



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

GABRIEL FELIX MENELAU

**REFORMA TRABALHISTA E ATIVIDADE JURISDICIONAL: LIMITAÇÕES E
ÓBICES À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIOLABORAIS NO BRASIL**

**JOÃO PESSOA
2019**

GABRIEL FELIX MENELAU

**REFORMA TRABALHISTA E ATIVIDADE JURISDICIONAL: LIMITAÇÕES E
ÓBICES À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIOLABORAIS NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

**JOÃO PESSOA
2019**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

M541r Menelau, Gabriel Felix.

REFORMA TRABALHISTA E ATIVIDADE JURISDICIONAL:
LIMITAÇÕES E ÓBICES À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS
SOCIOLABORAIS NO BRASIL / Gabriel Felix Menelau. - João
Pessoa, 2019.
72 f.

Orientação: Jailton Macena de Araújo.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Reforma trabalhista. 2. Poder Judiciário. 3.
Direitos Sociais. 4. Jurisdição Constitucional. I.
Araújo, Jailton Macena de. II. Título.

UFPB/CCJ

GABRIEL FELIX MENELAU

**REFORMA TRABALHISTA E ATIVIDADE JURISDICIONAL: LIMITAÇÕES E
ÓBICES À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIOLABORAIS NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

DATA DA APROVAÇÃO: 20 DE SETEMBRO DE 2019

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. JAILTON MACENA DE ARAÚJO
(ORIENTADOR)

Prof. Bel. NARICE FLAVIANA DE SOUZA ALVES BARBOSA BRAZ
(AVALIADORA)

Rafael C. Norat
Prof. Ms. RAFAEL CÂMARA NORAT
(AVALIADOR)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço imensamente aos meus queridos e exemplares pais, Gilvan e Patrícia, pilares da minha vida e que sempre fizeram de tudo para que eu pudesse alcançar meus objetivos, nunca medindo esforços para que eu conseguisse realizá-los. Sou grato por sempre depositarem confiança em tudo que me proponho a fazer, apoiando cada decisão por mim tomada. Por me proporcionarem as melhores condições de estudo e por sempre me nutrirem com amor e carinho. Por estarem ao meu lado em todas as vitórias até agora.

Agradeço aos meus irmãos, Guilherme, Felipe e Isabella, pelo carinho e por estarem comigo durante toda essa jornada, sem vocês nada disto seria possível.

Igualmente sou grato aos meus avós, Gilvan, Lúcia, Adauto e Edulivia, que me mostraram que a vida é maravilhosa e vai muito além das dificuldades que aparecem em nosso caminho. Meu exemplo de fortaleza. Também devo a eles todos os ensinamentos sobre luta, caráter e amor.

Aos meus amigos e familiares, que sempre demonstraram apoio e torceram pelo meu sucesso ao longo desses anos, em especial àqueles que provaram que a distância nem sempre é uma barreira e se fizeram presentes mesmo longe fisicamente.

Agradeço também aos amigos que o curso de Direito me apresentou e que se tornaram uma verdadeira família, sendo, por tantas vezes, exemplos de força e determinação. Por todos os momentos de alegria compartilhados tanto dentro, quanto fora da sala de aula. Por terem sido verdadeiros irmãos, tornando mais fáceis e agradáveis todos os dias vividos no Centro de Ciências Jurídicas.

Finalmente, meu muito obrigado a todos os meus mestres, professores do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba, que contribuíram imensamente na minha trajetória acadêmica e profissional. Especialmente, agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Jailton Macena de Araújo, que se tornou para mim um exemplo de docente, com um conhecimento imenso em sua área e amor pelo que faz. Obrigado por ter dispensado tamanha atenção, paciência, sinceridade e comprometimento necessários para o desenvolvimento e concretização deste trabalho.

RESUMO

O trabalho propõe-se a refletir de que modo as alterações inseridas pela reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) podem limitar a atuação do Poder Judiciário e, em última análise, a partir das novas restrições impostas à atividade jurisdicional, levar à supressão de direitos laborais fundamentais. Assim, levanta-se o seguinte questionamento: de que modo as alterações trazidas pela reforma trabalhista podem limitar a atuação do Poder Judiciário e, em última análise, levar à supressão de direitos laborais? Para responder, busca-se explorar o papel e a estrutura atribuída ao Poder Judiciário e, dentre seus ramos, a Justiça do Trabalho, sob o prisma da Constituição de 1988, que lhe conferiu função primordial na efetivação dos direitos fundamentais. Analisa-se ainda a função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, discutindo-se temas como a superação do modelo exegético, sob o prisma da interpretação do direito e seu caráter argumentativo, a judicialização da política e a racionalização da decisão judicial, para possibilitar uma ampla compreensão das alterações trazidas pela reforma trabalhista. Verifica-se, também, a compatibilidade dos dispositivos inseridos na reforma trabalhista que trouxeram alterações quanto à atividade judicante da Justiça do Trabalho, com o sistema jurídico brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988, e a possível restrição à concretização dos direitos laborais como consequência disto. Metodologicamente, o trabalho se assenta na abordagem hipotético-dedutiva, uma vez que se parte da ideia geral de que as alterações promovidas pela Reforma trabalhista no texto da CLT acabam por tolher a autonomia da atuação da Justiça do Trabalho na promoção dos direitos sociolaborais. Após a reflexão sobre o debate proposto, constata-se a dissonância dos artigos da reforma que tratam da Justiça do Trabalho com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo como vetor interpretativo a Constituição de 1988. As inovações em comento, ao limitarem a atuação jurisdicional, em afronta à independência e autonomia do Judiciário, colocam em vulnerabilidade os direitos laborais, que sem a salvaguarda da jurisdição trabalhista podem ter sua efetividade comprometida, sendo imperioso, portanto, o exercício do controle de constitucionalidade dos dispositivos trabalhados, pelos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Poder Judiciário. Direitos Sociais. Jurisdição Constitucional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 A MUDANÇA DE PARADIGMA NO PAPEL EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO	9
2.1 HISTORIOGRAFIA DO PODER JUDICIÁRIO E SUA ATUAL RELEVÂNCIA INSTITUCIONAL.....	9
2.2 GARANTIAS, LIMITAÇÕES E VEDAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO.....	14
2.3 JUSTIÇA DO TRABALHO: HISTÓRICO E PAPEL DESENVOLVIDO.....	20
3 PODER JUDICIÁRIO: CRISE DA ABORDAGEM DOGMÁTICO-LEGALISTA E FORÇA NORMATIVA DO DISCURSO JUDICIAL.....	27
3.1 DA CRISE DO MODELO JURÍDICO TRADICIONAL DOGMÁTICO-LEGALISTA.....	27
3.2 DA TRANSFORMAÇÃO DA CULTURA DO CÓDIGO PARA A CULTURA DA ARGUMENTAÇÃO NO DIREITO E AS NOVAS RESPONSABILIDADES DO PODER JUDICIÁRIO.....	31
3.3 CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO E PARÂMETROS PARA UMA RACIONALIZAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.....	35
4. DAS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI N. 13.467/2017 À ATIVIDADE JURISDICIONAL.....	43
4.1 LIMITAÇÃO QUANTO AO CONTEÚDO E EDIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA.....	43
4.2 DAS RESTRIÇÕES À ATIVIDADE JURISDICIONAL NA ANÁLISE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS COLETIVOS.....	51
4.3 AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO MAGISTRADO NA ANÁLISE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL LABORAL.....	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

Em julho de 2017, após cerimônia no Palácio do Planalto, fora sancionada a Lei n. 13.467/17, chamada de “Reforma Trabalhista”. A lei entrou em vigor em novembro do mesmo ano e desde a sua proposição gerou acalorados debates e críticas. Inicialmente, pelo fato de não ter havido a devida discussão do Congresso com a sociedade, no intuito de promover o diálogo social mais amplo, uma vez que seriam promovidas profundas alterações na legislação trabalhista, especialmente, quanto ao seu conteúdo e carga axiológica.

Dentre as diversas alterações que foram feitas pela reforma na legislação trabalhista vigente, nos campos individual, coletivo e processual do trabalho e que buscaram trazer um novo eixo ao sistema jurídico trabalhista, alterando sua racionalidade, utilizando como parâmetro a prevalência econômica em detrimento do valor social do trabalho, uma das mais graves empreitadas foram as restrições trazidas à atividade judicante da Justiça do Trabalho.

Nesse contexto, diante da atuação protetiva da Justiça do Trabalho, exercendo papel fundamental atribuído pela Constituição de 1988, na garantia dos direitos laborais, a reforma trabalhista trouxe dispositivos que podem limitar e restringir a atividade jurisdicional e hermenêutica trabalhista. Como exemplo disto, tem-se os parágrafos do novo artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inserindo também o princípio da intervenção mínima, além de outros dispositivos como o arts. 223 de A-G e o art. 702 da CLT e que podem acarretar como consequência a ameaça e vulnerabilidade a direitos trabalhistas consagrados pelo ordenamento jurídico.

Nesta toada, o ganho de relevância do Poder Judiciário ao exercer sua função garantidora da efetivação dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, dentre estes os trabalhistas, ao mesmo tempo provoca discussões sobre os limites dessa atuação, os parâmetros utilizados no discurso judicial e sua racionalização, além debates a respeito do ativismo judicial e a judicialização da política. Especialmente, porque, dado o contexto de violações constantes aos direitos dos trabalhadores, muitas vezes só quando o judiciário trabalhista é acionado é que esses direitos são efetivados.

Neste sentido, a análise das transformações proporcionadas pela reforma na esfera de atuação do Judiciário trabalhista torna-se imprescindível, uma vez que oportuniza o debate a respeito da pertinência dessas alterações, a compatibilidade dessas mudanças trazidas pela reforma com o sistema jurídico brasileiro, à luz da Constituição de 1988 e, em última análise, a possibilidade de tolhimento aos direitos dos trabalhadores por meio dos obstáculos criados à atuação judicial.

Diante desta perspectiva, pode-se sintetizar a problemática do trabalho da seguinte maneira: de que modo as alterações trazidas pela reforma trabalhista podem limitar a atuação do Poder Judiciário e, em última análise, levar à supressão de direitos laborais?

Frente à problemática levantada, ganha força a tese de inconstitucionalidade das alterações supracitadas trazidas pela Lei 13.467/17, diante do sistema jurídico trabalhista, à luz da Constituição de 1988 e das convenções da OIT e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Neste sentido, tem-se que a Constituição Federal consagra como princípio fundamental a inafastabilidade da jurisdição, a independência funcional do Poder Judiciário e, por conseguinte, a separação dos poderes, havendo, portanto, confronto com os novos dispositivos trazidos pela reforma trabalhista, na medida em que limitam, via lei ordinária, a atuação jurisdicional e afrontam a própria hermenêutica jurídica trabalhista. As imposições à atuação do Judiciário trabalhista impedem a criação e alteração de súmulas e enunciados, por exemplo, restringindo também seu próprio conteúdo, além de limitações à própria análise dos negócios jurídicos coletivos e outras restrições, como tarifações nos casos de danos extrapatrimoniais que impedem a aferição jurisdicional no caso concreto.

Nesta toada, é possível sustentar a hipótese de que as restrições à atividade jurisdicional trazidas pela reforma trabalhista, impedindo a atuação do Poder Judiciário, podem levar à inefetividade de direitos laborais fundamentais, uma vez que, desrespeitados no plano fático, terão a sua tutela exercida pela Justiça do Trabalho restrinida.

Para lançar luzes sobre tal problemática, pretende-se analisar as alterações inseridas pela Lei n. 13.467/17 quanto à atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, nomeadamente pela Justiça do Trabalho, em face da compatibilidade destas modificações com o ordenamento jurídico brasileiro, à luz da Constituição de 1988 e, em última análise, a eventual restrição à efetividade de direitos trabalhistas.

Primeiramente, para tanto, buscar-se-á explorar o papel e a estrutura atribuída ao Poder Judiciário e, dentre seus ramos, a Justiça do Trabalho, sob o prisma da Constituição de 1988, que lhe conferiu função primordial na efetivação dos direitos fundamentais. Em seguida, será feita análise da função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, discutindo-se temas como a superação do modelo exegético, sob o prisma da interpretação do direito e seu caráter argumentativo, a judicialização da política e a racionalização da decisão judicial, para possibilitar uma ampla compreensão das alterações trazidas pela reforma trabalhista.

Por fim, como último objetivo, verificar-se-á a compatibilidade dos dispositivos inseridos na reforma trabalhista que trouxeram alterações quanto à atividade judicante da Justiça do Trabalho, com o sistema jurídico brasileiro, à luz da Constituição Federal de 1988 e a possível restrição à concretização dos direitos laborais como consequência disto.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa prediz-se o emprego do método de abordagem hipotético-dedutivo, uma vez que se parte da ideia geral de que as alterações promovidas pela Reforma trabalhista no texto da CLT acabam por tolher a autonomia da atuação da Justiça do Trabalho na promoção dos direitos sociolaborais. No que toca aos métodos de procedimento, sugere-se o uso do método histórico, para que se possa analisar contextualizadamente como o papel do Poder Judiciário, o conceito de separação dos poderes, a teoria da decisão, dentre outros elementos, foram sendo redefinidos ao longo do tempo. Também o método comparativo será útil para tornar possível explorar as modificações na legislação trabalhista, dentro do estudo em tela.

A técnica de pesquisa a ser utilizada será a documental indireta, à medida que se discutirá a bibliografia pertinente ao tema, levantando-se os dados por meio de pesquisa documental e bibliográfica em livros, artigos científicos, teses, dissertações, monografias, periódicos e jurisprudência que toquem no tema proposto. Sobre a abordagem, pretende-se utilizar a pesquisa qualitativa, a fim de se refletir como o debate apresentado aponta para as hipóteses levantadas a respeito das restrições à atuação da jurisdição trabalhista e a inefetividade de direitos laborais.

2 A MUDANÇA DE PARADIGMA NO PAPEL EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário partiu de uma postura muitas vezes tida como apática, para assumir cada vez mais um protagonismo, estimulado nas democracias ocidentais pelo reconhecimento do Estado Social e o rol de direitos que o circundam. Esta ascensão do Judiciário teve reflexos na Constituição Federal de 1988, que delegou a este poder importante dever na garantia dos direitos fundamentais, além do exercício de um papel político, dividindo espaço com os Poderes Executivo e Legislativo.

Neste diapasão, com o intuito de construção de um Estado Democrático de Direito harmônico entre os três poderes, torna-se necessário, quanto ao Poder Judiciário, a observância de suas garantias e vedações balizadas pela Constituição. Tais institutos são destinados ao Judiciário, como órgão, aos membros da magistratura, mas também para os cidadãos jurisdicionados. Tais institutos asseguram o exercício da atividade jurisdicional de forma legítima e coerente, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais e a realização da cidadania, que na esfera laboral, é endossada pela Justiça do Trabalho.

Assim, para uma compreensão adequada das modificações inseridas pela reforma trabalhista, é preciso lançar luzes sobre o percurso histórico trilhado pela Justiça do Trabalho, desde seu início, quando a matéria laboral ainda compunha o âmbito civilista, até seu reconhecimento maior pela Constituição de 1988, que destinou elementar papel a esta. Neste sentido, não obstante o órgão tenha adquirido cada vez mais expressividade na efetivação dos direitos sociais, passadas as oito décadas de sua fundação, a Justiça laboral ainda enfrenta três principais desafios e que se relacionam com as modificações inseridas pela Lei 13.467/2017, quais sejam: o desafio quanto ao procedimento, à segurança jurídica e às questões ideológicas.

2.1 HISTORIOGRAFIA DO PODER JUDICIÁRIO E SUA ATUAL RELEVÂNCIA INSTITUCIONAL

O Poder Judiciário recebeu da Constituição Federal de 1988 relevância institucional a qual jamais havia sido dada em nenhum momento da história

brasileira. Porém, tal papel que este Poder vem assumindo é fruto de discussões e controvérsias há séculos, adotando-se como um de seus marcos iniciais a Revolução Francesa, de modo que até os dias atuais um dos debates mais palpitantes é de como devem ser postos os limites e parâmetros de atuação do Judiciário.

Neste sentido, Mendes e Branco (2017, p. 851) ressaltam a relevância institucional da atuação jurisdicional dentro do paradigma constitucional:

[...] o princípio da proteção judicial efetiva configura pedra angular do sistema de proteção de direitos. Conceberam-se novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos, a exemplo da ação direta por omissão, do mandado de injunção, do habeas data e do mandado de segurança coletivo. A ação popular teve seu âmbito de proteção alargado [...]

[...] Destaca-se que, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes. Konrad Hesse observa que não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de atividade que, de forma mais ou menos intensa, é exercida, também, pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. Todavia, o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados [...]

Este protagonismo exercido pelo Judiciário é um fenômeno recente, de modo que Tavares (2012, p. 23) relembra que ao longo da história mundial predominou o protagonismo dos Poderes Executivo e Legislativo, o que, em certas ocasiões, culminou em governos autoritários e despóticos, tendo o Judiciário, no mais das vezes, uma postura acanhada e assiduamente subserviente, omissa a estes Poderes. Dentre as principais razões para este fenômeno, pode-se elencar que o Judiciário, seguidamente, no continente europeu, principalmente durante o período de absolutismo, atuou como braço dos monarcas.

Outro ponto de contribuição para essa postura inicial do Judiciário é o fato de tradicionalmente ter se posicionado de maneira reativa e não ativa, sempre tendo como condição para sua atuação a provocação das partes interessadas, de modo que a utilização da via judicial para resolução de conflitos nos Estados europeus pós-revolução francesa fora um processo lento e gradual. Soma-se a isso um elemento de natureza formal, que é o fato de que a quase totalidade das lides, por muito tempo na história, eram de natureza individual, gerando pouca repercussão social. Porém, com a crise das teorias do modelo de codificação e do império do

direito positivo, somada à ascensão do Estado Social em diversas democracias no mundo, começa a ganhar força a relevância do Judiciário, como ressalta Tavares (2012, p. 125):

A falsidade e, mais do que isso, a inconsistência dessas teorias explicativas do Direito passaram a ser realçadas, para resgatar a importância e a responsabilidade do Estado-juiz.

Essa “viragem institucional” (enlaçada à crise) foi acentuada pelo advento do Estado Social e do Estado Constitucional. No Estado Social, as liberdades públicas perdem sua força atrativa para os direitos sociais, pautados na igualdade de condições e oportunidades. O Estado, por sua vez, deixa de ser um ente omisso, tornando-se um ente ativo, intervencionista: se no Estado liberal a regra era o não agir, no Estado Social a regra é exatamente oposta, é o agir, ou melhor, o prover. [...] [...] E, quando o Estado (Legislativo ou Executivo) não age, cabe ao indivíduo incitá-lo, via Judiciário. O Estado-juiz passa a ocupar um espaço importante na realização da justiça social. Decorre, daí, o aumento da demanda judicial com um conflito entre os poderes praticamente inafastável. Este conflito se acentua no Estado Constitucional, cuja pedra de toque será o controle de constitucionalidade. Mediante este controle, atos do Executivo e do Legislativo serão submetidos ao crivo da Constituição, personificada (em alguns sistemas, como o brasileiro) no Judiciário. [...]

Assim, segundo Arantes (2004, p.101), tanto pela via sociológica, como institucional, é fato que com a adoção do Estado Social, por diversos governos, no Século XX, o Judiciário conheceu de grande expansão, passando a adotar, como reflexo destas mudanças, novas finalidades e responsabilidades institucionais para garantia do Estado social e solidário, reencontrando-se com a dimensão política, pela via agora comum, não apenas por meio dos Tribunais Constitucionais, de modo que passa a ser considerado um terceiro poder político, como ressalta o autor (2004, p. 84):

A condição de poder político do Judiciário nos tempos modernos decorre de sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, especialmente as leis produzidas pelo parlamento. Essa função, conhecida como judicial review ou controle de constitucionalidade das leis, coloca o Judiciário em pé de igualdade com os demais poderes exatamente naquela dimensão mais importante do sistema político: o processo decisório de estabelecimento de normas (leis e atos executivos) capazes de impor comportamentos. Nos países em que o Judiciário ou um tribunal especial pode ser acionado para verificar o respeito das leis e dos atos normativos à Constituição, pode-se dizer que existe um terceiro poder político de Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo. Nos países em que essa função inexiste, o Judiciário assemelha-se a um órgão público ordinário, responsável pela importante tarefa de prestar justiça nos conflitos particulares, mas incapaz de desempenhar papel político no processo decisório normativo. E nesse sentido que Estados Unidos e França constituem exemplos paradigmáticos de delegação e de não delegação, respectivamente, desse papel político à magistratura.

Neste diapasão, Arantes (2004, p.102) constata que também o Judiciário brasileiro conheceu de grande expansão nesta dimensão da justiça comum e na proteção dos direitos sociais e coletivos. Embora o Brasil não tenha presenciado um Estado social semelhante aos modelos europeus, já na Era Vargas, este assumiu um papel centralizador e intervencionista socioeconomicamente. Soma-se a isso, a extensa legislação social que fora introduzida neste período, chamada de “cidadania regulada”, por Santos (1979, *apud* Arantes, p.104), em que se tem como grande exemplo as leis trabalhistas, que culminaram no primeiro salto expansionista do Judiciário brasileiro, caracterizado pela especialização de ramos da Justiça, caso das Justiças do Trabalho e Eleitoral.

Outro ponto que contribuiu para o crescimento do protagonismo do Poder Judiciário, fora a ascensão do número de contendas coletivas, que como já fora citado, tradicionalmente eram minoria, sendo a imensa parte dos litígios de natureza privada, apenas inter partes. É neste sentido que Cappelletti (1989, p.22) trata das novas demandas sociais, ações massificadas, representando interesses coletivos e difusos, que ressignificam e trazem novas responsabilidades à atuação do Judiciário.

Tal fenômeno ganhou força inicialmente em países como Alemanha, Estados Unidos, França e Inglaterra e, no Brasil, tomou forma a partir da década de 80, tendo como um de seus principais marcos o surgimento da Ação Civil Pública, em 1985. O crescimento do Ministério Público, como não apenas um órgão com atuação na esfera criminal, mas em defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade, o que fora ratificado pela Constituição de 1988, como argumenta Arantes (2004, p.105-106):

A Constituição de 1988 consolidou essa expansão da Justiça rumo à proteção dos direitos coletivos, reafirmando-os como categoria jurídica constitucional - o que permitiria o reconhecimento legal de vários outros direitos específicos a partir dessa matriz - e confirmou o papel tutelar do Ministério Público nessa área, atribuindo-lhe ao mesmo tempo independência institucional em relação aos demais poderes de Estado.

Desde 1988 temos assistido ao desenvolvimento de um verdadeiro subsistema jurídico no país, em que novas leis promulgadas orientam-se pela idéia da proteção coletiva de determinados direitos e pelo reforço do papel do Ministério Público, dando continuidade à expansão iniciada pela Lei da ACP de 1985: são exemplos a Lei 7853/89, que trata da proteção das pessoas portadoras de deficiência; a Lei 7913/89, que institui a proteção coletiva dos investidores do mercado de valores mobiliários; a Lei 8069/90, que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei 8078/90, que criou o Código de Defesa do Consumidor, certamente o diploma legal mais importante desse novo subsistema jurídico; a Lei 8429/92, que trata da improbidade administrativa, delegando funções importantes ao Ministério

Público; a Lei 8884/94, que trata das infrações contra a ordem econômica e, finalmente, a Lei 8974/95, que estabelece normas sobre biossegurança e dá legitimação ao Ministério Público para atuar nessa área.

O resultado geral dessa evolução legislativa e processual é que hoje a Justiça brasileira se converteu em palco importante de conflitos coletivos, nas mais diversas áreas, e o protagonismo do Ministério Público tem chamado a atenção dos analistas para os limites e potencialidades desse modelo institucional.

Neste diapasão é que o ministro Luis Roberto Barroso (2007, p. 44-45) argumenta a relação entre o conjunto de direitos instituídos pela Constituição de 1988 e o fortalecimento da cidadania, com o consequente protagonismo delegado ao Judiciário:

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimidade ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo.

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes

Nesta toada é que se extrai de Tavares (2012, p.38) que a construção da cidadania brasileira passa pela própria reconstrução do Judiciário, além de toda a cultura jurídica em seu entorno e interior, visto que trata-se do organismo constitucionalmente competente e legitimado para assegurar a tutela, quando necessário, dos direitos fundamentais. Assim, tais fatores foram fundamentais nessa mudança de paradigma em que ganha relevância o Poder Judiciário, trazendo também novas responsabilidades institucionais e debates acalorados a respeito de balizas para sua atuação, como trata Tavares (2012, p.27) ao citar Boaventura Sousa Santos:

Assim, o Judiciário passou a ser, para usar a expressão de BOAVENTURA SOUSA SANTOS, um “fiador da democracia” e, para isso, como observou SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, “não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante dos destinos das nações, também responsável pelo bem comum, especialmente em temas como dignidade humana [...]”

Copartícipe, em suma, da construção de uma nova sociedade" (TEIXEIRA, 2008: 143) [...]

[...] o resultado do Estado de Direito, do Estado Social, do Estado Constitucional, da sociedade industrial e da viragem paradigmática do Direito foi tirar o Poder Judiciário, de uma posição secundária, submissa e quase clandestina, para uma de crucial relevância na manutenção da ordem social.

Como contrapartida ao incremento das posições assumidas pelo Judiciário e aumento de sua responsabilidade – e em virtude dos efeitos que suas decisões podem produzir no cotidiano social e político – segue-se uma preocupação intensa, vertida, geralmente, em pretensões de fiscalização sobre o atuar do magistrado, o qual não poderia passar incólume neste amealhar de força e influência.

Neste sentido, frente ao ganho de relevância do papel institucional exercido pelo Poder Judiciário na garantia do exercício dos direitos fundamentais e na realização de cidadania, é necessário também aprofundar-se na análise das garantias, vedações e limitações deste Poder e que asseguram o exercício harmônico entre os Três Poderes e são pilares do Estado Democrático de Direito.

2.2 GARANTIAS, LIMITAÇÕES E VEDAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

Diante deste novo paradigma nas democracias ocidentais, dentre elas o Brasil, em que há um salto na relevância institucional exercida pelo Poder Judiciário, para que haja uma efetiva garantia dos direitos fundamentais por este, é necessário assegurar a devida separação dos poderes e as garantias do Poder Judiciário e de seus membros. Assim, Mendes e Branco sustentam (2015, p.962):

As garantias do Poder Judiciário, em geral, e do magistrado, em particular, são garantias institucionais e se destinam a emprestar a conformação de independência que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial. Ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade). Daí a necessidade de que, na sua organização, materialize-se a clara relação de independência do Poder Judiciário e do próprio juiz em relação aos demais Poderes ou influências externas[...]

[...] A Constituição de 1988 dotou os tribunais de um poder de autogoverno consistente na eleição de seus órgãos diretivos, elaboração de seus regimentos internos, organização de suas secretarias e serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como no provimento dos cargos necessários à administração da Justiça (CF, art. 96, I).

Dessa forma, para que seja exercida a jurisdição de acordo com os ditames constitucionais, Rocha (1995, p.28-31) elenca como duas prerrogativas principais do

Judiciário a independência e a imparcialidade, prerrogativas fundamentais e de onde irradiam as garantias, que serão tratadas mais à frente.

A independência é, segundo Rocha (1995, p.28), a característica mais relevante do estatuto do juiz, sendo tão fundamental para a jurisdição, que o saudoso professor chega a considerá-la “pedra angular” do Estado de Direito, ressaltando que do ponto de vista sociológico esta dá legitimidade ao Judiciário. Tal necessidade de justificação e legitimação é necessária para que as partes aceitem o juiz como agente heterônomo de resolução de conflitos, pois as partes sequer podem escolher o magistrado a decidir o conflito, o que já restringe suas liberdades e ainda são obrigadas a acatar as decisões proferidas por esse juiz. Neste sentido, em consonância com o art. 5º, XXXV e LIII da Constituição de 1988, é imperioso se observar a independência do magistrado para julgar.

A independência é dividida no geral pela doutrina em seu âmbito externo e interno. No âmbito interno o juiz deve estar livre de influências do próprio Judiciário e no âmbito externo dos condicionamentos dos demais Poderes e de setores da sociedade, devendo ater-se somente aos argumentos jurídicos envolvidos no processo.

O segundo aspecto que dá singularidade à função de magistrado, segundo Rocha (1995, p.30) é a imparcialidade. Para a justeza do julgamento o juiz deve portar-se como terceiro no processo em relação às partes e aos seus interesses. A imparcialidade diferencia-se da independência, apesar de estarem interligadas, pois esta diz respeito ao estatuto dos membros da magistratura em geral e já aquela deve ser analisada em cada caso em concreto, sob a luz dos interesses das partes. Importante também salientar a diferenciação trazida pelo autor (1995, p.31) entre imparcialidade e neutralidade, de forma que é sustentada a impossibilidade prática da neutralidade pelo juiz:

Inconfundíveis, ainda, são os conceitos de imparcialidade e neutralidade. Enquanto a primeira traduz, como vimos, a posição de distanciamento do juiz, em um dado processo, em relação às partes e seus interesses, a neutralidade quer dizer indiferença em relação aos valores, sobretudo os valores político-ideológicos. Representa, pois, uma indefinição em face das lutas político-ideológicas que atravessam a sociedade e dela são inseparáveis.

Hoje é pacífico o entendimento de que a neutralidade é incompatível com a natureza essencialmente valorativa do ser humano. Por isso, entende-se a neutralidade como uma tentativa de esconder uma clara opção em favor do “status quo”, uma vez que, importando a recusa de agir ou comprometer-se, colabora por omissão, para a conservação do existente. O que significa

dizer ser a neutralidade uma forma camouflada de conservadorismo, principalmente, de conservadorismo político-ideológico.

[...] Por conseguinte, imparcialidade e neutralidade não se confundem. A primeira é elemento estrutural da jurisdição. Sua ausência afeta a jurisdição. A segunda não é da essência da jurisdição. Sua ausência não importa a perda da imparcialidade. Ou seja, a tomada de posição política e ideológica pelo juiz não implica sua parcialidade, salvo se manifestar opinião relativa ao caso concreto que lhe cabe julgar.

Importante ressaltar, que as garantias ao Poder Judiciário e aos juízes estão totalmente imbricadas com a separação dos poderes, não havendo como sustentar uma sem a outra. Neste sentido, as garantias asseguradas ao Poder Judiciário para sua atuação são, em geral, organizadas pela doutrina em autonomia financeira, de governo (autogoverno) e normativa, de modo que Mendes e Streck (2014, p.1332) argumentam:

[...] a efetiva independência judicial depende de certas garantias de autonomia organizacional, administrativa e financeira dos Tribunais. Pode-se dizer que elas representam garantias institucionais da independência judicial e, dessa forma, garantias fundamentais da prestação jurisdicional adequada e efetiva.

A garantia de autonomia de governo do Judiciário se dá pela liberdade de seus órgãos, sem a necessidade de anuência dos poderes Executivo e Legislativo, elegerem suas diretrizes e dirigentes, definirem sua estrutura, se organizarem internamente e tratem de temas como servidores e gestão organizacional. Assim, Afonso (2004, p. 95) ressalta a importância de tal garantia:

A instauração de um modelo de autogoverno do poder judicial tem como significado a libertação da condução dos assuntos judiciais da esfera do executivo, colocando-a fora do seu controlo e o reforço da independência dos juízes quer no plano externo, na medida em que os subtrai da influência daquele poder, quer no plano interno, diminuindo o poder hierárquico das jurisdições superiores.

No Estado de direito a magistratura deve ser dotada de um sistema de governo próprio que evite o “mandarinato” dos juízes, favoreça uma certa coordenação com os representantes da soberania popular e ofereça garantias de independência e não manipulação

. Neste sentido, dentro do exame da garantia de autogoverno, vale salientar o instituto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que busca tornar mais democrático o exercício deste Poder, incluindo membros do povo, advogados e membros do Ministério Público em sua composição. O CNJ, dentre outras atribuições, é responsável por garantir a efetividade da prestação jurisdicional,

garantir a correta execução do orçamento adequado para o Judiciário, sua autonomia e executar o planejamento estratégico e metas para o Judiciário.¹

Já a autonomia financeira está prevista expressamente no art. 99 da Constituição Federal de 1988 e é necessária para assegurar o pleno exercício das funções judicantes. Garante, portanto, que os tribunais não dependerão da anuência de outro Poder para resolver assuntos relacionados às suas finanças. Por fim, vale ressaltar, o Poder Judiciário exerce, como função atípica, a legislativa, que também é corolário de sua autonomia e se exterioriza na competência para elaboração de regimentos internos e a iniciativa legislativa em certas temáticas.

Além das garantias ao Poder Judiciário, vale também salientar as asseguradas aos seus membros, exercentes da atividade judicante e que estão consagradas no art. 95 da Constituição Federal, sendo elas a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos subsídios e tendo importante papel na garantia da justeza da decisão por meio da independência do magistrado, como afirma a lição de Nader (2016, p.122):

[...] as garantias da magistratura constituem também um fator de segurança jurídica. Os juízes devem gozar de ampla liberdade no exercício de suas funções, tendo por limite apenas a ordem jurídica. A falta de garantias constitucionais pode levar ao temor ou constrangimento e comprometer o ato judicial.

A vitaliciedade é a garantia que assegura ao magistrado que só será destituído de seu cargo, além dos casos de morte, aposentadoria compulsória e exoneração voluntária, por sentença judicial transitada em julgado, tendo sido, no processo, garantido o direito à ampla defesa e contraditório. Tal garantia, portanto, caucciona a atividade judicante, de forma que o magistrado não terá preocupações com uma eventual perda de cargo na defesa dos direitos fundamentais. Devido à substancialidade do conteúdo desta garantia à cidadania e aos direitos e liberdades fundamentais, é considerada por muitos doutrinadores cláusula pétrea, como trata a lição de Tavares (2012, p.249):

[...] o núcleo da vitaliciedade constitucional consiste na exigência de processo judicial e decisão definitiva para a perda do cargo de um magistrado, proferida por julgador que esteja cercado das salvaguardas próprias e plenas que se impõem para uma decisão isenta e livre. A inserção de qualquer exceção, mesmo por emenda constitucional, atingirá

¹ <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>

frontalmente essa garantia, a ponto de equiparar o vitalício ao não vitalício, desestruturar o Judiciário no desempenho de suas atividades principais e comprometer seriamente a estrutura constitucional do Estado.

Por sua vez, a inamovibilidade é a garantia de que o magistrado não será removido *ex officio* de seu cargo. Tal mandamento está imbricado ao princípio constitucional do juiz natural e impede que por motivos externos ou políticos, por exemplo, o juiz seja afastado de sua jurisdição ou de qualquer processo em que atue. Assim, para que haja a remoção de determinado juiz, é exigido a comprovação do interesse público, sendo necessária maioria absoluta do Conselho Nacional de Justiça ou do respectivo tribunal, nos termos do art. 93, VIII, da Constituição Federal, sempre sendo dado o direito à ampla defesa. Vale ressaltar, segundo a doutrina, qualquer tentativa legislativa no sentido de promover a remoção de magistrados para desarticular a justiça deverá ser declarada inconstitucional.

Por fim, a irredutibilidade dos vencimentos, que assegura, tanto ao magistrado de forma individual, como ao Poder Judiciário, em sua classe, como um todo, que seus subsídios não serão reduzidos por interesses dos Poderes Executivo e Legislativo. Tal garantia, portanto, reforça a independência dos magistrados em sua atuação, que não poderá sofrer retaliações de redução de vencimentos.

Na sistemática de proteção dos direitos fundamentais, além das próprias garantias ao Poder Judiciário e seus membros, para que o Estado de Direito, a cidadania e a justiça sejam asseguradas, são dadas também garantias ao cidadão em face do Poder Judiciário e estabelecidas vedações a este.

Uma das garantias que vale ser lembrada é a necessidade de motivação e fundamentação das decisões judiciais, que será mais detalhadamente explorada no capítulo seguinte desta pesquisa. Neste sentido, o órgão julgador deve dar conhecimento aos litigantes do motivo que ensejou determinada decisão e além disso, fundamentar com base em argumentos jurídicos suscitados no processo. Tal obrigação é considerada direito fundamental e corolário do Estado Democrático de Direito por Mendes e Branco (2017, p.864), sendo necessária também para a garantia da coerência e integridade do direito, visto que os motivos determinantes da sentença serão utilizados para a construção do direito. Assim, segundo os autores:

A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação significa não apenas

explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. [...]

[...] A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão – para se ter uma ideia da dimensão do fenômeno –, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação integra-se ao direito fundamental a um processo equitativo, de modo que as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam. [...]

Além da necessidade de motivação e publicidade dos fundamentos da decisão judicial, Rocha (1995, p.68) elenca como garantia do cidadão em face do Judiciário a independência e imparcialidade do juiz, já tratadas anteriormente. O autor também inclui o devido processo legal, em seu sentido amplo, direito fundamental garantido no Estado de Direito, o duplo grau de jurisdição e remédios constitucionais, como o mandado de segurança e o mandado injunção, para que as liberdades fundamentais e o exercício de direitos não sejam coibidos de forma desarrazoada pelo Judiciário.

Para que seja garantido a isonomia, o funcionamento adequado do Poder Judiciário e o devido processo legal, além das garantias ao cidadão, também vale ressaltar a imposição de vedações aos membros da magistratura, inseridas na Constituição Federal e nas normas legais. Segundo Mendes e Branco (2015, p.968) a Constituição de 1988, visando a garantia da independência da magistratura, adotou um sistema de rigidez quanto à remuneração dos juízes, de modo que é vedado o exercício de outra atividade remunerada, salvo uma de magistério. Igualmente, é vedada a participação a qualquer título ou pretexto de valores, custas, auxílios e contribuições referentes à participação em processos, por qualquer pessoa física ou entidade.

É vedado também aos membros da magistratura a participação em atividade político-partidária, para que institucionalmente seja buscada a imparcialidade do juiz, de modo que, caso opte por desempenhar tal atividade, deverá prover, de forma definitiva sua aposentadoria ou exoneração. Vale ressaltar, os juízes têm seu direito ao voto assegurado e não se almeja a neutralidade, pois esta é contrária à própria essência natural do ser humano e a própria liberdade de pensamento e convicção,

mas na verdade, a exigência constitucional se consubstancia na imparcialidade do juiz no exercício da atividade judicante.

Outra vedação relevante, trazida por inovação da Emenda Constitucional n. 45/2004 fora a proibição de o ex-magistrado exercer a advocacia durante o prazo de três anos após a sua saída do cargo, perante o juízo ou tribunal a qual atuava. Segundo Mendes e Branco (2015, p. 969), não obstante tal determinação durante sua implementação tenha gerado certo debate e controvérsia, tendo em vista liberdades individuais, como o livre exercício de atividade profissional, a vedação é plenamente arrazoada, pois está fundamentada na garantia de independência e imparcialidade dos órgãos jurisdicionais. A previsão busca, portanto, evitar a criticada prática presente no Direito estadunidense, conhecida como *revolving doors*, em que há a utilização, por agentes, do trânsito entre os setores públicos e privados para benefício de particulares.

Todas essas vedações e prerrogativas são estabelecidas no sentido de promover a lisura e legitimidade da atuação do Poder Judiciário, a qual se firma como instituição essencial à realização democrática da cidadania brasileira, fundada especialmente no acesso à justiça, o que, na esfera laboral, se corporifica com a Justiça do Trabalho.

2.3 JUSTIÇA DO TRABALHO: HISTÓRICO E PAPEL DESENVOLVIDO

Dentro do paradigma constitucional de relevância do Poder Judiciário, um de seus principais ramos, com função atribuída pela Constituição de 1988, de garantir o direito do trabalho e o trabalho digno como valor, corolário da cidadania e emancipação social, está a Justiça do Trabalho. No Brasil, segundo Lima (2015, p.47 apud Lima 2017, p.1), algumas fases principais da Justiça do Trabalho podem demarcar sua evolução e desenvolvimento.

Na primeira fase não havia um órgão específico para resolução dos conflitos advindos do labor, de modo que estes eram julgados pela Justiça Comum, de acordo com o procedimento sumário, nos termos do Regulamento 737, datado de 1850. A segunda fase, então, se inicia em 1907, com a criação, por meio de

decreto, dos CPCAs, conselhos destinados à conciliação e arbitragem, tendo como principal marco, portanto, a institucionalização da Justiça do Trabalho.

Não obstante tal passo inicial, segundo Ferrari, Nascimento e Marins Filho, (2002, p. 192, apud Lima 2017, p.1), na verdade, tais conselhos jamais chegaram a ser criados e não saíram do papel. Assim, o primeiro órgão jurisdicional que tratava de direito do trabalho em um sentido amplo, pois a matéria ainda se encontrava inclusa no âmbito civilista, e que entrou de fato em funcionamento no Brasil, fora o Tribunal Rural de São Paulo, que iniciou suas atividades em 1922 e surgiu devido ao número em crescimento vertiginoso de trabalhadores do campo neste estado.

O órgão era composto por, além de um juiz de direito, que o presidia, por dois membros classistas, um dos empregados (locatário de serviços rurais) e outro dos empregadores (locador de serviços rurais), tendo, portanto, formação paritária. Porém, segundo Delgado e Delgado (2011, p. 104) é na década de 1930 que realmente são efetivadas medidas oficiais para a institucionalização de uma justiça especializada nas relações trabalhistas.

Em 1932, houve a criação das Juntas de Conciliação e Julgamento e as Comissões Mistas de Conciliação, de modo que as primeiras eram responsáveis pelas lides individuais entre empregadores e empregados e as comissões pelos litígios coletivos. Tais órgãos, vale ressaltar, pertenciam ao Poder Executivo em âmbito federal e assim como os tribunais rurais, tais instituições também tinha composição paritária.

Neste sentido, estes estágios iniciais de institucionalização da Justiça do Trabalho, segundo Delgado (2017, p.118) foram marcados por uma forte preocupação e intervencionismo estatal no campo social:

A fase de institucionalização do Direito do Trabalho consubstancia, em seus primeiros treze a quinze anos (ou pelo menos até 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho), intensa atividade administrativa e legislativa do Estado, em consonância com o novo padrão de gestão sociopolítica que se instaura no País com a derrocada, em 1930, da hegemonia exclusivista do segmento agroexportador de café.

O Estado largamente intervencionista que ora se forma estende sua atuação também à área da chamada questão social. Nesta área implementa um vasto e profundo conjunto de ações diversificadas mas nitidamente combinadas: de um lado, através de rigorosa repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário; de outro lado, através de minuciosa legislação instaurando um novo e abrangente modelo de organização do sistema justrabalhista, estreitamente controlado pelo Estado

A Constitucionalização da Justiça do Trabalho veio a ocorrer na Constituição de 1934, muito embora esta ainda fizesse parte do Poder Executivo, como explica o TST (2011, p. 29):

A constituição de 1934, que teve vida breve em razão do golpe do Estado Novo (1937), no tópico referente à “Ordem Econômica e Social”, chegou a instituir a “Justiça do Trabalho” como órgão responsável por “[...] dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social”; porém, de forma contraditória, apesar de chamá-la de “Justiça”, explicitamente a excluía das disposições de seu Capítulo IV, que estruturava o Poder Judiciário.

Segundo Lima (2017, p.2) a Constituição de 1937, que sucedeu a de 34, em seu art. 139, não mencionou de forma expressa que a Justiça do Trabalho estava vinculada ao Poder Executivo, de forma que o Supremo Tribunal Federal passou a adotar o entendimento de que esta passara a compor o Poder Judiciário. O autor (2017, p.2) ainda ressalta que foi apenas em 1939 que o termo “Justiça do Trabalho” apareceu pela primeira vez na legislação infraconstitucional no Decreto nº 1.237, de 2 de maio de 1939.

Em 1º de maio de 1941 fora consolidada a Justiça do Trabalho, com a sua inauguração, após ter sido estruturada e regulada pelo Decreto-Lei nº 1237 de 1º de maio de 1939. Segundo Delgado e Delgado (2011, p. 105): “Seu caráter federal e republicano evidenciava-se de distintas maneiras, a contar pela presença de uma corte nacional, o então chamado Conselho Nacional do Trabalho – CNT –, com sede na capital da República (Rio de Janeiro)”. Por meio do Decreto nº 979/46, o CNT, alguns anos depois, em 1946, se transformou em Tribunal Superior do Trabalho, e os Conselhos Regionais do Trabalho, órgãos colegiados, inicialmente distribuídos em oito grandes regiões do país, se tornaram os Tribunais Regionais do Trabalho.

Outro importante estágio para a Justiça do Trabalho fora o advento da Constituição de 1946. De índole democrática, tal diploma fora responsável por declarar, de forma expressa, a Justiça do Trabalho como parte integrante do Poder Judiciário. Neste diapasão, Luz e Santin (2009, p.128) comentam a Constituição de 46 e os avanços no campo trabalhista:

Assim, ao seguir a tendência mundial, a Carta de 1946 é considerada como uma constituição democrática. Repetem de um modo geral os pontos de vista essenciais existentes na Constituição de 1934, principalmente no que tange aos direitos sociais, não aderindo ao socialismo nem tampouco à linha rígida do liberal-individualismo. Além disso, traz avanços no direito do trabalho: (1) reconhece o direito de greve; (2) prevê novas implicações ao trabalho insalubre e perigoso; (3) institui o repouso semanal remunerado;

(4) a estabilidade no trabalho, com indenização ao trabalhador despedido e assistência aos desempregados; e (5) “estabeleceu, ainda, a participação do trabalhador nos lucros da empresa, norma que não recebeu regulamentação sob a égide da citada constituição, além de ter incorporado a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário (...), instituindo o seu poder normativo.

Portanto, na Carta Magna de 1946 fora constitucionalizada a estrutura da Justiça do Trabalho, regulada pelo Decreto nº 979/46, que a organizou em Tribunal Superior do Trabalho, TRTs e, como órgão de primeira instância as Juntas de Conciliação de Julgamento. Segundo Lima (2017, p. 3), as Constituições de 1967, 1969 e 1988 conservaram tal estrutura até o advento da Emenda Constitucional nº 24/99, que extinguiu as Juntas de Conciliação e Julgamento e a tradição da representação paritária em todas as instâncias, instituindo, em seu lugar, as Varas do Trabalho, conduzidas apenas por juízes togados. Lima (2017, p.3) ainda ressalta outra importante emenda para o Poder Judiciário, a Emenda n. 45 de 2004, responsável pela ampliação da competência da Justiça trabalhista:

Por fim, a fase de *ampliação* (LIMA, 2015, 48) teve origem em 2004, quando a Emenda Constitucional nº 45 promoveu alterações substanciais em todo o Poder Judiciário. Em relação à Justiça do Trabalho, as alterações mais importantes foram a ampliação da competência e a transformação da jurisdição normativa em juízo arbitral judicial (LIMA, 2015, 48). Em ligeiras linhas, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de Direito Público externo e da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Entretanto, o STF excluiu da competência da Justiça do Trabalho as causas relativas aos servidores públicos estatutários[11] e aos servidores temporários.[12] Quanto à jurisdição normativa, a Constituição passou a exigir, para os dissídios coletivos de natureza econômica, que as partes concordem com a instauração da respectiva instância (art. 114, §2º), o que transforma a jurisdição em juízo arbitral realizado pelo Poder Judiciário.

A consagração do relevante papel institucional da Justiça do Trabalho e de seu sentido axiológico veio, então, com a Constituição cidadã de 1988 que, nas palavras de Delgado e Delgado (2011, p. 110), “corresponde à fase de sua plena consagração como lídimo segmento concretizador da justiça social no campo do Judiciário.” Neste sentido, os autores (2011, p. 114) assentam:

Em sociedade civil e Estado fundados na dignidade da pessoa humana, na valorização do trabalho e especialmente do emprego, na submissão da propriedade à sua função social e ambiental – em conformidade com o que determina a Constituição –, é imprescindível a existência de uma sólida e

universalizada estrutura dirigida à efetividade do Direito do Trabalho na vida econômica e social, inclusive com um segmento especializado, célere e eficiente de acesso ao Judiciário e de efetivação da ordem jurídica. Nesse sistema, cumpre papel decisivo a Justiça do Trabalho.

Assim, atualmente, a Justiça do Trabalho está estruturada tendo o Tribunal Superior do Trabalho (TST) como órgão superior, sediado em Brasília, composto por 27 ministros e, considerado por muitos doutrinadores, como órgão guardião da Justiça Trabalhista, responsável por sua uniformização. Importante ressaltar também os TRT's, que como já mencionado, atualmente são 24, compostos por desembargadores, incluindo os oriundos do quinto constitucional e com competência originária, no caso do julgamento de dissídios coletivos, por exemplo, mas também recursal. Por fim, as varas do trabalho, que são criadas por lei, e representam o órgão de primeira instância da Justiça do Trabalho, compostas por juízes togados, com ingresso mediante concurso público e gozando das garantias dos membros do Poder Judiciário já trabalhadas no tópico anterior.

Deste modo, a Carta Magna, além de atribuir importante papel garantidor dos direitos fundamentais trabalhistas pela Justiça do Trabalho, determinou sua expansão e capilaridade, de forma que, desde então, oito novos Tribunais Regionais foram criados em diferentes estados do país, (TST, 2011, p.7), e com base nos dados trazidos por Delgado e Delgado (2011, p. 112) o número de varas trabalhistas após 1988 cresceu 180% em duas décadas.

Não obstante tal papel fundamental na garantia dos direitos sociais que fora delegado à Justiça do Trabalho, quase oito décadas após sua fundação muitos desafios ainda permeiam sua atuação. Lima (2017, p. 3) elenca três principais, sendo eles: o procedimento, a segurança jurídica e as questões ideológicas.

Primeiramente, em relação ao procedimento, tem-se que um dos grandes desafios é a celeridade. O direito à duração razoável do processo constitui-se em importante garantia processual para concretização da efetividade judicial. Diante do exacerbado número de processos novos, que se soma ao de processos pendentes, que tende a crescer todos os anos, de modo que só em 2018, havia cerca de dois milhões de processos aguardando julgamento, em primeiro e segundo grau, na Justiça do Trabalho, segundo dados do TST², medidas são adotadas para buscar vencer tal problemática. Neste diapasão, Lima (2017, p. 3) destaca a criação das

² http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445

Comissões de Conciliação Prévia e a introdução do rito sumaríssimo e das Orientações Jurisprudenciais (OJs), como mecanismos incorporados para dar celeridade aos processos trabalhistas.

Outro desafio processual, interligado à celeridade, é a efetividade da jurisdição trabalhista. Embora haja o emprego de esforços em tornar a atividade judicante mais célere e o rígido cumprimento da lei, os direitos assegurados não terão concretude caso as decisões exaradas pela Justiça não gozem de efetividade, de modo que ferramentas como a penhora on-line e o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas vêm sendo implementadas para buscar a efetividade, principalmente na fase executória, que segundo Lima (2017, p.3) é a que concentra as maiores dificuldades:

Com efeito, o tempo médio para prolação da sentença na fase de conhecimento é de razoáveis sete meses. Todavia, na execução, fase de materialização da eficácia da decisão, o tempo de decisão de todas as questões que a envolve é de três anos e sete meses (CNJ, 2016, p. 11). Dados do CNJ ainda dão conta de que a *taxa de congestionamento*[21] na execução trabalhista, no período 2009-2015, é bem maior do que no processo de conhecimento, sendo de 70%, contra 48%.

Esse números demonstram que, por mais célere e isonômica que a Justiça do Trabalho seja, a eficácia da decisão ainda depende de elementos externos, com os quais o processo tem que lidar com ferramentas que nem sempre são suficientes. Não se pode deixar de enaltecer conquistas, como a penhora on-line e os convênios com serviços de proteção ao crédito.

Também a segurança jurídica constitui-se importante desafio e objetivo a ser buscado pela Justiça do Trabalho. Neste diapasão, tem-se que esta é necessária para dar maior previsibilidade quanto às regras trabalhistas a empregadores e empregados, para que possam orientar suas condutas laborais corretamente, e fundamental para o desenvolvimento da atividade econômica do país, segundo Pastore (2014). Além disso, a segurança jurídica está ligada à concorrência justa e isonômica entre as empresas, de modo que estas devam cumprir as regras trabalhistas da mesma forma e serem sancionadas igualmente pelo desrespeito ao regramento laboral. Assim, Pastore (2014) argumenta:

Na área do trabalho é razoável dizer-se que nenhuma empresa sabe exatamente qual é o seu passivo trabalhista. Quando muito, pode estimar o passivo declarado nas ações judiciais que correm no Poder Judiciário, mas não sabe qual é o seu passivo oculto que decorre de leis e sentenças de efeito retroativo.

É isso mesmo. O Brasil deixou para trás, há muito tempo, a cunhagem de leis que geram efeitos a partir da data da sua publicação. A lei 12.506/2011,

por exemplo, estabeleceu que para cada ano de trabalho, o empregado tem direito a três dias de aviso prévio a cada ano trabalhado, além dos 30 dias normais estabelecidos na Constituição Federal. Ou seja, as empresas que têm um quadro de pessoal de 15 ou 20 anos de trabalho (em média), se viram obrigadas a fazer uma provisão de 45 ou 60 dias para cada funcionário referente ao passado para cobrir eventuais desligamentos de seus empregados. Ocorre que as empresas não embutiram no preço dos bens e serviços que venderam naquele período os recursos necessários para a referida provisão. É isto que leva muitos investidores estrangeiros a dizer que no Brasil, nem o passado é previsível.

Diante disto é que Pastore (2014) explica que o regramento trabalhista introduzido de forma retroativa, seja por meio de nova legislação, ou por meio de construção jurisprudencial, através das súmulas, pode ter efeitos bastante controversos para o desenvolvimento da atividade econômica no país, se não feito de forma íntegra e coerente. É neste sentido, que alterações introduzidas pelo NCPC/15 e pela Lei nº 13.015/14 são bem vistas pela doutrina, ao buscarem uniformizar a jurisprudência, por meio dos precedentes, trazendo maior coerência e unidade ao direito, elementos fundamentais à segurança jurídica.

Por fim, tem-se o desafio ideológico para a Justiça do Trabalho. Segundo Lima (2017, p.3) uma das perspectivas desse desafio é superar a “cultura do descumprimento”, que desvirtuou o papel inicial atribuído à Justiça do Trabalho e tornou o desrespeito às normas trabalhistas como regra, levando a Justiça a ter de combater tal cultura, nos casos em que empregadores procuram a jurisdição para efetivarem seus direitos.

Por fim, destaca-se o movimento ideológico de setores da sociedade na tentativa de solapar a Justiça do Trabalho. Desde críticas falaciosas, como as rebatidas por Souto Maior (2019) de que o Brasil é o único país do mundo a ter uma Justiça do Trabalho ou de que as despesas geradas pela Justiça trabalhista superam o entregue aos empregados reclamantes anualmente, até cortes vultosos em seu orçamento nos últimos anos.³ Acrescem a este cenário, as alterações inseridas pela reforma trabalhista, Lei 13.467/2017, que limitam a atuação do Poder Judiciário, nomeadamente da jurisdição trabalhista, as quais se pretende aprofundar nos capítulos seguintes.

³ https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/justica/stf-mantem-corte-no-orcamento-da-justica-trabalho-29062016

3. PODER JUDICIÁRIO: CRISE DA ABORDAGEM DOGMÁTICO-LEGALISTA E FORÇA NORMATIVA DO DISCURSO JUDICIAL

Feito um percurso histórico, estabelecendo-se como marco inicial a Revolução Francesa, até o século XXI, é inegável a transformação do papel exercido pelo Poder Judiciário durante os últimos séculos no ocidente e as novas responsabilidades adquiridas por este. As mudanças sociais, somadas à crise no Estado de Direito e as novas exigências do Estado social requerem uma participação do Poder Judiciário que já não pode mais se dar sob o modelo tradicional de separação dos poderes e dentro da cultura do código, de modo que o Judiciário fique limitado a aplicar o direito posto e dado, dentro da dinâmica de subsunção, do modelo dogmático-legalista.

Neste diapasão, o modelo tradicional formalista do direito se torna ineficiente, pois não mais se sustenta epistemologicamente e não consegue responder aos conflitos que chegam ao Poder Judiciário e que demandam uma postura participativa, por vezes por meio de uma leitura principiológica constitucional. Porém, não obstante se adote o entendimento de que o discurso judicial é dotado de singularidade, proveniente de uma racionalidade própria que garante a sua independência frente aos demais Poderes, há a importante necessidade de buscar-se a racionalização das decisões judiciais. Portanto, torna-se necessário procurar mitigar a discricionariedade dos juízes, sob a ótica da exigência de fundamentação das decisões judiciais, com uma argumentação coerente perante a comunidade de intérpretes.

3.1 DA CRISE DO MODELO JURÍDICO TRADICIONAL DOGMÁTICO-LEGALISTA

O filósofo grego Aristóteles (2011, p. 40), em seu tratado “*Retórica*”, já entendia que ao juiz cabia definir questões não tratadas pelo legislador com precisão. Ainda assim, as leis deveriam ser bem elaboradas para definirem, à medida do possível, todos os casos, mitigando a ativa atuação do juiz na decisão. Aristóteles dá algumas razões para isso, das quais se destaca a de que a “deliberação do legislador não diz respeito a casos particulares, mas se refere ao

futuro e é geral", conservando a imparcialidade legislativa, de modo que o juiz, imparcialmente, aplicasse a lei ao caso concreto.

Dentro do pensamento aristotélico, a dedução de normas gerais é importante a fim de assegurar a logicidade e previsibilidade do sistema. Neste sentido, é que Ferraz Jr (2016, p.11-12) comenta:

Já Aristóteles, afinal, notara que, se era fácil relativamente identificar a premissa maior – o princípio ético vinculante para o comportamento: a justiça deve ser respeitada –, era extremamente difícil justificar e aceitar que o conflito descrito na premissa menor (a ação X é injusta) constituisse um caso particular contido na generalidade da premissa maior. Ou seja, a aceitação geral de que a justiça deve ser feita não leva, por si, à premissa de que a ação X é injusta e, portanto, deve ser rejeitada. É preciso dizer o que é a justiça e provar que a ação X é um caso de ação injusta. Eis o problema da subsunção.

Já na era moderna, o modelo legalista dogmático, consoante explica Vigo (2010, p.33), dominou o cenário jurídico do século XIX até a primeira metade do século XX, graças à influência das escolas exegética, histórica, de Ihering e de Kelsen. Conforme o mesmo autor (VIGO, 2010, p. 37), no século XIX, a noção de Direito "era estritamente positivista, normativista-legalista e juridicista". O Direito era apenas a lei criada pelo Legislativo. Dos juristas se exigia uma atitude dogmática perante o Direito legislado.

Por sofrer forte influência do cientificismo da época, o Direito deveria se orientar para estabelecer o caminho que alcançasse o objetivo da ciência jurídica, a dizer, reconstruir o pensamento intrínseco da lei. Nesse contexto, era papel do Legislativo criar e interpretar a lei. Esta última atividade deveria ser silogística-dedutiva, em que a premissa maior era a lei, a menor, o fato, e a conclusão, o conjunto de resultados dispostos nas normas. Vigo (2010) explica que, por consequência, o juiz não poderia formular preferências ou restringir a interpretação, pois deveria apenas fazer a subsunção da norma ao caso concreto.

O que se buscava com isso era proporcionar ao sistema jurídico uma unidade sistemática. Pressupunha-se que a razão do legislador e do cientista jurídico tinham níveis de perfeição, previsão e clareza que as blindavam de insuspeitas de vacuidade e de incoerências, pois unidade, completude e incoerência eram premissas fundamentais.

Um dos pressupostos centrais desse modelo era, como postula Rodriguez (2013, p. 123), que "o juiz subsume porque a discussão política, supostamente, já se

resolveu no Parlamento". Desse modo, as regras do Estado deveriam advir do Parlamento como único autêntico representante do povo. A subsunção seria o meio garantidor de que a vontade do povo, expressa em leis, não seria desrespeitada.

Em suma, o modelo dogmático pressupunha, como enumera Rodriguez (2013, p.125), que o Poder Judiciário era o único competente para aplicar leis produzidas no Legislativo, a partir de uma interpretação silogística que garantisse a segurança jurídica na aplicação das leis, sem criação de normas. No dizer de Rocha (1995, p.73), a aplicação do método silogístico no direito, dentro do raciocínio lógico-dedutivo "converte o trabalho hermenêutico do jurista em geral, e do juiz em particular, em mera 'reconstrução' do sentido do discurso do 'legislador' embutido na norma, quando de sua edição".

Porém, essa montagem sofria de algumas limitações linguísticas. Segundo Vigo (2010, p. 38), toda essa noção tinha por núcleo central o entendimento de que a linguagem tinha um único, claro e preciso significado, do qual emanava o domínio linguístico do legislador e dos juristas que resguardariam a linguagem jurídica de imperfeições sintáticas, pragmáticas e semânticas. Com isso, toda interpretação já era prefixada por meio de um caminho a ser rigorosamente seguido. Explica Vigo (2010, p. 39) que, nesse modelo, a interpretação ficava diferenciada da criação jurídica e o juiz procurava ser fiel ao legislador, identificando seu pensamento para reconstruir sistematicamente o direito.

Com a complexificação das relações sociais, o modelo dogmático entrou em crise ao não responder, com efetividade, as demandas e expectativas de justiça que tinha por objetivo satisfazer. Segundo Vigo (2010, p. 36), "[...] é a ruptura ou a insuficiência desse modelo positivista dogmático que inspira uma configuração de propostas que superem, ou melhor, se harmonizem com a realidade jurídica atual".

Atienza (2003, p. 28) critica o modelo dedutivo por, dentre outros motivos, ter apenas critérios formais, mas não se ocupar das questões de conteúdo que qualificam os discursos e as decisões e também por não permitir a reconstrução da argumentação jurídica que deu base à decisão, já que as premissas também precisariam ser justificadas. Nesse sentido, Rodriguez (2013, p. 130) diz que "a crise do formalismo é um episódio da crise da democracia parlamentar; da incapacidade do sistema político tradicional de dar conta da complexidade social".

Após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a reivindicar que o jurista tivesse um modo de raciocinar que se vinculasse a uma visão não reducionista da razão. "A

tópica de Viehweg, a nova retórica de Perelman ou a dialética de Villey se inscreveram claramente nessa corrente que [...] chamou-se de ‘reabilitação da filosofia prática’” (Vigo, 2010, p. 48).

O jurista Zolo (2006, p. 70) explica que a teoria do Estado de Direito, de mote dogmático-legalista, deveria contribuir para efetivar a promoção dos direitos subjetivos e conter o poder arbitrário, mas falhou em seu intento, de modo que os atuais embates formam uma espécie de “*crise do Estado de Direito*”.

Tal crise, comenta o mesmo autor (2006, p.77), refere-se ao funcionamento das estruturas “*garantistas*” dos Estados ocidentais e à proteção dos “direitos do homem”. Tanto por omissão quanto por ação dos Estados têm-se um quadro de desrespeito de garantias individuais. Nesse contexto, surge uma incapacidade reguladora dos ordenamentos jurídicos e uma decrescente efetividade da proteção dos direitos subjetivos. Zolo (2006, p. 72) entende que o que está em crise é o rendimento em termos de *efetividade normativa* daquilo que é prescrito pela lei, por meio dos órgãos que legislam. Neste diapasão, o advento do Estado social e as mudanças nas condições sociais nos países ocidentais, trazem como reflexo a mudança na postura do Judiciário, como argumenta Ferraz Jr (2016, p. XX):

Em suma, com base em condições sociopolíticas do século XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos Poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do Estado Social, parece desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização, posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*). Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. A responsabilidade do juiz alcançará agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes pelas exigências do Estado Social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.

Nesse sentido, a abordagem dogmático-legalista da interpretação e aplicação da lei não consegue solucionar razoavelmente essa crise. Esse cenário faz com que se aumente o poder dos intérpretes e dos juízes, configurando um verdadeiro poder

normativo das cortes, que se veem autorizadas a reescrever os textos legislativos selecionados. Assim, é que Barroso (2007, p. 12) comenta:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Coadunando com a percepção desses limites, comenta Rodriguez (2013, p.107) que Kelsen argumentava que havia vários resultados possíveis para um mesmo problema jurídico, sendo dever do juiz escolher entre estas possibilidades. Nessa linha, a própria dogmática no século XX sofreu mudanças, elucida Rodriguez (2013, p.118), como uma maior ênfase em problemas jurídicos em concreto, e não em uma perfeição formal do ordenamento, além de ter valorizado o ordenamento jurídico como um sistema aberto de regras e princípios.

3.2 DA TRANSFORMAÇÃO DA CULTURA DO CÓDIGO PARA A CULTURA DA ARGUMENTAÇÃO NO DIREITO E AS NOVAS RESPONSABILIDADES DO PODER JUDICIÁRIO

Em consideração à resposta dada à crise legislativa, em sua interpretação dogmática, o Judiciário assume um papel de protagonista dentro de uma sociedade cada vez mais complexa, podendo agir ativamente na legitimação formal do Estado de Direito, assim como na justificação material ao efetivar o direito posto no caso concreto.

A linguagem textual-legal dos textos legislativos é o ponto central para uma interpretação construtivista, criando normas jurídicas não expressas. Nesse sentido, a linguagem, conforme argumenta Wittgenstein (1975, p. 200), é o “veículo do pensamento”, pelo qual esse último precede à fala, à escrita. Com isso, o texto normativo disposto tem um grande abismo até sua execução, já que perpassa por vários processos interpretativos, de modo que “interpretar é um pensar, um agir”

(WITTGENSTEIN, 1975, p. 210). Assim, o legislador dá a linguagem, mas quem define a norma jurídica é o intérprete diante do caso concreto, através das possibilidades dos discursos. Sua interpretação é a ação de garantir direitos.

Esse é um debate que busca coordenar o texto normativo formal, que oferece a linguagem, com o elemento material, possibilitando o conteúdo do debate, em uma argumentação pragmática retórico-dialética, isto é, em um discurso judicial argumentativo que visa à persuasão, por meio do debate entre os atores envolvidos, para promoção da justiça no caso concreto. Neste contexto, Perelman (1998, p. 184) argumenta:

O fato de o juiz submeter-se à lei ressalta a primazia concedida ao poder legislativo na elaboração das regras de direito. Mas disso não resulta, de modo algum, um monopólio do legislativo na formação do direito. O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento de conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito.

Como explica Vigo (2010, p.55), o jurista deixa de ser um espectador que se dirige ao passado ou para algo concluído, e converte-se num protagonista a introduzir uma conduta ou uma norma jurídica inédita. Essa mudança decorre do entendimento de que há vários resultados interpretativos, segundo as possibilidades do próprio texto da norma. Além disso, em determinados casos, a mera subsunção da norma implicaria em grave injustiça no caso concreto.

Para Adeodato (2002, p. 246), a montagem clássica, dogmático-legalista, baseia-se nos postulados de obrigatoriedade de decidir ou proibição do *non liquet* por parte do juiz, obrigatoriedade de interpretar, e necessidade de fundamentar ou legitimar sua decisão. Adeodato (2002, p.371) chama essa crença de mentalidade silogística, pela qual o juiz decide sempre conforme um texto de norma fixado de acordo com regras do próprio sistema. Ele aponta que essa noção é derivada de uma mentalidade iluminista, centrada, por vezes, na tecnicidade da dogmática que, em tese, asseguraria a previsibilidade e segurança jurídicas. Fundamenta-se na crença do intelecto humano que, por meio de decisões a partir de uma norma positiva, encontraria a decisão justa e correta a todos os casos concretos.

Porém, como Adeodato (2002, p. 292) critica, as normas gerais não são suficientes para produzir todas as decisões ou, até mesmo, fixar parâmetros dentre os quais ela se dá. Na verdade, nem todas as normas utilizadas são, de fato, explícitas, sendo muitas delas implícitas, pressupostas e indeterminadas

(ADEODATO, 2002, p. 356). O juiz usa a norma como um ponto de partida (topoi) retórico para justificar sua decisão, sendo que o aspecto entimemático (implícito) discursivo constitui-se a decisão central a ser legitimada perante os atores sociais.

O que ocorre na prática é que no processo de julgamento, o juiz “forma uma decisão de modo mais ou menos vago e só depois tenta encontrar premissas com as quais fundamentá-las” (ADEODATO, 2002, p. 278). Ou seja, a descrição dos fatos já se constitui em uma interpretação dos fatos, isto é, interpretam-se os fatos, enquadrando-se na norma e decide-se, fundamentando com a linguagem jurídica.

Essa percepção leva a conceber que o Poder Judiciário tem um papel preponderante e fundamental na produção de normas jurídicas por meio de suas decisões. Com isso, é preciso que se legitime a decisão por meio de uma argumentação que convença os atores sociais do seu respeito à imparcialidade do julgamento e ao princípio da democracia, a fim de não se reduzir a decisão à mera arbitrariedade do julgador. Nesta toada que Mendes e Branco (2017, p. 863) argumentam:

A necessidade de fundamentação decorre do problema central da teoria do direito: a constatada impossibilidade de a lei prever todas as hipóteses de aplicação. De uma lei geral é necessário retirar/construir uma decisão particular (uma norma individual). E esse procedimento deve ser controlado, para preservar a democracia, evitando-se, assim, que os juízes e tribunais decidam de forma aleatória. A tese da discricionariedade judicial é um reflexo da constatada impossibilidade de a lei prever todas as possibilidades de sua aplicação e, ao mesmo tempo, da não constatação de que as situações concretas sejam determinantes para a adequação da resposta (decisão). Entretanto, é importante que se diga que a situação concreta não é um álibi para que uma norma não seja aplicada, sendo imprescindível, sob pena de também violar o princípio da fundamentação das decisões, aquela justificação que se limita a dizer que a decisão foi tomada de uma forma e não de outra em “face das peculiaridades do caso concreto”. Quais peculiaridades? Quais princípios tais peculiaridades evocam? Em quais casos essa peculiaridade é observada no interior de um sistema complexo que envolve normas e precedentes? Desse modo, assim como os princípios foram alçados à condição de norma para “salvar” a racionalidade moral prática, o caso concreto também é convocado para reduzir ao máximo a discricionariedade, e jamais o contrário disso.

Segundo Vigo (2010), a argumentação é necessária para explicar o caminho lógico que o juiz fez para chegar à decisão que adotou, e para justificá-la substancialmente. As funções de uma boa fundamentação por parte de todos os atores envolvidos na comunidade jurídica, pondera Vigo (2010), são as de: legitimar, possibilitar o controle por parte das instâncias revisoras, informar, persuadir em relação aos destinatários, e de pedagogia ao fazer conhecer o Direito.

A premissa é que, não obstante o princípio da Democracia em que a Separação dos Poderes é defendida, a atuação ativa do Judiciário oportuniza que o Estado de Direito preze pelos direitos individuais e das minorias. Para Santoro (2005, p. 113), entender que o juiz é neutro e apolítico em sociedades complexas é tecnicamente impossível. Na verdade, tais sociedades pedem um Judiciário autônomo da política partidária e ativo na resolução de problemas que tanto outros órgãos públicos quanto outras instituições não percebem ou não podem enfrentar.

Para resumir, conforme o jurista norte-americano Ely (2010. p. 9), o tema da argumentação jurídica apresenta, pela perspectiva formalista, que o juiz deve se ater firmemente ao texto daqueles que escreveram a Constituição e considerar ilegais o que os legisladores originários consideravam ilegais. De outro lado, tem-se a noção de que para que os tribunais apliquem o que for legislado devem ter autoridade para corrigir e reavaliar as opções valorativas do legislativo. O primeiro pensamento tem sido considerado como limitado para sociedades complexas que demandam mais do que a subsunção da norma ao caso concreto, devendo haver uma interpretação axiológica sobre a norma positivada. Pelo segundo entendimento, tem-se evoluído no sentido de que o discurso judicial, por ter uma rationalidade própria, pode ter força de norma, criando direito.

Na linha do que postula Just (2014, p.82), a tese que as argumentações judiciais têm uma validade geral está enfraquecida, sendo o papel do direito acolher valores em tensão e, por meio de uma rationalidade própria, prestar-se a solucionar conflitos em um regime democrático. Ou seja, a decisão judicial deve valorar no ato de interpretar-aplicar a norma ao caso concreto, legitimando-se a cada momento ao garantir a efetivação de normas em abstrato por meio de uma fundamentação jurídica razoável perante os atores envolvidos.

Portanto, feito esse percurso histórico, sustenta-se que a decisão judicial tem uma rationalidade própria que justifica a independência do Poder Judiciário do Legislativo. O juiz, na interpretação da norma, por meio de uma linguagem legal, tem margem discricionária para decidir em uma sociedade complexa. Desse modo, tendo superado uma noção formalista e tecnicista do direito, surge a necessidade de garantir que as decisões judiciais sejam adequadamente motivadas como meio de viabilizar seu controle em um Estado Democrático, evitando-se uma justiça opinativa e que decide com base em argumentos de autoridade. Assim, ganha relevo a discussão sobre parâmetros para que se construa a rationalização da decisão

judicial e também a inserção de mecanismos no direito brasileiro como o §1º do art. 489 do CPC/15, que traz requisitos para fundamentação das decisões judiciais.

3.3 CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO E PARÂMETROS PARA UMA RACIONALIZAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Com o fim de se alcançar uma legitimação democrática das decisões judiciais, tem-se considerado, de forma ampla, a necessidade de uma boa fundamentação que se justifique perante os atores envolvidos no caso concreto. Há importantes perspectivas a se considerar sobre o porquê que essa legitimação se deve dar.

Por uma noção de que a racionalidade jurídica se justifica pela lógica democrática, Haberle (2003, p.14) defende que a interpretação constitucional deve ser feita por e para uma sociedade aberta de intérpretes, a saber, desde órgãos estatais a cidadãos comuns, de modo que os critérios de interpretação sejam tão abertos e pluralistas quanto for a sociedade. Com isso, a teoria da interpretação deve ser percebida à luz da teoria democrática.

Assim, para Haberle (2003, p.46) a prática legitima a teoria. Os princípios preservam seu significado e passam a exercer a função de disciplinar as formas de influência dos diferentes participantes da interpretação. Em caso de divisão da opinião pública, o Tribunal deve zelar por integrar os princípios à realidade e controlar a participação dos intérpretes. A interpretação constitucional poderá tornar-se mais elástica e ampliativa sem que se chegue a uma identidade de posições com a interpretação do legislador.

Em um sentido realista, em que as decisões judiciais encontram sua justificação pela argumentação do juiz que já tendo decidido o caso utiliza-se da linguagem jurídica para legitimar democraticamente sua decisão, o jurista escandinavo Alf Ross (2007, p. 59) entende que o ordenamento jurídico nacional é o “conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata”. São nas decisões dos tribunais que se encontram a efetividade que constitui a vigência do direito. Assim, só por meio de uma certa interpretação ideológica que se comprehende a decisão do juiz,

pois “uma vez estabelecida a conclusão, o juiz encontra uma adequada argumentação ideológica jurídica que justifique sua decisão” (ROSS, 2007, p. 69).

A partir de uma perspectiva de que a linguagem jurídica, aplicada a um contexto, justifica uma decisão correta de um juiz a fim de garantir sua legitimidade democrática, Dworkin (2014, p.405) defende a tese de que os juízes devem evocar os princípios na aplicação da lei com força normativa para decidirem os casos concretos em busca de uma *resposta correta*. O direito é descoberto na mente do juiz para o caso concreto. O direito é justificado por sua possibilidade de integrar a norma aos fatos sociais através dos princípios. A interpretação passa a significar o que a norma quer dizer.

Mais recentemente, explica Atienza (2003, p.120), o jurista MacCormick defendeu que a argumentação jurídica visa à justificação para persuadir de que a decisão está de acordo com o Direito, de modo que se tomam princípios para justificação com base na *razão e afetividade*, ou seja, as premissas normativas últimas não são produto do raciocínio lógico apenas, são razões de natureza afetiva que tem uma dimensão subjetiva. Há escolhas últimas (p. ex. critérios de justiça) em casos difíceis que estão situadas em nível pré-racional ou extrarracional, de modo que os princípios como normas gerais fundamentam racionalmente as regras.

No pensamento de Alexy, explica Atienza (2003, p.81), o discurso judicial é um caso especial do discurso moral, estendendo-se a teoria discursiva habermasiana ao Direito. Para ele, a verdade dos enunciados normativos depende da possibilidade de se alcançar um consenso.

Assim, das mais diversas perspectivas e escolas da teoria da argumentação jurídica, considera-se que as decisões judiciais se justificam, dentro de um regime democrático, quando seu discurso dispõe de argumentos que buscam convencer os atores sociais, baseando-se no direito positivado e nos precedentes judiciais aceitos como autoridade. Neste sentido, Barroso (2007, p. 15) sustenta:

Chega-se, por fim, à argumentação, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma

constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

No Brasil, Rodriguez (2013, p. 62) aponta que muitas decisões dos juízes têm por base argumentos de autoridade e opiniões individuais. Ele chama esse cenário de *justiça opinativa*. Na prática, o Judiciário pátrio mal fundamenta suas decisões, de modo que quando há ausência de fundamentação, a decisão pode tender a se tornar um instrumento de dominação, isto é, decisões arbitrárias que não podem ser reconstruídas racionalmente. Essa ausência de maior racionalização das decisões é, por vezes, preenchida por argumentos de autoridade que buscam basear a opinião pessoal, a fim de impressionar os juristas e a comunidade por meio de uma persuasão estritamente erudita. Logo a *ratio decidendi* não é clara, impossibilitando que as partes e a esfera pública possam controlar a decisão à luz de normas positivas e dos precedentes judiciais.

Perante esse cenário, busca-se uma maior racionalização das decisões judiciais. Rodriguez (2013) entende que podem-se estabelecer regras que presidam a construção da justificação do texto decisório ao se dispor de um padrão de julgamento com ônus argumentativo para prever parâmetros para as decisões. É nesta toada que o §1º do art. 489 do CPC/15 estabelece:

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
 I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
 II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
 III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
 IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
 V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
 VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O legislador pátrio buscou, pelo dispositivo referido, garantir que houvesse uma maior racionalização do discurso judicial ao elencar elementos mínimos para que uma decisão judicial seja considerada como fundamentada. A justificativa para

esse regramento é o de se estabelecer ônus argumentativo para fundamentar a decisão, estabelecendo-se parâmetros que evitem a arbitrariedade ou inviabilizem o controle da razão de decidir do juiz.

De acordo com Neves (2016, p. 275-286), a norma em tela não esvazia da decisão judicial sua característica de haver interpretação por parte do magistrado. Nesse sentido, o juiz não estaria tão condicionado em sua fundamentação pelas novas regras a ponto de ter sufocado seu entendimento pessoal diante do caso concreto. Na visão do referido autor (NEVES, 2016, p. 275-286), a disposição legal pode impedir a motivação *per relationem*, em que se faz uso de técnica de fundamentação com base apenas em referência à decisão ou parecer anterior, o que impossibilita o exercício do discurso judicial pelos atores interessados.

Assim, tem-se que o §1º do art. 489 do CPC/15, veio como um instrumento na tentativa de estabelecer parâmetros mínimos e razoáveis para as decisões judiciais, postulando-se que haja explicação do nexo entre a fundamentação jurídica e a decisão, que se especifique o uso de conceito jurídico indeterminado no caso em tela, que os motivos sejam aplicáveis à questão discutida, que se enfrente todos os argumentos do processo, e que se justifique o porquê de decisão diferente dos precedentes já firmados no direito. Surge então a discussão sobre a constitucionalidade de tais imposições legislativas quanto à decisão judicial. Tais parâmetros da decisão levam, necessariamente, a um formalismo legalista e submetem o Poder Judiciário ao Legislativo?

Sob a ótica da Carta Magna de 1988, a constitucionalidade do dispositivo §1º do art. 489 do CPC/15 deve ser balizada pelo princípio constitucional da motivação das decisões, previsto no art. 93, IX, CF, que estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Com isso, o dispositivo em análise tem a finalidade de, não inviabilizar a fundamentação da decisão judicial, mas, sim, dar-lhe efetividade na forma de fundamentar e tornar público a razão de decidir ao se estabelecer parâmetros mínimos a serem observados. É neste sentido, que Mendes e Branco (2017, p.864) sustentam a importância da concretização do mandamento constitucional que institui a obrigação de fundamentar:

A disposição constitucional que determina a obrigatoriedade da fundamentação das decisões traz ínsita a tese de que a sentença judicial é um processo de reconstrução do direito, questão que está relacionada, por

exemplo, com a institucionalização das súmulas vinculantes. Há sempre uma pré-compreensão que conforma a visão do intérprete. Por isso, deve-se perscrutar o modo pelo qual um caso similar vinha sendo decidido até então, confrontando, necessariamente, a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito. Daí a percutiente lição de Hans-Georg Gadamer, segundo a qual a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se iniciam não são arbitrárias.

A fundamentação é, em síntese, a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira. É, pois, condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: a legitimidade da decisão. É onde se encontram os dois princípios centrais que conformam uma decisão: integridade e a coerência, que se materializam a partir da tradição filtrada pela reconstrução linguística da cadeia normativa que envolve a querela sub judice

Nessa esteira, a obrigação de fundamentar as decisões judiciais sob parâmetros mínimos possibilita o controle do discurso e motivação da decisão, como também, a efetivação de outros princípios, a saber, o da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, CF), o do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) e o do contraditório (art. 5º, LV, CF).

Além disso, pode-se apontar que o princípio da persuasão racional encontrado em norma infraconstitucional, nomeadamente o art. 371, CPC, que prevê que o juiz “indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” está em harmonia com o §1º do art. 489 do CPC/15 ao se perceber que a obrigação de se expor as razões de decidir dentro de parâmetros legais visa, de modo uníssono, a justificar e racionalizar as decisões. Assim, tanto princípios constitucionais e infraconstitucionais justificam a constitucionalidade e harmonia do §1º do art. 489 do CPC/15, havendo este a finalidade de efetivar o direito fundamental dos atores sociais a uma jurisdição transparente, que pode ser controlada em seu discurso e que se justifica em sua atuação por meio de uma racionalidade própria.

Portanto, é arrazoado sustentar que o §1º do art. 489 do CPC/15 está de acordo com a Constituição Federal e normas infraconstitucionais no sentido de definir limites e aspectos mínimos para contingenciar a discricionariedade e racionalizar as decisões judiciais. No entanto, esse dispositivo não pode submeter a decisão judicial a um formalismo legalista na tentativa de preservar a tripartição de poderes, sob pena de submeter o Poder Judiciário ao Legislativo, usurpando sua competência jurisdicional no que toca a qualificação da norma e aplicação do direito.

Por isso, tanto o parágrafo discutido estabelece limites à decisão judicial quanto tem o limite de não engessar e respeitar a racionalidade própria do discurso judicial.

De modo geral, a doutrina majoritária brasileira considerou um avanço trazido pelo novo CPC, dentre outros, o artigo 489, §1º, ao buscar instrumentalizar uma maior racionalização na jurisdição. Neste sentido, Lucas (2017) afirma:

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) consolidou o retorno do direito processual à teoria do direito, quando abandonou a visão tecnicista do processo como alheio às mudanças culturais e filosóficas que afetaram a ciência, convidando a comunidade jurídica a refletir sobre a junção das duas grandes montanhas da tradição filosófica contemporânea, a hermenêutica e a analítica, por meio do debate sobre a interpretação/aplicação do direito (cf. nesse sentido os arts. 489, §§1º e 2º e 926) e o modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 489, §1º, incs. V e VI, 926, 927).

Desde a entrada em vigor do Novo CPC algumas relevantes discussões em relação ao referido dispositivo já vêm sendo suscitadas. Uma destas, que merece destaque, diz respeito aos efeitos da inobservância em decisão judicial das exigências trazidas pelo comando legal. O referido dispositivo aparentemente aponta para uma nulidade da decisão proferida em caso de sua inobservância, sendo interpretado conjugado com o art. 93, IX da Constituição, que assim dispõe: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de *nulidade*, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

Não obstante, sustenta Dellore (2017), não é esse o entendimento que vem sendo reconhecido pela jurisprudência. Isso se dá, pois segundo esse entendimento jurisprudencial, o próprio Código, em seu sistema, acaba por afastar o reconhecimento da nulidade decorrente da ausência de fundamentação. Tal constatação se dá ao observar-se que ao ser proferida sentença omissa, o próprio CPC estabelece que será o caso de embargos de declaração, conforme seu art. 1022 e caso tal omissão não seja reconhecida pelo juízo e persista, o Código estabelece que será o caso de preliminar de apelação e neste caso, reconhecendo o tribunal a omissão, pode ele, com base na teoria da causa madura, afastar a nulidade e decidir desde logo o mérito, como preceitua o art. 1.013, § 3º, IV.

Daí então surge mais uma divergência doutrinária. Segundo Dellore (2017), a doutrina se divide quanto à natureza do fenômeno da nulidade da decisão do ponto de vista processual. Para alguns a nulidade é reconhecida, porém convalidada, para outros ela é simplesmente afastada do sistema e, por fim, alguns juristas, como Oliveira (2015) apud Dellore (2017) defendem a inconstitucionalidade de tal previsão no Novo CPC, visto haver violação ao art. 93, IX da Constituição.

Por fim, outro ponto bastante discutido na doutrina, diz respeito ao art. 489, §1º, IV que considera não fundamentada a decisão que: “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.” Como defende Araújo (2018) tal dispositivo tem sido pouco aplicado e isto pode ser prejudicial ao contraditório e ampla defesa, que devem ser garantidos no processo, podendo assim haver o estímulo por maior voluntarismo e menor racionalidade nas decisões judiciais. A decisão do Superior Tribunal de Justiça a seguir ilustra a problemática:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (...) 5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016)

Neste sentido, Dellore (2017) e Araújo (2018) criticam tal entendimento jurisprudencial, de modo que, seguindo o dispositivo trazido pelo Novo CPC o órgão julgador deve abranger todos os argumentos trazidos, ao menos para argumentar por quais motivos esta ou aquela arguição tem maior ou menor relevância, possibilitando a posterior impugnação pelas partes insatisfeitas, sendo, portanto, inaceitável, em oposição ao julgado do STJ, que o magistrado “já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”, sem dar oportunidade às partes de argumentarem e efetivamente terem garantida a ampla defesa.

Diante de todo o exposto, é razoável argumentar que o §1º do art. 489 do CPC/15, ao estabelecer elementos básicos para se considerar uma decisão judicial como devidamente fundamentada, deve ser lido no sentido de melhor rationalizar o discurso judicial sem torná-lo um discurso formalista legal que extrai a rationalidade própria da decisão judicial. Nesse sentido, é razoável ponderar, portanto, que o dispositivo em questão pode ser visto como constitucional já que não tolhe a função jurisdicional do Poder Judiciário, mas estabelece critérios razoáveis para fundamentar uma decisão legítima em um regime democrático que pode ser controlada pelo auditório interessado. Ainda assim, o §1º do art. 489 do CPC/15 não poderá levar a um formalismo oitocentista que torne o juiz apenas um “boca da lei” submetendo o Poder Judiciário ao Legislativo com vistas a preservar a segurança jurídica e as garantias constitucionais.

4. DAS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI N. 13.467/2017 À ATIVIDADE JURISDICIONAL

A reforma trabalhista, em um empreendimento de minoração do Poder Judiciário, sob o pretexto de combate ao ativismo judicial, trouxe alterações à Consolidação das Leis do Trabalho que restringem a atividade judicante. Tais imposições têm como reflexo a vulnerabilidade da efetividade dos direitos laborais, que quando descumpridos, terão a salvaguarda exercida pela Justiça do Trabalho tolhida.

Por meio de alterações na CLT, a Lei 13.467/2017 restringiu a edição e o próprio conteúdo da jurisprudência construída pela Justiça do Trabalho, por meio de súmulas, precedentes normativos e orientações jurisprudenciais. Também a atividade jurisdicional fora limitada em sua atuação nos negócios jurídicos coletivos, com a inserção no direito do trabalho do princípio da intervenção mínima e a imposição de observância apenas dos elementos essenciais do negócio jurídico. Por fim, como outra controversa restrição à atividade judicante, tem-se a parametrização dos danos extrapatrimoniais laborais. O novo sistema introduzido pela reforma trabalhista restringe a atividade judicante, impondo limites na aferição das indenizações reparadoras, que deveriam ser aquilatadas por meio da equidade.

4.1 LIMITAÇÃO QUANTO AO CONTEÚDO E EDIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

A reforma trabalhista tem gerado grande repercussão na doutrina, jurisprudência e sociedade no geral. Não obstante haja a sua defesa, como argumentam Carvalho, Carvalho Neto e Girão (2017, p.16), em busca de anseios de parte da sociedade, como a necessidade de flexibilização das relações trabalhistas diante das mudanças e evolução das relações sociais, além da modernização da legislação que trata do direito do trabalho, há também os seus detratores.

Nessa toada, não foram poucas as críticas desde a sua feitura, postulando-se que não houve a participação democrática da sociedade em sua elaboração. Neste sentido, Pessoa (2017, p.47). Após a sua sanção, ganharam evidência as críticas à reforma quanto ao seu conteúdo, de modo que para parte da doutrina as mudanças

foram tão profundas que representam uma ruptura com a racionalidade principiológica do direito trabalhista, causando desequilíbrio na relação entre capital e trabalho, como sustenta Alencar (2017, p.35).

Ao observar-se parte considerável dos dispositivos inseridos na reforma trabalhista, argumenta-se que houve a desconsideração do sistema constitucional principiológico laboral. Deste modo é que Delgado e Delgado (2017, p.31) elencam alguns desses preceitos:

Ora, os princípios constitucionais do trabalho, com manifestas energia, eficácia e efetividade normativas, atuam, firmemente, sobre a ordem jurídica infraconstitucional, conforme se sabe, estabelecendo-lhe balizas intransponíveis a serem identificadas pelas técnicas da Hermenêutica Jurídica, inclusive a interpretação em conformidade com a Constituição da República - caso não seja realmente imprescindível o exercício do controle de constitucionalidade difuso ou direto pelo Poder Judiciário.

Na seara de influência do Direito do Trabalho, portanto, há que se destacar, como princípios humanísticos e sociais da Constituição da República, os seguintes princípios constitucionais do trabalho: 1) princípio da dignidade da pessoa humana; 2) princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconônica e na ordem jurídica; 3) princípio da valorização do trabalho e do emprego; 4) princípio da inviolabilidade do direito à vida; 5) princípio do bem-estar individual e social; 6) princípio da justiça social; 7) princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental; 8) princípio da não discriminação; 9) princípio da igualdade em sentido material; 10) princípio da segurança; 11) princípio da proporcionalidade e razoabilidade; 12) princípio da vedação do retrocesso social.

Neste diapasão, as mudanças impostas pela reforma trabalhista podem levar à não concretização de direitos laborais e precariedade do trabalho, o que pode ter como consequência a inefetividade dos direitos sociais, da cidadania e emancipação social, construídas precipuamente por meio do trabalho, como sustenta Araújo (2018, p.154):

No intuito de (tentar) reduzir ao máximo o hiato entre a prática cotidiana e os princípios e normas que incorporam interesses generalizáveis, voltados para o desenvolvimento, reconhece-se o trabalho como valor orientado à concretização dos objetivos constitucionais. O trabalho é estabelecido como síntese dos fundamentos constitucionais na ordem econômica e social brasileiras, essencial à reconstrução da cidadania

Dentro das críticas levantadas ao texto reformador laboral, merece evidência as feitas em relação às restrições inseridas quanto à atividade judicante exercida pela Justiça do Trabalho. Por meio de dispositivos como o novo art. 8º, o art. 702 e o novo art. 223-G, insertados na Consolidação, houve a tentativa de limitação à própria hermenêutica jurídica trabalhista. Assim, Delgado e Delgado (2017, p. 47) comentam:

A tentativa de emasculação do Poder Judiciário Trabalhista por intermédio de preceitos da Lei n. 13.467/2017, como, por exemplo, o art. 8º, §§ 2º e 3º, e o art. 702, I, "f" e §§ 3º e 4º, ambos da CLT. Os novos dispositivos legais, se não bastassem outras afrontas, agridem, manifestamente, como se vê, o princípio constitucional da separação de poderes (art. 2º, CF), o princípio e garantia de independência do Judiciário (art. 2º, CF), além das próprias estrutura e lógica de atuação do Poder Judiciário (art. 92, caput e incisos II-A e IV, da Constituição).

Tal manifesta tentativa de restrição e enfraquecimento da Justiça do Trabalho constitui, além de tudo, impressionante obstáculo criado na ordem jurídica para a busca da efetivação dos direitos individuais e sociais fundamentais de caráter trabalhista.

Diante disto, dispõe o art. 8º, §2º da CLT: “Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”. Segundo Alencar (2017, p.37) há neste dispositivo uma tentativa de impedir a atividade judicante da Justiça do Trabalho, neste caso quanto às súmulas, como forma de rejeição à postura protetiva e incisiva da justiça trabalhista. O novo dispositivo, como argumenta Martins (2018, p.272), aparenta pretender limitar a atividade jurisdicional, tomando como termo final, o “fim da estrada” da atividade interpretativa, o texto legal.

Neste diapasão, as súmulas, segundo a melhor doutrina, têm importante papel na celeridade da atividade jurisdicional nas instâncias recursais, além de serem instrumento para construção da integridade e coerência no ordenamento jurídico. A possível reprise da tese de um positivismo exegético, formulada pelo legislador, causa perplexidade pela doutrina, como explica Souza Júnior et al (2017, p.18):

Seria o indesejável retorno do juiz “boca da lei”, sonhado por Montesquieu, miragem jurídica porque tal automatismo jurisdicional somente teria espaço se todas as normas fossem perfeitas e harmônicas com a realidade e a evolução social, econômica, cultural e tecnológica. Como se o papel do intérprete na aplicação das normas ao caso concreto fosse supérfluo ou nocivo e o direito positivado fosse um monumento humano irrepreensível e de tamanha clareza a ponto de prescindir da inteligência e sensibilidade dos operadores judiciais e juristas.

Para Lima e Lima (2017, p.72), deve ser sustentada a constitucionalidade do art. 8º, §2º, da CLT, visto que ao tentar cercear a atividade jurisdicional, há, via lei ordinária emanada pelo Legislativo, a intromissão na atuação do Judiciário, ainda mais grave, pois feita de forma discriminatória com a jurisdição trabalhista. Para os autores, houve uma tentativa de retomada da escola exegética do direito, com a atuação da jurisdição como mera reproduutora da lei, a exemplo do Código

Napoleônico. Vale ressaltar a potencialidade atentatória aos direitos laborais deste comando, visto que fica vedado o reconhecimento de direitos a partir da interpretação legal feita pela jurisprudência, indo a inovação em sentido contrário a todo o arcabouço principiológico constitucional.

Diante do exposto, a Anamatra, no inciso III, do Enunciado 2, da 2^a Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho considerou a inconstitucionalidade dos §§2º e 3º do art. 8º da CLT:

III. Inconstitucionalidade do § 2º e do § 3º do artigo 8º da CLT e do artigo 611-A, §1º, da CLT. Será inconstitucional qualquer norma que colime restringir a função judicial de interpretação da lei ou imunizar o conteúdo dos acordos e convenções coletivas de trabalho da apreciação da justiça do trabalho, inclusive quanto à sua constitucionalidade, convencionalidade, legalidade e conformidade com a ordem pública social. Não se admite qualquer interpretação que possa elidir a garantia da inafastabilidade da jurisdição, ademais, por ofensa ao disposto no art. 114, I, da CRFB/88 e por incompatibilidade com os princípios da separação dos poderes, do acesso à justiça e da independência funcional.

Essas restrições não se limitam ao próprio conteúdo das súmulas e enunciados, mas também à imposição de dificuldades e exigências, quanto à sua criação e alteração, praticamente inviabilizando este instituto, como se extrai do novo art. 702 da CLT. Assim, é que Pimenta (2018, p.41) comenta:

Esses novos dispositivos da CLT, claramente revelaram o receio do legislador da reforma de que a jurisprudência dos tribunais trabalhistas (tanto dos Regionais quanto do TST) venha a adotar entendimentos contrários à literalidade das numerosas alterações por ele promovidas nas esferas do Direito Material e do Direito Processual do Trabalho, pela maioria simples ou absoluta de seus integrantes, dificultando sobremodo – se não tornar impossível – o desempenho desta importantíssima função uniformizadora do sentido da legislação nacional trabalhista.

Assim, conforme aduz Pimenta (2018, p.42), o legislador conteve a atuação da jurisdição trabalhista por meio de restrições às súmulas, o que pode acarretar na redução da efetividade dos direitos laborais, sob o pretexto de combater o ativismo judicial, o que fica evidente ao observar-se os fundamentos do parecer do relator, deputado federal Rogério Marinho, do então Projeto de Lei nº 6.787/2016, ao comentar as mudanças no art. 702:

As mudanças sugeridas em relação ao art. 702 baseiam-se no já mencionado ativismo judicial frequentemente praticado pelos tribunais trabalhistas.

São inúmeras as decisões contidas em enunciados de jurisprudência do TST que interpretam além do que prevê a lei, ou até mesmo contra a lei, em muitos casos, das quais podemos suscitar como exemplos o pagamento

integral do intervalo intrajornada gozado apenas parcialmente (Súmula nº 437), a já citada ultratividade das normas coletivas (Súmula nº 277), a estabilidade provisória de empregada gestante em contrato de trabalho por tempo determinado (Súmula nº 244), pagamento em dobro das férias fracionadas irregularmente e cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade (Precedentes do TST), entre tantos outros.

Assim, com a redação dada ao art. 702 da CLT, pretendemos limitar as interpretações ampliativas, e em alguns casos criativas, por parte do TST. As sugestões pretendem implementar requisitos mínimos para a edição de súmulas e outros enunciados de jurisprudência, tomando por base procedimentos já previstos no Código de Processo Civil e para o STF.

Não se ignora na análise das alterações trazidas pela reforma trabalhista quanto ao instituto das súmulas a crítica por parcela considerável dos doutrinadores de que deve haver um cuidado, para que seja garantido no seu texto a integridade, a coerência e a segurança que o ordenamento jurídico exige – essencial para o desenvolvimento econômico e para o avanço na qualidade do trabalho. Neste sentido, Pastore (2017) comenta o efeito negativo da inserção de algumas súmulas laborais, as quais, para ele, teriam sido editadas de forma desarrazoada:

Evidentemente, essas surpresas geram uma enorme insegurança jurídica, atrapalham os negócios, inibem investimentos e conspiram contra a geração de empregos de boa qualidade. Os estudiosos da relação entre direito e economia são unâimes em dizer que o bom Judiciário é o que dá garantia para os contratos de longo prazo. Mais especificamente o bom Judiciário é o que opera com baixo custo, decisões rápidas e previsíveis.

[...] As incertezas geradas pelas leis de efeito retroativo se repetem na jurisprudência da Justiça do Trabalho. Muitas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho tributam o passado das empresas, sem atentar para as suas consequências econômicas e sociais. [...]

Também Portela e Zylberstajn (2014, p.16), em detalhado estudo sobre os efeitos de algumas súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, sustentam que, em certas ocasiões, estas podem trazer impactos negativos tanto a empregados, como empregadores, se não construídas adequadamente à realidade das relações trabalhistas:

Embora tenham a intenção de garantir maior eficiência à atividade jurídica, algumas súmulas do TST reforçam a rigidez nas negociações trabalhistas, mesmo quando podem gerar ganhos mútuos entre os envolvidos. Resultado: aumentam as incertezas associadas à formalização de vínculo de trabalho e geram ambiente de litigiosidade que afeta todos os envolvidos. Resumindo, é fundamental desenvolver metodologias mais precisas para adicionar esses elementos às mensurações e discussões de custo do trabalho no Brasil

Não obstante tais observações pertinentes quanto ao cuidado que deve ser dado quando da edição de súmulas, visto a sua relevância social, jurídica e

econômica, a problemática está no fato de que as graves restrições trazidas pela reforma trabalhista ao papel uniformizador das instâncias superiores da justiça do trabalho poderá, contraditoriamente, acarretar, em verdade, profunda insegurança jurídica para empregadores, empregados, sindicatos, juízes, advogados e demais atores sociais. Nesta toada, Delgado e Delgado (2017, p. 317) sustentam a “pulverização da jurisprudência trabalhista”:

De um lado, atinge, frontalmente, a Constituição da República. Desrespeita a norma disposta em seu art.2º (princípio constitucional da Separação dos Poderes da União) e desrespeita igualmente as regras lançadas em seus arts. 92 e 96, I (princípio constitucional da autonomia dos Tribunais).

De outro lado, expressa política pública sem proporcionalidade, razoabilidade e equilíbrio, além de ferir os princípios constitucionais da segurança e da igualdade. É que o novo critério restritivo irá permitir, ao longo do tempo, a pulverização da jurisprudência trabalhista em um universo de ilhas interpretativas, formadas por 24 Tribunais Regionais do Trabalho, e, aproximadamente, 1600 Varas do Trabalho (em que atuam em torno de 3.600 Magistrados, titulares, auxiliares e/ou substitutos). Em síntese, em cada local do País, da economia, da sociedade, da Federação, haverá um específico Direito Processual do Trabalho, sem qualquer linha de uniformização racional e objetiva.

Assim, tem-se que os dispositivos inseridos por meio da reforma trabalhista que impõem restrições, balizam e regulam a edição de súmulas pela jurisdição trabalhista, afrontam a independência de tal jurisdição, em desrespeito aos arts. 96, I, a e 99 da Constituição Federal, que garantem a competência dos tribunais para elaborarem seus regimentos internos e sua autonomia administrativa e financeira. Face o exposto, os novos dispositivos examinados do art. 702 da CLT assim determinam:

Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete: I - em única instância:

[...] f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo **voto de pelo menos dois terços de seus membros**, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, **dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros**, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial; (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

[...] § 3º - As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, **trinta dias de antecedência**, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. (Incluído dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4º - O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho **deverão observar o disposto na alínea f do inciso I e no § 3º deste artigo**, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência

de sua circunscrição judiciária. (Incluído dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (grifo nosso).

Da análise dos dispositivos introduzidos pela reforma trabalhista, que não existem em semelhança no âmbito processual civil, sobressai o fato de que as normas, dirigidas exclusivamente à Justiça do Trabalho, atentam contra a garantia de autonomia dada aos tribunais, que fora aprofundada no primeiro capítulo desta pesquisa. Invadindo o espaço dado aos órgãos do Poder Judiciário para que, por meio dos regimentos internos, possam se organizar, os dispositivos em comento afrontam o princípio da separação dos poderes. É neste sentido que Higa (2018, p.273) sustenta que:

As alterações promovidas pela reforma trabalhista dificultam sobremaneira a operacionalização dos comandos relativos à alteração e/ou estabelecimento de súmulas de jurisprudência a partir da concepção de “lei como ela é”.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que o legislador invadiu os domínios do funcionamento administrativo dos tribunais, determinando o modo como eles devem proceder a fim de editar súmulas e outros enunciados de jurisprudência. Referido comando apossa-se, de modo totalmente indevido, de agenda imbricada à autonomia administrativa constitucionalmente assegurada ao Poder Judiciário (CF, 99).

Para que possa haver qualquer edição, cancelamento, alteração ou revisão de súmulas, orientações jurisprudenciais (OJ's), orientações jurisprudenciais transitórias (OJT's) e precedentes normativos (PN's), mesmo que sem força vinculante, passa a ser exigido, no Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, em dez sessões diferentes, em ao menos dois terços das turmas, o que no TST representam seis turmas, por unanimidade, decisão em determinado sentido, para possibilitar a alteração jurisprudencial. Isto **representa, portanto, a exigência de, ao menos, sessenta decisões unâimes, que totalizam, no mínimo, cento e oitenta votos idênticos.**

Após o cumprimento de tal exigência, é necessário que seja designada sessão específica para o feito, com antecedência mínima de trinta dias. Em tal sessão, deve ser dado direito ao registro para sustentação oral, não só ao Procurador-Geral do Trabalho, mas também ao Conselho Federal da OAB, ao Advogado-Geral da União e às confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. **Para que seja aprovada a inovação jurisprudencial, é necessário o voto de, no mínimo, dois terços do colegiado, o que representa dezoito votos** no Tribunal Superior do Trabalho.

Do exame dos dispositivos, fica evidente a rigidez das restrições procedimentais implementadas na reforma quanto à alteração jurisprudencial trabalhista. A exigência de possibilidade de em todas as alterações ser garantida a participação de entidades de classe e confederações sindicais (atualmente existem mais de cinquenta inscritas no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais - CNES), além de outras autoridades públicas, se mostra desarrazoada diante da essência do propósito estritamente judicante de garantir a segurança jurídica e uniformização jurisprudencial.

Tal propósito de uniformização constitui-se em poder-dever exclusivo da jurisdição, como se extrai do art. 926, do Código de Processo Civil, que dispõe: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Vale ressaltar, nem no CPC, que em seu art. 987, §2º, dispõe sobre a alteração de tese jurídica anteriormente adotada, como na Lei 9.868/99, que trata do procedimento de controle de constitucionalidade, há a obrigatoriedade de admissão para oitiva de todas as autoridades interessadas, sendo esta uma faculdade do tribunal. Neste diapasão, tal dispositivo vai de encontro à busca pela celeridade processual, a duração razoável do processo e ao caráter alimentar das verbas demandadas na Justiça do Trabalho.

Também se mostra desproporcional e em disparidade com qualquer outra área do direito, o quantitativo exigido em relação a *quorum*, decisões e sessões nos tribunais trabalhistas para modificação de sua jurisprudência por meio de súmulas e orientações jurisprudenciais. Para a edição de súmulas com efeito vinculante no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, e que foram introduzidas por meio de emenda constitucional, são exigidas “reiteradas decisões”, porém não há exigência de número mínimo destas, nem que tenham sido idênticas e por unanimidade. Neste sentido, súmulas, a exemplo da Súmula Vinculante 53⁴, já foram editadas com base em menos de sessenta decisões reiteradas, número mínimo exigido no TST a partir da reforma.

Nesta toada, também o *quorum* de aprovação mínimo de dois terços do tribunal trabalhista exigido se mostra descabido e desproporcional, visto que é superior ao estabelecido para declaração judicial de constitucionalidade (maioria absoluta), nos termos do art. 97 da Constituição Federal, ou até mesmo de alteração da Carta Magna na esfera legislativa (três quintos). Tal *quorum* que exige a

⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2613>

aprovação de dois terços dos membros, o que, no TST, por exemplo, significa 18 ministros, se mostra tão irrazoável que caso o tribunal, por meio de seu regimento, opte por estabelecer um órgão especial para deliberar sobre as alterações jurisprudenciais, como a edição de súmulas, não será possível, devido ao número inferior ao *quorum* exigido. Paradoxalmente, é possível, portanto, que um tribunal, decida pela constitucionalidade do dispositivo em comento, por meio de seu órgão especial, para depois, conforme seu regimento, alterar sua jurisprudência sumulada. Assim, Nassif (2018, p.90) comenta:

Dessas amarras que o legislador procura impor ao judiciário trabalhista, discriminando-o de todos os outros, exsurge a discriminação de um poder republicano, cuja forma de produção de suas decisões é imanente à sua própria existência. Evidentemente, o controle de constitucionalidade das decisões jurídicas deve ser exercida de forma isonômica para todos os ramos do poder judicial e não para um somente. No CPC não há comandos de formulação de súmula para nenhum outro Tribunal, nem restrições ao seu objeto. Portanto tais comandos não podem existir somente para a Justiça do Trabalho.

Diante do exposto, a tentativa de combater o “ativismo judicial” por meio das restrições à atividade jurisdicional mostra-se potencialmente danosa ao causar insegurança jurídica e o esfacelamento da jurisprudência trabalhista. Os critérios estabelecidos são desarrazoados, atuando de forma exclusiva e discriminatória em relação à Justiça do Trabalho, visto que em nenhum outro ramo do Poder Judiciário existem restrições semelhantes, de modo que os tribunais são competentes para decidir tal procedimento por meio de seus regimentos internos. Entender pela constitucionalidade de tais dispositivos é autorizar que o legislador, via lei ordinária, possa restringir a atividade judicante e os procedimentos de todos os tribunais brasileiros.

4.2 DAS RESTRIÇÕES À ATIVIDADE JURISDICIAL NA ANÁLISE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS COLETIVOS

Os impactos quanto à atuação da Justiça do Trabalho não se resumem às restrições impostas na construção jurisprudencial e atividade judicante, por meio do art. 8º, §2º e dos novos dispositivos do art. 702. Nesta toada, também é sustentada a colisão com a Constituição Federal do novo art. 8º, §3º da CLT, que assim dispõe:

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Segundo Lima e Lima (2017, p.72), mais uma vez há restrição à atividade hermenêutica da Justiça do Trabalho, com o intuito, desta feita, de prevenir a judicialização dos pactos coletivos, dando eficácia ao primado do negociado sobre o legislado, um dos principais objetivos da reforma trabalhista.

Num empreendimento de transformação do direito do trabalho e seus institutos em direito civil, a Lei 13.467/17 busca inserir o princípio da intervenção mínima no direito do trabalho, limitando a análise da Justiça do Trabalho exclusivamente aos elementos essenciais do negócio jurídico, restringindo assim, segundo Trindade (2017), ao máximo possível sua atuação no exercício do controle de legalidade e constitucionalidade dos acordos e convenções coletivas.

Segundo Lima e Lima (2017, p. 73), há total incompatibilidade deste dispositivo com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, cláusula pétreia assegurada no art. 5º, XXXV da Constituição, de modo que diante de ameaça ou lesão a direito trabalhista que for eventualmente judicializada, o magistrado não pode simplesmente se furtar a responder que só deve decidir nos limites estritos do art. 104 do Código Civil, pondo, desta forma, em risco os direitos fundamentais trabalhistas.

Pessoa (2017, p.48) argumenta que a determinação do §3º, do art. 8º, da CLT, que traz para o direito do trabalho o princípio da intervenção mínima, vai de encontro a toda atuação judicante dos Tribunais brasileiros, em especial do Tribunal Superior do Trabalho e também do próprio Supremo Tribunal Federal, que sempre, quando necessário, adentraram no mérito das negociações coletivas para garantir o patamar mínimo civilizatório, assegurando a eficácia dos direitos laborais. Neste contexto, Trindade (2017) argumenta pela contrariedade da inserção do princípio da intervenção mínima no direito do trabalho, diante do arcabouço principiológico constitucional:

Conjugado com o disposto no caput do artigo 611-A da "nova" CLT, segundo o qual "A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei (...)", o "princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva" parece franquear ao poder econômico ampla margem de "negociação" para reduzir ou suprimir direitos dos

trabalhadores, sem o risco de ver-se submetido ao crivo do Poder Judiciário.

E, neste ponto, o princípio concebido pelos legisladores que "reformaram" a CLT vai de encontro a direito fundamental de todo trabalhador e trabalhadora brasileira ou estrangeira residente no país, no sentido de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Ou seja, o princípio da "intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva" esbarra no limite da amplitude do acesso à Justiça, previsto na Constituição da República, de modo que a norma legal não pode se sobrepor a um direito fundamental estabelecido constitucionalmente. Ao contrário, deveria seguir a sua orientação.

O afastamento da jurisdição da análise dos negócios jurídicos coletivos configura-se em mais uma afronta aos ditames constitucionais que asseguram a separação e harmonia entre os poderes, garantia do Poder Judiciário, já trabalhada nos capítulos anteriores desta pesquisa. Neste diapasão, a realização de cidadania e emancipação social, construída pelo trabalho digno, como sustenta Araújo (2018, p. 153-154), fica deteriorada, a partir do momento em que é imposto uma "cidadania de segunda classe" aos trabalhadores, como é argumentado por Delgado e Delgado (2017, p.80):

A propósito, as regras lançadas nos novos §§ 2º e 3º do art. 8º da CLT, além de desrespeitarem, gravemente, o princípio constitucional da separação dos poderes e o princípio constitucional da independência do Poder Judiciário - no caso, a Justiça do Trabalho -, explicitamente lançados no art. 2º da Constituição, dentro do Título I, que trata "Dos Princípios Fundamentais", tentam instaurar urna cidadania de segunda classe na sociedade política e sociedade civil brasileira, a cidadania trabalhista. Para essas pessoas humanas cidadãs é como se o Poder Judiciário não pudesse examinar afrontas à Constituição, afrontas às normas internacionais sobre direitos humanos imperantes no Brasil, além de afrontas à legislação federal trabalhista, tendo de sufragar todo e qualquer eventual retrocesso celebrado pela negociação coletiva trabalhista. O patamar civilizatório mínimo fixado pela Constituição da República, pelas normas internacionais internalizadas pelo Brasil e pela legislação federal trabalhista não se aplicaria às pessoas humanas que vivem do seu trabalho, caso haja negociação coletiva supressora de direitos e garantias em vigência; e nem poderia o Poder Judiciário atuar para corrigir semelhante gravíssima lesão de direitos (art. 52, XXXV, CF).

Nessa acepção, Alencar (2017, p.42) ainda ressalta que defender o afastamento total da jurisdição trabalhista da análise dos acordos e convenções coletivas, se torna medida totalmente desarrazoada, diante da atual inconsistência da própria estrutura sindical representativa dos trabalhadores, levando como consequência a perda de direitos laborais. Para Alencar (2017, p.43), não é a mera existência de sindicatos profissionais que, por conta própria, garantirá o equilíbrio necessário para que a autonomia privada coletiva seja realizada de forma legítima, com plena liberdade e poder de resistência e negociação.

Neste contexto, dentro da análise dos elementos do negócio jurídico, tem-se, na observação dos agentes capazes, que muitos sindicatos têm se enfraquecido e se direcionado para a hipossuficiência. Devido às mudanças no contexto socioeconômico, como a redução do pleno emprego, do trabalho formal e da coesão entre os trabalhadores e o fortalecimento de institutos como a terceirização e o trabalho informal, os sindicatos têm sido ainda mais fragilizados. Simultaneamente a este fenômeno, os patamares mínimos impostos às negociações coletivas, relativos aos direitos laborais, foram drasticamente reduzidos e a Justiça do Trabalho coibida de intervir. Assim, é que Viana (2011, p. 157) argumenta:

Hoje, as peças já não se encaixam como antes. O novo modo de produzir não corresponde ao sindicato. A moderna empresa já não abriga multidões uniformes, trabalhando anos a fio, em jornada plena, sofrendo os mesmos dramas e sonhando sonhos iguais. Como dizíamos, ela se fragmenta e se diversifica, e com isso despedaça o movimento sindical. Com a diferença que ela controla - e ele não - cada um de seus pedaços.

[...] E como já não vivemos o pleno emprego, mas o desemprego e o subemprego, não é só o coletivo operário, mas o próprio trabalhador que se parte ao meio, perdendo a sua face coletiva. A solidariedade cede passo ao individualismo. A nova empresa consegue externalizar a própria concorrência, jogando-a por sobre os ombros dos empregados e de suas contratadas. E salve-se quem puder. Paradoxalmente, é nesse contexto de fragilização estrutural do sindicato que surge a ideia de se eliminar os patamares mínimos. [...]

Neste contexto, os direitos laborais são postos em vulnerabilidade à medida que a reforma trabalhista abre a possibilidade de sua negociação, escanteando os parâmetros mínimos de dignidade do trabalho estabelecidos pela legislação, por meio do “negociado sobre o legislado” e simultaneamente restringindo a atividade jurisdicional, minimizando-a, como argumenta Rodrigues (2017):

O argumento de que a Justiça do Trabalho é excessivamente intervencionista em relação à autonomia da vontade é enviesado, pois as ideias nesse sentido jamais levam em conta a realidade da representatividade e da capacidade de mobilização atual dos trabalhadores. Salta aos olhos que as inúmeras intervenções no âmbito coletivo visam restabelecer a liberdade contratual coletiva viciada pelo desequilíbrio das forças em embate no processo de formação da norma e, também, tutelar o patamar mínimo elencado como direito e garantia fundamental. A reforma novamente expõe a intenção de prejudicar os trabalhadores quando alça como regra normativa o “negociado sobre o legislado” e, ao mesmo tempo, passa a impedir a Justiça do Trabalho de intervir no caso de desequilíbrio ou violação do patamar mínimo.

É necessário que seja realizado, portanto, uma interpretação conforme a constituição dos dispositivos em comento, para que, como sustentam Delgado e

Delgado (2017, p. 107), não seja esfacelado o patamar mínimo civilizatório assegurado pelos direitos laborais no ordenamento jurídico nacional e internacional. É inconcebível, a partir de uma interpretação literalista do art. 8º, §3º, da CLT e de seus dispositivos conexos, quais sejam os arts. 611-A e 611-B, da CLT, que se possa concluir desarrazoadamente que fora criada uma nova ordem jurídica anômala e à parte dos direitos fundamentais laborais, a partir dos negócios jurídicos coletivos e que se encontra fora do alcance da jurisdição trabalhista.

Assim, da compreensão dos dispositivos em comento, que acentuam a observância dos elementos essenciais do negócio jurídico (objeto lícito, possível, determinado ou determinável, agente capaz e forma prescrita ou não defesa em lei), sob a ótica do princípio da intervenção mínima, é imponderado chegar-se ao entendimento de que se criou um instituto hierarquicamente superior ao ordenamento jurídico brasileiro, não devendo observância a este, sempre prevalecendo em qualquer ocasião. Também torna-se equivoca a conclusão que sustente a ineficácia da diretriz constitucional de inafastabilidade e amplo acesso ao Poder Judiciário, visto que este não pode ser inibido e se omitir diante de lesão ou ameaça a direito fundamental.

A interpretação em consonância com a Constituição Federal dos dispositivos em comento deve ser no sentido de que a Justiça do Trabalho deve reconhecer o papel regulador e complementar à ordem jurídica exercido pelas negociações coletivas, observando, sempre que possível, os acordos e convenções celebrados, para que sejam garantidos os ganhos mútuos de empregados e empregadores e a vontade coletiva. Não obstante, tais negócios jurídicos coletivos não se encontram em hierarquia superior e devem observância ao ordenamento jurídico legal, às normas constitucionais e aos tratados internacionais laborais, devendo a jurisdição trabalhista, quando necessário, garantir a eficácia dos direitos fundamentais laborais.

4.3 AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS AO MAGISTRADO NA ANÁLISE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL LABORAL

Outro eixo da reforma trabalhista que trouxe restrições à atividade jurisdicional, podendo resultar na supressão de importantes direitos laborais

fundamentais, como a ampla reparação do dano sofrido, é o novo sistema de danos extrapatrimoniais. Inserido pela Lei 13.467/17, ele tem como principal modificação a retirada do magistrado da possibilidade de decidir de forma justa e equitativa dentro do caso concreto, havendo restrição aos bens jurídicos tutelados e parametrização do valor da indenização a ser concedida e, por consequência, o sofrimento alheio, em clara afronta a princípios constitucionais como a isonomia e a inafastabilidade da jurisdição.

Venosa (2016, p.52) analisa a reparação dos danos extrapatrimoniais, argumentando pela complexidade no estabelecimento da obrigação de reparar:

Dano moral ou extrapatrimonial é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável.

Sobre tal obrigação, quanto aos danos atentatórios aos direitos da personalidade, da lição de Diniz (2003, p.74) se extrai:

A reparação do dano moral cumpre uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade, etc.

Antes da edição da reforma trabalhista, a disciplina da reparação por danos extrapatrimoniais no âmbito trabalhista era construída dentro do âmbito da reparação civil, como explica Brito (2018):

Até o advento da Lei nº 13.467/2017, o Tribunal Superior do Trabalho – TST, era firme e pacífico em aplicar a uniformidade do sistema jurídico referente à responsabilidade civil: a reparação integral consagrada no texto constitucional, art. 5º, V e X e os dispositivos do Código Civil, nos moldes do direito administrativo, direito do consumidor, direito civil, direito comercial, direito agrário e demais ramos jurídicos.

A Corte Máxima Trabalhista, ao assim proceder, em uniformidade com os demais segmentos jurídicos e sistemas processuais e materiais do ordenamento jurídico nacional, realizava uniformização, e trazia segurança jurídica e coerência sistêmica.

Não obstante, o legislador ordinário, insatisfeito, e em um esforço para construir um sistema jurídico trabalhista apartado do restante do ordenamento jurídico nacional, com a Lei nº 13.467/2017, conhecida como *reforma trabalhista*, acrescentou o Título II-A, “*Do dano extrapatrimonial*”, arts. 223-A a 223-G à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Assim, tem-se que o novo art. 223-A, da CLT dispõe: “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”. Porto (2017, 140) critica o novo comando legal, ao sustentar a inafastabilidade da Constituição e dos direitos fundamentais assegurados em todo o ordenamento jurídico, diante da insuficiência da disciplina laboral, que é omissa em relação a disposições consagradas que tratam da reparação extrapatrimonial, como a responsabilidade objetiva e subjetiva, responsabilidade por atos ilícitos e de terceiros e a equidade no estabelecimento da indenização nos casos de desproporção, nos termos do art. 944 do Código Civil. Além disso, o dispositivo contraria o próprio art. 8º, §1º da CLT, também modificado na reforma e que determina a aplicação do direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho. Neste contexto, aduz Streck (2017) pela inconstitucionalidade do dispositivo em comento:

Não há como uma lei infraconstitucional, ainda que harmônica aos interesses dos estamentos dominantes da sociedade brasileira, imunizar-se à aplicação da própria Constituição. Desse modo, cabe fazer uma declaração de inconstitucionalidade *com* redução de texto do artigo 223-A da CLT, com a redação da Lei 13.467/17, para excluir a expressão “apenas” (é uma das seis hipóteses de minha teoria da decisão).

Nesta toada, o novo art. 223-B, da CLT, dispõe que: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”. Porto (2017, p.141) sustenta que não há possibilidade, à luz da Constituição Federal, de se estabelecer quem pode ser ofendido na esfera patrimonial, havendo a circunscrição de direitos da personalidade, limitando o direito à reparação a seu titular e, por conseguinte alterando a esfera de proteção e repartição de competência da Justiça do Trabalho por meio de lei ordinária.

O art. 223-C da CLT também aponta para uma colisão com o sistema constitucional, à luz da Constituição de 1988, ao enumerar em rol, que sob flagrante inconstitucionalidade não pode ser taxativo, os bens tutelados juridicamente dentro do regime de danos extrapatrimoniais. Assim, segundo Almeida (2017, p. 217) não se pode admitir, sob pena de inconstitucionalidade, a restrição de bens jurídicos da personalidade a serem tutelados, excluindo-se, desta forma, bens como a liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de locomoção e a vida privada, sob pena de afronta ao arcabouço

principiológico constitucional que reza pela reparação integral e irrestrita dos danos extrapatrimoniais.

Por sua vez, o novo art. 223-G da CLT e seu §1º inserem no sistema de danos extrapatrimoniais da CLT a parametrização da indenização destes danos. Ganha força o argumento que defende a inconstitucionalidade de tais dispositivos, pois, como argumenta Porto (2017, p.143), tarifar o sofrimento alheio vai de encontro à dignidade da pessoa humana, ao princípio da reparação integral, à desconsideração da capacidade de pagamento, à necessidade de se afirmar o efeito pedagógico da indenização e, por conseguinte, à restrição da liberdade da jurisdição trabalhista em analisar o caso concreto e construir a decisão de maneira equitativa. Desta feita, Gomiero (2017) argumenta:

Estabelecer o dano moral de maneira tarifada pode levar a resultados absurdos posto que o caso concreto será completamente descartado. Mesmo que tais multiplicadores de salários sejam resultado de uma interpretação sobre a gravidade da ofensa, se esta for gravíssima ensejará somente uma indenização equivalente a cinqüenta salários. Um trabalhador que ganhe quatrocentos reais por mês, mesmo que perca todos os seus membros locomotores na relação de trabalho, a indenização estará limitada a vinte mil reais.

O caso concreto deve ser respeitado acima de tudo sob pena de não proteger de maneira eficiente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A vedação da proteção insuficiente é outro vetor interpretativo dos direitos fundamentais. [...]

[...] De fato, o "dano moral" é pedido recorrente na Justiça do Trabalho. Há certa banalização do pedido de dano moral, o que não se nega. Porém, estabelecer critérios como os expostos acima (hipóteses ensejadoras e forma de cálculo tarifada) é negar a própria importância em tutelar o princípio da dignidade da pessoa humana. A segurança jurídica deverá ser buscada atingindo a causa dos danos morais e não limitar sua aplicação.

Não obstante seja uma realidade a recorrência de pedidos de danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho, supracitada por Gomiero (2018), é também necessário lembrar que apenas no ano de 2017, ano da edição da reforma trabalhista, fora registrado no Brasil pelo Anuário Estatístico de Acidentes de Trabalho⁵ do INSS, 549.405 acidentes de trabalho, que resultaram na morte de 2.096 trabalhadores. Quando se observa a porcentagem mínima representativa destes acidentes em que fora dado ao empregado alguma indenização de forma espontânea, o argumento pela banalização e "indústria do dano moral", difundido pelos defensores da mudança, torna-se ainda mais fragilizado.

⁵ sa.previdencia.gov.br/site/2018/09/AEAT-2017.pdf

Nesta perspectiva, a parametrização dos danos extrapatrimoniais inserida pela reforma, ao estabelecer não um indicativo, norte abstrato de possível indenização, mas, em verdade, uma limitação ao valor das indenizações, que deveriam ser apuradas por meio da equidade, afronta a diretriz constitucional de ampla e irrestrita reparação. Tal princípio está insculpido na Constituição Federal tanto nos incisos V e X do art. 5º, como também, no caso das relações trabalhistas, no art. 7º, XXVIII, que dispõe que mesmo com a concessão de seguro contra acidentes de trabalho, será garantida a ampla reparação. Além disso, vale ressaltar o efeito pedagógico que envolve a obrigação de indenizar, somando ao fato, citado por Gonçalves (2011, p. 397) de que a prévia parametrização dos danos extrapatrimoniais pode incentivar ainda mais a violação dos direitos da personalidade:

Não tem aplicação, em nosso país, o critério da tarifação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado. O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei.

A incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, à luz da Constituição se torna ainda mais latente, quando se constata que o parâmetro a ser utilizado pelo magistrado para tarifação do dano extrapatrimonial na esfera trabalhista é o salário do empregado, de modo que há grave afronta ao princípio da isonomia constitucional, com risco de serem obtidas decisões totalmente desarrazoadas, injustas e em dissonância com a Constituição Federal. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, a exemplo do RE 315.297⁶, já julgou a incompatibilidade da Lei de Imprensa, que trazia a tentativa de parametrização de danos extrapatrimoniais, com a Constituição. Assim, Santos (2018, p. 147) argumenta:

Ademais, a fixação originariamente prevista pela Lei n. 13.467/2017, utilizando-se o valor do salário do trabalhador como base de cálculo da indenização por dano extrapatrimonial, tem como consequência a apuração de valores diferentes para reparação de danos idênticos. Por hipótese, caso uma pessoa sofra um dano de natureza grave, e receba 1 salário mínimo (R\$ 954,00) como salário, terá direito a uma indenização de até R\$ 19.080,00, enquanto um trabalhador que receba R\$ 5.000,00 a título de salário pode auferir até R\$ 100.000,00, em idênticas condições nos termos do inciso III, § 1º, do art. 223-G da CLT.

Esta tarifação fere diretamente o princípio da isonomia e da proibição de discriminação, estabelecidos no caput do art. 5º e no inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, respectivamente. Como se não bastasse, o princípio

⁶ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=107402>

da reparação integral também não é observado, porquanto a necessidade de obedecer ao limite estipulado na lei pode geral um valor inferior ao devido.

A apuração de valores diferentes para indenizar danos idênticos causados a pessoas distintas, decorrentes da base de cálculo utilizada (salário contratual do ofendido), acaba por gerar uma nova lesão ao direito da personalidade já violado, pois o quantum destinado à reparação configurará novo dano por discriminar o ofendido em razão de uma condição pessoal da parte que não guarda nenhuma relação com os fatos controvertidos.

Seguindo o disposto no novo regime de danos extrapatrimoniais imposto pela reforma trabalhista, é possível, desta maneira, que diante de um mesmo fato gerador, a exemplo de um acidente de trabalho, dois empregados possam receber indenizações com valores diferentes, simplesmente por conta da diferença salarial entre estes. A adoção deste critério, como parâmetro para aferição da indenização, claramente desacata, portanto, a Constituição Federal, que reza em seu art. 5º pela isonomia e igualdade de tratamento, além de outros dispositivos, como seu art. 3º que busca a não discriminação e vai de encontro, em última análise à observância pela dignidade da pessoa humana, disposta no art. 1º, III e princípio maior da Carta Magna.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma trabalhista, Lei 13.467/2017, foi, segundo grande parcela da doutrina, a maior alteração já feita no direito do trabalho brasileiro desde a edição da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Os novos dispositivos inseridos, sob o pretexto de modernização da legislação laboral, motivados pelas mudanças socioeconômicas a nível global, desregulamentam e flexibilizam a seara trabalhista, em suas dimensões material, processual e coletivo, fortalecendo institutos como o “negociado sobre o legislado.” Ainda nesta toada, ao lado destas alterações, tem-se os dispositivos inseridos pela reforma que tratam da atividade jurisdicional exercida pela Justiça do Trabalho.

Neste sentido, durante este trabalho, procurou-se analisar os novos dispositivos incluídos na CLT e que inserem alterações à atividade judicante exercida pela Justiça Trabalhista, perquirindo-se sobre os reflexos que a vigência destes pode acarretar e sua compatibilidade com o arcabouço principiológico constitucional. Assim, procurou-se analisar se o *munus* exercido pelo Poder Judiciário fora restrito e, em última análise, a efetividade dos direitos fundamentais laborais, que tem sua salvaguarda na jurisdição trabalhista, teria sido vulnerabilizada.

Para tanto, de início, fora analisado o papel desempenhado pelo Poder Judiciário ao longo da história. Desta feita, percebeu-se que o Judiciário saiu de uma postura, por vezes, apontada como coadjuvante, para assumir cada vez mais uma presença ativa, estimulado nas democracias ocidentais pelo reconhecimento dos direitos sociais. Esta ascensão do Judiciário refletiu na Constituição Federal de 1988, que delegou a este poder importante dever na garantia dos direitos fundamentais, além do desempenho de um papel político, dividindo espaço com os Poderes Executivo e Legislativo.

Nesta toada, para a construção de um Estado Democrático de Direito harmônico entre os três poderes, é necessário, quanto ao Poder Judiciário, o respeito às suas garantias e vedações, instituídas tanto para o Judiciário, como órgão, como para os membros da magistratura. Tais institutos garantem o exercício da atividade judicante de forma legítima e coerente, assegurando a efetividade dos direitos fundamentais e a realização da cidadania, que na esfera laboral, é balizada pela Justiça do Trabalho.

Assim, para compreensão das modificações inseridas pela reforma trabalhista, fora necessário lançar luzes sobre o percurso histórico trilhado pela Justiça do Trabalho, desde seu início, quando a matéria laboral ainda compunha o âmbito civilista, até seu reconhecimento maior pela Constituição de 1988, que delegou elementar papel a esta. Dessarte, fora relevante a análise de que, não obstante o órgão tenha ganhado cada vez mais expressividade, passadas as oito décadas de sua fundação e atuação na efetivação dos direitos sociais, sustenta ainda três principais desafios, que foram trabalhados na primeira seção desta pesquisa, e que se relacionam com as modificações inseridas pela Lei 13.467/2017, sendo estes: o desafio quanto ao procedimento, à segurança jurídica e às questões ideológicas.

Para compreensão das mudanças na CLT inseridas pela reforma trabalhista quanto à atividade jurisdicional da Justiça do Trabalho, fora aprofundado, na segunda seção deste trabalho, a análise das abordagens jurídicas quanto ao discurso judicial. Nesta perspectiva, é de clareza solar que o papel exercido pelo Judiciário e os modelos de abordagem de seu discurso passaram por intensas transformações nos últimos séculos.

O modelo dogmático-legalista, que tem como marco a Revolução Francesa e o juiz “boca da lei”, não fora mais capaz de responder às novas exigências do Estado social e à crise do Estado de Direito. Neste sentido, contribuíram para estas mudanças, em primeiro lugar, a reformulação do conceito tradicional de separação dos poderes e suas funções típicas, de modo que o Judiciário passou a assumir também uma dimensão e responsabilidade política. Em segundo lugar, concorreu para estas transformações uma nova percepção hermenêutica e epistemológica, de que o direito não é um dado um dado finalizado na “letra da lei”, mas é também construído em sua interpretação e aplicação, no Judiciário e pela comunidade de intérpretes e, portanto, ganhou relevo o seu caráter argumentativo.

Neste diapasão, passou-se a aprofundar o exame dos dispositivos da Lei 13.467/17 que trazem restrições à atividade judicante da Justiça do Trabalho. O novo art. 8º, §2º, da CLT, que trata da construção jurisprudencial, caminha de encontro às garantias já estudadas do Poder Judiciário que asseguram sua independência. A partir de sua análise, fora possível concluir que seu conteúdo, ao exigir que a Justiça do Trabalho se limite à mera aplicação literal da lei, não está em

conformidade com o arcabouço principiológico constitucional, além de esbarrar nas limitações já trabalhadas do modelo jurídico do positivismo exegético.

Também o novo regramento inserido no art. 702, da CLT, ao dispor sobre a criação e edição de súmulas, OJ's e precedentes normativos, invadindo a competência dos tribunais para se organizarem conforme seus regimentos internos, afronta a Constituição ao ferir a independência e autonomia do Poder Judiciário. Neste sentido, as dificuldades impostas para alteração da jurisprudência pelos tribunais trabalhistas podem resultar, verdadeiramente, no seu esfacelamento, tendo como consequência, grave insegurança jurídica.

As disposições acerca da atividade jurisdicional da Justiça Laboral também se mostraram em desconformidade com a principiologia constitucional a partir do exame do art. 8º, §3º, da CLT. O referido dispositivo restringe à análise dos negócios jurídicos coletivos pela Justiça do Trabalho aos seus elementos formais e insere no direito do trabalho o princípio da intervenção mínima. Levado às últimas consequências, tal dispositivo coloca em vulnerabilidade direitos fundamentais trabalhistas, que desrespeitados em negociações entre sindicatos e empregadores, em afronta a diplomas legais, à Constituição ou mesmo tratados internacionais, não terão a salvaguarda do Poder Judiciário.

Também da análise do novo sistema de danos extrapatrimoniais, inserido pela reforma trabalhista na CLT, nos novos arts. 223 - A a G, se encontrou, na restrição à atividade jurisdicional, afronta a Constituição de 1988. O novo regramento limita a aferição do juiz da indenização devida por danos extrapatrimoniais, estabelecendo teto para esta, atrelado ao salário do empregado. Desta maneira, é de se vislumbrar incompatibilidade com a Constituição tanto no aspecto da limitação da atividade judicante, impedindo a efetividade do princípio constitucional da ampla e irrestrita reparação, como também no desrespeito ao princípio fundamental da isonomia, ao utilizar-se como critério o salário do empregado para estabelecimento da indenização, o que pode acarretar em graves injustiças.

Isto posto, feita a análise dos principais dispositivos inseridos pela Lei 13.467/2017 quanto à atividade judicante da Justiça do Trabalho, em confronto com o debate proposto a respeito do Poder Judiciário e a compreensão do arcabouço principiológico constitucional, argumenta-se pela dissonância de tais artigos com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo como vetor interpretativo a Constituição de

1988. As inovações em comento, ao limitarem a atuação jurisdicional, em afronta à independência e autonomia do Judiciário, colocam em vulnerabilidade os direitos laborais, que sem a salvaguarda da jurisdição trabalhista poderão ter sua efetividade comprometida, sendo imperioso, portanto, o exercício do controle de constitucionalidade dos dispositivos trabalhados, pelos tribunais brasileiros.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

AFONSO, Orlando Viegas Martins. **Poder judicial: independência e dependência,** Coimbra: Almedina, 2004.

ALENCAR, João Leite de Arruda. A limitação das súmulas e a análise formal das negociações coletivas: o ataque à hermenêutica jurídica trabalhista. In: FELICIANO, G.G; TREVISO, M,M; FONTES, S.T.C (Cord.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica.**, São Paulo, LTr, 2017.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. A reforma trabalhista e o acesso à justiça. In: FELICIANO, G.G; TREVISO, M,M; FONTES, S.T.C (Cord.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica.**, São Paulo, LTr, 2017.

ANAMATRA. **Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processo do Trabalho.** Disponível em:
https://drive.google.com/file/d/1oZL9_JohYjNInVvehEzYDp-bl0fcF6i6/view.>
 Acesso em: 20 de mar. 2019

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In AVELAR, Lúcia. CINTRA, Antônio Octávio, **Sistema político brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, São Paulo: UNESP, 2004.

ARAÚJO, Jailton Macena de. **Constituição, cidadania e trabalho:** premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada na solidariedade. R. Direito, Estado e Sociedade. n.52. jan/jun 2018

ARAÚJO, Victor Guimarães. **Fundamentação das Decisões:** STJ e o artigo 489, §1º, IV do CPC/15. Disponível em:
<https://victorguimaraesaraujo1.jusbrasil.com.br/artigos/534398145/fundamentacao-das-decicoes-stj-e-o-artigo-489-1-iv-do-cpc-15>.> Acesso em: 10 jun. 2019.

ARISTÓTELES. **Retórica**, São Paulo: EDIPRO, 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teoria da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, Num 9, marco/abril/maio 2007. Salvador, Bahia, Brasil, ISSN 1981-1888.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.>
 Acesso: 20 de fevereiro de 2019.

_____. Decreto-lei n 5.452/1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso: 20 de fevereiro de 2019.

_____. BRASIL. Lei nº 13.105. **Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21/03/2019.

BRITO, Maurício Ferreira de. **Regime de exceção do dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/regime-de-excecao-do-dano-extrapatrimonial-decorrente-da-relacao-de-trabalho-28032018>> Acesso em: 20 de mar. 2019

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: SAFe, 1989.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; CARVALHO NETO, Abimael Clementino Ferreira de; GIRÃO, Henrique Andrade. **A reforma trabalhista como consequência da necessidade de flexibilização das relações de trabalho diante da evolução da sociedade.** Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 49-66, set./dez. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.18546.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** São Paulo: Saraiva, 2003.

HIGA, Flávio da Costa. **Reforma Trabalhista e exigências para o estabelecimento de Súmulas de Jurisprudência:** o novo Art. 702, alínea f, da CLT". In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso (e KAJOTA, Ernani), **Reforma Trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther**, São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Justiça do Trabalho: 70 anos de Justiça Social.** In **Revista do TST**. Vol. 77. Nº 2. Brasília: TST, abr/jun 2011.

_____. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

DELLORE, Luiz. **Algo mudou na fundamentação das decisões com o novo CPC?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/algo-mudou-na-fundamentacao-das-decisoes-com-o-novo-cpc-26062017>>. Acesso em: 5 de mai. 2019.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Argumentação jurídica.** 2. ed. Barueri: Manole, 2016.

GOMIERO, Paulo Henrique. **Regime de dano moral da reforma trabalhista não traz segurança jurídica.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opiniao-regime-dano-moral-reforma-trabalhista-nao-traz-seguranca>> Acesso em: 21 de fev. 2019

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. IV: responsabilidade civil.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: SAFE, 2003.

HIGA, Flávio da Costa. Reforma Trabalhista e exigências para o estabelecimento de Súmulas de Jurisprudência: o novo Art. 702, alínea f, da CLT. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; KAJOTA, Ernani. **Reforma Trabalhista ponto a ponto:** estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther, São Paulo: LTr, 2018.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação.** São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, F. M. M; LIMA, F. P. R. M. A lei 13.467/2017 abalou, mas não implodiu os fundamentos do direito do trabalho. In: FELICIANO, G.G; TREVISO, M,M; FONTES, S.T.C (Cord.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica.**, São Paulo: LTr, 2017.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. **Justiça do Trabalho:** história, importância e desafios. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60059/justica-do-trabalho-historia-importancia-e-desafios/1>>. Acesso em: 10 maio de 2019.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. **Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

LUZ, Alex Faverzani da; SANTIN, Janaína Rigo. A evolução histórica da Justiça do Trabalho e os direitos sociais no Brasil. **Revista do Corpo Discente do Programa de Pós-Graduação em História da UFRGS (AEDOS),** Num. 4, vol. 2, Novembro 2009, Porto Alegre, Brasil ISSN 1984-5634

MARTINS, Omar Conde Aleixo. O §2º do art. 8º da CLT e a restrição à atividade interpretativa da justiça do trabalho: perspectivas positivistas em análise e o confronto com o conceito hermenêutico de direito. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, BA, v. 5, n. 2, p. 269-285, jul./dez. 2018. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i2.242>. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/242>. Acesso em: 5 ago 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Art. 96. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015

_____. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 38^a edição. Forense, 2016.

NASSIF, Elaine. **Direito do trabalho e processo do trabalho: reforma trabalhista: principais alterações**. In HORTA, Denise Alves. FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara. KOURY, Luiz Ronan Neves. OLIVEIRA. Sebastião Geraldo de. **Direito do trabalho e processo do trabalho: Reforma trabalhista: principais alterações**. São Paulo: Editora LTr, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - Volume único**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PASTORE, José. **O papel da justiça no desenvolvimento econômico**. Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_357.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Reforma trabalhista e a atuação da justiça do trabalho. In: FELICIANO, G.G; TREVISO, M,M; FONTES, S.T.C (Cord.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica.**, São Paulo, LTr, 2017.

PIMENTA, José Roberto Freire. A Uniformização de jurisprudência e a edição ou a revisão de precedentes pelos tribunais trabalhistas após a Reforma Trabalhista da Lei n.13467/2017 (Art. 702, I, f e §§ 3º e 4º da CLT). In KOURY, Luiz Ronan Neves. ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. **Direito processual do trabalho: Constituição e reforma trabalhista**, São Paulo: LTr, 2018.

PORTELA, André. ZYLBERSTAJN, Eduardo. **A dimensão econômica das decisões judiciais**, São Paulo: Fecomercio-SP, 2014.

PORTO, Noemia. Dano extrapatrimonial e reforma trabalhista: análise sobre o alcance dos direitos fundamentais. In: FELICIANO, G.G; TREVISO, M,M; FONTES, S.T.C (Cord.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica.**, São Paulo, LTr, 2017.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995

RODRIGUES, Bruno da Costa. **Negociação coletiva representa fim de direitos sem revogá-los**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-20/bruno->>

rodrigues-negociacao-coletiva-acaba-direitos-revoga-los>. Acesso em: 1 de abr. 2019

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?**: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2007.

SANTORO, Emilio. **Estado de Direito e interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Ana Cláudia Schwenk dos. Dano Extrapatrimonial. In: MANNRICH, Nelson (coord.). **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Sobre a cogitação de extinguir a Justiça do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/01/11/sobre-a-cogitacao-de-extinguir-a-justica-do-trabalho/>>. Acesso em: 19 de maio de 2019.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto et al. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **E o filósofo perguntou: por que americanos não vêm curtir nossa CLT?**

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-16/senso-incomum-filosofo-perguntou-americanos-nao-vem-curtir-nossa-clt>>. Acesso em: 10 de mar. 2019

_____. **Como usar a jurisdição constitucional na reforma trabalhista**.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/senso-incomum-usar-jurisdicao-constitucional-reforma-trabalhista>> Acesso em: 1 de abr. 2019

TAVARES, André Ramos. **Manual do poder judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, Pedro Mahin Araujo. **Reforma trabalhista, princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva e acesso à justiça**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262623,81042-Reforma+trabalhista+principio+da+intervencao+minima+na+autonomia+da>>. Acesso em: 25 de jul de 2019.

TST. **A história da justiça do trabalho no Brasil**. Multiplicidade de olhares. Brasília, Comissão de Documentação, 2011.

VIANA, Márcio Túlio. **Quando a livre negociação pode ser um mau negócio (crítica ao projeto que altera o art. 618 da CLT)**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg. - Belo Horizonte, 34(64): 155-159, jul./dez. 2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/73135/2001_viana_marcio_quando_livre.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jun. 2019

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol. IV.** 16^a ed. São Paulo: Atlas, 2016.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. 2 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ZOLO, Danilo. **Teoria e Crítica do Estado de Direito**. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.