo herança do constitucionalismo liberal-burguês, traz à baila os principais argumentos por ele fomentados na defesa da aplicação direta dos direitos fundamentais:

a) Os Direitos fundamentais constitucionalmente assegurados vinculam diretamente o Estado e os particulares, tendo em vista sua íntima ligação com o princípio da dignidade humana;

b) A circunstância elementar de que existe um dever geral de respeito do Estado e dos particulares quanto a tais direitos, na medida em que o direito de um indivíduo encontraria limites no direito fundamental alheio;

c) Inexiste na CRFB/1988 uma determinação de vinculação direta apenas dos órgãos estatais, como ocorre na Constituição da Alemanha, o que afastaria a disseminação em território nacional da vinculação mediata dos particulares aos direitos individuais, como ocorre naquele país;

Há ainda a indicação de que algumas relações – tendo em vista a grande disparidade econômica que, via de consequência, eleva o patamar de poder de uma das partes – seriam facilmente comparáveis à interação Estado-indivíduo quando da imposição dos direitos fundamentais em sua forma clássica de aplicação.

O direito laboral seria, assim, um campo vertente de tal aplicação, na medida em que a hipossuficiência do obreiro por vezes torna latente esse desequilíbrio, o que se levaria a crer que tal peculiaridade enquadraria a relação na forma clássica da atuação dos direitos fundamentais, quando as empresa seriam comparáveis ao Estado.

Por todo o exposto, ao analisarem-se os casos na seara trabalhista brasileira, utilizar-se-á a aplicação direta dos direitos fundamentais, quer seja no descumprimento de direitos fundamentais das pessoas naturais quanto das próprias pessoas jurídicas.

Partindo-se desta premissa, ao analisar-se um caso concreto neste trabalho, dever-se-á entender as partes como indivíduos detentores de direitos fundamentais, direitos esses que influenciam diretamente na relação entre particulares. Nesse sentido, a atuação judicial terá um caráter meramente anafórico, ou seja, de apontar a afronta constitucional ocorrida, determinando as consequências jurídicas resultantes, inexistindo necessidade de maiores ginásticas jurídicas para que os direitos fundamentais das partes possam emergir no processo, considerando-se que se mantêm constantemente ativos no mundo dos fatos.

1.2 Os direitos fundamentais das pessoas jurídicas e a leitura do direito à propriedade como um direito fundamental

A aplicação direta dos direitos fundamentais, nos termos acima expostos, remete a duas novas questões cujas respostas serão necessárias para dar continuidade aos estudos, tendo em vista que o ponto nevrálgico deste trabalho trata da relação empregado-empregador.

Conforme já mencionado, a visão clássica dos direitos individuais seria a de que são destinados à defesa dos direitos fundamentais do indivíduo perante o Estado; em uma segunda leitura, pontuou-se que eles também poderão ser invocados em uma relação privada, ou seja, nos casos de afronta dos contratos privados à direitos fundamentais. Entretanto, ambos os casos tratam da afronta a direitos fundamentais de pessoas naturais.

Ainda que de forma breve, tendo em vista que o objetivo deste trabalho não seria cuidar das particularidades e aprofundamento quanto à tal matéria, necessário que se responda a seguinte questão: no que diz respeito às pessoas jurídicas, pode-se falar, também, em direitos fundamentais?

Note-se: a proposta inicial é teorizar-se acerca das relações laborais que, em sua grande maioria, coligam dois entes, um físico (obreiro) e um jurídico (empresa), motivo pelo qual a resposta a essa questão torna-se essencial neste ponto. Com efeito, o obreiro mantém direitos fundamentais oponíveis, também, em face de particulares. Mas as pessoas jurídicas, elas também, mantêm direitos fundamentais oponíveis contra o Estado e os demais particulares?

O Superior Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que as pessoas jurídicas também são detentoras de direitos fundamentais, desde que tais direitos sejam compatíveis com a natureza das mesmas. A explicação para tanto pode ser localizada no próprio repositório do STF¹¹, em texto que trata do assunto.

Alguns direitos, como o direito à locomoção, por exemplo, seriam improváveis de ser praticado pela pessoa jurídica, motivo pelo qual o próprio STF já se posicionou em sentido contrário ao reconhecimento do referido direito fundamental dos entes jurídicos.

¹¹Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2015..

Entretanto, outros direitos fundamentais seriam passíveis de ser invocados pelas pessoas jurídicas¹².

A Súmula 227 do STJ revela que as pessoas jurídicas podem sofrer até mesmo danos morais. Apesar de simples, desvela-se que a teleologia da Súmula é a proteção da imagem da pessoa jurídica, direito considerado fundamental segundo a Constituição pátria (artigo 5º inciso X da CRFB/1988).

Portanto, parece crível afirmar que as pessoas jurídicas também seriam pacientes dos direitos fundamentais oponíveis em relação ao Estado e aos particulares.

Respondida a primeira questão, necessário que se eleve outra, não menos importante que a primeira, mas talvez menos intrigante. O direito à propriedade é um direito fundamental?

O *caput* do pétreo artigo 5º da CF/1988 pode servir como início nesta investigação. O texto revela que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes:*”. Os grifos e negritos foram incluídos, com o objetivo de se reforçar que o legislador constitucional já se preocupou com a defesa da propriedade desde o nascimento da nova ordem constitucional de 1988. Mais que isso: incluiu sua defesa no *caput* do artigo dos direitos fundamentais.

Nesta mesma vertente, o artigo 170 da CRFB/1988 revela que a ‘propriedade privada’ se trata de um princípio da própria ordem econômica. O mesmo dispositivo materializa que a propriedade mantém uma função social, apontando, assim, que o direito à propriedade não se trata de um direito absoluto. Não obstante, não o abandona como inexistente.

Da silva (2008, p. 63) revela que além de fundamental e constitucional o direito à propriedade seria regulado pelo Código Civil, especificamente em seu artigo 1.275 inciso II, evidenciando a possibilidade de sua renúncia. Entretanto, esse direito não seria objetivo, na medida em que não seria crível que o Código Civil estivesse prevendo a possibilidade de que o indivíduo abrisse mão desse direito indistintamente à partir de sua declaração de vontade. Ou seja: o despojamento do direito à propriedade seria pontual e em relação a determinado caso, não havendo a possibilidade de ocorrer uma renúncia abstrata em relação ao bem jurídico.

¹² Idem, p. 16.

Note-se, neste sentido, que mesmo a disposição voluntária do referido direito adviria de ato comissivo da parte que estaria, naquele momento e em relação àquele bem, se despojando de determinada propriedade e não do direito à propriedade em sua forma abstrata de garantia fundamental.

A diferença é latente. Se se abre mão do direito à propriedade em sua forma abstrata, estaria abrindo mão do direito a ter uma propriedade ainda que em momento futuro. Se se abre mão de determinado bem de forma pontual, esse despojamento não é genérico, mas atinge somente aquele objeto.

Em melhores termos: o direito à propriedade é relativo na medida em que alguém pode se despojar de certo bem material em determinado momento, além do que essa disponibilidade deve partir de uma aceitação do despojamento do bem ou de uma decisão judicial – justa – que condene o indivíduo à perda de seu bem.

A conclusão momentânea é que só poderia haver o despojamento do direito à propriedade por intermédio de declaração de vontade, o que atingiria apenas o bem pontual e não o direito abstrato em si. A segunda possibilidade seria a destituição de bens por intermédio de decisão judicial, quando houvesse o dever de indenizar ou ainda de pagar algum débito sustentado. Outra opção seria se a propriedade não estivesse cumprindo seu fim social, o que também deve ser declarado por ato judicial.

O que não se amolda razoável é que o Estado, sob a escusa de aplicar políticas públicas (tratar-se-á mais adiante dos argumentos de política e argumentos de princípios), venha a suprimir a propriedade privada ofendendo tal direito fundamental sem que haja declaração de vontade ou ato ilícito a ensejar essa supressão. Parece que, conforme se verá no terceiro capítulo deste trabalho – ao tratar-se da abordagem prática do assunto – algumas decisões judiciais trabalhistas manifestam-se neste sentido.

Por hora, basta invocar mais um direito fundamental consignado em cláusula pétrea, qual seja, o inciso LIV do artigo 5º da CRFB/1988, que denota que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal para que se possa aceitar o direito à propriedade como um direito fundamental. Frise-se, neste momento, a importância dada ao direito à propriedade, cujo processo de despojamento fora limitado pela Carta Magna por intermédio do dispositivo em epígrafe, colocando-o, ainda, ao lado do direito à liberdade.

A origem do *due process of law*, surgido na publicação da Magna Carta, mantinha-se como um mero instrumento de limitação às ações dos absolutistas monárquicos.

Anos afincos, o devido processo legal passa a determinar não só a limitação da atuação estatal, como também a possibilidade de o Poder Judiciário afastar a aplicabilidade das leis com conteúdo arbitrário ou sem razoabilidade.

Lúcia Valle Figueiredo¹³, ressalta que “*somente será due process of law aquela lei – e assim poderá ser aplicada pelo Magistrado – que não agredir, não entrar em confronto com a Constituição, com os valores fundamentais consagrados na Lei das leis*”.

A interpretação sistemática da Constituição revela – à luz do que fora acima ventilado – que o despojamento do direito de determinado bem somente poderia ser efetivado, por intermédio do devido processo legal. Em sentido contrário, decisão fundamentada sob argumentos utilitaristas apartam-se da Constituição, já que o constituinte leva a termo, em diversos dispositivos, a importância da propriedade privada para o Estado Democrático de Direito que se desenvolveria após sua promulgação.

Nessa vereda, o direito à propriedade deve ser considerado como fundamental tanto no que diz respeito às pessoas naturais quanto às pessoas jurídicas. Sendo, estas últimas, detentoras de direitos fundamentais que sejam condizentes com sua natureza, revela-se ponderado mencionar com certa naturalidade que leis ou decisões judiciais que desconsiderem este direito fundamental estão alheias a vontade constitucional e deveriam ser consideradas nulas, já que os princípios constitucionais se irradiam por todo o ordenamento jurídico e obrigam, *prima facie*, os órgãos estatais criados sob seu manto.

Assim, sem o devido processo legal e à margem das normas, as decisões judiciais que determinam a perda do direito de bens da pessoa jurídica devem ser repelidas, já que por ser um direito fundamental, mantém a força necessária para a oposição perante o Estado e demais particulares.

1.3 Romance em Cadeia

Ao traçar o paralelo entre a interpretação literária e a interpretação do Direito, Dworkin (2001, p. 219) desvela que o Direito é um conjunto sistemático de decisões que devem ser desenvolvidas de forma coerente por seus escritores, seguindo-se não somente o enredo do caso em questão, mas o enredo da própria instituição a qual pertence aquele escritor.

¹³ Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf>, consultado em 12/03/2016 às 22h34min.

Cada caso, nesta metáfora, seria o capítulo de um livro que vem sendo escrito há anos e em sequência. Cada escritor representaria um juiz que teria como função institucional continuar a história e escrever seu capítulo da melhor forma possível sob a perspectiva artística da literatura. Coerência e argumentação, neste sentido, seriam dois elementos imprescindíveis a ser localizados na história que se desenrola capítulo a capítulo.

Para a continuação do romance o escritor do próximo capítulo deveria interpretar os capítulos anteriores, sob pena de incoerência caso este exercício não fosse levado a termo. Neste sentido o Direito seria um Romance que vem sendo escrito ao longo da história por intermédio da aplicação do sistema jurídico aos casos concretos.

O autor rechaça a ideia de que haveria a necessidade de se perseguir o sentido que o legislador quis empreender a determinada expressão legal, tornando latente que sua preocupação estaria ligada ao conjunto da obra e não apenas à suas partes:

Não me ocuparei, exceto incidentalmente, de uma coisa que esses estudantes fazem, que é tentar descobrir qual sentido algum autor quis dar a uma determinada palavra ou expressão. Estou interessado em teses que ofereçam algum tipo de interpretação do significado de uma obra como um todo. (DWORKIN, 2001, p. 221)

Para essa análise da obra como um elemento unificado, o autor pontua que o texto traz consigo uma limitação severa, ressaltando-se que nenhuma palavra poderá ser modificada para que a obra de arte literária tenha mais valor artístico. Ressalta, ainda, que as teorias da interpretação artística não devem se prender à estética, na medida em que as opiniões sobre o que constitui a boa arte são amplamente subjetivas, motivo pelo qual sua vertente deve ser abandonada. (DWORKIN, 2001, p. 221-222)

Neste mesmo sentido, a retórica acerca do que seria uma decisão judicial esteticamente condizente é abandonada por guardar relação íntima com o subjetivismo.

Em continuidade, o autor revela que a teoria da intenção do autor também deve ser descartada, tendo em vista que a resposta quanto à questão ‘o que o autor queria que sua obra de arte fosse’, pode não revelar qualquer elemento relevante, tendo em vista que mesmo obras dos maiores artistas podem guardar enigmas semânticos que o próprio autor desconhece e que venha a ser descoberta em um segundo momento, quando a obra já estivesse encerrada. (DWORKIN, 2001, p. 222)

Completa-se esta argumentação, sob a veste jurídica, com o argumento de que a sociedade é um elemento em constante evolução. Se se tentar entender a obra jurídico-

literária como algo diretamente ligado ao que o autor quis ao escrever determinada lei, estar-se-ia ligado ao passado e não se poderia acompanhar a evolução social. A teoria da mutação constitucional traz alguns elementos que rechaçam a perseguição à ideia original.

Machado de Assis, em sua obra *Dom Casmurro*, pode fornecer um bom exemplo da problemática da intenção do autor. O romance se desenrola ao entorno da amizade que se transforma em amor, cultivada por duas crianças que crescem e se casam. Bentinho, o protagonista, cujos aspectos psicofísicos deixam-se de consignar, demonstra-se extremamente ciumento em relação à sua esposa, Capitu. Em determinado momento da trama, Bentinho coloca à prova o amor de Capitu baseando-se nas características físicas do filho do casal, que se pareceria com um dos amigos de infância comum: Escobar.

Por anos os literários brasileiros se empenharam em verificar os indícios da traição de Capitu. Aliás, ainda hoje as escolas de direito simulam o júri de Capitu. O sítio da Academia Brasileira de Letras traz, neste sentido, uma passagem em que alunos de uma faculdade Norte Americana realizam o Júri Popular de Capitu¹⁴, que foi absolvida por falta de provas.

O artigo escrito por Paulo Franchetti¹⁵ revela que esse foi somente o primeiro foco dado à obra machadiana, que foi analisada, em outros momentos históricos, sob o prisma da inversão da acusação, em que Capitu é defendida pela crítica e Bentinho passa ao banco dos réus. Posteriormente a ênfase fora desenvolvida como sendo, o romance, uma crítica à sociedade brasileira contemporânea à obra.

Desta forma, a busca pela intenção do autor pode ser colocada em segundo plano, já que, conforme demonstrado no artigo acima mencionado, diversos estudiosos empreenderam díspares interpretações ao objetivo do autor em diferentes momentos históricos. A magia é o movimento do texto literário e não sua letargia.

Revela-se, assim, que a dissertação acerca da culpa de Capitu ou de Bentinho, a possibilidade de a traição haver ocorrido, é menor do que a própria obra literária. A grandeza das obras está, justamente, na possibilidade de o leitor se colocar dentre as entrelinhas do livro, ora achando argumentos favoráveis, ora encontrando argumentos desfavoráveis à sua percepção inicial, mas sempre se envolvendo nas histórias que mantêm vida própria, já independente do que quis dizer o autor.

¹⁴ Disponível em: <<http://www.academia.org.br/artigos/os-livros-de-machado>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

¹⁵ Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142009000100019&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 mar. 2015.

E esta é, justamente, a beleza da literatura. A beleza que permite ao leitor diferentes sensações com o mesmo texto literário ao longo de sua vida.

O paralelo com a literatura, nestes termos, guarda uma relevância ainda maior, na medida em que a sociedade evolui e as interpretações literárias, como nas releituras de um mesmo texto ao longo da vida, sofrem alterações a depender das experiências do próprio leitor ou dos estudiosos que se encarreguem de lhes reestudar.

O direito, neste sentido, sendo uma obra em constante construção, não pode se prender ao ponto de vista do autor.

Assim, o escritor de cada um dos capítulos deverá escrevê-lo completando da melhor forma possível o capítulo, anterior de modo que cada página conte a história institucional e jurídica da sociedade e da própria corte naquele momento histórico. Aos leitores não se faz necessário saber quais eram as intenções do autor quando escreveram os capítulos, assim como aos futuros romancistas, não lhes é imprescindível que saibam da intenção de cada um dos seus antecessores escritores na história.

Um escritor mais recente até poderia criticar o capítulo escrito há duas décadas, mas jamais poderia identificar a subversão da missão dada a cada um dos autores, qual seja a de escrever a história da forma mais coerente e lógica que seja possível.

Neste sentido, cada romancista, com exceção do primeiro, teria, uma dupla responsabilidade. A primeira, interpretar o que vem sendo escrito, consciente de que aquela história é a história que sua instituição vem empreendendo ao direito. A segunda, é a criativa, na medida em que cria o seu próprio capítulo do romance sem, no entanto, se esquecer do que fora escrito, e com a consciência de que outro lhe sucederá na obra. O exercício dos autores seria a criação de uma obra íntegra em vez de uma série de crônicas independentes. (DWORKIN, 2001 p. 236)

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito "subjazem" a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. (DWORKIN, 2001, P. 238)

Com efeito, a interpretação e a criação deste romance em cadeia deve se render aos preceitos pelos quais são aplicáveis as próprias leis, demonstrando, neste sentido, sua finalidade ou seu valor. A finalidade das interpretações e novos capítulos criados é a resolução das disputas sociais e individuais assim como assegurar a justiça entre os cidadãos e entre estes e o Governo.

Em termos mais claros, mais do que os capítulos a serem escritos, o próprio objetivo dos escritores deve ser a busca pela decisão que demonstre o melhor princípio jurídico a ser empregado no caso concreto de forma a tornar a história coerente com as demais decisões e normas estatais. Conforme já mencionado, o objetivo é buscar a única resposta correta, ainda que tal objetivo seja puramente ideal, mas intrinsecamente necessário quando observada a necessidade de autocorreção das decisões.

Alguns erros poderiam ser encontrados neste romance em cadeia que vem se desenvolvendo, mas o juiz, ao identificar tal discrepância, terá que argumentar no sentido de afastar aquele capítulo da história que vem sendo desenvolvida, corrigindo-se o erro institucional identificado.

Mas a que elementos objetivos os juízes estariam enlaçados de modo que as interpretações esdrúxulas não fariam parte deste romance e, em primeiro momento, da própria teoria adotada pelos juízes enquanto estivessem a desenrolar o enredo? Que métodos os juízes teriam para continuar a história da melhor forma, afastando-se dos erros que porventura tenham sido cometidos e se aproximando da integridade do romance?

As questões nos remetem a Hércules.

1.3.1 O Juiz Hércules e seu método

Dworkin (2002, p. 165), traz à luz um super-humano de características irretorquíveis que, juiz de uma comarca Norte Americana, se configura como um mito, cujo nome se amolda ao seu método de interpretação e criação das decisões judiciais. O método de Hércules seria, nesse sentido, o melhor método para a criação de cada um dos capítulos que se desenvolvem no romance em cadeia. Hércules seria a chave para a única resposta correta, para a pretensão de correção que deve acompanhar o direito.

Dois níveis de pressupostos são instituídos pelo autor.

O primeiro: o nível dos pressupostos legais que abarcam a Constituição e as leis. O segundo: o nível dos direitos costumeiros que englobam uma teoria da aplicação dos

precedentes, passando pela característica inteiriça do ordenamento jurídico e se encerrando em uma teoria dos erros.

De início, é exposto que o herói aceita *a prima facie* as leis instituídas no arcabouço jurídico de seu país sobre as quais não parem qualquer dúvida interpretativa. Propõe-se, ainda, que o fato de Hércules aceitar as regras nítidas do sistema jurídico leva à aceitação da própria teoria política geral que justifica essa prática.

Portanto, o ponto de partida pode ser resumido da seguinte maneira, de forma revisada: Hércules aceita a teoria política que determina que as leis translúcidas sejam aplicadas e, nesta medida, aceita que a teoria jurídica transvestida no próprio ordenamento jurídico é legítima e deve ser perpetrada, motivo pelo qual suas decisões serão direcionadas neste sentido, ou seja, o de preservar a ordem jurídica estabelecida. Esta preservação implica, também, no respeito às decisões anteriores.

Entretanto, Hércules não se deixa pernoitar na inocência de que todas as decisões anteriores se guiaram pelo mesmo fio filosófico aceito por ele, motivo pelo qual não cabe a simples análise dos capítulos anteriores ou que se demonstrem conexos ao caso que analisa.

Em princípio, no nível dos pressupostos legais, ele deverá formular uma teoria da Constituição. Nesta teoria constitucional o herói firmará uma teoria complexa de princípios e políticas que justificam o sistema de governo referindo-se tanto à filosofia jurídica quanto aos elementos institucionais.

Sua teoria deverá dissertar, também, acerca das leis. Não deverá procurar, entretanto, o objetivo do legislador ao promulgar a lei. Hércules procurará desvelar quais são os princípios e políticas que se circundam à lei em espécie. Ele chegará à conclusão, no que tange as leis, que a melhor aplicação dela é aquela em que, primeiramente, opera sem qualquer absurdo, respeitando-se os limites do que fora escrito. Em segundo lugar, sua teoria apontará que o Poder Legislativo estendeu determinada política até os limites do texto e não aceitará que ele tenha abarcado casos ulteriores ao próprio limite imposto.

Já no segundo, o do direito costumeiro, Hércules fomenta que os precedentes também fazem parte de sua teoria do direito. *Ab initio* há a consciência de que os precedentes remetem à ideia de uma espécie particular de justiça, aquela justiça que determina que casos iguais devem ser tratados de forma congênere. Assim, ele aceitará que as decisões anteriores geram uma força gravitacional em relação as decisões posteriores, justamente pela necessidade da equidade que parece fazer parte do seu sistema jurídico.

Hércules observa, ainda, que essa necessidade de equidade está além da própria equidade, já que ao decidir um caso de determinada forma o governo gera uma expectativa nos demais administrados que podem, inclusive, alterar o exercício de suas razões e faculdades baseados nestas expectativas, o que se revela mais um argumento em favor dos precedentes. Ou seja: a ideia de equidade transcende.

Ainda com relação aos precedentes, traça sua teoria com base na ideia de que o sistema é inteiriço, e não efetivado de emendas e remendos. Se assim entendesse, não haveria romance em cadeia. A argumentação circular se legitima na afirmação de que esta expectativa de remendos levaria às decisões arbitrárias. Se se reconhece que determinado precedente se amolda ao caso em espécie, se não houve retratação quanto ao precedente e caso a questão recomende o mesmo resultado adotado no precedente, não há quaisquer motivos racionais para afastá-lo.

A justificativa desses precedentes deve advir de um sistema abstrato e complexo de princípios jurídicos que convivem em perfeita harmonia, ainda que em determinados casos possam contrapor-se e exigir a ponderação necessária para a resolução do caso concreto. Sua teoria principiológica deve, ainda, ter uma ordenação vertical e uma horizontal. A primeira revela que o controle vertical das decisões também evidencia a necessidade de justificação vertical dos princípios na medida em que as decisões evidenciadas nas instâncias superiores em relação a determinados princípios devem orientar a atuação das instâncias inferiores no lhe diz respeito. A horizontal denota que os princípios empregados para justificar uma decisão em determinado nível devem servir para decidir outros casos neste mesmo nível.

Por fim, Hércules deverá formular uma teoria dos erros no que diz respeito aos precedentes.

A teoria dos erros dos precedentes desenvolvida por Hércules parte de um pressuposto que se entranha na própria concepção do precedente: a que o Estado, ao decidir de determinada maneira assume a postura de que os casos posteriores que se assemelhem também deverão ser decididos no mesmo sentido, conforme acima mencionado: a equidade transcende. (DWORKIN, 2002, p. 185)

O ponto de partida do herói é peculiar e remete a dois outros marcos importantes na teoria da legitimidade das decisões que se fomenta. O primeiro revela que a equidade mantém uma atratividade sobre as decisões judiciais que somente poderá ser afastada em casos específicos, os quais serão tratados adiante (aplicação do método do *distinguish*). O segundo marco da teoria nos remete a um argumento já tratado neste estudo, qual seja, o

argumento de que as decisões judiciais contam a história da instituição de Hércules, história da qual ele não pode se afastar, sob pena de escrever um capítulo inteiramente original que se desassocie de tudo o que já foi inscrito anteriormente.

Aliás, observa-se que o problema do capítulo inicial – que traz a questão da ausência de bases interpretativas para que se desencadeie na sequência a fase construtiva – poderia ter uma possível resolução no texto inicial que apresenta Hércules.

Se um juiz aceita as práticas estabelecidas de seu sistema jurídico - isto é, se aceita a autonomia proporcionada pelas regras nítidas que constituem e regem este sistema - ele então deve, segundo a doutrina da responsabilidade política, aceitar uma teoria política geral que justifique essas práticas. Os conceitos de intenção legislativa e os princípios do direito costumeiro são artifícios para a aplicação dessa teoria política geral às questões controversas sobre os direitos jurídicos. (DWORKIN, 2002)

Se o juiz que aceita as práticas estabelecidas no seu sistema jurídico deve aceitar a política geral que justifique essas práticas, então, mesmo o primeiro romancista estará impregnado do objetivo de formatar sua decisão, neófito no sistema jurídico, mas de acordo com o conjunto de princípios que subjazem ao próprio sistema. Sua decisão deverá basear-se, portanto, não na interpretação das decisões passadas – que estão ligadas ao compromisso estatal de decidir de forma isonômica, diga-se de passagem – mas na própria necessidade assumida de que sua obra se mantenha como a melhor versão da arte que ele possa lhe empreender, o que culmina na necessidade de que o primeiro capítulo demonstre que, de uma forma ou de outra, o sistema jurídico e a própria teoria política geral podem ser utilizados como argumentação razoável de sua decisão.

Para o capítulo inicial o ordenamento jurídico é a matéria prima, o ponto de partida.

Ademais, caso o juiz decida por se afastar por completo da história que se desenvolveu nas decisões que vem sendo materializadas ao longo do tempo, é bem provável que se desassocie da própria moralidade política que deveria vincular sua decisão, motivo pelo qual, mesmo o autor inicial do romance, deverá reconhecer os objetivos políticos de sua comunidade e aplicar a interpretação que mais se aproxime desta moralidade o que o levará, via de consequência, a um capítulo superior do ponto de vista artístico-jurídico.

Pontuados tais elementos, tem-se o ponto de partida da teoria hercúlea dos erros. Pode haver um erro se, ao apreciar a história que vem sendo desenvolvida, seja

identificado um capítulo que se dissocia de forma drástica dos anteriores sem que haja justificativa plausível para tanto. Note-se, desde agora, que a assertiva reflete a necessidade de se encarar o romance que vem sendo escrito para que o capítulo díspar se encontre plenamente justificado.

Esta regra deve ser, entretanto, endurecida a ponto de não fazer com que sua teoria geral seja enfraquecida tornando-a impraticável. Se ele pudesse considerar todas as decisões como erros em certo aspecto, a própria teoria geral não resistiria.

Portanto, Hércules deverá entender quais as consequências de se demonstrar algum capítulo do romance como um erro, além de limitar o número e o caráter dos eventos que poderá considerar como erros. (DWORKIN, 2002, p. 189)

A primeira distinção nesta tarefa será a delimitação das consequências mediatas e imediatas do capítulo teratológico. Os efeitos imediatos se manifestam nas consequências que a própria decisão descreve, ou seja, no efeito prático-vinculativo advindo daquela decisão ao caso pretérito, efeito este que ele deve aceitar. A consequência mediata que poderia advir dessa decisão será afastada por Hércules, tratando-se, especificamente da força gravitacional do precedente.

Outra necessidade do herói dirá respeito à classificação dos erros enraizados e erros passíveis de correção.

O erro enraizado, segundo sua teoria, será classificado como aqueles em que sua autoridade específica está determinada de tal modo que, apesar da perda de sua força gravitacional relativa a outros casos, ele sobreviverá quanto de forma específica. Já os erros passíveis de correção serão imediatamente abandonados tão logo sua força gravitacional seja perdida.

O nível constitucional de sua teoria irá determinar quais são os erros enraizados. Sua teoria da supremacia legislativa, por exemplo, irá assegurar que quaisquer leis que ele considere como erros perderão sua força gravitacional, mas não sua autoridade específica. Se ele negar a força gravitacional da lei de limitação da responsabilidade das companhias aéreas, a lei não se verá, assim, revogada; o erro está implantado de tal maneira que sua autoridade específica sobrevive. Hércules deve continuar a respeitar as limitações que a lei impõe à responsabilidade, mas não a usará para argumentar em favor de um direito mais fraco em algum outro caso. (DWORKIN, 2002, p. 190)

Se o juiz considerar que uma lei padece de vício, esta lei perde sua força gravitacional, não em relação aos casos específicos a que ela se destina, mas em relação aos casos em que os princípios que se subjazem da referida lei seriam utilizados como

argumentos de direito para firmar sua decisão. Lembremos que Hércules se propôs a obedecer às leis enquanto elas estivessem vigentes e sua vigência está ligada á declaração legislativa. Desta forma, ele continuará a julgar os casos específicos de determinada maneira, conforme previsto em lei, mas não se utilizará dos argumentos principiológicos e da força gravitacional desta lei para justificar outras decisões.

Por fim, a teoria hercúlea da decisão judicial levará em conta dois outros aspectos.

Se Hércules puder demonstrar que, por intermédio de argumentos históricos ou sob o ponto de vista da comunidade jurídica, determinado princípio que outrora figurava como argumento suficiente à decisão, tem tão diminuta força que se revele improvável que novas decisões naquele sentido sejam tomadas, ele terá enfraquecido o argumento da equidade.

Caso se possa provar, por intermédio de sua argumentação, que determinado princípio é injusto, ainda que popular, então o argumento da equidade também estará invalidado.

Com base na teoria de Hércules e apoiado em outros pontos específicos deste trabalho, desenvolver-se-á alhures uma nova leitura da teoria dworkiniana da legitimidade das decisões judiciais, colocando à prova algumas decisões materializadas em casos difíceis e que se revelam, ao menos em primeira análise, eivadas de vício.

CAPÍTULO 2 – INTEGRIDADE E LEGITIMIDADE

Para que uma decisão judicial seja considerada legítima, segundo a teoria desenvolvida por Dworkin, e que serviu de base para o capítulo que se encerrou, é preciso que algumas características sejam encontradas na argumentação desta decisão.

Partindo do método de Hércules, bem como dos demais pontos lançados anteriormente, a missão deste capítulo será a de pontuarem-se os elementos que devem ser observados em uma decisão judicial de caráter definitivo para que seja legítima.

Necessária a dissertação para que se adentre a algumas discussões atuais de casos práticos em que, ao menos a primeira vista, os Tribunais laborais vem se afastando da integridade do direito, o que culmina na insegurança jurídica e em um insulamento cada vez mais perceptível do direito do trabalho em relação aos demais ramos do direito, incluindo-se, o direito constitucional, o que se revela, *a prima facie* amplamente incoerente no Estado Democrático de Direito em que se enveredou a sociedade brasileira.

Serão traçadas, assim, as bases da integridade do direito, iniciando-se pela moralidade coletiva que deve perseguir as decisões de todos os agentes estatais. Note-se, não se estará a procurar a aprovação coletiva dos atos, o que muitas vezes pode não ocorrer, já que a opinião pública é afeta a diversas variantes que não só a razão, mas se persegue a melhor forma de se aplicar o direito nos limites da razoabilidade, o que terá o condão de aproximar as decisões da moralidade que se busca, ainda que a aprovação geral seja duvidosa.

Ademais, serão caracterizados os argumentos de política e os argumentos de princípio, indicando-se a quais poderes tais argumentos são afetos e, portanto, quais deveriam ser empregados nas decisões estatais de cada um de seus Poderes. Essa premissa será necessária para se fixar, nos moldes escolhidos e sob o enfoque doutrinário de Dworkin, se as decisões judiciais que invadissem a argumentação afeta a outro poder poderiam ou não ser consideradas legais e legítimas.

Na sequencia, serão demonstrado os porquês da conclusão de que a integridade ainda não é um objetivo do Estado. Será encerrada, ainda, uma proposta de releitura do modelo dworkiniano, bem como as formas de demonstrar sob o prisma proposto pelo autor que determinadas decisões são ilegítimas, na medida em que se afastam da integridade, quer seja ela um objetivo moral comum, quer seja ela um instrumento de pretensão de correção das decisões judiciais.

Será fomentada, ainda, uma crítica ao modelo dworkiniano com o objetivo de se verificar se mesmo após a análise de tais críticas o modelo pode prevalecer no que diz respeito à legitimidade das decisões judiciais.

Ao final do capítulo, serão contrapostas as teses do mínimo existencial como sendo uma justificativa das decisões judiciais ilegítimas que servem de algum modo como um modelo distributivo.

2.1 Integridade do direito

A teoria da decisão formulada por Hércules tende à integridade jurídica como ponto de chegada e de partida das decisões Estatais, em especial, as decisões judiciais.

Entretanto, antes de se enveredar pelo caminho da integridade do direito, faz-se necessário que se pontuem os argumentos que podem sustentar uma decisão judicial. Isso, pois à guisa de se empreender, às decisões estatais, a legitimidade que se questionará nos próximos capítulos, Dworkin leciona quanto à diferença entre os argumentos de política e os argumentos de princípios, colocando cada um deles na prateleira a qual pertence.

Isso significa que a ideia inicial dworkiniana parte do pressuposto que os Poderes Estatais mantêm legitimidade para se utilizar de argumentos que são afetos à suas funções, considerando-se os princípios constitucionais e democráticos que permeiam a CFRB/1988.

Antes, entretanto, de se conduzir cada um dos argumentos àqueles que seriam legítimos para sustenta-los, necessário que se disserte acerca da moralidade política que deve nortear os atos Estatais, quer seja do Judiciário, Executivo ou legislativo.

Não se fomentará a discussão quanto ao direito posto e pressuposto e a influência do direito posto no direito pressuposto, mas se delinearão quais as diretrizes que se espera sejam consideradas por todo agente público, quer sejam os concursados ou os legitimamente eleitos.

2.1.1 Moralidade Política

Segundo a teoria política dworkiniana, da qual se extrai a base filosófica deste trabalho, as decisões tomadas pelos juízes podem ser classificadas ou vistas, em alguma medida, como ‘decisões políticas’. Tal afirmação pode causar certo desconforto ao interlocutor, na medida em que a crítica ao próprio ativismo judicial – crescente nos últimos tempos, diga-se de passagem – revela que a discussão acerca dos limites

constitucionalmente impostos aos poderes estatais ainda é atual, embora afastada do rigorismo trazido pela concepção de Montesquieu em tempos remotos – por exigências históricas nítidas, visando a contrapor-se ao absolutismo -.

Necessário que se antecipe, neste ponto, e que se desfaça uma armadilha semântica que pode ser colocada após a exposição sobre a adjetivação das decisões judiciais como sendo, em alguma medida, uma ‘decisão política’.

Poder-se-iam ser indagados, no que diz respeito à concepção dworkiniana acima mencionada, se esta concepção política das decisões dos juízes não afrontaria o princípio da tripartição orgânica dos poderes estatais, o qual é invocado como um dos princípios singulares inerentes ao Estado Democrático de Direito. Tal argumento seria baseado no fato de que, ao se admitir que as decisões dos juízes fossem decisões políticas, haveria a invasão judiciária ao papel administrativo e legiferante alheio, o que colocaria a tripartição dos poderes em risco.

Em análise de trechos da obra de Montesquieu, Bonavides (2000, p. 153), menciona a importância do referido princípio, principalmente em tempos remotos. Segundo sua visão, os freios para coibir os abusos daqueles que detém o poder estatal seria o próprio poder. Continuando sua análise da obra do filósofo do século XVIII, o autor afirma que a atomização dos poderes judiciário e legislativo em uma única pessoa ou órgão levaria à destruição da liberdade política pelo juiz-legislador.

Entretanto, a conclusão final de Bonavides (2000, p. 180) revela que inexistiria a necessidade de que o princípio da separação dos poderes continuasse a ser perpetrado com o mesmo rigorismo de quando concebido, tendo em vista que a ameaça do absolutismo deixou de ser iminente na maioria dos Estados Democráticos de Direito na atualidade. Entretanto, mesmo disseminando a ideia de que a separação petrificada não caberia na realidade política atual, Bonavides admite, ainda, que a tripartição permanece como tendo grande importância como um princípio moderador, visando coibir atos de poderes eventualmente usurpadores:

Competiria, pois a esse princípio desempenhar ainda, conforme entendem alguns de seus adeptos, missão moderadora contra os excessos desnecessários de poderes eventualmente usurpadores, como o das burocracias executivas, que por vezes atalham com seus vícios e erros a adequação social do poder político, do mesmo passo que denegam e oprimem os mais legítimos interesses da liberdade humana.

De fato, referida argumentação quanto à importância do Princípio da Tripartição dos Poderes não pode ser desprezada, quer seja pelo papel histórico que se desenvolveu no Estado Democrático de Direito, onde sua ausência resultou em excesso estatal contra direitos individuais, quer seja pelo viés filosófico que denota sua importância como elemento limitador do poder estatal perante o próprio estado, ou ao menos, perante os agentes estatais.

Deve-se investigar, então, se a tese proposta por Dworkin – as decisões judiciais são decisões políticas em alguma medida – afastaria a possibilidade da manutenção da cláusula de tripartição dos poderes para que o estudo possa ser levado adiante, já que se compartilha da ideia de que a tripartição é inexorável em sistemas políticos democráticos, ainda que de forma menos rígida quanto a sua proposta inicial.

Com efeito, as decisões tomadas pelo STF na atualidade se revelam como decisões de cunho político, na medida em que os argumentos lançados sustentam o que seria benéfico para a população, esquivando-se de desenvolver a tese do que seria, de fato, direito no caso sob análise.¹⁶

Para se verificar a compatibilidade ou incompatibilidade entre a tese e a cláusula, deve-se pontuar em que medida as decisões políticas seriam exclusivas do poder legislativo e executivo a ponto de que, se identificadas nas decisões do poder judiciário, estaria, a cláusula, em risco. Com base nos argumentos de Dworkin, podemos concluir que, de fato, essa incompatibilidade entre política e decisão judicial é meramente superficial.

Para contextualizar tal assertiva e assegurarem-se quais problemas serão tratados neste trabalho, há de se utilizar da argumentação lançada em Uma questão de princípios (DWORKIN, 2001 p. 3). Segundo o autor, as decisões judiciais devem manter, em algum sentido, um caráter político, considerando-se que algumas decisões serão aprovadas por um grupo político, mas rejeitadas por outros. Assim, se tais decisões podem ser colocadas à prova pelo senso político de determinados grupos, é razoável que se conceba as decisões judiciais sob o enfoque político, em alguma medida.

¹⁶ Um breve exemplo: A Súmula Vinculante nº 04 proíbe a indexação do salário mínimo para base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado. Desta forma, o TST passou a entender que o adicional de insalubridade seria devido com base no salário do obreiro, conforme a redação da Súmula 224 daquela casa. O STF, por sua vez, suspendeu a Súmula 224 do TST em sede de reclamação com decisão liminar, entendendo que até que houvesse lei a respeito, o salário mínimo continuaria a ser a base de cálculo para o referido adicional. Ora, inicialmente o STF afasta a possibilidade de indexação e, posteriormente, modifica seu entendimento quanto à matéria específica. A decisão se materializa em argumentos puramente políticos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1195>>; Acesso em: 11 jul. 2016.

Não obstante, é certo que os direitos fundamentais também podem ser acatados como direitos de ordem política, tendo em vista que foram positivados pela ordem constitucional (Carta Política), e visam, justamente, a proteção aos direitos políticos do cidadão frente ao Estado. Dessa forma, quando tratando de direitos constitucionais as decisões também teriam uma dimensão política.

O argumento lançado por Dworkin, entretanto, não sugere que as decisões judiciais sejam políticas de uma forma partidária, ou seja, que poderiam ser tomadas em nome desta ou daquela convicção política que determinado juiz possa sustentar. Quando assevera, o autor, que as decisões judiciais são – e devem ser – políticas, ele não está considerando as posições políticas pessoais adotadas pelos juízes ou qualquer outro agente que esteja imbuído da coisa pública, mas se refere a uma moralidade política que faz parte da própria comunidade, moralidade da qual o Estado não pode se afastar.

Nesse sentido, as decisões judiciais podem ser vistas, sob tal viés, como sendo decisões políticas, o que não quer dizer que os argumentos que sustentam as decisões judiciais devem ser político-partidárias, conforme veremos adiante.

Portanto, em alguns momentos far-se-á necessário que se tratem as decisões judiciais como decisões políticas, não no sentido estrito do termo que levaria o leitor a pensar em posições políticas adotadas pelos juízes, mas na sua concepção filosófica que denota que as decisões refletem uma moralidade política comum à sociedade, motivo pelo qual as decisões judiciais são, em alguma medida, políticas.

De se rememorar que Hércules, ao desenvolver seu sistema de interpretação, aceitou as leis que se demonstrem vigentes e constitucionais, assim como o sistema jurídico sustentado pelo conjunto de normas constitucionais e supraconstitucionais.

Neste diapasão, considerando-se que haveria um padrão moral a guiar as decisões judiciais, estar-se-iam autorizados a sustentar que os juízes, quando decidem os casos, estão atados a essa moralidade política que lhes obriga, de alguma forma, a tomar decisões em um determinado sentido. Isso se torna claro, na medida em que se as decisões são, de alguma forma, atreladas a esses padrões morais: as decisões que não se mostrassem atreladas a ele poderiam ser questionadas. Se assim não o fosse, quando o juiz tivesse que julgar um caso difícil, em que há controvérsias quanto aos direitos, qualquer decisão, por mais esdrúxula que fosse, poderia ser sustentada. Entretanto, algo lógico refuta a assertiva de que as decisões esdrúxulas poderiam ser aceitas. A questão é, portanto: porque se consideram esdrúxulas certas decisões e porque é colocada em dúvida a sua legitimidade?

Para se fundamentar a assertiva de que existe, de fato, um padrão moral que deve ser seguido pelos juízes, é necessário que se argumente em sentido contrário. Isso, pois se restar constatado que qualquer decisão pode ser tomada em determinado caso, ainda que em sentido amplamente contrário ao razoável, afastar-se-ia a assertiva de que existe uma moralidade a se seguir nas decisões judiciais. Por outro lado, se ao analisarem-se as decisões polares e se verificar que uma delas, ainda que seja proferida em um *hard case*, afronta em alguma medida o sentimento de equidade, de justiça e razoabilidade, poder-se-á afirmar que há uma moralidade política vinculante e que ela esta intimamente ligada à legitimidade das decisões judiciais.

Imagine-se que não haja qualquer dever, ainda que meramente institucional, que determine que o juiz, ao proferir sua decisão, se mantenha o mais próximo da moralidade comunitária quanto possível.

Inexistindo essa força moral que o obriga a tomar decisões em determinado sentido, inexistiria, por consequência, a necessidade de que os juízes fundamentassem suas decisões, na medida em que a fundamentação é, justamente, a materialização da necessidade de se seguir certos padrões e de torná-los públicos. Isso, pois se não houvesse a necessidade de seguir padrões, o juiz estaria autorizado a seguir em qualquer direção, motivo pelo qual não haveria a necessidade de qualquer fundamentação.

Se se pensar dessa forma, chegar-se-á à conclusão de que o direito seria apenas um conselho de como os juízes deveriam agir e não uma instância que determina de que modo devem agir em determinados casos.

O direito não enuncia, simplesmente, o que os juízes poderiam adotar em sua decisão. O direito determina o que os juízes têm o dever de reconhecer e fazer vigorar, corporificando certos padrões em suas decisões (DWORKIN, 2002, p. 78).

Pelo exposto, a teoria de que há sempre um padrão moral a ser seguido quando das decisões judiciais encontra mais força que uma tese de que inexistiria esse dever. Dworkin (2002, p. 76-77), estabelece, ainda uma diferença entre o que se poderia chamar de um dever em sentido fraco e outro em sentido forte.

Argumenta o autor que há uma clara diferença entre o que uma pessoa deve fazer (*ought*) e o que ela tem a obrigação (*has an obligation to*) de fazer. O primeiro emprego, no sentido fraco, denota que referido dever moral pode ser visto como um mero aconselhamento, já que a pessoa deveria agir daquela forma, o que não significa dizer que ela esteja obrigada a agir assim, sob pena de ser punida se não o fizer. O segundo emprego, no sentido forte, assenta que existem casos em que esse dever é mais do que, meramente,

um conselho de ordem moral; neste caso, o interlocutor deve esperar que realmente a ação seja no sentido indicado pelo dever imposto e a ausência da conduta poderia resultar em uma punição.

Note-se que a base de ambos os sentidos empregados é a mesma, ou seja, um dever moral que se identifica, de forma a aconselhar ou obrigar, que determinada pessoa haja daquela forma. Entretanto é o emprego dos verbos ‘aconselhar’ ou ‘obrigar’ que determinará a diferença entre o sentido fraco e o sentido forte de seu emprego.

Assim, os juízes teriam a obrigação de decidir de determinada forma em alguns casos e seria aconselhável que decidissem daquela forma em outros casos. O que irá definir essa tênue linha entre o dever e a obrigação de agir em determinado sentido é a clarividência com que o instituto empregado se evidencia, ou seja, a clarividência com que a lei se encaixa ao caso concreto.

Portanto, em casos de subsunção e aplicação mecânica da lei, o juiz mantém a obrigação de decidir conforme a lei, sob pena de se afastar dos institutos estatais que lhe conferiram o próprio poder decisório – Hércules adotou o posicionamento de decidir de acordo com todas as leis vigentes, afastando, na pior das hipóteses, a aplicação analógica ou dos princípios que regem a lei em caso de identificar que está, de alguma forma, superada -.

Já em casos difíceis, em que o direito não se manifesta a prima facie, na maioria das vezes a moralidade denota uma intuição do sentido no qual a decisão deveria ser fomentada. Entretanto, mesmo admitindo que nos *hard cases* há a possibilidade de duas ou mais decisões razoáveis, não restaria afastado o norte da moralidade, na medida em que uma decisão diametralmente oposta à adotada não se sustentaria. Em melhores termos: as pequenas variações são admissíveis e permitem a existência de um eixo de decisões próximas, o que se reconhece no giro linguístico, mas esse eixo de decisões próximas que mantém força gravitacional entre si pelos princípios que as sustentam repelem as decisões diametralmente opostas.

Portanto, a moralidade política está sempre circundando as decisões estatais e a ausência de compromisso com essa moralidade acaba por afrontar a unidade política que deve ser observada em um Estado Democrático de Direito.

2.1.2 Argumentos de Princípio e Argumentos de Política

A inteligência de que as decisões judiciais são, sob algum prisma, eivadas de certa moralidade política não se deve levar a crer que as decisões sejam políticas na essência do termo. Primeiramente, pois, conforme mencionado no capítulo anterior, a tripartição dos poderes enseja que as decisões de política na essência do termo, sejam tomadas por agentes eletivos e mandatários da vontade popular.

Em segundo lugar, pois os argumentos judiciais das decisões devem, de forma dialética, conseguir responder ao parâmetro da moralidade política e da própria moralidade institucional, o que, conforme Dworkin, permite que se compare as decisões judiciais a um romance em cadeia que vem sendo escrito por diferentes autores. Esta última por sua vez, não pode ser fomentada por argumentos políticos, mas tão somente por argumentos de princípios.

Com efeito, identificam-se dois argumentos que podem ser empregados nas decisões estatais, quais sejam os argumentos de princípios políticos e os argumentos de procedimento político. De agora a diante, serão tratados apenas de argumentos de política e argumentos de princípios essas duas espécies de argumentos.

De se frisar, neste momento que não estará em foco responder-se a questão quanto aos julgamentos exarados pelos Tribunais manterem o viés político ou não, já que o assunto foi tratado no tópico anterior. Tratar-se-á agora, especificamente, do tipo de argumento que deverá sustentar a decisão para que ela possa ser legítima.

Portanto, o que importa, neste momento, é responder a questão: - Os argumentos utilizados pelos juízes em suas decisões devem ser de princípios (ou argumentos de direitos), ou de política?

Respondida a primeira questão, deve-se refletir: Quando for mais provável que as decisões judiciais estão sendo fundamentadas por um argumento que não lhes seja natural (caso chegemos à conclusão de que a elas é afeto apenas um tipo de argumento – o político ou o de princípio), essas decisões seriam legítimas?

Dworkin (2002, p. 129) ensina que existem dois tipos distintos de argumentos que podem apoiar as decisões estatais, aquele que denomina de ‘argumentos de política’ e aquele que denomina ‘argumentos de princípio’.

O autor em epígrafe determina como ‘argumento de política’ o tipo de padrão que estabelece um objetivo comunitário a ser alcançado, em geral, alguma melhoria em aspecto econômico, político ou social da comunidade. O ‘argumento de princípio’, por sua vez,

caracteriza-se por um padrão que deve ser observado por ser uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade política, afastando-se, assim, do padrão do argumento político das melhorias sociais:

Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. (DWORKIN, 2002, p. 36)

Os argumentos de política são aqueles que visam a um benefício comunitário, sendo encontrados com maior veemência nos atos do Poder Legislativo que, se utilizando de tais argumentos, tomam decisões e propõe leis que visam um benefício social abstrato. Abstrai-se de algumas leis esse argumento que visa a um benefício comunitário propriamente dito.

Como exemplo, pode-se citar a lei 11.705/2008 que, ao empreender penalidades mais severas aos condutores de veículo que sejam surpreendidos alcoolizados, visa a preservação da vida e da integridade física (se se considerar o número exacerbado de acidentes envolvendo condutores alcoolizados), o direcionamento de verbas públicas da saúde a outros segmentos (já que evitando-se os acidentes os custos diminuem), além de disseminar a quebra de um paradigma social quanto a embriaguez ao volante.

A concepção do padrão 'política', portanto, levaria em consideração aspectos de melhorias coletivas abstratas que devem ser utilizados para fundamentar as decisões estatais gerais. Entretanto, considerando-se a tripartição dos poderes, o padrão 'política' deveria ser empregado por apenas uma parcela dos agentes estatais e não por todos eles indistintamente.

As melhorias de cunho econômico, político ou social, as quais são identificáveis com o padrão 'política' proposto por Dworkin, devem ser tomados com base em mandatos eletivos, tendo em vista que ao ser praticada a democracia, a decisão dos representantes da maior parte do povo seria entendida como a melhor medida a ser adotada naquele núcleo comunitário.

A força da argumentação se revela no sentido de que se as leis a serem promulgadas atingirão toda a comunidade de forma cogente, nada mais justo que elas sejam menos lesivas quanto possível à maior parcela da comunidade. Entretanto, há certo utilitarismo jurídico neste argumento (e no parágrafo anterior), que precisa ser desfeito para que se possa aceitar as duas assertivas de forma a não ofender direitos individuais fundamentais, tendo em vista que, caso ela fosse aceita sem reservas, seriam justificados todos os atos tomados pelo Estado em desfavor das minorias representativas, o que decerto não se revela razoável.

Dessa forma, o rearranjo do argumento que se amolda mais correto seria: as melhorias de cunho econômico, político e sociais devem ser tomadas com base em mandatos eletivos, tendo em vista que ao ser praticada a democracia, a decisão dos representantes da maior parte do povo seria entendida como a melhor medida a ser adotada para aquele núcleo comunitário, desde que não se desrespeitem a Constituição e consequentemente os princípios e direitos individuais fundamentais.

Assim, os argumentos políticos seriam empregados nas decisões focadas na forma como melhor se desenvolveria o bem estar social, respeitando-se os princípios e os direitos individuais fundamentais.

Considerando essa forma ideal de concepção das melhorias coletivas almejadas, torna-se aceitável a indicação de que aqueles que foram eleitos pela maioria e que se encontram transvestidos do poder por ela outorgado, teriam melhores condições de materializar o ideal daqueles que o elegeram – na medida reservada acima descrita-, quando comparados aos juízes, os quais não são detentores de cargos eletivos.

Não se quer dizer, apoiados em Dworkin, que os argumentos políticos seriam afetos tão somente aos membros de cargos eletivos e que estes jamais se utilizariam de argumentos de princípios. Apesar do viés amplamente político da argumentação, é possível que alguns atos dos representantes eleitos que visem melhorias coletivas possam ser justificados tanto por argumentos de política quanto por argumentos de princípios¹⁷.

Exemplificando sua argumentação, DWORKIN (2002, p. 131-132), revela que programas políticos de alguma complexidade, ainda que se tratem basicamente de uma questão de política, poderiam ser justificados por argumentos políticos e de princípio concomitantemente.

¹⁷ À partir desse ponto trataremos por ‘argumentos de política’ os padrões que estabelecem um objetivo geral almejado *in tese* pela sociedade e ‘argumentos de princípio’ os padrões que estejam ligados à justiça, equidade ou outro aspecto da moralidade. Além disso, argumentos de princípios também poderão ser intitulados de argumentos de direito mantendo o mesmo significado do primeiro.

Dois exemplos são relevantes. O primeiro trata de um ato tomado pelo legislativo com o intuito de se oferecer subsídios aos fabricantes de aeronaves fundamentando tais subsídios com a indicação de que irão proteger a segurança nacional. A mesma decisão determina ainda que serão determinados subsídios iguais a todos os fabricantes de aeronaves, independente de sua capacidade de produção, tendo em vista que os pequenos produtores tem o direito de não ser privados de sua capacidade de produção por um ato do Estado, ainda que a segurança nacional fosse beneficiada com a retirada dos pequenos produtores do mercado. (DWORKIN, 2002, p. 131-132)

O argumento político se revela na medida em que o ato de fornecer subsídios aos fabricantes de aeronaves ao invés de fornecê-los a outro ramo empresarial é justificado como sendo benéfico à segurança nacional, visando atingir, portanto, uma meta comum a todos os cidadãos daquele Estado. O segundo, por sua vez, revela-se um argumento de princípio, já que se apoia em critérios mais afetos à justiça, equidade e moralidade, pois não seria justo que os pequenos produtores de aeronaves fossem privados de sua produção caso os subsídios aos grandes produtores fosse maior, o que poderia coloca-los em posição inferior de concorrência e terminar por retirá-los do mercado.

Por todo o exposto pode-se concluir que os atos legislativos poderão ser justificados por argumentos de política e/ou argumentos de princípios. Mas e as decisões judiciais, também poderão ser eivadas desses dois argumentos ou deverão ser justificadas apenas com os argumentos de princípios? Essa questão é deverás nevrálgica ao trabalho.

Dworkin (2002, p. 132) assevera que o objetivo de sua teoria seria, justamente, demonstrar que as decisões judiciais seriam e, mais que isso, deveriam ser, baseadas em argumentos de princípio e não em argumentos de política. Tornando claro seu posicionamento, cita um caso decidido pela Corte dos Lordes (caso *Spartan Steel & Alloys Ltd. Vs. Martin & Co.*), no qual poderiam ser dados dois argumentos para se justificar a decisão da Corte. O primeiro, ao responder a questão de se a empresa na posição do demandante teria direito à receber a indenização. O segundo argumento manifesta-se na questão de se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade da forma sugerida pelo demandante.

Frise-se a diferença entre os argumentos, considerando-se que não há a necessidade de se conhecer o caso em epígrafe ,narrado na obra para se extrair o que se deseja neste momento, mas tão somente analisar-se as proposições acima para se verificar se serão argumentos de política ou de direito.

O primeiro argumento se trata de um argumento de princípio na medida em que se deve responder se seria justo ou moralmente aceitável que a empresa não fosse ressarcida dos prejuízos experimentados; o segundo envolve conceitos políticos na medida em que a questão a ser respondida era de viés econômico e, portanto, afetos aos aspectos de melhorias ou perdas econômicas coletivas.

O primeiro argumento, o de princípio, deve ser analisado, hipoteticamente, sob o aspecto trinômio inserido por Dworkin. Referido trinômio é constituído pela justiça, equidade e devido processo legal.

Os argumentos de princípio, nesta vereda, devem ser as únicas bases das decisões judiciais já que determinam quais são os motivos relevantes para que o judiciário possa decidir a favor ou contra o queixoso, na medida em que haveria uma obrigação moral de reconhecer o direito naquele sentido. Isso, pois por detrás da referida decisão haveria dimensões de justiça, equidade e devido processo legal que apontariam para a decisão naquele sentido.

Outro aspecto necessário de se trazer à discussão diz respeito à objeção à originalidade que circunda as decisões judiciais. Na atual Constituição, o princípio da reserva legal fora positivado no artigo 5º inciso II que garante que ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, se não em virtude de lei.’

Segundo Dworkin (2002, p. 133) é de concordância geral que não é justo sacrificar os direitos de um homem e privá-lo de seus bens por algum dever novo criado após a consumação do fato. Esse argumento seria ainda menos palatável ao se o aproximar do argumento de política de que ‘seria economicamente mais benéfico à sociedade privá-lo de um bem, ainda que em afronta à reserva legal’.

Neste sentido, para que haja uma decisão judicial desfavorável necessário se faz que a conduta esteja tipificada como ilegal. Não havendo ilegalidade no ato, ao menos em tese, não se poderia condenar o indivíduo. Sob o prisma do argumento de princípio, não haveria justiça nem respeito ao devido processo legal se se condenasse alguém sem que sua conduta tenha sido tipificada anteriormente como ilegal.

Referido argumento ganha forças tanto no direito penal quanto nos ramos civilistas do direito, assim como no direito laboral. No primeiro, a violência do desrespeito seria mais latente na medida em que se estaria diante do direito à liberdade. Inobstante, nos

demais, apesar da menor gravidade aparente, a lógica jurídica é a mesma, sobrepujando-se, entretanto, direitos que poderiam ser pontualmente disponíveis¹⁸.

A segunda objeção à originalidade judicial não tem força alguma contra um argumento de princípio. Se o demandante tem um direito contra o réu, então este tem um dever correspondente, e é este dever, e não algum novo dever criado pelo tribunal, que justifica a sentença contrária a ele. Mesmo que o dever não lhe tenha sido imposto por uma legislação explícita anterior, não há, exceto por um ponto, mais injustiça em se exigir o cumprimento desse dever do que haveria se esse dever tivesse sido imposto por legislação. (DWORKIN, 2002, P. 134)

Em sentido oposto, vale frisar, os argumentos de política tem em sua gênese a característica de ser aplicado de forma anterior aos fatos, na medida em que à partir de sua adoção pelos órgãos competentes, a conduta poderia ser declarada ilegal. Ademais, essa ideia remete à inteligência de que seu efeito visaria a concepção ou a confirmação de uma moralidade política que estaria sendo positivada, o que não pode se aproximar dos argumentos de princípios pelos motivos acima expostos.

Desta forma, a conclusão parcial corre no sentido de que os juízes, ao proferirem suas decisões, devem se utilizar exclusivamente dos argumentos de princípios, sendo certo que os demais poderes poderão, segundo sua competência orgânica, fomentar as decisões estatais baseadas nos argumentos de política dos quais o poder judiciário deve se abster.

Por consequência de tal afirmação, partir-se-á do princípio de que as decisões judiciais que se mantenham por argumentos de princípio poderão ser consideradas como decisões legítimas, enquanto que as decisões judiciais que se aproximem dos argumentos de política serão consideradas decisões ilegítimas.

2.2 A integridade do Direito e a Justiça do Trabalho

Iniciou-se este trabalho determinando-se a fase que os princípios constitucionais se encontram na teoria e na práxis jurídicas da atualidade. Passou-se pela aplicação da determinação da força dos direitos fundamentais, assim como se determinou qual seria a tese adotada neste trabalho quanto à leitura horizontal dos direitos fundamentais.

Pontuou-se, ainda, que o direito à propriedade se trata de um direito indisponível em essência e constitucionalmente garantido. Tratou-se, na sequência, do Romance em

¹⁸ Vide item 1.3.

Cadeia proposto por Dworkin quanto às decisões judiciais, do método do juiz Hércules e adentrou-se à integridade do direito, pontuando, por fim, quais seriam os argumentos que deveriam ser empregados em uma decisão judicial.

As bases teóricas estão, portanto, condizentes com o necessário aprofundamento quanto à teoria da Integridade do Direito, bem como com sua aproximação com o ramo laboral, o que será tomado à partir de agora.

2.2.1 A necessidade da integridade – afastando-se da discricionariedade

O positivismo jurídico dava conta de que os casos difíceis, ou seja, aqueles em que o simples processo de subsunção de normas não poderia ser praticado, deveriam ser resolvidos pelo poder discricionário dos juízes.

Sob tal prisma, em determinado momento, a lei não poderia resolver o caso em análise, na medida em que sua complexidade se afastaria da subsunção mecânica proposta pelo positivismo jurídico. Neste sentido, a utilização do argumento do poder discricionário nos casos difíceis serviria para suprir as lacunas da escola positivista.

A Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2003) logo em suas primeiras páginas desenhava que a proposta seria a de tornar o ramo do direito uma ciência pura, desafetada de outras intervenções que não as puramente jurídicas:

Como teoria [a Teoria Pura do Direito], ela reconhecerá, única e exclusivamente, seu objeto. Tentará responder a pergunta “o que é” e “como é” o direito e não a pergunta de “como seria” ou “deveria ser” elaborado. É ciência do direito e não política do direito. Intitula-se teoria pura do direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir desse conhecimento tudo o que não pertence a esse exato conhecimento jurídico. Isso quer dizer: ele expurgará a ciência do direito de todos os elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro.

Brevemente, Kelsen assevera que a ciência jurídica somente poderia ser assim reconhecida se se afastasse de outros campos da ciência social (a separação do *ser* e do *dever ser*), em especial do campo da moral. Secciona-se, neste momento, a justiça da moral.

Dworkin, entretanto, refutou severamente tal ideia empregando argumentos que já são familiares. Entretanto, antes de volverem-se às críticas anteriormente mencionadas,

necessário que se adote um posicionamento quanto ao emprego da discricionariedade nas decisões judiciais dos casos difíceis.

Em que pese as amplas e empolgantes análises e desdobramentos dessa tese, empregar-se-á a que se revela mais clara quanto à esta possibilidade de que os juízes, sob o prisma positivista, venham a solucionar os casos difíceis baseados na discricionariedade defendida pela corrente jurídica em questão. Hart (1986, p. 138) revela que:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.

Hart esclarece que segundo o positivismo os casos difíceis deveriam ser resolvidos de forma discricionária, na medida em que a lei, sendo uma expressão linguística, manteria um núcleo nos quais seriam solucionados os casos práticos (de simples subsunção) e uma zona de penumbra, na qual a discricionariedade do julgador poderia ser empregada, tendo em vista a ausência de clareza quanto à aplicação do conteúdo veiculado pelo núcleo (HART, 1986, p. 143).

Mais do que isso. A visão de Hart remete-se a uma autorização intrínseca proposta pelo legislador ao juiz que, a se ver diante de um caso que não se resolva pelo silogismo ordinariamente empregado, poderia utilizar-se de sua discricionariedade, resolvendo-se a questão tão logo seja proposta no caso concreto.

Neste sentido, as decisões dos casos difíceis poderiam e, mais do que isso, deveriam ser decididas arbitrariamente.

Referida concepção quanto à resolução dos casos difíceis afronta, de forma visceral, a proposta trazida por Dworkin, a qual materializa que as decisões judiciais, por motivos de justiça, deveriam ser tomadas sempre da forma menos original quanto possível. Alias, foram tais discordâncias que impulsionaram os trabalhos de Dworkin.

Em franco ataque ao positivismo, com o intuito de se resgatar os direitos individuais e se estabelecer que o ‘modelo de princípios’ seria mais benéfico aos indivíduos do que o ‘modelo de regras’ proposto pela corrente positivista do direito, Dworkin tenta reaproximar o direito, moral e política sem, no entanto, permitir que o direito se afastasse do caráter científico trazido pelo próprio positivismo.

A necessidade de se despojar do direito a tese da discricionariedade também se desenvolve como ponto central na teoria dworkiniana, na medida em que o Romance

escrito em cadeia, conforme já mencionado, parte da ideia de que cada autor escreverá seu capítulo da forma mais coerente possível com o capítulo anterior e, em última análise, com a própria história da qual fazem parte tais historiadores. Refuta-se, neste sentido, a tese da discricionariedade na medida em que os capítulos anteriores deveriam ser considerados para a concepção do novo.

Ora, se os novos autores estariam comprometidos em escrever a cada caso um novo capítulo, sem se afastar dos capítulos anteriores, somente tal inteligência já seria capaz de remeter à conclusão, ainda que inicial, de que a discricionariedade seria afeta às decisões judiciais em casos difíceis.

Neste sentido, para que o romance em desenvolvimento seja escrito da melhor forma possível, o novo autor deveria remeter-se aos capítulos anteriores, revelando-se que ele estaria, nos *hard cases*, comprometido com a história institucional, com as leis e com a moralidade política que se transfigura naquela sociedade.

A argumentação de que alguns casos seriam tão esdrúxulos que não poderiam ser resolvidos sem que a decisão fosse amplamente original também já fora refutada pela própria existência dos princípios jurídicos e do processo proposto de ponderação entre os princípios, tema já analisado no primeiro capítulo.

Outra questão de relevância é que o devido processo legal, em sua forma clássica, restaria também abalado tendo em vista que a decisão tomada posteriormente ao caso empreendeu obrigação ulterior, afrontando-se a reserva legal.

Portanto, sob o prisma dos princípios constitucionais, o argumento da discricionariedade das decisões judiciais torna-se ainda mais volátil.

A decisão arbitrária, neste sentido, afastaria as decisões judiciais de uma sequencia razoável, levando o direito a um mundo insólito. Explica-se: se se permitir que a discricionariedade seja elemento permitido nas decisões dos casos difíceis, em algum momento seria identificado um padrão de decisões quando o caso tornar-se a repetir outras tantas vezes?

Ainda que seja em determinado momento histórico atômico o caso pode se tornar menos peculiar em outro momento. Assim, se se partir do princípio de que todos os juízes, detentores de discricionariedade que o são, pudessem decidir de forma arbitrária no *hard case*, então dever-se-ia aceitar que diversas decisões díspares poderiam ser tomadas sem que isso representasse qualquer empecilho ao direito. Mas e a questão da isonomia?

Não obstante a evolução de tais críticas fomentadas à discricionariedade nas decisões judiciais, essa margem discricionária vem se alargando, chegando à práxis

jurídica como uma autorização para que os juízes passem a decidir casos de difícil interpretação segundo suas próprias convicções.

Essa autorização para atuação discricionária, por vezes, ultrapassa a própria região inóspita dos casos difíceis, chegando aos locais em que há leis promulgadas, mas que o Judiciário, a despeito de interpretação, esmigalha os limites impostos pelo legislador.

A (histórica) discricionariedade positivista – embora (historicamente) “limitada” pelo ordenamento jurídico – tem proporcionado uma espécie de “mundo da natureza hermenêutico”, em que viceja a liberdade interpretativa (veja-se, por todos, o decisionismo kelseniano e a discricionariedade admitida por Herbert Hart para a resolução dos hard cases), onde, no fundo, queiramos ou não, cada juiz decide como quer (arbitrariamente), de acordo com a sua subjetividade (esquema sujeito-objeto), mesmo porque esses “limites” do ordenamento são limites semânticos, os quais jamais foram obstáculo para as pretensões positivistas, bastando, para tanto, um exame da incontável quantidade de súmulas (para falar apenas nesse tipo de *prêt-à-porter*) contra-*legem* e/ou inconstitucionais.¹⁹

A integridade do direito vem, neste sentido, para sublevar a necessidade de que as decisões judiciais caminhem por caminhos cada vez mais justos, utilizando-se da isonomia e do devido processo legal como instrumentos desta justiça. Uma de suas propostas, portanto, é afastar o juiz da discricionariedade que outrora lhe foi outorgado pela doutrina, mas que não cabe mais ao Estado Democrático de Direito.

2.3 Afinal, a Integridade

A Integridade do direito, proposta por Dworkin, poderia ser resumida em termos simplórios, como a busca pela coerência das decisões impostas pelo Estado aos administrados. Essa necessidade de coerência teria dois vieses: o legislativo e o judicial.

Coerência remete, neste momento, ao sentido de que o Estado, mantendo-se como um poder indivisível perante os administrados, deve seguir certas diretrizes que façam com que sua atuação perante o povo seja racionalmente concebida.

O distanciamento da busca pela integridade poderia ser visto como o pai que educa seus filhos somente com as palavras, mas que se afasta de tais ensinamentos em seus próprios atos. Isso não parece, a primeira vista, sensato.

¹⁹ Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2016.

O pai que reprime veementemente seu filho que cometeu uma falta que acaba de ser cometida por ele próprio não convencerá mais do que o vento na interpretação de Alberto Caieiro²⁰: nada dirá que se aproveite.

Neste sentido, as ordens emanadas pelo Estado, quer sejam decisões judiciais, quer sejam leis ou regulamentos, devem seguir-se de uma sequencia coerente que não se contradigam a si mesmas, na medida que o Poder do Estado é uno, e que mantenham-se na trilha do que vem sendo adotado pelo Estado, na medida em que a mudança brusca de interpretação sem uma boa argumentação poderia gerar insegurança jurídico-política.

Portanto, o direito como integridade apresentaria não apenas a equidade ou a segurança jurídica almejada, mas proporia aos cidadãos uma igualdade que tornaria sua comunidade mais genuína, na medida que sustenta que os direitos e responsabilidades decorreriam de decisões anteriores, mantendo, dessa forma, valor legal, já que precedem dos princípios de moral pessoal e política daquela sociedade. (Dworkin, 1999 p. 120)

Empenhando-se nesta empreitada, o Estado poderia tornar mais límpidas as suas decisões, tendo em vista que as decisões posteriores estariam alicerçadas nas decisões passadas, sejam elas de que nível estrutural advenham.

Logo neste início, pode-se abstrair que a integridade afasta de plano a ideia de que os julgados possam carregar-se de originalidade, tendo em vista que a decisão seria uma mera sequencia dos atos e das interpretações principiologicamente ligadas à moral da sociedade que já vinham sendo depositadas em leis e utilizadas como subsídios jurídico para as decisões judiciais. Restaria intacto, neste sentido, o princípio do devido processo legal e da própria reserva legal. Ter-se-ia já, neste momento, bons motivos para acatarmos a integridade como uma virtude política.

Isso, pois a integridade denota que as decisões atuais são calcadas em decisões políticas anteriores, o que autoriza a coerção, ainda que normas concretas não tenham sido positivadas:

O segundo a aceita: o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção - que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do

²⁰ Poema X do Livro o Guardador de Rebanhos. Segundo Alberto Caieiro o vento nada diz, somente que é vento e que passa. As mensagens que o interlocutor extrairia da passagem do vento seriam mentiras que estariam dentro do próprio interprete.

passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. (DWORKIN, 1999, p. 148)

Dworkin assevera que a integridade torna-se um ideal político quando se exigem que o Estado ou a própria comunidade, como sendo agentes morais, passem a agir segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto aos desígnios que poderiam levar àquela ou esta decisão quando baseados em princípios de justiça e equidade. (DWORKIN, 1999, p. 202)

A integridade aplicada à equidade exigiria, neste sentido, que os princípios políticos necessários para se justificar a autoridade da lei fossem plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei sancionada. A integridade aplicada à justiça determina que os princípios morais necessários para se legitimar uma decisão legislativa sejam reconhecidos pelo resto do direito. Por fim, a integridade aplicada ao devido processo legal adjetivo insistiria que fossem aplicadas todos os procedimentos previstos nos julgamentos e que busque ao equilíbrio exato entre eficiência e exatidão quando dos julgamentos, considerando-se os diferentes tipos e graus de danos morais que um veredicto errado pode impor a uma das partes. (DWORKIN, 1999, p. 203)

Para que tais objetivos fossem alcançados seria, ainda, necessário que tanto o poder legislativo quanto o poder judiciário se enveredassem na busca pela integridade. O primeiro, editado leis que estivessem de acordo com os princípios morais intrincados na sociedade, o segundo, mantendo coerentes as decisões judiciais observando-se a legislação fomentada sob a sombra da integridade e os princípios que levaram à edição de tais leis.

A integridade, neste sentido, se manifestaria como uma virtude do Estado, caminhando doravante ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal em sincretismo com ambos os três, mas garantindo à sociedade que as decisões estatais deixassem de carregar consigo o teor de surpresa que se revelavam nas teorias anteriores. Em verdade, já nos adiantou Dworkin, este prisma não nos traz nada novo, mas nos mostra como é, de fato, o campo do direito.

Dworkin nega, ainda, a possibilidade de que as leis chamadas ‘conciliatórias’ sejam percebidas como justas. Leis ‘conciliatórias’ no sentido utilizado em ‘O Império do direito’ nos remete a leis que aplicam direitos diferentes que são intrinsecamente coerentes, mas que não podem ser defendidos em conjunto, tomando-se como base diferentes princípios de justiça, equidade ou devido processo legal (DWORKIN, 1999 p. 224).

Em melhores termos. As leis conciliatórias seriam retalhos legis fomentados pelo Estado para resolver este ou aquele caso, esta ou aquela particularidade, mas que, ao ser confrontadas com as demais normas inseridas no sistema jurídico, não poderiam se sustentar, na medida em que se afastariam dos princípios reconhecidos pelo próprio sistema. A concepção não se afasta das decisões judiciais: se o juiz decide determinado caso de forma arbitrária, sem considerar a integridade, incorreria, da mesma forma, em uma legislatura que não se sustenta quando contraposta aos princípios jurídicos existentes.

Referida conclusão é de relevância no estudo que se desenvolve já que fora proposto dissertar-se acerca da legitimidade das questões judiciais baseados em uma releitura da integridade do direito de Dworkin. Caso uma decisão seja exarada pelo judiciário e sejam localizados elementos que demonstrem que referida decisão estaria em dissonância com a integridade, haveria bons motivos para pensar que tal decisão padece de ilegitimidade. Revolver-se-á na sequência a este aspecto.

A integridade exige que o Estado se afaste dos direitos conciliatórios internos no que diz respeito aos direitos individuais, exigindo que se reconheça um direito a uma parcela da população deverá reconhecê-los para todos:

A Constituição exige que os estados estendam a todos os cidadãos certos direitos - o direito à livre expressão, por exemplo, mas deixa-os livres para reconhecer outros direitos não constitucionais, se assim o desejarem. Se um Estado aceita um desses direitos não constitucionais para uma classe de cidadãos, porém, deve fazer o mesmo para todos. (DWORKIN, 1999, p. 242)

A integridade estaria ligada diretamente aos princípios morais e políticos que determinada sociedade assume. Neste sentido, ao entender-se regida não só pelas normas anteriormente publicadas, mas por todas as normas que possam decorrer dos princípios aceitos, o conjunto de normas orgânicas poderia expandir-se e encolher-se na justa medida da evolução social.

Partindo de tais considerações, pode-se conceber que a integridade não permite que as decisões judiciais sejam tomadas ao alvedrio desse conjunto sistemático de princípios que se enveredam pelo direito, na medida em que a própria sociedade deve honrar com seus objetivos de defesa da justiça, equidade e devido processo legal. Essas são, portanto, as bases da integridade que nos levarão à questão da legitimidade das decisões judiciais.

Assim, será tomado como parâmetro analítico das decisões judiciais sua fuga ou proximidade ideal com a integridade. Ideal na medida em que, propondo-se o trabalho em seu último capítulo a analisar decisões judiciais emanadas em decisões judiciais da seara laboral, necessário se faz que se possam discutir se tais julgados estariam mais próximos ou mais afastados da integridade, definindo este critério como sendo o mais apto a revelar se a decisão será ou não legítima sob o enfoque proposto pelo trabalho.

2.4 A questão da legitimidade das decisões judiciais: uma releitura do modelo dworkiniano

A necessidade de verificação da legitimidade das decisões judiciais não remete tão somente à questões especificamente acadêmicas embebidas na filosofia jurídica que se revela da dissertação quanto ao tema. Pensar que a questão da legitimidade seria afeta tão somente às questões filosófico-acadêmicas sem qualquer correlação com o mundo prático seria, no mínimo, descuidar-se de questões importantes.

A questão da legitimidade visa, dentre outros pontos, propor solução às questões práticas colocadas quando decisões que não são fomentadas sob o enfoque da integridade são exaradas.

O primeiro ponto que a questão da legitimidade visa eliminar é, na verdade, um reflexo do modelo em questão. A legitimidade encontra íntima ligação com a aceitação da decisão judicial nos ambientes jurídicos acadêmicos e profissionais. Referida aceitação não se reveste da aceitação nuclear do advogado litigante no processo, mas está ligada à aceitação abstrata tomada por parte da comunidade jurídica de que aquela decisão se sustenta de maneira razoável.

O segundo ponto relevante se remete à segurança jurídica, tão almejada, a qual fora elevada ao patamar de garantia fundamental inserida no inciso LIV do pétreo artigo 5º da CRFB/1988. A integridade, por se caracterizar como um desencadeamento natural de atos, fatos e interpretações estatais que decorrem de uma moralidade pública abstrata, permite com que a decisão judicial esteja cada vez mais próxima da segurança jurídica.

Dworkin (1999 p. 231) remete-se a outros argumentos a favor da dissertação acerca da legitimidade das decisões.

A autoridade moral do Estado que justifica o exercício do poder de coerção também encontra íntima ligação com a necessidade da legitimidade. Uma concepção de

direito necessita de uma explicação coerente quanto ao argumento da necessidade de que os administrados aceitem a coerção política que lhes é imposta pelo Estado, ainda que pessoalmente discorde da referida obrigação.

Deve ainda responder à questão do porque a eleição de determinado regime específico pela maioria autorizaria que o poder de coerção fosse imposto a todos, mesmo aqueles que, derrotados, tenham escolhido modelo díspar do que se elegeu.

Essas questões, se não colocadas à prova por intermédio da questão da legitimidade, trariam uma questão ainda mais relevante e corpulenta: os cidadãos teriam obrigações morais genuínas em virtude, apenas, do que lhes é imposto pelo direito? (DWORKIN, 1999 p. 232)

Observe-se a delicadeza da questão fomentada: se o direito não necessita de qualquer legitimação moral para que se possa empreender a coerção política por ele próprio determinada, então se estará diante da afirmação de que o positivismo jurídico se sustenta em suas formas iniciais (e correríamos o risco de, em breve, nos depararmos com novos fascistas que, escudados pela lei de seu país, proferissem desrespeitos sistemáticos à humanidade); se o direito necessita da concepção da legitimidade para se manter em vigência, então as decisões que não sejam legítimas não devem ser aceitas (o que poderia nos levar até mesmo à desobediência civil).

Neste último caso, ou seja, se se aceitar a ideia de que a legitimidade é questão inerente ao poder coercitivo do Estado, então haverá que se aceitar, via lógica, que o Estado que não mantenha decisões legítimas restará ora tão enfraquecido que não resistirá levando-o a dois possíveis caminhos: a tirania ou a derrocada.

Esse é o problema clássico da legitimidade do poder de coerção, e traz consigo outro problema clássico: o da obrigação política. Os cidadãos têm obrigações morais genuínas unicamente em virtude do direito? O fato de que um legislativo tenha aprovado alguma exigência oferece aos cidadãos alguma razão ao mesmo tempo moral e prática para obedecer? Essa razão moral é válida mesmo para os cidadãos que desaprovam a legislação ou a consideram errada em princípio? Se os cidadãos não têm obrigações morais dessa natureza, então aquilo que garante ao Estado o poder de coerção está gravemente (ou mesmo fatalmente) abalado. (DWORKIN, 1999 p. 232)

A legitimidade traz consigo o entendimento de que o direito seria uma fonte de obrigações genuínas, na medida em que a legitimidade da coerção permite que as decisões e leis promulgadas sejam aceitas com maior naturalidade pelos administrados, o que não ocorreria em caso de ilegitimidade. Um estado legítimo, portanto, segundo a concepção de

Dworkin, seria aquele em que “*sua estrutura e suas práticas constitucionais forem tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres.*” (DWORKIN, 1999, p. 232)

A integridade caminhará justamente neste sentido, remontando-se como o modelo, se não ideal, mais próximo a estabelecer a legitimidade que ensinaria genuinidade às obrigações jurídicas.

Essas questões impostas pela dissertação acerca da legitimidade levam à concepção do modelo de comunidade de princípios proposta por Dworkin (1999, p. 254).

O modelo da comunidade de princípios define que seus cidadãos comungam da existência de uma comunidade política genuína que seria governada por princípios comuns e não apenas por regras criadas pelo Estado. Acreditam, os membros desta sociedade, que seus direitos não se esgotam nas decisões particulares tomadas pelas instituições políticas, mas que dependem do sistema de princípios que tais decisões pressupõem e endossa. (idem, p. 255)

Nesta comunidade a integridade estaria apta a tornar cada vez mais complexa e peculiar as relações desta sociedade. Os princípios efetivariam, nesta comunidade, o papel basilar do Estado, que deveria se guiar em suas decisões por seus desígnios e se rebelaria contra decisões que, de maneira categórica, se mostrassem contra esta série de princípios.

A questão da legitimidade pode ser identificado com maior latência neste modelo de comunidade, o que não afasta a necessidade de que as decisões em outras sociedades, independente da classificação que se dê a elas, esteja sempre a acompanhar as decisões estatais, pelos motivos expostos anteriormente.

Aplicando esta análise ao microuniverso das decisões judiciais, Poder-se-ia sustentar que as decisões judiciais que não sejam legítimas levarão, cedo ou tarde, à tirania dos juízes ou a derrocada da confiança dos administrados, até que só a dúvida permaneça – fato que hoje consome o próprio poder legislativo que, incessantemente, tem suas decisões colocadas à prova pelo povo-.

2.4.1 Princípios Constitucionais x Princípios Trabalhistas: a integridade em foco

No primeiro capítulo deste trabalho fomentou-se a dissertação acerca dos princípios constitucionais e a fase evolutiva que eles se encontram na práxis judiciária

atual. Pontuou-se que não há maiores argumentos a serem reproduzidos em favor da supremacia dos princípios constitucionais no direito pós-segunda guerra mundial, especialmente com a ascensão do pós-positivismo jurídico.

Entretanto, faz-se necessário que se coloque em dissertação a questão dos princípios do direito que fazem parte do repertório jurídico de determinada comunidade, mas que são afetos a ramos específicos do direito.

Os ramos específicos do direito, quais sejam o tributário, civil, penal, trabalhista e etc., se fundamentam em elementos basilares que se irradiam pelo ramo jurídico em questão de forma que as lacunas ou as dúvidas interpretativas podem ser decididas com o emprego de tais princípios. Note-se que os princípios específicos de cada um dos ramos jurídicos estão para o seu nicho como os princípios constitucionais estão para o ordenamento jurídico generalizado, servindo de base e fomentando decisões em casos difíceis.

O direito trabalhista, em especial, já materializou a existência dos princípios específicos, quando o legislador nos artigos 8º parágrafo único da CLT, endossaram a existência de tais institutos, conforme se verifica:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - **O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.** (grifos e negritos nossos)

Portanto, o próprio legislador já demonstrou que existem princípios laborais específicos que estão intrincados no direito trabalhista.

O direito do trabalho tem como germen a busca pelo equilíbrio das relações entre empregados e empregadores. A hipossuficiência jurídica nesta relação, advinda do poderio econômico superior dos empregadores, fez com que fosse desenvolvida uma série de princípios que visam a mitigar essa drástica desigualdade.

O obreiro, portanto, passa a ser protegido pelos princípios laborais. A severidade desta proteção pode ser apreendida do artigo supratranscrito no qual se verifica que caso o dispositivo subsidiário venha a contradizer algum dos princípios laborais, ele não poderá ser aplicado.

Ocorre que se criou uma forte tendência de deturpação dos princípios elementares do direito do trabalho, o que vem levando a uma aplicação desmedida de tais institutos afetos ao direito laboral em detrimento de princípios constitucionais, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

Neste ínterim, necessário que se analise cada um dos princípios laborais, demonstrando, sob o prisma proposto pelo teste de legitimidade, quais seriam as aplicações constitucionalmente aceitáveis de tais princípios.

Para tanto, faz-se necessário que se aprofunde o conceito do que seria ou não uma aplicação espelhada do princípio da dignidade humana nas decisões estatais que mantenham de um lado uma pessoa natural e de outro lado uma pessoa jurídica, como ocorre frequentemente nas lides trabalhistas.

Um bom exemplo do que seria o emprego ‘espelhado’ de um instituto pode ser abstraído do próprio artigo 896 da CLT. O artigo em epígrafe, em sua alínea ‘c’ revela que caberá recurso de revista contra decisões que afrontem a Constituição de forma direta e literal, afastando-se a afronta direta ou espelhada.

Para determinar se a afronta seria ou não direta, basta observar que a violação não reflexa é aquela em que a argumentação jurídica seja razoavelmente fomentada de forma que reste demonstrada a violação à norma constitucional – e conseqüentemente, ao conteúdo semântico trazido pela aplicação da norma evocada ao caso concreto – sem a necessidade de suplemento infraconstitucional. Ressalte-se que no caso de haver a necessidade de se invocar norma infraconstitucional, a argumentação estará desalinhada e impregnada da ideia de reflexão, o que resultará no desconhecimento do recurso de revista. Abaixo se tem em (i) a representação da argumentação reflexa e (ii) a não reflexa:

(i)	$V \leftrightarrow Ac \wedge Ai$
(ii)	$\neg V \rightarrow Ac$

Assim, haverá violação reflexa (V) representada por (i) se e somente se a argumentação contiver Argumento constitucional (Ac) e Argumento infraconstitucional (Ai). Não haverá violação reflexa ($\neg V$) representada por (ii), portanto, no caso de haver apenas argumentação constitucional (Ac). Neste sentido, invocando-se princípio constitucional, sem haver a incidência de norma infraconstitucional na argumentação, não

haverá violação reflexa, ainda que a argumentação seja baseada apenas em princípios constitucionais com alto grau de abstração.

A analogia revela que a aplicação não espelhada de princípios seria aquela em que a argumentação razoável não necessitasse de outras inferências para que seja aceita. Em melhores termos, estar-se-ia diante de uma aplicação reflexa se o direito da dignidade humana, por exemplo, precisasse de subterfúgios para ser invocado, inexistindo tensão direta entre ele e outros princípios constitucionais. Nesta vereda, se a argumentação jurídica não puder sustentar a afronta à dignidade humana sem o subterfúgio de outros subprincípios, não se estaria diante de uma tensão entre tal princípio e outro qualquer identificado.

Para se exemplificar esta forma teratológica de aplicação de princípios, pode-se imaginar uma decisão que fomente argumentação de que a empresa deveria ser condenada ao pagamento de horas extras ao obreiro apesar de não ter ficado provado se ele realmente se ativava em horas extras nem que não se ativava, fundamentando-se a decisão que o princípio da dignidade humana estaria intrincada no princípio do *indubio pro misero* lhe garantiria o direito em questão.

Uma questão colocada desta forma desconsidera a ideia da distribuição do ônus da prova, que denota que, em regra, o ônus da prova incumbe àquele que alegar o fato. Sob a aplicação reflexa da dignidade humana a decisão teria se afastado do artigo 818 da CLT que determina que ‘A prova da alegação incumbe a parte que as fizer’, fazendo-se crer que a inexistência da prova gerou presunção favorável ao obreiro decorrente da dignidade humana, o que se revela uma clara petição de princípio.

Note-se, ainda, que o artigo 373 do CPC de 2015 revela que caberá ao autor o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito. Sob tal prisma, no caso mencionado, o autor não se desincumbiu do seu ônus probatório, deixando de fazer provas quanto ao fato constitutivo do seu direito.

Neste caso, entender que a inexistência de provas seria presunção favorável ao obreiro afrontara de morte o princípio constitucional do devido processo legal, materializado na CF/1988 no artigo 5º inciso LIV que denota que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. A colisão encontrada no caso em epígrafe estaria melhor concebida se se entendesse que existe a colisão entre o princípio constitucional do devido processo legal e o princípio do direito laboral do *indubio pro misero*.

Outra forma comum de se deturpar a aplicação do princípio da dignidade humana é entender que os diversos princípios do direito laboral funcionariam como portas de entrada para a utilização do princípio da dignidade humana.

No capítulo anterior, pontuou-se que a aplicação dos princípios ocorreria de forma direta, sem que houvesse a necessidade de ‘portas de entrada’, conhecidas como cláusulas gerais. No mesmo sentido, não se pode compreender os princípios do direito laboral como portas de entrada do princípio da dignidade humana, sob pena de aplicação reflexa.

Pode-se, ainda, fomentar um exemplo de aplicação de um princípio constitucional de forma não reflexa no direito laboral. A equiparação salarial, materializada na CLT pelo artigo 461 e pacificado pela Súmula 6 do TST²¹ traz, em linhas gerais, a proibição de discriminação negativa salarial, estipulando-se alguns elementos que caracterizariam ou descaracterizariam a equiparação salarial.

Entretanto, apesar de estar corporificada no artigo 461 da CLT, o dispositivo em questão somente formaliza a aplicação do direito à igualdade no ramo laboral. Note-se que, neste caso, a aplicação do *caput* do artigo 5º da CFRB/1988 que revela:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Desta forma, o dispositivo celetista nada mais empreende do que instrumentalizar o referido princípio na seara laboral, partindo-se de uma realidade em que as mulheres mantinham salários menores do que os homens, considerando-se tão somente o critério biológico para tal *discríminem* negativo.

Concatenando-se todas as ideias fomentadas até o presente momento, constata-se que a integridade se manifesta como um objetivo virtuoso que a comunidade deve seguir, especialmente a comunidade jurídica. Isto, pois alguns bons motivos levaram a crer na supremacia dos princípios, na necessidade do respeito ao devido processo legal e à reserva legal, bem como na equidade de tratamento entre os administrados.

Partindo-se deste pressuposto, para que se encerre este tópico, ressalte-se que os princípios constitucionais devem prevalecer em face dos princípios específicos do direito. Por certo que no caso de se identificar que dois princípios constitucionais se encontram em colisão em determinado caso concreto, e seja possível que princípios laborais tornam mais

²¹ Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 29/09/2016.

razoável a argumentação em favor de determinado princípio, se estará diante de um caso em que os princípios laborais foram utilizados para fundamentar uma decisão em determinado sentido e ao alvedrio de um princípio constitucional.

O que não se pode permitir é que o princípio constitucional sucumba ao princípio laboral como se este último ramo do direito fosse um fim em si mesmo, quase que uma autopoiese jurídica em um sistema isolado.

Esta forma de entender o direito laboral encontraria óbice já no primeiro capítulo, onde se pontuou que os princípios constitucionais devem se irradiar por todo o ordenamento jurídico.

De se rememorar, antes de se continuar a desenvolver este estudo, de dois pontos já fomentados. O primeiro é que as pessoas jurídicas também mantêm direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. O segundo é que o direito à propriedade é um direito indisponível, apoiado pela Constituição e amalgamado junto ao próprio princípio do devido processo legal.

Assim, ao se verificar os casos concretos, o objetivo será a identificação de tais tensões, trazendo à tona a interpretação dos casos que serão expostos sob o prisma da integridade e da proeminência dos princípios constitucionais em face dos princípios dos demais ramos do direito.

Antes, entretanto, de se passar aos casos práticos, serão exibidos os princípios do direito material do trabalho mais comuns, o que será necessário para que se possa confrontá-los aos casos práticos que serão ventilados no seguinte e derradeiro capítulo.

2.4.2 Desfazendo-se um equívoco: os princípios trabalhistas nem sempre representam o princípio da dignidade humana

Nos itens anteriores, delimitou-se que a aplicação espelhada do princípio da dignidade humana deveria ser afastado para que não se incorresse em petição de princípio sempre que se estivesse a dissertar acerca dos direitos trabalhistas, já que na maioria das vezes a tutela de direitos entre um ente físico e um ente jurídico revela esta tensão.

Alinhando-se os princípios constitucionais e os princípios laborais acima mencionados, poder-se-ia ser instados a supor que os direitos laborais, por encontrarem íntima ligação com a figura do obreiro e, por consequência, com o princípio da dignidade

humana, o alçariam aos patamares de direitos fundamentais, qualquer que fosse o caso. Entretanto, referida argumentação não pode prevalecer de forma lógica.

Necessário que se desfaça, neste momento, uma possível confusão semântica. Partilha-se da ideia de que os direitos trabalhistas são, em sua grande maioria, direitos fundamentais que visam a efetivação da dignidade humana como fundamento essencial do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, não foge a certeza de que a jornada constitucional máxima de 44 horas semanais deve ser respeitada, a não ser que existam motivos relevantes para que seja descumprida. Acredita-se, ainda, que o direito a um ambiente saudável deve ser um objetivo específico dos empregadores, por estar intimamente ligado com a própria dignidade humana.

Perfilha-se o entendimento de que a liberdade sindical e de associação pode garantir que os empregados tenham uma maior força para pleitearem seus direitos junto aos empregadores. Além de adotar-se o entendimento de que o descanso semanal remunerado é essencial ao trabalho humano, devendo ser respeitado por estar ligado a questões de sanidade laboral e pessoal.

Entretanto, não se pode confundir os direitos fundamentais dos trabalhadores, elevados ao nível constitucional pela carta magna com os princípios materiais do direito do trabalho que visam à propiciar condições aos juízes laborais para que decidam os casos concretos.

Em melhores termos, adota-se a visão de que os direitos laborais mantém patamar constitucional, mas afasta-se da ideia de que os princípios acima mencionados e que mantém cunho processual sejam considerados como princípios constitucionais.

Desta forma, caso se identifique dois direitos fundamentais em conflito em determinado caso concreto, haverá a necessidade de se promover a ponderação para se verificar qual princípio se sobreirá naquele caso concreto. Entretanto, no que diz respeito aos princípios fundamentais e os princípios laborais específicos (que são princípios meramente processuais já que visam a resolução da lide resistida), o primeiro manterá sempre proeminência em relação ao segundo, na medida em que a Constituição se nos revela arraigada em todos os ramos do direito, mas o contrário não prevalece.

Portanto, considera-se um argumento circular algo que se manifeste no sentido de que ‘os princípios trabalhistas são fundamentais na medida em que visam a defesa de direitos fundamentais’.

Desta forma, quando tratar-se dos princípios do direito do trabalho, dever-se-á atentar-se para não se permitir que o equívoco acima mencionado seja levado a termo, fundamentando possíveis decisões judiciais na seara laboral.

2.5 Crítica ao modelo dworkiniano: a questão da única resposta correta

Com efeito, o necessário consignar-se neste estudo que diversas são as críticas empreendidas contra a teoria desenvolvida por Dworkin, tendo como foco principal a questão da única resposta correta.

Dworkin erigiu a discussão acerca da tese da única resposta correta com o intuito de refutar o posicionamento positivista de que, nos *hard cases*, os juízes se valeriam de sua percepção pessoal para resolver os casos em que o simples processo de subsunção deixa de ser possível. Ele não aceita referida ideia apoiado por duas premissas que já foram ventiladas neste estudo, mas que devem ser, novamente, evocadas.

A primeira é a ideia de que as decisões devem ser menos originais possíveis quanto possível, pois conforme já argumentado, toda a condenação que imponha um dever que não existia antes dessa discussão coloca em xeque o próprio Estado Democrático de Direito.

O segundo argumento, por sua vez, complementando o primeiro, revela que no Estado Democrático de Direito, o Poder responsável pela normogênica deve ser o legislativo, o qual fora eleito pelo povo de forma democrática. Sob o véu dessa argumentação, revela-se que o Poder Judiciário deverá pautar-se primordialmente em argumentos de direito, deixando para a classe legislativa os argumentos políticos que revelariam os fins a serem alcançados quando da promulgação das leis.

De se notar que os argumentos de direito são guiados pelo trinômio justiça, devido processo legal e equidade, eivando-se, portanto, dos critérios de certa moralidade na qual a decisão judicial deve ser pautada²².

Alexy, entretanto, um dos críticos mais contumazes da tese da única resposta correta, fomenta sua teoria com base na teoria do discurso de Habermas, tratando, assim, a teoria da argumentação jurídica, como sendo um caso especial do discurso moral. (Atienza, 2014, p. 187)

²² Como exemplo verificar o caso *Spartan Steel & Alloys Ltd. Vs. Martin & Co.* do qual se dissertou neste trabalho em fls. 55.

Ainda segundo Atienza (2014 p. 190/191), a concepção de Habermas quanto ao discurso levaria os participantes da discussão, seguindo-se as regras inerentes ao discurso, a um consenso, resultado da submissão dos participantes ao peso das evidências:

Nos termos de – afirma MAcCarthy o discurso é essa forma ‘peculiarmente improvável’ de comunicação em que todos os participantes se submetem à ‘coação não coativa do melhor argumento’, com a finalidade de chegar a um acordo sobre a validade ou não validade das pretensões problemáticas. A suposição que esse acordo leva anexa é que ele representa um ‘consenso racional’, isto é, um consenso que é resultado não das peculiaridades dos participantes ou de sua situação, mas simplesmente de eles terem se submetido ao peso da evidência e da força da argumentação. O acordo é considerado válido não meramente ‘para nós’ (os participantes de fato), e sim ‘objetivamente’ válido, válido para todos os sujeitos racionais (como participantes potenciais).

A teoria do discurso habermasiana, impõe como regra a não coerção dos participantes do discurso e sistematiza o processo discursivo performático com o objetivo de se chegar a uma conclusão quanto a validade ou não das pretensões problemáticas, chegando-se a um acordo do qual os participantes não poderiam se esquivar, já que pautado na força do melhor argumento. Note-se, entretanto, que um discurso neste nível de sistematização só poderia ser concebido de forma ideal.

Neste mesmo sentido, a teoria proposta por Alexy (ATIENZA, 2014 p. 192 e seguintes), propõe uma série de regras, sistematizando um modelo com ideal que deveria ser empregado no âmbito das decisões judiciais. Nesta sistematização Alexy materializa regras do discurso prático geral e indica que o discurso jurídico seria um caso especial de discurso prático geral, inserindo elementos no modelo habermasiano para se acoplar ao caso especial.

Neste modelo Alexy (ATIENZA, 2014 p. 204) refere-se a dois tipos de justificação que encontram-se inseridas nas decisões judiciais.

A primeira, a justificação interna, é subdividida em duas formas distintas. A primeira, considerada simples, revela que uma decisão judicial deve (i) apresentar pelo menos uma norma universal e (ii) a decisão judicial deve ser seguida de, pelo menos, uma norma universal, junto com outras proposições.

Essa forma simplificada seria aplicável aos casos fáceis, no qual o processo de subsunção é perfeitamente empregável. Entretanto, os casos difíceis não podem ser compilados pelo submodelo descrito, motivo pelo qual é proposto o complemento. O modelo mais sofisticado proposto se ocuparia de apresentar diversos passos de

desenvolvimento, de maneira que a aplicação da norma ao caso se tornasse indiscutível. (ATIENZA, 2014, p. 205)

As regras de justificação externa, por sua vez, serviriam para justificar as premissas, sendo dividida por Alexy em três tipos:

A justificação externa, como já sabemos, se refere à justificação das premissas. Estas, para Alexy, podem ser de três tipos: regras de Direito positivo (cuja justificação consiste em mostrar a sua validade de acordo com os critérios do sistema); enunciados empíricos (que se justificam de acordo com os métodos das ciências empíricas, as máximas da presunção racional e as regras processuais da importância da prova); e um terceiro tipo de enunciados (que seria basicamente reformulações de normas), para cuja fundamentação é preciso recorrer à argumentação jurídica; concretamente, as formas e regras da justificação externa. (ATIENZA, 2014, p. 206/207)

Com efeito, as regras de interpretação apresentadas por Alexy com base na teoria do discurso habermasiana mantem a pretensão de correção. A ideia de correção, por sua vez, aproxima referido autor da tese da única resposta correta, na medida em que a proposta de sistematizar a teoria da argumentação jurídica traria como objetivo a eliminação de teratologias no discurso em questão.

Note-se que não se propõe que a teoria de Alexy é, ao lado da dworkiniana, uma teoria que se inclina em direção a uma única resposta correta; propõe-se, entretanto, que são trilhas opostas com um mesmo objetivo, já que se não houvesse a busca pela resposta correta, não haveria a necessidade de se fomentar uma teoria densa da magnitude proposta, bastando que os absurdos fossem coibidos e todas as demais respostas possíveis seriam acatadas na argumentação, o que de fato, se afasta da proposta de Alexy.

A questão decisiva aqui é que os respectivos participantes de um discurso jurídico, se suas afirmações e fundamentações hão de ter um sentido pleno, independentemente de se existir ou não uma única resposta correta, elevar a pretensão de que a sua resposta é a única correta. Isso significa que eles devem pressupor a única resposta correta como ideia reguladora. A ideia reguladora da única resposta correta não pressupõe que exista, para cada caso, uma única resposta correta. Só pressupõe que, em alguns casos, se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe em que casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar, em cada caso, a única resposta correta. (ATIENZA, 2014, p. 219 apud Alexy)

Revela-se, assim, que mesmo Alexy, efetivamente um dos maiores opositores da ideia da única resposta correta proposta por Dworkin admite que, em alguma medida, a

ideia da punica resposta correta pode servir, se não como um objetivo fático, como um elemento ligado à pretensão de correção à qual as leis e decisões judiciais devem buscar incessantemente.

Afastar-se da tese da única resposta correta, conforma mencionado acima seria permitir que o direito fosse inundado por argumentações jurídicas impróprias, as quais se afastariam, tão somente, do absurdo, do ilógico. Aceitando tais desígnios ao direito seria descer um degrau em relação ao absolutismo, na medida em que o fato de se afastar do trinômio da justiça, devido processo legal e equidade, repulsa também a ideia constitucional da necessária fundamentação das decisões judiciais (artigo 93 inciso IX da CFRB/1988).

Desta forma, considerando-se que o objetivo específico deste trabalho busca, justamente, a crítica as decisões judiciais no cenário laboral pela ausência de pretensão de correção com que vem se desenhando as decisões, seguir-se-á firmemente apoiado sobre a teoria dworkiniana até aqui rascunhada.

2.6 O Mínimo existencial e a justiça do trabalho: a era de Robin Hood

A lenda de Robin Hood ganhou o mundo ao apresentar a história de um foragido que, lutando contra a tirania de um rei que usurpava de seu poder cobrando impostos absolutos, conquistou fama e se tornou um ícone de justiça.

Reza a lenda que o herói, foragido por matar um homem, encontrou uma legião de foragidos que o elegeram chefe e que, assim como ele, resolveram se vingar do sistema que os oprimia, especialmente do rei, barões, abades e cavaleiros, os quais impunham aos pobres impostos pesados, aluguéis de terra ou multas injustas. Aos pobres, prometeram ajuda sempre que precisassem, devolvendo-lhes o bem que havia sido tirado injustamente.

De maneira que, naquele ano, cem ou mais companheiros elegeram-no chefe. E todos juraram que, de mesmo modo que haviam sido explorados, explorariam seus opressores, fossem barões, abades ou cavaleiros, e que cada um tomaria o que havia sido tirado dos pobres com impostos pesados, aluguéis da terra ou multas injustas. Mas aos pobres dariam ajuda sempre que dela necessitassem, devolvendo-lhes o bem que havia sido injustamente privados. Além disso, juraram nunca maltratar uma criança nem fazer mal a uma mulher, solteira, casada ou viúva. De sorte que, passado algum tempo, as pessoas começaram a compreender que o bando de Robin não os queria fazer mal e sempre contribuía tanto com dinheiro quanto com comida para minorar a situação das famílias pobres, na época de necessidades; começaram a elogiar Robin e seu bando alegre

e a contar muitas histórias sobre ele e suas façanhas nas floresta de Sherwood, passando a considera-lo um dos seus. (PYLE, 2011, p. 13)

Assim como na era de Robin Hood, parece crível aos olhos dos leigos em leis que essa forma de justiça social seria, de fato, sensata, na medida em que o ato de desapropriar os bens dos mais abastados e entregá-los aos menos, poderia se aproximar da justiça em alguma medida.

Entretanto, sob o enfoque mais simples da justiça, poder-se-ia colocar em dúvida a distribuição de rendas como proposta.

A lenda de Robin Hood propõe, entretanto, um ponto de partida que é narrado no próprio artigo acima transcolado: os reis e demais detentores de títulos nobres deturpavam o poder da coroa aplicando impostos pesados, alugueis a terras e multas injustas. O pano de fundo de todos estes atos praticados contra os mais desfavorecidos denota a ausência de razoabilidade, em melhores termos, a maneira injusta de impor penalidades aos mais pobres. Portanto, Robin não roubava da coroa e dos nobres pelo simples fato de uns terem mais do que os outros.

Neste sentido, ainda que de forma tímida, reconheceu-se que certa moralidade pública fora afrontada na atuação dos detentores de poder, o que legitimava a atuação de Robin Wood e seu bando.

A distinção é de importância. Mesmo em um conto infantil, que guarda a sua força, já que se propagou pela história literária, a legitimação da atuação dos que iam de encontro ao Estado dependia de certa moralidade que, ao ser aviltada, permitia o ataque às instituições.

O paralelo que se traça guarda a simplicidade elegante do conto: se não há ato injusto por parte dos detentores do poder ou dos meios de produção, a atuação dos exilados de Sherwood não teria justificativas e, por sua sorte, não se perpetraria no tempo.

Imagine, caro leitor, que o rei saqueado pelos comparsas de Robin fosse generoso, não cobrasse altos impostos, distribuísse a terra e não aplicasse multas injustas. Os saques e demais atos teriam o mesmo romantismo que o trecho acima citado revela?

Crê-se que não. De fato, a injustiça dos atos estatais estava intimamente ligada aos atos de Robin Wood.

Aumentando-se o paralelismo, seria correto que, na Justiça Laboral, uma empresa fosse condenada mesmo sem haver cometido qualquer ato ilícito? Seria crível acreditar que a empresa, agindo sob o ordenamento estatal e respeitando a legislação vigente fosse

condenada perante a justiça laboral? Não restaria afrontado, da mesma forma que no caso do rei generoso, alguma vertente da moralidade pública?

De fato, as decisões contrárias a certos parâmetros de moralidade comum podem ser comparadas aos atos de saque ao estado caridoso, causando a mesma repulsa quando vista sob o enfoque da moralidade narrada.

Poder-se-ia questionar, entretanto, se mesmo sob o enfoque da função distributiva do direito, o ato narrado a pouco como ausente de moralidade não poderia ser explicado e de alguma forma socialmente aceito. Haveria a necessidade, neste sentido, de trazer a referido argumento a dissertação acerca do mínimo existencial.

O mínimo existencial ou vital é conceituado como um conjunto mínimo de direitos subjetivos (ligados ao sujeito de direito), considerado mínimo para que o indivíduo possa viver em um padrão aceitável de dignidade. (LEÃO JUNIOR, 2014, p. 46)

O conceito apresentado aproxima com veemência o mínimo vital e a dignidade humana, sendo este último o princípio mais exaltado pelos Estados Democráticos de Direito e em especial pela CRFB/1988. Sem embargos, a Carta Magna revela que a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada à existência do próprio Estado.

Já no Preâmbulo Constitucional, verifica-se que sua promulgação tem como objetivos principais a defesa dos direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, igualdade, justiça:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O aclamado preâmbulo remete, portanto à dignidade humana como *telos* da existência constitucional pós-ditadura-militar. Mais especificamente, os artigos 1º inciso III, artigo 3º inciso III e IV, além do *caput* e diversos incisos do artigo 5º revelam a preocupação constitucional com aquele que se exalta como o princípio supremo.

Com razão.

Não se pode almejar uma sociedade justa, calcada no Estado Democrático de Direito sem que a Dignidade Humana seja o ponto de partida e de chegada dos atos estatais e de sua ausência.

A dignidade atua como força motriz e fio condutor da construção democrática na sociedade contemporânea; é uma conquista do homem e da sociedade; é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e do seu sistema jurídico. É ela que legitima as políticas públicas e dá validade aos comportamentos estatais, tornando-os aceitáveis dos pontos de vista social, político e jurídico.

Com o nascimento, o homem passa a ser titular da dignidade, que por sua vez, continua sendo construída no curso da vida.

A dignidade não é simplesmente obra projetada em um único ser humano, mas em absolutamente em todos, o que leva à conclusão de que, sem solidariedade, a dignidade passa a ser um ideal. (LEÃO JUNIOR, 2014, p. 47)

Reconhece-se, portanto, a força e magnitude de tal princípio, enviesado pela vontade constitucional e necessário para a almejada paz, quer seja dentro do território, quer seja na relação entre os territórios distintos. A dignidade humana, neste sentido, perpassa barreiras físicas, jurídicas e se vê intrincada na própria essência humana, como um elemento a ela ligado e da qual não se pode, nem se podem, despojar.

Portanto, ao voltar-se para a lenda de Robin Hood sob o enfoque do princípio constitucional da dignidade humana, verifica-se que, de fato, o personagem é o herói também desta história e não o aclamado Juiz Hércules, que constrói sua teoria calcada na lei, nos precedentes e na moralidade pública.

Constrói-se para desconstruir-se.

Conforme já mencionado neste trabalho, em diversas passagens a carta magna se preocupa com a propriedade privada, elegendo-a como um direito fundamental, intrincado no pétreo artigo 5º, especificamente em seu *caput*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito** à vida, à liberdade, à igualdade, **à segurança e à propriedade**, nos termos seguintes: (CFRB, 1988 – o original não ostenta grifos)

Ora, de se reforçar que o despojamento da propriedade privada deve ser embasada em um processo que tenha se valido do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório, outros princípios essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Desta forma, ainda que se considere romântica a atuação do judiciário laboral quando, apoiado em argumentos de política, condenam empresas ao pagamento de verbas mesmo sem identificar em seus atos a ilicitude do qual derivaria a sentença, afronta aos princípios constitucionais mencionados.

Se há – e há, diga-se de passagem – a necessidade de se implantar políticas de distribuição de rendas com o intuito de se reduzir as desigualdades sociais, a providencia em questão deve ser efetivada pelos Poderes Eleitos que representam a vontade parcelada da comunidade que os elegeu.

Primeiramente, pois esta forma de atuação parece mais justa do que aquele que escolhe algumas empresas que porventura venham a responder reclamações trabalhistas para realizar a distribuição de renda de forma pontual, já que se aproxima da equidade. Ainda neste argumento, não se estaria distribuindo renda, mas concentrado em uma pessoa (ou uma parcela de pessoas) a renda da qual se despojou ilegitimamente as empresas envolvidas no dissídio.

Em segundo lugar, pois os planos políticos de distribuição de rendas parecem mais favoráveis pela sua aplicação a médio e longo prazo do que aqueles que o façam de forma desmedida, levando empresas a ruína e colocando diversos outros empregados em situação de credores pelo desmantelamento das empresas.

Faz-se necessário, portanto, que o Estado seja claro nas relações trabalhistas e nas leis que as regem, com o intuito de se possibilitar que a legislação seja de fato cumprida.

Não se justifica a punição de empresas pelo prisma da justiça ou do Estado distributivo. Se assim o fosse, estar-se-ia legitimando ações de juízes que, ao alvedrio de sua função inicial que é aplicar o trinômio justiça, equidade e devido processo legal, estariam praticando políticas públicas sem a necessária chancela democrática: o voto.

Por tais motivos, a atuação do judiciário laboral que se aproxima com veemência das ações dos homens de Sherwood não podem ser justificadas pela justiça ou Estado distributivo, na medida em que o argumento de política deve se afastar do repertório de argumentações do Poder Judiciário. A cada ato tomado pela Justiça do Trabalho, a cada empresa que se condena sem ao referido processo legal, o judiciário se afasta a passos largos da função para o qual foi concebido pela constituição que, ainda que de forma idealizada, é a aplicação da justiça, a qual não se deve confundir com a justiça social, que é parte integrante dos problemas dos demais poderes estatais.

Rechace-se, ainda, a argumentação de que todo o caso que chegue ao judiciário, seja ele de simples subsunção ou um *hard case*, deve ser decidido, já que a argumentação

não se afasta da necessidade da decisão, mas procura, por seu lado, aproximar a decisão da argumentação razoável e do trinômio proposto por Dworkin, aniquilado em decisões injustas.

Desta forma, quando o Judiciário Laboral passar a se preocupar mais com a justiça nos moldes propostos pela Constituição e menos com a história infantil que lhe parece servir de guia, as decisões estarão mais próximas do ideal de justiça que deve guiar os atos estatais.

CAPÍTULO 3 – CASOS PRÁTICOS: A INTEGRIDADE AINDA NÃO É UM OBJETIVO

Neste capítulo serão analisados dois casos práticos que vem sendo veiculado no cenário judiciário laboral. Será efetivado, com tal intuito, o estudo de alguns julgados que merecem atenção no estudo que se desenvolve por estar, a *prima facie*, afrontando a integridade proposta por Dworkin e defendida neste trabalho.

O estudo em questão diz respeito a dois casos peculiares. No primeiro o Estado, na figura distinta de dois de seus Poderes, o Executivo e o Judiciário, manteve durante alguns anos entendimento díspar quanto à determinada matéria, o que ocasionou uma série de condenações pela aplicação da Súmula 437 do C. TST²³.

No segundo, serão analisadas as condenações de empresa ao pagamento de salários de funcionários que se encontram em situação de limbo previdenciário, uma situação que vem se tornando uma constante na atualidade.

A proposta é, concatenando-se toda a fundamentação até aqui fomentada, colocar à prova as decisões acerca do assunto, buscando-se a conclusão acerca da legitimidade das condenações que se desenham no que diz respeito à matéria.

A importância da dissertação se revela na medida em que a linha lógica desenvolvida poderá ser colocada à prova para se discutir a legitimidade de outros temas relevantes que se revelem necessários.

Assim, o objetivo é de se trilhar um caminho na busca pela resposta da legitimidade e se pontuar, ao final, no que resultaria, ao menos em tese, a ausência da legitimidade nas questões judiciais.

Neste derradeiro capítulo, será colocado em contraposição aos dois casos concretos que se analisam toda a carga argumentativa desenvolvida no trabalho que se finaliza, na tentativa de se verificar se as decisões postas a prova carecem de legitimidade, se são legítimas ou se se apoiam em um critério alheio aos próprios argumentos expostos.

3.1 A Súmula 437 do TST e a Portaria 042/2007 do MTE – Inconsistência integrativa

²³ Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 29/09/2016.

O resumo deste caso se revela em um dissenso ocorrido entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Demonstrar-se-á, neste caso, que a ausência da virtude da integridade poderá levar a uma insegurança jurídica que afeta sensivelmente os direitos dos envolvidos. Uma breve análise histórica, entretanto, poderá esclarecer com maior clareza os fatos atinentes antes de adentrar-se à dissertação quanto à legitimidade das decisões ao entorno do assunto.

O artigo 71 §3º da CLT determina que o intervalo intrajornada poderá ser parcialmente reduzido por ato do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio quando o estabelecimento atender integralmente as exigências concernentes à organização dos refeitórios e os empregados não estejam submetidos a regime de horas extras, conforme se observa:

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

(...)

§ 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

O Poder Executivo, até o ano de 2007, visitava as empresas que apresentassem requerimento para a redução parcial do intervalo intrajornada e verificava se as condições dos refeitórios estariam ou não em consonância com as exigências técnicas e se não havia regime de sobrejornada, autorizando ou negando a redução intervalar.

As Portarias expedidas pelo MTE antes de agosto de 2007 eram efetivadas de forma individualizada, publicando-se a autorização no diário oficial referindo que o estabelecimento estaria autorizado a realizar a mitigação do intervalo, ou seja, o Poder Executivo exarava uma Portaria específica para cada empresa materializando a autorização para a redução intervalar. A empresa autorizada estaria amparada legalmente, afastando-se a possibilidade de multas administrativas.

No ano de 1994 incluiu-se na CLT o §4º do artigo 71 que trouxe o dever do pagamento do intervalo intrajornada não fruído com o adicional mínimo de 50%. Observe-se o dispositivo:

§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 8.923, de 27.7.1994)

Desta forma, à partir da inclusão do referido dispositivo a inobservância do intervalo intrajornada ensejaria o pagamento do período correspondente com um acréscimo mínimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal.

A OJ-307 da SDI-1 do C. TST também sustentava o direito:

307. INTERVALO INTRAJORNADA (PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO). NÃO CONCESSÃO OU CONCESSÃO PARCIAL. LEI Nº 8.923/94(cancelada em decorrência da aglutinação ao item I da Súmula nº 437) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT). Histórico: Redação original – DJ 11.08.2003²⁴

A OJ-342 da SDI-1 do TST, por sua vez, sustentava a impossibilidade de negociação coletiva para a redução intervalar sob o argumento de que *“este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.”*

Assim, tem-se que: (i) o intervalo intrajornada somente poderia ser reduzido por ato do ministerial, quando preenchidos os requisitos do artigo 71 §3º da CLT; (ii) a ausência de intervalo ensejaria o pagamento do período com o adicional mínimo de 50% sobre as horas normais; (iii) a concessão total ou parcial do intervalo implicaria no pagamento total do intervalo com o adicional mínimo de 50% sobre as horas normais; (iv) inexistiria a possibilidade de redução intervalar embasada somente em negociação coletiva, ou seja, sem a autorização ministerial.

A Súmula 437 do TST publicada em setembro de 2012 aglutinou as referidas orientações jurisprudenciais, confirmando o entendimento do TST sobre o assunto.

Nesse ponto há de se realizar uma observação.

²⁴ Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Internet.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

O intervalo intrajornada não se trata de um direito indisponível na ampla acepção do termo, mas de um direito relativamente indisponível. Martins (2012 p. 599) assevera:

Apenas o Ministério do Trabalho é que pode reduzir o intervalo e não por meio de norma coletiva. A norma coletiva, ao estabelecer intervalo inferior ao legal ou suprimi-lo, atenta contra a previsão legal e não tem, portanto, valor. Não pode ser suprimido por negociação coletiva, pois a matéria não pode ser negociada quanto a direito indisponível do trabalhador, que não pode ser negociada pelo sindicato e não está na esfera de negociação do sindicato, por tratar-se de norma de ordem pública.

À norma coletiva é vedada a supressão ou a redução do intervalo, pois a concessão do intervalo contido no artigo 71 da CLT é norma de ordem pública, de saúde e de higiene do trabalho.

Entretanto, seria indisponível em seu sentido amplo se não houvesse a possibilidade de reduzi-lo, ainda que com a autorização ministerial, o que não é o caso, já que doutrina e jurisprudência afirmam a possibilidade de reduzi-lo.

Pode-se trazer como exemplo de direito indisponível a licença gestante, materializada no artigo 7º inciso XVIII da CRFB/1988. Note-se que não há qualquer permissiva legal ou súmula que sustente a possibilidade de se reduzir o período de cento e vinte dias determinado como interregno mínimo de afastamento. Neste caso, estamos diante de um direito amplamente indisponível, no qual não há qualquer permissiva para que o direito seja parcialmente reduzido.

Assim, verifica-se que sob tal prisma interpretativo o direito ao intervalo intrajornada se manifesta como um direito parcialmente indisponível. Sua disponibilidade relativa, conforme já mencionado, depende de autorização ministerial quando verificados os requisitos já mencionados.

Efetivada a necessária observação, há de se demonstrar a quebra da integridade.

A CRFB/1988 empreendeu aos Ministros de Estado, dentre outras prerrogativas, a de expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

Observe-se: a competência dos Ministros de Estado seria a de expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos. Portanto, é defeso ao Poder Executivo

passar dos limites impostos pela lei, ou mesmo tratar de questões não abrangidas por leis, sob pena de usurpação de função.

Nesse sentido, qual seria a função de tais instruções? Essa questão é nevrálgica.

A competência ministerial encontra os limites na lei e na ausência dela. Seu intuito é o de atuar de forma que a lei possa ser cumprida, tendo em vista que a legislação não está afeta a todos os detalhes da práxis a ela relativa.

No interior das fronteiras decorrentes da dicção legal é que pode vicejar a liberdade administrativa.

A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes laços, diz-se que há vinculação e, de conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.

Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito a cargo do administrador uma *certa esfera de liberdade*, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de determinação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei. (MELLO, 2013, p. 979-989)

Portanto, em breve síntese, pode-se ressaltar que os atos da Administração Pública devem se subjugar a tais desígnios.

Se, de um lado, a lei for tão clara que não há qualquer margem para interpretação, via de consequência, não haverá a necessidade de que a administração se manifeste quanto à sua melhor interpretação, já que a lei se faz clara.

Se, por outro lado, a lei não for clara e sua aplicação ao caso concreto depender de intervenção administrativa para que seja colocada em prática, então o Poder Executivo deverá fazê-lo.

No uso de suas atribuições o Ministério do Trabalho e Emprego, em 30 de agosto de 2007 publicou a Portaria 042/2007²⁵, que determinava os novos procedimentos relativos à concessão da autorização para a redução intervalar. Faz-se necessário que examinemos o teor da Portaria para coloca-la sob investigação:

O MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO, no uso da competência que lhe confere o *art. 87*, parágrafo único, incisos I e II da Constituição, resolve:

²⁵ Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P42_07.html>. Acesso em: 31 mai. 2016.

Art. 1º O intervalo para repouso ou alimentação de que trata o art. 71 da CLT poderá ser reduzido por convenção ou acordo coletivo de trabalho, devidamente aprovado em assembléia geral, desde que:

I - os empregados não estejam submetidos a regime de trabalho prorrogado; e

II - o estabelecimento empregador atenda às exigências concernentes à organização dos refeitórios e demais normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho.

Art. 2º A convenção ou acordo coletivo deverá conter cláusula que especifique as condições de repouso e alimentação que serão garantidas aos empregados, vedada a indenização ou supressão total do período.

Art. 3º A Fiscalização do Trabalho, a qualquer tempo, verificará in loco as condições em que o trabalho é exercido, principalmente sob o aspecto da segurança e saúde no trabalho e adotará as medidas legais pertinentes a cada situação encontrada.

Art. 4º O descumprimento das condições estabelecidas no art. 1º, bem como de quaisquer outras adicionais estabelecidas na convenção ou acordo coletivo, ensejará a suspensão da redução do intervalo até a devida regularização.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

O Ministério do Trabalho e Emprego, portanto, utilizando-se de suas atribuições constitucionais firmou-se no sentido de que (i) a redução intervalar poderia ser negociada junto ao Sindicato classista desde que os empregados não estivessem submetidos à regime de sobrejornada e o estabelecimento atendesse as exigências concernentes organização dos refeitórios e demais normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho; (ii) o acordo ou convenção coletiva deveriam trazer as especificações quanto ao repouso e alimentação garantidos aos obreiros; (iii) determinava que o descumprimento das determinações do item (i) ensejaria a suspensão da autorização até a regularização.

Necessário consignar-se, por fim, que pouco importa a dissertação acerca da legalidade ou ilegalidade da portaria 042/2007 do MTE. Em melhores termos, não importa se o instrumento ministerial ultrapassou os limites da atuação do órgão, na medida em que a Portaria não fora anulada pelo Poder Judiciário, mas revogada por motivos de conveniência pela Administração Pública.

Desta forma, a dissertação se limitará a investigar acerca dos efeitos da Portaria 042/2007 do MTE enquanto de sua vigência. Note-se que enquanto vigeu o instrumento em questão produziu efeitos jurídicos e representava manifestação do Poder Público, motivo pelo qual o foco da investigação deve ser este.

Qualquer coisa que fuja da discussão acerca dos efeitos da Portaria, ou seja, as discussões afetas à matéria do que as empresas deveriam, ou não haver feito para anular o ato ministerial, perpassa o objetivo deste trabalho, na medida em que, como será delineado,

os atos ministeriais mantém características que os eivam, ao menos em um primeiro momento, de presunções de veracidade que induzem o administrado à sua observância.

3.1.1 A Portaria 042/2007 e a moralidade coletiva

Conforme já mencionado, a Portaria 042/2007 inaugurou uma nova possibilidade de que a redução intervalar fosse efetivada: por intermédio da convenção ou do acordo coletivo.

De se notar que apesar de a Súmula 437 do TST se referir à impossibilidade de a redução intervalar ser efetivada por intermédio de acordo coletivo, não se pode esperar que o mesmo raciocínio jurídico seja aplicado ao caso em que o próprio Estado, na figura do MTE, assegurou às empresas que a redução dessa forma seria possível, já que o órgão estatal é o responsável direto pela autorização, conforme se denota do artigo 71 §3º da CLT.

Entretanto, mais importante do que a deliberação trazida pela Portaria, torna-se necessária a dissertação acerca da moralidade política que estava intrincada no posicionamento do órgão estatal.

Conforme mencionado, para que a redução fosse efetivada, haveria a necessidade de acordo coletivo autorizando a redução intervalar.

Nos termos do artigo 612 da CLT os sindicatos podem firmar acordos coletivos com deliberação de Assembleia Geral convocada especificamente para esse fim, estipulando-se, ainda, o quórum mínimo para a aprovação do acordo:

Art. 612 - Os Sindicatos só poderão celebrar Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, por deliberação de Assembleia Geral especialmente convocada para esse fim, consoante o disposto nos respectivos Estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade, se se tratar de Convenção, e dos interessados, no caso de Acôrdo, e, em segunda, de 1/3 (um têrço) dos mesmos. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Parágrafo único. O "quorum" de comparecimento e votação será de 1/8 (um oitavo) dos associados em segunda convocação, nas entidades sindicais que tenham mais de 5.000 (cinco mil) associados. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Neste sentido, o acordo coletivo que autorizou a redução intervalar passou pelo crivo dos representados, motivo pelo qual a dimensão moral coletiva fora, de alguma forma, envolvida no processo que autorizou a redução intervalar.

A receptividade do acordo se deu em face, principalmente, do fato de que a redução intervalar permitia que o obreiro deixasse o serviço com antecedência e na mesma proporção que o intervalo era mitigado. Ou seja: a redução de trinta minutos levava o obreiro a deixar o serviço com trinta minutos de antecedência.

A percepção de tal afirmação está intrincada no próprio artigo 71 §3º que denota que a autorização depende da inexistência de horas extras habituais. Assim, para que a redução seja legítima faz-se necessário que o limite de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais seja respeitado, o que leva à lógica de que a redução intervalar implicava em antecipação do horário de saída.

Deste primeiro argumento se poderiam valer para afirmar que inexistiu, neste sentido, danos ao obreiro. Ora, se o obreiro ao ser consultado, permitiu em assembleia que a redução fosse efetivada, estando assistido por sindicato classista, parece seguro afirmar que não haveria prejuízos latentes.

O argumento da moralidade pública, portanto, pode ser empregado no seguinte sentido: se o trabalhador consentiu com a redução intervalar por intermédio de assembleia sindical e se não se podem apontar prejuízos materiais à redução intervalar, então, não há ato ilícito na redução efetivada por acordo coletivo.

Entretanto, uma nova questão pode surgir: ultrapassando-se o limite da lei, o acordo não deveria ser considerado ilegal?

A resposta merece uma interpretação integrativa, à luz da vontade constitucional. O artigo 7º inciso XXVI denota que, além de outros direitos que visem à melhoria das condições sociais do obreiro, o reconhecimento aos acordos e convenções coletivas de trabalho. Portanto, o legislador constitucional, resolveu por erigir o direito ao reconhecimento dos instrumentos de negociação coletiva de trabalho como um direito constitucional e não meramente supra constitucional.

Ocorre que a história dos sindicatos em âmbito nacional 'aleija' o direito constitucional acima mencionado, na medida em que a criação dos sindicatos como entes pelegos revela que a defesa dos interesses da categoria representada eram relegados a segundo plano, fazendo-se prevalecer, por intermédio de entes interpostos [sindicatos pelegos] a vontade dos empregadores.

Estabelece-se, assim, a necessidade de que os instrumentos de negociação coletiva de trabalho fossem firmemente balizados pela legislação trabalhista²⁶. Entretanto, a história recente revela que o sindicalismo não permanece com as correntes que outrora lhe desprestigiaram com tamanha força.

Os movimentos sociais trabalhistas ganharam forças no Brasil de maneira que os acordos coletivos geram direitos superiores ao estipulado por lei, garantindo, ao obreiro, condições ainda mais benéficas de trabalho. Ademais, não se pode presumir que todos os sindicatos sejam pelegos e, sob tal justificativa, condenar as ações por ele fomentadas como sendo eivadas de má-fé, concebendo-a ilegítima desde os motivos pelos quais fora desenvolvida.

Aliás, o artigo 422 do Código Civil Brasileiro revela que ‘Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.’, denotando-se que a boa-fé é um princípio universal, cujo ponto diametralmente oposto, ou seja, a má-fé, deve ser sempre comprovada.

Desta forma, acusar os sindicatos de ainda manterem raízes pelegas não se sustenta, quando mais sob o argumento simplório e monocrático de que a história teria sido escrita dessa forma e o peso dela [a história] ainda seria o motivo único da repulsa aos movimentos sindicais e à legitimidade dos instrumentos por eles fomentados.

Nesse diapasão, há motivos mais fortes para se crer na legitimidade dos interesses dos dirigentes sindicais do que desconfiar dos mesmos pela simples retórica do peleguismo.

Delgado (2010, p. 1227), ao se posicionar quanto ao princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva revela que:

O princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva traduz a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho) têm real poder de criar norma jurídica (com qualidade, prerrogativas e efeitos próprios a estas), em harmonia com a atividade heterônoma estatal.

Observa-se, desta forma, que os instrumentos de negociação coletiva de trabalho criam normas entre as partes. Delgado chega a classificar as normas trabalhistas como

²⁶ Importante lembrar que, conforme já mencionado, o direito laboral é entendido por algumas correntes de estudiosos como um direito híbrido, no qual o Estado é parte atuante, não havendo a possibilidade de se negociar os direitos considerados indisponíveis. O motivo desta forma de perceber o direito laboral é, justamente, o excesso de normatização estatal no que diz respeito ao ramo em epígrafe.

sendo heterônomas, ou seja, aquelas impostas pelo Estado e autônomas, quais sejam as efetivadas mediante os instrumentos coletivos de negociação.

Trilhando a dissertação, pode-se concluir, ao menos por hora, que as negociações sindicais mantêm certo privilégio no cerne da própria legislação constitucional e infraconstitucional laboral.

A CLT fomenta, com maior veemência, a legitimidade das negociações coletivas. O artigo 619 da Consolidação revela que ‘Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito.’, o que significa dizer que mesmo em havendo acordo escrito, a cláusula que contrarie direito negociado coletivamente será declarada nula de pleno direito.

No mesmo compasso, a CLT estabelece os limites para a atuação coletiva, considerando nulas de pleno direito a disposição acordada que contrariar proibição ou norma disciplinadora econômico financeira do governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos, quando a cláusula também será declarada nula:

Art. 623. Será nula de pleno direito disposição de Convenção ou Acordo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a nulidade será declarada, de ofício ou mediante representação, pelo Ministro do Trabalho e Previdência Social, ou pela Justiça do Trabalho em processo submetido ao seu julgamento.

Esbarra, entretanto, a normatividade autônoma laboral, nos direitos que são, quase sempre, indisponíveis. Significa dizer que grande parte dos direitos garantidos aos trabalhadores não podem ser mitigados por intermédio de normas coletivas. Ocorre que, conforme já estudado, nem todos os direitos laborais são indisponíveis, ainda que quase sempre carreguem consigo este estigma.

O direito intervalar, conforme argumentos lançados no item anterior deste trabalho, pode ser considerado como um direito relativamente indisponível. A leitura da relatividade permite a aceção da condição de que a supressão total do intervalo não seria permitida, já que privaria o obreiro da necessária parada para descanso e refeição, ao passo que a redução do intervalo seria permitida, o que inclusive encontra sua permissiva no artigo 71 §3º da CLT.

Com efeito, considerando-se o direito ao intervalo como um direito parcialmente disponível e observando-o sob o enfoque da negociação coletiva, não seria antitético argumentar que a redução apoiada por norma coletiva poderia ser aceita dentro da lógica-jurídica brasileira. Primeiramente, pois a CFRB revela o direito ao reconhecimento dos instrumentos de negociação coletiva. Secundariamente, pois o direito é relativamente indisponível e, como terceiro argumento, pois a moralidade coletiva, quando consultada nos termos do artigo 612 da CLT, se posicionou no sentido de que a redução intervalar com a consequente saída antecipada do trabalho seria vantajosa à categoria.

Entretanto, a atividade jurisdicional fomentada pelas Súmulas e orientações jurisprudenciais se manifesta de forma contrária, utilizando-se um ‘precedente’ de modelo brasileiro que, aplicado de forma extensiva, procura abarcar casos que sequer foram decididos no instrumento sumular em que se apoiam.

3.1.2 O argumento da força, o precedente as avessas e a inaplicabilidade da Súmula 437 do TST

A conclusão do item anterior revela a possibilidade de que o intervalo seja reduzido por acordo coletivo, entendimento que esbarraria, ao menos a *prima facie*, no item II da Súmula 437 do C. TST, que materializa a impossibilidade de que o intervalo intrajornada seja reduzido por intermédio de negociação coletiva de trabalho nos seguintes termos:

Súmula nº 437 do TST
 INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E
 ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT
 (...)
 II - É 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 (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inofensivo à negociação coletiva.

O instrumento sumular é quase sempre apontado como argumento único nos casos de condenação ao pagamento do intervalo intrajornada parcialmente suprimido sob a égide da Portaria 042/2007 do MTE. O que chama a atenção é que em nenhum dos casos analisados para a consolidação do item em questão há a dissertação acerca do caso

específico em que o MTE autorizou de maneira genérica a redução intervalar por intermédio de negociação coletiva e condicionado à fiscalizações posteriores.

Sem embargos, nos itens indicados não há qualquer argumentação quanto à aplicabilidade do item II do verbete aos casos de redução sob a égide da Portaria Ministerial.

Em interpretação extensiva, a justiça laboral aplica o verbete aos casos, aliando à argumentação o fato de que o ente estatal não poderia se sobrepor à lei, motivo pelo qual a Portaria seria ilegítima e não traria qualquer efeito ao mundo das relações laborais, culminando na ilegalidade da redução intervalar neste período.

No item seguinte dissertar-se-á acerca dos pressupostos de validade que, por um lado levaram as empresas a acreditar na atuação ministerial e, por outro, constituem-se como boas razões para se afastar a condenação das empresas neste período. Não obstante, o que importa agora, é rechaçar a aplicação do Item II da Súmula 437 ao caso concreto, ponto do qual se poderá observar que a atuação da justiça laboral neste caso mantém justificativa interna viciosa, já que as decisões se baseiam tão somente nas próprias decisões ressaltando-se, em última instância, que são baseadas na própria força estatal, o que as afasta da exigibilidade de inexistência de coerção, conforme a teoria discursiva habermasiana.

De relance, cabe mencionar que Atienza (2014, *apud* Alexy, p. 196) ao estabelecer as regras do discurso, entabulou a necessidade de que para que se verifique a força do melhor argumento, inexistente a coerção, quer seja ela interna ou externa ao discurso.

A ausência de coerção aqui empregada faz-se necessária com o objetivo de se lançar o argumento de que (i) a decisão judicial não pode ser calcada no argumento de que, por ser ato do juiz-estado, estaria justificada por sua própria força interna e (ii) uma sequência de decisões no mesmo sentido não pode significar, necessariamente, que tais decisões sejam legítimas do ponto de vista jurídico e, principalmente, sob a ótica do trinômio 'justiça, equidade e devido processo legal' proposto por Dworkin.

Portanto, não se partirá do pressuposto que o juiz poderia fundamentar sua decisão no poder conferido a ele pelo Estado, da mesma forma que não se poderá aceitar que uma gama de decisões no mesmo sentido represente a moralidade política que se espera veicular em uma decisão judicial. Ambos os argumentos devem ser rechaçados, quer seja por serem participantes de uma base setorial dos governos ditatoriais, quer seja por serem manifestamente petições de princípio.

A questão, portanto, é: o item II da Súmula 437 serve de roupagem para as decisões relativas à redução intervalar quando da vigência da Portaria 042/2007?

Para responder a questão, faz-se necessário entender que os precedentes em *terrae brasiliis* guardam grande disparidade com os precedentes da tradição da *common law*, disparidades essas que sustentam o argumento de que o modelo empregado no Brasil inaugura uma nova modalidade de precedentes baseada no proselitismo imperativo-judicial que aqui impera.

É comum a argumentação, mesmo em cenário acadêmico, de que uma sequência de decisões análogas consignariam precedentes e guiarão as decisões judiciais daí à frente. Ou ainda, presencia-se com certa habitualidade o emprego do termo precedente às Súmulas emanadas pelo Poder Judiciário pátrio.

Entretanto, o modelo brasileiro se afasta a passos largos do modelo dos precedentes da tradição insular. Naquele modelo, os precedentes não são pensados para resolver questões futuras. Aliás, as decisões que podem servir de precedente aos casos futuros sequer são concatenadas com esse objetivo.

Não obstante, a tradição anglo-saxã determina que na existência de um precedente, os casos futuros que possam ser decididos com o emprego da mesma *ratio decidendi*, assim o sejam. Em melhores termos: ao se identificar um precedente os casos futuros que se assemelhem juridicamente e que possam ser decididos sob o enfoque da mesma razão de decidir, deverão ser decididos empregando-a.

Os atores que atuam no cenário jurídico que se montou ao entorno do caso terão que investigar os casos similares do passado e verificar se algum deles trará em seu bojo uma razão suficientemente forte e universal que os conduzirá ou não a aplicá-la no caso sob análise. O precedente, neste sentido, tem uma expressão anafórica, já que os atores se lançam ao passado para desvelar os precedentes que se petrificaram na história jurídica de sua comunidade.

Localizado um caso em que a argumentação jurídica seja relevante, inicia-se a secção entre o que é essencial e o que é descartável naquela decisão, ou seja, passa-se a separar a *ratio decidendi* da *obiter dictum*. A primeira constitui o fundamento que deverá lançar-se em outros casos. A segundo as opiniões jurídicas que, apesar de lançadas na decisão, não tem a força vinculativa da *ratio*.

O precedente possui uma *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está nem na constituição, nem na lei, e, sim, na

tradição. Para a vinculação, a matéria (o caso) deve ser similar. A aplicação não se dá automaticamente. Nesse sistema, sempre cabe examinar se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão somente o *dictum*. (STRECK, 2013, p. 30)
 (...)

No Brasil, a fórmula é diferente. Aqui, os precedentes ganham contornos diversos e, em determinado momento, são publicados pelo Poder Judiciário sob a alcunha de Súmula. A diferença inicial é que, afastando-se dos precedentes da tradição insular, as Súmulas são concebidas almejando a aplicação aos casos futuros, o que as equipara à própria lei em certos aspectos.

Tudo isso pode ser resumido no seguinte enunciado: precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas (ou ementários em geral, coisa muito comum em *terrae brasiliis*), ao contrário, são enunciados “gerais e abstratos” – características presentes na lei – que são editadas visando a “solução dos casos futuros”. (STRECK, 2013, p. 30)

Outro ponto nevrálgico que separa a tradição insular dos precedentes e os precedentes ‘à moda da casa’, constitui parte central deste item. Ao analisarem-se os casos similares, o ator jurídico que esta analisando o caso passa ao exame das circunstâncias particulares que poderiam afastar a aplicação do precedente, lançando mão de dois instrumentos para tanto. (STRECK, 2013, p. 40)

Constatada a necessidade de se afastar do precedente, o ator assumirá toda a carga argumentativa para fazê-lo, lançando mão dos dois instrumentos que lhe concedem a prerrogativa de tal, quais sejam o *overruling* e o *distinguish*.

De forma simplificada pode-se asseverar que o *overruling* é o afastamento do precedente pela superação do senso de justiça que ele trazia consigo, o que pode surgir da evolução social, abandonando-se aquele precedente. O *distinguish*, por sua vez, consiste na identificação de peculiaridades que afastam o caso concreto do precedente que lhe seria pertinente, sem, no entanto, incorrer em abandono do precedente.

Este cuidado é poucas vezes é adotado no caso dos precedentes ‘à moda da casa’. A Aplicação da Súmula 437 do TST ao caso da Portaria 042/2007 pode demonstrar essa celeuma, caracterizada pela tentativa de apropriação de um instituto alienígena ao direito brasileiro de forma incompleta, ou seja, sem os instrumentos que fazem da tradição anglo-saxã um modelo distinto.

3.1.2.1 *Distinguish* – Reforçando-se a inaplicabilidade da Súmula

Antes de se adentrar ao método, necessário consignar-se que, para o exercício em questão, a Súmula será considerada como um típico precedente da tradição insular, considerando-a, ainda, a *ratio decidendi* da decisão que se amolda aplicável ao caso com força de precedente. Esta possibilidade faz-se necessária tendo em vista que a incipiente invasão do direito insular na práxis jurídica brasileira não fora acompanhada dos instrumentos pertinentes a se afastar a aplicação automática das Súmulas ao caso concreto.

Vale dizer: a recente virada insular do direito brasileiro ainda não revela quais seriam os instrumentos a impedir que, por exemplo, todos os casos que tenham como matéria a redução intervalar sejam decididos indistintamente com base na Súmula 437 do TST, já que as peculiaridades de alguns casos podem afastar a aplicação do referido ‘precedente’.

Pensar de maneira adversa, ou seja, admitir que todos os casos devam ser resolvidos com base no instrumento em questão é alçar a Súmula ao patamar acima da lei, na medida em que até a legislação por vezes é relativizada em casos concretos²⁷.

Conforme mencionado, o *distinguish* se trata de um instrumento próprio do modelo *common law* que tem por objetivo afastar a incidência de determinado precedente ao caso concreto sem, no entanto, abandonar o precedente. Pode ocorrer de duas formas distintas, quais sejam (i) a criação de uma exceção à norma veiculada pelo precedente – *direct exception* – ou (ii) estabelecer uma interpretação restritiva desta norma, com o fim de excluir as consequências de sua aplicação a outros fatos que não os expressamente compreendidos na hipótese de incidência – *indirect exception* ou *circumvention*. (BUSTAMANTE, 2012, p. 470)

Ambas as modalidades culminariam na decisão de não aplicar o precedente, motivo pelo qual se poderia pensar que pouco importa qual dos sois seria o aplicado. Entretanto, justamente pela necessidade de sua aplicação, há de se conhecer, ainda que de forma superficial, as diferenças básicas entre os dois seguimentos deste mesmo instrumento.

Invertendo-se a ordem exposta, iniciaremos pela *indirect exception*, tendo em vista que parece mais crível que a primeira opção, que será aprofundada, guarda maiores

²⁷ Tome-se como exemplo o caso do estupro presumido julgado no STF e citado no primeiro capítulo deste trabalho.

elementos para se colocar em dúvida a aplicação do precedente em estudo ao caso concreto.

A instrumentalização da exceção indireta se dá por intermédio do argumento a contrario. Nesta modalidade, não é necessário se criar uma exceção à regra, na medida em que a interpretação se dá de maneira restrita, o que leva à ausência de subsunção ao caso, já que somente haveria a possibilidade de aplicação do precedente ao caso idêntico ao modelo.

Bustamante (2012, p. 489), *apud* Renteria Diaz, clarifica o uso com um exemplo que resume em que casos seria possível a utilização do *distinguish* na modalidade exceção indireta.

Um exemplo pode ser esclarecedor: de uma norma como “todos os ladrões devem sofrer uma condenação”, conjugada com a asserção de que “Shulze não é um ladrão”, não podemos inferir que “Shulze não deve sofrer uma condenação”. Como explica Renteria Diaz [1977:321], “na conclusão existe algo que não existe nas premissas”.

O exemplo em questão demonstra que a conclusão não pode ser considerada como advinda logicamente das premissas. Ora, a modificação da premissa maior traria certo conforto interpretativo. Modifique, no texto acima, caro leitor, a premissa maior pela sentença “Somente os ladrões devem sofrer condenação”. Neste caso, há a condição necessária para a conclusão lógica, o que não havia no primeiro caso.

Tratava-se, no exemplo original, de uma forma falaciosa de se empregar o argumento a contrario, na medida em que a premissa não poderia abarcar todos os casos, como se fez no exemplo modificado que limitou que ‘somente os ladrões ‘ deveriam sofrer condenação. Desta forma, para que se empregue esta modalidade, há a necessidade de se trabalhar com premissas lógicas válidas, sob pena de o argumento carecer de qualquer valor. No raciocínio jurídico o argumento a contrario só tem valor se houver uma relação de replicação ou de equivalência entre suas hipóteses e consequências. (BUSTAMANTE, 2012, p. 491/494)

Pelo exposto, o emprego desta modalidade ao caso da Súmula 437 do TST e a Portaria 042/2007 do MTE não se afigura como desejável, na medida em que a condição de replicação ou equivalência esbarra no próprio caráter generalista adotado pelo texto sumular. Ou seja, o emprego do texto “*É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada (...)*”, poderia ensejar a ideia de que a cláusula sempre seria inválida, o que não pode ser

considerado verdadeiro, já que nos casos em que há autorização ministerial adequada e o instrumento de negociação coletiva é mera repetição da decisão ministerial, a cláusula não seria inválida.

Portanto, o argumento a contrario não se mostra como o mais adequado, pelo que se passará ao modelo da exceção direta.

Nesta modalidade de *distinguish* emprega-se a redução teleológica. A exceção direta, exsurge da necessidade de se excepcionar a aplicação do precedente ao caso concreto, pois sua aplicação se apresenta como injusta, por excessivamente geral. Neste sentido, por razões de equidade e justiça, surge a necessidade de revisão do conteúdo do precedente relativamente àquele caso, sem que, no entanto, o precedente perca sua força. No caso concreto, a aplicação dessa modalidade torna-se necessária, pois a aplicação do precedente contrariaria os fins que justificam sua aplicação. (Bustamante, 2012, p. 474)

Com efeito, os precedentes, conforme mencionado, carregam consigo elementos essenciais da decisão, a *ratio decidendi* e os elementos que, apesar de inseridos na argumentação, não podem ser considerados como cerne decisório, argumentos esses chamados de *obiter dictum*. Nos casos em que as razões de decidir provocam uma subversão da ordem posta ao ser aplicado ao caso concreto, surge a necessidade de se excepcionar o uso do precedente ao caso.

Significa dizer que em alguns casos a aplicação do precedente afrontaria a própria essência do direito, sendo que, se aplicado ao caso concreto, a justiça e a equidade se afastariam da decisão, ao invés de se aproximar dela.

Assim, o resultado da aplicação da norma veiculada pelo precedente (*ratio decidendi*), seria tão maléfico à própria ideia do direito, que faria a decisão se afastar desses elementos que justificam o modelo de precedentes.

A descoberta dessas exceções é tarefa do intérprete, que parte da análise das prescrições normativas e do contexto em que elas foram elaboradas e do contexto em que elas foram elaboradas com o fim de chegar à *ratio* para a qual a norma foi construída. Não há qualquer que seja o sistema jurídico em exame, um montante finito de informações que garanta, em termos absolutos, a verdade de descrições hipotético-normativas de situações e suas consequências jurídicas [Hage 1997:84]. Daí a aplicabilidade de uma norma jurídica não garantir sua efetiva aplicação, haja vista que há certas incidências excepcionais de regras jurídicas em que sua aplicação viola a Constituição, apesar de, nos casos normais, não se cogitar qualquer incompatibilidade com a lei superior [Borges 199: 100]. (BUSTAMANTE, 2012, p. 477)

O rompimento com as características racionais do precedente se dá com a colisão intrínseca dos princípios que sustentam a *ratio decidendi* com os princípios juridicamente reconhecidos e consolidados. Assim, quando a aplicação do precedente interferir excessivamente nos princípios reconhecidos pela comunidade jurídica como sendo de importância latente, será possível criar uma norma de exceção à regra, mantendo-se vivo o precedente, mas afastando-o daqueles casos que fomentaram essa instabilidade. Por isso, a exceção é direta, já que exclui do âmbito daquele caso a aplicação do precedente.

A diferença entre ambos os modelos de *distinguish*, ou seja, a modalidade de exceção indireta e exceção direta é que no primeiro a não aplicação do precedente se baseia no fato de que o precedente não pode ser aplicado na medida em que o caso narrado não se encontra previsto naquele precedente, aceitando-se que se o legislador – juízes no caso da *common law* – não se manifestaram acerca daquele caso, não foi mero acaso, mas houve a intenção de excluir do âmbito daquele precedente sua aplicação ao caso excepcionado. No segundo no segundo tipo de *distinguish*, apesar de se encontrar prevista a aplicação de determinado precedente ao caso concreto, sua aplicação causaria uma instabilidade intrínseca ao próprio modelo, motivo pelo qual se faz necessário afastar a incidência do precedente.

A aplicação da Súmula 437 do TST merece ser vista sob o prisma da exceção direta.

Algumas questões podem ser arguidas para se pensar no modelo de justiça, partindo-se do pressuposto que a injustiça é algo que se revela intragável mesmo à primeira vista. Observem-se algumas questões que podem ser postas:

- ✓ Há dano no caso concreto?
- ✓ O dano é real ou presumido (potencial)?
- ✓ Pode ser apontada a má-fé por parte da empresa?
- ✓ Há concordância das partes interessadas quanto à redução intervalar?
- ✓ Existem fatores estatais que contribuíram para a falta apontada?
- ✓ A condenação da empresa poderia colocar em dúvida, de alguma forma, os órgãos estatais responsáveis pela fiscalização em âmbito trabalhista?
- ✓ A decisão afrontaria, de alguma maneira, a virtude da integridade?
- ✓ Seria justo que o Estado condenasse determinada empresa por cumprir as ordens que ele próprio expediu?

- ✓ A decisão afrontaria os critérios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, devido processo legal, equidade, justiça ou outro reconhecido pela comunidade jurídica ou pela ordem constitucional?

A resposta à primeira e segunda questões é essencial às demais. No caso em questão o dano é potencial, já que se a redução intervalar pudesse, de alguma forma, gerar dano real ao obreiro, a CLT não poderia haver instituído a possibilidade de redução. Conforme já mencionado, o direito ao intervalo não se revela um direito absoluto na ampla acepção do termo, motivo pelo qual não há que se falar em dano real, mas tão somente presumido.

Um exemplo de dano real: o obreiro que, apesar de laborar incessantemente por horas extraordinárias, não recebe pelas horas laboradas. Neste caso, o dano é real, na medida em que o obreiro de ativou em horas suplementares que lhe dariam o direito à suplementação salarial, o que lhe foi furtado. No caso da Portaria, não se pode aproximar a argumentação do dano real, a não ser que se estivesse dissertando acerca de casos de extinção completa do intervalo, o que não é o caso. Assim, a primeira e segunda questões seriam respondidas no sentido de que inexistente dano real.

Quanto à má-fé, conforme se verá no item porvir, os atos estatais são eivados de pressupostos que lhe permitem a aplicação imediata, sem a intervenção judiciária, denotando-se que a empresa que siga mandamento estatal, ao menos a *prima facie*, age de boa-fé. Não bastasse, conforme já mencionado, a má-fé não pode ser presumida, motivo pelo qual, diante da ausência de provas, a boa-fé reina.

A concordância das partes interessadas também é um indício de que inexistente má-fé. Mais que isso, entretanto, comprova a ausência de danos aos obreiros. Ora, se houvesse dano real, presume-se que a proposta de redução intervalar não seria aprovada em assembleia de trabalhadores. Mais uma vez, argumentar em sentido contrário, seria presumir má-fé e até mesmo ato ilícito por parte dos atores sindicais e as empresas.

Não menos importante é a existência de fatores estatais. Se o Estado na figura do MTE, órgão responsável pela fiscalização laboral, exarou Portaria no sentido de que o acordo coletivo seria viável e legítimo, atuou de forma direta quanto aos fatos. A intervenção estatal reforça a inexistência de má-fé por parte dos administrados e enrobustece a ideia de que não houve dano real, mas tão somente presumido.

A sequência lógica é que, havendo intervenção estatal (Portaria), em determinado sentido, os julgados que contrariem a ideia veiculada pela Portaria colocariam em

descrédito o Estado que, apesar de cingido por motivos orgânicos, mantém Poder indivisível.

Novamente se socorrendo da lógica, e a ideia de integridade aqui fomentada, os julgados que aplicam a Súmula 437 do TST de forma automática, a ideia de integridade seria esmigalhada, já que o Estado estaria se afastando de sua própria atuação, ainda que mediante atuação de órgãos distintos, motivo pelo qual a decisão se afasta a passos largos da justiça.

Quanto à última questão, a decisão apoiada pela Súmula 437 do TST nos casos de redução intervalar nos moldes da Portaria 042/2007 do MTE se afasta de alguns bens tutelados e reconhecidos pela comunidade jurídica, na medida em que não seria razoável, a condenação das empresas diante de todo o exposto.

A equidade também se esvai na medida em que a condenação da empresa que seguiu Portaria Ministerial da mesma forma que empresas que, de fato, reduziram o intervalo por conta e risco, sem qualquer instrumento coletivo ou consulta aos obreiros faz com que a decisão careça irremediavelmente de equidade.

A mesma argumentação poderia afastar a incidência da proporcionalidade, já que não é proporcional que aquele que reduziu o intervalo mediante acordo coletivo e seguindo normas estatais tenha que quitar o intervalo na mesma proporção que aquele que, conscientemente, se furtou de aplicar o entendimento do MTE.

Conclui-se, assim, que o item II da Súmula 437 do TST deve ser afastado do caso concreto por gerar a instabilidade do sistema jurídico no momento em que afronta uma série de institutos reconhecidos pela comunidade jurídica. O *distinguish* no modelo de *direct exception* é o instrumento para tanto.

Vale ressaltar, por fim, que a conclusão parcial não corre no sentido de que a redução intervalar seria válida. A validade ou invalidade será tratada à frente. O que se conclui neste momento é que a argumentação que trata o item II da Súmula 437 do TST ao caso da redução intervalar nos termos da Portaria 042/2007 do MTE não pode prosperar diante da necessidade indelével de aplicação do *distinguish*.

3.1.3 Os motivos determinantes: porque se levou o MTE à sério?

A questão posta trata do seguinte questionamento: o que levou as empresas a acreditarem no MTE no que diz respeito à Portaria 042/2007 daquele órgão?

Poder-se-ia questionar, ademais, acerca da faculdade de se reduzir ou não o intervalo, ou seja, que a escolha da redução teria gerado o dever de indenizar, já que a escolha não foi correta. Primeiramente, haveria a necessidade de se desconsiderar tudo o que fora escrito no item anterior para se concordar com tal argumento. Em segundo lugar, haveria a necessidade de se desconsiderar o princípio da legalidade que garante ao particular fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, o que não se revela crível no campo jurídico.

Assim, faz-se necessária a dissertação acerca dos limites de atuação do Ministério do Trabalho e Emprego, para verificar-se se ele ultrapassou os limites impostos pela própria lei e se a redução intervalar nos termos da Portaria 042/2007 poderia ser considerada ilegal *a prima facie*. Para tanto, lembre-se que o artigo 71 §3º da CLT denota que:

§ 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

Uma primeira interpretação poderia conduzir à ideia de que haveria a necessidade de que a verificação do estabelecimento deveria ser anterior, tendo em vista que ‘o limite de uma hora para repouso poderá ser concedido (...) se verificar’, o que representaria a necessidade de anterioridade da fiscalização. Frise-se, por relance, que essa interpretação é pautada nos princípios específicos do direito do trabalho, mas que, conforme será delineado, deixa de considerar os princípios constitucionais da parte adversa.

Uma forma de interpretação, que se poderia classificar como gramatical – já que busca a essência da lei por intermédio da análise gramatical –, ensinaria que o emprego do verbo ‘verificar’ no seu infinitivo impessoal representaria o uso genérico do verbo, o que realçaria a ideia imprecisa de que o estabelecimento fosse, de fato, previamente, verificado. Isso, pois se quisesse impor referida condição, deveria ter empregado o verbo no seu infinitivo pessoal, substituindo ‘se verificar’ por ‘verificando’, posto que o emprego do verbo no gerúndio representaria uma ação obrigatória que afastaria a vagueza do infinitivo impessoal. O texto, assim, ficaria mais preciso, na medida em que ‘o MTE verificando que o estabelecimento (...)’ demarcaria a ideia fomentada no parágrafo anterior. Portanto, sob tal prisma, a fiscalização não necessitaria ser prévia.

Entretanto, a discussão de qual seria a intenção do legislador esbarra na ideia de que a sociedade encontra-se em constante evolução e a interpretação das leis deve caminhar ao lado da sociedade que regulamenta, sob pena de se tornar obsoleta a cada interregno.

Portanto, faz-se necessário que se aplique outro método para se entender, de fato, se haveria a necessidade da análise prévia do local e condições para que a autorização para a redução intervalar fosse concedida, ou se a fiscalização posterior, conforme materializado na Portaria 042/2007, seria juridicamente aceitável e mais bem adaptada aos capítulos anteriores do romance que vinha sendo escrito.

Para tanto, faz-se necessário que se resgate alguns conceitos constitucionais que, já que ainda não trouxemos à baila, oportuno evocarmos neste momento.

Os atos exarados pelo Poder Executivo devem obedecer aos princípios constitucionais, dentre os quais destacamos o princípio da legalidade. Referido princípio encontra-se materializado em dois momentos (no mínimo), na CFRB/1988.

Sua primeira aparição é encontrada no artigo 37 *caput* da CFRB/1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Exsurge, ainda, no artigo 84 inciso IV, firmando que compete ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para o fiel cumprimento das leis:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Desta forma, denota-se que os decretos expedidos pelos órgãos da Administração Pública (Poder Executivo), devem se limitar a tornar a lei abstrata um ente aplicável ao fato concreto, tendo em vista que a própria abstração da letra legal, por vezes, torna volátil sua aplicação à práxis estatal.

Nesta vereda, inabalável a ideia de que os regulamentos, decretos e outros atos do Poder Executivo, no modelo constitucional adotado no Brasil, devem se manter fiéis à lei, seguindo na sutil linha que lhe é imposta pela própria legislação.

Nos dois versículos mencionados estampa-se, pois, e com inobjetável clareza, que a administração é atividade subalterna à lei; que se subjugava inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão somente de fazer cumprir a lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o direito brasileiro. (MELLO, 2014, p. 106)

Deste limite é dependente o Estado de Direito, que ao se levantar de abusos cometidos historicamente pelo Poder Executivo, ressalta a necessidade de que o poder de legislar esteja sob a égide do povo, ainda que sob a forma da representatividade indireta adotada em terra tupiniquim.

Tem-se até o momento que (i) segundo o artigo 87 inciso II da CF/1988, caberá aos Ministros de Estado expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; (ii) nos termos do artigo 84 inciso IV da CF/1988, é de competência do Presidente da República expedir decretos e regulamentos para o fiel cumprimento das leis; (iii) todos os atos do poder executivo deverão se guiar pelo princípio da legalidade, do qual se abstrai que referidos atos devem ser integralmente atrelados à lei.

As duas primeiras questões são, *prima facie*, preenchidas pela Portaria 042/2007, na medida em que fora exarada e publicada por órgão competente na matéria, segundo o próprio artigo 71 § 3º da CLT, qual seja, o Ministério do Trabalho e Emprego, que cumpre, nestes atos, por delegação do Presidente da República, o papel de expedir atos para o fiel cumprimento das leis. Entretanto, a questão da legalidade é que deve ser considerada para se verificar se houve ou não usurpação do Poder Executivo na expedição do instrumento ministerial.

Segundo Mello (2014, p. 106) a função do ato administrativo somente poderia ser o de agregar concreção à lei, nunca instaurar qualquer cerceio a direito de terceiros. Entendemos que a Portaria 042/2007 não se enveredou por este caminho.

Em primeiro lugar, pois não se pode crer que o coletivo de obreiros a ser atingido pela redução intervalar não mantém um direito concreto de que a visita a autorizar a redução intervalar seja anterior, já que não se extrai qualquer direito material de tal formalismo. O direito em si está na proibição da redução intervalar no caso de o estabelecimento não atender as exigências quanto à organização dos refeitórios e na existência de regime de horas suplementares. Se as condições seriam averiguadas anteriormente ou posteriormente se trata de mera formalidade.

A assertiva acima ganha forças na medida em que, ainda, que houvesse portaria autorizando a redução intervalar expedida após averiguação anterior e *in locu* dos requisitos, caso se verificasse quando de fiscalização trabalhista ou em processo judicial que o obreiro estava sendo submetido à horas extras suplementares, de nada adiantaria a autorização, a qual restaria desnaturada, já que as condições são legalmente impostas. Dessa forma, porque haveria de ser anterior a fiscalização, já que os fatos que a desnaturariam (as horas extras, por exemplo), seriam posteriores à averiguação?

A questão é retórica e tem o condão de nos revelar que faz menos sentido que a lei exija que a averiguação seja feita anteriormente do que posteriormente à própria autorização.

Note-se, ainda, que nos termos propostos por Mello (*idem*), a adoção de tal medida teria o condão de oferecer maior concreção à lei, mesmo porque é pouco provável que os auditores em atividade poderiam dar conta da demanda²⁸. Portanto, se o objetivo das normas exaradas pelo Executivo é o de empreender maior concreção à lei, nada mais razoável que ele próprio defina se os requisitos deveriam ser verificados com anterioridade ou se se poderia verifica-los nas próprias auditorias daquele órgão.

O segundo ponto que se revela de importância ímpar é o fato de que a própria CFRB/1988 aponta os instrumentos de negociação coletiva uma importância relevante. O artigo 7º inciso XXVI da Carta Magna revela que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais o reconhecimento dos acordos e das convenções coletivas:

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

(...)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

Nesse sentido, a própria CFRB empreendeu aos instrumentos de negociação coletiva força constitucional, denotando-se que devem ser reconhecidas por todos, inclusive pelo Estado.

Relembre-se que a Portaria 042/2007 do MTE materializava a necessidade de instrumento de negociação coletiva para a redução intervalar, especificamente nos artigos 1º e 2º. Desta forma, parece razoável que, considerando-se a força dos instrumentos de

²⁸ Disponível em: <<http://www.jornaldebrasil.com.br/concursos-e-carreiras/concursos/707/mte-servidores-farao-greve-por-concurso-de-auditor/>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

negociação coletiva materializados por nossa Carta Política, o Estado estaria reconhecendo sua força.

Os que repulsam tal argumentação asseveram que os instrumentos de negociação coletiva não podem ir de encontro à lei, sendo que ao ultrapassar os limites legalmente impostos, deveria ser considerado nulo. De fato a referida argumentação faz sentido sendo necessário ponderar-se, apenas, que se faz necessário que voltem-se aos parágrafos anteriores e se pontue, de fato, se a interpretação dada ao §3º do artigo 71 da CLT no sentido de que a fiscalização deveria ser anterior à autorização faz mais sentido do que a argumentação em sentido contrário.

Mas e o Romance em Cadeia; e a Integridade, o que dizem?

3.1.4 Romance em cadeia e integridade – A Portaria 042/2007 do MTE colocada à prova

Inicialmente, dissertou-se sobre a integridade. No estudo desenvolvido asseverou-se que o Estado detém um poder uno que se divide organicamente para fins operacionais e para que se possa levar a termo a teoria dos pesos e contrapesos. Entretanto, o Poder Estado não deixa de ser, ele próprio, indivisível.

Neste sentido, o próprio fato de o MTE haver materializado em sua Portaria a possibilidade de que a redução intervalar fosse efetivada mediante acordo coletivo, determinando-se, ainda, que nas fiscalizações seriam averiguados se os requisitos legais estavam sendo observados é, manifestamente, a interpretação dada pelo Estado naquele determinado momento.

Ainda que se defenda que o Poder Judiciário é independente dos demais poderes, motivo pelo qual poderia ele próprio manter um entendimento díspar em relação aos demais quanto a determinada matéria, não se pode fugir do fato de que o Estado mantinha, quanto a determinado assunto, entendimentos distintos e que, posteriormente, levou a uma série de reclamações trabalhistas dilapidando o patrimônio empresarial.

Ora, ainda que se defenda esta possibilidade, não se pode apartar do fato de que o próprio Estado, ente que deveria buscar a segurança jurídica como um princípio atinente ao Estado Democrático de Direito, se postou de forma a fomentar com maior veemência a insegurança dos administrados.

Sob tal prisma, o Poder Judiciário, ainda que contrário ao seu próprio entendimento deveria se manter cauteloso quanto à matéria. Entretanto, conforme já mencionado, não foi isso que ocorreu.

As argumentações do Poder Judiciário quanto à matéria se manifestam no sentido de que pouco importaria se o MTE teria ou não exarado Portaria autorizando a redução intervalar por intermédio de instrumento de negociação coletiva de trabalho. Na argumentação corrente da Judiciário Laboral, o Órgão Ministerial teria ultrapassado os limites da lei, o que tornou a portaria nula de pleno direito, motivo pelo qual a redução pautada em acordo com o ente sindical, no período em que vigorou a Portaria 042/2007, seria nula de pleno direito, nos termos da Súmula 437 item II do TST.

Entretanto, argumentou-se no sentido da aplicação do *distinguish* pela exceção direta, já que a aplicação do precedente em questão (considerando-o nestes termos, com a vênua do uso poético do termo precedente), determina a instabilidade de diversos institutos reconhecidos como essenciais pela comunidade jurídica.

Fora materializado que há diversas interpretações que podem ser dadas para o artigo 71 §3º da CLT. Corporificou-se, também que a interpretação sistemática traria argumentação mais consistente no sentido de que o dispositivo em questão não se referiu à autorização como sendo, obrigatoriamente, prévia.

Dissertou-se, ainda, acerca da força constitucional empreendida aos instrumentos de negociação coletiva e se concluiu que a Portaria 042/2007 não teria ultrapassado os limites impostos pela Constituição e pela própria lei. Além disso, expôs-se que a moralidade coletiva fora consultada, motivo pelo qual a decisão de condenação ao intervalo intrajornada padece de integridade.

Para defender-se com maior ênfase o argumento de que referida interpretação coloca em risco a segurança jurídica e se afasta veementemente da integridade do direito, aceitaremos, por hora, que a Portaria Ministerial tenha ultrapassado os limites impostos pela Carta Magna aos Ministros de Estado.

Se se aceitar a afirmação de que a Portaria 042/2007 do MTE ultrapassou os limites da lei, via de consequência, aceitar-se-á que o instrumento é nulo e os instrumentos de negociação coletiva que autorizavam a redução também seriam nulos, já que apoiados em instrumento nulo.

Um breve parêntese.

Necessário que se advirta, neste momento, que a Portaria Ministerial em questão fora revogada pela Administração quando da Publicação da Portaria 1.095/2010, que

modificando o entendimento anterior, afirmou novamente que o MTE deveria fiscalizar as empresas em loco para publicar a autorização quanto à redução intervalar²⁹.

Desta forma, conforme se verifica no sítio consultado, a Portaria 042/2007 não foi anulada pelo Judiciário, mas tão somente revogada após mais de dois anos de vigência, o que se deu por conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Pois bem. Retomando o raciocínio de que a Portaria e os instrumentos de negociação coletiva nela baseados na referida Portaria seriam nulos, resta-nos a questão: a redução intervalar também seria nula?

Aceitando-se que, de fato, a redução fosse nula, então as condenações das empresas que reduziram o intervalo na sua vigência baseados em instrumentos coletivos teriam o dever de pagar o intervalo parcialmente suprimido, já que a formalidade para se afastar o pagamento não fora efetivada. Em melhores termos: se se aceitar que a redução era nula, pois baseada em instrumento viciado que, por sua vez, se apoiava em Portaria Ministerial nula, então, a decisão de condenar as empresas pela redução estaria em consonância com os princípios do Estado Brasileiro.

Tem-se bons motivos para acreditar e argumentar em sentido contrário.

O primeiro motivo que se manifesta busca base teórica no direito penal. Com maior ênfase respondem-se no direito penal que esse ou aquele indivíduo não poderia ser condenado pelo crime que era acusado se concluíssemos que ele não cometeu qualquer ato (comissivo ou omissivo), que lhe pudesse fazer-se imputar a conduta delituosa.

Traçando-se um paralelo com o ramo penal, poder-se-ia questionar se a empresa, para que pudesse ser condenada no caso da redução intervalar, teria cometido algum ato comissivo ou omissivo contrário à lei. Essa primeira questão deveria ser respondida negativamente, na medida em que a lei (artigo 71 §3º da CLT) assevera que a redução será efetivada por Portaria Ministerial e o MTE autorizou por intermédio da Portaria 042/2007 delegou aos sindicatos a autorização por negociação coletiva.

Um interlocutor atento poderia questionar quanto à aplicabilidade da teoria do risco objetivo, fomentada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil que revela:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

²⁹ Disponível em: < http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P42_07.html>. Acesso em: 27 jun. 2016.

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Entretanto, não alcançaria sucesso, na medida em que (i) a tese primeira se desenvolve no campo do direito penal onde um agente só poderá ser considerado culpado quando se comprovar ato omissivo ou comissivo punível; (ii) a teoria do risco objetivo refuta a ideia de aplicação indistinta já que depende de permissiva legal ou da atividade que coloque direito de outrem em risco potencial, pela própria essência da atividade, o que não é o caso. Ambos os casos se afastam da facticidade do caso sob análise.

Neste sentido, tem-se um primeiro argumento que indica que as empresas não poderiam ser penalizadas com o pagamento do intervalo se preenchidos os requisitos da Portaria 042/2007 enquanto de sua vigência.

O segundo motivo já se desvelou no desenrolar deste trabalho e advém por consequência lógica do primeiro. Fomentou-se que o direito à propriedade é garantia fundamental consignado na CRFB/1988. Argumentou-se, inclusive, que o direito em questão se trata de um princípio, na medida em que a Carta Política Brasileira apontou sua preferência para a proteção à propriedade privada em diversos momentos, inclusive no *caput* do pétreo artigo 5º.

Ademais, restou demonstrado o entendimento de que o direito é indisponível, mas que em certa medida os detentores de propriedades privadas poderiam ser destituídos de seus direitos se (i) fosse de sua respectiva vontade ou (ii) fosse condenado à destituição de bens em processo que se observasse a ampla defesa e o contraditório.

Neste sentido, para que a pessoa jurídica seja privada de seus bens em um processo judicial faz-se necessário que haja condenação e que o processo tenha corrido dentre os limites do *due process of law*.

Assim, mais um argumento se revelaria no sentido de que a condenação no caso em questão foge à integridade.

Se o Estado autorizou a redução nos termos da Portaria 042/2007 e se a empresa cumpriu a referida determinação, então ela não pode ser considerada culpada, já que foge ao critério da própria justiça empreender culpa à empresa. Ora, se o Estado é quem dita as regras e o Estado ditou as regras da forma que o fez na publicação da Portaria 042/2007, e se a empresa cumpriu a determinação do Estado, então o Estado não pode penaliza-la, quer seja em que órgão estatal esteja configurado para empreender a punição.

Agindo assim, age como o pai que aconselha ao filho que coma o pão que está sobre a mesa e quando o menino o faz, empreende contra ele uma palmada reprimindo-o por haver seguido sua ordem.

O atento diria que o pai poderia ter permitido, mas que a mãe poderia repreendê-lo. Entretanto, os pais que assim agissem estariam contribuindo de maneira indelével para que o filho, vez ou outra, deixasse de seguir os conselhos do pai, na ciência de que a mãe o repreenderia. Há bons motivos para se argumentar no sentido de que essa família, nos ensinamentos passados a seus filhos, carece de integridade.

Não bastasse, pode-se socorrer a Descartes que, em seu Discurso do Método (2011, p. 40), revela que a primeira lei que se proporia a seguir na busca pela razão seria a de *“nunca aceitar, por verdadeira, coisa nenhuma que não conhecesse como evidente; isto é, devia evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção; e nada incluir em meu juízo que não se apresentasse tão clara e tão distintamente ao meu espírito que não tivesse nenhuma ocasião de o por em dúvida”*.

Neste sentido, o fato de considerar-se que o Estado não poderia condenar o administrado por haver tomado medidas de acordo com as instruções que lhe foram impostas por entes estatais se revela contrária à primeira lei de Descartes na obra mencionada. Portanto, dentro de uma fundamentação genealógica, haveria bons argumentos para se crer que no caso dos autos as empresas que efetivaram a redução intervalar baseadas na Portaria Ministerial 042/2007 não poderiam ser condenadas pela medida adotada.

Os exemplos acima se revelam duvidosos por seu próprio contexto.

Há ainda um terceiro e mais técnico motivo que se revela em defesa do argumento de que as empresas que efetivaram a redução nos termos propostos pela Portaria 042/2007 do MTE não poderiam ser submetidos à qualquer pena.

Rememore-se o artigo 37 *caput* da CRFB/1988 que corporifica o princípio da legalidade estrita consoante à Administração Pública. Do princípio da legalidade exsurtem alguns pressupostos que empreendem aos atos praticados pela Administração a validade necessária para que os administrados as obedeçam *a prima facie*. Sem tais pressupostos, a ordem estatal estaria ameaçada, já que os administrados poderiam colocar em dúvida a determinação e deixar de segui-las caso lhes fosse conveniente.

Dissertam-se, neste momento, sobre a Presunção de Legitimidade e sobre o atributo da Exigibilidade dos atos administrativos, as quais emergem do princípio constitucional da legalidade dos atos administrativos, materializada, como dito, no artigo

37 *caput* da CF/1988, o qual alinhava que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

O primeiro pressuposto denota que os Atos Administrativos gozam de presunção de legitimidade, o que significa dizer que devem ser considerados verdadeiros até que se prove o contrário. Mello (2014 p. 422), concebe o referido pressuposto como:

a) *Presunção de legitimidade* – é a qualidade que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *iuris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Com efeito – bem o disse Ney José de Freitas, em oportuna monografia -, “a impugnação pulveriza e elimina a presunção de validade, e daí em diante a questão será resolvida no sítio da teoria geral da prova”.

Ora, faz-se necessária a sobreposição ao caso em comento.

Para que a presunção de legitimidade da Portaria 042/2007 do MTE pudesse ser aniquilada, seria necessária a sua interpelação judicial, momento em que o judiciário, calcado nos princípios constitucionais e supraconstitucionais verificaria se o instrumento estaria em dissonância ou consonância com o ordenamento jurídico. Somente à partir deste momento é que o administrado poderia colocar em dúvida a validade do instrumento ministerial.

Haveria, ainda, que se cuidar de verificar a abrangência da decisão, na medida em que uma decisão em dissídio individual, apesar de sinalizar no sentido de que o Judiciário entenderia pela usurpação de poder na materialização da Portaria, isso não significa que em todos os casos concretos tal entendimento seria adotado.

Para se comprovar que o próprio Poder Judiciário não estaria propenso a decidir no sentido de que a Portaria seria a *prima facie* ilegal por ultrapassar seus limites, basta trazer-se à baila a Súmula 22 do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, a qual asseverava a validade da redução intervalar efetivada por intermédio de acordo coletivo de trabalho:

22 - INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO POR MEIO DE ACORDO COLETIVO. É válida a pactuação havida com a entidade sindical, objetivando a redução do intervalo destinado ao descanso e refeição. (Resolução Administrativa n. 03, de 24 de julho de 2001 -

Cancelada pela Resolução Administrativa n. 14, de 25 de novembro de 2010 - Divulgada no DEJT de 30/11/2010, página 1, no DEJT do dia 02/12/2010, página 1 e no DEJT do dia 06/12/2010, página 1. Republicada no DEJT de 29/11/2011, página 01.)

Note-se que (i) as decisões de que a Portaria MTE 042/2007 estaria ultrapassando seus limites não era unânime, já que o Tribunal em questão mantinha entendimento sumulado de que seria possível a redução nos moldes adotados pelo instrumento ministerial; (ii) a interpretação lançada no item anterior que sedimentou o entendimento de que seria mais viável entender-se que o MTE não teria ultrapassado seus limites ganha forças na medida em que nem mesmo o Poder Judiciário mantinha entendimento pacífico quanto ao tema específico.

Desta forma, (i) inexistia, enquanto vigorou a Portaria 042/2007 do MTE consonância dentro do próprio Poder Judiciário e (ii) não houve qualquer ação coletiva movida pelos organismos legitimados para a discussão coletiva da validade ou invalidade do instrumento ministerial, motivo pelo qual a presunção de legitimidade dos atos acompanhou a referida Portaria até que a Administração, por motivos de oportunidade e conveniência, resolveu por revogá-la.

Considerar a Portaria 042/2007 de MTE eivada da presunção de legitimidade, no caso específico, vai além de aceita-la tão somente no mundo das ideias como sendo eivado deste adjetivo, mas esperar direitos e cumprir deveres com base neste pressuposto.

Com maior veemência, corporifica-se o entendimento de que, sob o prisma da integridade ora proposto, não são dotadas de razoabilidade as decisões que condenaram as empresas ao pagamento da hora extra intervalar pela redução parcial do intervalo intrajornada calcado na Portaria Ministerial em destaque.

O segundo pressuposto – o da Exigibilidade – é o atributo que garante ao Poder Executivo o cumprimento e observância das obrigações que impôs. Segundo Mello (2013 p. 423/424), há a seguinte manifestação do que seja o Atributo da Exigibilidade:

c) *Exigibilidade* – é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância das obrigações que impôs. Não se confunde com a simples imperatividade, pois, através dela, *apenas se constitui uma dada situação*, se impõe uma obrigação. A Exigibilidade é o tributo do ato pelo qual se impele à obediência, ao atendimento da obrigação já imposta, sem necessidade de recorrer ao poder judiciário para induzir o administrado a observá-la.

(...)

Sintetizando: graças à exigibilidade, a Administração pode valer-se de meios indiretos que induzirão o administrado a atender o comando imperativo.

Sendo assim, a Portaria 042/2007 do Ministério do Trabalho e Emprego, manteve-se eivada desses pressupostos enquanto vigeu, motivo pelo qual os administrados tinham o dever de observá-lo já que o Estado, por sua vez, mantinha a prerrogativa de exigi-lo e de compelir ao cumprimento das obrigações advindas do instrumento exarado pelo Órgão.

Uma última questão deve ser levantada: tendo em vista que a Portaria 042/2007 do MTE fora revogada pelo MTE, retomando-se o entendimento posterior de que haveria a necessidade de análise prévia e *in locu* para se admitir a redução intervalar, afastando-se, ainda, a possibilidade de redução por intermédio de negociação coletiva de trabalho, quais seriam os efeitos da invalidação da Portaria (ato administrativo) pelo Poder Judiciário a posteriori nos casos concretos?

A máxima que se emprega nas decisões judiciais relativas à Portaria em questão gira em torno da fundamentação de que a o instrumento ministerial teria ultrapassado seus limites constitucionais, já que estaria em dissonância com a lei e não poderia gerar qualquer efeito, motivo pelo qual a empresa deveria ser condenada ao pagamento da hora extra intervalar³⁰.

Neste sentido, citamos como exemplo parte de fundamentação das decisões abaixo:

No que se refere à redução de intervalo por meio de convenção ou acordo coletivo, considerando que a norma legal que trata do intervalo é de ordem pública, tal é impassível de disposição pelos particulares, ainda que em âmbito coletivo, de acordo com o entendimento pacificado pelo C. TST na Súmula 437, II, adiante transcrita.

A única exceção legal permissiva da redução do intervalo mínimo de 1h está prevista no § 3º do artigo 71 da CLT, que condiciona essa redução à autorização específica do Ministério do Trabalho a qual, repita-se, só ocorreu a partir de 05/08/2010.

Pouco importa se o Ministério do Trabalho se negou a expedir portaria específica ao argumento de que a Portaria 42, de 28/03/2007, tornou desnecessária a providência, já que referido ato administrativo não tem força de lei e não pode ir de encontro a esta, de modo que a reclamada deveria ter se valido de medidas judiciais para obter a autorização.

³⁰ Neste sentido, as decisões dos processos: (a) 0010157-90.2014.5.15.0101; (b) 0011145-24.2014.5.15.0033; (c) 0010344-35.2013.5.15.0101; (d) 0010291-30.2014.5.15.0033; (e) 0011341-91.2014.5.15.0033; (f) 0010124-76.2015.5.09.0669; (g) 0000335-53.2015.5.09.0669; 0001795-12.2014.5.09.0669; (h) 0001629-77.2014.5.09.0669; (i) 0001366-11.2015.5.09.0669; (j) 0000926-49.2014.5.09.0669; (k) 0002216-36.2013.5.09.0669. A consulta pode ser feita nos sites do TRT-15 e TRT-9.

Assim sendo, foi ilícita a redução do intervalo intrajornada do reclamante da admissão até 04/08/2010. (Sentença do Processo 0010157-90.2014.5.15.0101)

Neste mesmo sentido decidiu o TRT-15 em caso análogo:

Em relação ao ato administrativo expedido pela Portaria nº 42, de 28 de março de 2007, que permitiu a redução intervalar por simples negociação coletiva, tem-se que o Poder Executivo não tem competência para editar normas sobre Direito do Trabalho (art. 22, I, da CF), notadamente no caso em que a matéria legislada constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública, só podendo editar normas nos estritos limites da lei (art. 155, I, da CLT).

(...)

Se a Portaria nº 42 extrapolou o disposto no artigo 71, §3º, da CLT, que não conferiu ao Ministério do Trabalho e Emprego competência para conceder autorização para redução intervalar de forma geral, mas de sim forma específica a cada estabelecimento solicitante, são nulas, de igual sorte, também as "ratificações" expedidas pelo órgão com base na aludida portaria.

Descumprida a norma contida no art. 71 da CLT, não foi atingido o seu objetivo de restabelecimento físico da empregada. Logo, tem razão a reclamante ao pretender a indenização integral do intervalo de uma hora, com reflexos nas demais verbas salariais.

Esse o entendimento consubstanciado na Súmula nº 437 do TST, que adoto: (Acórdão do TRT-15 no Processo nº 0010291-30.2014.5.15.0033)

Por fim, traz-se à baila decisão do TST no que tange à matéria em comento:

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO POR NORMA COLETIVA. PORTARIA 42/2007 DO MTE. INVALIDADE. A única possibilidade de redução do intervalo intrajornada admitida legalmente é aquela prevista no art. 71, § 3º, da CLT. Para tanto, deve haver autorização do Poder Executivo, diante da comprovação de que a empresa possui refeitório, o qual atenda às exigências de organização, e os empregados não estejam submetidos a regime de trabalho prorrogado a horas suplementares. Tais circunstâncias devem ser verificadas in locu e atestadas por portaria ou qualquer outro ato específico expedido pela Delegacia Regional do Trabalho ou órgão equivalente na localidade. Do quadro fático delineado pelo Regional, depreende-se existirem normas coletivas estabelecendo a redução do intervalo intrajornada, nos moldes da Portaria 42/2007 do MTE (revogada pela Portaria 1.095/2010 do MTE), a qual possui cunho genérico, tendo em vista conter apenas orientações que devem ser observadas pelas empresas que pretendam reduzir o tempo do intervalo intrajornada, não podendo ser considerada como autorização tácita para a realização da pretendida redução. Afinal, portaria não pode se sobrepor a lei. E, considerando-se que a CLT (§ 3º do art. 71) sempre previu a necessidade de "ato do Ministro do Trabalho (...) se verificar que o estabelecimento atende às exigências concernentes à organização dos refeitórios", não há dúvida quanto à exigência de expedição de ato

específico para cada caso concreto, após inspeção no estabelecimento empresarial. Essas circunstâncias não foram verificadas na controvérsia em análise. Incide, portanto, a diretriz da Súmula 437, em seu item II, o qual preconiza ser inválida a cláusula de norma coletiva que prevê a redução ou supressão do intervalo intrajornada. Recurso de revista conhecido e provido. (Acórdão TST Processo nº TST-RR-66200-41.2010.5.17.0001)

Entretanto, há bons motivos para não se aceitar essa argumentação.

O primeiro deles é que, conforme tratado alhures, a decisão judicial deve se manifestar com o mínimo de originalidade, tomando-se como um desdobramento do princípio do devido processo legal essa exigência. Desta forma, se o ato foi considerado ilegal posteriormente, já haveria boas razões para se crer que a fundamentação não se sustenta no campo da integridade.

Não bastasse, ao socorrer-se do direito administrativo para analisar-se o caso, resta refutada de plano a argumentação lançada em dezenas de julgados.

Mello (2013 p. 488) revela uma clara consequência da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos. O autor afirma de forma cabal que, diante de tais elementos, não se poderia permitir que o Judiciário desconstituisse o que se produziu sob a égide de ato Público:

Com efeito, se os atos em questão foram obra do próprio Poder Público, se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder se substituir à Administração na qualidade de guardião da lisura jurídica dos atos por aqueles praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de tais atos. Não há dúvida que, por terem sido invalidamente praticados, a Administração – com ressalva de eventuais barreiras à invalidação, dantes mencionadas (n. 166) – deva fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos; mas também é certo que não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habilitava regularmente.

Nessa vereda, sob qualquer prisma que se observe, quer seja sob o viés filosófico-moral (intuída do pensamento de Descartes neste item), quer seja sob o paralelismo penal, quer seja sob a consistente teoria administrativa, a redução intervalar praticada nos moldes e sob a égide da Portaria 042/2007 não se revela juridicamente lógica, afastando-se com velocidade atômica da integridade.

Ora, mas o que faria, mesmo com toda a discussão fomentada, com que o Judiciário permanecesse em erro fundamentando suas decisões em argumentação

teratológica sem se dar conta de que a toda sua fundamentação só encontra sustentação de forma exógena ao próprio³¹ caso?

A questão nos remete ao fundamentalismo jurídico-laboral que se esquece dos princípios constitucionais para aplicar os princípios protetivos como base única dos argumentos jurídicos que fundamentam as decisões, o que coloca em risco rotineiramente a segurança jurídica tão almejada nos Estados Democráticos de Direito.

3.1.5 Desfazendo-se o teratismo: os princípios protetivos e as decisões judiciais no caso da Portaria 042/2007 do MTE – fundamentalismo jurídico-laboral

O fundamentalismo³² se revela como um dos centros principais dos conflitos geopolíticos na atualidade. Recentemente a França foi alvo de ataques terroristas promovidos por fundamentalistas islâmicos que mantêm sob constante insegurança a população de diversos países da Europa e outros continentes.

Não se revela nova a discussão acerca do fundamentalismo, quer seja ele político ou religioso. De fato, as correntes extremas da política (como, por exemplo, o nazismo), podem autorizar o uso do termo, por permitir o paralelo entre os extremos da religião e da política que causaram, ambos, diversos males à humanidade.

A Justiça do Trabalho se demonstra, por vezes, fundamentalista no que diz respeito à proteção ao hipossuficiente.

Conforme já mencionado, o direito do trabalho revelou uma série de princípios específicos com o intuito de proteger o hipossuficiente, de forma a equilibrar a relação jurídica existente. Corporificou-se, entretanto, o argumento de que os princípios constitucionais se sobrepõem aos princípios específicos dos ramos do direito, já que a

³¹ De se frisar que a decisão baseada na própria decisão padece de petição de princípio, na medida em que as decisões judiciais, por força do artigo 93 inciso IX da CF/1988 deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Se a vontade constitucional fosse a de que a decisão fosse fundamentada nos valores materializados nela própria, como se haveria a possibilidade de declará-la nula? Por motivos de razão, é lícito crer que a decisão seja fundamentada na Constituição, na lei ou em outras fontes do direito que não nos argumentos dela própria. Entender de outra forma seria afastar a possibilidade de revisão da decisões judiciais pelo próprio Judiciário e jogar em campo infértil toda a teoria fomentada pela comunidade jurídica.

³² O termo ‘fundamentalismo’ encontra a seguinte definição: Fundamentalismo islâmico, REL: crença em que o mundo islâmico só passará por um processo de revitalização se retornar aos princípios e às práticas tradicionais do islamismo, o que implica, em particular, a volta a um tipo de vida que vigorava no século VII na comunidade estabelecida por Maomé, em Medina, regida pela lei islâmica (sharia) e, se necessário, defendida pela guerra santa (o jihad) e que tinha como uma de suas características principais a interpretação literal do Alcorão e da sharia. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=fundamentalismo>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

Carta Magna é, ela própria, superior aos demais ordenamentos que devem surgir e caminhar em perfeita consonância com seus princípios.

Subverter os princípios constitucionais em nome dos princípios específicos seria subverter a própria ordem jurídica, empreendendo papel mais importante aos ramos do direito do que à Constituição que lhe deve servir de base continuamente.

O Judiciário Laboral, por sua vez, se afasta de tais discussões e procura, quase sempre, elevar os princípios específicos ao patamar de incondicionais, mesmo quando a questão invoca um princípio constitucional.

Quando colocadas à dissertar acerca da validade e dos efeitos dos atos administrativos sob a égide da Portaria 042/2007 do MTE costuma argumentar que “pouco importa se a Portaria autorizou, já que ela própria seria ilegal e não produziria qualquer efeito”, esquivando-se da manifestação quanto ao epicentro do que lhe é proposto discutir³³.

Outras vezes, afasta-se da questão proposta, argumenta que o intervalo seria norma cogente ligada à segurança e medicina do trabalho, sendo indisponível, motivo pelo qual não seria possível a redução por intermédio de simples negociação, sem a autorização do MTE. Note-se, de passagem, que o argumento é cíclico, já que assevera que o intervalo somente poderia ser reduzido por autorização do MTE, mas que a autorização do MTE para a negociação coletiva seria inválida. Ou seja: o Judiciário Laboral se permite o patamar acima da Constituição, concebendo decisões acima da lei e sem se dar ao trabalho de fundamentar a decisão, limitando-se a utilizar os princípios de proteção ao corporificar que a empresa deveria ser condenada, já que o intervalo fora reduzido incorretamente, segundo seu entendimento que, diga-se de passagem, sequer era unânime.

A tese de que a condenação é aceitável poderia ganhar fôlego, como em algumas oportunidade, se se incluísse a dissertação acerca do princípio da proteção ao obreiro no argumento, fundamentando que o obreiro não poderia ser prejudicado pelo desencontro entre o Estado e a empresa, motivo pelo qual lhe seria devido o intervalo.

Não obstante a fuga da argumentação sobre os reais prejuízos ao obreiro, o que se revelaria importante na medida em que somente poderia haver condenação se houvesse dano, ainda que potencial, a argumentação não poderia prevalecer.

³³ Colocar algumas sentenças que falam isso.

Isso, pois conforme tratado alhures, o princípio do devido processo legal revela a necessidade de que a decisão seja justa em alguma medida, afastando-se da integridade aquelas que possam entrar em confronto com a Constituição.

Ora, se a Constituição resolveu por manifestar-se baseada na proteção à propriedade privada, resta latente que a destituição dos bens de uma empresa somente poderiam ocorrer se se comprovasse que cometeu ato ilícito em desfavor do empregado, quando seria obrigada a lhe compensar o direito material afrontado.

No caso em epígrafe, qual seria o direito material afrontado? O direito a se realizar fiscalização prévia para a efetivação da redução intervalar? Não há, de fato, nenhum bem jurídico material tutelado.

Diferente seria a empresa que é condenada ao pagamento do intervalo pela redução parcial do instituto quando o empregado é submetido à horas extras habituais. Neste caso, a hora extra habitual gera o dever de conceder o intervalo mínimo completa, sob pena de pagamento do intervalo a títulos e horas extras.

Teratológica é a decisão, nesta medida, que sob discurso sofista de proteger o obreiro sequer consegue demonstrar do que estaria o defendendo e o motivo pelo qual a empresa estaria sendo condenada, ao revés de todos princípios constitucionais que se revelam contrários a tal decisão.

3.1.6 A condenação ao pagamento do intervalo reduzido sob a égide da Portaria 042/2007 do MTE não é legítima

A argumentação até aqui lançada coloca em dúvida não somente a aplicação da Súmula 437 do TST ao caso da redução intervalar praticada sob a égide da Portaria 042/2007 do MTE. Mais do que isso, a dissertação fomenta a ideia de que as decisões que caminhem no sentido de condenar as empresas ao pagamento intervalar nestes moldes se tratam de uma afronta à virtude da integridade.

Em que pese o caráter ideal, a busca pela integridade do direito deve ser um dos objetivos do próprio direito, se não por questões de moralidade coletiva, pela questão levantada por Alexy, quando assevera que a busca pela única resposta seria uma pretensão de correção do direito, motivo pelo qual deveria ser almejada.

Nestes termos, restou latente que, apoiados na teoria da integridade do direito de Dworkin, a condenação das empresas no caso específico não é legítima, pois não pode se manter de forma razoável, afastando-se dos princípios constitucionais reconhecidos pela comunidade jurídica.

Desta forma, o Poder Judiciário, ao introduzir tais decisões, sem a força argumentativa que seria necessária para, ao menos, se combater toda a instabilidade jurídica gerada por suas decisões, relega-as à ilegitimidade.

A ilegitimidade das decisões, por sua vez, deve ser combatida, na medida em que a CFRB/1988 assevera que decisão sem fundamentação é decisão inconstitucional. Entende-se, neste mesmo rumo, que as decisões que não são suficientemente fundamentadas, padecem do mesmo vício constitucional, motivo pelo qual sua ilegitimidade e inconstitucionalidade é latente.

3.2 Limbo Jurídico Previdenciário – um novo desafio à integridade

O trabalho humano vai além de um direito reconhecido pela Carta Magna, tratando-se de um elemento ligado ao gênero humano que o coloca em condições de reconhecimento e convívio social, além de garantir o seu sustento e o sustento de sua família. O trabalho humano desempenha, nesta medida, um papel individual, intersubjetivo e social que encontram íntima conexão com a dignidade humana.

O papel individual se manifesta na medida em que se verifica que o trabalho é parte integrante do gênero humano indissociável de sua existência. O intersubjetivo se revela na aceitação do ‘eu’ perante o ‘outro’ visto que o trabalho, assim como a linguagem, manifesta-se como uma atitude performática que faz com que o homem se relacione com os objetos e com o mundo à sua volta. Por fim, o social se revela pela aceitação do ‘eu’ frente à sociedade, que mantém como norma moral o trabalho; além disso, o trabalho se manifesta como um elemento de coesão social, bem como sua ausência, um elemento de distúrbio social. (ALONSO; SILVEIRA; p. 198, 2014)

Note-se, neste sentido, que o trabalho humano é um direito constitucionalmente tutelado, reconhecendo-se, inclusive, a necessidade do trabalho para que o indivíduo possa se relacionar com o mundo, sendo reconhecido como uma manifestação da própria razão.

Habermas (2004), analisando a posição de Hegel no período de Jena, revela que esse último, introduziu a ‘linguagem’, o ‘trabalho’ e a ‘relação

de conhecimento recíproco', como meios que marcam o espírito humano, sendo capaz de o transformam. Habermas ainda denota que, segundo a perspectiva de Hegel, a consciência só passaria a existir por meio da 'linguagem' e do 'trabalho', pelos quais se desenvolveria a consciência teórica e prática do homem.

Essa atitude performática do trabalho revelaria as ações que o sujeito do conhecimento e da ação estabelece com os objetos do mundo. Nesse sentido, o trabalho seria uma manifestação da razão, tendo em vista que o sujeito cognoscente dirige seus atos a um fim específico relacionando-se com o mundo exterior.

Com efeito, além de o trabalho propriamente dito ser um elemento ligado ao gênero humano, não se pode afastar da inteligência de que também o é garantidor da subsistência da classe trabalhadora, base de sua estrutura familiar que lhe garante as condições básicas de sobrevivência.

Isso, pois o caráter sinalagmático das relações de trabalho se corporifica na medida em que ao trabalhador é imposta a obrigação de conceder sua mão-de-obra e ao empregador quitar os salários e demais vantagens legais e convencionadas que sejam pertinentes ao vínculo.

Diante de tal entendimento houve a necessidade de o Estado fomentar um sistema de segurança ao trabalhador para que o mesmo, estando incapacitado para o trabalho, possa continuar a prover o sustento de sua família. Criou-se, assim, o sistema de seguridade social, que tem como um de seus objetivos garantir ao trabalhador o benefício previdenciário correspondente, segundo as regras impostas.

Desta forma, quando o obreiro afasta-se de sua capacidade físico-intelectual plena e necessita se afastar do trabalho que lhe é pertinente à subsistência, o estado passa a prover seu sustento por intermédio do auxílio doença previdenciário. Os primeiros 15 dias de afastamento médico, conforme o artigo 60 §3º da lei 8.213/1991 será suportado pelo empregador, sendo que à partir daí o segurado passa a ter direito ao benefício concedido pelo Estado.

Durante o período de afastamento previdenciário o empregado é considerado em licença não remunerada, conforme o artigo 476 da CLT, inexistindo o dever de trabalhar por parte do empregado e de quitar salários por parte do empregador. Do mesmo dispositivo, exsurge a inteligência de que a cessação do benefício previdenciário implica no retorno ao trabalho, retomando-se todos efeitos do contrato de trabalho, em especial o dever de ceder a mão-de-obra por parte do empregado e o dever de pagar salários e demais vantagens por parte do empregador.

Quando recebe alta do INSS, após passar por perícia médica naquele órgão estatal, o segurado deve se apresentar à empresa para retomar suas atividades. Ao se reapresentar à empresa o obreiro será submetido a exame de retorno ao trabalho para verificar sua aptidão para desenvolver as atividades específicas de sua função, conforme determinação da NR-7 do MTE.

Pode acontecer, entretanto, que os laudos do INSS e do médico do trabalho contratado para efetivar o exame de retorno ao trabalho sejam dissonantes, ou que o obreiro, seguindo determinação de médicos particulares, aponte à empresa a sua ausência de capacidade laboral.

Nestes casos, surge uma nova problemática que vem sendo colocada aos tribunais laborais: o limbo jurídico previdenciário.

Visa-se, neste trabalho, colocar à prova as decisões que vem sendo fomentadas nestes casos, submetendo-as a toso o arcabouço teórico que fora até então materializado neste Estudo.

3.2.1 Contexto jurídico

Limbo Jurídico Previdenciário, portanto, é o termo utilizado para se referir a um novo contexto jurídico que se desenvolve em paralelo na Justiça do Trabalho e na Justiça Federal Comum. Trata de casos em que o trabalhador, após receber alta do INSS relativa a benefício previdenciário, é submetido a exame de retorno ao trabalho, sendo considerado inapto para o retorno por médicos do trabalho a serviço da empresa.

Há, ainda, casos em que o trabalhador, por intermédio de exames médicos particulares, manifesta-se no sentido de que, inobstante a alta previdenciária, não se encontra em condições de retorno ao trabalho.

O empregado considerado apto pelo INSS e inapto pela empresa fica sujeito à uma condição de marginalidade legal, na medida em que nenhum dispositivo traz medidas a serem adotadas neste caso.

Dessa forma, surgiu a discussão, tão logo levada aos tribunais laborais, quanto à responsabilidade das empresas nestes casos, na medida em que o trabalhador, parte hipossuficiente da relação laboral, não poderia ser prejudicado pela negativa de retorno ao trabalho, após a alta previdenciária.

Assim, as decisões da justiça laboral passaram a sustentar o entendimento de que o trabalhador não poderia ser jogado à própria sorte, declarando-se que seria da empresa, que negou o retorno ao trabalho, o ônus de quitar os salários do obreiro enquanto persistiu a situação.

A argumentação que sustenta as decisões de casos como esta é, quase sempre, baseadas nos princípios protetivos do direito laboral, no princípio da dignidade humana, e no papel social da empresa, estes últimos normas de cunho constitucional.

Observe-se, como exemplo, a ementa abaixo transcrita:

LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELOS SALÁRIOS E DEMAIS VANTAGENS DECORRENTES DO VINCULO DE EMPREGO. DANO À MORAL.

Após a alta médica do INSS, a suspensão do pacto laboral deixa de existir, voltando o contrato em tela a produzir todos os seus efeitos. Se o empregador impede o retorno ao labor, deve tal situação ser vista como se o empregado estivesse à disposição da empresa esperando ordens, onde o tempo de trabalho deve ser contado e os salários e demais vantagens decorrentes o vínculo de emprego quitados pelo empregador, nos termos do art. 4º da CLT. Além disso, o mero fato de ensejar ao trabalhador a famosa situação de "limbo jurídico previdenciário trabalhista" - quando o empregado recebe alta do INSS, porém ainda está inapto para o labor segundo a empresa - configura o dano à moral, posto que o trabalhador fica à mercê da própria sorte, sem meios para a própria sobrevivência e de seus dependentes. (Processo: RO 00018981120135020261 SP 00018981120135020261 A28 Relator(a): MAURILIO DE PAIVA DIAS Julgamento: 03/03/2015 Órgão Julgador: 5ª TURMA Publicação: 09/03/2015)³⁴

No mesmo sentido:

CESSAÇÃO DO AUXÍLIO DOENÇA - EMPREGADO CONSIDERADO INAPTO POR MÉDICO DA EMPRESA - IMPEDIMENTO DE RETORNO AO TRABALHO - "LIMBO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO" - RESCISÃO INDIRETA CONFIGURADA.

Não se pode admitir que o empregado seja colocado no denominado "limbo jurídico previdenciário trabalhista", situação na qual não recebe mais o benefício previdenciário, tampouco os salários. Aplica-se ao caso o princípio da continuidade do vínculo empregatício e considerando que o empregador, por expressa disposição legal é aquele assume os riscos da atividade econômica (art. 2º, da CLT) e, ainda o disposto no artigo 4º, da CLT, o empregador deve arcar com o pagamento dos salários do respectivo período de afastamento. A recusa do empregador em aceitar o

³⁴ Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202274107/recurso-ordinario-ro-18981120135020261-sp-00018981120135020261-a28>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

retorno de empregada considerada apta pelo INSS constitui falta grave, de modo a ensejar a rescisão indireta, uma vez que a laborista se viu, indefinidamente, sem qualquer fonte de sustento. (RO 0002280-54.2013.5.03.0009, Relator(a): Marcio Flavio Salem Vidigal, Órgão Julgador: Quinta Turma Publicação: 31/08/2015)³⁵

Necessário que se destaque a lógica jurídica que levou à condenação das empresas nos casos em epígrafe.

Na primeira decisão, o empregador, ao não permitir o retorno do empregado após a alta médica previdenciária seria o responsável pelo pagamento dos salários do mesmo, tendo em vista que teria dado causa à não percepção dos salários quando impediu que o trabalhador retornasse ao trabalho. Isso, pois a suspensão do contrato de trabalho deixa de existir após a alta, motivo pelo qual o impedimento de retorno ao trabalho sustentado pelo empregador consistiria no ato ilícito reconhecido para sustentar a argumentação de sua condenação ao pagamento dos salários e dos danos morais pleiteados.

No segundo caso, a argumentação corre no sentido de que o empregador manteria o dever de indenizar na medida em que impôs ao empregado o limbo jurídico previdenciário ao não possibilitar seu retorno ao trabalho após alta do INSS. Argumentou, ainda, que o princípio da alteridade³⁶, ensejaria o dever de pagamento, na medida em que o obreiro, no período em que perdurou o limbo, estaria à disposição do empregador que negou seu retorno ao trabalho.

Esquece-se, por conveniência ou descuido, de citar os motivos pelos quais as empresas condenadas nas decisões acima teriam impedido que os respectivos funcionários retornassem ao trabalho: a lei, as normas do MTE e a ética médica.

O artigo 168 da CLT determina que será obrigatório o exame médico efetivado por especialista do trabalho em caso de admissão, demissão e periodicamente. Além disso, cita o §1º do referido dispositivo:

§ 1º - O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames:
a) por ocasião da demissão;
b) complementares.

³⁵ Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/226711770/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2280201300903004-0002280-5420135030009>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

³⁶ Alteridade é o princípio específico do direito laboral que denota que cabe ao empregado o ônus da atividade econômica, não podendo transferi-lo sob qualquer pretexto ao empregado, restando materializado no artigo 2º da CLT.

Diante de tal delegação legal o MTE publicou a NR-7³⁷, que trata das minúcias relativas aos exames médicos laborais, além de haver determinado novos exames, enquadrados na permissiva legal acima mencionada, especificamente a alínea ‘b’ do §1º do artigo 168 da CLT. O exame trazido ao mundo das relações laborais pela NR-7 é o exame de retorno ao trabalho, assim caracterizado:

7.4.1 O PCMSO deve incluir, entre outros, a realização obrigatória dos exames médicos:

- a) admissional;
- b) periódico;
- c) de retorno ao trabalho;
- d) de mudança de função;
- e) demissional

(...)

7.4.3.3 No exame médico de retorno ao trabalho, deverá ser realizada obrigatoriamente no primeiro dia da volta ao trabalho de trabalhador ausente por período igual ou superior a 30 (trinta) dias por motivo de doença ou acidente, de natureza ocupacional ou não, ou parto.

Assim, tornou-se obrigação da empresa a realização do exame médico de retorno ao trabalho nos casos de afastamento igual ou superior a 30 dias, por motivos de doença ou acidentes de qualquer natureza e parto.

Seguindo-se referida determinação as empresas, de fato, passaram a contratar médicos do trabalho para atuar também nestas ocasiões, avaliando, quando do retorno ao trabalho, se o obreiro estaria ou não apto a exercer as funções que exercia ou iria exercer na empresa após o afastamento.

A Norma em questão revela, ainda, quais seriam os dados mínimos a serem incluídos nos Atestado de Saúde Ocupacional (ASO), nome dado aos exames expedidos quando os empregados são submetidos aos exames consignados no 7.4.1., acima transcrito.

Os dados mínimos são:

7.4.4.3 O ASO deverá conter no mínimo

- a) nome completo do trabalhador, o número de registro de sua identidade e sua função;
- b) os riscos ocupacionais específicos existentes, ou a ausência deles, na atividade do empregado, conforme instruções técnicas expedidas pela Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho-SSST;
- c) indicação dos procedimentos médicos a que foi submetido o trabalhador, incluindo os exames complementares e a data em que foram realizados;

³⁷ Disponível em: < <http://www2.feg.unesp.br/Home/cipa998/norma-regulamentadora-7.pdf>>. Disponível em: 07 jul. 2016.

- d) o nome do médico coordenador, quando houver, com respectivo CRM;**
e) definição de apto ou inapto para a função específica que o trabalhador vai exercer, exerce ou exerceu;
f) nome do médico encarregado do exame e endereço ou forma de contato;
g) data e assinatura do médico encarregado do exame e carimbo contendo seu número de inscrição no Conselho Regional de Medicina. (o original não ostenta grifos)

Portanto, o exame de retorno ao trabalho decorre de uma norma legal e visa a análise da capacidade do obreiro em retornar ao trabalho, exigindo-se que o médico que realize os exames apontem se o obreiro estaria apto ou inapto à função específica que o trabalhador vai exercer, exerce ou exerceu.

Desta forma, chega-se à resposta dos motivos pelo qual algumas empresas acima não permitiram que seus empregados retornem ao trabalho após a alta médica: pois foram considerados inaptos no exame admissional promovido pelo médico do trabalho da empresa, em franca observância dos preceitos contidos na NR-7 do MTE, editada por delegação do artigo 168 da CLT.

Neste sentido, a condenação, cujas ementas foram anteriormente transcritas, impôs ao empregador o dever de pagar os salários do obreiro após a alta previdenciária, pois o médico, técnico contratado para o exame de retorno ao trabalho, considerou o trabalhador inapto para o exercício de suas funções.

Note-se que na argumentação em epígrafe torna-se latente que o dever de indenizar decorreu da atuação médica, tendo em vista que o profissional qualificado apontou a inexistência de condições laborais. Este seria o ato ilícito do qual decorreria o dever de indenizar.

A questão proposta, portanto, é: a decisão acima fomentada pode ser considerada legítima sob o enfoque da integridade, levando-se em consideração que a obrigatoriedade de exames de retorno ao trabalho decorre de norma estatal?

Para se responder a questão, necessário consignarem-se alguns pontos de partida. O primeiro deles é que, neste trabalho, se partirá do pressuposto que a NR-7 é uma norma legítima e que o MTE mantém competência legal e constitucional para exarar a referida norma. Isso, pois a interpretação sistemática do artigo 168 da CLT, das normas de proteção laboral e das diretrizes constitucionais de dignidade humana revela que a adoção de exames para se colocar a prova o exame médico efetivado pelo MTE tem o escopo de

proteger a dignidade humana e integridade física do empregador, estando, portanto, harmonizada com as normas citadas.

O segundo pressuposto é que os médicos do trabalho contratados para efetivar os exames de retorno ao trabalho não poderão se eximir de materializar a verdade em seus laudos, já que respondem por seus atos perante o conselho profissional.

Forçoso trazer à baila que são de número elevado as ações que tem por objetivo a discussão acerca das decisões do INSS, o que fomenta uma gama de ações judiciais. O STF, inclusive, já decidiu que para o ingresso da ação judicial que vise a revisão do benefício, haverá a necessidade de negativa administrativa do órgão ministerial, inexistindo afronta ao princípio do livre acesso à justiça nestes casos. Na meste reportagem, revela-se o elevado número de discussões que chegaram ao STF acerca do tema, sendo sobrestados aproximadamente 8.600 processos com a mesma matéria em sede de recurso repetitivo.³⁸

De tal informação, revela-se o número elevado de ações que colocam em dúvida as decisões do INSS, motivo pelo qual o exame de retorno ao trabalho não pode ser considerado como uma mera repetição do exame do órgão estatal, havendo a necessidade de se submeter o trabalhador aos testes necessários e específicos relativos à sua função, sob pena de se criar um cenário potencialmente lesivo ao trabalhador que, mesmo estando inapto ao trabalho, retorna às suas atividades.

Portanto, para desenvolver-se o estudo em questão, partir-se-á do pressuposto que a NR-7 é legal, trazendo obrigações aos administrados e que o médico do trabalho não pode eximir-se de materializar nos laudos de retorno ao trabalho a sua impressão técnico-profissional, considerando o obreiro inapto caso entenda a inviabilidade de seu retorno.

Partindo-se dos pressupostos acima mencionados, de plano coloca-se em dúvida a ilegalidade do ato da empresa de se negar o retorno ao trabalho de empregado que, segundo o médico contratado para a realização do exame de retorno ao trabalho, não mantinha condições para tanto.

Com efeito, o fato de o médico contratado pela empresa haver considerado o trabalhador como inapto ao trabalho não pode configurar-se, por si só, ato ilícito apto a ensejar o dever de indenizar, já que o próprio Estado impôs essa obrigação às empresas, obrigação esta de reanálise do posicionamento materializado pelo INSS por médico igualmente especialista na matéria.

³⁸ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=273812>>. Acesso em: 09 set. 2016.

3.2.2 As decisões relativas ao limbo jurídico previdenciário: o Poder Judiciário afastando-se da Integridade

De acordo com a proposta deste trabalho, nos casos de limbo jurídico previdenciário, poderia ser colocada à prova a teoria amplamente debatida do romance em cadeia, na medida em que as decisões dos casos sob dissertação são novos e a jurisprudência ainda se revela frágil quando da argumentação a respeito do tema.

Neste sentido, poder-se-ia imaginar, por um lado, que o romancista teria uma maior liberdade de criação e, por outro, que seria a ele mais trabalhoso materializar um capítulo convincente já que as próprias decisões acerca do tema são controvertidas e a argumentação dos capítulos anteriores não se revela tão clara.

Note-se que nas decisões corporificadas no item anterior as argumentações são díspares, apesar de chegarem ao mesmo resultado: o dever de a empresa indenizar o período em que o empregado esteve em limbo previdenciário.

Entretanto, considerando-se que as argumentações fomentadas se afastam da legislação e demais normas pertinentes ao caso, em especial aquelas que determinam que a empresa deverá proceder a exame de retorno ao trabalho quando da alta previdenciária, há bons motivos para se entender que as decisões carecem de integridade.

Quando se tratou do tema da Portaria 042/2007, revelou-se algumas formas encontradas de se colocar à prova a decisão, verificando-se se as empresas teriam, de fato, tomado alguma medida que lhe empreenderia o dever de indenizar. Não se afastem, ademais, da argumentação já fomentada de que o simples impedimento de retorno ao trabalho por intermédio de exame médico por especialista não pode empreender às empresa referido dever, já que não pode ser tomada como ato ilegal.

Desta forma, necessário que se trace, novamente, os paralelos lançados alhures, para que se retome a discussão sob o enfoque determinado.

Neste caso, há de se colocar, primeiramente, a questão sob o prisma do paralelismo com o direito penal, questionando-se: Pode ser localizado um ato (seja ele comissivo ou omissivo) por parte das empresas condenadas que lhe ensejassem o dever de indenizar?

A empresa, de fato, efetivou-se em ato comissivo, na medida em que, ao acatar o laudo de seu médico especialista, proibiu o empregado de retornar ao trabalho, ao alvedrio

do que havia apontado o INSS. Portanto, diferente do que ocorre com o caso da Portaria 042/2007, constata-se que houve um ato: a proibição de retorno ao trabalho.

Entretanto, necessário que se questione quanto à motivação deste ato, ou seja, se sua motivação seria ou não suportada por norma estatal e se o ato poderia ser adjetivado de ilegal, na medida em que sua ilegalidade é que ensejaria o dever de indenizar.

Considerando-se que a NR-7 trouxe a obrigação de o empregador submeter o empregado ao exame de retorno ao trabalho quando da alta previdenciária, e considerando-se que se partiu neste trabalho, do pressuposto de que a norma é legal e que o médico não poderia fomentar decisão em desacordo com sua opinião técnica, o ato seria eivado de uma escusa legal.

O exercício regular do direito, materializado no artigo 23 inciso III do código penal, manifesta-se no sentido de que a exclusão da ilicitude ocorre quando, dentre outras conjecturas, o agente praticar o ato em exercício regular do direito. O artigo 188 do Código Civil também revela que:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

Nesta vereda, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro revela sua preferência por afastar a alcunha ilícita dos atos praticados em exercício regular de um direito reconhecido, o que se verifica tanto no direito penal quanto no ramo civilista.

No caso sob dissertação, o exercício do direito reconhecido advém da norma regulamentadora expedida pelo Estado e que impinge ao empregador o dever de submeter o empregado a exame quando do retorno ao trabalho. Portanto, não se pode concluir pela ilicitude de tal medida, já que advém de norma estatal. Ou seja: ao agir dessa forma a empresa age no exercício regular de um direito.

Desta forma, não obstante a identificação de um ato comissivo, de se frisar que o ato em epígrafe encontra supedâneo legal para afastá-lo da ilicitude, motivo pelo qual a primeira questão proposta por ora resta respondida de maneira satisfatória no argumento de que: apesar de haver a conduta comissiva, o ato não pode ser considerado ilícito, na medida em que encontra escusa no exercício regular de um direito.

Neste sentido, a condenação da empresa ao pagamento dos salários do obreiro não se revela eivada do princípio do devido processo legal. Frise-se que a necessidade de que a condenação seja relegada ao referido princípio é parte integrante do Estado Democrático

de Direito, sendo que, ao lado da garantia fundamental da propriedade, revela a necessidade de que para o despojamento de bens em benefício de terceiro, deverá ser garantido ao réu o processo justo.

De se rememorar que Dworkin trouxe o trinômio pelo qual os argumentos de princípio – os quais devem balizar as decisões judiciais – devem se manifestar. Assim, ao lado do devido processo legal devem ser encontrados a justiça e a equidade.

Desta forma, é necessário que se disserte acerca da existência da moralidade política que circunda as decisões em questão. A argumentação já lançada afastaria esse espectro de moralidade, já que tanto deixar de cumprir a determinação de efetivação do exame de retorno ao trabalho quanto desconsiderar a opinião especializada do médico contratado pela empresa não se revela moralmente aceitável.

A equidade também restaria aniquilada, na medida em que uma decisão que não pode se sustentar por argumentos de direito se arrevesam da moralidade política buscada pelos critérios expostos.

Portanto, as decisões em epígrafe se aproximam com maior veemência dos argumentos de política do que dos argumentos de direito.

Isso, pois o fato de se considerar que a empresa manteria o dever de indenizar o obreiro mantido em limbo previdenciário, afastando-se dos elementos a serem percebidos nos argumentos de direito, se aproximam dos argumentos políticos, já que o bem que se busca é apoiado, quase que exclusivamente, dos padrões que busca uma melhoria de aspecto social em âmbito comunitário.

Isto, pois ao se argumentar que o obreiro não poderia ser relegado ao limbo, o Poder Judiciário busca a concreção de deveres subjetivos que visam a uma melhoria coletiva e não uma resposta ao caso concreto.

A melhoria coletiva buscada é a de fomentar a subsistência do empregado que esteja em limbo jurídico previdenciário, ainda que não haja qualquer ato ilícito na conduta da empresa ré que foi condenada ao pagamento dos salários enquanto prevaleceu a condição.

Almeja, neste sentido, que os empregados não sejam relegados à própria sorte, emitindo padrões de argumento que empreendem às empresas o dever de pagar salários ainda que não haja serviços sendo prestados.

Ora, se o período de inaptidão, nos termos legais, deve ser suportado pelo Estado, já que os segurados mantêm este direito sustentando o próprio sistema de seguridade social ao lado dos empregadores, a não ser que haja bons motivos para crer que a medida da

empresa não passou de manobra para afastar o obreiro, seria da seguridade social o ônus de quitar os salários do obreiro até sua efetiva recuperação, readaptação ou até que se comprove que a incapacidade deixou de existir.

Há, ainda, a argumentação de que a função social da propriedade, materializada no artigo 170 da CFRB/1988 ensejaria ao particular o dever de pagamento em casos como este. Isto, pois o *caput* do dispositivo citado denota que a Ordem Econômica, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, motivo pelo qual o obreiro relegado ao limbo jurídico deveria ser assistido por ela.

Referida argumentação é falha na medida em que só se aproveita de parte do dispositivo constitucional, afastando-se da dissertação acerca da consideração de que tais desígnios devem se submeter a diversos princípios, dentre eles, a propriedade privada:

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 seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- (...)

Ora, tratar da função social da propriedade afastando-se da necessária argumentação de que a propriedade privada é um princípio materializado pela Constituição revela-se ultrajante, na medida em que deixa de haver uma interpretação sistemática para se lançar em interpretação meramente arbitrária.

Arbitrária no sentido de que os magistrados trabalhistas se colocam em uma condição acima da Constituição, corporificando-se decisões sem se dar ao trabalho de fundamentá-las ou, quando fazem, deixam de analisar os principais argumentos que seriam imperiosos para a dissertação, lançando dispositivos pontuais que afastados do sistema jurídico podem ser facilmente manipulados.

Aproveitando-se, ainda, da argumentação fomentada por Descartes e transcrita no item que se tratou a respeito da Portaria 042/2007 do MTE, tem-se que a condenação das empresas ao pagamento dos salários pelo motivo de haverem observado criteriosamente a indicação dos médicos do trabalho não poderia se colocar tão claramente aos interlocutores da decisão que pudessem ser aceitas sem a dúvida que é pertinente às decisões que se afastam da integridade.

De se considerar, ainda, que o emprego de princípios genéricos em decisões como as acima transcritas se revela como franca manobra para se afastar do problema específico materializado no fato de que a ausência de conduta legalmente reprovável da empresa não poderia ensejar, de forma alguma, o dever de indenizar. Portanto, ao apontar a função social da propriedade como sendo um dos argumentos a fundamentar a decisão, o Poder Judiciário revela que a decisão é substancialmente vazia, afastada, portanto, da razão.

Isso, pois o argumento em epígrafe se manifesta como sendo eminentemente político, na medida em que trata das diretrizes que se devem guiar as relações econômicas, donde se denota que não se enquadram como direitos materiais, mas sim como objetivos político-estatais.

Por todo o exposto, revela-se que as condenações de empresas ao pagamentos dos salários relativos ao período de limbo jurídico previdenciário se afasta com veemência da integridade do direito, motivo pelo qual carece de legitimidade.

CONCLUSÃO

A legitimidade é uma variante necessária?

Diversas pessoas já ouviram falar ou empregaram a expressão ‘rotular’ referindo-se a esta ou aquela pessoa que tenha rotulado outra pessoa ou instituição. Entretanto, poucos se dão conta do significado do verbete.

Ao observar um produto na prateleira do mercado é quase que instintivo que, devido ao rótulo amplamente conhecido, ao se observar de relance, já se obtenha a consciência de que produto se trata. Isso, pois algumas marcas são divulgadas com tamanha competência e frequência que os consumidores passam a reconhecer o produto pelos traços da embalagem, sem a necessidade de se deter na leitura do rótulo do objeto, que já se sabe qual é. Não raras vezes se depara com a metonímia quando a marca passa a ser sinônimo do produto, o que revela a ampla divulgação daquele exemplar.

O emprego figurado do verbete revela que, por vezes, os interlocutores julgam conhecer a essência e demais elementos do outro, motivo pelo qual deixam de se deter ao que se fala, imaginando que já sabem exatamente que produto virá daquele interlocutor.

A justiça laboral, nos dias atuais, passou a ser rotulada de a justiça antitécnica, a justiça injusta, a justiça Robin Wood, dentre outras alcunhas.

A comunidade jurídica observa as decisões judiciais proferidas na Justiça Laboral, como as estudadas neste trabalho, como sendo anomalias legais, que se prestam, tão somente, a distribuir renda, esquivando-se da dissertação acerca da justiça, do devido processo legal e outros instrumentos de moralidade política que, ao menos ideologicamente, as decisões deveriam almejar e sustentar.

De tal constatação, e do afastamento corriqueiro da busca pela integridade, o Poder Judiciário vem se tornando desacreditado, já que a legitimidade de suas decisões vem sendo colocadas em discussão constantemente. Quando se discute a legitimidade das decisões, discute-se via de consequência, a legitimidade do próprio órgão.

A ideia de discutir-se acerca da legitimidade das decisões como um instrumento próprio de controle interno do direito não se revela incorreta, pelo contrário, mantém contornos benéficos ao Estado Democrático de Direito. O emprego da tese da única resposta correta, por sua vez, torna-se um instrumento de correção do direito, necessário à discussão quanto à sua legitimidade.

O que enfraquece o Judiciário Laboral não é, entretanto, as dissertações acerca da legitimidade das decisões, mas a esquivia de se envolver nesta dissertação e o ato de se ensimesmar em sua busca pela distribuição de renda sem qualquer critérios de princípios de direito, mas baseando-se em argumentos políticos.

Assim, ao subverter-se na aplicação de argumentos que não são afetos ao Poder Judiciário, a justiça, como ente ideal, também é relegada à própria sorte.

Tratamos no item anterior da questão da legitimidade das decisões judiciais fomentadas nos casos em que se decidem quanto à redução intervalar praticada sob a égide da Portaria 042/2007 do MTE. A conclusão parcial é de que as decisões que determinam o pagamento do intervalo não seriam legítimas, na medida em que não encontrariam razoabilidade e se afastariam da integridade do direito.

Entretanto, a questão que se revela, para que a discussão possa se tornar universal e não apenas adstrita aos casos propostos é: a busca pela legitimidade deve ser uma constante nas decisões judiciais? E se não o for, quais seriam as consequências desta ausência de legitimidade (ou busca por legitimidade)?

A legitimidade das decisões judiciais não está adstrita simplesmente a se aplicar ou não a justa medida ao caso concreto. Ela está intimamente ligada ao próprio Estado Democrático de Direito.

A questão pode ser demonstrada de forma satisfatória sob o viés histórico.

O Brasil e outros países da América Latina foram mantidos sob Regime Militar durante grande parte dos anos 70 e 80. As ‘ditaduras’ que se instalaram tiveram como protagonistas os militares que, no caso Brasileiro, tomaram o Estado e governaram o País anos afincos. Independente de questões ideológicas é certo que em determinado momento o modelo adotado não se sustentou, havendo a necessidade de se devolver o governo aos civis por intermédio de futuras eleições diretas.

A crítica que se revelava mais corrente era a questão da legitimidade do Governo Militar, sendo que em determinado momento a assunção do Poder Estatal obteve a alcunha de ‘Golpe Militar’. De tal afirmativa, já se verifica que a subida militar ao poder foi colocada em discussão especificamente sob o prisma da legitimidade. Aliás, a legitimidade era cotidianamente entoada contra o Governo Militar. Chico Buarque de Holanda cantava (Apesar de você³⁹):

³⁹ Neste mesmo sentido: Cálice – Chico Buarque de Holanda; Pra não dizer que não falei de Flores – Geraldo Vandré; É proibido proibir – Caetano Veloso; Vapor Barato – Gal Costa.

Hoje você é quem manda
Falou, tá falado
Não tem discussão
A minha gente hoje anda
Falando de lado
E olhando pro chão, viu

Você que inventou esse estado
E inventou de inventar
Toda a escuridão
Você que inventou o pecado
Esqueceu-se de inventar
O perdão

A questão da legitimidade do Governo Militar fora tão severamente cotidianamente colocado à prova, que o modelo sucumbiu. Esta é a imagem histórica dos poderes que são considerados ilegítimos: a derrocada. Portanto, ou o Poder Judiciário passa a se preocupar com a legitimidade de suas decisões, ou a história poderá lhe cobrar esta ausência de preocupação com o que é legítimo. Em especial, esta discussão deve envolver a comunidade jurídica que sem dúvidas razoáveis está intimamente ligada a tal questão.

A legitimidade das decisões judiciais deve ser colocada à prova não somente pelos motivos individuais de se verificar se a decisão ao caso concreto é justa. Se o Judiciário pretende que o Estado Democrático de Direito continue a tutelar os direitos no Brasil, faz-se necessário que suas decisões estejam próximas da legitimidade ou, ao menos, busquem a legitimidade. Ao Judiciário Laboral, faz-se necessário que os princípios constitucionais estejam acima dos laborais.

As decisões que não estejam sob a égide dos princípios constitucionais e não se pautem pela integridade, na medida em que flagrantemente ilegítimas, poderiam ensejar dúvidas quanto ao próprio ordenamento jurídico e relegam ao descrédito o Poder Estatal.

Assim, a discussão acerca das decisões judiciais deve ser levada a termo nos bancos acadêmicos e pela própria comunidade jurídica com o objetivo de se fortalecer o Estado Democrático de Direito, incluindo-se o Poder Judiciário nestes estudos, o que se demonstra essencial ao modelo em questão. Além disso, a possibilidade de que as questões judiciais sejam colocadas sem a legitimidade que lhes seria pertinente pode aproximar a instituição judiciária da ditadura pelo monopólio do Poder Estatal que outrora esteve nas mãos dos militares e que foi, e ainda o é, tão rispidamente atacada como o desvirtuamento do Poder Estatal.

Ora, se o Judiciário não quer incorrer na ditadura do Judiciário, deve velar-se a si próprio e criar mecanismos para que suas decisões não se afastem da ordem estabelecida. Um desses mecanismos é, de toda a sorte, a busca pela integridade.

A busca pela integridade fará com que o Poder Judiciário se aproxime da Justiça, na medida em que a moralidade política tem a especial característica de estar próxima do que a sociedade acata como justo. Assim, ao fugir da integridade o judiciário se afasta destas duas vertentes especiais, que seriam capazes tanto de demonstrar a legitimidade ou ilegitimidade do Poder Judiciário. É necessário que os juízes se incluam e incluam a comunidade jurídica e acadêmica nesta decisão, sendo este trabalho, apenas um passo na busca por esta dissertação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teoria da Argumentação Jurídica**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Vol. 5, nº 1, p.23-32 **Thesis**: Rio de Janeiro, 2012. Disponível em Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

_____. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Promulgada em 1º de maio de 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acessado em 29/09/2016.

_____. **Código de Processo Civil**. Promulgado em 17 de junho de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 29/09/2016.

_____. **Código Civil**. Promulgado em 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, consultado em 29/09/2016).

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª Ed. Revisada e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial. A justificação e a Aplicação das Regras Jurisprudenciais**. São Paulo, Noeses, 2012.

CAIEIRO, Alberto (heterônimo de Fernando Pessoa). **O guardador de rebanhos**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/pe000001.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989.

- DA SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito do direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **O Império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Uma questão de princípios**. Tradução Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de J.Cretella Junior e Agnes Cretella. 9ª Ed. Revisada. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.
- LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo Área de. **Acesso à moradia – políticas públicas e sentença por etapas**. Curitiba: Juruá, 2014.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31ª Edição. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PYLE, Howard. **Robin Hood**. Tradução e adaptação Stella Leonardos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Brasília: ESMPU, 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-16-2013-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

SCHWABE, Jürgen. **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização e introdução: MARTINS, Leonardo. Tradução: Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariade dos juízes”. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2016.

STRECK, Lênio. ABBOUD, Georges. **O que é isto – Precedentes judiciais e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.