

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO-SENSU* EM DIREITO CURSO DE  
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO  
REGIONAL

SAULO MARINHO MOTA

**REFORMA TRABALHISTA E INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: A TEORIA DE  
JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS E A TEORIA INTERPRETATIVA DO DIREITO  
DE DWORKIN COMO FERRAMENTAS DE ATENUAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL  
TRABALHISTA**

BELÉM - PA

2020

SAULO MARINHO MOTA

**REFORMA TRABALHISTA E INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: A TEORIA DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS E A TEORIA INTERPRETATIVA DO DIREITO DE DWORKIN COMO FERRAMENTAS DE ATENUAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL TRABALHISTA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientadora: Prof. Dr. Jean Carlos Dias.

BELÉM - PA

2020

SAULO MARINHO MOTA

**REFORMA TRABALHISTA E INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: A TEORIA DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS E A TEORIA INTERPRETATIVA DO DIREITO DE DWORKIN COMO FERRAMENTAS DE ATENUAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL TRABALHISTA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

**Banca Examinadora**

\_\_\_\_\_ - Orientadora

**Professor Doutor Jean Carlos Dias**

Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal do Pará.

Professor nos cursos de Graduação e Pós – Graduação do Centro Universitário do Pará - CESUPA

\_\_\_\_\_ - Examinadora

**Professora Doutora**

\_\_\_\_\_ - Examinador

**Professor**

\_\_\_\_\_ - Examinadora

**Professora**

Avaliação: \_\_\_\_\_

Belém (PA), \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2020.

Aos meus pais, Jay e Santana.

A minha esposa, Odete, e as minhas filhas, Mariana e Fernanda.

Aos meus irmãos, Jayana e Diandro.

**Muito obrigado. Amo vocês.**

## AGRADECIMENTOS

Enfim, é tempo de agradecer.

Primeiro a Deus, “[...]inteligência suprema, causa primária de todas as coisas” (Livro dos Espíritos, resposta à primeira pergunta). Obrigado por te me proporcionado a vida e condições de chegar até aqui. Sem a Vossa Graça, nada seria possível.

Esta dissertação começou 26 anos atrás, quando, com 12 anos de idade, em um domingo a noite, desesperado por não dominar minimamente o conteúdo que seria cobrado na prova de ciências do dia seguinte na escola, meu Pai sentou-se ao meu lado e, após repreender-me pela desídia com os estudos, ensinou-me não apenas o conteúdo. Ensinou-me que amar é repreender, é compreender e é ajudar. Após a repreensão, ajudou-me com o conteúdo e, mais ainda, deu-me as chaves da liberdade ensinando-me como estudar. Como se não bastasse o apoio de meu Pai, ainda no mesmo dia, minha Mãe, não sem antes repetir a repreensão, abraçou-me e me disse que tudo correria bem, ensinando-me uma outra face do amor.

Meu Pai ensinou-me a paixão pelo futebol, mas não deixou a inocência da juventude obscurecer a importância da educação, quando, uma vez mais, dando mostras de que amar é dizer não, evitou que eu abandonasse um pelo outro. Graças também a isso, estou escrevendo estas palavras hoje. Minha Mãe, uma vez mais, ao seu modo, fez o mesmo, colocando-me em seus braços e me explicando com paciência os motivos da proibição. Pai, Mãe, vocês foram e até hoje são, para mim, espelho de moralidade, espiritualidade e intelectualidade. Não sei o que fiz para merecer ter encarnado como filho de vocês. Meu muito obrigado. Amo vocês.

Agradeço aos meus irmãos, Jayana e Diandro. Com vocês aprendi a amar, brigar, perdoar, pedir perdão e perdoar. Em vocês e com vocês consigo ser criança de novo. A cada vez que nos vemos, lembramos de tantas coisas, das poucas e boas que vivemos, e rimos sem parar. Como diria Dona Hermínia, o que sentimos um pelo outro é aquele ódio lindo de três irmãos que se amam.

Casei em 2004, logo após minha formatura. Minha esposa, Odete, esteve comigo ao longo de praticamente toda a faculdade, quando, sentados na escada da universidade, planejávamos o futuro com a certeza inabalável de que estaríamos juntos hoje e para sempre. Ainda lembro, já casados, das nossas subidas e descidas de bicicleta nas ladeiras de Parauapebas. Juntos, você na minha garupa, íamos à biblioteca pública da cidade para dar sequência ao projeto que meus pais iniciaram comigo e que nós dois pactuamos continuar. Sem a sua ajuda, seu incentivo e sua compreensão, meu amor, estas palavras não estariam

sendo escritas. Te amo.

Em 2006 e 2009, Deus, em sua infinita bondade, concedeu-me a maior Graça que um homem pode ter: ser pai. Pai de duas princesas lindas, Mariana e Fernanda, que, com um simples sorriso e um abraço, quebram qualquer propósito ranzinza que habita meu espírito. Por mais que cresçam, serão sempre meus pequenos bebês, minhas princesas. Vocês são responsáveis pelo doce privilégio de viver meus dias em um mundo cor de rosa de amor e mais amor. Papai já está terminando e já vai brincar com vocês no jogo da pizza, no banco imobiliário, deslizando de barriga na água com sabão na sacada ou brincando de manequim de maquiagem, minhas maquiadoras lindas. Papai ama vocês.

Agradeço aos meus tios e padrinhos, Antônio Costa e Gracione Costa, que me receberam gentilmente em sua residência e me acolheram com carinho paternal durante praticamente toda a minha graduação, já que meus pais e meus irmãos estavam residindo fora de Belém. Agradeço, em especial, a minha madrinha Gracione, com quem, além de tudo, apreendi a dar os primeiros passos no curso de Direito.

Agradeço ao Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Tenho orgulho de ser Magistrado dessa nobre instituição e agradeço pelo incentivo financeiro proporcionado para a participação neste curso de Mestrado. Agradeço, ainda, pela concessão de licença cultural para elaboração da dissertação. Decerto, sem o apoio institucional em apreço, tudo teria sido mais difícil.

Agradeço ao Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA pela excelência no apoio acadêmico, seja provendo uma ótima estrutura física e humana quanto proporcionando valiosíssimos momentos de aprendizagem e formação.

Agradeço aos professores: Ana Darwich, Ana Elizabeth Reymão, Jean Carlos Dias, José Henrique Mouta, José Cláudio Monteiro de Brito Filho, Loiane Prado Verbicaro e Lise Tupiassu, pelos ensinamentos em cada uma das disciplinas.

Agradeço aos amigos da academia e igualmente amigos de toga que, comigo dividiram momentos de dificuldade e de alegrias: Elinay, Otávio, Vanilson, Nágila e Shirley.

Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo apoio institucional em autorizar o funcionamento de um Programa de Pós – Graduação na área de Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento e possibilitar que sejam discutidos assuntos como os veiculados nesta dissertação.

Faço, por fim, um agradecimento especial ao meu orientador, professor Dr. Jean Carlos Dias, com quem tive o prazer de debater, concordar, discordar, reafirmar e rever conceitos, concepções e proposições. Reaprendi a pesquisar com o Senhor. Sua disposição

para o debate, seu conhecimento, sua capacidade de doar conhecimento em prol da ciência fazem do Senhor um excelente Professor e Pesquisador, além de um Orientador ímpar. Terminei esta jornada agradecendo por tudo, na certeza que irei continuar aprendendo com o Senhor no grupo de pesquisa de Análise Econômica do Direito. Muito obrigado!

Agradeço também a todos que, eventualmente não mencionados de forma direta, contribuíram para esta pesquisa.

Muito obrigado!

*Como a escravidão e o apartheid, a pobreza não é natural. É feita pelo homem e pode ser superada e erradicada pelas ações das pessoas. E superar a pobreza não é um mero gesto de caridade. É a proteção de um direito humano fundamental, o direito à dignidade e a uma vida decente. Enquanto a pobreza persistir, a verdadeira liberdade não existirá. Às vezes, cabe a uma geração ser grande. Vocês podem ser essa grande geração. Claro que essa tarefa não será fácil. Mas não fazer isso seria um crime contra a humanidade, contra a qual peço que toda humanidade se levante agora.*

***Nelson Mandela***

## RESUMO

O ativismo judicial trabalhista tem sido identificado como um dos entraves à retomada do crescimento econômico e da criação de empregos no Brasil. Com o escopo de tentar atenuar os efeitos do aludido fenômeno, editou-se a Lei da Reforma Trabalhista, por meio da qual se tentou introduzir uma profunda alteração nos parâmetros hermenêuticos justralhistas, conforme denuncia a alteração efetivada no artigo 8º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. A solução adotada na reforma foi aproxima a interpretação judicial trabalhista aos cânones do positivismo jurídico exclusivo. Este trabalho, partindo da demonstração do equívoco da opção legislativa pelo positivismo jurídico exclusivo, propõe avaliar se a teoria política de justiça como equidade de Rawls, no campo da filosofia política, e o conceito interpretativista de direito concebida por Dworkin, na teoria jurídica, podem constituir-se como ferramentas capazes de ofertar uma melhor resposta em face dos efeitos negativos da discricionariedade e ativismo judiciais. Para tanto, após contextualizar a reforma trabalhista e apontar o objetivo por ela pretendido, busca-se compreender os termos da alteração promovida na área hermenêutica, tanto em sentido dogmático quanto no quadro da teoria do direito. Em seguida, após descrever o positivismo jurídico exclusivo, demonstra-se a capacidade apenas parcial desta teoria para ajudar na atenuação do ativismo judicial. Após este passo, a teoria política de justiça de Rawls e a teoria interpretativista do direito de Dworkin, são exploradas até o ponto em que se demonstra que ambas, consideradas conjuntamente, reconfiguram, em parâmetros mais racionais, o ativismo judicial e consubstanciam-se como ferramentas mais adequadas e capazes de atenuá-lo quando comparados com a opção legislativa pelo positivismo jurídico exclusivo.

**Palavras-chave:** ativismo judicial trabalhista; reforma trabalhista; positivismo jurídico exclusivo; justiça como equidade; teoria interpretativista do direito

## ABSTRACT

Labor judicial activism has been identified as one of the obstacles to the resumption of economic growth and job creation in Brazil. With the scope of trying to mitigate the effects of the referred phenomenon, the Labor Reform Law was edited, through which an attempt was made to introduce a profound change in the hermeneutic parameters of Labor Law, as denounced the alteration effected in article 8, paragraph 2, of the Consolidation Labor Laws. The solution adopted in the reform was to bring labor judicial interpretation to the canons of exclusive legal positivism. This work, starting from the demonstration of the mistake of the legislative option for exclusive legal positivism, proposes to evaluate whether the political theory of justice as equity of Rawls, in the field of political philosophy, and the interpretative concept of law conceived by Dworkin, in the legal theory, can constitute tools capable of offering a better response in the face of the negative effects of judicial discretion and activism. Therefore, after contextualizing the labor reform and pointing out the objective it intended, we seek to understand the terms of the change promoted in the hermeneutic area, both in a dogmatic sense and in the framework of the theory of law. Then, after describing exclusive legal positivism, the theory's only partial ability to help mitigate judicial activism is demonstrated. After this step, Rawls' political theory of justice and Dworkin's interpretive theory of law are explored to the extent that it is demonstrated that both, taken together, reconfigure, in more rational parameters, judicial activism and are consolidated as more adequate tools and capable of mitigating it when compared to the legislative option for exclusive legal positivism.

**Keywords:** labor judicial activism; labor reform; exclusive legal positivism; justice as equity; interpretive theory of law

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
PIB	Produto Interno Bruto
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	14
<b>2</b>	<b>COMPREENDENDO A REFORMA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA.....</b>	28
2.1	A COMPREENSÃO DOGMÁTICA DA REFORMA INTERPRETATIVA.....	28
<b>2.1.1</b>	<b>O novo parágrafo segundo do artigo 8º da CLT.....</b>	28
2.2	A COMPREENSÃO DA REFORMA INTERPRETATIVA NO QUADRO DA TEORIA DO DIREITO.....	32
2.3	O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO.....	33
<b>2.3.1</b>	<b>A norma de reconhecimento.....</b>	34
<b>2.3.2</b>	<b>A tese das fontes.....</b>	37
2.3.2.1	<i>Distinções intuitivas.....</i>	37
2.3.2.2	<i>O argumento sobre a função do Direito.....</i>	39
2.3.2.3	<i>O argumento da autoridade.....</i>	39
2.4	O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	41
2.5	A REFORMA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA E O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO.....	43
<b>2.5.1</b>	<b>A norma de reconhecimento e o parágrafo 2º do artigo 8º da CLT.....</b>	43
<b>2.5.2</b>	<b>A tese das fontes, a discricionariedade judicial e o parágrafo 2º do artigo 8º da CLT.....</b>	45
2.6	CONCLUSÕES PRELIMINARES.....	48
<b>3</b>	<b>COMPREENDENDO A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA À LUZ DO CONCEITO DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS.....</b>	52
3.1	A NECESSIDADE DE COMPREENDER A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL À LUZ DE UMA TEORIA DE JUSTIÇA.....	52
3.2	A MULTIPLICIDADE DE TEORIAS E CONCEITOS DE JUSTIÇA.....	57
3.3	JUSTIFICANDO A ADOÇÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS.....	58
<b>3.3.1</b>	<b>Para além de uma ética deontológica individual.....</b>	58
<b>3.3.2</b>	<b>Articulando direitos humanos, liberdade e igualdade.....</b>	59
3.4	A JUSTIÇA COMO EQUIDADE.....	61

<b>3.4.1</b>	<b>A prevalência do justo sobre o bem e a formulação de uma teoria contratualista calcada na noção de igualdade humana fundamental...</b>	61
<b>3.4.2</b>	<b>Os princípios de justiça.....</b>	63
<b>3.4.3</b>	<b>A ordem serial dos princípios de justiça.....</b>	66
3.5	OS EXPEDIENTES PARA A IMPARCIALIDADE NA CONSTRUÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA.....	69
3.6	O QUE É UMA INSTITUIÇÃO JUSTA?.....	72
3.7	SISTEMA JURÍDICO JUSTO.....	75
3.8	JUSTIÇA FORMAL, JUSTIÇA SUBSTANTIVA E A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL.....	77
3.9	INTERPRETAÇÃO JUDICIAL JUSTA E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL À LUZ DO PRIMEIRO PRINCÍPIO DE JUSTIÇA.....	83
3.10	INTERPRETAÇÃO JUDICIAL JUSTA E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL À LUZ DO SEGUNDO PRINCÍPIO DE JUSTIÇA.....	85
<b>3.10.1</b>	<b>A aplicação dos princípios de justiça para as instituições: a sequência de quatro estágios.....</b>	87
<b>3.10.2</b>	<b>A interpretação judicial, as leis e o segundo princípio de justiça.....</b>	92
3.11	TEORIA IDEAL DE JUSTIÇA, TEORIA NÃO – IDEAL DE JUSTIÇA E A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL.....	105
<b>3.11.1</b>	<b>Os princípios de justiça e a interpretação judicial no âmbito da teoria não ideal de justiça.....</b>	111
3.12	A SOCIEDADE BRASILEIRA, O PODER JUDICIÁRIO E A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL JUSTA.....	113
<b>4</b>	<b>A RESPOSTA CORRETA DA JUSTIÇA DO TRABALHO À REFORMA INTERPRETATIVA.....</b>	118
4.1	POR QUE A TEORIA INTERPRETATIVA DO DIREITO DE DWORKIN?.....	118
4.2	A TEORIA INTERPRETATIVA DO DIREITO: DWORKIN E A TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA.....	119
<b>4.2.1</b>	<b>Há uma única resposta correta no Direito? Dworkin e as condições de verdade das proposições jurídicas.....</b>	120
4.2.1.1	<i>A tese da existência de conceitos “incoativos” no Direito.....</i>	124
4.2.1.2	<i>O argumento da imprecisão.....</i>	127
4.2.1.3	<i>O argumento do positivismo.....</i>	128

4.2.1.4	<i>O argumento relativo à tese da demonstrabilidade.....</i>	130
<b>4.2.2</b>	<b>A coerência normativa e as dimensões de adequação e de moralidade política no sistema jurídico brasileiro.....</b>	135
4.2.2.1	<i>A relação de adequação entre a teoria de justiça de Rawls e o sistema jurídico brasileiro.....</i>	136
4.2.2.2	<i>A moralidade política e o sistema jurídico brasileiro.....</i>	139
4.2.2.2.1	Direito e Moral: ética, moral individual e moralidade política.....	140
4.2.2.2.2	Como distinguir o Direito do restante da moral política: direitos políticos, direitos legislativos e direitos jurídicos.....	143
4.2.2.2.3	Direitos jurídicos como direitos políticos: como compreender as leis más ou injustas.....	145
<b>4.2.3</b>	<b>O papel dos princípios dentro da moralidade política e do Direito.....</b>	148
4.2.3.1	<i>Os princípios.....</i>	149
4.2.3.2	<i>Os princípios e a concretização de direitos políticos abstratos.....</i>	151
<b>4.2.4</b>	<b>Os princípios e as obrigações políticas judiciais: direcionando a interpretação judicial para a obtenção da resposta correta.....</b>	153
4.2.4.1	<i>Compreendendo a obrigação política dos juízes na atividade interpretativa.....</i>	154
4.2.4.2	<i>Leis más ou injustas.....</i>	160
4.3	A RESPOSTA CERTA PARA A REFORMA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA.....	164
<b>4.3.1</b>	<b>Situando a reforma da interpretação judicial trabalhista.....</b>	165
<b>4.3.2</b>	<b>As obrigações morais políticas do juiz do trabalho e a interpretação judicial trabalhista.....</b>	166
<b>4.3.3</b>	<b>A negativa de concessão de direitos trabalhistas em razão da inexistência de lei que os assegure.....</b>	169
<b>4.3.4</b>	<b>A teia de critérios de interpretação judicial trabalhista à luz das teorias de Rawls e Dworkin.....</b>	180
4.3.4.1	<i>Os critérios de interpretação judicial trabalhista e a Constituição.....</i>	181
4.3.4.2	<i>Os critérios de interpretação judicial trabalhista e as leis.....</i>	184
4.4	INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E OBJETIVIDADE.....	184
<b>4.4.1</b>	<b>A objetividade e a resposta correta no direito.....</b>	185
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	188
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	194

## 1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que o mundo do trabalho e as correlatas relações entre capital e trabalho vêm sendo alvos de constantes e incessantes questionamentos.

Os elevados índices de desemprego experimentados a partir de 1970 e o caráter persistente desta realidade socioeconômica em vários países capitalistas motivaram a busca por respostas acerca das razões que contribuíram para tal quadro, que até então se apresentava de maneira imponente e supostamente inexorável.

Dentre as várias razões mencionadas acima, Delgado (2005) destacou três: terceira revolução tecnológica, processo de reestruturação empresarial e acentuação da concorrência capitalista no plano inclusive internacional.

Na mesma linha do autor brasileiro, também Harvey, de forma mais específica, analisando o fenômeno da constante transformação do capitalismo, esclareceu:

O capital não é uma coisa, mas um processo em que o dinheiro é perpetuamente enviado em busca de mais dinheiro. [...] A continuidade do fluxo na circulação do capital é muito importante. O processo não pode ser interrompido sem incorrer em perdas. Há também fortes incentivos para a velocidade da circulação. Aqueles que podem se mover mais rapidamente pelas diversas fases de circulação do capital acumulam lucros superiores aos de seus concorrentes. (HARVEY, 2011, pp. 41-42)

Com semelhante visão, Faria vaticina o seguinte:

Por um lado, o capitalismo é uma força de acumulação que não suporta limites. É uma mecânica cuja força motriz é a continuação de uma acumulação sem fim. Por isso, a acumulação capitalista tem de ser mantida tão desimpedida quanto possível de restrições e de constrangimentos fiscais determinados por critérios de ordem política e ideológica. (FARIA, 2017, p. 57)

A consideração central que une as falas dos três autores caminha no sentido de reconhecer que o capitalismo, concebido enquanto processo que possui em seu DNA a marca da constante mutação, exige um afrouxamento dos controles e regulações estatais sobre as pedras centrais de sua atuação rumo à acumulação infinita de capital. Em outras palavras, a própria natureza e essência do capitalismo atua no sentido de exigir do Estado uma postura de nenhuma ou pouca intervenção, notadamente na área econômica, de modo a permitir a continuidade dos aludidos processos de acumulação e reprodução.

Dentre as medidas estatais que influem na seara econômica e afetam o campo da liberdade exigida pela essência capitalista está, para além de medidas e atos administrativos, justamente a edição de normas jurídicas que visam conformar a sua dinâmica nos mais

variados aspectos.

A atuação estatal, nesse sentido, produz vasto campo normativo que, conferindo roupagem jurídica à empreitada capitalista, baliza e limita suas ações nos mais diversos campos, como por exemplo, na searas fiscal, tributária, civil, administrativa e penal. Não poderia ser diferente, então, em relação àquela que ainda se constitui como a relação jurídica básica sobre a qual a dinâmica capitalista se desenvolve: a relação de trabalho.

Diante, pois, do quadro de baixo crescimento econômico e de elevado desemprego referenciados acima e da necessidade estrutural de maior liberdade – significando isso também regulações normativas menos intensas – para que o capitalismo alcance seus objetivos de acumulação e reprodução, parte da doutrina jurídica e econômica tem se debruçado sobre as relações e implicações entre o Direito – aqui inicialmente compreendido como conjunto de normas jurídicas editadas pelo Estado – e a Economia – com recorte predominante sobre a questão do crescimento econômico e do desemprego.

Scully (1988), por exemplo, dedicando-se ao mencionado objeto de estudo, concluiu que sociedades politicamente abertas e comprometidas com o império do Direito [*rule of law*], a propriedade privada e a alocação de recursos pelo mercado conseguem um crescimento econômico três vezes mais acelerado, em termos *per capita*, do que países desprovidos de instituições jurídicas com conformações semelhantes.

Para além da relação com a macroeconomia propriamente dita, Hay et al (1996 p. 559) apontam a importância do Direito para a tomada de decisões individuais microeconômicas ao afirmar que “[...] o primado do Direito significa em parte que as pessoas usam o sistema legal para estruturarem suas atividades econômicas e resolverem suas contendas.” Ou seja, a relação entre Direito e Economia não se esgota ou se resume à implicação relativa à taxa de crescimento econômico de uma determinada sociedade, expandindo-se para aspectos cotidianos de cada indivíduo que precise tomar uma decisão.

As ponderações acima apontam e exemplificam alguns dos pontos em que se pode vislumbrar zonas de intersecção entre Direito e Economia, considerando-se – nos termos provisoriamente antecipados acima – o primeiro como um conjunto de normas jurídicas editadas pelo Estado. Com efeito, a referida relação – concebida tanto na implicação que resulta no maior ou menor crescimento econômico de um país quanto no condicionamento da tomada de decisões pelos agentes econômicos – não se esgota ou se pauta na mera avaliação das qualidades ou características daquilo que até aqui se está denominando como Direito. Esta relação também é moldada e sofre empuxos que estão ligados às qualidades do sistema judicial responsável por aplicar os institutos jurídicos.

Nesse sentido, Pinheiro assevera que:

Independentemente da qualidade da legislação de um determinado país, essa legislação não se sustenta por si mesma. Para se mostrarem efetivas, as leis precisam estar lastreadas em instituições destinadas à sua aplicação e à resolução de disputas, instituições que precisam desempenhar essas funções de maneira eficiente. Nesse sentido, os tribunais desempenham um papel central nas economias de mercado, garantindo que o império do Direito de fato vigore (PINHEIRO, 2009, p. 3).

Ainda no mesmo sentido acima espelhado, Krugman e Wells asseveram que, para além de bons institutos jurídicos,

O crescimento de longo prazo em economias que tiveram êxito, como a dos Estados Unidos, tem sido possível porque existem boas leis, instituições que implementam e obrigam o cumprimento dessas leis em um sistema político estável que mantém essas instituições (KRUGMAN; WELLS, 2007, p. 522).

O reconhecimento de que as questões econômicas ao norte aventadas estão ligadas não apenas às qualidades dos institutos jurídicos, mas igualmente ao funcionamento dos tribunais, introduz no cenário em descrição o importante e candente ponto alusivo à interpretação judicial. Isso porque, ainda que uma determinada comunidade política possua institutos jurídicos materiais que, no plano meramente legislativo, favoreçam ao atingimento de alvos imprescindíveis ao crescimento econômico e ao desenvolvimento social, eventuais falhas ou distorções atinentes à maneira pela qual tais institutos são interpretados e aplicados podem prejudicar e dificultar o alcance destes objetivos.

Foi considerando, pois, que o desenvolvimento econômico e social do Brasil dependiam, dentre outros variados e importantes fatores, do tipo e da qualidade dos institutos jurídicos trabalhistas em vigor e também da maneira pela qual tais institutos são interpretados e aplicados pelo Poder Judiciário Trabalhista, que foi editada a Lei 13.467/2017, que entrou em vigor no dia 11.11.2017 – Lei da Reforma Trabalhista.

Por meio deste esforço legislativo, tentou-se, então, remover as dificuldades e inconsistências, tanto no campo dos institutos jurídicos materiais propriamente ditos quanto na seara da interpretação judicial trabalhista, que alegadamente estariam dificultando o crescimento econômico e social brasileiro.

Como já asseverado, considerando o quadro de baixo crescimento econômico e de elevado índice de desemprego no Brasil<sup>1</sup> e tendo em mente a apontada relação entre tais

---

<sup>1</sup> Nos anos de 2015 e 2016, os dados do IBGE apontaram retração econômica na ordem de 3,8% (IBGE, 2016) e 3,60% (IBGE, 2017) em relação ao PIB e desemprego na ordem de 9% e 12% (IBGE, 2017), respectivamente.

indicadores e a qualidade dos institutos jurídicos trabalhistas, tanto no campo material e processual quanto na seara interpretativa, propôs-se a denominada reforma trabalhista.

Apontada como uma das reformas estruturantes necessárias para fazer frente às crises econômica e de desemprego que assolavam o Brasil desde 2015, o novo corpo legislativo estruturou alguns eixos tidos como imprescindíveis para a dinamização da economia brasileira e da relação entre capital e trabalho. Dentre as muitas possibilidades de organização e esquematização deste novo conjunto de normas, pode-se considerar que a reforma trabalhista atuou nos seguintes segmentos do Direito do Trabalho: a) normas de direito material individual e coletivo; b) normas de direito processual; c) normas de teoria geral do direito do trabalho.

Os motivos que ensejaram as alterações dentro de cada um dos eixos estruturantes acima elencados podem ser compreendidos de uma forma mais direta por meio da leitura do relatório do Senador Ricardo Ferraço, do Partido da Social Democracia Brasileira do Estado do Espírito Santo, PSDB/ES.

Dentro do campo do direito material individual e coletivo, vigorou, como ideia central da reforma, a concepção de que a rigidez da legislação trabalhista provoca um efeito deletério ao crescimento econômico e à criação de empregos. Com base nos estudos de Andrei Schleifer, o relator da reforma no Senado Federal acolheu a tese em questão de maneira explícita, como se vê a seguir: “Concluíram também que uma regulação pesada das relações de trabalho está associada a uma economia informal maior, a uma baixa taxa de participação na força de trabalho e alto desemprego, atingindo especialmente os jovens.” (FERRAÇO, 2017, p. 19)

Outrossim, muito embora o eixo reformador tenha declaradamente caminhado no sentido de tornar a legislação trabalhista menos rígida tanto no campo das normas jurídicas individuais quanto coletivas, o legislador também afirmou expressamente ter consciência de que “Em outro extremo, leis trabalhistas muito flexíveis vão evidentemente desproteger os trabalhadores.” (FERRAÇO, 2017, p. 22). Desse modo, o primeiro sinal flexibilizador e a preocupação externada pelo relator da reforma no Senado Federal deram azo ao norte material que informou a alteração legislativa: flexibilização com proteção (FERRAÇO, 2017, p. 22).

Foi considerando, pois, a diretiva acima, que a reforma, no âmbito do direito material individual e coletivo do trabalho, logrou sucesso em aprovar profundas alterações e inovações, dentre as quais indicam-se, a título ilustrativo, as seguintes: prevalência do negociado sobre o legislado, dando-se nova redação ao artigo 611 - A da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e permitindo-se, nas palavras do Senador Relator, que os contrato de

trabalho sejam “Pareto eficientes” (FERRAÇO, 2017, p. 34); instituição, de outro lado, de rol taxativo de itens que não podem ser negociados nem mesmo coletivamente, conforme previsão no novo artigo 611 – B da CLT; proibição da ultratividade dos acordos e convenções coletivas de trabalho em oposição à permissão anteriormente estabelecida pelo Tribunal Superior do Trabalho em sua Súmula nº 277, conferindo, nas palavras do Relator, maior segurança jurídica às partes convenientes e estimulando a concessão de direitos e a melhoria das condições de trabalho; acordo individual para pactuação de banco de horas e acordo individual para submissão à arbitragem de conflitos individuais de trabalho dos denominados empregados hiperssuficientes.

No campo do segundo eixo estruturante da reforma, qual seja, na área do direito processual do trabalho, a noção básica que orientou as alterações assentou-se, nas palavras explícitas do Relator, nos postulados da Análise Econômica do Direito:

As inovações podem ser entendidas sob os ensinamentos a respeito da *teoria do litígio* feitos pelo professor Steven Shavell, da Escola de Direito de Harvard, na obra *Fundamentos da Análise Econômica do Direito*. Explica-se que o custo *privado* de ingressar com uma ação judicial, se inferior ao custo *social* de ingressar com esta ação, pode levar a um nível de ações que, embora induzidos por incentivos privados, é subótimo, danoso do ponto de vista social.

A conclusão é simples: na ausência de riscos e custos percebidos para quem ingressa com uma ação, o sistema judicial tende a ser mal usado, tendendo à sobrecarga, à lentidão. O prejuízo é de toda a sociedade, que financia com tributos este sistema e que convive com a incerteza e insegurança jurídica que só a celeridade processual pode contornar. É isto que ocorre com a Justiça do Trabalho no Brasil. O mais perverso é que, neste caso, a incerteza resultante deste desenho penaliza justamente o nível de emprego (FERRAÇO, 2017, p. 58).

Foi na esteira dos parâmetros científicos e teóricos acima alinhavados que a reforma introduziu, ilustrativamente, as seguintes novidades na seara processual: por meio da alteração do artigo 844 da CLT, a obrigação de pagamento, por parte do reclamante que não comparece, sem motivo justificado, à audiência inaugural, de custas processuais em decorrência do arquivamento da reclamação trabalhista; o pagamento de honorários de sucumbência pelo reclamante, ainda que beneficiário da justiça gratuita.

Embora importantes as alterações patrocinadas pela reforma no campo do direito material individual e coletivo do trabalho e na seara processual, a leitura integral do relatório denuncia uma preocupação central que perpassou a quase integralidade de tal parecer: a questão alusiva à interpretação e aplicação, por parte do Poder Judiciário Trabalhista, do novo material normativo introduzido pela reforma. A análise minuciosa de todo o relatório do Senador Ricardo Ferraço, bem como do resultado normativo produzido, qual seja, a Lei 13.467/2017, demonstra, de fato, que o legislador reformista tinha plena consciência da

importância do tema alusivo à interpretação judicial trabalhista e, por isso, esteve sempre atento à advertência feita por Pinheiro linhas acima: legislação alguma conseguirá alcançar os resultados pretendidos, sejam eles quais forem, se aquela não for observada “[...] em instituições destinadas à sua aplicação e à resolução de disputas, instituições que precisam desempenhar essas funções de maneira eficiente.” (PINHEIRO, 2009, p. 3)

Dentre as diversas alterações realizadas no âmbito do Direito Processual do Trabalho e da Teoria Geral do Direito do Trabalho, com aptidão para impactar de maneira considerável o exercício da jurisdição trabalhista, destacam-se as seguintes: a) inclusão do §2º ao artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, estabelecendo a impossibilidade de Tribunais Regionais do Trabalho e de o Tribunal Superior do Trabalho editarem súmulas ou outros enunciados de jurisprudência que restrinjam direitos legalmente previstos ou criem obrigações não previstas em lei; b) a inclusão da alínea “f” ao inciso I do artigo 702 da CLT e do §4º ao mesmo artigo, estabelecendo uma série de requisitos e limitações para os Tribunais Regionais do Trabalho e para o Tribunal Superior do Trabalho alterarem ou estabelecerem súmulas ou outros enunciados de jurisprudência.

A mudança especificada no item “a” tinha por objetivos expressamente declarados pelo legislador reformista combater o denominado ativismo judicial e reduzir o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais, como se pode perceber pelo seguinte trecho relatório do Senador Ricardo Ferraço, no bojo do então Projeto de Lei da Câmara de nº 38/2017:

Um primeiro grupo de medidas da reforma trabalhista em relação ao ativismo judicial está na redação dada ao art. 8º da CLT, que deveria ser senso comum. Nos §§ 1º a 3º do dispositivo, conforme a redação do PLC, fica expresso que a fonte subsidiária do direito do trabalho é o direito comum; que súmulas e outros enunciados do TST e dos TRT não podem restringir direitos nem criar obrigações que não tenham sido aprovados pelo Congresso Nacional por meio de lei; (FERRAÇO, 2017, p. 59)

Vê-se, pois, uma tentativa de alteração profunda nos padrões hermenêuticos sobre os quais se assentam a atuação do Poder Judiciário Trabalhista – instituição essencial para a garantia dos direitos fundamentais trabalhistas – com o deliberado propósito de conferir maior previsibilidade e objetividade às decisões judiciais trabalhistas.

Na mesma toada, a alínea “f” do inciso I do artigo 702 da CLT e o §4º do mesmo artigo, fincaram rígidas balizas para alteração e estabelecimento de súmulas e enunciados de jurisprudência por parte dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho. O pressuposto do legislador é o de que, da mesma forma, a maior dificuldade para alterar verbetes ou estabelecer novos enunciados jurisprudenciais ajudaria no combate ao

ativismo judicial e no alcance de maior previsibilidade e objetividade nas decisões judiciais trabalhistas.

Como se pode perceber, subjacente a tais alterações legislativas estão as concepções segundo as quais o texto normativo tem autoridade intrínseca e de que a estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas - elementos tidos pelo legislador reformista como imprescindíveis à dinamização da economia, à retomada dos investimentos e, por conseguinte, a um novo ciclo sustentável de crescimento econômico - são alcançáveis preferencialmente ou exclusivamente por meio da lei. Sendo, pois, a lei o único ou o principal meio pelo qual os objetivos acima poderiam ser atingidos, estabelecer maiores entraves e requisitos mais rígidos para alteração de verbetes ou criação de novos enunciados, nos termos propostos pelo legislador, seria providência adicional e complementar necessária para alcançar o intento anunciado. Em outras palavras, optou o reformador por relegar a força normativa dos enunciados de jurisprudência - e por conseguinte dos precedentes judiciais trabalhistas, os quais, embora não sejam sinônimos de súmula, com ela possuem relação de parcial aderência<sup>2</sup>- a um plano secundário em relação à força normativa da lei.

Diante do que acima foi exposto, pode-se perceber que a reforma trabalhista, tendo como norte a obtenção de um ambiente mais seguro, previsível e, desse modo, propício ao crescimento econômico e à geração de empregos, patrocinou a mudança dos institutos jurídicos, sem, contudo, perder de vista que os objetivos pretendidos dificilmente seriam alcançados sem que se fizesse, igualmente, um esforço para recompreender e reconfigurar o exercício da jurisdição trabalhista, o que explica as alterações legislativas efetivadas também no campo da interpretação judicial. Logo, de maneira sintética, admite-se que a reforma trabalhista no campo da interpretação pretendeu combater o ativismo judicial e dotar o exercício da jurisdição trabalhista de maior previsibilidade, objetividade e segurança, favorecendo, assim, nos termos do que acima já se expôs, a construção de um ambiente mais amigável e propício para o crescimento econômico de longo prazo (KRUGMAN; WELLS, 2007).

Embora as alterações no campo do Direito Material do Trabalho tenham sido profundas e importantes, é fato que, como visto acima, sem a devida recompreensão da atividade interpretativa do Poder Judiciário, reduzidas seriam as chances de sucesso no alcance dos objetivos reformistas. É por esta central razão que a pesquisa debruça-se sobre a reforma trabalhista no campo da interpretação judicial, a começar pela questão de como a

---

2 Para uma melhor compreensão sobre as diferenças entre súmula, precedente judicial e decisão judicial, confirmam-se as lições de MARINONI (2011, p. 215-221)

reforma compreendeu o ativismo judicial, pois tal é importante para entender a solução nela preconizada.

A visão acerca do ativismo judicial pode ser identificada no seguinte trecho do relatório do Senador Ricardo Ferraço, que equivaleu a expressão ao termo “populismo judicial”:

Ele se caracteriza pela infame invasão das competências do Congresso Nacional; pela insegurança jurídica que inibe a criação de empregos; e por decisões impensadas que em seu conjunto acabam por prejudicar o trabalhador (FERRAÇO, 2017, p. 54).

A percepção no sentido de que o Poder Judiciário Trabalhista atua nos marcos do denominado ativismo judicial é novamente invocada pelo parlamentar por ocasião da apresentação daqueles que seriam os limites da atividade interpretativa dos juízes da seguinte forma:

Embora a interpretação e aplicação das normas não seja uma atividade mecânica, não há dúvida de que cabe ao Judiciário assegurar que os deveres e obrigações existentes por força de lei ou negociação coletiva sejam cumpridos, e não inovar na ordem jurídica para criar novos direitos e obrigações (FERRAÇO, 2017, p. 56).

Foi em razão deste panorama que, como explicitado pelo aludido Relator, apresentou-se a contundente alteração dos parágrafos que integram o artigo 8º da CLT.

Como é próprio do processo político, o relator da reforma no Senado Federal, malgrado tenha, em determinados pontos, apresentado argumentos lastreados em doutrinas jurídicas, trouxe, na maior parte de seu relatório, ponderações baseadas em percepções muito particulares, calcadas em um sentimento de avaliação individual pouco crivado pela metodologia científica. Em que pese ser normal e legítimo construir apoio para mudanças legislativas nestes termos, é necessário, já no contexto acadêmico, analisar de maneira científica o fenômeno que se pretende modular, atenuar e até mesmo superar: o ativismo judicial.

Antes de adentrar propriamente à análise do fenômeno, adverte-se que tal será feito com o intuito de compreender o conceito e os motivos que ensejaram o aparecimento e intensificação do ativismo judicial atualmente, sem pretensão de apresentar, ao menos por enquanto, juízos normativos sobre o tema. A pretensão é tão somente conhecer, de maneira predominantemente descritiva, aquilo contra o que se voltou a reforma trabalhista.

Iniciando pelo conceito do fenômeno, Streck, após esclarecer que este tema tem sido

tratado no Brasil de um modo *tabula rasa*, chama a atenção para a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política, nos seguintes termos:

Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma 'corrupção' na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos (STRECK, 2014, p. 65).

Ao lado da visão acima, que termina por qualificar o ativismo judicial como uma forma de exercício da jurisdição a partir de critérios não jurídicos, encontram-se definições de matizes diferentes, como a de Barroso, para quem “(...) a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (BARROSO, 2012, p. 233). No mesmo sentido e ressaltando a estreita ligação entre o ativismo judicial e o fenômeno do neoconstitucionalismo, Sarmiento (2009, p. 17) aponta ainda como importante consequência do ativismo judicial a fragilização e relativização do clássico princípio da separação de poderes em prol de uma materialização, via provimentos judiciais, dos valores constitucionais.

Como visto acima, há compreensões do ativismo judicial que o incluem como uma patologia do sistema jurídico no campo hermenêutico em oposição ao entendimento de quem o situa dentro de uma esfera legítima de atuação mais contundente em busca da efetivação das promessas constitucionais. Independentemente de apontar qual desses posicionamentos seria o mais adequado – dentro da proposta descritiva mencionada ao norte – além do conceito e conhecimento básico sobre o ativismo judicial é importante tentar identificar as razões pelas quais, no Brasil, o fenômeno se instalou e se desenvolveu de maneira tão intensa quanto aquela sentida pelo legislador reformista. A percepção dos referidos motivos e razões é importante na medida em que permitirá avaliar, ainda que de forma incipiente, em um primeiro momento, se a alteração legislativa proposta via reforma trabalhista tem o potencial esperado para combater o ativismo judicial.

Antes de iniciar, contudo, a empreitada, cumpre, por uma questão de rigor técnico e de ordenação de pressupostos científicos, asseverar que, embora o ativismo judicial e a judicialização da política sejam fenômenos distintos, este pode propiciar o aparecimento e intensificação daquele.<sup>3</sup> Partindo desta compreensão distintiva e da relação possível entre os

<sup>3</sup> Barroso, por exemplo, afirma que, enquanto a judicialização da política decorre de uma nova modelagem e compreensão do sistema constitucional adotado no Brasil, o ativismo judicial “(...) é uma atitude, a escolha de um modelo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (BARROSO, 2008, p. 6). Para uma compreensão mais profunda e sistemática acerca da discricionariedade,

fenômenos, Verbicaro trabalha com a seguinte abordagem de encadeamento dos referidos tópicos:

[...] o fenômeno da judicialização da política, ao ensejar uma ampliação da participação qualitativa e quantitativa do Poder Judiciário, acaba por propiciar, amiúde, uma postura mais ativa e protagonista dos tribunais, que passam a ser provocados a participar mais diretamente dos problemas políticos centrais das democracias contemporâneas (VERBICARO, 2017, p. 326).

Ou seja, embora seja possível divisar diferenças entre o fenômeno da judicialização da política e o ativismo judicial, há certa relação de contingência entre ambos, não sendo equivocado afirmar, então, que eventuais fatores que contribuem para a ocorrência de um também possibilite o aparecimento do outro. Feita esta sucinta distinção, com a respectiva advertência de que os fatores preponderantes de um fenômeno também o são para o outro, torna-se possível uma transição segura para a análise daqueles.

Tate e Vallinder (1995, pp. 27-36), fazendo a análise em âmbito mais geral, elencaram as seguintes razões para o surgimento do processo de judicialização da política: a) a institucionalização de uma ordem democrática; b) a separação dos poderes do Estado e a independência do Judiciário; c) a universalização do acesso ao sistema de justiça; d) a existência de uma Constituição que explicita direitos e valores, os quais passaram a ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos que se sentem lesados pela vontade da maioria; e) o uso dos tribunais por grupos minoritários de interesse para a realização de seus direitos; f) o uso dos tribunais pela oposição para frear e controlar as deliberações majoritárias na arena política; g) a ineficácia das instâncias majoritárias de formação da vontade política, materializada na ausência ou insuficiência de políticas públicas acertadas na arena política, na debilidade dos partidos políticos em governar com a maioria do parlamento, gerando uma espécie de crise de governabilidade, paralisia no processo decisório e, por conseguinte, esvaziamento das funções do Congresso, de um lado e, por outro lado, como consequência, um aumento de demandas redirecionadas ao Poder Judiciário; h) as instituições majoritárias que delegam, em alguns casos, ao Poder Judiciário, o custo político de uma decisão polêmica, em uma autêntica renúncia proposital da prerrogativa de decidir com o escopo de evitar o enfrentamento direto de questões fortemente controvertidas, principalmente em assuntos que tocam tema essencialmente morais.<sup>4</sup>

Trazendo o estudo dos fatores relevantes para a judicialização da política e

---

ativismo judicial e judicialização da política, conferir Verbicaro (2017, pp. 323 - 398).

4 Acerca do fenômeno da judicialização da política no mundo, conferir o interessante estudo feito por Hirschl (2009).

consequentemente para a criação de um campo mais fértil ao ativismo judicial especificamente no Brasil, Verbicaro apresenta os seguintes pontos: a) a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu mudanças valorativas ao Direito; b) o reconhecimento, inclusive em cláusula constitucional, do acesso à justiça como direito fundamental; c) a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado, com o reconhecimento da independência e autonomia de funcionamento a cada um dos poderes, o que propiciou maior respeitabilidade às decisões e/ou atuações; d) a promulgação de uma Carta Constitucional com fatores de indeterminação, textura aberta, normas programáticas, cláusulas indeterminadas e conceitos discricionários em detrimento de categorias e definições precisas e unívocas, cultivadas, tradicionalmente, pela dogmática jurídica, o que projetou o intérprete judicial a assumir um papel de destaque nas atuais democracias bem como a assumir o centro das principais reflexões políticas, jurídicas e filosóficas do debate contemporâneo; e) a superação do modelo formalista de interpretação, comandados por rígidos cânones e por intérpretes dotados de especial autoridade; f) a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal - STF, que passou a participar da arena política de resolução de conflitos constitucionais através do controle de constitucionalidade dos atos normativos; g) a permissão por parte da CRFB de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias em situações de relevância e urgência, sem que haja o estabelecimento de limites claros e precisos quanto ao seu uso; h) a ampliação do rol dos legitimados ativos à propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) e ao ajuizamento de ações em defesa de direitos coletivos em sentido lato (direitos individuais homogêneos, direitos difusos e direitos coletivos em sentido estrito); i) na realidade econômica brasileira, o capitalismo tardio e a veloz modificação da base econômica foram fatores que, em grande medida, favoreceram a dimensão política do Judiciário na democracia brasileira; j) o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, atraindo maior atuação corretiva e destaque do Poder Judiciário; k) a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais que passaram a se mobilizar e a recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento e concretização dos seus direitos, demonstrando a ampliação da participação política dos atores sociais e o engajamento da sociedade civil organizada, especialmente, após a redemocratização do país; l) a hipertrofia legislativa ou a sobrejuridificação da realidade social; m) a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia dos sistema político – decisório – crise de legitimidade das instituições democráticas – na implementação de políticas públicas, o que enseja a necessidade de uma atuação substancial do Poder Judiciário a fim de tutelar os

direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos (VERBICARO, 2017, p. 339 – 363).

Como se vê, ao contrário do que fora presumido pelo relator da reforma trabalhista no Senado da República, presunção que se refletiu em todo o projeto transformado em lei, o ativismo judicial não é fruto de uma simples e coincidente alteração de humor e de postura jurisdicional de uma grande quantidade de juízes do trabalho no Brasil. O fenômeno deita raízes mais profundas, ligando-se a fatores históricos, econômicos, políticos e sociais complexos, quadro que, desde já, suscita uma séria dúvida acerca da capacidade de uma simples alteração legislativa ter potencial para eliminar ou atenuar a incidência do ativismo judicial na Justiça do Trabalho.

Entendidas as questões alusivas ao ativismo judicial, tem-se que, especificamente no campo da hermenêutica justrabalhista, a reforma identificou-o como sendo um importante obstáculo ao alcance dos objetivos perseguidos, o que motivou a apresentação de mudanças em dispositivos legais específicos da Consolidação das Leis do Trabalho que tratam da questão interpretativa do Direito do Trabalho.

Nos termos do que acima se demonstrou, a pretensão reformista partiu do princípio de que o ativismo judicial decorria de um simples e pontual voluntarismo dos juízes do trabalho, o que tornaria possível a alteração da quadra vivida por meio de uma mudança legislativa. Não considerou o Poder Legislativo, como demonstrado ao norte, que o ativismo judicial decorre de conjunturas mais complexas e que vão além de qualquer voluntarismo coletivo acidental instalado no Poder Judiciário.

A afirmação ora feita, contudo, revela tão somente um apontamento lógico decorrente da constatação de que o fenômeno do ativismo judicial, ladeado pela judicialização da política, por ser oriundo de interações históricas, sociais, políticas e econômicas complexas, dificilmente poderia ser enfrentado por meio de uma simples alteração legislativa.

Com efeito, por mais lógica que essa constatação possa parecer, tem-se, afinal, uma proposta legislativa indicativa do papel que a democracia representativa brasileira entende caber ao Poder Judiciário Trabalhista. Tem-se, em outras palavras, o sistema democrático brasileiro declarando expressamente o que espera do Poder Judiciário Trabalhista. Esta simples circunstância já é suficiente para que, malgrado seja logicamente difícil alterar-se um quadro complexo por meio de uma simples reforma legislativa, se tente: a) entender de maneira ainda mais aprofundada o que o Direito democraticamente produzido espera da Justiça do Trabalho; b) uma vez entendido o apelo constante do item “a”, traduzi-lo para o quadro científico dentro dos cânones da Teoria do Direito; c) cumpridos os dois passos anteriores, avaliar se tal apelo tem cabimento tanto em face da modelagem constitucional

atualmente vigente no Brasil quanto em face de uma teoria de justiça política que tenha relação de adequação com esta modelagem e seja, então, capaz de ofertar um norte ético para encarar e responder ao apelo legislativo; d) por fim, delineados todos os parâmetros anteriores, avaliar se a alternativa formada pelo conjunto da teoria política de justiça como equidade de Rawls e pela teoria do direito e da interpretação formulada por Dworkin podem se apresentar como alternativas capazes de, se não eliminar, ao menos atenuar o fenômeno do ativismo judicial.

Ao final de todo este percurso, pretende-se responder a seguinte indagação de pesquisa: partindo do pressuposto de que os postulados do positivismo jurídico exclusivo, adotados na reforma trabalhista, são insuficientes para eliminar ou atenuar a incidência do fenômeno do ativismo judicial trabalhista, de que se queixa o legislador reformista, o conjunto formado pela teoria de justiça como equidade de Rawls e pela teoria interpretativista do direito de Dworkin fornece mecanismos capazes de atenuar os efeitos do mencionado ativismo judicial trabalhista?

É considerando, pois, o itinerário alhures e a necessidade de responder a pergunta de pesquisa ora formulada, que, a partir da seção seguinte, a de nº 2, será apresentada e compreendida tanto no âmbito dogmático quanto no quadro da teoria do direito, a reforma interpretativa centrada na alteração do artigo 8º, §2º, da CLT. Nesse particular, considerando que, pelos motivos que serão expendidos, a reforma interpretativa aproximou-se do conceito de Direito preconizado pelo positivismo jurídico exclusivo, será analisado inicialmente se este marco teórico propicia alternativas capazes de eliminar ou atenuar os efeitos negativos ligados ao ativismo judicial que o legislador reformista afirmou existirem.

Em seguida, já na seção 3, será apresentada a teoria política de justiça como equidade de Rawls como a primeira parte dos mecanismos capazes de contribuir, de maneira mais eficaz e contundente, para a atenuação dos efetivos decorrentes do ativismo judicial.

Compreendida a necessidade de uma teoria política de justiça bem tratar e encarar a importante questão do papel da interpretação judicial, buscar-se-á, na seção 4, uma espécie de transferência teórica do âmbito da filosofia política em que opera Rawls para a seara da teoria do direito e da interpretação jurídica. Nestas últimas, serão descritas e analisadas as lições trazidas por Dworkin acerca da existência de uma única resposta correta no Direito e de como é possível organizar critérios interpretativos que propiciem o alcance desta resposta.

Ainda na seção 4, os postulados teóricos desta e da seção anterior serão aglutinados e explorados de forma a responder a pergunta de pesquisa no campo da interpretação judicial trabalhista.

Nas considerações finais, as questões centrais concluídas ao longo do trabalho serão retomadas e a pergunta de pesquisa será respondida.

Dadas as pretensões do trabalho, a pesquisa será qualitativa, de natureza exploratória, mediante utilização de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Por fim, esclarece-se que a pesquisa não tem por escopo esgotar o tema, tratando-se de uma etapa inicial de proposições que possam levar os estudiosos da área a contar com algumas reflexões acerca das interações entre a filosofia política, a teoria do direito e a interpretação judicial, em específico, a trabalhista.

## **2 COMPREENDENDO A REFORMA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA**

Nos termos já adiantados alhures, a aferição científica da capacidade de a reforma interpretativa alcançar seus objetivos depende da sua imprescindível e adequada compreensão.

Com o escopo de bem conhecer a proposta em voga, ela será inicialmente analisada nos marcos da dogmática jurídica, em um campo mais estrito e com viés de compreensão centrado na materialidade do texto legal. Nesse ponto, será assimilado o significado jurídico da proposta reformista.

Superado o primeiro campo de análise, a proposta será explorada dentro dos marcos e balizas da Teoria do Direito, de modo a identificar qual o conceito de Direito pressuposto pelo legislador reformista, o que, por conseguinte, permitirá conhecer qual postura as normas jurídicas democraticamente produzidas esperam do Poder Judiciário Trabalhista em sua atividade hermenêutica.

Uma vez entendida a alteração reformista nos dois aspectos acima, será possível avaliar se a mesma tem potencial para alcançar o objetivo a que se propôs.

### **2.1 A COMPREENSÃO DOGMÁTICA DA REFORMA INTERPRETATIVA**

A proposta de reforma interpretativa na seara justralhista, apesar de poder ser compreendida de maneira indireta ao longo de vários dispositivos esparsos no corpo da Lei 13.467/2017 ligados às novas normas de índole material e processual, está exemplarmente estratificada de maneira direta no novo artigo 8º, §2º e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

#### **2.1.1 O novo parágrafo segundo do artigo 8º da CLT**

O novo artigo 8º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho está assim positivado:

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

§2º. Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

Nesta subseção, promover-se-á uma análise inicial do texto acima transcrito de modo a compreender o seu conteúdo e a matizar suas possíveis consequências jurídicas na seara interpretativa.

Iniciando a empreitada em apreço, convém desde logo aquilatar que a interpretação do novo §2º do artigo art. 8º da CLT exige que o analista não olvide a necessidade de se compreender aquele a partir deste, ou seja, de apreciar o parágrafo de maneira conectada com a cabeça do artigo. Enquanto na cabeça do artigo o legislador determina ao julgador que, na falta de disposições legais, decida com base na jurisprudência, analogia, equidade, princípios e normas gerais de Direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos, costumes e o Direito comparado, no parágrafo 2º determina-se que o julgador não crie obrigação não prevista em lei e que não restrinja direitos previstos nela. Apontado o quadro em questão, cabe aferir de que modo o dispositivo, como um todo, pode ser compreendido e de que forma podem ser tratadas as possíveis e aparentes dissonâncias.

Uma primeira leitura do texto poderia levar o intérprete à conclusão de que a nova lei trouxe limitações apenas à edição de súmulas e enunciados de jurisprudência pelos tribunais, de modo que, ao contrário do que efetivado no *caput*, não se estaria diante de um critério de identificação de padrões normativos ou critérios de identificação do direito – aquilo que Hart denominou de norma de reconhecimento (2009, pp. 129-142)<sup>5</sup>. Em outras palavras, esta leitura inicial poderia apontar para a conclusão de que, no *caput*, foi positivada uma norma de reconhecimento – ou seja, critérios de identificação do direito, dos padrões normativos capazes de gerar uma obrigação jurídica – enquanto no parágrafo 2º foram tão somente apresentados requisitos para a edição de súmulas e enunciados de jurisprudência pelos Tribunais. As regras contidas no *caput* e no parágrafo 2º seriam diferentes, não se tocariam, seriam distintas por conterem preocupações e objetos distintos. Esta conclusão ora é denominada de disjuntiva e será abaixo testada.

Imagine-se que, seguindo a regra contida no *caput* do artigo 8º, um tribunal, diante da ausência de lei específica para um determinado caso concreto, adote um princípio para decidir a questão, terminando por conferir determinado direito ao autor e por criar obrigação jurídica não prevista em lei – obedecendo, pois, aos termos do *caput*, que não trouxe qualquer regra limitativa no que tange à aplicação subsidiária dos princípios. Novos casos idênticos são

---

5 Uma análise mais detalhada a respeito da norma de reconhecimento a partir da construção teórica de Hart pode ser conferida na subseção 2.3.1 do presente trabalho.

apresentados e o tribunal, agindo de maneira isonômica, profere decisões com o mesmo conteúdo. Se for adotada a interpretação disjuntiva, em que se admite a procedência do pedido com base no uso de princípios em face da ausência de lei, mas não se admite a edição de súmula, que representa a uniformidade desta decisão nos demais casos semelhantes, seria possível admitir, então, que o tribunal poderia julgar todos os casos concretos daquela mesma forma, fazendo referência inclusive aos julgamentos anteriores, somente sendo vedada a edição de súmula ou enunciado de jurisprudência nesse sentido. Como se pode perceber, a interpretação acima é esdrúxula e desconsidera o fato de que não é a súmula que vincula os julgamentos anteriores, mas o precedente nela contido.<sup>6</sup>

A estranha interpretação acima referida decorre também da desconsideração de que os enunciados de jurisprudência e as súmulas derivam de decisões sedimentadas e uniformizadas dos tribunais em casos semelhantes ou idênticos. Ou seja, a edição de súmulas ou de enunciados de jurisprudência é o ponto culminante de um procedimento de consolidação e cristalização das decisões uniformes já tomadas anteriormente pelo tribunal, sendo impróprio cogitar a existência – como feito pelo reformador da CLT – de uma norma de reconhecimento ou de critérios de identificação das fontes do Direito para fins de edição de súmulas ou enunciados de jurisprudência. Estes critérios somente podem ser compreendidos como norma de reconhecimento dos padrões normativos válidos aplicáveis ao julgamento de cada caso concreto, tudo sob pena de consagração da interpretação esdrúxula ora detectada. Desse modo, não há como acolher a interpretação disjuntiva.<sup>7</sup>

A única interpretação possível, então, caminha no sentido de conceber as limitações à edição de súmulas e enunciados de jurisprudência como limitações incidentes sobre a própria norma de reconhecimento iniciada no *caput* do artigo 8º. Logo, aglutinando o disposto no *caput* com o positivado no parágrafo 2º, tem-se as seguintes conclusões acerca da norma de reconhecimento no Direito do Trabalho: a) *a priori*, o padrão normativo apto a criar obrigações jurídicas é a lei; b) no exercício de interpretação e aplicação da lei, os juízes e

---

6 Sobre a diferença entre decisões judiciais, precedentes e súmulas, conferir Marinoni (2011)

7 Note-se que o eventual acolhimento da tese disjuntiva caminharia em sentido oposto aos cânones do próprio Positivismo Jurídico Exclusivo – teoria em que o legislador reformista depositou suas esperanças – como se verá ainda neste trabalho na subseção 2.3. Isso porque, como será visto na referida subseção, mesmo o Positivismo Jurídico Exclusivo reconhece que os sistemas jurídicos são lacunosos e que, em caso de lacuna, os juízes recorrem a padrões morais e guiam seus raciocínios por eles para resolverem os casos concretos. Em tais casos, diz-se que o juiz não apenas aplica o direito, mas o desenvolve. A tese positivista das fontes sociais do direito, explorada na subseção 2.3.2, é reforçada na medida em que reconhece não apenas as leis como fontes sociais do direito, mas igualmente as decisões judiciais exaradas nos casos de ausência de lei para a situação em julgamento. Ou seja, em oposição a tese disjuntiva acima explorada, o próprio Positivismo Jurídico Exclusivo aposta na força do precedente como forma de reforço circular da tese das fontes sociais, na medida em que a decisão que antes foi tomada no vácuo legislativo converter-se-á, dali em diante, em fonte social para os futuros julgamentos, que não mais se darão em vácuo jurídico.

tribunais não devem restringir direitos nela previstos; c) os juízes e tribunais não devem criar obrigações jurídicas não previstas em lei; d) na ausência de lei, juízes e tribunais devem se valer dos demais padrões normativos subsidiários previstos no *caput* do artigo 8º, como os princípios, por exemplo. No que toca aos itens “a” e “b” não há conflito aparente. Outrossim, o mesmo não pode ser dito em relação aos itens “c” e “d”.

A conjugação do *caput* com o artigo 8º da CLT indicaria que os juízes e tribunais trabalhistas, diante de um caso relativo a um direito que não tenha sido positivado em lei, devem apelar para os demais padrões normativos previstos no *caput*, desde que, ao final do procedimento hermenêutico, não emitam qualquer resposta que crie uma obrigação jurídica. Se esta for, contudo, a conjugação pertinente, seria necessário concordar que a disposição contida no *caput* é despicienda. Na medida em que o parágrafo segundo reconhece a lei como fonte criadora exclusiva de obrigação jurídica, permitir o recurso a um padrão normativo não legislativo desde que deste recurso não se crie uma obrigação jurídica – face a ausência de lei – é o mesmo que vedar a oferta de respostas jurídicas que decorram de outros padrões normativos distintos da lei. Logo, de fato, existe um choque, um evidente conflito entre o *caput* e o parágrafo segundo do artigo 8º da CLT, anomalia que exige a adoção das técnicas de solução de antinomia de normas.

Os critérios para a resolução das antinomias aparentes de normas são os da especialidade, cronologia e hierarquia. Não há relação de especialidade ou especificidade entre as disposições contidas no *caput* e no parágrafo segundo. Ambas tratam do mesmo fenômeno, com proposições distintas, nos termos em que pontuado acima quando se tratou do equívoco da denominada interpretação disjuntiva. Também não há hierarquia entre as normas. A redação original da CLT contida no *caput* foi trazida por uma lei ordinária, norma do mesmo nível hierárquico da lei que positivou o parágrafo segundo em 2017. Resta aplicável, por fim, o critério da cronologia. Por tal critério, sendo a norma do parágrafo 2º posterior àquela que positivou o *caput* e estando os respectivos conteúdos em conflito, conclui-se que a norma posterior revogou a norma primitiva. Logo, a partir da reforma trabalhista, diante dos critérios de resolução de antinomia aparente de normas, o Poder Judiciário Trabalhista não poderia restringir direitos previstos em lei e não poderia criar obrigação jurídica não prevista em lei.

A impossibilidade acima mencionada foi aduzida de maneira condicional porque tem-se consciência de que muitos intérpretes e pesquisadores continuarão a defender que, embora seja viável adotar o critério cronológico de resolução de antinomias aparentes de normas, a melhor interpretação não acolheria a conclusão de esterilidade normativa dos princípios

jurídicos e dos outros padrões normativos previstos no *caput*. Trata-se de conclusão juridicamente plausível.<sup>8</sup> Com efeito, decidiu-se demonstrar a possibilidade contrária, isto é, a conclusão esposada no parágrafo anterior, com a finalidade de evidenciar que, uma vez possível a sobrevivência positiva e normativa do parágrafo segundo do artigo 8º da CLT, faz-se necessário enfrentar a questão de maneira mais profunda, indo além da adoção de critérios formais de resolução de antinomias normativas para adentrar em um nível de análise que acolha os conceitos da Teoria do Direito.

Ante todo o exposto, aponta-se, então, a dissonância entre o *caput* do artigo 8º da CLT e o seu parágrafo segundo bem como a sobrevivência normativa deste, que, à luz do critério cronológico de resolução de antinomias aparentes de regras, passa a prevalecer sobre aquele. Em consequência, tem-se que, a partir da reforma trabalhista, por expressa disposição de lei, a Justiça do Trabalho não pode restringir direitos previstos em lei ou mesmo criar obrigação não prevista nela. Eis, pois, a compreensão do dispositivo buscada nesta subseção.

## 2.2 A COMPREENSÃO DA REFORMA INTERPRETATIVA NO QUADRO DA TEORIA DO DIREITO

Estabelecido, após a resolução de antinomias aparentes, o sentido do texto do art. 8º, §2º, da CLT, passa-se a compreender a solução apontada dentro dos marcos conceituais da Teoria do Direito.

Ante o conflito entre o parágrafo 2º e a cabeça do artigo 8º da CLT e considerando a resolução da antinomia aparente nos termos acima, tem-se como superado o *caput* pelo parágrafo 2º. Assim sendo, não mais subsiste a previsão de recurso aos princípios e outros padrões em caso de ausência de lei para a resolução de um determinado caso concreto. A primeira conclusão a ser extraída, pois, é a de que, a reforma trabalhista admitiu um conceito de Direito que acolhe o sistema jurídico como um sistema normativo composto somente por regras, não aceitando, por exemplo, a tese segundo a qual o Direito é composto não apenas por regras, mas igualmente por princípios (DWORKIN, 2007, p. 23-72).

---

8 No sentido de que o parágrafo segundo do artigo 8º da CLT não alterou o núcleo criterial previsto no *caput*, conferir as lições de Antônio Umberto de Souza Júnior, Ney Maranhão, Platon Teixeira de Azevedo Neto e Fabiano Coelho de Souza (2017, p. 18-20). Conferir ainda as ponderações de Loiane Prado Verbicaro (2017, pp. 59-60) acerca das antinomias normativas reais, para as quais o positivismo jurídico aceita o recurso à discricionariedade judicial. Uma das hipóteses de antinomia real citadas pela autora é a presença, em um mesmo código, de regras que se conflitam. No caso analisado, em que pese o conflito ocorrer dentro de um mesmo código, entre o *caput* e um parágrafo ligado a ele, não se vislumbra antinomia real em razão de o parágrafo ter sido positivado por lei posterior à lei que editou o *caput*, tratando-se, pois, de antinomia aparente remediável pelo critério da cronologia.

Passando à disposição que veda ao juiz restringir direitos previstos em lei, pode-se extrair a conclusão de que a reforma trabalhista adotou a concepção de que a lei possui atributos intrínsecos de certeza e objetividade, o que permitiria sua aplicação em grau exato, sem ampliações ou restrições. O paradigma acolhe a tese de que do texto legal deriva-se diretamente a norma aplicável em sentido exato, sem a intervenção construtiva de sentido por parte do sujeito cognoscente: o intérprete.

A disposição segundo a qual juízes e tribunais trabalhistas não poderão editar decisões que criem obrigações jurídicas não previstas em lei reforça o conceito de Direito plasmado em um sistema composto exclusivamente por leis e vincula a lei como única fonte legítima de criação de direitos e obrigações.

Aglutinando as extrações conceituais, tem-se, então, que a reforma trabalhista adotou um conceito de Direito que (a) propugna por um sistema jurídico que não acolhe os princípios como padrões normativos e que é composto exclusivamente por leis, as quais (b) por serem intrinsecamente claras e objetivas, possuem sentidos exatos e precisos, extraíveis por mero ato de conhecimento não construtivo do intérprete; (c) concebe a lei como única fonte legítima de criação de direitos e obrigações.

A adoção de um conceito de Direito ou de sistema jurídico marcado pelos elementos e atributos acima especificados aproxima, como abaixo será melhor explicado, a opção feita na reforma trabalhista da descrição positivista acerca do que consiste o Direito ou um sistema jurídico.

Com efeito, existem muitas espécies de positivismo jurídico, cada qual com elementos comuns entre si, mas igualmente com atributos distintos em suas mais variadas versões ao longo da história. O presente trabalho adotou o positivismo jurídico exclusivo, que será explorado em seus conceitos centrais a partir da próxima seção.

### 2.3 O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO

Embora o positivismo jurídico tenha se apresentado em diversas versões, o fato é que sua versão mais influente, após a crítica Dworkiniana, foi a construída por Joseph Raz que, em linhas gerais, apresentou uma concepção mais atual e, na sua perspectiva, capaz de responder adequadamente às objeções levantadas pelo autor americano.

As demais vertentes nasceram e se consolidaram em um período histórico mais remoto e distante em relação ao positivismo jurídico exclusivo. Sem deixar de reconhecer a importância e os méritos de cada uma dessas teorias, os estudiosos do pensamento jurídico

contemporâneo tem reconhecido que o positivismo jurídico renovou-se, refinou-se e se reconfigurou no século XX, a partir da obra paradigmática de Hart: “O conceito de direito”. Foi a partir das pesquisas de Hart que o positivismo jurídico, então renovado e com a pretensão de apresentar a melhor descrição moralmente neutra do Direito, que outros teóricos trouxeram novas versões do positivismo, sempre por meio do diálogo com os postulados Hartianos<sup>9</sup>. Foram por essas razões e também pelo fato de as alterações trazidas pela reforma trabalhista na seara interpretativa terem se aproximado consideravelmente dos conceitos centrais do positivismo jurídico exclusivo, que esta versão do positivismo, aqui representado por um de seus autores mais proeminentes – Raz - foi eleita como referencial teórico do trabalho.

A partir da obra central de Hart, duas novas explicações positivistas do Direito nasceram: o positivismo jurídico inclusivo e o positivismo jurídico exclusivo. A seguir serão explorados os conceitos do positivismo jurídico exclusivo que podem ajudar na compreensão das escolhas teóricas implicadas no novo artigo 8º, §2º, da CLT<sup>10</sup>.

A análise terá como base a teoria positivista exclusiva elaborada por Joseph Raz, nos pontos centrais que ajudarão a compreender o problema de pesquisa aqui explorado, aglutinando-se tais conceitos em torno dos seguintes pontos: a norma de reconhecimento, a tese das fontes – por meio da qual necessariamente a tese da separação entre direito e moral será abordada – e a questão da discricionariedade judicial, a qual toca diretamente o ponto do ativismo judicial já delineado no capítulo anterior.

### 2.3.1 A norma de reconhecimento

Como identificar o Direito? A Teoria do Direito tem apresentado vários critérios de identificação do Direito e as divergências acerca destes consubstanciam-se em um dos

---

9 Cumpre asseverar que as pesquisas de Hart não foram importantes apenas como mola propulsora do aperfeiçoamento do positivismo. As pesquisas de Hart sofreram críticas, destacadamente as de Dworkin, que expressamente lançara um ataque geral ao positivismo em “Levando os Direitos à sério”, apresentando uma concepção interpretativa do Direito a partir da obra de Hart, “O conceito de direito”. Mais adiante, também o Neoinstitucionalismo de Maccormick apresentou-se dentro deste movimento de constante retorno às pesquisas de Hart, desta feita matizada e entremeada pelas críticas de Dworkin. A importância de Hart é tamanha que suas pesquisas serviram não apenas de base para o aperfeiçoamento do positivismo, que redundou na oferta dos positivismos exclusivo e inclusivo, mas igualmente na aparição de outras explicações sobre a natureza do Direito. Como visto acima, além do Interpretativismo e do Neoinstitucionalismo, originou-se também uma explicação Jusnaturalista, notadamente por John Finnis, em “Lei Natural e Direitos Naturais”. Todo este contexto revela a centralidade do positivismo jurídico em Hart e, por conseguinte, pós - Hart, em especial o positivismo jurídico exclusivo.

10 Uma breve exposição da importância de Hart para a Teoria do Direito e, em especial, para o positivismo jurídico, pode ser conferida na parte introdutória do artigo publicado por Jean Carlos Dias sob o título “O positivismo jurídico de Joseph Raz: uma introdução” (2015, pp. 261-262)

elementos de distinção da teoria positivista.

Em sua descrição positivista do Direito, Hart concebe o sistema jurídico como união de normas primárias e secundárias. As primeiras dizem respeito aos atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, enquanto as segundas tomam as normas primárias como objeto, qualificando-se como normas de reconhecimento, modificação e julgamento (HART, 2009, p. 122-127). A norma que agrega os critérios válidos de identificação das normas primárias de obrigação na teoria hartiana é denominada de norma de reconhecimento. O que seria, então, essa norma de reconhecimento? Qual a sua natureza? Tratar-se-ia de uma norma ou de uma regra positivada que contém os critérios válidos de identificação daquilo que é Direito? Quem são os destinatários dessa norma? Ela precisa ser aprovada do ponto de vista moral para ser observada e praticada?

Respondendo a estas perguntas, Hart afirma que: (a) a norma de reconhecimento consubstancia-se em norma que aglutina os critérios válidos de identificação do Direito, tornando possível a identificação das normas primárias do sistema jurídico; (b) esta norma não é positivada<sup>11</sup>, mas derivada de uma prática social aceita tanto por indivíduos quanto por autoridades públicas, tratando-se, pois, de uma norma consuetudinária praticada por esses atores. É uma entidade extraída a partir das práticas sociais de determinada comunidade em torno dos critérios considerados válidos para a identificação do direito; (c) não há necessidade de que os agentes públicos concebam a norma de reconhecimento como moralmente boa; (d) os destinatários da norma de reconhecimento são tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas (HART, 2009, p. 129-141).

Raz apresenta alguns desacordos em relação à regra de reconhecimento hartiana, propondo alterações sobre tais pontos.

A primeira modificação refere-se à questão relativa a possibilidade de existência de mais de uma norma de reconhecimento em um sistema jurídico. Na leitura feita por Raz, Hart, em *O conceito de Direito*, parece afirmar que um sistema jurídico admite a existência de apenas uma norma de reconhecimento, sob pena de se permitir a possibilidade de conflitos entre normas igualmente válidas. Com efeito, Raz esclarece que “não há razão para acreditar que normas válidas pertencentes a um sistema não possam ser incompatíveis” (RAZ, 2010, p. 144).

A segunda modificação refere-se aos destinatários da regra de reconhecimento. Raz afirma que Hart admite como destinatários da regra mencionada tanto o conjunto da

---

<sup>11</sup> A respeito do caráter não positivo da regra de reconhecimento, confira-se as seguintes palavras de Hart: “No cotidiano de um sistema jurídico, é muito raro que sua norma de reconhecimento seja expressamente formulada como norma” (2009, p. 131)

população quanto as autoridades públicas. Para Raz, os destinatários da regra de reconhecimento são apenas as autoridades públicas, nos termos abaixo:

A norma de reconhecimento deve, portanto, ser interpretada como uma Lei – D dirigida às autoridades, orientando-as a aplicar ou executar determinadas leis. Assim, somente a conduta das autoridades, e não a da população como um todo, determina se a norma de reconhecimento existe. (RAZ, 2012, p. 266)

Diante da afirmação de Raz, a existência da norma de reconhecimento, seus contornos e os critérios de validade para identificação do Direito são sindicáveis por meio da observação daquilo que as autoridades – órgãos primários de aplicação – fazem.

A terceira modificação desdobra-se da segunda. Como Raz concebe que a norma de reconhecimento é destinada aos órgãos primários de aplicação, o que determina o pertencimento das normas primárias ao sistema jurídico não é a norma de reconhecimento em si mesma considerada, mas sim a atividade de reconhecimento efetivamente desempenhada pelas autoridades. Raz assim afirma:

Alguns sistemas jurídicos podem ter leis que obrigam determinados órgãos a aplicar as leis que satisfaçam a certas condições, e pode ser que estas leis sejam, na prática, todas as leis do sistema. Mas mesmo quando existem leis desse tipo, o que não ocorre sempre, as leis do sistema pertencem a ele não por causa desta norma de reconhecimento, mas porque são todas reconhecidas pelos órgãos primários (RAZ, 2012, p. 267).

A diferença de abordagem e de concepção em relação à Hart é notável e relevante por dois motivos centrais. Primeiro porque Raz fecha sua proposta de explicação analítica e sociológica do direito apontando para o fato, por todos nós alcançável, de que são as autoridades que realmente definem quais regram pertencem ao sistema jurídico. Segundo porque demonstra que a norma de reconhecimento não é uma entidade que se define positivamente pela inventividade do legislador, mas sim um resultado de uma construção social empreendida pelas autoridades ou órgãos primários de aplicação, o que conecta o argumento raziano a uma compreensão linguística do Direito atenta às interações que de fato ocorrem entre o sujeito e o objeto do conhecimento.

A mesma compreensão acima esposada foi percebida e exposta também por Jean Carlos Dias nos seguintes termos:

“Nesse sentido, o critério seletor do que integra ou não o sistema jurídico é definido não pelo recurso a uma noção de validade abstrata, mas sim pela atuação efetiva de uma instituição dotada da autoridade para impor o direito, inclusive, por meio de sanções” (DIAS, 2015, p. 267).

### 2.3.2 A tese das fontes

Verificados o conceito da norma de reconhecimento, sua natureza, seus destinatários e suas demais características de acordo com Hart e Raz e compreendidas as diferenciações entre as duas teorias, passa-se a analisar a abordagem de Raz acerca do que ele denomina Tese social.

Basicamente, segundo Raz, a definição acerca do que é o Direito é uma questão de fato social, daí derivando-se inicialmente a denominada tese social de identificação do Direito. Raz desenvolve, a partir deste postulado, uma tese social própria, a tese das fontes (NEIVA, 2017, pp. 79-80).

Raz apresenta o que denomina de tese social forte, a qual vai além do que denominou de tese social fraca. Esta contempla as proposições de que, em algumas vezes, a identificação de algumas leis depende de argumentos morais e de que, em todos os sistemas jurídicos possíveis, a identificação de algumas leis depende de argumentos morais (RAZ, 2011, pp. 39-40)

Raz não acolhe os postulados da tese social fraca, afirmando que esta não é uma tese distintamente positivista e que ela tem potencial tão somente para determinar testes necessários à afirmação de existência de um sistema jurídico, mas não é capaz de identificar tais sistemas (NEIVA, 2017, p. 86).

A tese social forte, por outro lado, defende que a existência e o conteúdo de todo o Direito é completamente determinado por fontes sociais. Em outras palavras, a identificação do Direito é determinada por fontes exclusivamente sociais – daí advindo a expressão positivismo jurídico exclusivo – denominando Raz esta concepção de tese das fontes (NEIVA, 2017, p. 87). A tese social forte, portanto, que dá origem à tese das fontes exclusivamente sociais para determinação do que é o Direito, não admite, como o faz a tese social fraca, a inclusão de argumentos morais na identificação do Direito. Outrossim, com base em quais argumentos Raz defende essa conclusão? É o que será analisado a seguir.

#### 2.3.2.1 *Distinções intuitivas*

O primeiro argumento de Raz em defesa da tese das fontes gira em torno do que ele denominou de distinções intuitivas. Segundo ele, é possível identificar o Direito por meio de um conjunto de distinções que rotineiramente as pessoas fazem. Tratam-se de crenças

intuitivas sobre o Direito, aceitáveis por qualquer teoria explicativa do mesmo (NEIVA, 2017, p. 86)

A primeira distinção intuitiva liga-se à dicotomia entre as habilidades jurídicas de um juiz e sua sensibilidade moral. Comumente, as pessoas fazem avaliações distintas entre juízes que detém, por exemplo, um amplo conhecimento jurídico, mas tem uma sensibilidade moral deficiente. Segundo Raz, esse é um tipo de distinção intuitiva comum que bem separa o conhecimento jurídico do conhecimento de princípios morais (NEIVA, 2017, pp. 97-98).

A partir da distinção intuitiva acima explorada, Raz deriva uma outra, que se concentra na diferenciação entre aplicação do direito, sua criação, inovação e desenvolvimento. Segundo Raz,

[...] é uma visão comum que os juízes tanto aplicam o direito quanto o desenvolvem. E embora suas duas funções sejam extremamente difíceis de separar em muitos casos, algumas vezes, pelo menos, é claro sobre um caso que ele abre novos caminhos, enquanto sobre outros pode ser igualmente claro que ele meramente aplica o direito estabelecido (RAZ, 2011, p. 49)

O que Raz pretende evidenciar é que, se somos capazes de fazer a distinção constante do trecho acima transcrito, isso significa que existem situações nas quais admitimos que a atuação do juiz está aderida aos padrões jurídicos que intuimos serem a expressão do Direito, enquanto em outros casos percebemos um maior descolamento da decisão judicial em relação a tais padrões. Muito embora isso signifique admitir que a prática judicial, em certo grau e em alguns casos limítrofes, dissocie-se daquilo que usualmente se identifica como sendo o Direito, da mesma forma esta constatação fornece o isolamento daquilo que intuitivamente se considera Direito. Raz bem separa, pois, as fontes sociais de identificação do Direito da forma pela qual o raciocínio dos juízes opera na oferta das respectivas decisões judiciais, como se pode também observar na seguinte passagem: “[...] a nossa visão normal é que juízes usam argumentos morais [...] quando desenvolvem o direito e que eles usam habilidades jurídicas quando aplicam o direito” (RAZ, 2011, p. 49)

As palavras acima transcritas revelam que Raz admite lacunas no Direito. Assim, de um lado, quando não há lacuna no direito, isto é, quando há fonte social específica para determinado caso concreto, o juiz apresenta uma resposta específica, lastreada em seu conhecimento estritamente jurídico. Raz adverte, contudo, que é no caso de lacuna no Direito, ou seja, ausência de fonte social para resolução do caso concreto, que o juiz recorre a padrões morais de julgamento. Porém, mesmo nessa situação, o resultado da atuação do juiz produz uma resposta institucional que desenvolve o Direito. Ou seja, embora a origem do raciocínio

judicial tenha se assentado em premissas morais, o resultado final, isto é, a decisão judicial, apresenta-se como fonte social institucionalizada, ou seja, como Direito, que, por meio deste novo item, foi desenvolvido.

#### 2.3.2.2 *O argumento sobre a função do Direito*

Raz afirma que “[...] é um lugar comum que a vida social requer e é facilitada por vários padrões de abstenção, cooperação e coordenação entre os membros da sociedade ou alguns deles” (RAZ, 2011, p. 50). Ou seja, diante da constatação não controversa de que a sociedade, notadamente a atual, é complexa e composta pelos mais variados segmentos, cada qual com suas preferências de esquemas e arranjos institucionais, faz-se necessário dotar esta comunidade de um mecanismo capaz de viabilizar a necessária cooperação e coordenação social, de modo a permitir que os mencionados desacordos sejam superados e substituídos por uma visão pública e vinculante impositiva a todos. Este mecanismo é o Direito.

Na medida em que a função do Direito é viabilizar os aludidos escopos de abstenção, cooperação e coordenação sociais, a forma pela qual ele realiza esta função passa a ser decisiva. É intuitivo, então, que a garantia de alcance da referida função dificilmente ocorrerá se o Direito se pautar em fontes controversas, infensas ao escrutínio geral e dependentes de avaliações morais. Por isso, Raz arremata afirmando que “ele [o direito] faz isso, e só pode fazer isso, fornecendo maneiras publicamente verificáveis de guiar o comportamento e regular aspectos da vida social” (RAZ, 2011, p. 51). Daí porque as fontes sociais, por serem publicamente verificáveis, são, na teoria raziana, as exclusivas fontes de identificação do direito.

#### 2.3.2.3 *O argumento da autoridade*

A construção Raziana do conceito de autoridade é rica, extensa e marca uma nota distintiva da sua teoria para fundamentar a exclusividade da tese das fontes. Abaixo serão analisados apenas alguns dos conceitos relacionados à autoridade, que propiciam a compreensão das razões pelas quais este argumento confirma a tese das fontes como sendo a única e exclusiva explicação para a natureza do Direito.

Analisando descritivamente o fenômeno jurídico – como é próprio do positivismo metodológico ou conceitual – Raz detecta que um dos aspectos fundamentais e eminentemente perceptíveis do Direito é o de que este necessariamente reivindica autoridade,

no sentido de que ele estabelece uma conduta como obrigatória, cancelando e substituindo todas as razões que o sujeito da norma tinha para agir de maneira oposta<sup>12</sup>. Note-se que a reivindicação de autoridade irradia efeitos para o campo prático e não para o campo deliberativo ou avaliativo. Ou seja, o sujeito destinatário da norma pode considerá-la moralmente injusta ou ineficiente – *locus* das razões de primeira ordem, campo fértil da moral -, mas, em face da reivindicação de autoridade que o Direito exerce, essas razões de primeira ordem são canceladas e substituídas pelas razões jurídicas excludentes, razões de segunda ordem, que passam a exigir que o sujeito obrigatoriamente aja da forma prescrita. A regra imposta é obrigatória não importa o quê ou quais razões estejam em contrário, ressalvado, entretanto, nas palavras do próprio Raz que “[...] diretrizes autoritativas não estão imunes a contestação” (RAZ, 2011, p. 43)<sup>13</sup>

Com efeito, Raz afirma que o Direito requer obediência incondicional afirmando ter autoridade legítima para tanto, sendo que esta legitimidade pode ou não estar presente. O que Raz estabelece é que o Direito apresenta-se reivindicando autoridade legítima, mas a efetiva legitimidade do Direito não é um requisito ou uma condição para que ele faça tal reivindicação. Logo, o conceito de autoridade de Raz não exige que o Direito seja legítimo, mas exige que, ao reivindicar autoridade, o Direito faça-o afirmando sua legitimidade.

A partir do que acima se expôs, pode-se compreender a diferença feita por Raz entre autoridade legítima, autoridade de fato e mero poder ou controle. Um agente que reivindica autoridade, mas não invoca ser legítimo para tanto ou não é tido pelos destinatários como legítimo, está meramente exercendo um poder ou controle. Um agente que reivindica autoridade legítima ou que assim é percebido pelos sujeitos é uma autoridade de fato, independentemente de ser legítimo ou não. Um agente que reivindica autoridade legítima ou que assim é percebido pelos sujeitos e, além disso, atende ao gabarito normativo da legitimidade alegada, é, além de uma autoridade de fato, uma autoridade legítima. O Direito reivindica autoridade legítima, sendo que, para o conceito Raziano, é bastante e suficiente que o Direito apresente-se como autoridade de fato (RAZ, 2011, pp. 24-25).

Visto que o Direito reivindica autoridade legítima e se move por meio da preempção<sup>14</sup>

12 Raz afirma que os sujeitos possuem razões de primeira ordem para agir e que as normas jurídicas apresentam-se como razões de segunda ordem, as quais exigem, para o campo prático, o cancelamento e substituição das razões de primeira ordem, operando tais normas como razões excludentes (RAZ, 2010, pp. 27-41 e pp. 68-74).

13 A breve explicação sobre o significado de razões excludentes feita acima também pode ser complementada por meio do recurso às lições de Raz em *A moralidade da liberdade*, em especial para a compreensão e justificação da tese pré – emptiva (RAZ, 2011, pp. 54-58). Ali, Raz explica como se opera o cancelamento e a substituição das razões de primeira ordem dos destinatários das diretrizes autoritativas e por quais razões o Direito opera de maneira pré – emptiva.

14 Conferir a tese pré - emptiva de Raz (2011, p. 54-58).

de suas razões práticas sobre as razões práticas particulares, excluindo-as e substituindo-as, começa a se descortinar a impossibilidade de o Direito se valer de critérios morais para esta empreitada pré – emptiva.

Critérios morais não consubstanciam razões de segunda ordem. Critérios morais são sempre razões de primeira ordem, ou seja, razões que os sujeitos consideram, avaliam e reavaliam para agir antes de se depararem com razões de segunda ordem que reivindicam pré – emptão em face das primeiras razões. Critérios morais, portanto, não são dotados das propriedades que permitam-no operar com pré – emptividade ou que permitam-no reivindicar autoridade. Pelo contrário, o agir em torno de critérios morais deixa, conceitualmente, as portas abertas para o constante rediscutir das razões de primeira ordem por tempo indefinido, não se alcançando o momento pré – emptivo final que exigirá a adequação à diretriz autoritativa. Diz-se, pois, que os critérios morais impossibilitam a pré-emptividade do Direito e, por conseguinte, o seu caráter normativo e autoritativo.

Assim, além dos dois argumentos explorados anteriormente, também em função do argumento da autoridade, constata-se que os únicos padrões capazes de, ao mesmo tempo, dotar o Direito daquela característica e de explicar porque o Direito a possui, são os sociais, excluindo-se, pois, os critérios morais. Dessa forma, compreende-se como a constatação da autoridade do Direito argumenta em favor da exclusividade da tese social de identificação do Direito.

## 2.4 O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Superados os conceitos do positivismo jurídico exclusivo acerca da norma de reconhecimento e da tese das fontes – dentro da qual se tratou, ainda que indiretamente, também da tese da separação entre direito e moral – cabe analisar como a teoria trabalha a questão relativa à discricionariedade judicial.

A discricionariedade judicial será aqui abordada a partir de duas perspectivas: a) a textura aberta do Direito; b) a possibilidade de incompletude do Direito.

Iniciando pela questão relativa à textura aberta do Direito, convém transcrever as seguintes observações de Hart:

Não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer. É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis, mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não. [...]

Qualquer que seja a estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, seja o precedente ou a legislação, esses padrões, por muito facilmente que funcionem na grande massa de casos comuns, se mostrarão imprecisos em algum ponto, quando sua aplicação for posta em dúvida; terão o que se tem chamado de *textura aberta*. Até aqui temos apresentado isso, no caso da legislação, como uma característica geral da linguagem humana. A incerteza nas zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação referente a questões factuais (HART, 2009, p. 164; p. 166)

A textura aberta do direito, materializada na multiplicidade de sentido das palavras decorrentes das facetas da linguagem, é, assim, admitida no positivismo hartiano, que aponta para a necessidade de o intérprete escolher, dentre as possibilidades interpretativas, aquela que será acolhida para o caso concreto – discricionariedade.<sup>15</sup>

Raz também admite a discricionariedade judicial como decorrência lógica da linguagem imanente aos sistemas jurídicos e não recusa o fato, perceptível nas decisões judiciais, de que os tribunais valem-se das mais variadas espécies de razões. Sobre isto, vale a pena citar o seguinte: “É desnecessário dizer que as leis proporcionam apenas parte das razões para as decisões dos órgãos primários. Outras razões podem ser a verificação de certos fatos, considerações de justiça etc” (RAZ, 2012, p. 266). Note-se, pois, que, mesmo para o positivismo jurídico exclusivo, admite-se o uso da discricionariedade judicial e o recurso, por parte dos tribunais, à considerações de justiça, ou seja, questões de moral política, no momento da edição de uma decisão judicial.

Com efeito, apesar de Raz admitir a existência da discricionariedade judicial, afirma o autor que ela não se confunde com uma possível desconsideração aleatória e proposital das fontes sociais que guiam normativamente os julgamentos dos órgãos primários de aplicação. O autor deixa isso bem evidenciado ao fazer os seguintes esclarecimentos:

Em uma formulação mais precisa, os sistemas institucionalizados consistem em normas que os órgãos primários estão vinculados a aplicar e que não têm liberdade para desconsiderar quando considerarem sua aplicação indesejável. Isso não significa que os órgãos primários sejam como máquinas que sempre devem aplicar regras preexistentes independentemente de suas próprias visões sobre qual regra ou qual decisão esteja correta (RAZ, 2010, p. 136).

Em linha de arremate, seguindo as considerações de Hart sobre a textura aberta do direito, também o positivismo jurídico exclusivo reconhece esta característica linguística do Direito e admite a existência de discricionariedade judicial nesse sentido e nos limites acima ponderados. Cabe agora averiguar como se posiciona o positivismo jurídico exclusivo acerca

---

<sup>15</sup> Cumpre deixar registrado que, para Hart, discricionariedade não equivale à irracionalidade ou arbitrariedade (2009, p. 165).

da possível incompletude do Direito.

Sobre este ponto, é imperioso lembrar que, para o positivismo jurídico exclusivo, o Direito é conformado exclusivamente por fontes sociais. Logo, quando se fala de incompletude do direito, a referência é sinônima à incompletude de fontes sociais. Raz admite a incompletude dos sistemas jurídicos, como se pode notar a seguir:

Em função da vaguidade, da textura aberta e da incompletude de todos os sistemas jurídicos, há muitos casos aos quais o sistema não oferece uma resposta correta. Mesmo que ele descarte certas soluções por serem erradas, ele pode ter outras que de acordo com a lei não sejam nem erradas nem certas. Quando o sistema exige – como, de fato, todos os sistemas jurídicos exigem – que em tais casos as cortes não se abstenham de solucionar a disputa, mas emitam um julgamento, então elas devem determinar o caso conforme suas próprias concepções do que é correto. Obviamente, em tais casos, a discricionariedade pode ser limitada por princípios jurídicos gerais, mas isso não eliminará o aspecto do julgamento dos méritos. (RAZ, 2010, p. 136)

Como se vê, além da textura aberta do direito, Raz reconhece ainda a sua incompletude, explicitando, como decorrência do *non liquet* de todos os sistemas jurídicos, o recurso à discricionariedade judicial. Importante ainda frisar que Raz explicitamente admite a funcionalidade dos princípios no processo de raciocínio judicial, reafirmando o que já se disse neste trabalho acerca da admissão da incidência de razões morais na interpretação dos enunciados jurídicos.<sup>16</sup>

## 2.5 A REFORMA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA E O POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO

Esclarecidos alguns dos conceitos teóricos do positivismo jurídico exclusivo, passa-se, então a analisar o parágrafo 2º do artigo 8º da CLT à luz daqueles conceitos.

### 2.5.1 A norma de reconhecimento e o parágrafo 2º do artigo 8º da CLT

Como visto acima, nos termos da construção teórica de Hart, a norma de

---

<sup>16</sup> Para Raz, tudo aquilo que cerca o raciocínio judicial no seu cotidiano decisório bem como os critérios interpretativos que os juízes manejam na atividade jurisdicional não se confundem com o conceito de Direito, existindo para o autor uma clara diferença entre teoria do Direito e teoria da argumentação jurídica. Raz entende que o Direito não é aquilo que os tribunais dizem que ele é e que os juízes não tem um estatuto de autoridade especial para a definição do conceito de Direito. Assim, para Raz, muito embora se admita a utilização de razões morais no raciocínio judicial, o fato de os tribunais valerem-se deles não os torna razões jurídicas. Para melhor compreensão das explicações acima, conferir as análises feitas por Horácio Lopes Mousinho Neiva (2017, pp. 202-223) sobre as lições de Raz emitidas em *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law an Practical Reason* e *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*.

reconhecimento, em breve resumo, é uma norma secundária que congrega os critérios válidos de reconhecimento das normas primárias de obrigação.

O dispositivo celetista em análise proibiu aos tribunais a edição de súmulas ou enunciados de jurisprudência que restrinjam direitos previstos em lei ou que criem obrigações nela não previstas. Nos termos explicados na seção 2.1 deste trabalho, esta disposição não representou tão somente uma limitação para edição de verbetes jurisprudenciais. Representou, em verdade, a positivação dos critérios considerados tidos como válidos pelo legislador para criação e implementação de uma obrigação jurídica. Em outras palavras, o reformador celetista criou uma norma de reconhecimento das normas primárias trabalhistas.

Considerando os cânones do positivismo jurídico exclusivo Raziano, a primeira observação a ser feita refere-se ao destinatário da norma de reconhecimento. Como visto acima, uma das notas distintivas de Raz sobre a estrutura da norma de reconhecimento Hartiana refere-se ao seu destinatário, que são tão somente os órgãos primário de aplicação e não estes adicionados pelos demais membros da comunidade, como estipulara Hart. Neste ponto, percebe-se que a nova norma trabalhista agasalhou a concepção Raziana, pois direcionou especificamente aos juízes e tribunais trabalhistas, isto é, aos órgãos primários de aplicação, a norma que aglutinou os critérios válidos de identificação das normas primárias do sistema jurídico trabalhista.

A segunda ponderação a ser feita refere-se à natureza da norma de reconhecimento. Foi visto que Hart extrai a norma de reconhecimento dos fatos sociais, ou seja, ela decorre de uma prática social. Raz, por sua vez, atentando para a distinção de que a norma de reconhecimento destina-se aos órgãos primários de aplicação, afirma o seguinte:

Devem as regras de reconhecimento ser regras consuetudinárias praticadas pelos agentes públicos do sistema? A resposta é obviamente afirmativa, caso o sistema em questão esteja em vigor, pois é parte do critério para que um sistema seja considerado em vigor que os órgãos primários apliquem suas regras; (RAZ, 2010, p. 144)

Ou seja, Raz considera que a norma de reconhecimento é, antes de tudo, costumeira em um sentido particular do ponto de vista teórico, uma vez que derivada eminentemente da prática judicial de identificação do Direito de determinada forma e mediante observação de determinados critérios de validade. Para Raz, então, é a norma de reconhecimento que deriva da prática social judicial e não a prática social que deriva da norma de reconhecimento. Os órgãos primários de aplicação adotam certos critérios de validade jurídica não em face de uma norma positivada que assim determina, mas em razão de um costume

judicial. É exatamente por isso que Raz afirma, como acima evidenciado, que alguns sistemas jurídicos podem chegar até mesmo a positivizar uma norma de reconhecimento, mas as normas potencialmente válidas somente assim serão reconhecidas não por conta da existência daquela norma de reconhecimento positivada, mas em razão da atividade dos órgãos primários que venham a reconhecer a validade das normas primárias (RAZ, 2012, p. 267).

Diante dos fundamentos supra, pode-se concluir que a mera positivação de critérios de validade no parágrafo 2º do artigo 8º da CLT não é suficiente para se afirmar que, de fato ou realmente, ela traduza a norma de reconhecimento habitualmente praticada e observada pelos órgãos primários de aplicação, dentre eles, os tribunais trabalhistas brasileiros. Não será esta norma positivada, então, que guiará esses tribunais acerca dos critérios de validade na identificação do Direito. Nesse ponto, para além da impropriedade teórica da proposta à luz do positivismo jurídico exclusivo, destaca-se até mesmo uma certa ingenuidade do legislador ao pretender frear o denominado ativismo judicial por meio da positivação de uma norma. Isso porque, se o legislador acredita que Poder Judiciário vem atuando à margem da lei, desconsiderando-a, o que o faria acreditar que não ocorreria o mesmo em relação ao novo parágrafo segundo do artigo 8º da CLT?

Por fim, ainda no que tange à norma de reconhecimento, relembra-se que, de acordo com Raz, nada impede que um sistema jurídico tenha mais de uma norma de reconhecimento e que elas estabeleçam critérios de validade incompatíveis para a identificação do Direito. Nesse ponto, não há como deixar de referenciar que as lições de Raz podem até mesmo ser tomadas como uma profecia da incompatibilidade entre o novo parágrafo 2º da CLT e o seu *caput*. De fato, nada impede que um sistema jurídico possua normas de reconhecimento incompatíveis.

### **2.5.2 A tese das fontes, a discricionariedade judicial e o parágrafo 2º do artigo 8º da CLT**

Nas lições de Raz analisadas acima, o direito é identificado por fontes exclusivamente sociais – daí derivando a qualificação da teoria Raziana como positivismo jurídico exclusivo. Em outras palavras, o Direito não contém padrões morais e não é identificado por meio do recurso à critérios morais.

A conclusão Raziana acerca da exclusividade das fontes sociais na identificação do Direito foi alicerçada sob os argumentos das distinções intuitivas, da função do Direito e da reivindicação de autoridade legítima. Em uma breve síntese desses argumentos, todos somos intuitivamente capazes de separar o Direito da moral, pois conseguimos, por exemplo,

distinguir um juiz por suas habilidades jurídicas e sua sensibilidade moral, além de percebemos quando uma autoridade simplesmente aplica as fontes sociais do Direito em oposição às oportunidades em que o Direito é desenvolvido por meio do recurso à critérios morais de integração nas situações de incompletude do sistema jurídico – argumento das distinções intuitivas.

De outra banda, se o Direito tem por função prover uma sociedade de mecanismos de abstenção, cooperação e coordenação, apresentando-se com a pretensão de cancelar e substituir os dissensos derivados das múltiplas concepções morais contidas naquela, tal somente poderá ser feito com segurança, razoável objetividade e eficiência através do recurso à padrões publicamente sindicáveis – fontes sociais - em detrimento de padrões controvertidos – critérios morais – argumento da função do Direito.

Por fim, viu-se que o Direito opera reivindicando autoridade legítima, exigindo obediência dos sujeitos por meio da pre – empção de suas razões práticas em detrimento das razões práticas de primeira ordem daqueles. Essa característica do Direito somente pode ser explicada por meio do recurso a fontes sociais de autoridade, as quais podem ser conhecidas com razoável clareza e objetividade em oposição aos critérios morais, essencialmente subjetivos e desprovidos das propriedades necessárias para o fechamento pre – emptivo – argumento da autoridade.

A articulação desses argumentos explica a identificação do Direito às fontes exclusivamente sociais. Nesse sentido, pode-se afirmar que, ao positivar a lei como única fonte de criação de obrigação jurídica, o novo parágrafo 2º do artigo 8º da CLT alinhou-se nitidamente ao positivismo jurídico exclusivo. Com efeito, este alinhamento foi apenas parcial e incompleto, pois o reformador não compreendeu que a lei é apenas uma das fontes sociais do Direito.

Para explicitar o alinhamento incompleto acima mencionado, é necessário retomar a concepção Raziana de incompletude do Direito.

De acordo com Raz, nenhum sistema jurídico é completo, ou seja, é dotado de fontes sociais capazes de abarcar todas as necessidades fáticas que se apresentam aos órgãos primários de aplicação. Por essa razão, o autor reconhece que, diante de uma eventual lacuna no Direito, os juízes efetivamente agem discricionariamente e recorrem à critérios morais ou outros critérios extrajurídicos para justificar suas decisões, sendo certo que esses critérios morais estão ligados à razões fornecidas pelo próprio Direito para o seu desenvolvimento.

Nesses casos de incompletude do Direito ou de textura aberta do mesmo, em que ganha relevo a questão relativa à discricionariedade judicial, Raz afirma que:

[...] é por uma analogia com poderes legislativos dirigidos que se pode entender a lógica interna do direito frequentemente discutida, i.e., a habilidade de tribunais mudarem o direito seguindo diretrizes estabelecidas pelo próprio direito (RAZ, 2001, p. 244).

Assim sendo, de acordo com a compreensão de Raz, nas situações em que o Direito se apresenta com uma textura aberta ou lacunosa, os tribunais efetivamente recorrem à discricionariedade judicial. Ao fazerem tal recurso, os juízes recorrem a critérios ou juízos extrajurídicos, os quais, entretanto, ligam-se à razões internas que o próprio Direito fornece para a sua integração e desenvolvimento. A decisão prolatada pelo tribunal, nestes casos, consubstancia uma nova regra jurídica que integra e desenvolve o Direito. A articulação das ideias de Raz demonstra, então, que as fontes sociais que explicam e conformam o que é o Direito não se resumem apenas às leis, mas igualmente às regras jurídicas introduzidas no sistema por meio das decisões judiciais, notadamente nos casos de incompletude ou textura aberta do Direito.

Retornando à concepção adotada no parágrafo 2º do artigo 8º da CLT, no qual se percebe a intenção do legislador em reprimir a possibilidade de edição de súmulas que reconheçam direitos não previstos expressamente em lei, nota-se que, para o reformador, a única fonte social do Direito é a lei, negando-se tal *status* às decisões judiciais que, em razão de uma possível incompletude do Direito, apresentem-se como solução integrativa necessária do sistema.

Nesse ponto, é digno de realce que, como esclarecido por Raz, sendo esta decisão uma regra integradora e desenvolvedora do Direito - uma uma fonte social – ganha aquela o mesmo selo de norma jurídica que usualmente se atribui à lei, pois, em um próximo caso concreto idêntico ao que fora resolvido, já não será mais possível recorrer à discricionariedade judicial ante a existência de fonte social explícita para a resolução do caso: um precedente judicial.

Consideradas as razões acima, é possível perceber, então, que a declarada intenção de combater o ativismo judicial termina por ser prejudicada pela opção legislativa de reconhecer a lei como única fonte social do Direito e de dificultar a edição de súmulas de jurisprudência cristalizadoras dos precedentes judiciais. Se o legislador tivesse caminhado no sentido de estimular o reconhecimento do precedente judicial como fonte social do direito, ter-se-ia, então, mais uma fonte dotada de propriedades potencialmente capazes de inibir ou atenuar a ocorrência do ativismo judicial<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Nesse ponto, cumpre asseverar a notável discrepância entre as opções feitas pelo legislador ao se comparar o

Por fim, considerando a admissão pelo positivismo jurídico exclusivo de que as fontes sociais, tanto leis quanto precedentes judiciais, não possuem um único sentido exato passível de descoberta pelos órgãos primários de aplicação, dada a intrínseca incerteza que cerca todas as formas de expressão da linguagem humana – e por conseguinte da linguagem jurídica – tem-se como ontologicamente impossível atender à disposição contida no parágrafo 2º, do artigo 8º da CLT. A amplitude dos direitos previstos em lei não deriva automaticamente desta, mas da interpretação e aplicação das normas primárias de obrigação em cada caso concreto, ou seja, a referida amplitude é definida em momento posterior, mediante atuação do sujeito cognoscente sobre a lei ou precedente judicial.

## 2.6 CONCLUSÕES PRELIMINARES

Feitos os apontamentos acima, é possível extrair algumas conclusões acerca da opção legislativa feita pelo reformador trabalhista de se aproximar do positivismo jurídico exclusivo com o escopo de prover uma espécie de antídoto ao ativismo judicial trabalhista.

De um lado, pode-se concluir que a descrição positivista exclusiva do Direito não é capaz de socorrer a aflição do legislador reformista pelas razões acima explicitadas e que abaixo são sintetizadas e lembradas da seguinte forma:

a) ao contrário do que pressupôs o legislador reformista, não é a norma de reconhecimento que condiciona a atividade interpretativa do juiz. É a prática judicial que evidencia e conforma a norma seletora dos padrões jurídicos considerados válidos. Logo, uma suposta norma de reconhecimento positivada no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, ao invés de funcionar como tal, atua, mesmo dentro da descrição positivista exclusiva adotada pela reforma, tão somente como mais uma fonte social institucionalizada que, a depender da atuação dos órgãos primários de aplicação, será considerada integrante ou não do sistema jurídico;

b) de maneira oposta ao que pressupôs o legislador reformista, a norma de reconhecimento não se configura como tal por um ato de positivação, mas, em verdade, de forma consuetudinária, a partir da prática social de identificação do Direito efetuada pelos órgãos primários de aplicação, dentre eles os órgãos que integram a Justiça do Trabalho. Em outras palavras, de acordo com os cânones do positivismo jurídico exclusivo abraçados pela

---

novo Código de Processo Civil e a reforma trabalhista. Enquanto naquele se buscou o alcance da previsibilidade judicial e segurança jurídica por meio da valorização dos precedentes judiciais – vide artigos 489, V e VI e 927 do CPC - no segundo tentou-se a já fracassada alternativa de buscar na autossuficiência da lei uma miragem de clareza e objetividade intrínsecas aos seus textos.

reforma trabalhista, é a partir da atuação de juízes do trabalho e de tribunais trabalhistas que a norma de reconhecimento se configura e não o contrário. O agir judicial configura a norma de reconhecimento e não o oposto. Logo, positivizar uma norma de reconhecimento não necessariamente resolverá a questão relativa aos critérios de identificação válidos do Direito, pois tal continuará dependendo da crença e da prática social dos órgãos primários de aplicação, no caso, da Justiça do Trabalho;

c) como decorrência lógica dos dois pontos anteriores, considerando que a norma de reconhecimento se conforma a partir da atuação dos órgãos primários de aplicação, é quase que intuitiva a necessidade de aferir quais os parâmetros que estes órgãos entendem decisivos para afirmar o pertencimento ou não de um determinado padrão ao sistema jurídico. É justamente neste ponto que o positivismo jurídico exclusivo, como visto acima, em função dos jogos de linguagem tão bem percebidos e definidos por Hart, reconhecendo o caráter vago e aberto dos signos linguísticos que compõe o direito e também a incompletude dos sistemas jurídicos, admite a existência de discricionariedade judicial. O positivismo jurídico ainda vai além e admite expressamente, como visto em Raz, que, no procedimento interpretativo / aplicativo, o juiz, em parte dos casos, utiliza e considera questões morais e de justiça. Se é certo, na visão positivista, que a circunstância acima mencionada não desnatura a afirmação de que o Direito é uma questão de fato social - não desnatura porque a resposta judicial também é uma fonte social - é igualmente correto admitir que mesmo o positivismo jurídico exclusivo não alimenta a ilusão de que as fontes sociais do Direito são capazes de eliminar ou atenuar em muito a discricionariedade judicial, o que, nos termos acima, esfacela o fetiche de objetividade e certeza pretendida pelo legislador reformista com a positivação do parágrafo 2º do artigo 8º da CLT;

d) por fim, a noção de autoridade dentro do conceito positivista exclusivo de Direito não socorre o reformador justtrabalhista. Como visto acima, o direito reivindica autoridade legítima e age de maneira preemptiva por meio de uma diretiva autoritativa. Com efeito, o conteúdo desta diretiva sofre influência direta e conformadora dos órgãos primários de aplicação, os quais, como exposto alhures, no bojo da atividade concretizadora de sentido, procedem de forma discricionária.

Todas essas considerações serviram para demonstrar que uma descrição do Direito à luz do positivismo jurídico exclusivo, com o seu respectivo apelo à prevalência das fontes sociais como único elemento normativo dos sistemas jurídicos, não é suficiente para afastar ou resolver os problemas advindos do elemento discricionariedade, elemento este que também integra a mesma descrição positivista do direito.

Com efeito, embora o acima dito seja verdade e a opção do legislador reformista não se revele capaz de resolver o problema da discricionariedade e da sua corruptela, qual seja, do ativismo judicial, a compreensão da descrição positivista exclusiva do Direito tem o mérito de, ao mesmo tempo, ofertar uma solução parcial para o problema e de apontar o verdadeiro local em que se insere e reside a questão tormentosa da discricionariedade e do ativismo judicial.

A solução parcial em relevo refere-se à concepção segundo a qual também a decisão judicial, tratando-se de um padrão social institucionalizado, é considerada uma fonte social, ou seja, uma fonte do Direito. Essa afirmação foi feita nas seções anteriores quando se explorou a questão das distinções intuitivas em Raz acerca dos momentos em que o juiz aplica o Direito em oposição às situações em que ele o desenvolve. Conforme pontuado, muito embora o positivismo jurídico exclusivo admita a incidência de questões morais e éticas na atividade de interpretação dos padrões jurídicos, a mesma espécie de descrição afirma que, uma vez editada a decisão judicial, esta se consubstancia em fonte social do Direito e, portanto, produz normatividade para aplicar o mesmo tipo de decisão em casos futuros semelhantes.

A contribuição parcial do positivismo, portanto, caminha no sentido de que, considerando-se as decisões judiciais como fontes sociais institucionalizadas, um sistema de precedentes pode ofertar aos órgãos primários de aplicação um padrão social capaz de resolver casos futuros sem a necessidade de apelar novamente à padrões morais ou éticos, pois estes já foram utilizados no passado por ocasião dos julgamentos primitivos e originários das cortes, as quais, até então, não contavam com um padrão social prévio para decidirem ou contaram com fontes sociais de textura aberta, como explicitado por Hart.

Esta solução é, contudo e como dito, parcial. É parcial porque apesar de ofertar um mecanismo útil de atenuação da discricionariedade tanto para os casos de incompletude do Direito quanto para os casos de textura aberta da fontes sociais, não elimina o fato de que, dada a natureza de fonte social dos precedentes judiciais, estes são igualmente objeto de interpretação e aplicação dos órgãos primários, os quais podem, no decorrer da resolução histórica dos casos em julgamento, conferir novo sentido ao precedente judicial da mesma forma ocorrida em relação à fonte social legislativa. Daí o caráter parcial da solução.

Prosseguindo e retomando os méritos que a descrição positivista oferta para o presente trabalho, tem-se, como corolário da percepção da solução parcial ao norte apontada, a constatação do local mais preciso e exato em que residem as questões que afligem o legislador reformista: a interpretação judicial, a discricionariedade judicial - tanto para os casos de

incompletude do Direito quanto para o de tessitura aberta das fontes sociais - e o ativismo judicial.

Considerando, pois, que a descrição positivista exclusiva do Direito e sua respectiva metodologia não são suficientes para satisfazer as exigências pretendidas pelo legislador reformador da CLT, faz-se necessário buscar parâmetros e vetores racionais norteadores da atividade hermenêutica judicial trabalhista, o que exige uma imperiosa pesquisa acerca de uma teoria de justiça e de moralidade política que forneçam as ferramentas adequadas para tanto. É o que se pretende fazer na terceira seção.

### **3 COMPREENDENDO A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA À LUZ DO CONCEITO DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS**

Verificado nos capítulos anteriores que a solução positivista preconizada na reforma trabalhista para fazer face ao ativismo judicial e à insegurança jurídica alegadamente dele decorrente não apresenta potencialidade bastante para tanto, necessário se faz buscar uma alternativa que, se não for capaz de solver a questão, tenha capacidade para reduzir os efeitos inseguros do alegado ativismo judicial trabalhista.

Esclarece-se, contudo, que não se está afirmando que a solução positivista adotada na reforma é totalmente inadequada para resolver ou mesmo atenuar os efeitos do ativismo judicial ou mesmo da discricionariedade judicial. O que se afirmou acima é que o recurso reformista ao conceito positivista de Direito oferece uma solução apenas parcial ou, dito de outra forma, incompleta para o problema. Além de optar por uma solução incompleta para o problema que se propôs a combater, o exame da teoria positivista revelou que a aposta reformista está deslocada, focada em eixo distinto daquele em que o ativismo judicial se manifesta.

O diagnóstico formulado no capítulo anterior direciona e exige a pesquisa de uma teoria de justiça e de moralidade política capaz de ofertar uma orientação racional aos órgãos primários de aplicação, em específico à Justiça do Trabalho, no exercício da sua atividade interpretativa e aplicativa do Direito.

#### **3.1 A NECESSIDADE DE COMPREENDER A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL À LUZ DE UMA TEORIA DE JUSTIÇA**

Como já asseverado alhures, os capítulos anteriores serviram, basicamente, para demonstrar que (1) o tema do ativismo judicial está ligado à questão da discricionariedade judicial e que (2) o positivismo jurídico exclusivo, após reconhecer a existência desta discricionariedade, oferta uma solução apenas parcial para resolver a questão – vide as explanações feitas a respeito da admissão de uma teoria dos precedentes como um dos mecanismos capazes de ajudar neste ponto.

Verificado que a opção do legislador reformista pelo cânones do positivismo jurídico exclusivo tem o condão de explicitar e reforçar a existência da discricionariedade judicial, mas não tem o potencial para resolver ou atenuar o fenômeno em níveis mais contundentes, convém então buscar uma teoria capaz de conhecê-lo e de proporcionar caminhos para

controlar a amplitude da sua incidência.

Um dos autores da teoria e filosofia do Direito que se preocupou com a questão alusiva à discricionariedade judicial foi Ronald Dworkin, que a diferenciou em dois sentidos, um fraco e outro forte.

A discricionariedade em sentido fraco refere-se às situações em que, por alguma razão, verifica-se uma impossibilidade de a autoridade aplicar os padrões jurídicos de forma mecânica. A impossibilidade de um agir interpretativo mecânico pode decorrer tanto de um contexto aplicativo que não é intrinsecamente esclarecedor, como em função da vagueza e ambiguidade da linguagem, ou mesmo da situação na qual alguma autoridade tenha poder para tomar uma decisão em última instância e insuscetível de revisão ou cancelamento. (DWORKIN, 2007, p. 51).

A discricionariedade em sentido forte, de outro lado, não está ligada ao caráter vago e ambíguo dos signos linguísticos ou mesmo à circunstância de a decisão não poder mais ser modificada. O sentido forte de discricionariedade descrito por Dworkin refere-se aos casos e questões nas quais o emissor da decisão não está limitado pelos padrões emitidos por uma outra autoridade antecedente (DWORKIN, 2007, p. 52).

Ainda sobre a discricionariedade forte, o autor explicitamente ressalva que não se pode confundi-la com licenciosidade como se pode verificar a seguir:

O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário (DWORKIN, 2007, p. 53).

Refinando as distinções dos sentidos de discricionariedade acima, Verbicaro esclarece, em relação à discricionariedade alicerçada na vagueza e ambiguidade da linguagem jurídica, que esta pode ensejar a noção de discricionariedade tanto em sentido fraco quanto forte. Ensejará o sentido fraco quando o intérprete conseguir recorrer a uma análise da questão posta à luz de uma compreensão e avaliação mais ampla do ordenamento jurídico ao passo que recairá no sentido forte quando o intérprete não puder delimitar o sentido da norma por meio de instrumentos jurídicos (VERBICARO, 2017, p. 263).

Compreendida a discricionariedade nos termos acima, Dworkin aponta que os positivistas admitem e trabalham tanto com a versão fraca da discricionariedade quanto, em algumas vezes, com a sua versão forte, em que aqueles passam a admitir a possibilidade de o juiz não estar vinculado ou limitado à quaisquer padrões derivados da autoridade da lei

(DWORKIN, 2007, p. 55).

A descrição e classificação da discricionariedade feita por Dworkin permite perceber, uma vez mais, que a atividade interpretativa, dependente, por definição conceitual, da atividade do sujeito cognoscente sobre a fonte social ofertada pelo sistema jurídico, possibilita sempre, em maior ou menor grau, a depender de cada caso concreto, certa margem de desacordo na oferta das soluções jurídicas por parte dos órgãos primários de aplicação.

Dworkin, entretanto, não concebe a possibilidade de a discricionariedade em sentido forte significar que o juiz esteja desobrigado de seguir qualquer espécie de padrão ou mesmo que os padrões que eventualmente venham a utilizar no exercício desta discricionariedade não imponham obrigações futuras aos juízes. Dito de outra forma, enquanto os positivistas, ao serem constrangidos pela discricionariedade fraca ou forte, terminam por constata-la e por admitirem que uma Corte pode, então, decidir conforme suas próprias concepções do que é correto e com base em princípios jurídicos gerais (RAZ, 2010, p. 136), Dworkin não admite que a discricionariedade permita a decisão de acordo com um padrão de correção moral individual do julgador e que tal julgamento não o vincule ou o constranja na resolução de casos futuros.

Ora, dado que, como visto no início deste trabalho, o legislador reformista acostou como fator central de insegurança jurídica na seara hermenêutica trabalhista justamente o elevado grau de discricionariedade nas respectivas decisões, corroborando um quadro de ativismo judicial trabalhista endêmico<sup>18</sup>, a adoção da solução positivista preconizada pelo próprio reformador não se afigura, repita-se, como o remédio mais adequado à atenuação do fenômeno. Isso porque a concepção positivista exclusiva do direito, confrontada, como alhures demonstrado, com o fato irrecusável da discricionariedade judicial, oferta como resposta a possibilidade de o juiz decidir com base em parâmetros individuais de correção ou em princípios jurídicos gerais que, por não serem fontes sociais, não vinculam, de acordo com os cânones positivistas, o julgador para os casos futuros.

De outro lado, Dworkin, confrontado com a discricionariedade, não concede ao juiz a possibilidade de decidir com base em parâmetros individuais de correção ou mesmo em princípios jurídicos gerais, os quais não gerariam quaisquer obrigações interpretativas futuras aos juízes. Para este autor, mesmo em face da discricionariedade em sentido forte, há padrão que, ainda que não tenha matiz social, é normativo, vinculante e gerador de obrigações de adequação e coerência sobre os juízes.

---

<sup>18</sup> Novamente, parte-se do pressuposto do ativismo judicial dito pelo reformador como ponto primitivo de pesquisa sem, contudo, cancelar tal assertiva reformista.

A comparação das propostas indica que esta última é dotada de maior potencial para combater e atenuar os efeitos deletérios da discricionariedade, em especial na sua versão forte, pois trabalha com um padrão capaz de impor obrigações de adequação e coerência aos juízes para os casos futuros. Torna-se, então, imprescindível conhecer o padrão mencionado por Dworkin: o princípio.

Assim Dworkin descreve princípio:

Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade (DWORKIN, 2007, p.36).

Como se pode perceber, o autor norte americano invoca o padrão principiológico como recurso de controle e atenuação à discricionariedade forte, registrando explicitamente, de outro lado, que este padrão possui lastro em “exigências de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”. Visto que os princípios têm ligação com dimensões materiais de justiça, equidade e moralidade, torna-se exigível, então, que se explique e se descreva a respectiva concepção teórica de justiça no bojo da qual os princípios serão construídos, compreendidos e, por fim, aplicados, pois, do contrário, na hipótese de um vazio teórico, afigurar-se-ia impossível a verificação de adequação e coerência na interpretação e aplicação do padrão principiológico.

Eis, então, a razão indicativa básica da necessidade de compreensão dos objetivos reformistas à luz de uma teoria de justiça, que pode ser assim resumido: diante da capacidade limitada do positivismo jurídico exclusivo para eliminar ou atenuar a discricionariedade judicial em sentido forte e, por conseguinte, o alegado ativismo judicial trabalhista, surge a necessidade de se buscar um padrão normativo que possa suprir esta necessidade. Como demonstrado por Dworkin, os princípios cumprem esse papel, evitando que os juízes utilizem quaisquer padrões morais individuais em suas decisões, principalmente, nos chamados casos difíceis<sup>19</sup>. Dado que os princípios ligam-se às noções de equidade, moralidade e justiça, os objetivos de controle da discricionariedade e de alcance de coerência interpretativa e aplicativa somente terão viabilidade a partir da construção e descrição da teoria de justiça no bojo da qual os mencionados padrões serão manejados.

Postas estas considerações, cabe ainda refinar e especificar o que Dworkin pretende dizer com os termos “exigências de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de

---

<sup>19</sup> Resumidamente, Dworkin denomina caso difícil aquele em que nenhuma regra o regula (DWORKIN, 2007, p. 127).

moralidade”.

Em primeiro lugar, Dworkin deixa claro que, ao admitir a entrada dos princípios no seu conceito de Direito, não está conferindo liberdade plena para que os juízes escolham e elejam arbitrariamente padrões extrajurídicos de sua preferência, como se pode ver a seguir: “Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível” (DWORKIN, 2007, p. 60). Quando se indica, pois, o princípio como padrão normativo integrante do conceito de Direito de Dworkin, a dimensão de moralidade com o qual aquele se liga não é de ordem individual ou particular, mas política.

Dworkin inicia uma descrição dessa dimensão política de moralidade afirmando que nesta se encontram “[...] os princípios morais que servem de base para as instituições e leis da comunidade, no sentido de que tais princípios poderiam figurar em uma teoria do direito bem fundada, do tipo que já discutimos neste capítulo”(DWORKIN, 2007, p. 125).

O autor, ao diferenciar a moral política do campo da ética e da moral pessoal, estabelece as seguintes diretrizes:

A ética estuda como as pessoas devem administrar sua responsabilidade de viver bem, e a moral pessoal, o que cada qual, como indivíduo, deve aos outros indivíduos. A moral política, por sua vez, estuda o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial (DWORKIN, 2014, p. 500).

Dessa forma, a ligação dos princípios, dentro da teoria preconizada por Dworkin, não deve ocorrer no bojo da ética ou da dimensão de moralidade individual do juiz, pois, em realidade, se assim o fosse, o problema da discricionariedade forte seria agravado, ao invés de atenuado. Os princípios, como padrões decisórios integrantes do Direito na teoria do autor acima mencionado, estruturam-se dentro de uma dimensão de moralidade política, assim entendida como o âmbito no qual direitos e obrigações são fixados por todos nós, coletivamente organizados em uma comunidade política, para cada um dos integrantes desta mesma comunidade. Em outras palavras, os princípios concebidos como padrões jurídicos por Dworkin são aqueles gestados dentro de uma dimensão política de moralidade, a partir de parâmetros morais compartilhados na comunidade, a qual não pode imiscuir-se na independência ética de cada indivíduo da mesma forma em que também não pode se ver subjugada por padrões individuais de moralidade derivados da independência ética de um único indivíduo, ainda que este venha a ser um magistrado, legislador ou administrador público.

Prosseguindo em sua argumentação, Dworkin assevera que, em sua concepção, o Direito é uma parte da moral política, como se pode verificar a seguir: “É fácil situar o conceito doutrinário de direito nessa estrutura em forma de árvore: o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política” (DWORKIN, 2014, p. 620).

Desse modo, uma vez verificado o recurso aos princípios como mecanismo de atenuação da discricionariedade judicial trabalhista e considerando que este objetivo alcança maior chance de sucesso mediante a compreensão daqueles padrões dentro de uma dimensão política de moralidade – ao invés de deixá-los livres ao talante da moralidade individual de plantão – e considerando, ainda, dentro da visão Dworkiniana, o Direito como ramo ou subdivisão da moral política, torna-se imprescindível perscrutar uma teoria moral política, isto é, uma teoria de justiça capaz de estruturar princípios correlatos que conformarão uma tal estrutura de sociedade e de instituições, bem como apontarão critérios de decisão adequados e consentâneos a tais estruturas, dotando as instituições desta sociedade de uma maior capacidade de produção de decisões justas, seguras e previsíveis.

### 3.2 A MULTIPLICIDADE DE TEORIAS E CONCEITOS DE JUSTIÇA

Assim como a busca do ato moralmente correto é cercada por uma multiplicidade de teorias, a construção de um conceito de justiça é igualmente matizada por uma variada gama de respostas. Esta variedade teórica não aponta para uma possível inexistência de respostas corretas sobre a questão, como bem afirma Waldron: “Tenemos desacuerdos sobre cuestiones de principio, pero esto no significa por supuesto que non existan respuestas correctas para tales cuestiones” (WALDRON, 2005, p. 195).<sup>20</sup>

A diversidade de teorias acerca daquilo que se pode considerar justo é também evidenciada por Dworkin, o qual concebe a justiça como um valor que comporta uma construção conceitual do tipo interpretativa, e não criterial, como se pode notar a seguir:

Movemos campanhas, até guerras, por causa da justiça, e é evidentemente falso que, se refletíssemos sobre o que queremos dizer quando usamos esse termo, veríamos que na realidade não temos nada sobre o que discordar. Pelo fato de termos em comum o conceito interpretativo de justiça, somos capazes de reconhecer as teorias de uma grande variedade de filósofos políticos como concepções concorrentes desse mesmo conceito (DWORKIN, 2014, p. 247)

A primeira consequência específica, para este trabalho, da verificação da diversidade

---

<sup>20</sup> Tradução livre: “Temos desacordos sobre questões de princípio, mas isto não significa que não existam respostas corretas para tais questões.”

teórica derivada do caráter interpretativo do conceito de justiça é a necessidade de adoção, em detrimento de muitas outras construções meritórias, de uma teoria determinada.<sup>21</sup>

### 3.3 JUSTIFICANDO A ADOÇÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS

Diante das várias teorias que poderiam ser acolhidas como referencial, necessário se faz justificar a adoção do paradigma da justiça como equidade.

Duas razões básicas motivaram a adoção da construção de Rawls: a) a capacidade da teoria de ir além dos limites imanentes a uma ética deontológica individual<sup>22</sup>; b) a capacidade da teoria para articular os valores políticos da liberdade e igualdade de maneira a possibilitar a criação e aperfeiçoamento de estruturas e instituições sociais capazes de garantir e promover a efetivação de direitos humanos.

#### 3.3.1 Para além de uma ética deontológica individual

Como dito acima, a teoria de Rawls possui o mérito de fornecer parâmetros que vão além dos limites decorrentes de uma ética deontológica individual.

De Vita assim explica o que vem a ser uma tal ética:

O que entendo por 'ética deontológica' é um sistema de normas de conduta e de virtudes individuais que se exprime de forma paradigmática em construções do seguinte tipo: 'não roube', 'seja honesto', 'não descumpra suas promessas' e assim por diante (DE VITA2008, p. 22).

Em outras palavras, a ética estritamente deontológica é aquela que usualmente se reconhece no imaginário do senso comum das pessoas, constituindo-se em certos códigos para a razão prática individual. Identifica-se com o conjunto de critérios que as pessoas individualmente elegem para julgarem do que é certo fazer ou não fazer.

O fato de se escolher uma teoria capaz de avançar além das balizas da ética

21 É certo que não é imponível adotar apenas uma teoria de justiça ou de filosofia política para se ofertar a resposta para o problema de pesquisa posto, sendo de todo possível apresentar uma gama de teorias que, embora não plenamente aderentes, tenham um nível tal de afinidade e homogeneidade que poderiam ser analisadas em conjunto de modo a robustecer a resposta ao problema de pesquisa. A adoção de apenas uma teoria específica no presente trabalho deriva mais da necessidade do pesquisador de compreender o quadro geral da reforma trabalhista dentro de uma teoria ampla e que possa se constituir em um aporte científico capaz de pavimentar um caminho inicial para outras incursões sobre o tema, do que propriamente de uma exigência epistemológica insuplantável.

22 Sobre o significado de ética puramente deontológica, conferir De Vita (2008, pp. 22-29).

deontológica estritamente individual não significa desprezá-la ou não reconhecer nela qualquer valor, até porque saber o que é certo ou errado fazer e agir de acordo com este juízo é algo intrinsecamente humano e meritório. A razão de escolher uma teoria que avance para além da referida deontologia repousa na sua insuficiência para definir e arquitetar estruturas e instituições sociais capazes de propiciar às pessoas a possibilidade de viver em uma sociedade que propicie a cada um de seus integrantes agir dignamente de acordo com os planos de vida livremente estipulados por cada um.<sup>23</sup>

Em outras palavras, adota-se a teoria de Rawls por se compreender que ela apresenta uma proposta que, partindo do pressuposto de que as realizações deontológicas individuais dos planos de vida construídos por cada pessoa dependem das relações e interações entre os diversos membros da sociedade e também entre estes e a comunidade politicamente organizada, consegue articular o referido plano deontológico com os valores da liberdade e igualdade no plano político, ofertando, então, aquilo que falta à visão deontológica individual: um caminho para construir uma sociedade mais justa e que possibilite aos seus membros agirem da maneira que entenderem ser a correta.<sup>24</sup>

### 3.3.2 Articulando direitos humanos, liberdade e igualdade

Se, como visto no subitem anterior, a primeira justificativa para a adoção da teoria de Rawls residiu na sua capacidade de escapar do círculo redutor da ética deontológica individual para caminhar no sentido de expandir o senso de justiça para o campo político, de modo a construir uma sociedade que garanta aos indivíduos os instrumentos mínimos necessários para o agir autônomo, há que se perguntar o que move o referido salto ou transição. A resposta é a efetivação dos direitos humanos. Esta é a segunda razão pela qual se

---

23 Para exemplificar e deixar clara a incapacidade da ética deontológica individual em plasmar instituições sociais que instrumentalizem o alcance e a prática de seus próprios postulados por todos os integrantes da sociedade, tome-se a ordem “não roube”. Afirmar e demonstrar não ser correto roubar constitui um parâmetro moral para a conduta de um determinado indivíduo. Porém, este parâmetro, por si só, não é suficiente para criar instituições sociais capazes de ofertar condições mínimas para que um determinado indivíduo possa, livremente, escolher não roubar. Uma sociedade excludente e profundamente desigual, na qual um de seus membros não consegue sequer alcançar recursos mínimos para se nutrir e permanecer vivo, termina por não prover mínimas condições para que este indivíduo obedeça o postulado deontológico que proíbe o roubo. Digno de nota, então, o avanço da teoria de Rawls para a seara política da construção de uma sociedade justa para além, por exemplo, da concepção restrita de Nozick, que repousa sua ideia de justiça exclusivamente na noção de trocas livres entre os indivíduos e em uma certa correlação por ele exigida entre princípios de justiça para a sociedade e para as relações individuais, mesmo aquelas travadas no seio familiar (NOZICK, 2011, capítulos 7 e 8)

24 Interessante destacar, neste ponto, o resgate do conceito de autonomia criado por Kant na proposta de Rawls, quando este se propõe a construir uma teoria que seja capaz de arquitetar arranjos sociais e políticos que permitam ao indivíduo agir de maneira autônoma.

adotou a teoria da justiça como equidade como referencial neste trabalho: ela articula os valores da liberdade e igualdade de modo a criar instituições sociais capazes de promover a efetivação dos direitos humanos, como abaixo demonstrar-se-á.

Tudo começa com a noção basilar trazida por Nabais, segundo o qual:

Efetivamente, a constituição do indivíduo ou dos direitos fundamentais deve preceder às outras constituições, a saber: a constituição política ou da organização política e a constituição econômica ou da organização econômica (NABAIS, 2007, p. 2).

Em outras palavras, a precedência do homem sobre o Estado e suas leis indica a necessidade de a primeira compreensão filosófica assentar-se sobre o pressuposto da centralidade moral do ser humano para todas as construções sociais vindouras, o que impõe admitir que os direitos humanos justificam a existência do Estado. Quais, entretanto, seriam os fundamentos dos direitos humanos?

Resumidamente, entende-se, na linha do que propõe Brito Filho (2015, pp. 39-46), que o fundamento dos direitos humanos é a dignidade humana, entendida esta de acordo com a construção de Kant nos seguintes termos:

A razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmo, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade (KANT, 2007, p. 77).

Com base na construção acima, Sarlet esclarece que a dignidade humana é “(...) qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado” (SARLET, 2002, p. 41).

Tendo-se, pois, com base na teoria kantiana, a dignidade humana como fundamento filosófico moral dos direitos humanos, pode-se adotar como definição desta aquela produzida por Brito Filho: “Nessa perspectiva, os Direitos Humanos constituem o conjunto de direitos indispensáveis à preservação da dignidade do ser humano, em qualquer lugar do planeta.” (2015, p. 25).

A compreensão dos direitos humanos à luz de uma filosofia moral específica e com fundamento na dignidade humana, apesar de ser importante, não encerra a totalidade dos elementos necessários, tanto para sua formulação completa quanto para sua realização. Dado

que a promoção desses direitos nos dias atuais depende da forma pela qual as comunidades politicamente organizadas engendram suas instituições sociais e políticas, é necessário compreender e analisar os direitos humanos também sob a perspectiva da filosofia política (BRITO FILHO, 2015, p.25). Sem essa complementação, poder-se-ia alcançar, no máximo, um progresso moral concebido em âmbito estritamente individual decorrente de uma ética deontológica, sendo certo que a falta de uma tradução política para a referida ética poderia se configurar em relevante obstáculo para o seu efetivo alcance (DE VITA, 2008, pp. 22-29).

Nesses termos, a tradução do significado dos direitos humanos compreendidos sob uma ética deontológica para um significado político desses mesmos direitos – filosofia política – exige o manejo dos ideais políticos da liberdade e igualdade em uma teoria de justiça que permita aos indivíduos o alcance de uma vida digna, a livre construção de seus planos de vida e a possibilidade de acesso às condições materiais necessárias para o cumprimento deste plano (BRITO FILHO, 2015, p. 47).

A teoria de Rawls tem como objeto exatamente a aferição e compreensão dos critérios de justiça que devem permear a construção de uma estrutura básica de sociedade que permita aos cidadãos cumprirem seus planos de vida livremente escolhidos e alcancarem uma vida digna, fornecendo elementos necessários para complementar a noção filosófica moral de direitos humanos a ponto de estendê-la em direção à concretização política e à realização desses direitos. Em resumo, o segundo motivo que ensejou a adoção da justiça como equidade como referencial teórico reside no fato de ela ser capaz de ofertar propostas que, articulando os valores da liberdade e da igualdade, possibilitam não apenas enunciar ou reconhecer direitos humanos, mas efetivá-los.

### 3.4 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Justificada adoção da teoria da justiça como equidade, cabe agora apresentá-la em seus aspectos principais, quais sejam: a prevalência do justo sobre o bem por meio de uma formulação calcada em uma teoria contratualista que acolhe a noção de igualdade humana fundamental, os princípios de justiça, a responsabilidade do Estado, incluindo-se o Poder Judiciário, na distribuição dos bens primários da sociedade.

#### **3.4.1 A prevalência do justo sobre o bem e a formulação de uma teoria contratualista calcada na noção de igualdade humana fundamental**

Para entender o que significa dizer que a teoria de justiça de Rawls preconiza a prevalência do justo sobre o bem, é importante esclarecer anteriormente o principal adversário contra o qual o mencionado autor pretendeu opor sua formulação: o utilitarismo.

O tipo específico de utilitarismo a que Rawls se opôs foi aquele desenhado por Sidgwick, assim sintetizado por Rawls:

A ideia principal é que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem (RAWLS, 2008, p. 27)

Para Rawls, o postulado do alcance do maior saldo líquido de satisfação evidencia a definição antecedente da ideia ética de bem, em torno do qual se constrói a ideia do justo como sendo aquilo que eleva o bem ao máximo, consubstanciando-se, assim, uma teoria teleológica. Justo é o ato, justa é a distribuição adequada à ideia de bem previamente e independentemente estabelecida – teleológica (RAWLS, 2008, p. 29). Rawls arremata afirmando, então que, no utilitarismo, “A decisão correta é, essencialmente, uma questão de administração eficiente. [...] O utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas” (RAWLS, 2008, p. 33).

Rawls manifesta sua oposição ao utilitarismo justamente porque esta teoria, ao conceber a sociedade como um único corpo homogêneo – sem considerar as individualidades das partes que a compõem -, termina por propor e legitimar como justos as decisões e arranjos políticos e sociais enredados tão somente com base no cálculo de perdas e ganhos de várias pessoas como se fossem uma só, não reconhecendo aos indivíduos a possibilidade de estabelecimento de planos de vida sumamente distintos daqueles que o plano utilitário pretende maximizar.

Na avaliação de Rawls, o estabelecimento do bem à frente do justo, da forma ocorrida no utilitarismo, impõe, como consequência do não reconhecimento do valor moral dos indivíduos, o não respeito às liberdades fundamentais individuais, pois estas poderiam ser sacrificadas caso tal medida fosse capaz de maximizar uma determinada utilidade para uma quantidade maior de pessoas. Para Rawls, havia que se inverter a ordem, colocando o justo à frente do bem. Como, entretanto, considerando as naturais e evidentes diferenças de planos de vida que cada homem elege como bom em uma sociedade, seria possível construir a referida inversão sem apelar para o mecanismo majoritário de resolução das diferenças e divergências, tão marcadamente adotada nos esquemas utilitaristas?

A solução de Rawls passou pela consideração de que as referidas diferenças

individuais sobre o que seria uma vida boa para cada pessoa integrante de um sociedade não seria algo que deveria ensejar a busca de um mecanismo para a sua superação – como ocorre com o majoritarismo dentro da ótica utilitarista - sendo, ao reverso, a pedra filosofal para a construção de uma teoria da justiça. Em outras palavras, o fato do pluralismo não estava ali para ser superado, mas para ser o alicerce de uma teoria de justiça que o preservasse. A diferença em questão fazia parte da resposta e não do problema.

A partir do acima articulado, a inversão propositiva da precedência do justo sobre o bem foi iniciada por Rawls por meio da formulação de uma teoria capaz de preservar o direito de cada pessoa executar seu plano de vida sem o risco de vê-lo sacrificado em prol de um cálculo utilitarista. A solução passava por construir uma teoria capaz de traduzir o fato das diferenças de planos de vida entre os indivíduos no igual direito que todos têm de escolherem livremente como viverão suas vidas.

O desenho da referida solução passou pela adoção de uma teoria contratualista calcada na noção de igualdade humana fundamental, como bem assevera Gargarella:

[...] o contrato tem sentido fundamentalmente porque reflete nosso *status moral* igual, a ideia de que, de um ponto de vista moral, o destino de cada um tem a mesma importância – a ideia de que todos nos equivalemos. [...] Portanto, o contratualismo hobbesiano e o rawlsiano surgem comprometidos com uma ideia diferente de igualdade: a igualdade que interessa a Rawls não tem a ver com o igual poder físico (capaz de nos forçar a firmar um contrato mutuamente benéfico), mas com nosso igual *status moral*, que nos força, em todo caso, a desenvolver uma preocupação com a imparcialidade – pelo fato de se considerarem imparcialmente as preferências e interesses de cada um (GARGARELLA, 2008, p. 18).

Ou seja, a superação daquilo que Rawls considerava injusto na construção de uma sociedade calcada na teoria utilitarista passava pela edificação de uma teoria de natureza contratualista, calcada na noção de igualdade humana fundamental e que, tendo a igualdade moral de todos os seres humanos como ponto de partida, deveria articular uma proposta – como dito por Gargarella – de estruturação de princípios de justiça que considerassem as preferências e interesses de cada um de maneira imparcial.

### 3.4.2 Os princípios de justiça

Em sua construção teórica, Rawls esclarece que os indivíduos, considerados como seres imaginários e colocados na situação denominada de posição original e marcados pelo véu da ignorância<sup>25</sup>, estariam inclinados à obtenção daquilo que ele denomina “bens

<sup>25</sup> A construção das situações hipotéticas da posição original e do véu de ignorância serão abordadas a seguir na subseção 3.5.

primários”, qualificados como aqueles indispensáveis para satisfazer quaisquer planos de vida.

Tais bens são de duas espécies: a) bens primários do tipo social, referentes àqueles distribuídos diretamente por instituições sociais, a exemplo da riqueza, oportunidades e direitos; b) bens primários naturais, os quais não são distribuídos diretamente pelas instituições sociais, como por exemplo os talentos, saúde e inteligência, dentre outros. A segunda espécie de bens primários não é distribuída pelas instituições sociais, razão pela qual constitui-se em elemento já dado a partir do qual torna-se possível alinhar os princípios de justiça relativos à distribuição do primeiro tipo de bens primários.

Além da opção pelos bens primários, segundo Rawls, os seres ideais concebidos na posição original operariam suas escolhas de acordo com a regra *maximin*, segundo a qual, diante de um quadro de incerteza – situação dos indivíduos na posição original – as diferentes alternativas são hierarquizadas de acordo com os seus piores resultados possíveis, sendo elegível a opção cujo pior resultado for superior ao pior dos resultados das outras opções. Trata-se aqui da natural aversão humana ao risco em situações de incerteza, ensejando àquele que irá escolher a adoção da alternativa que possa ofertar o menor grau de risco de dano.

Feitos os esclarecimentos acerca do modo como opera a racionalidade dos seres ideais na posição original e sobre os instrumentos iniciais mínimos que eles buscariam para começar a caminhada de satisfação de seus planos de vida, torna-se possível adentrar aos princípios de justiça que, segundo Rawls, tais indivíduos escolheriam.

O primeiro princípio de justiça propugna que cada pessoa deve ter um direito igual ao esquema mais abrangente de liberdades básicas que for compatível com um esquema semelhante de liberdades para as demais pessoas. Esse primeiro princípio caminha no sentido de garantir que as instituições que integram a estrutura básica da sociedade não prejudiquem os indivíduos independentemente da concepção de bem que cada um tenha adotado.

O segundo princípio, também denominado de princípio da diferença, refere-se à questão da distribuição dos recursos da sociedade, vinculando-se à ideia de igualdade. Bem especificando o princípio em apreço, Gargarella assim se manifesta:

O princípio da diferença, tal como está exposto, implica a superação de uma ideia de justiça distributiva, habitual em sociedades modernas, segundo a qual o que cada um obtém é justo se os benefícios ou posições em questão também forem acessíveis aos demais. Dado que, nesse caso e, como vimos, entende-se que ninguém merece seus maiores talentos ou capacidades, o esquema de justiça não se considera satisfeito com uma mera igualdade de oportunidades. Afirma-se, em contrapartida, que as maiores vantagens dos mais beneficiados pela loteria natural só são justificáveis se elas fazem parte de um esquema que melhora as expectativas dos membros menos

favorecidos da sociedade (GARGARELLA, 2008, pp. 25-26).

Embora o primeiro princípio de justiça seja de suma importância para uma formulação básica de direitos humanos e possua em seu favor a prioridade lexical<sup>26</sup> alinhavada por Rawls em relação ao segundo princípio, é no bojo deste que a teoria Rawlsiana apresenta a forte marca distintiva em que se articulam as ideias de liberdade e de igualdade, fornecendo elementos para que se possa ressignificar o conceito de direitos humanos para além dos direitos ligados apenas à noção de liberdade, circunstâncias de tal maneira relevantes que impõem uma análise mais acurada deste princípio.

Como visto anteriormente, os bens primários sociais são distribuídos pela instituições sociais e, tendo em vista que, na esteira do que afirma Rawls, a primeira virtude das sociedades deve ser a justiça, é no bojo da distribuição daqueles bens que se deve conceber e estruturar os princípios de justiça, dado ser mesmo impossível atuar no campo da distribuição de bens primários naturais.

Rawls, percebendo que a aleatoriedade dos dotes naturais — dos quais seus possuidores não podem se dizer moralmente merecedores, pois nada fizeram para justificar seus quinhões neste ponto — não pode ser controlada ou ordenada de acordo com critérios de justiça capazes de configurar uma igualdade equitativa de oportunidades plena a todos os indivíduos, trabalha no outro espectro dos bens primários, os de cunho social, de modo a configurar um esquema de instituições sociais capazes de garantir aos integrantes da sociedade o seguinte: a) condições de igualdade equitativa possível de oportunidades a todos os indivíduos aos cargos e posições; b) condicionar a legitimidade das maiores vantagens obtidas pelos beneficiados pela loteria natural ao melhoramento das expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade. Eis um resumo do princípio de diferença.

É interessante notar que a proposta de Rawls parece apostar na garantia de recursos mínimos ou indispensáveis para a execução dos planos de vida dos indivíduos — independentemente do conceito de bem que cada um deles resolva adotar — de duas maneiras diferentes, porém aditivas.

Na primeira, além de garantir as liberdades básicas conexas ao primeiro princípio de justiça, Rawls adiciona a igualdade equitativa de oportunidades como um instrumento dedicado aos indivíduos para viabilização de seus planos de vida.

Na segunda, a par de se continuar garantindo as liberdades básicas e a igualdade equitativa de oportunidades, configura-se a melhoria de vida dos indivíduos menos

---

26 A questão da ordem serial ou lexical dos princípios de justiça será abordada na subseção 3.4.3

favorecidos como requisito de justiça para a existência de desigualdades econômicas e sociais.

Bem sintetizando o significado do princípio da diferença e reafirmando a segunda justificativa aduzida neste trabalho para a adoção da teoria de Rawls como referencial de justiça, Brito Filho assim se posiciona:

É o que venho, em linguagem mais coloquial, denominando de 'desigualdade controlada'. Ela teria, como teto, o que cada indivíduo licitamente amealhar, menos o que é destinado, especialmente pela tributação – e que pode ser progressiva – à redistribuição, e como piso os Direitos Humanos e, no plano interno dos Estados, os Direitos Fundamentais, que podem ser representados, na teoria de Rawls, pelos bens primários, mais abaixo referidos (BRITO FILHO, 2015, p. 59).

Ou seja, de acordo com o princípio da diferença, todos os seres humanos, pelos simples fato de serem humanos, são titulares dos bens primários, assim considerados os indispensáveis para a consecução dos planos de vida, sejam eles quais forem, o que denota que a distribuição dos aludidos bens não leva em conta o mérito moral de cada pessoa, mas o mero fato de serem humanos. Brito Filho equivale a distribuição desses bens indispensáveis como o mínimo necessário para a garantia de Direitos Humanos (BRITO FILHO, 2015, p. 66).

### **3.4.3 A ordem serial dos princípios de justiça**

Vistos e descritos os princípios de justiça, lança-se o problema da integração, articulação e relação entre os princípios de justiça, os quais poderiam ser compreendidos, estruturados e, por conseguinte, aplicados a partir do pressuposto de que ambos são dimensões de um só valor ou, de outro lado, de maneira serial, isto é, um princípio, em razão de seu maior peso, teria prioridade serial em relação ao seguinte.

Rawls, entendendo ser essencial à teoria o estabelecimento de pesos entre os princípios de justiça, adota, para tanto, o critério serial, de modo que um princípio somente entra em ação depois que o anterior a ele esteja totalmente satisfeito ou não se aplique (RAWLS, 2008, p. 52).

Nas palavras de Rawls, “ A ordenação em série evita, então, a necessidade de equilibrar princípios; os princípios anteriores na série têm um peso absoluto, por assim dizer, com relação aos posteriores, e valem sem exceção” (RAWLS, 2008, p. 52). Logo, na concepção teórica de justiça de Rawls, os princípios de justiça aplicáveis às instituições que compõem a estrutura básica de sociedade devem ser satisfeitos em ordem serial, restando

demarcada a possibilidade de avanço e densificação institucional do segundo princípio somente se não se estiver em face da necessidade prévia de satisfação do princípio serial anterior ou mesmo se este já tiver sido plenamente satisfeito. A concepção de Rawls coloca, pois, em ordem serial, os princípios de justiça.

Em “Uma Teoria da Justiça”, Rawls especifica a prioridade da liberdade em relação aos demais princípios de justiça. Em suas palavras, esta prioridade significa:

“[...] a primazia do princípio da liberdade igual em relação ao segundo princípio de justiça. Os dois princípios estão em ordem lexical, e portanto as exigências de liberdade devem ser atendidas primeiro. [...] a primazia da liberdade significa que a liberdade só pode ser limitada em nome da própria liberdade (RAWLS, 2008, pp. 302-303).

É este o significado da ordem serial dos princípios de justiça e da prioridade da liberdade em relação aos demais princípios. Resta saber os fundamentos desta prioridade.

Ao analisar os fundamentos da prioridade do princípio da liberdade, Rawls, retornando à condição primária da posição original que ampara a sua visão de contrato social, afirma o seguinte:

A posição original é especificada de forma a incorporar a devida reciprocidade e igualdade entre as pessoas assim concebidas; e, já que seus objetivos e interesses fundamentais estão protegidos pelas liberdades de que trata o primeiro princípio, elas conferem prioridade a tal princípio (RAWLS, 2008, p. 669).

Ou seja, o primeiro fundamento pelo qual o princípio da liberdade tem precedência sobre os demais remonta à condição inicial de formação do contrato social – conforme já descrito linhas acima – em que as partes exigem, *ab initio*, como uma espécie de requisito primitivo imprescindível, a igual consideração e respeito derivada da noção de igualdade humana fundamental.

Todos, na posição original, como seres racionais que são, entendem – e não haveria como ser de outra forma – que a realização dos planos de vida individuais de cada qual depende do respeito por parte da comunidade política a ser formado à liberdade igual dos contratantes. Dito de outra forma, a precedência da liberdade explica-se enquanto pressuposto lógico para a construção de uma vida boa: esta somente é factível e viável se o sujeito que a planeja tiver liberdade para construí-la.

A nota de precedência como pressuposto lógico acima afiançado pode bem ser percebida na seguinte passagem contida em “Uma Teoria da Justiça”:

Para garantir seus interesses desconhecidos, porém específicos, na situação original as partes são levadas, em virtude das exigências do comprometimento (§29), a dar precedência às liberdades fundamentais. [...] Assim, as pessoas na situação original são motivadas por uma determinada hierarquia de interesses. Precisam, em primeiro lugar, garantir seu interesse de mais alta ordem e seus objetivos fundamentais (dos quais só conhecem a forma geral), e esse fato se expressa na primazia que dão à liberdade; a aquisição de meios que lhes permitam promover seus outros desejos e objetivos tem um lugar subordinado (RAWLS, 2008, pp. 669-670).

A segunda razão que fundamenta a prioridade da liberdade liga-se à preocupação de Rawls no sentido de saber se os sujeitos ideais, já no bojo de uma sociedade bem-ordenada, tenderiam a solapar a precedência das liberdades fundamentais em nome do desejo individual de cada um em conseguir maior quinhão de riqueza, bem estar econômico e posição social.

Rawls, em resposta a essa preocupação, apregoa que as pessoas não se vocacionam tendencialmente à inveja e ao ciúme, agindo, em regra, para garantir aquilo que desejam de acordo com seus planos de vida independentemente do patamar econômico que os demais integrantes da sociedade tenham alcançado. Desse modo, conclui: “Assim, não há fortes propensões que os levem a restringir suas liberdades em nome de maior bem – estar econômico absoluto ou relativo” (RAWLS, 2008, p. 671).

De outra banda, a mesma parcimônia destes sujeitos ideais para aceitar um menor aquinhoamento dentro de uma sociedade não se vê em relação às ditas liberdades fundamentais, consideradas as bases do autorrespeito. Nesta seara, um menor grau de posse de liberdades fundamentais é tido pelos sujeitos como uma injustiça tal que os coloca como pessoas não detentoras do necessário auto-respeito dentro de uma determinada sociedade. Na esteira desta colocações, Rawls pontua:

Assim, embora não seja provável que as diferenças sociais e econômicas entre os diferentes setores da sociedade, os grupos não-comparativos, como podemos denominá-los, gerem animosidade, não é fácil aceitar as privações geradas pela desigualdade política e cívica e pela discriminação cultural e étnica. Quando é a posição da igual cidadania que atende à necessidade de *status*, a precedência das liberdades iguais se torna ainda mais necessária. Uma vez escolhida uma concepção de justiça que procura eliminar a importância das vantagens sociais e econômicas relativas como forma de apoio à autoconfiança de cada qual, é essencial que a prioridade da liberdade seja mantida com firmeza (RAWLS, 2008, p. 672)

Sinteticamente, estas são as razões pelas quais, nas palavras de Rawls, o princípio da liberdade tem precedência em relação aos demais. Ao final, o autor alinhava, então, os princípios de justiça em ordem serial, com as respectivas regras de prioridade, da maneira abaixo:

Primeiro princípio. Toda pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais abrangente de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos.

Regra de prioridade. Os princípios de justiça devem ser classificados em ordem lexical e, portanto, a liberdade só pode ser restringida em nome da liberdade. Existem dois casos: (a) uma liberdade menos extensa deve reforçar o sistema total de liberdades partilhado por todos, e (b) uma liberdade menor deve ser considerada aceitável por aqueles cidadãos com a liberdade menor.

Segundo princípio. As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto: (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Segunda regra de prioridade (a prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar). O segundo princípio de justiça precede lexicalmente o princípio da eficiência e o princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio da diferença. Há dois casos: (a) a desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm menos oportunidades; (b) uma taxa elevada de poupança deve, pesando-se tudo, mitigar o ônus daqueles que carregam esse fardo (RAWLS, 2008, p. 376)

Em linha de arremate, pois, e considerando os objetivos do presente trabalho, tem-se que, dentro da teoria de justiça como equidade de Rawls, uma sociedade é justa quando as instituições que compõem a sua estrutura básica são constituídas e informadas pelos princípios de justiça ao norte descritos, com a devida satisfação e implementação destes na ordem serial acima disposta.

### 3.5 OS EXPEDIENTES PARA A IMPARCIALIDADE NA CONSTRUÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA

Especificados os princípios de justiça, cabe advertir que Rawls não se lançou à busca deles para guiar a razão prática do deontologista individual, isto é, para resolver casos particulares ou problemas cotidianos de justiça. A pretensão de Rawls era encontrar princípios de justiça que tinham como alvo aquilo que ele denominou como estrutura básica da sociedade.<sup>27</sup> Então, o recurso de Rawls às noções explicadas na subseção anterior tinham como escopo encontrar, de forma imparcial, princípios de justiça incidentes sobre a estrutura básica da sociedade.

Como adiantado acima, a condição de igualdade humana fundamental acolhida por Rawls exige que a estruturação dos princípios de justiça que informarão a estrutura básica da sociedade considerem as preferências e interesses de cada um de maneira imparcial. É exatamente no intuito de garantir esta imparcialidade que Rawls fez uso de um recurso argumentativo que coloca todos os seres humanos na situação hipotética de uma posição

<sup>27</sup> Conferir a estrutura básica da sociedade como objeto da justiça em Rawls (2008, pp. 13-21)

original, a partir da qual definirão os princípios de justiça que irão reger a estrutura básica da sociedade.

A referida situação hipotética da posição original foi criada por Rawls, então, para evitar que a escolha dos princípios de justiça ocorresse a partir de situações sociais já consolidadas e que poderiam terminar por influenciar ou até mesmo subordinar as referidas escolhas aos interesses particulares de cada qual em manter, reforçar ou reformar as instituições que permitiram e garantiram a conformação das posições sociais já existentes.

Como se vê, Rawls pretendia garantir que as escolhas dos princípios de justiça ocorressem de forma verdadeiramente livre e autônoma, para o que haveria a necessidade de eliminar tudo aquilo que eventualmente viesse a contribuir para que as escolhas dos indivíduos ocorressem com base em motivos calcados na necessidade e não na razão. Isso explica o motivo pelo qual Rawls imaginou estes indivíduos na posição original cobertos por um véu da ignorância.

O mencionado véu da ignorância, na construção Rawlsiana, impede que os indivíduos conheçam as suas classes ou *status* sociais e suas (in)capacidades ou dotes naturais, desconhecendo também suas concepções de bem. Em uma tal situação, os agentes desconhecem, pois, qualquer informação capaz de orientar suas escolhas e decisões com base no único propósito de se favorecerem.<sup>28</sup>

Dessa forma, os indivíduos, condicionados pelo véu da ignorância na aludida posição original, direcionam-se rumo a um acordo capaz de avaliar imparcialmente os pontos de vista de todos os participantes e de escolher de forma racional e autônoma os princípios de justiça.

Estabelecidos os princípios de justiça que devem informar a estrutura básica da sociedade, surge, para Rawls, a necessidade de demonstrar que uma sociedade organizada sobre tais pilares seria longeva e estável, sendo certo que o ponto inicial e crucial para tanto assenta-se no grau de reforço que os indivíduos poderiam dar a esse modelo social, esforço este dependente do compartilhamento da concepção de justiça em estudo.

Nas palavras de Dias,

A questão, dito de outro modo, é demonstrar que reconhecendo a justiça nas instituições e sendo públicos os princípios a ela relativos, os membros da sociedade se coordenarão tomando por base a justiça política manifestada nos arranjos institucionais (DIAS, 2019, p. 42)

Em sua obra basilar “Uma Teoria da Justiça”, Rawls utiliza-se da aprendizagem moral

---

<sup>28</sup> Digno de registro o caráter Kantiano do recurso argumentativo ao véu da ignorância, na medida em que proporciona aos presentes na posição original agir com base na razão, conformando a boa vontade em imperativos categóricos em precedência aos imperativos hipotéticos (KANT, 2007, pp. 50-59)

estratificada em três fases – moralidade da autoridade, moralidade de grupo (associação) e moralidade de princípios – para apontar como a concepção de justiça construída pode e deve ser apreendida.

O apelo ao modelo de aprendizagem tem como escopo resolver o problema da adesão da sociedade à construção teórica do autor, o que terminaria por ocorrer em razão da demonstração de que seria racional que as pessoas aderissem ao conceito de justiça política formulado. Desse modo, como elucida Dias, “Na medida em que as pessoas incorporam o senso de justiça às suas concepções de bem, passa a existir um forte apoio à estrutura básica da sociedade, de modo que essa se torna estável.” (2019, p. 48)

Rawls, entretanto, já na obra “O Liberalismo Político”, reformula os conceitos ligados à questão da estabilidade em torno de dois eixos: a) saber se as pessoas que crescem em meio a instituições justas adquirem um senso de justiça suficiente de modo a geralmente agirem de acordo com essas instituições; b) saber se em vista dos fatos gerais que caracterizam a cultura política e pública de uma democracia, marcada pelo fato do pluralismo razoável, a concepção política pode ser o foco de um consenso sobreposto (RAWLS, 2000, p. 186).

A reformulação lançada por Rawls parte da ideia de que era necessária uma construção teórica que fosse além da aprendizagem moral para demonstrar a estabilidade do modelo de justiça política proposto. O autor citado, pretende aferir a possibilidade de haver um consenso sobreposto diante do fato do pluralismo em sociedades democráticas.

O início da resposta de Rawls caminha por uma qualificação do mencionado pluralismo. Para o pensador, em que pese se reconhecer a existência de múltiplas e diferentes concepções individuais de bem, não são aceitáveis aquelas que se mostrem irracionais e não razoáveis, tidas como tais aquelas incompatíveis com os postulados fundamentais de liberdade e igual consideração (DIAS, 2019, p. 50).

A operação mencionada alhures surge à mente como se fosse uma espécie de primeiro filtro, que elimina aquilo que em hipótese alguma pode ser considerado para os fins de construção, compartilhamento e vivência de um modelo de justiça política. Com efeito, como bem assevera Dias, ainda remanesce o desafio de saber “como é possível articular essas diversas visões de bem, de modo que sejam capazes de constituir os parâmetros para a construção das estruturas básicas da sociedade.” (DIAS, 2019, p. 51)

A solução dada por Rawls a este respeito caminha no sentido de ofertar uma espécie de conversor publicamente compartilhado e aceitável das razões e visões individuais e atomizadas de bem, de modo que se possa estabelecer um procedimento deliberativo reflexivo capaz de manter a prevalência do justo sobre o bem. Segundo Dias, Rawls cria um cenário

deliberativo que termina por obrigar os cidadãos a traduzirem as suas visões de mundo nos termos de razões públicas, constituindo tais razões um verdadeiro padrão de argumentação política (DIAS, 2019, pp. 51-52). A imprescindibilidade de tradução das razões individuais e privadas em razões públicas é explicada por Rawls, em “O Liberalismo Político”, da seguinte forma:

A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o status de cidadania igual. O objeto dessa razão é o bem do público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir. Portanto, a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base (RAWLS, 2000, p. 262).

O desenvolvimento do conceito de razão pública por Rawls permite, então, que a linguagem até então individual e privada das visões de mundo de cada integrante da sociedade seja traduzida e, por conseguinte, torne-se apta ao mundo da deliberação pública. É justamente esta exigência de tradução dos argumentos individuais para razões públicas a semente daquilo que Rawls denomina de consenso sobreposto e é justamente no bojo do desenvolvimento deste consenso que se assenta a estabilidade do modelo teórico Rawlsiano.

O processo de solidificação estabilitária do conceito de justiça política de Rawls é bem explicado e resumido por Dias da seguinte forma:

Logo, no consenso sobreposto à formulação de argumentos políticos de justiça vão possibilitando a construção de uma cultura pública compartilhada que amplia e aprofunda acordos necessários ao ajustamento das estruturas básicas da sociedade em um movimento contínuo (DIAS, 2019, p. 55).

Com isso, Rawls demonstra que, para além da modelo de aprendizagem moral, explorado em “Uma Teoria da Justiça”, a exigência de tradução das razões individuais e privadas para razões públicas em “O Liberalismo Político”, alimenta e solidifica o consenso sobreposto mínimo capaz de conferir estabilidade ao modelo teórico construído, robustecendo com perenidade a sociedade edificada sob as bases deste específico conceito de justiça política.

### 3.6 O QUE É UMA INSTITUIÇÃO JUSTA?

Feita a breve descrição da Teoria de Justiça de Rawls e dos seus princípios de justiça

serialmente classificados e compreendido que estes tem por objeto a estrutura básica da sociedade e a organização das suas principais instituições em um esquema de cooperação social, cabe, então, especificar o que, de acordo com o referencial teórico em apreço, é uma instituição justa.

A caminhada em questão inicia-se com aquilo que Rawls considera como sendo uma instituição:

Por instituição, entendo um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc. Essas normas especificam que certas formas de ação são permissíveis e outras, proibidas; e estipulam certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem transgressões (RAWLS, 2008, p. 66)

Segundo o autor, outra nota característica de uma instituição é a sua capacidade de gerar expectativas mútuas legítimas entre os indivíduos na medida em que, em razão da divulgação das normas da instituição, os seus participantes podem saber quais limitações de conduta podem esperar uns dos outros e o que podem legitimamente fazer ou deixar de fazer (RAWLS, 2008, p. 67).

A descrição das instituições na teoria Rawlsiana, considerando as colocações alinhavadas nos itens anteriores, permite afirmar que uma instituição, ou seja, um sistema público de normas com as finalidades e características afiançadas acima, é justa se a mesma tiver sido originada dos princípios de justiça, puder ser justificada a partir dos mesmos e, em razão da publicidade deste sistema compartilhado em ambiente público, propiciar aos integrantes da comunidade política uma cooperação social segura calcada em expectativas legítimas.

Entretanto, para além da avaliação da justiça na constituição das instituições, os mencionados princípios também podem balizar a avaliação da justiça dos atos e procedimentos praticados pelas pessoas que colocam os conteúdos institucionais em movimento no mundo prático. O que se quer dizer é que uma instituição nascida a partir dos princípios de justiça somente pode conservar tal qualidade se e enquanto estiver traduzindo tais princípios no mundo prático, o que permite ao intérprete da teoria de Rawls, de certa forma, expandir a aplicabilidade e influência dos princípios de justiça para o agir prático ligado ao conteúdo dos atos emanados das instituições. Em suma, os princípios de justiça não apenas qualificam o nascimento das instituições como justas, mas, igualmente vinculam as finalidades destas instituições e, por conseguinte, ofertam um parâmetro político para o julgamento do agir institucional.

A afirmação acima tem aceitabilidade a partir das palavras do próprio Rawls acerca do objeto da justiça em sua teoria, conforme se explicita a seguir:

Nosso tema, porém, é o da justiça social. Para nós, o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social (RAWLS, 2008, p. 8)

As palavras do autor revelam preocupação não apenas com a justiça na criação e existência em si das instituições, mas, da mesma forma, com o modo pelo qual estas distribuem os direitos e deveres fundamentais, bem como as vantagens decorrentes da cooperação social.

Não poderia mesmo ser diferente, pois, à medida em que uma instituição, criada ou concebida a partir dos princípios de justiça, eventualmente comece a produzir atos frontalmente opostos às razões de justiça pelos quais e para os quais foram desenhadas, sem que se avalie constantemente o conteúdo dos atos delas emanados, estar-se-ia permitindo uma tal espécie de degradação institucional que, no extremo, poderia propiciar até mesmo uma espécie de ruptura com o contrato social que originou as referidas instituições.

Vê-se, então, que os princípios de justiça, até mesmo em nome da consistência e longevidade da teoria em que foram concebidos, podem e devem ser tomados como referências políticas para a aferição da justiça ou injustiça do conteúdo dos atos e procedimentos praticados pelas instituições que integram a estrutura básica da sociedade. Tudo posto, tem-se que uma instituição justa é aquela que nasce a partir dos princípios de justiça e, no decorrer da sua existência prática, propicia atos e procedimentos que reforçam seu caráter institucional justo. Quais seriam, contudo, as instituições que Rawls entende como constitutivas da estrutura básica da sociedade?

Nas palavras do pensador, a primeira instituição que compõe a estrutura básica da sociedade é uma constituição justa que assegura as liberdades da cidadania igual, liberdade de consciência e de pensamento e que garante o valor equitativo da liberdade política (RAWLS, 2008, p. 342).

Corolário de uma constituição justa, a especificação das instituições concebe um imediato processo político, desenvolvido em um procedimento justo para a escolha do tipo de governo e para a produção de uma legislação justa.

Para além destas instituições básicas e iniciais, o Estado moldaria outras instituições destinadas a: assegurar oportunidades iguais de educação e cultura, viabilizar a devida

igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha da ocupação e, por fim, garantir um mínimo social para os mais desafortunados integrantes desta sociedade (RAWLS, 2008, pp. 342-343).

À luz, portanto, de tudo o que acima foi visto, nota-se que a constituição de uma comunidade política e o seu correspondente sistema jurídico são instituições primeiras que compõem a estrutura básica da sociedade e, para que sejam qualificadas como justas, devem atender aos princípios de justiça por ocasião das suas concepções e também durante a manifestação dos seus atos e procedimentos no mundo prático, bem como devem, por meio do compartilhamento público de suas regras, proporcionar uma cooperação social fundada em expectativas legítimas.

Compreendidos, pois, os princípios de justiça, o conceito de instituição justa e entendidos a constituição e o sistema jurídico como instituições integrantes da estrutura básica da sociedade, tem-se, a partir de então, um parâmetro político para julgar estas duas últimas instituições como justas ou injustas em uma determinada comunidade política. É esta empreitada que será deflagrada a partir da próxima seção.

### 3.7 SISTEMA JURÍDICO JUSTO

Compreendido que a Teoria da Justiça oferta princípios para julgamento acerca da justiça das instituições que integram a estrutura básica da sociedade e dos atos e procedimentos por ela praticados e verificado que o sistema jurídico é uma destas instituições políticas, torna-se possível analisar em que, à luz do referencial teórico em questão, consiste um sistema jurídico justo.

Alerta-se, antes disso, que, como pontuado por Rohling, muito embora Rawls não tivesse o objetivo de desenvolver uma teoria sobre o Direito, aquele entendeu-o como mecanismo de proteção de liberdades individuais, dentro de um Estado de Direito marcado pela vinculatividade ao império do Direito - *Rule of Law* - conferindo instrumentos para avaliação acerca do que pode ser considerado um sistema jurídico justo (ROHLING, 2015, p. 598).

Caminhando em busca da delimitação de um sistema jurídico justo, faz-se necessário anteriormente definir, à luz da teoria de justiça em estudo, o que é um sistema jurídico, para, em seguida, cotejá-lo com os parâmetros que definem uma instituição justa.

Um sistema jurídico, nas palavras de Rohling, com base em Rawls,

[...] é uma ordem coercitiva de normas públicas com a finalidade de regular a conduta de pessoas racionais, ao mesmo tempo em que fomenta a estrutura da cooperação social, de modo a assegurar aos indivíduos, pela via da coerção, a proteção das liberdades fundamentais, fortalecendo o compromisso, mediante a estrutura da cooperação social, com a obediência ao direito (ROHLING, 2015, p. 599).

Deduzido um conceito de sistema jurídico, a justiça desta instituição passa pelo atendimento dos parâmetros que tornam uma instituição justa à luz da teoria em estudo.

Resgatando o conceito Rawlsiano de instituições como sendo um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres e que especifica formas de ação permitidas e proibidas, com as respectivas penalidades, a justiça das referidas normas depende da satisfação da concepção lastreada nos princípios de justiça formulados. Por conseguinte, sendo o sistema jurídico uma instituição que compõe a estrutura básica da sociedade, será aquele justo se, atendendo os princípios de justiça, reforçar os laços de compromisso da comunidade, proporcionando a proteção das liberdades fundamentais e a cooperação social lastreada em expectativas legítimas.

A capacidade de possibilitar uma cooperação social com base em expectativas legítimas compõe, então, uma primeira característica de um sistema jurídico justo, sendo certo que a vinculação desta capacidade ao grau de justiça de um sistema jurídico revela o princípio da liberdade como valor justificante e, ao mesmo tempo, condicionante de tal sistema. Em outras palavras, a capacidade de propiciar uma cooperação social lastreada em expectativas legítimas é o primeiro requisito para atestar a justiça de um sistema jurídico, que justo permanecerá se as suas leis, além de obtidas a partir da liberdade igual que marca o primeiro princípio de justiça, forem também capazes de reforçar tal princípio.

Desse modo, no escopo da identificação de um sistema jurídico justo à luz da teoria Rawlsiana, pode-se apontar, como primeira conclusão, que o sistema jurídico justo é uma instituição que, integrando a estrutura básica da sociedade, nasce a partir do primeiro princípio de justiça, permite a edição de normas publicamente compartilhadas e propicia uma cooperação social estruturada em expectativas legítimas, sendo tais normas tomadas como um espaço de liberdade - o indivíduo é livre para fazer o que a lei permite ou não proíbe - por meio do qual reforça-se cotidianamente o primeiro princípio de justiça.

Com efeito, a característica acima é apenas a primeira que marca a justiça de um sistema jurídico. O estudo da diferenciação que Rawls faz entre justiça formal e justiça distributiva específica e refina outros elementos que marcam um sistema jurídico como justo, como a seguir será alinhavado.

### 3.8 JUSTIÇA FORMAL, JUSTIÇA SUBSTANTIVA E A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Rawls assim descreve o que é a justiça formal:

A essa administração imparcial e coerente das leis e das instituições, sejam quais forem seus princípios fundamentais, podemos chamar de justiça formal. [...] Justiça formal é a adesão ao princípio ou, como dizem alguns, obediência ao sistema (RAWLS, 2008, pp. 70-71).

Dutra, comentando o tópico, esclarece que:

Na formulação de Rawls, quando uma certa concepção de justiça assume o papel da justiça, definindo direitos e deveres fundamentais, determinando a distribuição de recursos e oportunidades e é aplicada imparcial e consistentemente, tem-se, então, a justiça formal. A justiça formal, assim, independe de princípios substantivos. Ela é aplicada igualmente, mesmo que seus princípios substantivos possam ser injustos, como em um sistema discriminatório. Essa igualdade está implicada na própria noção de direito. Cabe observar que mesmo essa justiça exclui formas significantes de injustiça, pois, através da imparcialidade exigida, ela assegura a segurança. Mesmo com leis injustas é melhor que elas sejam consistentemente aplicadas, pois é melhor do que a arbitrariedade (DUTRA, 2005, p. 135)

Prosseguindo nas descrições da justiça formal, Rawls chega a qualificá-la como justiça como regularidade, tentando com isso transmitir a ideia de uma administração imparcial de justiça, mediante estrita observação das regras.

Como se vê, no escopo da descrição da justiça formal, tem-se a compreensão de juízes e autoridades vinculados estritamente à regras, administrando-as de forma imparcial e consistente, independentemente do conteúdo daquelas ou mesmo dos princípios fundamentais que as informam.

Faz parte, pois, da concepção do exercício formal da justiça, a estreita vinculação dos juízes e autoridades às regras e leis editadas e a aplicação destas de forma imparcial e igual para casos iguais, configurando, assim, o denominado império do direito ou *Rule of Law*. Em outras palavras, é a justiça formal a adesão e obediência ao sistema jurídico-político.

De outra banda,

A justiça substantiva, conforme o autor entende, depende dos princípios de acordo com os quais a estrutura básica de uma sociedade é montada. Assim, a justiça substantiva depende dos princípios de justiça, definidos, no caso de Rawls, na posição original (ROHLING, 2015, p. 605).

Juntando, pois, os conceitos, tem-se que a justiça substantiva, por assim dizer,

consubstancia-se na existência propriamente dita de instituições estruturadas a partir dos princípios de justiça - sentido institucional estático -, enquanto a justiça formal marca a aderência e obediência aos princípios de justiça e também ao sistema originado a partir destes princípios - sentido institucional dinâmico. Dito isso, torna-se importante aferir como Rawls avalia a relação entre a justiça formal e a justiça substancial, em especial no que se refere aos limites interpretativos dos juízes no exercício da justiça formal.

A relação entre justiça formal e substantiva é assim descrita por Rawls:

Há aqueles que sustentaram que a justiça formal e a substantiva de fato costumam caminhar juntas e que, por conseguinte, pelo menos as instituições flagrantemente injustas não são nunca, ou pelo menos quase nunca, administradas de maneira imparcial e coerente. [...] Assim, afirma-se que onde encontramos a justiça formal, o Estado de Direito e o respeito às expectativas legítimas, é provável que também encontremos a justiça substantiva (RAWLS, 2008, p. 72).

As palavras de Rawls permitem concluir que o autor estabelece uma espécie de presunção no sentido de que, em regra, onde existir justiça formal, Estado de Direito e respeito às expectativas legítimas, existirá também conformidade com a justiça substancial. Ou seja, onde houver Estado de Direito, respeito e atendimento às expectativas legítimas e tratamento igual às partes que veiculam casos semelhantes, haverá justiça formal e substancial.

A presunção construída por Rawls nos termos mencionados é, de certa forma, interessante na medida em que, em linhas anteriores, o mesmo autor deixa clara a possibilidade de coexistência de uma comunidade dotada de um Estado de Direito, enraizado nos postulados do *Rule of Law* e do tratamento igualitário dispensado às causas semelhantes, com leis e instituições substantivamente injustas:

É óbvio, acrescenta Sidgwick, que as leis e as instituições podem ser cumpridas com igualdade e, ainda assim, ser injustas. Tratar casos semelhantes de maneira semelhante não é garantia suficiente de justiça substantiva. Isso depende dos princípios segundo os quais é moldada a estrutura básica. Não há contradição em supor que uma sociedade escravocrata ou de castas, ou uma sociedade que sancione as formas mais arbitrárias de discriminação, seja administrada de maneira uniforme e coerente, embora isso seja talvez improvável (RAWLS, 2008, p. 71).

A primeira impressão, quando os fragmentos acima são lidos e comparados, caminha no sentido de existir uma verdadeira e importante inconsistência na teoria de Rawls.

Com efeito, uma leitura mais atenta de todo o §10 da obra “Uma Teoria da Justiça”, além de desfazer a referida impressão, revelará, ao menos em linhas iniciais, aquele que Rawls reputa ser o principal e primordial papel do Poder Judiciário – considerado como ator

inserido na instituição social denominada sistema jurídico - apontando, como corolário e ao menos inicialmente, os primeiros limites nodais da atividade interpretativa judicial.

Como visto acima, apesar de Rawls esclarecer que é possível a coexistência da justiça formal com leis e instituições substantivamente injustas, o mencionado autor afirmou também que “[...] onde encontramos a justiça formal, o Estado de Direito e o respeito às expectativas legítimas, é provável que também encontremos a justiça substantiva” (RAWLS, 2008, p. 72). A utilização do termo “provável” enuncia que a presunção de espelhamento entre as justiças formal e substantiva advogada por Rawls tem assento em algum pressuposto não absoluto que sustenta a afirmação. Há, por assim dizer, algo, um ponto de partida, um pressuposto que confere ao pensador citado o necessário conforto para enunciar a importante presunção acima.

Um primeiro pressuposto a ser explorado é indicado por Rawls na mesma página em que a citação acima foi colhida. Afirmou Rawls:

O desejo de obedecer às leis de maneira imparcial e constante, de tratar casos semelhantes de maneira semelhante e de aceitar as consequências da aplicação de normas públicas tem uma ligação íntima com o desejo, ou pelo menos com a disposição, de reconhecer os direitos e liberdades de outros e de repartir com equidade os benefícios e os encargos da cooperação social. Um desejo costuma associar-se a outro (RAWLS, 2008, p. 72)

O apelo à simetria de costumes, no sentido de que onde se vê o costume de aceitar substituir a própria vontade – vontade do julgador, por exemplo - pela vontade coletiva inserida na lei, também provavelmente se vê o costume pelo cultivo e respeito aos princípios substantivos de justiça, em que pese possa parecer mera opinião situado no campo dos pré – conceitos, em realidade antecipa, na obra seminal “Uma Teoria da Justiça”, a articulação entre os princípios de justiça escolhidos e concebidos pelos membros da comunidade na posição original e sob o véu da ignorância.

Como já estudado acima, na posição original e sob o véu da ignorância, as partes estabelecem um contrato social por meio do qual escolhem os dois princípios de justiça que regerão as instituições sociais componentes da estrutura básica da sociedade. Nessa situação, nos termos já explorados, os participantes decidem pelos seguintes princípios de justiça:

Primeiro princípio. Toda pessoa deve ter um direito igual ao sistema total mais abrangente de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos.

Segundo princípio. As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto: (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de

igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS, 2008, p. 376)

Na posição original e sob o véu da ignorância, então, os integrantes da sociedade decidem criar as instituições componentes da estrutura básica daquela com esteio nos referidos princípios de justiça.

Estas instituições, então, devem ser estruturadas de modo a contemplarem e garantirem, primeiramente – aqui vale lembrar a questão da ordem serial dos princípios - um direito igual ao sistema total mais abrangente de iguais liberdades fundamentais que sejam compatíveis com um sistema similar de liberdade para todos. Na esteira do que asseverado por Rawls, a criação destas instituições, a partir da posição original, ocorre em estágios, conforme a seguir:

Assim, presumo que, depois que as partes adotam os princípios da justiça na posição original, as partes formam uma convenção constituinte. [...] Sujeitas às restrições dos princípios de justiça já escolhidos, devem elaborar um sistema para os poderes constitucionais do governo e para os direitos fundamentais dos cidadãos. É nesse estágio que avaliam a justiça dos procedimentos para lidar com visões políticas distintas. Já que se chegou a um consenso no tocante à concepção de justiça apropriada, retira-se parcialmente o véu da ignorância. [...] Mas, além de possuírem entendimento dos princípios da teoria social, agora conhecem os fatos genéricos pertinentes acerca da sociedade, isto é, suas circunstâncias e recursos naturais, seu nível de desenvolvimento econômico e sua cultura política, e assim por diante. Já não se limitam às informações implícitas nas circunstâncias da justiça: dados seus conhecimentos teóricos e os fatos gerais pertinentes sobre sua sociedade, devem escolher a constituição justa mais eficaz, a constituição que atenda aos princípios de justiça e seja mais bem projetada para produzir uma legislação eficaz e justa (RAWLS, 2008, p. 241).

O itinerário narrado alhures por Rawls revela que, no primeiro estágio, na posição original e totalmente coberto pelo véu da ignorância, os contratantes elegem os princípios de justiça da forma mais pura possível, isto é, sem os influxos e influências decorrentes de posições sociais, econômicas, políticas ou até mesmo de dotes naturais.

Conforme a caminhada prossegue, o véu da ignorância vai sendo paulatinamente retirado e as partes já começam a se afastar, ainda que não muito, da posição original, quando decidem estabelecer uma convenção constituinte, dentro da qual definem formas políticas justas, um sistema para poderes constitucionais de governo e para direitos fundamentais dos cidadãos, bem como procedimentos de resolução de divergências políticas.

As partes convenientes, já por meio de seus representantes, continuam descendo na escala normativa e institucional, criando instituições derivadas da convenção constituinte e, por consequência, dos princípios de justiça, até alcançar a legislação ordinária.

O efeito imediato do referido itinerário no pensamento Rawlsiano é a presunção de que

as instituições integrantes da estrutura básica – dentre elas o sistema jurídico -, justamente por terem sido criadas com base e a partir dos princípios de justiça, são intrinsecamente justas.

Note-se que não haveria mesmo como supor presunção oposta, dada a impossibilidade lógica de se cogitar como ordinário a injustiça de instituições nascidas a partir de princípios justos. Daí porque, ao lado da presunção de costumes apontada por Rawls, foi dito que sua a sua teoria de densificação institucional dos princípios de justiça nos estágios acima deduzidos corroboram a afirmação de que, em regra, há uma maior probabilidade de a justiça formal corresponder à justiça substancial.

Outro dado interessante que deflui do itinerário Rawlsiano ao norte descrito refere-se à natureza probabilística da congruência entre justiça forma e substancial. Como visto, o aludido itinerário deixa bem especificado que, conforme as instituições vão sendo criadas a partir do contrato social e da convenção constitucional, os contratantes, pouco a pouco, vão se livrando do véu da ignorância, permitindo uma paulatina e crescente influência de interesses econômicos, sociais e políticos específicos na criação das novas instituições. É como se houvesse um grau de pureza do procedimento de justiça, que começaria em um patamar absoluto na posição original até os momentos anteriores à formatação da convenção constitucional, reduzindo-se paulatinamente, a partir daí, o aludido grau de pureza na criação justa das instituições conforme o véu da ignorância vai sendo retirado.

Dessa forma, explica-se a maior possibilidade de as instituições que vão sendo criadas se distanciarem dos princípios de justiça e, assim, poderem ser consideradas injustas. Dito tudo isso, entende-se perfeitamente o motivo de Rawls ter afirmado que, em regra, há sempre uma maior probabilidade de a justiça formal, isto é, a aderência e obediência às regras e normas das instituições, corresponder à justiça substantiva.<sup>29</sup>

A presunção, doravante explicada e justificada nos termos acima, de congruência entre justiça formal e substantiva, tendo a lei democraticamente produzida como ator central de tal convergência, desdobra um importante efeito para o posicionamento do Direito e do Poder Judiciário como instituições integrantes da estrutura básica da sociedade.

Se, como visto, há uma considerável e consistente probabilidade de a justiça formal equivaler à justiça substancial, tem-se que, em regra, as instituições jurídicas são presumivelmente justas e apenas excepcionalmente injustas e isto, decerto, gera efeitos sob a

---

29 Neste ponto, sabendo-se da declarada influência Kantiana na obra de Rawls, o procedimento de criação das instituições com base nos princípios de justiça não deixa de exemplificar, desta feita em âmbito de moralidade política, os conceitos de imperativo categórico e imperativo hipotético. Os princípios de justiça teriam natureza de imperativos categóricos, ao passo que as instituições que vão sendo derivadas deles, apesar de manterem a ligação com tais imperativos, acabam sendo cada vez mais atingidas por imperativos hipotéticos.

atividade hermenêutica judicial, como abaixo será demonstrado.

A concepção acima, tributária do Estado de Direito e do *Rule of Law*, concebidos na esteira do objetivo de proteger liberdade fundamentais, termina por justificar uma presunção de equivalência entre legalidade e justiça. Destarte, uma teoria de justiça concebida nos termos acima, que estabelece como principal finalidade das instituições jurídicas a aplicação igual da lei aos casos semelhantes com vistas à proteção das liberdades fundamentais e reforço do primeiro princípio de justiça, termina por cancelar, em decorrência da presunção de equivalência entre a justiça formal e a justiça substantiva, uma considerável limitação na liberdade interpretativa conferida ao Poder Judiciário.

Se, como dito, a presunção é a de quase perfeição e justiça das instituições jurídicas, ao juiz cabe ater-se aos termos literais vinculativos da lei, sob pena de, em caso oposto, estar agindo de forma injusta por violação especialmente do primeiro princípio de justiça.

A assertiva alhures deduzida aparece no raciocínio de Rawls nos seguintes termos:

Não obstante, a justiça formal, ou a justiça no sentido de regularidade, exclui tipos importantes de injustiças, pois, se supomos que as instituições são razoavelmente justas, então é extremamente importante que as autoridades sejam imparciais, e não se submetam à influência de considerações pessoais, financeiras, ou outras considerações irrelevantes ao lidar com determinados casos. A justiça formal, no caso das instituições jurídicas, é simplesmente um aspecto do Estado de Direito que ampara e garante expectativas legítimas. Um tipo de injustiça ocorre quando juízes e outras autoridades deixam de aderir às leis e às suas interpretações apropriadas ao tomar decisões. É injusta a pessoa que, por caráter ou inclinação, esteja propensa a tais atos. Ademais, mesmo quando as leis e as instituições são injustas, é sempre melhor que sejam aplicadas com constância. Assim, quem está sujeito a elas pelo menos sabe o que lhe é exigido e pode proteger-se, ao passo que há injustiça ainda maior se os já prejudicados forem tratados com arbitrariedade em certos casos, nos quais as leis lhes proporcionam alguma segurança (RAWLS, 2008, p. 71).

Postas todas as considerações acima e tendo também em mente o que foi deduzido especialmente na subseção anterior, é possível tracejar algumas conclusões preliminares acerca do enquadramento e dos limites da interpretação judicial enquanto instituição componente da estrutura básica de sociedade à luz da teoria de justiça como equidade:

a) em razão do pressuposto de que as instituições criadas a partir da posição original e sob o véu da ignorância são justas exatamente por terem sua gênese nos princípios de justiça, conclui-se que, em regra, a justiça formal corresponde à justiça substancial;

b) a correspondência entre justiça formal e justiça substancial significa equivalência entre a lei e a justiça;

c) se a presunção caminha no sentido de que as instituições jurídicas e as leis são justas, a tarefa primordial das autoridades e em especial do Poder Judiciário é cumprir

escrupulosamente o conteúdo desta, aplicando-as de maneira igual para os casos semelhantes, de modo a consagrar um Estado de Direito que, lastreado no *Rule of Law*, proteja as liberdades fundamentais e confira segurança ao sistema jurídico, preservando as expectativas legítimas que se alinhavam em torno dos ditames legais;

d) em função da sequência acima, em regra e de início, descabe ao Poder Judiciário produzir decisões calcadas em concepções individuais de justiça de cada magistrado. Em outras palavras, a interpretação judicial deve ter o máximo de aderência às fontes sociais do direito – constituição, leis e precedentes – o que reintroduz os postulados positivistas já estudados ao norte.

As conclusões preliminares aqui lançadas, apesar de aparentemente ensejarem o retorno ao mesmo drama positivista estudado na seção 2, em realidade escancaram os fundamentos pelos quais o Poder Judiciário deve cultivar o valor da legalidade como um equivalente do valor justiça e, nesse sentido, tais fundamentos fornecem algo a mais do que foi ofertado pelo positivismo jurídico exclusivo.

### 3.9 INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL À LUZ DO PRIMEIRO PRINCÍPIO DE JUSTIÇA

Como dito acima, o esquema de justiça como equidade, além evidenciar os fundamentos pelos quais o Poder Judiciário deve cultivar o valor da legalidade como um equivalente do valor justiça, provê uma ferramenta a mais na contenção da discricionariedade judicial em relação ao que, para a mesma finalidade, forneceu o positivismo jurídico exclusivo.

Relembrando o que já foi estudado nos capítulos anteriores, o positivismo jurídico exclusivo, após apontar e reconhecer como inerente ao conceito de Direito a discricionariedade judicial tanto em sentido fraco quanto forte, deixa ao talante do julgador o uso de qualquer espécie de parâmetro de moralidade, inclusive a individual, para que se defina o sentido das disposições normativas vagas ou ambíguas, procedendo da mesma forma nos casos de ausência de norma específica para o caso concreto.

Nos termos do que já se expôs alhures, a principal contribuição do positivismo jurídico exclusivo para a atenuação da discricionariedade judicial e, por conseguinte, para dotar o sistema jurídico de maior segurança e previsibilidade, foi o reconhecimento de que as decisões judiciais, por também serem fontes sociais do direito, são normas que devem ser seguidas e que vinculam o Poder Judiciário dentro de um sistema de precedentes. Neste

ponto, vê-se que esta contribuição também está presente na teoria de Rawls.

Com efeito, a justiça como equidade dá um passo além do positivismo – e assim o faz por justamente se tratar de uma teoria política e não puramente sociológica – no sentido de que as estruturas conceituais daquela não permitem que o juiz, em caso de ambiguidade, termos vagos ou ausência de regra específica, fique totalmente livre para decidir como melhor entender.

Como visto, a justiça como equidade, dada a presunção de justiça das instituições jurídicas, vincula a atividade judicial ao princípio serial primeiro da liberdade, indicando sempre a alternativa hermenêutica que, por seu método, melhor prestigie a higidez do exercício da liberdade igual por ocasião da formatação das instituições jurídicas. Ou seja, em lugar de uma discricionariedade forte ou fraca, ganham ascendência os métodos hermenêuticos que valorizem e reforcem o primeiro princípio de justiça, isto é, a liberdade igual, as liberdades fundamentais e as expectativas legítimas em benefício da segurança do sistema jurídico, relegando a um segundo plano as vias hermenêuticas que possibilitem decisões calcadas em conceitos ou sentidos de justiça particulares e sub - rogatórios da liberdade igual e da produção democrática das normas jurídicas.

O vetor político acima descrito, então, vai além do positivismo jurídico exclusivo para, em adição ao sistema de precedentes, estruturar um certo grau de limitação da amplitude interpretativa dos juízes por meio do uso de técnicas e métodos hermenêuticos que sejam capazes de resgatar, ao máximo, a intenção dos atores responsáveis pela produção democrática das regras jurídicas<sup>30</sup>. Isso explica porque, durante tanto tempo, a atividade hermenêutica judicial restringiu-se ao uso dos clássicos métodos interpretativos que fossem capazes de resgatar ao máximo a intenção dos legisladores, como ocorre com os métodos da interpretação literal, histórico e sistemático.

As considerações feitas ao norte permitem, então, compreender uma primeira parte do papel do Poder Judiciário na teoria de justiça como equidade, bem como os métodos hermenêuticos de interpretação judicial que, de início, coadunar-se-iam com a referida teoria. A seguir, o estudo buscará aferir se existem outros parâmetros políticos que, de acordo com a teoria Rawlsiana, podem complementar as noções relativas ao papel do Poder Judiciário e da

---

30 A menção à técnica hermenêutica de busca pela intenção do legislador ou daquele que editou uma determinada norma é feita aqui apenas em um contexto explicativo e com o intuito de explicitar algumas das razões remotas para a utilização da referida técnica. Não se está, entretanto, afirmando que a mencionada técnica representa a melhor teoria da interpretação ou algo como um padrão ouro para alinhar a interpretação e o primeiro princípio de justiça de Rawls. Adiante o tema relativo à intenção do legislador ou daquele que edita uma norma jurídica será apreciado dentro de um contexto de aproximação da melhor teoria interpretativa possível à luz do esquema de justiça Rawlsiano completo.

interpretação judicial como instituições integrantes da estrutura básica da sociedade, notadamente no que toca ao segundo princípio de justiça.

### 3.10. INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL À LUZ DO SEGUNDO PRINCÍPIO DE JUSTIÇA

Como visto acima, Rawls logrou demonstrar que, em regra, a justiça formal equivale à justiça substancial, isto é, as instituições concebidas no âmbito de uma sociedade bem ordenada nascem justas e tendem a produzir atos, leis e políticas igualmente justas, atendendo aos dois princípios de justiça.

Outrossim, o mesmo autor especificou que a conclusão acima revela aquilo que normalmente ou ordinariamente ocorre, justificando, pois, a razão pela qual, um juiz deve esforçar-se para sempre interpretar e fazer cumprir as leis como instituições presumivelmente justas, de maneira estrita e expedita.

Rawls não negou, então, que, apesar de as leis terem conteúdos presumivelmente justos – e por isso os juízes precipuamente a elas devem reverência – não possam ocorrer ditames normativos injustos, ainda que produzidos dentro de um esquema de igualdade política ideal. Relembre-se que o próprio Rawls qualifica sua teoria como uma teoria de justiça procedimental imperfeita, não negando, pois, a existência de espaços nos quais podem ser lançados sementes antitéticas ao seu esquema teórico de justiça política.<sup>31</sup>

Ora, se Rawls faz questão de explicitar, de um lado, a imperiosidade de os juízes respeitarem a regra do *Rule of Law* em razão da presunção de justiça das leis e das exigências do primeiro princípio serial de justiça, mas, de outra banda, o autor reconhece a impossibilidade de garantir que as leis nascidas a partir de uma organização procedimental e institucional inicialmente perfeita – caráter de justiça procedimental imperfeita de sua teoria – torna-se, ao mesmo tempo, intuitivo e imperioso verificar como as instituições básicas da sociedade devem se comportar para que as possíveis leis injustas produzidas pelo sistema não terminem por desnaturar as instituições básicas da sociedade, tornando o arranjo procedimental de justiça cada vez mais imperfeito.

Dentre as possíveis formas de reação das instituições a essa possibilidade, tem-se, considerando o objeto da presente pesquisa, a maneira como o Poder Judiciário deve se

31 Nas palavras do próprio Rawls: “É evidente que qualquer procedimento político viável pode vir a produzir um resultado injusto. Na verdade, não existe sistema de normas processuais políticas capaz de garantir que não será promulgada uma legislação injusta. No caso de um regime constitucional, ou de qualquer regime político, não é possível realizar o ideal de justiça procedimental perfeita. O melhor sistema que se pode alcançar é o da justiça procedimental imperfeita” (2008, p. 242).

comportar, considerando os balizamentos e postulados da teoria Rawlsiana de justiça, diante das leis injustas eventualmente produzidas no bojo deste sistema de justiça procedimental imperfeita. Faz-se necessário, então, para completar a avaliação da posição do Poder Judiciário no contexto da justiça procedimental imperfeita de Rawls, analisar a interpretação judicial à luz do segundo princípio de justiça, qual seja, o princípio da diferença.

Como já asseverado anteriormente, Rawls, percebendo que a aleatoriedade dos dotes naturais — dos quais seus possuidores não podem se dizer moralmente merecedores, pois nada fizeram para justificar seus quinhões neste ponto — não pode ser controlada ou ordenada de acordo com critérios de justiça capazes de configurar uma igualdade equitativa de oportunidades plena a todos os indivíduos, trabalha no outro espectro dos bens primários, os de cunho social, de modo a configurar um esquema de instituições sociais capazes de garantir aos integrantes da sociedade o seguinte: a) condições de igualdade equitativa possível de oportunidades a todos os indivíduos aos cargos e posições; b) condicionar a legitimidade das maiores vantagens obtidas pelos beneficiados pela loteria natural ao melhoramento das expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade. Eis um resumo do princípio de diferença.

É interessante notar que a proposta de Rawls parece apostar na garantia de recursos mínimos ou indispensáveis para a execução dos planos de vida dos indivíduos — independentemente do conceito de bem que cada um deles resolva adotar — de duas maneiras diferentes, porém aditivas.

Na primeira, além de garantir as liberdades básicas conexas ao primeiro princípio de justiça, Rawls adiciona a igualdade equitativa de oportunidades como um instrumento dedicado aos indivíduos para viabilização de seus planos de vida.

Na segunda, a par de se continuar garantindo as liberdades básicas e a igualdade equitativa de oportunidades, configura-se a melhoria de vida dos indivíduos menos favorecidos como requisito de justiça para a existência de desigualdades econômicas e sociais.

Ainda relembrando os pontos principais atinentes à conformação do segundo princípio de justiça, convém apontar novamente que este foi concebido por Rawls de maneira serial nos seguintes termos:

Segundo princípio. As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto: (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Segunda regra de prioridade (a prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar). O segundo princípio de justiça precede lexicalmente o princípio da eficiência e o princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio da diferença. Há dois casos: (a) a desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm menos oportunidades; (b) uma taxa elevada de poupança deve, pesando-se tudo, mitigar o ônus daqueles que carregam esse fardo (RAWLS, 2008, p. 376).

Pelos motivos já explorados e explicados acima, tem-se então que o segundo princípio de justiça, posicionado lexicalmente após o primeiro princípio de justiça, enfeixa o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, o qual tem precedência lexical em relação ao princípio da diferença em sentido estrito, qual seja, o princípio que condiciona a legitimidade dos direitos dos mais favorecidos ao máximo benefício do direito dos menos favorecidos na sociedade.

A questão que agora se coloca é como compreender e conceber a interpretação judicial no bojo do segundo princípio de justiça, considerando a ordem de precedência lexical do primeiro princípio de justiça e também a ordem lexical interna do princípio da igualdade equitativa de oportunidades em relação ao princípio de diferença.

No contexto da proposta em apreço, considerando que a matéria-prima excelente para a compreensão da posição da interpretação judicial é a lei, para que se execute a empreitada citada, é imprescindível entender e compreender, no bojo da teoria de justiça em estudo, como as instituições legislativas vão se conformando à luz dos princípios de justiça, em especial à luz do segundo princípio. É o que se fará a seguir por meio da exposição da sequência de quatro estágios proposta por Rawls com o intuito de esclarecer como os princípios para instituições – o que inclui a Constituição e as Leis - devem ser aplicados.

### **3.10.1 A aplicação dos princípios de justiça para as instituições: a sequência de quatro estágios**

Como já asseverado acima, Rawls inicia sua teoria contratualista a partir de sujeitos representativos em uma posição original e cobertos pelo véu da ignorância, momento em que tais sujeitos, lastreados em bases puramente racionais, sem que saibam antecipadamente suas posições sociais presentes e as probabilidades de colocação política, econômica e social futuras, elegem os princípios de justiça.

A comparação com o referencial teórico Kantiano nesse momento é inevitável, correspondendo este momento de escolha racional dos princípios de justiça por parte dos indivíduos na posição original a um momento de formulação dos conhecidos imperativos

categoricos. Para melhor compreensão do que ora é aduzido, confira-se o que Kant afirmou sobre os imperativos:

Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. Como toda a lei prática representa uma ação possível como boa e por isso como necessária para um sujeito praticamente determinável pela razão, todos os imperativos são fórmulas da determinação da ação que é necessária segundo um princípio de uma vontade boa de qualquer maneira. No caso de a ação ser apenas boa como meio para outra coisa, o imperativo é hipotético; se a ação é representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio de vontade, então o imperativo é categórico (KANT, 2007, p. 50).

Kant, como visto, separou imperativos categóricos dos hipotéticos, adequando os primeiros a um campo da avaliação moral apodíctica decorrente do exercício puro da razão, em oposição ao segundo, situado no campo da relação de causa e efeito entre a ação e intenção possível ou real, com definição que se plasma a partir de situações e necessidades concretamente colocadas no mundo prático, exurgindo daí o caráter assertórico – prático do imperativo hipotético (KANT, 2007, pp. 50 – 51).

Retornando, então, ao que ensina Rawls, o momento de reunião dos sujeitos representativos na posição original, cobertos pelo véu da ignorância, estabelece o início do procedimento de escolha dos princípios de justiça. Como, em tal momento, os indivíduos reunidos não estão diante de questões práticas próprias aos desígnios dos imperativos hipotéticos, têm e estão em condições de eleger, de forma antecedente à emergência do mundo prático, aqueles que serão os correlativos imperativos categóricos morais individuais desta feita para o campo político, quais sejam, os princípios de justiça.

Este primeiro momento coincide com a qualificação feita por Rawls de um procedimento de justiça procedimental perfeita (2008, p. 242 e §14). Eleitos estes princípios de justiça, decorrentes da racionalidade dos indivíduos na posição original, ligando-se aqueles a um conceito inicial de justiça procedimental perfeita, Rawls passa a alinhar a forma pela qual os princípios em questão devem ser aplicados para as instituições integrantes da estrutura básica da sociedade. Esse procedimento de refinamento, a partir do patamar categórico prévio dos princípios de justiça concebidos em momento inicial de justiça procedimental perfeita, é efetivado pelo autor em uma sequência de quatro estágios a seguir descritas (RAWLS, 2008, Capítulo IV).<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Neste ponto é necessário fazer uma advertência. Rawls alude a um procedimento em sequência de quatro estágios com o escopo de aplicação paulatina dos princípios de justiça na construção das instituições básicas

Escolhidos os princípios de justiça na posição original, o desenho das instituições que integrarão a estrutura básica da sociedade inicia-se com a retirada paulatina do véu da ignorância dos sujeitos representativos à medida em que a sequência acima mencionada avança.

Na primeiro estágio, logo após a escolha e adoção dos princípios de justiça, os contratantes estabelecem uma convenção constituinte, na qual introjetam a escolha de um sistema para o exercício dos poderes constitucionais do governo e os direitos fundamentais, que devem ser garantidos equitativamente a todos. Como bem ponderam Brito Filho e Lamarão Neto,

“[...] ao findar esse 1º estágio na escolha da constituição justa, os indivíduos racionais e livres, mutuamente desinteressados, já conseguem identificar o nível de desenvolvimento econômico da sociedade, embora ainda não saibam seu efetivo lugar nas posições sociais, pois, como frisado, o véu da ignorância foi apenas parcialmente retirado.” (BRITO FILHO; LAMARÃO NETO, 2016, p. 74)

Passando ao segundo estágio e já com o véu da ignorância parcialmente retirado, nos termos acima explicados, os sujeitos direcionam-se para a escolha de ordenações processuais que tenham a maior capacidade possível para produzir uma ordem legal justa e também eficaz. Neste estágio, o véu da ignorância continua sendo gradativamente retirado de modo que os indivíduos, já parcialmente cientes das convicções e interesses a que estão inclinados, decidem acerca das referidas ordenações. Novamente, vale o alerta feito por Rawls no sentido de que, por maior que seja o esforço de aderência aos princípios de justiça, não há qualquer garantia de que não se venha a obter a produção de uma legislação injusta neste e a partir deste estágio.

O terceiro estágio é marcado pela avaliação da justiça das leis e das políticas sociais. Aqui, as normas a serem editadas devem obedecer ao máximo os remotos princípios de

---

da sociedade. Esta sequência, nos dizeres de Rawls, não abarca como parte integrante o momento da escolha dos princípios de justiça na posição original, sendo certo que o procedimento é considerado iniciado em seu estágio primeiro após já ter sido efetivada a escolha dos princípios de justiça. A seguir, muito embora se tenha ciência de que Rawls colocou o momento da posição original fora do início da marcha de quatro estágios, o referido momento será entendido dentro de um contexto de um único procedimento que, partindo de um marco zero – a posição original – deflagra a sequência posterior de quatro estágios. Desse modo, apenas com o escopo de evitar possíveis incompreensões, declara-se que neste trabalho, embora se tenha guardado fidelidade à nomenclatura “sequência de quatro estágios”, tomou-se o procedimento como um todo unitário em cinco estágios, que pode ser compreendido de uma das seguintes formas, a critério do próprio leitor, já que a escolha a seguir não prejudicará a análise que dali será efetivada: a) um procedimento único composto por cinco estágios onde a posição original é considerada o estágio inicial de nº 1 e o estágio de nº 5 é considerado aquele em que as normas são aplicadas pelos juízes e administradores e observadas pelos cidadãos; b) um procedimento único composto por cinco estágios onde a posição original é considerada o “estágio zero” e o estágio de nº 4 é considerado aquele em que as normas são aplicadas pelos juízes e administradores e observadas pelos cidadãos. Neste trabalho adota-se a opção de letra “b” em razão de, mesmo diante da adaptação feita na pesquisa, refletir melhor aquilo que Rawls dispôs em sua obra.

justiça, bem como aos limites impostos pela convenção constituinte.

O quarto estágio refere-se ao ponto em que juízes e administradores passarão a aplicar as normas aos casos concretos e também à observância destas normas pelos cidadãos. Neste estágio o véu da ignorância já foi totalmente retirado, atuando os cidadãos, administradores e juízes na realidade do mundo prático com pleno conhecimento das posições sociais de cada cidadão.

Aqui reside, pois, o ponto de confluência entre o estágio de aplicação dos princípios de justiça às instituições e a interpretação judicial, onde se deve pesquisar como o Poder Judiciário, em sua atividade interpretativa, deve agir para garantir que as instituições nascidas justas permaneçam justas, propiciando aos cidadãos o efetivo gozo de políticas públicas e leis aderentes e adequadas aos dois princípios de justiça.

Finalizada a descrição da sequência de quatro estágios, cabe ainda averiguar o significado analítico que se pode tirar a partir da observação desta espécie de processo de “impurificação”, que começa com a escolha dos dos princípios de justiça na posição original, com os sujeitos cobertos pelo véu da ignorância, passando pela adoção de uma convenção constituinte – com a primeira redução do véu da ignorância -, pela escolha das ordenações processuais mais justas possíveis – mediante a segunda redução de incidência do véu – até se chegar ao julgamento da legislação editada e, por fim, sua aplicação, quando não mais há véu que obscureça a visão dos participantes.

Um olhar de topo, afastado e conjuntural do referido processo, permite concluir, em primeiro lugar que, como mencionado alhures, trata-se de um procedimento de contínua “impurificação” em quatro estágios, que parte do ponto mais puro possível, marcado pela plenitude da racionalidade humana como única fonte de escolha, quando os princípios de justiça são adotados e marcados como imperativos categóricos políticos, e chega ao último estágio, que é o menos puro possível, onde, ao lado da razão, muitas outras questões psicológicas – como ocorre com o primado dos desejos e interesses individuais – impõem-se como fatores conformadores de imperativos hipotéticos que influenciam na interpretação e aplicação das leis – isto é, o ponto em que se insere a importante questão da interpretação judicial.

O referido olhar de topo permite perceber que, quanto mais se desce na escala procedimental a partir do estágio zero – momento da posição original – menor vai sendo o grau de aderência aos princípios de justiça. Em outras palavras, conforme se vai avançando no procedimento de conformação dos princípios de justiça às instituições integrantes da estrutura básica da sociedade, diminui-se gradativamente o grau de ligação, correlação e adequação aos

princípios de justiça originados no estágio zero. O estágio de pura racionalidade em que foram adotados os princípios de justiça, qual seja, o denominado estágio zero, no qual ainda não se sente o desespero do mundo prático e apenas há a exclusividade do mundo puro dos imperativos categóricos, vai sendo paulatinamente enfraquecido, conforme o véu da ignorância vai sendo gradativamente retirado, pelo desespero do mundo prático, no qual vige a incidência dos interesses pessoais, legítimos ou espúrios e desejos, altruístas ou egoístas. É neste momento, pois, que se inserem as leis promulgadas e estas são, por conseguinte, o material imediato ofertado ao Poder Judiciário para, mediante a devida interpretação, resolver os casos concretos.<sup>33</sup>

Fazendo uma breve síntese derivada da avaliação da sequência de quatro estágios, pode-se concluir que o Poder Judiciário e a interpretação judicial, como instituições básicas da sociedade, conformadas a partir dos princípios de justiça, lidam com as leis – outra instituição básica da sociedade –, as quais se conformam e se estabelecem em um ambiente complexo, marcado por uma exponencial incidência de imperativos hipotéticos contrapostos, cada qual arrogando-se como legítimo tradutor prático e concreto do esquema de justiça em que se pautaram as criações destas mesmas instituições.

É nesse ambiente conturbado que se inserem as leis infraconstitucionais, o Poder Judiciário e a interpretação judicial e é de suma importância vislumbrar a situação ambiental destas instituições, pois somente conhecendo o ponto a partir do qual a interpretação judicial será exigida, poder-se-á pavimentar um caminho interpretativo que, sem descuidar do fato inexorável da confusão e pluralidade do mundo prático, potencializará ao máximo o retorno da interpretação judicial ao estágio de racionalidade pura dos princípios de justiça, o que propiciará a hígida manutenção das instituições nascidas justas e, por conseguinte, fornecerá aos integrantes da sociedade a possibilidade de conviverem sob o manto de um esquema de

---

33 É interessante notar e, por conseguinte, pontuar, que o aludido processo de impurificação parece coincidir com a percepção comum de diferença dimensional e estrutural existente entre dispositivos constantes da convenção constituinte e aqueles editados nas legislações ordinárias. Enquanto, em regra, não se tem um grau de divergência considerável em relação aos primeiros, dado o caráter aberto de uma espécie de enunciação racional de valores caros a toda uma sociedade assinante de um contrato social, no segundo, o elevado grau de divergência oriundo da interpenetração de interesses e desejos dissonantes em mundo prático marcado por imperativos hipotéticos, fica proeminentemente evidenciado. A título de exemplo no caso brasileiro e dentro do espectro trabalhista aqui estudado, pode-se citar o artigo 1º, IV, da Constituição da República, que elenca como fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, de um lado, e, de outro, o artigo 59 da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece que a duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedentes de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. Enquanto se pode notar no primeiro uma maior probabilidade e capacidade consensual necessárias para ratificação de um contrato social nestes termos, no segundo, o grau de divergência acerca da capacidade de a disposição refletir o comando constitucional, reflete a contraposição de imperativos hipotéticos e torna bem mais difícil a obtenção de uma semelhante posição consensual.

justiça capaz de ofertar os prometidos parâmetros mínimos para a construção das bases sociais do autorrespeito e para que cada cidadão possa colocar em prática seus projetos de vida boa.<sup>34</sup>

Compreendido o ambiente em que as leis, o Poder Judiciário e a interpretação judicial estão inseridos, retoma-se, a partir da próxima subseção, a análise da maneira pela qual a interpretação judicial pode ser conformada para atingir os propósitos expressos acima.

### **3.10.2 A interpretação judicial, as leis e o segundo princípio de justiça**

Na subseção anterior, por ocasião da avaliação da interpretação judicial à luz do primeiro princípio de justiça, concluiu-se que, considerando a teoria de justiça como equidade, em razão da presunção de justiça das instituições jurídicas, a atividade interpretativa deveria necessariamente ser o mais vinculada possível ao princípio serial primeiro da liberdade, o que indicava a adoção da alternativa hermenêutica que, por seu método, melhor prestigiasse a higidez do exercício da liberdade igual por ocasião da formatação das instituições jurídicas. Ou seja, em lugar de uma discricionariedade forte ou fraca, ganham ascendência os métodos hermenêuticos que valorizam e reforçam o primeiro princípio de justiça, isto é, a liberdade igual, as liberdades fundamentais e as expectativas legítimas em benefício da segurança do sistema jurídico, relegando a um segundo plano as vias hermenêuticas que possibilitem decisões calcadas em conceitos ou sentidos de justiça particulares e sub - rogatórios da liberdade igual e da produção democrática das normas jurídicas.

Afirmou-se, também, que o vetor político descrito vai além do positivismo jurídico exclusivo para, em adição ao sistema de precedentes, estruturar um certo grau de limitação da amplitude interpretativa dos juízes por meio do uso de técnicas e métodos hermenêuticos que sejam capazes de resgatar, ao máximo, a intenção dos atores responsáveis pela produção democrática das regras jurídicas. Isso explica porque, durante tanto tempo, a atividade hermenêutica judicial restringiu-se ao uso dos clássicos métodos interpretativos que fossem capazes de resgatar ao máximo a intenção dos legisladores, como ocorre com os métodos da interpretação literal, histórico e sistemático.

Complementado o estudo com a apresentação do segundo princípio de justiça, cabe então averiguar como se relaciona a interpretação judicial com tal princípio. Haveria alguma outra consequência para o campo da interpretação judicial, ao se avaliar o segundo princípio

---

<sup>34</sup> Acerca da questão relativa às bases sociais do autorrespeito, conferir o artigo escrito por Denilson Luis Werle intitulado “Justiça, liberdades básicas e as bases sociais do autorrespeito” (WERLE, 2014, pp. 74-90).

de justiça, para além daquela consequência enunciada de obediência ao *Rule Of Law* verificada no bojo da relação entre a interpretação judicial e o primeiro princípio de justiça?

Inicia-se a empreitada para a resposta acima lembrando, de forma bem sintética, que a origem da força do vetor hermenêutico que indica a vinculação das autoridades administrativas e judiciárias ao primado do *Rule of Law* está na presunção de que as instituições nascidas dos princípios de justiça, em especial a partir do primeiro princípio de justiça, são essencialmente e primordialmente justas. Ou seja, ante a presunção de que as instituições jurídicas legislativas são justas em si, a força da vinculação a elas e do consequente *Rule of Law* explicam a correção dos métodos hermenêuticos que tentavam extrair ao máximo a intenção daqueles que editavam as normas, tal como propugnam, ao final, os métodos literal, histórico e sistemático de interpretação.

Com efeito, embora entendida e justificada a presunção de justiça das instituições jurídicas legislativas, como asseverado pelo próprio Rawls, nenhum sistema de normas processuais políticas, por mais bem alinhavado que seja, pode garantir que as leis geradas a partir dele serão sempre e essencialmente justas. Logo, Rawls reconhece que mesmo em uma sociedade dotada de instituições constituídas a partir do primeiro princípio de justiça, podem surgir instituições, no caso, leis, injustas, o que desafiaria a formulação da seguinte pergunta: como, então, devem as instituições judiciais agir no momento em que forem chamadas a aplicar tais leis virtualmente injustas?

Rawls, em vários trechos de *Uma teoria da justiça*, descreve qual, em seu entender deve ser a postura do Poder Judiciário ao se deparar como uma ordenação injusta:

Ademais, mesmo quando as leis e as instituições são injustas, é sempre melhor que sejam aplicados com constância. Assim, quem está sujeito a elas pelo menos sabe o que lhe é exigido e pode proteger-se, ao passo que há injustiça ainda maior se os já prejudicados forem tratados com arbitrariedade em certos casos, nos quais as leis lhe proporcionariam alguma segurança. Por outro lado, poderia ser ainda melhor, em determinados casos, aliviar o sofrimento daqueles que recebem tratamento injusto por meio de desvios das normas existentes. Até que ponto temos justificativas para fazê-lo, principalmente à custa de expectativas fundamentadas de boa-fé com relação às instituições vigentes, é uma das questões intrincadas de justiça política. Em geral, tudo o que se pode dizer é que a força das pretensões de justiça formal, de obediência ao sistema, depende claramente da justiça substantiva das instituições e das possibilidades de reformá-las (RAWLS, 2008, pp. 71-72).  
A verdadeira questão está em saber em quais circunstâncias e até que ponto somos obrigados a obedecer a arranjos institucionais injustos. Às vezes se diz que, nesses casos, não temos uma obrigação de obedecer. Mas isso é um erro. A injustiça da lei não é, em geral, razão suficiente para não acatá-la, assim como a validade jurídica da legislação (definida pela constituição vigente) não é razão suficiente para concordar com ela. Quando a estrutura básica da sociedade é razoavelmente justa, avaliando-se isso por aquilo que as circunstâncias vigentes permitem, devemos reconhecer leis injustas como vinculatórias, contanto que não excedam certos limites da injustiça (RAWLS, 2008, p. 437).

Como se pode verificar, Rawls parte do pressuposto de que mesmo leis injustas devem ser escrupulosamente observadas pelos cidadãos e igualmente aplicadas pelo Estado – Juiz. Os fundamentos para o posicionamento Rawlsiano podem ser agrupados e explicados à luz da sua teoria nos termos abaixo.

Ao longo da obra acima citada, pode-se perceber que Rawls indica o cumprimento das leis como regra em razão de que, normalmente, as instituições nascidas dos princípios de justiça são justas. Dessa forma, apresenta-se, nesta subseção, uma primeira conclusão no sentido de que, nos termos da teoria em estudo, o pressuposto a ser levado em conta para todos os fins operativos e interpretativos é o de que, em regra, as instituições nascidas justas geralmente dão origem a outras instituições, leis, por exemplo, justas. Este é o primeiro fundamento basilar para a imposição densa do *Rule of Law*. Se as leis derivam de instituições justas, geralmente são justas e, sendo assim, têm sua incidência vinculante pressuposta, devendo, em nome do primeiro princípio de justiça, ser aplicadas de maneira regular e igual a todos.

Por outro lado, ocorrendo a produção de uma lei injusta, Rawls, ainda assim, advoga seu caráter vinculante, o que, aparentemente, poderia soar equivocado. Entretanto, uma análise mais acurada dos trechos acima transcritos dentro do contexto geral da obra mencionada, permite notar que o autor não se restringe à afirmação de que mesmo uma lei injusta deve ser regularmente aplicada de forma igual a todos. Ao lado da referida afirmação, pode-se perceber que são colocadas considerações que a balizam e a temperam, nos termos dos seguintes trechos transcritos: (a) “Assim, quem está sujeito a elas pelo menos sabe o que lhe é exigido e pode proteger-se, ao passo que há injustiça ainda maior se os já prejudicados forem tratados com arbitrariedade em certos casos, nos quais as leis lhe proporcionariam alguma segurança” ; (b) “ Por outro lado, poderia ser ainda melhor, em determinados casos, aliviar o sofrimento daqueles que recebem tratamento injusto por meio de desvios das normas existentes”; (c) “Quando a estrutura básica da sociedade é razoavelmente justa, avaliando-se isso por aquilo que as circunstâncias vigentes permitem, devemos reconhecer leis injustas como vinculatórias, contanto que não excedam certos limites da injustiça.”

Iniciando a análise, percebe-se que o autor faz uma comparação entre uma injustiça cometida em razão da aplicação de uma lei injusta a uma pessoa e a injustiça cometida contra uma pessoa pela não aplicação desta lei injusta. Ao se posicionar desta forma, Rawls tenta lembrar que há injustiça tanto na aplicação de uma lei tida por injusta quanto na não aplicação desta lei. A diferença reside no fato de que, na primeira situação, a injustiça deriva do

conteúdo da lei, ou seja, a injustiça está alicerçada na aplicação de uma lei que contém comandos ou determinações considerados injustos, ao passo que a injustiça apontada na segunda situação reside no fato de se deixar de aplicar igualmente a todos uma disposição normativa aprovada por meio de uma ordenação processual criada a partir da liberdade igual e da participação política no bojo do desdobramento institucional do primeiro princípio de justiça. Em outras palavras, para Rawls, deixar de aplicar uma lei injusta em cada situação concreta é mais grave do que aplicar uma lei injusta de forma igual a todos.

Como dito, apesar de inicialmente parecer estranho defender a aplicação de uma lei injusta a todos ao invés de extirpar esse problema rechaçando a aplicação, tal posicionamento é perfeitamente coerente com a construção teórica Rawlsiana por duas razões a seguir expostas.

Primeiramente, o âmbito primordial e excelente de compreensão e vivificação da justiça enquanto virtude é o das instituições sociais (RAWLS, 2008, p. 4). Ou seja, ela não se traduz, ao menos inicialmente, como uma espécie de construção de código moral para uso direto na razão prática, de forma a propiciar uma tábua de referências para julgamentos individuais de conduta no quarto estágio da sequência aplicativa dos princípios de justiça, onde atuam os juízes<sup>35</sup>. Nesse sentido, no esquema Rawlsiano de justiça, esta é antes formal e regular, para somente depois de satisfeita essa condição, cogitar ser também substantiva, material e conteudística. Note-se que, se assim não fosse, isto é, se a compreensão fosse a de que toda e qualquer injustiça presente em uma lei justificasse a sua não aplicação, passando a vinculatividade da mesma a depender primeiro do seu conteúdo, ter-se-ia um sério questionamento acerca da existência mesma de um ordenamento jurídico, como bem salientou Rawls na seguinte passagem:

Se os desvios em relação à justiça como regularidade<sup>36</sup> forem muito profundos, pode surgir uma séria dúvida sobre se um sistema legal realmente existe, em contraste com um conjunto de decretos específicos destinados a promover os interesses de um ditador ou o ideal de um déspota benevolente (RAWLS, 2008, p. 292).

Em segundo lugar, a opção por aplicar uma lei mesmo que injusta pode ser explicada também a partir da articulação entre a ordem serial dos princípios de justiça – a prioridade da liberdade - e a finalidade primeira da criação das instituições a partir destes princípios.

Na concepção teórica de justiça de Rawls, os princípios de justiça aplicáveis às

35 Diz-se “ao menos inicialmente” porque como se verá a seguir, nos termos do que o próprio Rawls vaticina, a atuação judicial corretiva no quarto estágio é possível e concebível dentro de sua teoria a partir de um determinado grau de injustiça verificado em uma determinada lei.

36 O termo justiça como regularidade é o equivalente de justiça formal, conforme explicitado por Rawls no § 38 de “Uma teoria da justiça” (2008, p. 291).

instituições que compõem a estrutura básica de sociedade devem ser satisfeitos em ordem serial, restando demarcada a possibilidade de avanço e densificação institucional do segundo princípio somente se não se estiver em face da necessidade prévia de satisfação do princípio serial anterior. A concepção de Rawls coloca, pois, em ordem serial, os princípios de justiça. (RAWLS, 2008, p. 52)

Em “Uma teoria da justiça”, Rawls especifica a prioridade da liberdade em relação aos demais princípios de justiça. Em suas palavras, esta prioridade significa:

[...] a primazia do princípio da liberdade igual em relação ao segundo princípio de justiça. Os dois princípios estão em ordem lexical, e portanto as exigências de liberdade devem ser atendidas primeiro. [...] a primazia da liberdade significa que a liberdade só pode ser limitada em nome da própria liberdade (RAWLS, 2008, pp. 302-303).

É este o significado da ordem serial dos princípios de justiça e da prioridade da liberdade em relação aos demais princípios. Resta saber os fundamentos desta prioridade.

Ao analisar os fundamentos da prioridade do princípio da liberdade, Rawls, retornando à condição primeva da posição original que ampara a sua visão de contrato social, afirma o seguinte:

A posição original é especificada de forma a incorporar a devida reciprocidade e igualdade entre as pessoas assim concebidas; e, já que seus objetivos e interesses fundamentais estão protegidos pelas liberdades de que trata o primeiro princípio, elas conferem prioridade a tal princípio (RAWLS, 2008, p. 669).

Ou seja, o primeiro fundamento pelo qual o princípio da liberdade tem precedência sobre os demais remonta à condição inicial de formação do contrato social – conforme já descrito linhas acima – em que as partes exigem, *ab initio*, como uma espécie de requisito primitivo imprescindível, a igual consideração e respeito derivada da noção de igualdade humana fundamental.

Todos, na posição original, como seres racionais que são, entendem – e não haveria como ser de outra forma – que a realização dos planos de vida individuais de cada qual depende do respeito por parte da comunidade política a ser formada à liberdade igual dos contratantes. Dito de outra forma, a precedência da liberdade em relação ao segundo princípio de justiça explica-se enquanto pressuposto lógico para a construção de uma vida boa: esta somente é factível e viável se o sujeito que a planeja tiver liberdade para construí-la.

Neste ponto, insta advertir que a precedência da liberdade na colocação serial dos princípios de justiça não significa desconsiderar que o estabelecimento e a execução dos

planos de vida de cada cidadão dependem também dos arranjos institucionais lastreados no segundo princípio de justiça. O que Rawls evidencia, entretanto, é o caráter antecedente do primeiro princípio, pois, mesmo que estivéssemos em uma sociedade imaginária que, ao mesmo tempo, tivesse instituições que atendessem plenamente ao segundo princípio de justiça, mas não atendessem ao primeiro princípio de justiça, tal organização social não viabilizaria o estofo necessário mínimo para que as pessoas pudessem escolher, organizar e executar os planos de vida que lhes parecessem bons. Dessa prioridade da liberdade resulta ainda uma outra forte afirmação de Rawls no sentido de que “[...] a primazia da liberdade significa que a liberdade só pode ser limitada em nome da própria liberdade.” (2008, pp. 302-303).

A partir daqui torna-se possível entender a ligação entre a opção pela aplicação de uma lei injusta e a ordem serial dos princípios que prioriza a liberdade juntamente com os fundamentos de priorização do primeiro princípio de justiça em relação ao segundo.

Como visto, as pessoas na posição original escolheriam os dois princípios de justiça em ordem serial e colocariam o princípio da liberdade igual à frente do princípio que congrega a igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença. O motivo nuclear desta ordem assenta-se no fato de somente ser possível ter o direito de estabelecer e executar individualmente um plano de vida considerado bom por cada cidadão se a escolha dos princípios se der da maneira serial alinhavada.

O problema, já apontado em páginas anteriores, é que cada cidadão possui planos de vida que, se colocados em curso poderão se chocar, dada a diversidade de valores que em certa medida campeia nas sociedades. Como, então, resolver isso? A resposta é buscar um instrumento que permita a cada qual estabelecer e construir seus planos de vida sem que a construção de um resulte na impossibilidade da construção de outro. Este instrumento, na teoria de Rawls, consubstancia-se em uma das instituições que ele aponta como integrante da estrutura básica da sociedade, qual seja, o sistema jurídico.

É por meio das leis, organizadas em um sistema jurídico, que serão materializados consensos mínimos que, ao mesmo tempo, reconhecerão a amplitude de liberdade de cada indivíduo para estabelecer e executar seus planos de vida em coordenação com os planos dos demais, conferindo a cada integrante da sociedade um direito de expectativa legítima em relação a conduta do Estado e dos demais membros da comunidade política e também a segurança mínima necessária para decidir e colocar em prática suas decisões sem sofrer qualquer restrição ou punição. A lei, desse modo, é a expressão institucional que resguarda as expectativas legítimas dos indivíduos e confere segurança para a tomada de decisões e

execuções dos atos que integram os planos de vida, protegendo, assim, a liberdade de cada integrante da sociedade.

Ora, se o *Rule of Law* e a justiça formal não tivessem o peso designado por Rawls, fazendo com que a lei deixasse de ser aplicada ao sinal de quaisquer conteúdos injustos contidos naquela, as expectativas legítimas, a liberdade e a segurança jurídica pedidas pelas pessoas na posição original seriam constantemente afetadas a ponto até mesmo de restarem inviabilizadas, motivo pelo qual, o autor, em linha de princípio, asseverou que, em regra, mesmo injustas, as leis devem ser seguidas e aplicadas. Relembre-se que Rawls chega mesmo a alertar que o constate afastamento da regra do *Rule of Law* e por conseguinte da justiça como regularidade coloca em risco até mesmo a noção de existência de um sistema legal. Essas, em síntese, são as razões que sustentam solidamente a afirmação de Rawls no sentido de que, em regra, mesmo injustas, as leis devem ser imparcialmente e constantemente aplicadas pelos juízes e demais autoridades.

Até aqui foram explicitadas e explicadas as razões pela quais Rawls defendeu que, em regra, mesmo leis injustas devem ser aplicadas com regularidade pelas instituições. Com efeito, foi visto que a afirmação do autor não tem um caráter absoluto. À afirmação estão acoplados alguns condicionantes que ora são retomados para prosseguimento do estudo da relação existente entre as leis, a interpretação judicial e o segundo princípio de justiça. Resgatando o que o pensador afirmou, a aplicação de leis injustas deve ocorrer, como regra, desde que (a) a estrutura básica da sociedade seja razoavelmente justa e que (b) a norma injusta não tenha um grau de injustiça tal exceda certos limites.

Os pontos direcionais dados por Rawls podem ser melhor conhecidos e especificados por meio da leitura dos seguintes trechos contidos em “Uma teoria da justiça”:

A justificativa da não obediência depende do grau de injustiça das leis e das instituições. As leis injustas não estão todas no mesmo nível de igualdade, e o mesmo vale para políticas e instituições. A injustiça pode surgir de duas maneiras: os arranjos vigentes podem afastar-se em diversos graus dos padrões publicamente aceitos e que são mais ou menos justos; ou esses arranjos podem adaptar-se a uma concepção de justiça da sociedade, ou à opinião da classe dominante, mas essa própria concepção pode não ser razoável, sendo até, em muitos casos, claramente injusta. [...] Quando as leis e as políticas se desviam dos padrões publicamente reconhecidos, presume-se que até certo ponto seja possível recorrer ao senso de justiça da sociedade. [...] Se, porém, não houver transgressão da concepção de justiça vigente, então a situação é bem diferente. O curso de ação a seguir depende muito de até que ponto a doutrina aceita é razoável e dos meios disponíveis para alterá-la (RAWLS, 2008, pp. 438-439).

*Grosso modo*, a longo prazo o ônus da injustiça deve ser distribuído de modo mais ou menos uniforme entre os diversos grupos da sociedade, e as tribulações das políticas injustas não devem pesar demais em nenhum caso específico. Por

consequente, o dever de obedecer é problemático para minorias permanentes que sofreram injustiças por muitos anos. E, decerto, não temos de aceitar a negação das nossas liberdades fundamentais, bem como as de outros, uma vez que essa exigência não poderia estar implícita no significado do dever de justiça na posição original, nem é compatível com o entendimento dos direitos da maioria na convenção constituinte. Pelo contrário, só submetemos a nossa conduta à autoridade democrática até o ponto necessário para compartilhar equitativamente as inevitáveis imperfeições de um sistema constitucional (RAWLS, 2008, pp. 442-443).

As palavras de Rawls transcritas acima servem para deixar bem evidenciado que, segundo o autor, somente se pode deixar de seguir e aplicar uma lei injusta a depender do grau de injustiça da mesma – doravante denominado de critério de conteúdo específico – e se esta lei tiver vigência em uma sociedade que não seja dotada de uma estrutura básica razoavelmente justa – denominado de agora em diante como critério de ambiente institucional de justiça.

O denominado critério de ambiente institucional de justiça procura fornecer parâmetros para analisar se uma determinada lei, possivelmente injusta, está em vigor dentro de uma sociedade que possui uma estrutura básica razoavelmente justa, permitindo saber se a lei em questão apareceu mais como uma espécie de acidente em uma sociedade dotada de instituições que em regra são justas, ou se a norma é, em realidade, mais uma dentro de uma sociedade eminentemente injusta.

Este critério de ambiente institucional de justiça será melhor estudado e pormenorizado adiante, quando será explorado o conceito Rawlsiano de sociedade bem ordenada em articulação com as diferenciações que o autor fez entre a teoria ideal de justiça e a teoria não – ideal de justiça. Neste momento, ocupará o espaço desta subseção uma breve análise sobre o critério de conteúdo específico, sendo que, dentro deste escopo, alguns apontamentos atinentes à questão do ambiente institucional de justiça será retomada como forma de encadear o raciocínio argumentativo.

Qual o grau de injustiça necessário para que se advogue ou se admita a não aplicação de uma lei no contexto da teoria de justiça de Rawls? Como respondido pelo próprio autor linhas acima, esta é uma questão difícil e das mais intrincadas dentro da justiça política. Porém, apesar de o autor não definir quais os critérios ou requisitos para que não se aplique ou se obedeça uma lei injusta, as palavras acima citadas e a obra referenciada como um todo fornecem uma direção que torna possível tentar especificar um pouco mais tais possibilidades.

O início de resposta à questão acima formulada pode ser também conformado por meio da busca de uma resposta a uma outra questão acoplada àquela e que se ajusta com mais aderência aos propósitos do presente trabalho: que espécie de justificativa seria suficiente,

dentro de uma teoria de justiça como a de Rawls, para que um juiz, ao interpretar uma lei, indicasse sua não aplicação por ser ela injusta?

Uma primeira resposta retoma a questão do critério de ambiente institucional de justiça. Como dito, uma lei injusta concebida em uma sociedade dotada de uma estrutura básica razoavelmente justa não deve ter sua aplicabilidade negada pelo Poder Judiciário. Dessa afirmação, poder-se-iam derivar as seguintes perguntas: por qual razão não seria possível deixar de aplicar uma lei injusta mesmo em uma sociedade dotada de uma estrutura básica razoavelmente justa? Afinal, a lei não continua sendo injusta de qualquer forma?

Ao estabelecer esta primeira condicionante, Rawls está afirmando que há uma diferença entre o advento de uma lei injusta em uma sociedade que, pela qualidade de justiça de suas instituições, produz geralmente leis justas em oposição a uma sociedade que, em razão da pouca qualidade de justiça de suas instituições, geralmente produz normas injustas. Enquanto no caso do primeiro tipo de sociedade a lei injusta pode ser considerada como uma espécie de acidente normativo, no segundo caso a lei injusta é apenas mais uma produzida na teia de instituições injustas ou pouco justas que compõem tal sociedade.

A diferenciação em apreço é importante na medida em que estabelece a maior ou menor necessidade de atuação corretiva dos órgãos judiciais. Enquanto em uma sociedade quase – justa a necessidade de atuação judicial corretiva é menor e excepcional, dado que o sistema como um todo é justo, na sociedade pouco justa a carga de atuação judicial corretiva é bem maior e mais necessária.

Com efeito, ainda sobre este ponto, uma outra indagação poderia ser feita: supondo que uma mesma lei, tida como injusta, seja editada em duas sociedades distintas, uma quase – justa e outra pouco justa, na primeira não seria viável a atuação judicial corretiva enquanto na segunda seria viável?

Aqui entra em cena uma característica das sociedades quase – justas que Rawls termina antecipando ao afirmar que a atitude perante a lei injusta dependerá “[...] de até que ponto a doutrina aceita é razoável e dos meios disponíveis para alterá-la” (2008, p. 439). Ou seja, sociedades quase – justas tendem a ser dotadas de mecanismos institucionais para alterar ou revogar ou as disposições acidentalmente injustas, enquanto as sociedades pouco justas geralmente não as possuem.<sup>37</sup> Logo, também por esse motivo, uma lei com o mesmo teor injusto produzida em uma sociedade razoavelmente justa, de um lado, e em uma sociedade pouco justa de outro lado, ensejará uma atuação judicial corretiva diferente em grau de

---

<sup>37</sup> As sociedades podem até mesmo possuir tais mecanismos, porém os mesmos podem não funcionar ou funcionar mal. Esta questão, entretanto, tem mais adequação no bojo do estudo da teoria não - ideal de justiça e por isso será apenas referenciada nesta subseção.

intensidade, pois uma detém mecanismos adicionais operativos e eficientes de correção para além da atuação judicial, enquanto a outra não tem ou, se tem, não funciona de forma eficiente.

Mesmo com esta explicação, sobrevém, ainda, uma outra pergunta: não pode ocorrer de uma lei injusta merecer uma correção judicial nos dois domínios acima mencionados, isto é, tanto em uma sociedade razoavelmente justa quanto em uma pouco justa? A resposta para a indagação é sim e introduz as noções articuladas de urgência corretiva e, novamente, como no início desta discussão, o grau de injustiça da lei.

Uma lei pode ser a tal ponto injusta que mereça uma atuação corretiva judicial seja em uma sociedade razoavelmente justa ou em uma sociedade pouco justa se o grau de injustiça dessa lei for de tal monta que não se permita esperar – noção de urgência e de perigo na demora – que os demais mecanismos institucionais não judiciais atuem. O grau de injustiça da norma seria tal que a referida espera poderia ensejar danos irreparáveis, seja no âmbito coletivo ou mesmo individual de cada cidadão que pertença a esta sociedade, razoavelmente justa ou pouco justa.

Nota-se, pois, que, apesar de a noção de urgência, ao lado da questão relativa ao critério do ambiente institucional de justiça, ajudar na delimitação do maior ou menor cabimento da atuação judicial corretiva, ainda assim a melhor compreensão de até que ponto se pode deixar de observar ou aplicar uma lei injusta depende de um maior refinamento acerca do grau de injustiça desta lei. Se, de um lado, já se verificou que a atuação judicial corretiva depende do ambiente institucional de justiça em que ela foi produzida e do senso de urgência que esta lei desperta, resta, então, saber, ao menos de forma aproximada e reflexiva, qual grau de injustiça é capaz de despertar a urgência de utilização da atuação judicial corretiva inicialmente em uma sociedade quase – justa.<sup>38</sup>

As palavras de Rawls transcritas acima permitem, acerca do grau de injustiça necessário para afastar a aplicação de uma lei, especificar duas situações em que tal se torna possível.

Em uma primeira situação, a lei é de tal ordem injusta que, uma vez aplicada massivamente a todos, como pressupõe a justiça como regularidade, termina por representar uma ameaça de desnaturação de uma parte da estrutura básica justa da sociedade. Desnaturar uma parte da estrutura básica da sociedade significa provocar, por meio de uma lei injusta, uma tal erosão que uma parte ou uma boa parte destas estruturas pode deixar de servir à

---

<sup>38</sup> Alerta-se novamente que a questão em estudo será novamente avaliada no ambiente de uma sociedade concebida dentro de uma teoria não – ideal de justiça mais adiante. Daí porque, neste momento, o estudo centra-se apenas em um ambiente de justiça de uma sociedade razoavelmente justa.

finalidade justa para a qual foram concebidas ou, em um grau ainda pior, podem se converter em instituições que patrocinam valores ou princípios de justiça completamente antitéticos àqueles eleitos pelas partes na posição original. Uma lei de tal forma injusta, mesmo que concebida em uma sociedade razoavelmente justa, não pode permanecer no sistema jurídico por muito tempo, devendo sofrer a imediata correção institucional por parte do Poder Judiciário.

Em uma segunda situação, já em âmbito menos abrangente que o anterior, uma lei é de tal forma injusta que termina por frustrar ou impedir, ainda que apenas individualmente, *ab initio*, a proteção e o gozo de um direito considerado nuclear ou essencial para que este indivíduo possa ter ou possa continuar tendo o direito de planejar, estabelecer e executar o plano de vida que considera bom e que seria admissível pela comunidade reunida na posição original.

Aqui, o âmbito de ataque não é mais propriamente o do sistema institucional de justiça como um todo, quando os princípios de justiça e a correspondente teoria de justiça terminam por ser desnaturados. O âmbito de ataque, neste ponto, é mais individualizado e se liga propriamente à fixação e garantia dos direitos mínimos para que cada cidadão possa continuar a ter o direito não apenas de estabelecer seus planos de vida, como o primeiro princípio de justiça propõe, mas igualmente ter acesso aos meios, isto é, aos arranjos institucionais e direitos que propiciam a chance de executar tais planos de vida.

Os arranjos institucionais e direitos mínimos necessários à execução prática dos planos de vida de cada indivíduo são aquilo que Rawls denominou de bens primários sociais, quais sejam, aqueles distribuídos diretamente por instituições sociais, a exemplo da riqueza, oportunidade e direitos especificamente considerados.

Relembrando o que Rawls apontou, os indivíduos, na posição original, optariam por garantir um direito igual ao esquema de mais abrangente de liberdades básicas compatível com um esquema semelhante de liberdades para as demais pessoas – derivação feita de acordo e a partir do primeiro princípio de justiça. Com efeito, os mesmos indivíduos também escolheriam, na posição original, garantir acesso a um sistema institucional capaz de garantir uma verdadeira igualdade equitativa de oportunidades e de condicionar as desigualdades econômicas e sociais à melhoria de vida dos indivíduos menos favorecidos como requisito de justiça para a existência de desigualdades econômicas e sociais – expressão do segundo princípio de justiça. Ou seja, das instituições que integram a estrutura básica de justiça devem emanar leis e políticas que atendam não apenas ao primeiro princípio de justiça, mas igualmente ao segundo, sendo certo, pois, que uma lei que não caminhe neste sentido também

afeta a garantia de distribuição justa de uma parte dos bens primários sociais – no caso, os ligados ao segundo princípio de justiça – necessários à execução dos planos de vida dos indivíduos.

Refinando ainda mais o que são os aludidos bens primários sociais, Brito Filho aduz que estes são “no plano global, os Direitos Humanos e, no plano interno de cada Estado, os Direitos Fundamentais” (2015, p. 66). Logo, no caso brasileiro, equivale aos bens primários toda a gama de Direitos Fundamentais previstos na Constituição da República, o que inclui os direitos sociais trabalhistas mínimos dispostos no artigo 7º do aludido documento.

Nos termos apregoados por Rawls, o responsável por garantir os bens primários é o Estado, o qual deve executar esta missão por meio do seu setor de transferências (RAWLS, 2008, pp. 344-345). A responsabilidade em questão é do Estado como um todo, vale dizer, abrange a esfera de atuação e competência de cada um dos poderes, envolvendo, pois, não apenas os Poderes Executivo e Legislativo na distribuição dos bens primários sociais – efetivação dos direitos fundamentais sociais – mas igualmente o Poder Judiciário.

Assim sendo, uma vez que ao Poder Judiciário cabe uma parcela da responsabilidade acima mencionada, àquele cabe, por meio da interpretação judicial, negar aplicação a uma lei portadora de um grau de injustiça capaz de ameaçar ou frustrar a garantia de acesso a um dos bens primários sociais mencionados, os quais se traduzem, como dito, em direitos fundamentais sociais no plano jurídico interno. Eis, então, uma segunda especificação acerca do grau de injustiça presente em uma lei que justifica a sua não aplicação e observação.

Feitos, pois, todos esses apontamentos, pode-se, agora, encadear uma ordem de pensamento de forma seriada, de modo a demonstrar a relação entre as leis, a interpretação judicial e o segundo princípio de justiça:

a) De acordo com a teoria Rawlsiana de justiça, em regra, as instituições nascidas justas geralmente dão origem a outras instituições, leis, por exemplo, justas. Assim sendo, ordinariamente, impõe-se um sentido forte e denso do *Rule of Law* e por conseguinte da vinculatividade das leis, as quais, em nome do primeiro princípio de justiça, devem ser aplicadas de maneira regular e igual a todos;

b) Mesmo uma lei injusta, segundo Rawls, não perde seu caráter de vinculatividade, sendo em regra mais grave deixar de aplicar uma lei injusta em cada situação concreta do que aplicar uma lei injusta de forma igual a todos;

c) As afirmações contidas nos itens anteriores não são absolutas, de modo que, mesmo dentro da teoria em estudo, é possível não aplicar uma lei injusta a depender do grau de injustiça desta lei e também do ambiente institucional de justiça em que tal lei é gestada;

d) A depender do ambiente institucional de justiça em que a lei injusta é editada, a necessidade de atuação corretiva judicial na aplicação da lei será maior ou menor. Quanto mais justa a sociedade em que a lei injusta for editada, menor será a necessidade de atuação judicial, eis que uma sociedade razoavelmente justa provavelmente será dotada de mecanismos e instâncias institucionais homólogas àquelas que deram origem à lei injusta e que serão eficientes no desfazimento coletivo e abstrato da lei injusta. De outro lado, quanto menos justa for a sociedade em questão, maior será a necessidade de atuação judicial corretiva em face da lei tida como injusta;

e) O fato de a necessidade de atuação judicial corretiva variar de maneira inversamente proporcional ao grau de justiça das instituições de uma sociedade como um todo não elimina a possibilidade de edição de uma lei de tal modo injusta que, por conta do seu potencial de dano e do perigo na demora em desfazê-la, justifique a atuação judicial corretiva mesmo em uma sociedade quase – justa. Daí ser possível afirmar que, mesmo em sociedades quase – justas, ainda que em menor grau, a atuação judicial corretiva é necessária e depende, uma vez mais, do grau de injustiça e do potencial de dano desta lei. Para se saber, então, quando a correção judicial deve ocorrer, é necessário ter em mente um parâmetro do grau de injustiça que justifique tal atuação;

f) Como pontuado, pode-se cogitar de injustiças em dois âmbitos. Em um primeiro âmbito, a lei injusta, se aplicada com regularidade, satisfazendo-se os desígnios da justiça formal, pode ameaçar de desnaturação uma parte ou uma boa parte da estrutura básica da sociedade, fazendo com que uma parte ou uma boa parte das instituições que integram esta estrutura básica deixem de servir à finalidade justa para a qual foram criadas ou, em um grau mais dramático, passem a ser instrumentalizadas para promoção de valores e princípios de justiça antitéticos aos escolhidos na posição original;

g) Em um segundo âmbito, a lei injusta produz efeitos menos abrangentes, mas termina por frustrar ou impedir, ainda que individualmente, *ab initio*, a proteção e o gozo de um direito considerado nuclear ou essencial para que este indivíduo possa ter ou possa continuar tendo o direito de planejar, estabelecer e executar o plano de vida que considera bom e que seria admissível pela comunidade na posição original. A lei injusta ataca a garantia dos direitos mínimos para que cada cidadão possa continuar a ter o direito não apenas de estabelecer seus planos de vida, como o primeiro princípio de justiça propõe, mas igualmente ter acesso aos meios, isto é, aos arranjos institucionais e direitos, que propiciam a chance de executar tais planos de vida;

h) Esses arranjos institucionais e direitos são, em realidade, os bens primários sociais

especificados por Rawls e equivalem, no plano global, aos Direitos Humanos e, no plano interno de cada Estado, aos Direitos Fundamentais. Tais bens ligam-se ao segundo princípio de justiça escolhido na posição original e, no caso brasileiro, equivalem aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição da República, o que inclui os direitos sociais trabalhistas mínimos dispostos no artigo 7º do aludido documento;

i) Uma lei injusta nos graus mencionados em “f” e “g”, mesmo que editadas em uma sociedade razoavelmente justa, justificam a atuação judicial em razão do elevado grau de injustiça e do potencial de danos ao esquema global de justiça e aos direitos fundamentais, inclusive os sociais trabalhistas;

j) Logo, concluiu-se que, mesmo dentro da teoria de Rawls, tanto as injustiças que atentam contra as instituições e direitos criados a partir do primeiro princípio de justiça e para reforçar o direito de liberdade igual dos cidadãos quanto as injustiças cometidas contra as instituições e direitos criados a partir do segundo princípio de justiça e para reforçar o direito à igualdade equitativa de oportunidades e para densificar o princípio da diferença justificam, a depender dos condicionantes ao norte estudados, uma atuação judicial corretiva.

As considerações acima permitem perceber, então, que os dois princípios de justiça e o exercício teórico de retorno à posição original podem consubstanciar-se em um vetor de justiça política que os juízes, já no quarto estágio da sequência aplicativa dos princípios, podem usar ao realizarem a interpretação das leis, fazendo-se, então, a tradução do significado da justiça política para o mundo prático da hermenêutica judicial. Nas seções subsequentes esta operação será abordada.

Com efeito, nos termos já antecipados alhures, tudo o que acima foi esclarecido pertence ao âmbito da teoria ideal de justiça. É necessário, pois, para que se adentre ao campo proposto no parágrafo anterior, entender o que Rawls pretende dizer ao especificar a noção de teoria ideal de justiça em oposição a uma teoria não-ideal de justiça. É o que se fará a seguir.

### 3.11 O CONCEITO DE SOCIEDADE BEM ORDENADA, A TEORIA IDEAL DE JUSTIÇA E A TEORIA NÃO – IDEAL DE JUSTIÇA

Tudo o que até aqui foi colocado, debatido e estruturado acerca dos ensinamentos de Rawls teve assento e pertencimento dentro daquilo que o referido autor denominou de teoria ideal de justiça. Ou seja, a opção dos indivíduos representativos, na posição original, pelos dois princípios de justiça, eleitos e conformados na mencionada ordem léxica, a prioridade da liberdade em relação à igualdade equitativa de oportunidades e ao princípio de diferença e as

instituições que decorreram desta escolha organizativa compõem aquilo que Rawls denominou como sendo uma teoria ideal de justiça.

De acordo com o que Rawls estabeleceu, todo o esquema acima mencionado e em especial a escolha dos princípios de justiça em ordem serial, com a advertência de que o segundo somente poderia ser perseguido após a satisfação dos arranjos institucionais e dos direitos ligados ao primeiro, encaixam-se dentro do que o autor denominou de teoria ideal de justiça.

A teoria ideal de justiça, conforme adverte De Vita,

[...] opera com base em duas suposições cruciais: a de que os princípios de justiça são realizados de forma pelo menos aproximada pela estrutura básica da sociedade e a de que há 'obediência estrita', isto é, a suposição de que todos aceitam conformar sua conduta aos princípios de justiça publicamente reconhecidos. Quando há sérias injustiças nas instituições sociais ou na conduta dos indivíduos (quer se trate de pessoas privadas ou investidas de autoridade pública, empresas, grupos e associações de todo tipo, igrejas e seitas religiosas), estamos no terreno da 'teoria não – ideal' e da 'obediência parcial' (DE VITA, 2007, p. 209).

Ou seja, toda a construção teórica de justiça feita por Rawls e descrita acima encaixa-se em um âmbito de consideração, avaliação e pressuposição ideal, no qual se supõe uma determinada sociedade imaginada e pensada como modelo. Esta sociedade, como visto acima, em linhas mínimas, consegue realizar, ainda que de maneira aproximada, os princípios de justiça, estruturar instituições que refletem tais princípios e que consigam, ainda que não de forma perfeita, garantir os direitos que decorrem da assunção deste esquema de justiça.

Esta teoria ideal de justiça, então, foi erigida por Rawls pressupondo ou tendo como modelo teórico aquilo que ele qualificou como sociedade bem ordenada. Esta sociedade é marcada pelas seguintes características: moldada para promover o bem de seus membros; regulada de forma efetiva por uma concepção pública de justiça; nela, todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; as instituições sociais básicas atendem e se sabe que atendem a esses princípios; os membros desta sociedade têm um desejo forte e em geral efetivo de agir conforme o exigem os princípios de justiça e sua concepção de justiça é estável (RAWLS, 2008, pp. 560 – 561).

De Vita, analisando o esquema teórico de Rawls, assevera que:

Rawls supõe que, em uma sociedade liberal justa, a distribuição de bens primários<sup>39</sup> segundo os dois princípios de justiça seria realizado de maneira que permitisse a

39 Relembrando, os bens primários são direitos e liberdades fundamentais, vantagens e prerrogativas associadas às posições de responsabilidade em instituições econômicas e políticas, renda, riqueza e as bases sociais do autorrespeito. Relembre-se também, de maneira positivada na Carta Magna, os direitos fundamentais nela contidos.

cada cidadão desenvolver e exercitar plenamente essas faculdades morais (2007, p. 208).

Feitos estes esclarecimentos, caberia perguntar: como ficaria a concepção de justiça, principalmente no que toca à ordem lexical dos princípios de justiça e à prioridade da liberdade em relação à igualdade equitativa de oportunidades e ao princípio da diferença, se a sociedade para a qual se deseja aplicar a referida concepção de justiça não for tida como uma sociedade bem ordenada? A prioridade lexical do primeiro princípio de justiça continuaria ocorrendo? Não haveria algum outro princípio que antecederia logicamente e que seria prioritário em relação ao primeiro princípio de justiça?

As questões acima feitas pertencem, nas palavras de Rawls, ao domínio da teoria não-ideal de justiça. Nos termos do que Rawls vaticinou, os princípios e a prioridade lexical entre eles fazem parte da chamada teoria ideal e pressupõem uma sociedade razoavelmente justa, que garanta a todos uma distribuição minimamente justa dos bens sociais. Quando, outrossim, se está diante de uma sociedade na qual existem sérias injustiças nas instituições sociais ou na conduta dos indivíduos, passa-se à operação dentro de uma teoria não – ideal de justiça (DEVITA, 2007, p. 209).

A noção da teoria ideal de justiça em comparação à teoria não ideal de justiça é importante porque permite analisar o cabimento e adequação do referido arcabouço teórico a uma determinada sociedade que se pretenda estudar. A aludida compreensão viabiliza a tomada da teoria Rawlsiana em âmbito ideal como uma espécie de gabarito normativo de justiça política construída em bases racionais e contratuais – a posição original – a partir do qual se permitirá o estudo e julgamento de adequação de uma sociedade real a tais parâmetros teóricos e ideais de justiça.

Nesse sentido, ao se tomar como objeto de estudo uma determinada sociedade, caminha-se, a partir de então, no terreno da teoria não ideal de justiça, e se possibilita compreender o quão próxima ou afastada esta sociedade encontra-se de um modelo de sociedade idealmente justa.

Este exercício de comparação normativa entre o não ideal e o ideal, fornece ao avaliador, uma vez enquadrada a sociedade em estudo como quase – justa ou pouco justa, parâmetros reflexivos para a aplicabilidade, em maior ou menor grau, de uma forma ou de outra, das instituições, mecanismos e engrenagens estabelecidas e estudadas por Rawls em sua teoria ideal de justiça.

Exemplificadamente, a compreensão dos conceitos de sociedade bem ordenada e dos domínios ideal e não ideal de justiça, permite questionar até que ponto, em uma determinada

sociedade em estudo, é possível admitir a colocação serial do primeiro princípio de justiça à frente do segundo princípio.

Sobre o posicionamento serial dos princípios concebido na teoria ideal de justiça e o cabimento e adequação daquele quando se passa para o âmbito da teoria não ideal, De Vita faz a seguinte consideração importante:

O que dizer da prioridade atribuída ao primeiro princípio diante de situações caracterizadas por graves injustiças? Digamos que se trate de uma situação em que os níveis de desigualdade e pobreza sejam de tal ordem que o acesso dos mais pobres sobretudo aos direitos civis seja de fato muito precário. Aqui, estamos no domínio da 'teoria não – ideal', e, nesse caso, a questão que se apresenta 'é saber qual é a forma justa de responder à injustiça (DE VITA, 2007, p. 215)

A intuição indica que em uma sociedade pouco justa – relembre-se aqui a noção de critério de ambiente institucional de justiça tratado na subseção anterior – a manutenção inflexível da ordem serial ideal dos princípios de justiça terminaria por manter, elevar, agravar e perpetuar as injustiças concernentes ao acesso desigual e precário dos bens sociais mínimos para a realização digna dos planos de vida de cada cidadão. A intuição em apreço é adequada, mas precisa ser explicada e explicitada.

Uma sociedade pode estar falhando na distribuição equitativa dos bens sociais básicos de duas formas. Na primeira, esta falha decorre da não observância dos dois princípios de justiça na formatação das instituições integrantes da estrutura básica da sociedade. Ou seja, as instituições que serão responsáveis pela distribuição equitativa das liberdades fundamentais básicas e dos bens sociais já nascem corrompidas ou distorcidas e, por conseguinte, o resultado distributivo acaba sendo injusto. Neste caso, a providência a ser tomada é mais profunda e drástica, exigindo uma ampla e profunda reforma das instituições.

De outra banda, a falha ou injustiça na distribuição equitativa dos bens sociais básicos pode ocorrer apesar da existência de instituições criadas a partir da observância do primeiro princípio serial de justiça. Ou seja, apesar de as instituições terem nascido justas, para o atingimento de finalidades justas, tais não conseguem executar a distribuição minimamente equitativa dos bens básicos, conforme exigido no âmbito da teoria ideal de justiça. Em uma tal situação, pode-se dizer que há uma estrutura institucional formal de justiça que legitima políticas e leis injustas. Utiliza-se a legitimidade formal das instituições de justiça para patrocinar políticas e leis materialmente injustas e digressivas ao segundo princípio de justiça.

Aqui é valioso lembrar a sequência aplicativa dos princípios de justiça em quatro estágios. Quando, na teoria ideal, o estágio legislativo é alcançado, os participantes já não mais estão totalmente cobertos pelo véu da ignorância. Em realidade, neste estágio, os

participantes estão quase totalmente descobertos e, por conseguinte, a esta altura, já têm um bom conhecimento sobre a existência dos mais variados segmentos sociais, as posições políticas e econômicas mais relevantes na sociedade e, então, nesta posição, estão muito mais sujeitos às incidências ligadas aos imperativos hipotéticos. Nesta situação, estão muito mais expostos à atuação dos grupos de pressão da sociedade, que pertencem aos mais variados segmentos econômicos e sociais e que articulam seus interesses específicos por meio da linguagem comunicativa de massa.<sup>40</sup> É exatamente no estágio aplicativo dos princípios de justiça acima mencionado que se encontra uma maior possibilidade de edição leis e políticas públicas descoladas dos desígnios relativos ao segundo princípio de justiça e, resultando, por conseguinte, quando tal passa a ser constante, em falha na distribuição equitativa dos bens sociais.

Assim sendo, como referido na segunda acepção, pode ocorrer de uma determinada sociedade ter construído instituições legitimadas de acordo com o primeiro princípio de justiça sem que, entretanto, tais instituições consigam realizar materialmente a distribuição equitativa dos bens sociais. Se, para a primeira sociedade ao norte descrita, constituída por instituições em desacordo com o primeiro princípio de justiça, indicou-se uma ampla e profunda reforma das instituições, neste segundo caso, confirmando a intuição mencionada alhures, uma proposta adequada caminharia no sentido de, pontualmente, passar a tentar ponderar as prioridades lexicais dos princípios de justiça, dando preferência ao segundo em detrimento do primeiro. Lembre-se, ainda neste ponto, que, mesmo na teoria ideal, Rawls previu e admitiu tal possibilidade, ressaltando, outrossim, o caráter excepcional da medida.

Neste ponto, convém aquilatar e lembrar que esta inversão serial de prioridades, matizada pelos condicionantes já tratados, não tem por objetivo simplesmente redistribuir rendas ou riquezas. Como se pode notar pela obra de Rawls e pelo que foi sintetizado por Werle (2014) e Brito Filho e Lamarão Neto (2016), a distribuição de renda e de riqueza não é o objetivo central de justiça que se quer alcançar por meio de uma inversão temporária, pontual, específica e excepcional na prioridade lexical dos princípios. Esta possível inversão, considerando os postulados da obra de Rawls, trataria a redistribuição de riqueza e de renda como meio de garantia do verdadeiro objetivo, que é conferir a todos as bases sociais do autorrespeito, permitindo a consecução dos planos de vida individuais de cada cidadão.

Em outras palavras, e nos termos preconizados por Rawls, a relativização da ordem

---

40 Boas análises acerca da atuação dos grupos de pressão na formulação e consecução de políticas públicas, do funcionamento dinâmico das agendas políticas nos centros de deliberação democrática e da influência da opinião pública e da mídia na construção de leis e políticas públicas podem ser encontradas em SANSON (2013), KINGDON (2006) e em PIERSON (2013).

serial que consagra o primeiro princípio de justiça e, por conseguinte, a relativização das liberdades fundamentais a ele conexas, teria justamente por escopo garantir o mínimo necessário para que todos os integrantes da sociedade, de forma equitativa, possam efetivamente ter acesso a este mesmo esquema amplo de liberdades fundamentais. Ao fim e ao cabo, então, no âmbito de uma teoria não ideal de justiça, esta inversão pontual da ordem serial de princípios de justiça não significaria uma ofensa, enfraquecimento ou sacrifício do primeiro princípio de justiça e das instituições dele decorrentes. Em realidade, essa inversão configura-se como um mecanismo de reforço deste importante e precedente princípio.

A possibilidade aventada acima tem guarida direta nas palavras de Rawls, que assim asseverou:

Presumi que, se as pessoas na posição original sabem que é possível exercer de forma efetiva suas liberdades fundamentais, não trocarão uma liberdade menor por vantagens econômicas maiores (§26). É apenas quando as condições sociais não permitem a instituição plena desses direitos que se pode admitir que sofram restrição (RAWLS, 2008, p. 668).

No mesmo sentido do que propugnado por Rawls, Barry articulou argumentos que concluem que um denominado princípio de satisfação de interesses vitais certamente encontrar-se-ia embutido entre os princípios escolhidos na posição original, pois, do contrário, os indivíduos que estivessem na camada mais desfavorável deste esquema contratual dificilmente não oporiam objeções à escolha dos princípios de justiça articulados na teoria Rawlsiana (BARRY, 1994, p. 67)

Desse modo, seja considerando, dentro da teoria ideal de justiça, o princípio indicado por Barry como implícito no primeiro princípio de justiça ou mesmo como um princípio de justiça serialmente anterior ao aludido primeiro princípio de justiça, ou mesmo, já nos domínios da teoria não ideal de justiça, com simples base nas palavras do próprio Rawls, pode-se concluir que quanto mais uma sociedade se afasta dos postulados de uma sociedade bem ordenada, maior deve ser o grau de densificação e incidência do segundo princípio em detrimento do primeiro princípio de justiça, relativizando-o com o escopo de propiciar a todos os cidadãos o efetivo acesso às bases sociais do autorrespeito e às liberdades fundamentais cogitadas a todos desde a posição original e em regra materializadas logo no primeiro estágio aplicativo, isto é, no texto da Constituição da República.

Feitas estas considerações, é possível retornar à análise da interpretação judicial, já estudado no âmbito da teoria ideal de justiça, para um estudo no bojo de uma sociedade considerada não tão bem ordenada, isto é, no âmbito de uma teoria não ideal de justiça.

### 3.11.1 Os princípios de justiça e a interpretação judicial no âmbito da teoria não ideal de justiça

Compreendidas as diferenças entre os domínios das teorias ideal e não ideal de justiça, pode-se dizer, nos termos do que foi apontado, que o modo como os postulados teóricos da justiça como equidade podem ser entendidos e aplicados a uma determinada sociedade variará de acordo com a aproximação desta ao conceito Rawlsiano de sociedade bem ordenada. Como já acentuado, quanto mais justa for uma sociedade real, mais adequada e cabível será a aplicação, tal como construída na teoria ideal, do esquema de justiça política lastreado nos princípios de justiça ordenados de forma lexical. De outra banda, quanto menor for o grau de aproximação de uma determinada sociedade em estudo com o conceito de sociedade bem ordenada, maior será a necessidade de alterar a aplicação dos postulados teóricos ideais, em especial no que toca a relativização da prioridade do primeiro princípio em relação ao segundo princípio de justiça.

Entendidas tais considerações, cabe averiguar como, então, ficaria a relação entre os princípios de justiça, sua ordem serial e a interpretação judicial em uma sociedade não tão bem ordenada, isto é, no âmbito da teoria não ideal de justiça.

De acordo com o que foi concluído na subseção anterior, a interpretação judicial no âmbito de uma sociedade bem ordenada, isto é, dentro da teoria ideal de justiça, deve se dar seguinte forma:

a) Ordinariamente, impõe-se um sentido forte e denso do *Rule of Law* e por conseguinte da vinculatividade das leis, as quais, em nome do primeiro princípio de justiça, devem ser aplicadas de maneira regular e igual a todos;

b) Mesmo uma lei injusta, segundo Rawls, não perde seu caráter de vinculatividade, sendo em regra mais grave deixar de aplicar uma lei injusta em cada situação concreta do que aplicar uma lei injusta de forma igual a todos;

c) Mesmo dentro da teoria em estudo, é possível não aplicar uma lei injusta a depender do grau de injustiça desta lei e também do ambiente institucional de justiça em que tal lei é gestada;

d) Quanto mais justa a sociedade em que a lei injusta for editada, menor será a necessidade de atuação judicial, eis que uma sociedade razoavelmente justa provavelmente será dotada de mecanismos e instâncias institucionais homólogas àquelas que deram origem à lei injusta e que serão eficientes no desfazimento coletivo e abstrato da lei injusta. De outro

lado, quanto menos justa for a sociedade em questão, maior será a necessidade de atuação judicial corretiva em face da lei tida como injusta;

e) Mesmo em sociedades quase – justas, ainda que em menor grau, a atuação judicial corretiva é necessária e depende, uma vez mais, do grau de injustiça e do potencial de dano desta lei;

f) Tanto uma lei injusta que, aplicada com regularidade, satisfaça os desígnios da justiça formal, mas ameace de desnaturação uma parte ou uma boa parte da estrutura básica da sociedade, fazendo com que uma parte ou uma boa parte das instituições que integram esta estrutura básica deixe de servir à finalidade justa para a qual foram criadas ou, em um grau mais dramático, passem a ser instrumentalizadas para promoção de valores e princípios de justiça antitéticos aos escolhidos na posição original e também quanto uma lei injusta que produz efeitos menos abrangentes, mas termina por frustrar ou impedir, ainda que individualmente, *ab initio*, a proteção e o gozo de um direito considerado nuclear ou essencial para que este indivíduo possa ter ou possa continuar tendo o direito de planejar, estabelecer e executar o plano de vida que considera bom e que seria admissível pela comunidade na posição original, merecem atuação judicial corretiva mesmo em uma sociedade bem ordenada e dentro da teoria ideal de justiça.

Trazendo agora as considerações acima, conclusivas em relação ao âmbito da teoria ideal de justiça, para o âmbito de uma teoria não ideal de justiça, considerando uma sociedade não tão bem ordenada, tem-se que, embora deva prevalecer a vinculatividade das leis e a incidência do *Rule of Law*, tais devem ser alvo permanente de um minucioso escrutínio judicial, de modo que sempre seja possível obter, de maneira razoavelmente lógica, o sentido hermenêutico que melhor promova os desígnios não apenas do primeiro princípio de justiça, mas principalmente do segundo princípio de justiça.

Em outras palavras, ao juiz de uma sociedade não tão bem ordenada, não é dado o mesmo conforto hermenêutico ofertado a um juiz de uma sociedade bem ordenada, eis que, naquela, ainda que se possa presumir a justiça das leis editadas, o histórico institucional da sociedade e a sua situação real de desigualdade na distribuição dos bens sociais, exige do magistrado uma postura atenta e, ao mesmo tempo, mais pró - ativa na extração de sentido das fontes sociais do Direito.

Da mesma forma, em uma sociedade não tão bem ordenada, não se pode dizer que é mais grave deixar de aplicar uma lei injusta em cada situação concreta do que aplicar uma lei injusta de forma igual a todos. No âmbito da teoria não ideal de justiça, considerando uma sociedade não tão bem ordenada, é possível afirmar que tão injusto quanto deixar de aplicar

uma lei injusta em cada situação concreta é aplicar com regularidade uma lei injusta a todos, dado que o simples replicar acrítico da regra do *Rule of Law* ensejará tão somente a perpetuação do sistema pouco justo que a sociedade em apreço edificou.

Nesse sentido, pode-se afirmar que se, com base nas palavras de Rawls, é possível rejeitar a aplicação de uma lei injusta mesmo no bojo de uma teoria ideal de justiça, com maior razão essa possibilidade existe na teoria não ideal de justiça e no seio de uma sociedade não tão bem ordenada. Repita-se, em uma sociedade não tão bem ordenada, a atuação judicial corretiva e a pró atividade judicial interpretativa merecem e devem ser ainda mais intensas.

Compreendidos, então, os parâmetros de possibilidade de atuação interpretativa judicial corretiva e pró ativa em uma sociedade não tão bem ordenada, cabe aferir a situação da sociedade brasileira para então compreender a atuação do respectivo Poder Judiciário.

### 3.12 A SOCIEDADE BRASILEIRA, O PODER JUDICIÁRIO E A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL JUSTA

A aferição da sociedade brasileira como bem ordenada ou como não tão bem ordenada será aqui realizada mediante caminhada pela sequência aplicativa de quatro estágios acima estudada.

No primeiro estágio, que ocorre logo após a escolha e adoção dos princípios de justiça, os contratantes, como visto, estabelecem uma convenção constituinte. Nesta, inserem um sistema para o exercício dos poderes constitucionais do governo, além de direitos fundamentais, que devem ser garantidos equitativamente a todos.

A Constituição Brasileira é dotada de dispositivos que estabelecem a separação e funcionamento harmônico dos poderes da República, organizam a estrutura estatal e desenham mecanismos para o exercício dos poderes constitucionais do governo – art. 2º e Título III. De outro lado, a Carta Magna, em seu título II, elenca um rol de direitos fundamentais, abrangendo direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), direitos sociais (arts. 6º ao 11) e direitos políticos (arts. 14 ao 16).

Logo, ao menos no plano formal e ideal, pode-se dizer que a sociedade brasileira editou, no primeiro estágio, normas decorrentes e adequadas aos princípios de justiça.

Passando ao segundo estágio, quando o véu da ignorância já foi parcialmente retirado, relembre-se, os sujeitos partem para a escolha de ordenações processuais que tenham a maior capacidade possível para produzir uma ordem legal justa e também eficaz.

Quanto a este ponto, é possível perceber que a Constituição Brasileira adotou, na

Seção VIII do Título IV, um processo legislativo fincado em princípios de justiça que seriam adotados na posição original, conferindo instrumentos ao Estado para a produção de leis e políticas públicas justas. Os referidos instrumentos, em uma análise inicial, estão bem marcados pelo exercício da liberdade igual e do majoritarismo, permitindo amplos debates e prestando reverência à pluralidade democrática. Adverte-se que não se está afirmando que tais instrumentos e que as ordenações processuais são perfeitas ou que não poderiam ser aperfeiçoadas, até porque não foi feito um estudo específico sobre isso – até por não ser objeto deste trabalho. O que se está afirmando é que as instituições e ordenações processuais foram concebidas de modo a possibilitar a edição de leis e políticas públicas justas.

Chegando-se ao terceiro estágio, tem-se a fase de julgamento de avaliação da justiça das leis e das políticas sociais. Aqui, as normas a serem editadas devem obedecer ao máximo os remotos princípios de justiça, bem como aos limites impostos pela convenção constituinte.

A quantidade de leis e políticas públicas a serem avaliadas neste estágio é enorme. Uma avaliação desse porte seria impossível aqui. Desse modo, a avaliação de justiça das normas e políticas públicas produzidas neste estágio será realizada mais adiante por meio de uma análise um pouco mais pragmática acerca de índices diversos que medem a colocação política, econômica e social do Brasil.

Por fim, já no quarto estágio, em que juízes e administradores passam a aplicar as normas aos casos concretos, da mesma forma que no terceiro estágio, não há como avaliar individualmente cada situação aplicativa, pelo que, da mesma forma, o sucesso da atuação justa do Poder Judiciário, em específico, será avaliado da mesma forma mencionada acima. De antemão, contudo, pontua-se apenas que a Carta Magna, ao mesmo tempo em que estabeleceu a regra do *Rule of Law*, concedeu aos juízes a independência funcional para bem julgar.

Satisfeitos, como visto em uma breve constatação, os princípios de justiça nos dois primeiros estágios, passa-se a averiguar os dois outros estágios nos termos ao norte explicitados, fazendo-se, entretanto, um alerta anterior no sentido de que aqui não se pretende esmiuçar o grau de ordenação da sociedade brasileira de forma minudente. O intuito é tão somente entender se esta sociedade está mais próxima a um conceito de sociedade bem ordenada ou se ainda está longe dele e, em caso positivo, em quais termos, sentidos e pontos específicos.

Iniciando o procedimento, analisa-se a colocação do Brasil no índice de liberdade no mundo da Freedom House<sup>41</sup> (2020). De acordo com o último relatório da instituição, o Brasil

---

41 A metodologia utilizada pela instituição pode ser conferida em <https://freedomhouse.org/reports/freedom->

alcançou 75 dos 100 pontos possíveis na medição dos índices relativos aos Direitos políticos e Liberdades civis, sendo considerado, então, um país livre. Como o intuito não é analisar de forma minudente, aponta-se aqui tão somente a visão global do relatório:

O Brasil é uma democracia que realiza eleições competitivas e a arena política é caracterizada por um vibrante debate público. No entanto, jornalistas e ativistas da sociedade civil correm o risco de assédio e ataques violentos, e o governo tem se esforçado para lidar com altos índices de crimes violentos e violência desproporcional e exclusão econômica de minorias. A corrupção é endêmica nos níveis mais altos, contribuindo para a desilusão generalizada com os partidos políticos tradicionais. A discriminação social e a violência contra pessoas LGBTQ+ continuam sendo um problema sério (2020).

Segundo, pois, a instituição acima, o Brasil é um país que pode ser considerado livre, possui direitos políticos estabelecidos em leis e protegidos pelas instituições que as aplicam, sendo igualmente um país que, em regra, confere aos cidadãos as liberdades civis cogitadas idealmente na posição original e previstas na Constituição. Pode-se, assim, dizer, que o Brasil aproxima-se de uma sociedade bem ordenada ao menos no que toca aos direitos que mais se relacionam ao primeiro princípio de justiça.

Outrossim, a mesma visão global já deixa indicativos dos problemas mais graves que a sociedade brasileira enfrenta para conseguir mais se aproximar de um *status* de sociedade bem ordenada. Tais indicativos apontam também para questões econômicas e sociais.

No dia 15 de agosto de 2019, um estudo produzido no âmbito da Fundação Getúlio Vargas acerca de uma das facetas das desigualdades sociais e econômicas no Brasil trouxe conclusões em parte transcritas abaixo:

A pesquisa mostrou que a desigualdade de renda domiciliar per capita do trabalho está aumentando há 17 trimestres consecutivos quando comparado ao mesmo mês do ano anterior. Esse é o maior período de concentração da série histórica brasileira. Nem mesmo em 1989, o nosso pico histórico de desigualdade de renda brasileira, foi precedido por movimento de concentração por tantos períodos consecutivos. Desde o final de 2014 até o 2º trimestre de 2019, a renda dos 50% mais pobres da população caiu 17%, a dos 10% mais ricos 3% e a dos 1% mais ricos cresceu 10%. Se estamos falando de uma grande recessão na média e ganho no topo, isto significa que a base da distribuição teve quedas muito mais acentuadas que as da média. Até 2014, o bem – estar social crescia a 6,5% ao ano (porque a renda crescia e a desigualdade caía). Contudo, em apenas 2 anos, passou a cair quase os mesmos 6,5%. Mais do que uma longa recessão seguida de lenta retomada, passamos do crescimento inclusivo à recessão excludente. A desigualdade alavanca a dramaticidade e a duração do quadro (NERI, 2019, p. 20).

À pesquisa acima realizada com delimitação no tempo juntam-se outros dados que mostram o longo histórico de desigualdades sociais e econômicas no Brasil. O índice de

desenvolvimento humano no Brasil, segundo dados de 2014 contidos no relatório de desenvolvimento humano de 2019 da PNUD, é de 0,761, na posição nº 79 entre 189 países pesquisados.<sup>42</sup>

A pesquisa em questão, em sua tabela 2, mostra a evolução do IDH dos países nos intervalos de 1990 – 2000 – 2010 – 2013 – 2015 – 2016 – 2017 – 2018, sendo que o Brasil saiu de um IDH de 0,613 para 0,761, significando um crescimento de 0,78.<sup>43</sup> Com efeito, a mesma tabela mostra que no período de 2013 – 2018, o Brasil perdeu 3 posições no IDH, estando atrás hoje de países como Sérvia, Trindade e Tobago, Irã, Costa Rica, Albânia, Sri Lanka, Cuba, Antígua e Barbuda e Granada, por exemplo. Ainda assim, embora não tenha sido classificado como um país de desenvolvimento humano muito alto – países que ocupam as posições que ficam no intervalo de 1 a 62, faixa onde está o Chile, por exemplo – o Brasil ficou alojado na faixa de países considerados de alto desenvolvimento, faixa esta que vai de 63 até 116.

Avançando na análise do recente relatório, pode-se verificar que quando o IDH é ajustado ao coeficiente de desigualdade, aquele índice obtido pelo Brasil cai de 0,761 para 0,574, representando uma perda no índice de desenvolvimento humano no importe de 24,5%. Como consequência, o Brasil perde 23 posições no ranking anterior do IDH, saindo da posição 79 para a posição 102. O país ainda fica na faixa de nações com índice de desenvolvimento humanos elevado, mas já se aproxima da faixa de países com IDH médio – ficando a apenas 15 posições do descenso.

Como se pode observar, considerando o grau de desenvolvimento humano da sociedade brasileira, matizado pela influência negativa da desigualdade de renda e de distribuição de riqueza, não há como situar o Brasil como uma sociedade bem ordenada.

Se, de um lado, o Brasil é um país livre e, como regra, possui instituições que garantem um razoável nível de liberdade igual, de direitos políticos e de liberdades civis, satisfazendo, ainda que de forma não perfeita, as exigências do primeiro princípio de justiça, de outro, ainda está longe de distribuir adequadamente os bens primários sociais ligados ao segundo princípio de justiça e de, então, garantir a todos o efetivo direito de gozo das liberdades fundamentais e dos instrumentos necessários para que cada cidadão possa planejar e, mais do que isso, executar seus planos de vida.

Assim sendo, conclui-se que o Brasil não pode ser considerado uma sociedade bem ordenada ou quase justa, nos moldes Rawlsianos. Também não pode ser considerado uma

---

42 A posição do Brasil no ranking de IDH pode ser conferida em <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2019.pdf>. Acesso em 19.4.2020

43 Quanto mais próximo ao nº 1, melhor e mais qualitativo é o índice de desenvolvimento humano do país.

sociedade plenamente ou densamente injusta. O Brasil é uma sociedade que pode ser entendida como razoavelmente ordenada e que precisa organizar suas instituições de modo a se aproximar de um ideal de sociedade bem ordenada ou quase justa. Diante disso, considerando que tanto o Poder Judiciário quanto a interpretação judicial são instituições justas e devem perseguir finalidades justas, a interpretação judicial no Brasil não deve se dar de maneira inflexível em relação à regra do *Rule of Law*. Deve sim, de outro lado, orientar-se pelo firme propósito de garantir e expandir os direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais – bens primários sociais por excelência – de modo a permitir a redução da distância que hoje existe entre a sociedade brasileira e o conceito de sociedade bem ordenada ou quase justa.

Tudo o que acima foi dito revela o âmbito de justiça política em que estão inseridos o Poder Judiciário, as leis e a interpretação judicial e, de certa forma, já fornece um parâmetro hermenêutico válido para a atuação do juiz dentro de uma sociedade razoavelmente ordenada, como a brasileira. Outrossim, é preciso mais do que isso. É preciso tentar traduzir esta orientação de justiça política para o âmbito do Direito como interpretação, fornecendo uma teoria interpretativa e da decisão judicial mais específicas e que, estando adequadas à teoria política aqui descrita e adotada, possam ofertar a resposta para a indagação de pesquisa.

## 4 A RESPOSTA CORRETA DA JUSTIÇA DO TRABALHO À REFORMA INTERPRETATIVA

Ao longo das seções anteriores, conseguiu-se demonstrar, ainda que de forma breve, os motivos e razões que levaram o legislador a propor uma reforma no âmbito da interpretação judicial trabalhista, bem como a finalidade buscada com a alteração profunda efetivada no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Demonstrou-se, ainda, após a devida análise dos significados da proposta reformista, porque a solução preconizada na mesma, de alinhamento aos postulados do positivismo jurídico exclusivo, não se mostra apta ao alcance das finalidades pretendidas, propiciando, quando muito, apenas uma contribuição parcial para o aperfeiçoamento do exercício da jurisdição trabalhista.

Explicitou-se, em seguida, que um eventual atingimento dos objetivos contidos na reforma necessitaria de algo além do positivismo jurídico exclusivo. Demonstrou-se a imperiosidade de um conceito de justiça política para que se pudesse chegar o mais próximo possível do mencionado objetivo sem, contudo, perder de vista a necessidade de o exercício da jurisdição trabalhista ocorrer de forma justa. Neste contexto, após demonstrar a necessidade de busca por uma teoria de justiça política, justificou-se a escolha da teoria de justiça como equidade de Rawls, a qual foi devidamente descrita.

Uma vez descrita a teoria de Rawls e iniciada a compreensão de como o Poder Judiciário encaixa-se no âmbito da justiça política liberal em questão, impõe-se a necessidade de um passo seguinte para responder à pergunta de pesquisa: o estudo de uma teoria capaz de propiciar uma espécie de tradução do conceito de justiça política Rawlsiano para o âmbito da teoria e filosofia do Direito, tornando possível indicar, já no terreno da teoria da interpretação, a forma aproximada de hermenêutica judicial que melhor densifique o exercício justo da jurisdição trabalhista.<sup>44</sup>

Ao longo, pois, desta seção, será apresentada a teoria do Direito que, pelas razões que serão declinadas, melhor propicia o objetivo acima indicado. Esta teoria é aquela denominada como interpretativa do Direito, que tem em Dworkin seu maior expoente.

### 4.1 POR QUE A TEORIA INTERPRETATIVA DO DIREITO DE DWORKIN?

---

44 Apesar de Rawls ter, em sua teoria de justiça política, tangenciado o papel do Direito e do Poder Judiciário em sua teoria, aquele não desenvolveu uma construção sistematizada e específica em torno destes dois pilares. Sobre esta constatação e uma interessante tentativa de interpretação de Rawls como um Filósofo do Direito, conferir Rohling (2012).

Antes propriamente de passar ao estudo da teoria em apreço, é necessário indicar as razões pelas quais ela foi escolhida em detrimento de outras possibilidades teóricas.

Inicialmente, as razões pelas quais não foi adotado o positivismo jurídico exclusivo podem ser acessadas na seção 2 deste trabalho, para onde se remete o leitor.<sup>45</sup>

Em segundo lugar, e isso será melhor explicitado ao longo desta seção, a teoria de Dworkin possui aderência e adequação à teoria de justiça liberal igualitária de Rawls. Esta ligação adequada pode inclusive ser percebida de forma até mais direta após a seguinte passagem de Rawls em “Uma teoria da justiça”:

Pode ser, por exemplo, que numa sociedade bem – ordenada os dois princípios de justiça sejam usados pelos tribunais para interpretar as partes da constituição que regem a liberdade de pensamento e de consciência e garantem a igual a proteção da lei (RAWLS, 2008, p. 435).

Na referida passagem, Rawls faz expressa menção de uma possível sociedade bem – ordenada que usualmente se baseie nos princípios de justiça para interpretar a lei, indicando em nota de rodapé, o trabalho desenvolvido por Dworkin neste sentido em “The Model of Rules”, em 1967.

A relação de adequação, entretanto, está posta não apenas porque Rawls indicou-a, mas principalmente porque, como será visto adiante, Dworkin tenta estabelecer uma teoria do Direito e da interpretação judicial a partir de postulados teóricos de justiça política bastante relacionados à teoria de justiça de Rawls, como adiante será percebido.

Feita a breve justificativa acima, pode-se adentrar à teoria interpretativa do Direito, construída por Dworkin.

## 4.2 A TEORIA INTERPRETATIVA DO DIREITO: DWORKIN E A TESE DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

Antes de adentrar aos marcos teóricos já anunciados, cabe alertar que a mesma não será explorada de uma maneira puramente dedutiva. Considerando que o trabalho já se encaminha para a parte final, a teoria em questão será estudada após e no bojo da retomada das principais questões que cercam o problema de pesquisa.

---

<sup>45</sup> Esclarece-se que apesar de existirem outras modalidades de positivismo jurídico, como o inclusivo e o normativo, elegeu-se e se discorreu sobre o positivismo jurídico exclusivo porque, pelos que já se expôs acima, foi esta a ala positivista que o legislador reformista pareceu ter elevado à condição de melhor resposta ao problema que o levou à reforma interpretativa no Direito do Trabalho.

Como já analisado nesta pesquisa, a reforma da interpretação judicial trabalhista ocorreu dentro de um ambiente de recessão econômica e de agravamento do desemprego, tendo sido proposta no bojo do conjunto de medidas integradas em uma reforma trabalhista.

A tentativa do Poder Legislativo, segundo o discurso imperante no momento, era prover o sistema jurídico de institutos que dessem maior maleabilidade para o desenvolvimento da relação capital – trabalho, favorecendo a criação de um ambiente de negócios que propiciasse o aumento das contratações e, por conseguinte, a diminuição da taxa de desemprego, elevada àquela data.

Além dos institutos jurídicos materiais e processuais mencionados, a reforma também concentrou esforços na seara da interpretação judicial, por compreender que de nada adiantaria inovar naquele campo se os parâmetros interpretativos não fossem alterados.

Desse modo, foi alterado o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho com a intenção de, por meio de uma aproximação a um conceito de Direito ligado aos cânones do positivismo jurídico exclusivo, fazer com que as decisões judiciais trabalhistas tivessem maior aderência às fontes sociais do Direito e fossem mais previsíveis, objetivas e seguras.

Relembre-se que o legislador reformista declarou expressamente, como se pode perceber pelo relatório do Senador Ricardo Ferraço, a pretensão de combater aquilo que ele denominou de populismo judicial, pretendendo obter, através da reforma interpretativa, um ambiente mais seguro, previsível e, desse modo, propício ao crescimento econômico e à geração de empregos.

Ora, a proposta reformista nos termos mencionados permite concluir que o seu proponente imagina ser possível o exercício de uma interpretação judicial objetiva, certa, constante e invariável. A presunção que suporta a crença em apreço caminha no sentido de existir uma verdade objetiva, plenamente acessível aos juízes, os quais, então, dela não poderiam descolar-se. Em outras palavras, a crença em uma interpretação judicial nesses moldes e no exercício da jurisdição nesses quadrantes somente é possível mediante a admissão da tese de que existe uma única resposta correta a ser perseguida e fornecida pelos juízes. É o que se passa a estudar por meio da teoria de Dworkin.

#### **4.2.1 Há uma única resposta correta no Direito? Dworkin e as condições de verdade das proposições jurídicas**

A busca pela resposta à pergunta em epígrafe exige, inicialmente, que se compreenda propriamente a pergunta, bem como o seu alcance.

Quando se afirma que algo é correto ou incorreto, verdadeiro ou falso, automaticamente reconhece-se que existe algum parâmetro em face do qual ou a partir do qual se pode derivar o caráter correto ou incorreto, verdadeiro ou falso do objeto de análise. Este parâmetro passa a ser chamado aqui de condição de verdade. Como se está tratando do Direito e da interpretação judicial, a obtenção da possibilidade de uma única resposta correta nesta seara exige que primeiro sejam compreendidas as então denominadas condições de verdade das proposições jurídicas.

Para bem se conhecer as condições de verdade das proposições jurídicas, é necessário inicialmente conhecer, ainda que de forma breve, o próprio fenômeno jurídico. Em outras palavras, antes de buscar o conteúdo de verdade das proposições jurídicas, é necessário anteriormente verificar a forma pela qual o fenômeno jurídico se manifesta, o modo pelo qual é conformato.

Em períodos mais remotos da teoria do Direito, a sua complexidade foi reduzida a uma compreensão positivista simples do fenômeno jurídico como sinônimo de mandamentos exarados por um soberano e habitualmente obedecidos. Foi a partir do refinamento teórico positivista de Hart, que o Direito começou a ser compreendido em sua complexidade, tendo o referido teórico demonstrado que o entendimento do conceito de Direito ia muito além dos limites estabelecidos por Austin, para aceitar a constatação de que o fenômeno contemplava, por exemplo, um corpo de funcionários que, mediante a conformação e aceitação de regras de reconhecimento, cumpriam a função de identificar o Direito.

Com efeito, uma das principais contribuições do trabalho de Hart foi deixar bem demonstrado que o Direito manifesta-se como fenômeno linguístico e comunicacional, incluindo-se como seu objeto de estudo também a linguagem jurídica. Ou seja, demonstrou-se que o entendimento do fenômeno jurídico passa pelo conhecimento da sua expressão linguística e, por conseguinte, pela delimitação, esclarecimento e compreensão dos signos de que faz uso e por meio do qual se expressa (VERBICARO, 2018, p. 143).

A construção de Hart no sentido de que o Direito situa-se no mundo da linguagem introduz, de um lado, a noção de que o fenômeno jurídico opera a partir de concepções compartilhadas intersubjetivamente, e o afasta, de outro, das idealizações de verdade referencialista ou mesmo indexicalistas, típicas da lógica de fenômenos ligados ao mundo natural (VERBICARO, 2018, p. 143).

A conclusão acima indica que o conhecimento do conteúdo do Direito – passo imprescindível para se tentar alcançar uma noção de verdade – , por depender das formulações linguísticas e, portanto, do compartilhamento intersubjetivo de significados,

acaba ficando refém de um certo grau de indefinição, indeterminabilidade ou mesmo subjetividade. Repita-se, se o Direito é fenômeno ligado à cultura e às convenções acerca de significados linguísticos compartilhados intersubjetivamente, fica patente a possibilidade de aparecimento de múltiplas concepções e desacordos acerca da compreensão e interpretação destes signos linguísticos. Daí a pertinência da afirmação dos caracteres de indeterminabilidade do Direito.

É no contexto acima explicitado que Verbicaro escancara a questão problemática em apreço nos seguintes termos:

Seguindo esse entendimento, é a indeterminação linguística que produz a indeterminação normativa e, como corolário, a atuação discricionária do intérprete, notadamente porque o direito não está completamente determinado e existem casos para os quais não cabe encontrar uma resposta correta, o que acena à ideia de que existem proposições jurídicas que carecem do valor de verdade, é dizer, não são verdadeiras nem falsas, são indecidíveis (VERBICARO, 2018, p. 144).

Essa passagem da descrição da teoria de Hart reintroduz aquilo que já foi abordado neste estudo acerca de um dos fatores que, no entender do referido autor, levam à discricionariedade na interpretação, no caso, a textura aberta das regras. Essa concepção de Hart, como um antirrealista semântico, já permite adentrar à questão das teorias sobre a verdade.

De acordo com Iglesias Vila (1999, pp. 89 – 96), sobre o ponto da verdade das proposições jurídicas, pode-se classificar os autores dentro de duas teorias: o realismo semântico ou realismo externo e o antirrealismo semântico.

O realismo semântico ou externo propõe que a verdade depende essencialmente da sua relação com algum outro objeto externo ao estudado, envolvendo as seguintes teses fundamentais: o mundo é constituído por uma totalidade fixa de objetos independentes da mente do sujeito; a verdade comporta uma relação de correspondência entre o mundo e a linguagem; há uma única descrição verdadeira do mundo, pelo que todo enunciado linguístico é classificado como verdadeiro ou falso, inexistindo um ponto intermediário entre estes dois pontos (VERBICARO, 2018, p. 145).

Segundo, então, a teoria em apreço, existem elementos externos ao raciocínio e à linguagem e somente pode ser admitida como verdadeira aquela proposição que corresponda a este mundo externo. A existência desses parâmetros externos é inexorável e independe da maior ou menor capacidade de identificá-los ou verificá-los.

Fazendo-se a conversão dessas ideias para o campo do Direito, seria o mesmo que

dizer que uma determinada proposição jurídica é verdadeira se houver uma relação de correspondência com o elemento externo a ela, no caso, por exemplo, uma norma criada pelo Parlamento. Essa relação de adequação e correspondência independe da maior ou menor capacidade de verificação epistêmica. A maior ou menor dificuldade epistêmica de verificação não muda o fato de que há um referencial externo que propicia a aferição de verdade de uma determinada proposição jurídica.

No campo do realismo semântico, tem-se, então, a referência externa como aquilo que efetivamente determina o caráter verdadeiro ou falso de uma proposição jurídica, designativo que independe, pois, daquilo que o intérprete ou uma comunidade de intérpretes definam como significado propositivo. Trata-se de uma teoria que permite uma espécie de objetividade forte (VERBICARO, 2018, p. 145).

Do mesmo modo, já extrapolando a teoria para o âmbito moral, o realismo propugna pela possibilidade de juízos morais objetivamente verdadeiros. Como há um referencial externo que compõe um conjunto de fatos morais, um juízo moral adequado e correspondente a este referencial pode ser qualificado como objetivamente verdadeira ou falso, independentemente das crenças, sentimentos ou percepções de quem interpreta.

Por outro lado, o antirrealismo semântico constitui-se da seguinte forma:

[...] refere-se àquele que, ao contrário, defende que a verdade da proposição depende da sua relação com certa possibilidade de verificação ou teste, sendo o valor de verdade das proposições dependente da capacidade epistêmica para verificá-las. As condições de verdade das proposições jurídicas não são independentes das condições para reconhecer sua verdade, o que se leva a defender a ideia de que há proposições que carecem de valor de verdade. Notadamente em relação à hipótese de textura aberta da linguagem, defende-se que, nesses casos, as proposições jurídicas carecem do valor de verdade, não havendo, portanto, uma resposta correta (VERBICARO, 2018, p. 146)

Trata-se da teoria que serve de base para o postulado positivista, notadamente em Hart e Raz, que concebe como inerente ao conceito de Direito a existência de discricionariedade judicial.

Na medida em que, como acima dito, para estes teóricos positivistas, há a necessidade de uma convergência convencional em torno dos signos linguísticos compartilhados intersubjetivamente, o acesso à verdade de uma proposição jurídica dependerá essencialmente de um fator epistêmico subjetivo, o que torna tal acesso turvo e indeterminado. Logo, diante das características epistêmicas de verificação da verdade no âmbito do Direito, não há como afirmar a verdade ou falsidade de uma proposição jurídica, o que enseja a admissão da discricionariedade judicial e da impossibilidade de assinalação de uma única resposta correta.

Verbicaro, de maneira bem apropriada e sintética, assim reúne as diferenças básicas e centrais entre realistas e antirrealistas semânticos:

A diferença entre ambos, realistas e antirrealistas semânticos, fica marcada nas hipóteses nas quais o conteúdo da proposição não é verificável, pois, neste tipo de caso, os realistas insistem em dizer que, se existe um objeto a que a proposição se refere, então, pode-se enunciar tal objeto de modo adequado ou não, sendo, portanto, um fato de que a proposição, embora inverificável, é ou verdadeira ou falsa. [...] Já os antirrealistas defendem que, se a premissa é mesmo inverificável, então não é nem verdadeira nem falsa e, assim, não faz sentido assinalar sua verdade ou falsidade, rompendo, dessa maneira, com a ideia de bivalência (verdade x falsidade) das proposições, ao defender proposições indecidíveis ou inverificáveis, que é o que ocorrer nas hipóteses de penumbra ou textura aberta do direito, segundo o pensamento de Hart. Isso porque não se pode afirmar que exista uma regra que inclua ou exclua de seu campo de aplicação o comportamento ou o estado de coisas em questão (VERBICARO, 2018, pp. 146 – 147).

A síntese explicativa acima deixa bem evidenciado que, de um lado, há os que sustentam a existência de uma ordem externa de valores objetivos que podem confirmar a correção ou incorreção, a verdade ou falsidade de uma proposição jurídica – os realistas semânticos – mesmo que não se conheça uma estrutura epistêmica que possibilite o acesso a tal condição de verdade. De outro lado, há aqueles que, em razão da impossibilidade epistêmica de verificação, a premissa a ser avaliada não tem como ser tomada como correta ou incorreta, verdadeira ou falsa, não sendo sustentável a tese da bivalência – antirrealistas semânticos. Entendidas as diferenças teóricas acima, adentra-se à posição ocupada por Dworkin acerca das condições de verdade das proposições jurídicas e da possibilidade de existência de uma única resposta correta nesta seara.

O pensamento de Dworkin a respeito deste tema pode ser extraído a partir da análise dos fundamentos utilizados por ele para refutar as assertivas que negam a possibilidade de uma única resposta correta no Direito. A seguir, explorar-se-ão tais fundamentos dentro de cada uma das teses refutadas pelo autor norte americano.

#### 4.2.1.1 *A tese da existência de conceitos incoativos<sup>46</sup> no Direito*

A primeira tese defensora da inexistência de uma única resposta correta aduz que existe, entre os conceitos dispositivos, colocados em extremos lógicos opostos e que orientam a interpretação e a decisão judicial, um espaço ocupado por um outro tipo de conceito, semelhante ao que se verifica em contratos incoativos, que permite ao magistrado uma

<sup>46</sup> Como será visto abaixo, segundo Dworkin, não há um nome específico para este tipo de conceito denominado de “incoativo”. O Filósofo usa este termo de maneira comparativa com os chamados contratos incoativos para tentar explicar o caráter e a natureza do conceito (2000, p. 181)

atuação discricionária.

Dias assim especifica a tese que Dworkin descreve:

Desse modo, assume tal tese, que se poderia argumentar que entre a conformação de um instituto – um extremo – e a não conformação – outro extremo – existe um espaço que autorizaria o juiz a decidir de forma relativamente livre (DIAS, 2019, p. 96).

Em outras palavras, haveria uma espécie de espaço indeterminado, um espaço cinza e indefinido entre os conceitos dispositivos – os quais se antagonizam de forma peremptória – que, por esta nota de incerteza e indeterminabilidade, permite afirmar a inexistência de uma resposta correta e legítima um agir judicial discricionário.

Dworkin inicia sua refutação explicando para que servem os denominados conceitos dispositivos que existem no Direito: “Os conceitos dispositivos são usados para descrever as ocasiões do dever oficial, mas não decorre daí que esses conceitos devam, eles próprios, ter a mesma estrutura que o conceito de dever.” (DWORKIN, 2000, p. 182). Ou seja, esses conceitos dispositivos são as bases, os institutos jurídicos a partir dos quais a interpretação será iniciada e o dever oficial de decisão será indicado. Contudo, a estrutura de ocasião do dever decisório não define ou impõe uma mesma estrutura do dever propriamente dito.

Essa diferenciação serve para demonstrar que as fontes sociais, os institutos jurídicos integram um conceito dispositivo que apontam para uma possibilidade de conclusão decisória – descrição da ocasião do dever – sendo que, por tais conceitos não se impõem de per se, como se fossem capazes de falar e de se expressar sozinhos, não há como inferir dessa estrutura uma mesma ou semelhante estrutura do dever interpretativo e decisório propriamente dito. Dworkin está dizendo, pois, que os conceitos dispositivos estabelecem o que deve ser feito de acordo com cada situação prevista, mas não se pode derivar diretamente disso que os juízes tem um dever que exsurge de forma autômata desse conceito dispositivo.

Como exemplo do que pretende afirmar, Dworkin aponta que há uma diferença entre afirmar que um contrato é válido e a proposição de que os juízes têm o dever de impor promessas baseadas em contratos válidos, tentando com isso demonstrar que a validade do contrato é tão somente um argumento favorável à imposição do que está previsto no contrato (DWORKIN, 2000, p. 183).

Tentando tornar ainda mais clara a proposição, dá-se o exemplo conhecido na jurisprudência trabalhista da contratação de pessoas pela administração pública sem o devido concurso público. Este tipo de contratação, por ofender exigência constitucional que integra a

essência do ato – a prévia aprovação em concurso público – produz um ato jurídico inválido. Se a ocasião do dever, marcada pelo conceito dispositivo que afirma não ser possível ao juiz conferir efeitos a contratos inválidos e exigir o cumprimento dos seus termos, fosse sinônimo da estrutura do conceito de dever, então seguir-se-ia a conclusão inexorável de que os juízes, em razão da invalidade do contrato, não reconheceriam quaisquer efeitos dele decorrentes e não imporiam o cumprimento das respectivas cláusulas.

Com efeito, como é cediço, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho pacificou-se no sentido de que, em tais situações, mesmo diante da invalidade do contrato, os juízes devem conferir eficácia parcial às disposições nele contidas, determinando o pagamento de salários e FGTS.<sup>47</sup> Ou seja, a nulidade do contrato é apenas uma ocasião de decisão e não se confunde com esta propriamente dita. É um argumento a favor da ineficácia do contrato que, como visto, não prevaleceu, já que a jurisprudência concluiu pela parcial eficácia, demonstrando-se que a ocasião do dever oficial, realmente, como afirma Dworkin, é bem diferente da estrutura do conceito do dever.

Se os conceitos dispositivos funcionam da maneira descrita acima por Dworkin, então, por mais que o ônus argumentativo em algumas situações seja mais elevado e denso, tal não altera o fato de que apenas uma resposta correta existe. O contrato é válido ou não é válido. Se os fatos e circunstâncias que envolvem a conclusão acerca da validade contratual exigem um rigor argumentativo maior ou uma busca mais profunda pela resposta correta, isso não altera a conclusão de que o contrato ou é válido ou não é válido. Não há um contrato “meio – válido” ou “meio – inválido”. Não há como sustentar a tese de que as duas respostas seriam incorretas – contrato é válido ou contrato não é válido – porque existe um espaço de indeterminabilidade entre os conceitos dispositivos que gera a falsidade das duas respostas possíveis.

Veja-se que no exemplo trabalhista acima citado não se afirmou que o contrato em apreço era “meio – válido” e por isso geraria “meia - eficácia”. A afirmação foi de que o contrato é inválido, mas que, por diversos argumentos, geraria apenas uma parte dos efeitos inerentes aos contratos válidos. Essa estrutura demonstra a diferença entre os conceitos dispositivos, que em realidade são apenas os pontos de partida e que se constituem como argumento iniciais do processo interpretativo, e a decisão propriamente dita, quando se encerra o ciclo relativo ao dever oficial propriamente dito. Com isso, o autor refuta a tese de

---

47 Nesse sentido, confira-se a Súmula nº 363 do Tribunal Superior do Trabalho: “CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e §2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes ao depósito do FGTS.”

inexistência de resposta correta em razão de um suposto espaço cinza ou de indeterminabilidade entre os conceitos dispositivos.

#### 4.2.1.2 *O argumento da imprecisão*

O segundo fundamento geralmente utilizado para a defesa da inexistência de uma resposta correta no Direito – e que como visto acima foi utilizado por Hart para justificar a atuação discricionária dos juízes – é a imprecisão da linguagem.

Dworkin sintetiza o argumento da seguinte forma:

Supõe que se o legislador aprova uma lei, o efeito dessa lei sobre o Direito é determinado exclusivamente pelo significado abstrato das palavras que usou, de modo que se as palavras são imprecisas, deve decorrer daí que o impacto da lei sobre o Direito deve, de alguma maneira, ser indeterminado ( DWORKIN, 2000, p. 189).

Inicialmente, retoma-se o argumento estudado no tópico anterior para lembrar que a lei é apenas o ponto inicial, o ponto de partida de todo o processo hermenêutico do qual resultará a decisão, sendo certo, como já dito acima, que, se os conceitos dispositivos não geram conclusões decisórias de per si, automaticamente, da mesma forma, a característica mais aberta ou indeterminada dos signos linguísticos contidos na lei também não tem o condão de transferir ou espriar de imediato esta qualidade à interpretação.

O argumento da imprecisão, colocado nestes termos, ignora que é o jurista quem irá especificar o impacto e a amplitude dos termos jurídicos, sejam eles abertos ou fechados, e que irá imprimir cânones interpretativos ou explicativos portadores de maior ou menor capacidade de força das palavras na situações práticas (DWORKIN, 2000, p. 189). Logo, não há ligação direta que permita dizer que, por ser imprecisa a linguagem contida na lei, impreciso também será o Direito e, por conseguinte, não existirá resposta certa a ser ofertada.

Por outro lado, o autor estadunidense não deixou de reconhecer a existência de um problema frequente de discordância e de divergência de respostas jurídicas para casos semelhantes. Com efeito, além de não afirmar que isso significa inexistência de uma resposta correta, Dworkin deixa claro que isso não decorre de uma característica intrínseca do Direito, que redundaria na impossibilidade de obtenção de uma resposta correta. A característica de divergência nomeada pelo autor, segundo especificado por ele, decorre da diversidade e multiplicidade de critérios interpretativos utilizados pelos juízes. Uma parte dos juízes pode, em uma mesma e específica situação concreta, adotar um critério interpretativo de resgate da

intenção da maioria legislativa por ocasião da edição da lei, enquanto uma outra parcela dos magistrados pode decidir adotar um critério que não leve em consideração tal sorte de fatores psicológicos (DWORKIN, 2000, p. 189; pp. 192-193). A questão, outrossim, é saber se em razão desta diversidade de critérios é possível dizer que não há resposta correta no Direito. Dworkin afirma que desta circunstância não resulta a inexistência de uma resposta correta no Direito.

Aqui, cumpre asseverar a rejeição Dworkiniana da teoria antirrealista, pois o que o pensador está dizendo acima é que, por maior que seja o grau de incapacidade ou de dificuldade de verificação epistêmica da verdade, isso não implica inexistência dela. Por maior que seja a imprecisão do termo jurídico em estudo, disso não se deriva a impossibilidade de o procedimento interpretativo alcançar a resposta correta dentro do Direito.

Com efeito, como dito por Dworkin, o problema não é propriamente de indeterminabilidade inexorável da linguagem jurídica, mas de variedade e não uniformidade de critérios interpretativos do material jurídico, que faz com que juristas sensatos discordem quanto a qual é a resposta correta. Seja como for, seja qual for o grau de discordância, o fato é que a resposta correta existe, não havendo qualquer propriedade intrínseca na discordância que possa impor uma conclusão oposta.

Dessa maneira, Dworkin refuta mais esta versão da tese de inexistência de resposta correta no Direito.

#### 4.2.1.3 *O argumento do positivismo*

Dworkin inicia a descrição da tese de inexistência da resposta correta em epígrafe descrevendo inicialmente o esquema positivista de estabelecimento da condição de verdade das proposições jurídicas. Segundo o autor, o positivismo jurídico<sup>48</sup> ampara-se na concepção segundo a qual a verdade de uma proposição depende do seu estabelecimento por parte de uma autoridade que esteja investida de poder para tanto (DIAS, 2019, p. 99).

Dessa forma, para o positivismo jurídico, uma proposição é verdadeira se tiver sido editada por autoridade investida de poder para a criação da mesma. Se é esta a condição de

---

<sup>48</sup> Registra-se que Dworkin não reduz a abordagem positivista a uma visão unívoca. Em “Uma questão de princípio”, o autor deixa claro a existência de diversas formas e manifestações de positivismo. Neste trecho do presente trabalho, decidiu-se aglutinar a abordagem por se entender que a não especificação minudente das diferenças não representa qualquer prejuízo metodológico à pesquisa. Com efeito, caso se deseje conferir, a organização de Dworkin do positivismo jurídico em positivismo de vinculação mútua, de um lado, e positivismo de equivalência funcional, de outro, pode-se recorrer a obra de Dworkin (2000, pp. 194 - 204)

verdade aceita pelo positivismo jurídico, quando não há a edição de uma regra para uma determinada situação jurídica, ausente a condição de verdade, não se pode afirmar que exista uma resposta certa a ser dada pelo juiz. Em outras palavras, se o Direito é formado por fontes sociais e não há fonte social acerca de uma determinada questão, não havendo, por exemplo, regulamentação legal sobre determinado ponto, então não há resposta correta a ser ofertada dentro do Direito.

Diante da fixação da existência de uma lei editada por autoridade com poderes para tanto como condição de verdade para as proposições jurídicas, Dworkin faz a seguinte pergunta:

Se uma proposição de Direito é verdadeira apenas quando alguma regra da qual decorre a proposição foi estabelecida, adotada ou aceita de acordo com alguma regra de reconhecimento, por que não deveria ser falsa quando não foi estabelecida, adotada nem aceita nenhuma regra de tal tipo? (DWORKIN, 2000, p. 199)

A indagação de Dworkin faz muito sentido na medida em que, do ponto de vista lógico, se algo é verdadeiro porque uma outra coisa existe, então se o ente em questão não existir, aquele algo, no caso, a proposição jurídica, somente pode ser falso. Ou seja, uma proposição jurídica que não decorra de uma regra editada pelo Poder Legislativo, por exemplo, não está lastreada em sua condição de verdade, logo ela é falsa. A conclusão seria, então, a de falsidade da proposição jurídica e não da inexistência de resposta correta.

Muito embora, como dito, a indagação de Dworkin tenha sentido do ponto de vista lógico, não se pode negar, de outro lado, como apontado pelo próprio autor, que não parece haver qualquer forma de positivismo que adote a diretriz de afirmar que proposições jurídicas não lastreadas em comandos sejam necessariamente falsas. Em realidade, a conclusão do autor termina sendo a de que as teorias do positivismo mas compatíveis com as práticas jurídicas adotadas nos sistemas jurídicos contemporâneos não ofertam respostas satisfatórias sobre a questão. Desse modo, o argumento positivista não apresentaria uma fundamentação convincente para atestar a tese de nenhuma resposta correta (DIAS, 2019, p. 100).

Ainda neste ponto, como forma de adensar as conclusões acima lançadas, pode-se invocar as considerações feitas por Dworkin sobre o tema explorado no item 4.1.2.1. No referido tópico, explicou-se a diferença entre a descrição da ocasião do dever e a estrutura do dever oficial interpretativo, de modo que restou demonstrado que os conceitos dispositivos são os pontos de partida do processo interpretativo e apontam para uma direção, mas de seus termos não se pode estabelecer uma estrutura condicionante inexorável do dever oficial. Ou seja, há, entre a ocasião do dever e aquilo que impõe um dever como correto – uma resposta

correta – uma estrutura dotada de uma natureza tal, até aqui não debatida, que, esta sim, confere correção à resposta.

Ora, se, como visto, não são os próprios conceitos dispositivos, em si, que estabelecem a estrutura de dever oficial que pode conduzir a interpretação a uma resposta correta, não se pode validar o pressuposto positivista de que a condição de verdade de uma proposição jurídica é simplesmente a existência de um comando editado por uma autoridade investida de poderes para tanto. Em outras palavras, em face do que foi explicado, não se pode validar a condição de verdade positivista no sentido de que a condição de verdade de uma proposição jurídica encontra-se encrustada nas propriedades dos conceitos dispositivos.

Derivando e especificando ainda mais o que acima foi lançado, se a condição de verdade de uma proposição jurídica não se encontra imersa nos conceitos dispositivos ou nos comandos legislativos editados – ao menos não totalmente –, então, em realidade, a ausência de um conceito dispositivo ou de um comando legislativo específico que ampare uma determinada proposição jurídica também não pode configurar-se como um fator determinante de inexistência de uma resposta correta. Reforçando, se o comando legislativo é apenas o ponto de partida para que se alcance uma resposta correta no Direito – decerto ele fornece ao menos uma orientação de resposta, mas não elimina os demais condicionantes de verdade ainda não debatidos – então, da mesma forma, nos casos de ausência de um conceito dispositivo específico para um caso concreto, não se tem uma impossibilidade de existência de uma resposta correta. O que se tem é uma maior dificuldade de obtenção da mesma, eis que, em tal caso, não se contará com um dos elementos – um conceito dispositivo, um comando legislativo – que, embora não sozinhos, ao menos iniciavam uma orientação ao dever oficial de busca por uma resposta correta.

Logo, consideradas todas essas ponderações, tem-se que o argumento positivista não demonstra a plausibilidade da tese de inexistência de uma resposta correta no Direito.

#### 4.2.1.4 *O argumento relativo à tese da demonstrabilidade*

A partir do presente momento, Dworkin começa a enfrentar aquela que ele reputa como sendo a tese mais influente a favor da inexistência de uma resposta correta no Direito: a tese da demonstrabilidade.

A referida tese, nas palavras do Professor Estadunidense, pode assim ser descrita:

Essa tese afirma que, se não se pode demonstrar que uma proposição é verdadeira,

depois que todos os fatos concretos que possam ser relevantes para sua veracidade sejam conhecidos ou estipulados, então ela não pode ser verdadeira. Com 'fatos concretos' quero designar fatos físicos e fatos relativos ao comportamento (incluindo os pensamentos e atitudes) das pessoas. Com 'demonstrar' quero dizer fundamentar com argumentos de tal tipo que qualquer pessoa que compreenda a linguagem em que foi formulada a proposição deva assentir à sua veracidade ou ser condenada por irracionalidade (DWORKIN, 2000, p. 204)

Uma vez que se reconheça a validade da tese da demonstrabilidade, a conclusão caminharia no sentido de que a não demonstração de verdade da proposição jurídica redundaria na impossibilidade de obtenção de uma resposta correta no Direito.

Embutida na tese da demonstrabilidade está a concepção segundo a qual algo somente pode ser considerado verdadeiro se houver um elemento ou conjunto de elementos dotados de propriedades capazes de tornar a proposição verdadeira. Esse elemento ou conjunto de elementos são concretos. Ou seja, a proposição somente pode ser considerada verdadeira se fatos concretos forem capazes de validar o caráter verdadeiro daquela. Neste sentido, se a crença for a de que os únicos fatos que existem no mundo são os concretos, a tese da demonstrabilidade ficará matizada nestes termos e, então, se não existirem no mundo fatos concretos dotados das propriedades capazes de conferir verdade à proposição, então pode-se dizer que não há resposta correta no Direito (DWORKIN, 2000, p. 205)

No contexto jurídico, pode-se afirmar que o esquema básico da tese da demonstrabilidade afirmaria como verdadeira a proposição jurídica que, por exemplo, tivesse lastro em uma lei ou uma fonte social do Direito – a lei e a outra fonte social qualquer seriam os fatos concretos a partir dos quais se julgaria a correção e verdade da proposição jurídica.

Em um caso específico para o qual inexista uma lei ou fonte social específica, não existiria fato concreto a partir do qual se poderia julgar a proposição jurídica, logo não haveria uma resposta correta no Direito para este caso. A tese da demonstrabilidade, então, por condicionar como única forma de acesso à verdade a existência de fatos concretos capazes de permitir tal acesso, estabelece que, na ausência de lei ou fato social, não há possibilidade de acesso à verdade e, por conseguinte, não há resposta correta.

Dworkin, entretanto, questiona se a única forma de acessar a verdade no contexto jurídico é por meio da tese da demonstrabilidade, ou seja, por meio do cotejo da proposição jurídica com os fatos concretos. Se a resposta for positiva, então, de fato, a tese da demonstrabilidade redundaria no reconhecimento de que, em certos casos e em certas condições, não há resposta correta no Direito. De outro lado, se for possível acessar a verdade não apenas por meio da tese da demonstrabilidade, ou seja, se for possível acessar a verdade por meio do cotejo da proposição jurídica com fatos de outra natureza ou de outra ordem, os

quais, assim como os fatos concretos, também existiriam no mundo, então seria possível afirmar que a tese da demonstrabilidade não deteria o monopólio do caminho de acesso à verdade e que esta pode ser alcançada com base nos fatos não concretos de aferibilidade corretiva. A questão que se coloca, então, é saber se existem no mundo, além dos fatos concretos, outros tipos de fatos que proporcionem o dito acesso à verdade. (DWORKIN, 2000, p. 205).

Na empreitada em busca da demonstração de que existem outros fatos, além dos concretos, que podem fornecer campo de aferibilidade da verdade, Dworkin, após explorar comparações com exercícios literários, recorre a fatos morais e fatos de coerência normativa.

Embora o autor não chegue a desenvolver uma teoria moral acerca dos fatos dessa natureza, aquele deixa evidenciado que fatos morais podem ser tomados como parâmetros de demonstração de verdade de uma proposição jurídica (DIAS, 2019, p. 101). O exemplo da escravidão corrobora essa assertiva e pode, então ser considerado como uma refutação específica à tese da demonstrabilidade calcada exclusivamente com base em fatos concretos:

Pretendo apenas supor que uma determinada instituição social, como a escravidão, pode ser injusta, não porque as pessoas pensam que é injusta ou têm convenções segundo as quais ela é injusta, ou qualquer coisa do tipo, mas apenas porque a escravidão é injusta. Se existem tais fatos morais, então pode-se racionalmente supor que uma proposição de Direito é verdadeira mesmo que os juristas continuem a discordar quanto à proposição depois de conhecidos ou estipulados todos os fatos concretos. Pode ser verdadeira em virtude de um fato moral que não é conhecido nem estipulado (DWORKIN, 2000, pp. 205-206).

Quanto aos fatos ligados à coerência normativa, convém transcrever as palavras de Dworkin a seguir:

O raciocínio jurídico faz uso da ideia de coerência normativa, que é claramente mais complexa que a coerência narrativa e, pode-se considerar, introduz novos fundamentos para afirmações de subjetivismo. Não obstante, a comparação talvez ajude a explicar por que é razoável supor que pode existir uma resposta correta para a questão de se o contrato de Tom é ou não válido, mesmo que a resposta não possa ser demonstrada (DWORKIN, 2000, p. 211).

Dias, ao adentrar no assunto iniciado acima, pondera que:

À medida em que se possa desenvolver a ideia de uma coerência normativa poder-se-ia demonstrar que uma dada proposição seria mais verdadeira quando estivesse em consonância com o contexto em que foi inserida e falsa em sentido contrário (DIAS, 2019, pp. 101 – 102).

Dworkin, a base teórica a partir da qual o trecho ao norte transcrito foi produzido,

explica a noção de coerência normativa da seguinte forma:

Uma proposição de Direito, como a proposição de que o contrato de Tom é válido, é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária, de que o contrato de Tom não é válido, mas é falsa se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária (DWORKIN, 2000, p. 211).

Como ou em que termos, entretanto, se pode operar a noção alusiva à coerência normativa como um critério a partir do qual seria possível chegar a uma resposta correta no Direito em casos de inexistência de fatos concretos ou de desconhecimento de tais fatos em um caso específico? Dito de outra forma, como seria possível estabelecer que uma determinada proposição jurídica “a” seria mais coerente normativamente do que uma outra proposição jurídica “b” em um determinado caso para o qual não existiria lei regulamentadora?

Dworkin assevera que as respostas dependem não apenas do sistema jurídico, mas igualmente da maneira pela qual se compreenderá e se expandirá a afirmação transcrita acima no sentido de que uma resposta é correta quando ela faz parte da melhor justificativa que se pode ofertar para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas. Esta justificação ocorre em duas dimensões, sendo uma de adequação e a outra de moralidade política (DWORKIN, 2000, p. 213).

Na dimensão de adequação, a ideia inicial é a de que existe uma teoria política que, contraposta, comparada e confrontada com o arcabouço normativo geral, com o sistema jurídico como um todo, permite ao intérprete aplicar mais daquilo que está estabelecido neste sistema do que permitira a um outro intérprete que defendesse uma outra teoria política, a qual, de modo oposto, não permitira o aproveitamento mais otimizado verificado por ocasião da teoria política invocada pelo primeiro intérprete (DWORKIN, 2000, p. 213). Em outras palavras, da dimensão de adequação, o Professor estadunidense está afirmando que existe uma teoria política que, considerado o sistema jurídico como um todo, é mais adequada a ele, reflete mais os seus postulados e a sua operatividade, do que uma outra teoria política qualquer que não combine no mesmo grau com o sistema jurídico posto. Nesse sentido, a resposta correta seria aquela que melhor justificasse, ou seja, melhor reafirmasse esta teoria política mais adequada ao sistema jurídico existente como um todo.

Como se pode já perceber inicialmente, o critério da coerência normativa permite vislumbrar uma capacidade para ofertar uma resposta correta na ausência de fatos concretos para tanto. Entretanto, também já é possível notar que a natureza da correção ou da verdade a

que se acessa por meio deste critério é qualitativa ou comparativa, isto é, o critério da coerência normativa permite a obtenção de uma resposta mais correta do que outra, em razão de uma delas ser normativamente mais coerente do que a outra, reforçando melhor a teoria política que sustenta o sistema jurídico dentro da qual a resposta é editada.

Dworkin deixa bem evidenciado o caráter comparativo e qualitativo acima descrito quando imediatamente afirma que, embora em sistemas jurídicos imaturos duas ou mais teorias possam ofertar justificativas boas, em um sistema moderno, desenvolvido e complexo, a probabilidade deste certo tipo de empate é pequena (DWORKIN, 2000, p. 213).

A segunda dimensão em que Dworkin propõe a avaliação da justificativa da resposta jurídica à luz do critério da coerência normativa é o da moralidade política. Nesta dimensão, o autor afirma que:

[...] se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral; isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm (DWORKIN, 2000, p. 213).

A sequência de raciocínio de Dworkin permite perceber que a dimensão de moralidade política já se configura como uma espécie de segundo estágio de um tipo de procedimento interpretativo destinado a encontrar a resposta que, atendendo ao critério de coerência normativa, pode ser considerada correta.

Enquanto na primeira dimensão se busca aferir qual a teoria política que melhor se adequa ao sistema jurídico existente, na segunda dimensão já se sabe qual é esta teoria política, vencedora em comparação com as demais, e, a partir desta teoria, busca-se saber, no interior dela, qual resposta oferece uma justificativa que melhor apreenda os direitos que esta teoria política confere às pessoas.

Colocado de outra forma, Dworkin está dizendo que primeiro se escolhe a teoria política que melhor reflita o sistema jurídico existente e, em seguida, escolhe-se, dentre as respostas possíveis e cabíveis dentro do âmbito desta teoria política, aquela que melhor apreenda e, por via de consequência, melhor assegure os direitos que tal teoria reserva às pessoas.

Fazendo-se então uma retomada do exposto, tem-se que o critério de coerência normativa pode ser tomado como elemento que, assim como os fatos concretos, permite o acesso à verdade das proposições jurídicas, ainda que se trate, como visto, não de uma verdade do tipo obtido dentro da tese da demonstrabilidade, mas de uma verdade comparativa e qualitativa. Tal já se configura como argumento de refutação da tese da demonstrabilidade.

O critério da coerência normativa busca permitir a identificação da melhor justificativa ofertável dentro do contexto de um sistema jurídico existente. A identificação desta justificativa ocorre primeiramente na dimensão da adequação, quando se demonstra qual teoria política melhor se adequa e melhor justifica as instituições jurídicas existentes, para, em seguida, já no bojo desta teoria política, identificar-se qual das respostas possíveis melhor apreende e garante os direitos que a teoria política pretende conferir às pessoas.

Deste modo e com todos os argumentos acima, Dworkin refuta a tese da demonstrabilidade e propugna pela existência de uma resposta correta no Direito, ainda que a natureza desta resposta seja comparativa e qualitativa.

#### **4.2.2 A coerência normativa e as dimensões de adequação e de moralidade política no sistema jurídico brasileiro**

Como visto acima, o critério da coerência normativa é avaliado dentro das dimensões de adequação e de moralidade política.

Na primeira dimensão, considerado o sistema jurídico posto como um todo, será adotada a teoria política que melhor explique e justifique o referido sistema.

Na segunda dimensão, depois de verificada a teoria política adequada na primeira dimensão, busca-se aferir, no interior daquela, a resposta que permite a justificativa que melhor apreenda os direitos que teoria política referencial confere às pessoas.

Como visto na seção anterior, o presente trabalho elegeu, como teoria política referencial, a teoria de justiça como equidade de Rawls, pelas razões lá expostas. Cabe, então, agora, nos termos do que foi prelecionado por Dworkin, demonstrar como e em que sentido tal teoria pode ser considerada como a melhor teoria que explique e justifique o sistema jurídico brasileiro.

Terminada a empreitada do parágrafo anterior, adentrar-se-á à segunda dimensão para, já no bojo da ilustrada teoria, identificar qual tipo de justificativa melhor apreende os direitos que a mesma confere às pessoas.

Antes de iniciar o procedimento em ambas as dimensões, cabe alertar desde logo que a a verificação dar-se-á, em um primeiro momento, considerando o sistema jurídico como um todo, de uma forma mais geral e abreviada, para, em seguida, passar-se propriamente às relações de adequação e de moralidade política no âmbito específico do sistema jurídico trabalhista, dada a especificada da presente pesquisa.

#### 4.2.2.1 *A relação de adequação entre a teoria de justiça de Rawls e o sistema jurídico brasileiro*

A verificação de adequação do sistema jurídico brasileiro à teoria política de Rawls pode ser bem compreendida, com alguma sintetização, por meio do recurso à sequência de quatro estágios já descrita na seção anterior.

Retornando, então, ao que ensina Rawls, os sujeitos, na posição original, cobertos pelo véu da ignorância, deflagram um procedimento de adoção de princípios de justiça.

Na referida posição, tais indivíduos não se defrontam com questões práticas ligadas aos desígnios dos imperativos hipotéticos. Em realidade, aqueles têm e estão em condições de eleger, de forma independente em relação ao mundo prático, os princípios que serão os correlativos imperativos categóricos políticos, isto é, os princípios de justiça.

Eleitos os mencionados princípios, obtidos por meio de uma operação exclusivamente racional e categórica dos indivíduos na posição original, passa-se ao problema de desenhar a maneira pela qual os ditos princípios deverão ser articulados e aplicados para as instituições que integrarão a estrutura básica da sociedade.

O desenho destas instituições vai sendo feito ao tempo em que paulatinamente se retira o véu da ignorância dos sujeitos representativos. Conforme se vai avançando no processo de refinamento e densificação dos princípios de justiça para a construção de instituições, o véu da ignorância vai sendo baixado a cada passo da sequência de quatro estágios.

Como visto na seção anterior, no primeiro estágio, imediatamente após a escolha dos princípios de justiça, os contratantes estabelecem uma convenção constituinte. Nela inserem um sistema para o exercício dos poderes constitucionais do governo, organizam o Estado e positivam os direitos fundamentais, os quais devem ser garantidos equitativamente a todos.

Parando para se fazer a análise deste primeiro estágio, chega-se à Constituição da República do Brasil de 1988 - CRFB. Nela, os indivíduos representativos, os legisladores constituintes, fizeram incluir, em seu Título I, princípios fundamentais; no título II, direitos e garantias fundamentais; no título III, organizaram o Estado Brasileiro; no título IV, estabeleceram como os poderes organizam-se; no título V, positivaram normas destinadas a organizar instituições com a finalidade de defender o Estado e as instituições democráticas; no título VI, estruturaram-se normas básicas destinadas a organização do sistema de tributação e de orçamento do Brasil; no título VII, partiu-se para a concepção de normas básicas destinadas a estruturação da ordem econômica e financeira do País; no título VIII, organizou-

se a ordem social, baseada no primado do trabalho com o objetivo de alcançar o bem – estar e a justiça social e, por fim, no título IX, as disposições constitucionais gerais.

A leitura dos títulos da Constituição Federal, ainda que de uma forma não aprofundada, mas apenas como um sobrevoo para conhecimento de sua estrutura geral, permite ter uma compreensão inicial no sentido de que a convenção constituinte do Brasil atendeu bem e de forma satisfatória os princípios de justiça, conforme especificado na sequência de quatro estágios.

O Brasil possui uma Constituição que indica em seus princípios e direitos fundamentais uma estreita ligação com o primeiro princípio de justiça, dedicado a garantir a todos um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas (RAWLS, 2008, p. 73). Exemplo disso é a integração ao texto constitucional de liberdades da cidadania igual, como a liberdade de consciência e de pensamento (art. 5º, IV e VI da CRFB), a liberdade individual (art. 5º, *caput*, da CRFB) e a igualdade de direitos políticos (capítulo IV da CRFB). De igual forma, o Brasil, em sua convenção constituinte, adotou um sistema político plasmado em uma democracia constitucional, tal qual Rawls presumiu que ocorreria a partir do primeiro princípio de justiça (RAWLS, 2008, p. 242).

Passando ao segundo estágio da sequência, Rawls descreveu o momento em que surge a necessidade de se escolher arranjos procedimentais aos mesmo tempo factíveis e justos, capazes de propiciar uma maior probabilidade de produção de uma ordem jurídica justa e eficaz. Tratam-se das ordenações processuais a serem escolhidas, lembrando novamente que, como afirmado por Rawls, por melhores que sejam tais arranjos, já estando os indivíduos em uma fase na qual o véu da ignorância já foi uma vez mais retirado, o máximo que se pode alcançar a partir deste ponto é uma justiça procedimental imperfeita, não havendo garantia plena de que a ordenação processual será justa ainda que o grau de justiça destas ordenações esteja bem próximo da perfeição (RAWLS, 2008, pp. 242 – 243).

A Constituição Brasileira também é marcada pela existência desses arranjos procedimentais, notadamente por meio da normatização dos critérios e procedimentos legislativos destinados à edição das leis mediante prévia deliberação democrática, marcada por uma ampla participação política dos representantes da sociedade eleitos democraticamente. Da mesma forma, o primeiro princípio de justiça vê-se refletido institucionalmente na Constituição da República.

Chega-se, então, ao terceiro estágio, o estágio legislativo, quando se passa a analisar a justiça das leis e das políticas sociais. Aqui, as normas a serem editadas devem obedecer ao

máximo os remotos princípios de justiça, bem como aos limites impostos pela convenção constituinte, sabendo-se que, nesta fase, o véu da ignorância já se encontra quase totalmente retirado.

Ao se descer para o estágio legislativo, a análise de adequação de todo o sistema jurídico brasileiro à teoria política não se afigura possível. Com efeito, tendo em mente o conceito de justiça procedimental imperfeita construído, explicado e defendido na teoria de Rawls, é possível ter ao menos uma espécie de conhecimento aproximado acerca deste ponto.

Considerando que, como visto acima, o esquema de justiça procedimental imperfeita foi, mediante adoção de ordenações processuais justas, adotado pela Constituição Brasileira, tem-se que, em regra, as leis brasileiras são justas, sendo certo, ainda, que o Diploma Máximo também previu mecanismos de controle de constitucionalidade preventivos – ou seja, ainda dentro da fase do processo legislativo – e repressivos – em que o Poder Judiciário pode declarar a inconstitucionalidade da leis tanto de modo concentrado quanto difuso. Logo, se não é possível afirmar que cada uma das leis que compõem o sistema jurídico brasileiro são justas, é possível, outrossim, afirmar que todas elas, em regra, nascem de procedimentos de justiça quase perfeitos e que, portanto, gozam de presunção de justiça. De qualquer forma, o que é mais importante, é saber que, como o sistema jurídico brasileiro foi construído de acordo com os dois estágios anteriores, pode-se dizer que as leis nele produzidas assim o são dentro de em uma sequência de concretização de princípios de justiça, o que permite, como relevado na descrição de Rawls, ter uma régua para a apreciação da justiça destas leis e políticas públicas.

Chega-se, então, ao quarto estágio, qual seja, o de aplicação das leis aos casos concretos pelas autoridades, em especial, as judiciais. Neste estágio o véu da ignorância já foi totalmente retirado. Administradores e juízes agem na realidade do mundo prático com pleno conhecimento das posições sociais de cada cidadão.

Como já dito anteriormente, é neste ponto que reside a confluência entre o estágio de aplicação dos princípios de justiça às instituições e a interpretação judicial, onde se deve pesquisar como o Poder Judiciário, em sua atividade interpretativa, deve agir para garantir que as instituições nascidas justas permaneçam justas, propiciando aos cidadãos o efetivo gozo de políticas públicas e de leis aderentes e adequadas aos dois princípios de justiça.

O sistema jurídico brasileiro, então, coloca seus juízes nessa posição aplicativa, já sem qualquer cobertura do véu da ignorância, para a tomada de decisões dentro do mundo prático, do mundo dos interesses e dos desejos, onde aparecem, com maior intensidade, os imperativos hipotéticos de cada segmento social e econômico, muitas das vezes em oposição

e exclusão. E é neste campo que os problemas da textura aberta da lei e de vácuo legislativo se manifestam e exigem do magistrado uma resposta, que, por tudo o que já foi exposto anteriormente, não pode ser a resposta discricionária gestada pelo positivismo jurídico, em especial, o exclusivo.

Se é verdade que a textura aberta da lei e a lacuna legislativa podem, em uma primeira impressão, nos termos do que já se apreciou até aqui, gerar um ambiente propício à atuação judicial discricionária, com ressalvos para o ativismo ou populismo judicial, como denominado pelo legislador reformista do Direito do Trabalho, também não é menos verdade que as instituições que compõem o sistema jurídico brasileiro nasceram e se organizaram dentro de um contexto político adequado à teoria política e de justiça de Rawls e que reflete um caso de aplicação da mesma. Considerando-se, então, tal relação de adequação do sistema jurídico brasileiro com a teoria política e de justiça como equidade de Rawls, tem-se que as instituições estruturadas a partir dos dois princípios de justiça e que subsidiam a referida teoria, fornecem um parâmetro político para o qual a interpretação judicial deve sempre fazer um caminho de retorno hermenêutico, de modo a evitar ao máximo que a interpretação judicial sirva à prevalência dos imperativos hipotéticos diuturnamente apresentados às Cortes em detrimento dos imperativos categóricos, pois tal desnaturaria toda a estruturação das instituições jurídicas justas que compõem o sistema.

Visto, então, que o sistema jurídico brasileiro possui relação de adequação com a teoria política e de justiça de Rawls estudada na seção 2 deste trabalho, cabe adentrar ao tópico da moralidade política em face do sistema jurídico brasileiro.

#### *4.2.2.2 A moralidade política e o sistema jurídico brasileiro*

Averiguada a relação de adequação entre a teoria política de Rawls e o sistema jurídico brasileiro, é necessário, como antecipado, compreender como este mesmo sistema se relaciona com a teoria política. Esta relação ocorre por meio do uso de parâmetros de moralidade política, os quais, como antecipado acima, permitem conhecer, dentre as interpretações possíveis, aquela que detém a maior potencialidade para assegurar os direitos que a teoria política consagra aos indivíduos.

Para executar esta parte do estudo, inicialmente será ofertada a compreensão de Dworkin acerca da relação entre Direito e Moral, bem como as diferenças básicas e sintéticas entre ética, moral individual e moralidade política.

Em seguida, será apontado como o autor referenciado entende o Direito como um

ramo da moral política e quais caracteres permitem identificar e destacar o Direito dentro da moral política.

Entendido o pertencimento do Direito ao campo maior da moral política, serão explicadas as noções de metas coletivas, direitos políticos, direitos institucionais e direitos legislativos.

Após, serão estudados os princípios como instrumentos interpretativos dentro da moralidade política, permitindo o encaixe de entendimento entre tudo o que foi explorado e a questão da discricionariedade judicial.

#### 4.2.2.2.1 Direito e Moral: ética, moral individual e moralidade política

Inicia-se a empreitada tentando responder à clássica pergunta da filosofia do direito: como a Moral e o Direito se relacionam ou se interligam? Ou, como refinado por Dworkin, “[...] de que modo o conteúdo de cada sistema afeta o conteúdo do outro? [...] Até que ponto nossas obrigações e responsabilidades morais dependem daquilo que o direito efetivamente prescreve? Acaso temos a obrigação moral de obedecer ao direito, seja ele qual for?” (2014, pp. 613 – 614)

A resposta concebida por Dworkin começa pela constatação de que há uma falha na imagem de que o direito e a moral constituem sistemas normativos separados, sendo certo que, a partir deste tipo de imagem, nenhum ponto de vista neutro de análise será possível.

A depender de onde se busque uma resposta ou do domínio a partir do qual a avaliação é buscada, impor-se-á a falta de neutralidade e um direcionamento prévio em favor de um sentido positivista do conceito de Direito ou benefício de um sentido interpretativo do mesmo conceito (DWORKIN, 2014, p. 616).

Com o intuito de evitar a tomada de análise a partir de um ou de outro domínio, Dworkin esforçou-se para explicar a existência de diferenças entre conceitos criteriosais e conceitos interpretativos, demonstrando e defendendo que o Direito é um conceito do tipo interpretativo<sup>49</sup>.

---

49 Os fundamentos de Dworkin acerca do Direito como um conceito interpretativo podem ser encontrados no capítulo 8 do livro “A raposa e o porco – espinho: justiça e valor” (2014). De maneira sintética e para deixar ao menos traçado o que Dworkin quer dizer quando afirma que o Direito é um conceito interpretativo, indicam-se a seguir breves descrições feitas pelo autor acerca do que são os conceitos criteriosais em oposição aos conceitos interpretativos. “Alguns de nossos conceitos são criteriosais no seguinte sentido: temos o conceito em comum quando, e somente quando, usamos os mesmos critérios para identificar seus casos particulares.” (2014, p. 241). De outro lado, os conceitos interpretativos: “Temos um conceito interpretativo quando a melhor explicação do nosso comportamento coletivo no uso desse conceito entende que seu uso correto depende da melhor justificativa do papel que ele desempenha para nós.” (2014, p. 240)

Partindo da concepção segundo a qual o direito é um conceito interpretativo, Dworkin entende que qualquer análise do referido conceito deverá necessariamente levar em conta a identificação das práticas políticas, comerciais e sociais em que aquele figura (DWORKIN, 2014, p. 619). Em outras palavras, o caráter interpretativo do conceito de Direito direciona a sua compreensão no bojo de uma espécie de estrutura em árvore, a qual aquele está integrado e da qual deflui. É aqui que Dworkin começa a demonstrar, por meio da referida estrutura em árvore, a relação de pertencimento e integração do Direito em relação à ética, à moral individual e, principalmente, à moralidade política.

Dworkin afirma que a moral pessoal deflui da ética e a moral política origina-se da moral pessoal (DWORKIN, 2014, p. 620). Tal assertiva é explicada e relacionada pelo autor ao longo de todo o livro “A raposa e o porco – espinho: justiça e valor.” A seguir, será apresentado de forma sintética o encadeamento desses pensamentos de modo a entender o encaixe do Direito como ramo da moral política, o que permitirá entender, mais adiante, como esta relação de pertencimento pode ofertar parâmetros interpretativos para as proposições jurídicas.

Resumidamente, a distinção e integração entre ética e moral é assim sintetizada por Dworkin: “Os padrões morais prescrevem como devemos tratar os outros; os padrões éticos, como nós mesmos devemos viver” (DWORKIN, 2014, p. 291).

A concepção de ética para o pensador norte – americano envolve, então, um conjunto de valores que orientam a construção de um de ideal de vida boa por cada um, o qual é essencialmente livre para definir tais parâmetros éticos.

Outrossim, da mesma forma que uma pessoa determinada possui esta liberdade de eleição de valores e de construção de um projeto de vida boa, a uma outra pessoa também é dada a mesma liberdade. Tanto para uma pessoa quanto para a outra, haverá a necessidade de realizar ações concretizadoras dos ideais de vida boa de cada uma, o que envolve a questão de como tais ações devem ser praticadas e quais os seus limites, pois a prática dessas ações gera efeitos em relação a outras pessoas que, da mesma forma, possuem seus projetos éticos distintos. Em outras palavras, colocando-se o projeto ético individual de cada um, surge a questão de como as pessoas deverão se relacionar por ocasião da execução individual desses planos. Trata-se da questão, pois, de como devemos tratar os outros, campo que envolve, como dito por Dworkin, a incidência da moral. A moral individual envolve, pois, o julgamento acerca do correção ou incorreção das atitudes que cada um de nós deve ou não deve tomar em relação ao outro. Estes, o campo da ética e da moral individual, não são, ainda, o campo de incidência do imediato do direito, embora sejam campos de nascimento ou,

dito de outra forma, de incidência mediata dele.

Mais adiante, o Professor citado já inicia a pavimentação do local onde se pode encontrar o domínio do Direito, explicitando-o de maneira comparativa em relação aos demais campos da ética e da moral individual:

A ética estuda como as pessoas devem administrar sua responsabilidade de viver bem, e a moral pessoal, o que cada qual, como indivíduo, deve aos outros indivíduos. A moral política, por sua vez, estuda o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoal coletiva artificial (DWORKIN, 2014, p. 500).

É no campo moral política que, para Dworkin, as diferentes eleições éticas individuais e as diferentes concepções práticas de moralidade individual ganham o necessário tratamento coletivo de modo a compatibilizar a pluralidade indicada dentro de uma empreitada coletiva organizada que viabilize a todos tanto o direito ético de eleição de vida boa quanto o direito moral de obter junto à comunidade política as liberdades fundamentais para a consecução dos aludidos planos éticos. É no domínio da moralidade política que isso ocorre e o Direito é o instrumento eleito e construído para viabilizar este intento.

Iniciada a explicação da relação mediata do Direito com a ética e com a moral e indicada a relação imediata entre Direito e moralidade política, torna-se possível entender de maneira tranquila a seguinte afirmação de Dworkin: “É fácil situar o conceito doutrinário de direito nessa estrutura em forma de árvore: o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política” (DWORKIN, 2014, p. 620). É no campo da organização de padrões destinados à compatibilização da pluralidade ética e moral que está situado o direito, ou seja, no campo da moralidade política.

Acima, na seção anterior, foi trazida a teoria política de justiça de Rawls que já bem demonstrou onde o Direito se encaixa e também a sua finalidade, além da sua vinculação com os princípios de justiça explicitados na mesma teoria. Com efeito, como mencionado anteriormente que Rawls não prosseguiu em sua teoria de modo a construir em seu interior uma teoria do Direito, tem-se que Dworkin complementa este trabalho e aclara aquilo que se poderia inferir do trabalho de Rawls: o Direito como um ramo da moral política.

Prosseguindo no trabalho de tentar ir desdobrando a teoria política de Rawls para o campo da teoria do Direito até chegar ao ponto da interpretação judicial, passa a ser necessário identificar que elementos permitem identificar, distinguir e destacar o Direito de dentro da moral política. É o que será visto a seguir.

#### 4.2.2.2.2 Como distinguir o direito do restante da moral política: direitos políticos, direitos legislativos e direitos jurídicos

A resposta de Dworkin para a questão iniciada no item anterior repousa sobre a palavra institucionalização.

A passagem do âmbito da moralidade política para a seara do Direito dá-se por meio da institucionalização dos direitos políticos que, sem tal recurso, teriam que ser demonstrados por meio de um longo caminho de inferência justificativa. Trata-se da existência daquilo que Hart denominou de regra secundária de reconhecimento, a qual aglutina critérios de identificação válidos daquilo que, em meio à moralidade política, é Direito.

Retornando, então, à estrutura em árvore descrita por Dworkin, o Direito é um ramo da moral política e dela pode ser distinguido por meio da regra de reconhecimento, a qual institucionaliza os direitos. O que há, contudo, dentro da moral política antes que ocorra a institucionalização? Aqui se faz necessária a apresentação da classificação dos direitos feita por Dworkin em direitos políticos, direitos legislativos e direitos jurídicos.

Ainda dentro do domínio da moralidade política, Dworkin assevera que as pessoas possuem direitos políticos, que são entendidos como um determinado feixe de interesses particulares tão importantes que merecem proteção contra qualquer espécie de ato ou norma que, sob o argumento de melhorar a situação geral de todos, redundaria na sonogação daquele feixe. Nesse sentido, os direitos políticos teriam a natureza de uma espécie de trunfo contra justificativas de ações políticas tidas como agregatórias (DWORKIN, 2014, p. 501). Como, outrossim, seria possível definir quais seriam esses direitos políticos?

Os direitos políticos, nos dizeres de Dworkin, são aqueles que possuem ligação com o que ele denominou como os dois princípios de dignidade humana. Nesse sentido, nenhuma comunidade política tem o poder moral para criar obrigações aos seus membros sem que os trate com igual consideração e respeito, significando isso considerar todos os projetos e destinos de cada indivíduo igualmente importantes – primeiro princípio de dignidade humana – e sem que respeite a responsabilidade individual de cada um desses indivíduos pelos desígnios de suas vidas – segundo princípio de dignidade<sup>50</sup> (DWORKIN, 2014, p. 503).

---

50 Não serão expandidas aqui considerações acerca dos dois princípios de dignidade de Dworkin por se considerar que os dois princípios de justiça de Rawls já fornecem parâmetros de inferência dos direitos políticos. A relação de pertinência e semelhança entre as duas teorias, guardadas pontuais diferenças, permitem a dita opção. A opção por utilizar os pensamentos de Dworkin, como já apontado, decorreu tanto da sua adequação com a teoria de Rawls quanto da sua capacidade de derivar as estruturas teóricas do campo da filosofia política para a domínio da filosofia do direito, o que permite, também, o refinamento necessário para se atingir a seara da interpretação judicial, ponto de toque do presente trabalho.

Apesar da importância material desses direitos políticos, como já informado ao norte, o que faz com que esses direitos migrem da seara da moralidade política para o campo do seu ramo chamado Direito é a institucionalização, o que introduz as noções de direitos legislativos e direitos jurídicos.

Nas palavras de Dworkin,

Os direitos legislativos são aqueles que garantem que o poder legiferante da comunidade seja exercido de certa maneira: para criar e administrar um sistema de educação pública, por exemplo, e não para censurar a expressão política. [...] Os direitos legislativos têm de esperar até que chegue a sua vez: numa democracia, são as vicissitudes da política que vão determinar quais direitos legislativos vão vigorar e quando vão vigorar. [...] Os direitos legislativos, mesmo quando reconhecidos, não vigoram imediatamente; (DWORKIN, 2014, p. 621)

Já os direitos jurídicos caracterizam-se pela possibilidade de o seu titular, sem qualquer necessidade de uma prévia intervenção legislativa, exigir o seu cumprimento em instituições judiciais. Enquanto os direitos legislativos estão sujeitos às vicissitudes da política, os direitos jurídicos estão sujeitos a vicissitudes de outra natureza, mas, por vigorarem imediatamente, conferem aos seus titulares o poder de obter a satisfação desses direitos por meio de processos judiciais (DWORKIN, 2014, p. 621).

As explicações acima permitem perceber que os direitos legislativos são como uma espécie de direitos de transição entre os direitos políticos e os direitos jurídicos. Enquanto os direitos políticos, por ainda não estarem institucionalizados, não podem ser conhecidos de forma certa e destacada, como se dá com os direitos jurídicos, os direitos legislativos já permitem iniciar um ponto de esclarecimento necessário para que os membros da comunidade política possam compreender os direitos políticos que têm e trabalham no âmbito da política no sentido de transformar esses direitos legislativos em direitos jurídicos. Dworkin chega a dar o exemplo do direito à educação. Como um direito legislativo que é, o indivíduo, apesar de ter o direito legislativo à educação, não pode dizer que tem o direito a que um determinado esquema de educação seja adotado, ou seja, um direito jurídico, que, como tal, poderia ser exigido em juízo (DWORKIN, 2014, p. 621).

A descrição das diferenças entre direitos políticos, direitos legislativos e direitos jurídicos tem o mérito de prover uma percepção filosófica clara das diferenças de domínio da filosofia política, onde residem os direitos políticos e legislativos, e da teoria do Direito, campo de pertencimento dos direitos jurídicos. De outra banda, a referida percepção de domínios distintos permite também compreender que os direitos jurídicos, dentro de uma teoria do Direito, não deixam de ter em sua essência também elementos de uma teoria política

e por isso podem ser entendidos como uma forma institucionalizada de se responder à pergunta normativa importante proposta por Dworkin: “sob quais condições as pessoas adquirem direitos e deveres genuínos que sejam imponíveis do modo acima descrito?” (2014, p. 622). No subitem seguinte passa-se a especificar como a institucionalização dos direitos políticos e legislativos pavimentam o caminho para responder a pergunta ora transcrita.

#### 4.2.2.2.3 Direitos jurídicos como direitos políticos: como compreender as leis más ou injustas

A compreensão acima esposada, segundo a qual o Direito é um ramo da moral política e dela se distingue especificamente por meio da institucionalização, produz consequências vantajosas não apenas em razão do fornecimento de um critério público racionalmente compartilhado para a identificação daquilo que é Direito. Além da segurança identificatória inerente à questão da regra de reconhecimento institucionalizada – tributária de parâmetros positivistas clássicos – o entendimento do Direito como ramo da moral política permite, ao mesmo tempo, entender, de um lado, que há uma razão de moralidade política para considerar como Direito somente aquilo que foi individualizado por meio da institucionalização, e que, de outro lado, esta institucionalização não pode se tornar um fetiche a ponto de terminar frustrando todos os demais valores de moralidade política a que o Direito deve respeito e que devem por ele ser perseguidos.

Na seção anterior, já foi explicitado que a concepção do Direito como fenômeno decorrente de fatos sociais institucionalizados assenta-se em um valor de moralidade política de liberdade, bem vinculado ao primeiro princípio de justiça de Rawls. Já mesmo dentro da teoria política deste autor também era possível verificar a importante vinculação com outros valores de moralidade política, notadamente o segundo princípio de justiça, aglutinado na igualdade equitativa de oportunidades e no princípio da diferença.

Como já pontuado alhures, a forma como Dworkin encadeou sua teoria para atingir especificamente a seara da teoria do Direito permite enxergar ainda mais o Direito como derivação da moralidade política bem como a vinculação deste com outros parâmetros da referida moralidade – vide a breve explicação acerca dos princípios de dignidade que estruturam a teoria política descrita por Dworkin.

A partir do clareamento da compreensão acima, a estruturação feita por Dworkin em torno dos conceitos de direitos políticos, legislativos e jurídicos e o conhecimento da maneira pela qual estes se relacionam, conferem a possibilidade de construção de um caminho racional balizador dos critérios interpretativos a serem observados pelo Poder Judiciário no complexo

e intrincado estágio da aplicação das normas jurídicas, principalmente no que toca às dúvidas acerca de como encarar a interpretação e aplicação de leis más ou injustas ou de como proceder em caso de lacunas de normas institucionalizadas. Daí a importância de verificar como os referidos conceitos se relacionam na teoria do Professor estadunidense.

De acordo com Dworkin, todos os direitos jurídicos são direitos políticos e constituem um ramo especial destes porque são exigíveis por meio de instituições judiciais coercitivas sem a necessidade de qualquer atividade legislativa prévia (DWORKIN, 2014, p. 623). Ou seja, independentemente do conteúdo do direito jurídico que se esteja tratando, da sua importância material, do seu grau de fundamentalidade, pelo simples fato de ele ter sido institucionalizado, de ele ter sido consagrado por lei ou reconhecido previamente em vários precedentes pelas cortes judiciais, esse direito jurídico revela um direito político, já que intrinsecamente ligado, pelo menos, a um dos princípios de dignidade de Dworkin ou a um dos princípios de justiça de Rawls.

De outra banda, como já era possível perceber pelo que acima foi disposto, apenas uma parte dos direitos políticos e legislativos conseguem, superadas as vicissitudes do processo político, alcançar o *status* de direitos jurídicos. Esta específica compreensão de que nem todos os direitos políticos conseguem ser institucionalizados reconfiguram, como ao norte antecipado, a filosofia e a prática do direito e, decerto, libertam a hermenêutica judicial para alcançar a resposta correta na resolução dos casos postos à avaliação, notadamente nos denominados casos difíceis. O que ora foi afirmado pode ser constatado quando Dworkin articula tais considerações em torno da questão de como tratar as ditas leis más ou injustas.

Dworkin começa a empreitada lembrando que o dilema das leis más não pode ser compreendido dentro daquela tradicional visão bissetemática entre Direito e moral, como se fossem domínios distintos. Como visto acima, a construção do Teórico coloca o Direito como um ramo da moral política e é dentro desta concepção integrada que se tentará, então, abordar o dilema das leis más. (2014, p. 628)

O Professor estadunidense inicia a sua análise através do exemplo da Lei dos Escravos Fugitivos, aprovada pelo Congresso norte – americano pouco tempo antes da Guerra Civil e que declarava que os escravos que fugissem para os estados não escravocratas continuariam sendo escravos e que, deste modo, as autoridades dos estados de destino da fuga deveriam devolver os fugitivos aos seus donos. Diante de uma situação concreta que envolvesse a aplicação dessa lei, Dworkin questionou: “Acaso os juízes, em vista do seu papel e das circunstâncias em que se encontravam, tinham a obrigação política de dar ganho de causa aos senhores de escravos que reclamavam seus ‘bens’ fugidos?” (2014, p. 628).

Para iniciar a análise do caso, Dworkin parte do pressuposto de que o Congresso norte-americano tinha legitimidade para promulgar leis que criassem direitos jurídicos e consequentemente obrigações políticas de cumprimento destas leis, o mesmo ocorrendo com a outra fonte de institucionalização social, qual seja, o precedente. Considerando este pressuposto satisfeito, isto é, o de que a produção dos direitos jurídicos dava-se por meio da obediência dos princípios estruturadores de justiça que tornam legítimos os direitos jurídicos derivados da moral política, seria correto afirmar que os senhores de escravos tinham pretensões jurídicas dotadas de força moral que impunham a observância do conteúdo da lei.

Retornando ao escopo da teoria de Rawls, esta lei, mesmo que se possa supor hoje seu mau ou injusto conteúdo, teria obedecido o primeiro princípio de justiça, atendido ao escopo da justiça procedimental imperfeita, isto é, teria sido produzida de maneira democrática, em atenção ao princípio da liberdade igual. A forma democrática de concepção da lei e por conseguinte o atendimento do primeiro princípio de justiça na produção do direito jurídico já constituía e impunha a obrigação política de seu cumprimento e observância, mesmo que, decerto, não se tenha qualquer dúvida de que o conteúdo da lei materializava pretensões morais antagônicas ao forte argumento moral dos direitos humanos.

A explicação acima equivaleria a uma descrição segundo a qual a lei seria considerada válida, mas injusta demais para ser imposta. Uma outra descrição, contudo, seria possível e caminharia no sentido de se afirmar que, em princípio, os senhores de escravos nem sequer tinham o direito que demandavam. Ou seja a lei seria injusta demais para ser considerada válida (DWORKIN, 2014, p. 629).

Dworkin advoga a preferência pela primeira descrição sob o fundamento de que ela expressa nuances que a segunda forma de proposição abafa, não deixando de evidenciar, em especial, a razão pela qual juízes confrontados com a dita lei viam-se diante de um dilema moral (DWORKIN, 2014, p. 629).

Em adição aos argumentos de Dworkin, pode-se relembrar a organização serial dos princípios de justiça organizados por Rawls, segundo o qual, a prioridade lexical do primeiro princípio de justiça necessariamente já conferiria um primeiro compromisso moral de aplicação das normas que obedeceram aos procedimentos justos e deles derivaram. Do contrário, toda e qualquer lei, mesmo editada dentro de um procedimento democrático quase perfeito (justiça procedimental imperfeita), somente seria considerada válida e aplicável se passasse por um filtro prévio de moralidade individual do juiz, o que terminaria por subverter toda a lógica estrutural do Direito, que perderia seu caráter democrático em razão do desfazimento do vínculo com o primeiro princípio de justiça.

Para bem deixar marcada a importância de se compreender a questão à luz da primeira modalidade descritiva ora mencionada, Dworkin traz um segundo exemplo que, de modo oposto, atrai a segunda descrição como a melhor forma de tratá-la dentro da concepção que abraça o direito como ramo da moral política. O exemplo utilizado pelo autor refere-se aos abomináveis decretos nazistas, os quais, em seu entendimento, nem sequer chegaram a criar direitos e deveres, pois o suposto governo nazista era totalmente ilegítimo, inexistindo qualquer princípio estruturador de justiça que pudesse corroborar a imposição desses decretos. (DWORKIN, 2014, pp. 629 – 630).

Os exemplos de Dworkin deixam bem marcadas as diferenças entre um sistema jurídico democrático, isto é, que produz direitos jurídicos de maneira justa, submetendo-se às ordenações processuais concebidas de forma justa e em obediência ao primeiro princípio de justiça de Rawls, e que, por obedecer a tais exigências, gera em face dos juízes uma obrigação moral política de cumprimento destas leis, em oposição a um sistema que, por não obedecer sequer o primeiro princípio de justiça, não produz legislação democrática e, por isso, sequer pode receber o designativo de jurídico.

Todo esse itinerário serviu, então, para ofertar uma primeira compreensão das leis más ou injustas dentro do Direito concebido como ramo da moral política. Esta primeira compreensão já permite colocar o juiz e a interpretação judicial no Brasil diante de um quadro marcado pela produção democrática de leis garantidoras de direitos jurídicos, os quais, de início, por terem sido gestados em atendimento ao primeiro princípio de justiça, impõem aos magistrados a obrigação política de observar tais direitos, os quais, como já explicado, são também direitos políticos. Em outras palavras, somando-se o esquema de justiça de Rawls com o que até aqui prelecionou Dworkin, os juízes brasileiros, uma vez concebendo o Direito como ramo da moral política, têm a obrigação prévia e inicial de fazer cumprir as leis. O problema, outrossim, é o do dilema moral exemplificado por Dworkin, quando o magistrado se vê entre a obrigação moral política de fazer cumprir uma lei e a obrigação moral política de não cometer um ato de injustiça política por meio de uma lei. Semelhante dilema moral se dá nos denominados casos difíceis. A seguir, será estudada a maneira indicada por Dworkin para enfrentar esses dilemas morais e encontrar uma interpretação judicial que leve o magistrado à resposta correta e justa.

#### **4.2.3 O papel dos princípios dentro da moralidade política e do Direito**

A compreensão do Direito como ramo da moral política, nos termos esposados, indica,

como visto no item imediatamente anterior, que, dentro da teoria política de justiça de Rawls e também de Dworkin, a validade das leis independe do seu conteúdo.

Uma vez que a lei tenha obedecido ao procedimento de justiça imperfeita previsto e que tenha sido editada pela autoridade legalmente constituída para tanto, isto é, uma vez que a norma produzida tenha sido concebida em ambiente democrático em atenção ao primeiro princípio de justiça, a norma é válida e gera, para a toda a sociedade e em especial para os juizes, a obrigação moral política de observância e aplicação, independentemente do seu conteúdo. De forma resumida, é o que acontece no Brasil, onde a produção legislativa, a produção dos direitos jurídicos obedece às exigências democráticas.

Com efeito, como acima visto, mesmo dentro de uma teoria política assentada em tais moldes, os juizes declaram-se imersos em um dilema moral quando são colocados diante de leis más ou injustas, de vácuo normativo ou de regras jurídicas compostas por termos vagos ou abertos.<sup>51</sup> É neste momento, em que surge a necessidade de resolver tal dilema, que Dworkin, descrevendo o mecanismo que sonda o raciocínio jurídico dos juizes nos casos concretos em que o dilema se manifesta, introduz os princípios como mecanismos capazes de ajudar na resolução do problema e de encontrar a resposta correta, relembrando aqui o caráter qualitativo da correção concebida pelo autor e explicada linhas acima.

A seguir, então, será iniciado o estudo sobre os princípios dentro da teoria de Dworkin, derivando-se os conceitos nela produzidos até o ponto das contribuições possíveis ao campo da interpretação judicial.

#### 4.2.3.1 *Os princípios*

Como antecipado acima, Dworkin volta seu olhar aos princípios chamando a atenção de que o positivismo jurídico, mesmo alegando que patrocina uma empreitada conceitual e descritiva do Direito, não detectou e apontou aqueles como um padrão que é usualmente utilizado pelos juizes durante o raciocínio judicial e no momento da interpretação e aplicação do Direito. Trata-se de uma das mais relevantes críticas feitas por Dworkin contra o positivismo jurídico, que, segundo ele, concebe o Direito como um sistema composto

---

51 Apesar de no item anterior ter sido estudada a abordagem de Dworkin quanto aos dilemas morais em face de leis más, um dilema moral também existe, embora de maneira distinta, quando o juiz está diante de um caso para o qual não há regra jurídica específica ou quando, havendo norma, seus termos são muito abertos ou vagos. O dilema surge na medida em que, como visto nas teorias políticas e de justiça estudadas, os juizes partem do pressuposto de uma obrigação moral política de cumprimento das leis mas ficam diante de casos em que não possuem tais instrumentos ou os possuem sem a segurança da precisão de seus termos. Acabam, pois, perguntando-se o que fazer?

exclusivamente por regras, deixando os padrões principiológicos utilizados fora da teoria. (DWORKIN, 2007, p. 36)

Dworkin qualifica princípio como um padrão que deve ser observado em razão de expressar uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade (2007, p. 36). Logo aqui, percebe-se a ligação entre o princípio e a moralidade política, tratando-se de um padrão que, considerando o Direito como ramo da moral política, constitui o elo que impede que o fenômeno da institucionalização acrítica transforme o conjunto de regras produzidas em algo capaz de desnaturar o Direito enquanto ferramenta derivada de um determinado tipo de moralidade política.

Enquanto as regras jurídicas, admitidas como fonte do Direito pelos positivistas, são aplicadas à maneira tudo – ou – nada, isto é, aquela estipula os fatos que abarca e as consequências jurídicas que devem ser impostas, os princípios, ante sua diferença lógica em relação às regras, enunciam razões que conduzem um argumento para uma certa direção sem que a conclusão respectiva esteja previamente especificada (DWORKIN, 2007, pp. 39-41).

Outra diferença em relação às regras, que enuncia e delimita mais uma propriedade dos princípios, é a sua dimensão de peso ou importância. Os princípios possuem uma dimensão de peso que permitem, por ocasião de contraposição entre eles, o sopesamento de ambos de modo a viabilizar a prevalência, para aquele caso concreto, daquele que detiver a maior força relativa para a resolução da contenda (DWORKIN, 2007, p. 42). De fato, nas palavras do autor, as regras não possuem essa dimensão de peso ou, então, tal dimensão já foi devidamente levada em consideração no momento prévio à institucionalização por ocasião dos debates políticos. Nestes termos, tem-se, então que, quando duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, enquanto no caso dos princípios, o que há é a prevalência, para o caso concreto, de um princípio em relação ao outro, sem que se cogite de invalidade ou mesmo não pertencimento do padrão ao sistema jurídico (DWORKIN, p. 43).

Postas todas essas características resumidas dos princípios, pode-se compreendê-lo como um padrão jurídico que, dada sua conexão com as dimensões de moralidade política e de justiça, confere ao intérprete um ponto de partida hermenêutico adicional aos conceitos dispositivos institucionalizados, orientando a argumentação jurídica para caminhos adequados ao esquema de moralidade política do qual defluiu o sistema jurídico em que está inserido o intérprete. Esta orientação ligada à moralidade política que lastreia o sistema jurídico em que está inserido o intérprete, ajuda na resolução dos dilemas mencionados acima na medida em que permite ao juiz, por exemplo, compreender que suas obrigações políticas não se restringem à simples observância dos direitos jurídicos, mas incluem a consideração da

semelhante obrigação política de entender tais direitos jurídicos à luz do esquema de moralidade política do qual nasceu. A inclusão dos princípios concede, então, um guia moralmente íntegro e coerente para que o juiz decida tanto nos casos de vácuo legislativo, leis más ou normas de texturas abertas ou vagas. A questão que agora se coloca é como se dá ou pode se dar o manejo do padrão principiológico no contexto interpretativo.

#### 4.2.3.2 *Os princípios e a concretização de direitos políticos abstratos*

Continuando no caminho da especificação dos princípios como instrumentos que podem auxiliar na busca interpretativa pela resposta correta, Dworkin passa a apresentar uma espécie de roteiro prévio por meio do qual se buscará quais direitos uma teoria política específica pressupõe que as pessoas tenham.

O autor inicia abordando a noção de objetivo político como uma espécie de justificação política genérica destinada à consecução de um determinado estado de coisas. Do âmbito abstrato e mais genérico dos objetivos políticos, originam-se os direitos políticos, considerados como objetivos políticos individuados. Esse direito político é um direito a uma oportunidade, a um recurso ou a uma liberdade que conta a favor de uma decisão política que venha a promover um estado de coisas em que este indivíduo possa desfrutar tal direito (DWORKIN, 2007, p. 142).

De outro lado, tem-se as chamadas metas coletivas, entendidas como objetivos políticos não – individuados, isto é, um estado de coisas cuja a observância não requer especificamente a concessão imediata de uma oportunidade, recurso ou liberdade particular a alguém. A eficiência econômica e algumas concepções de igualdade são exemplos de metas coletivas fornecidos por Dworkin (2007, p. 143).

Essas metas coletivas embora possam, não necessitam ser absolutas, sendo certo que a comunidade pode perseguir vários tipos de metas distintas ao mesmo tempo (DWORKIN, 2007, pp. 143-144).

Ao lado das ditas metas coletivas, Dworkin trata uma vez mais dos direitos políticos, os quais, como já estudado anteriormente, têm ligação com os princípios de justiça, segundo a teoria de Rawls, ou os princípios de dignidade segundo a teoria de Dworkin, além de funcionarem como trunfos contra qualquer espécie de ato ou norma que, sob o argumento de melhorar a situação geral de todos, redunde na sonegação desses direitos. Dworkin enfatiza esse caráter dos direitos políticos adicionando o seguinte: “Para simplificar, podemos estipular que não chamaremos de direito qualquer objetivo político, a menos que ele tenha um certo

peso contra as metas coletivas em geral; (DWORKIN, 2007, p. 144)

A construção feita até aqui por Dworkin permite compreender que os objetivos políticos podem se posicionar como um direito ou uma meta coletiva a depender de seu lugar e da sua função no âmbito de uma determinada teoria política. Nesse sentido, com o escopo de distinguir a posição de um determinado objetivo político como meta ou como direito político, uma teoria adequada necessariamente deverá diferenciar os chamados direitos preferenciais - *ground rights* -, pois são estes trunfos que fornecerão uma justificção para as decisões políticas a serem tomadas pela sociedade em abstrato, transmutando-se, por conseguinte em direitos institucionais.

Além de justificarem estes direitos institucionais, o destaque e conhecimento desses direitos políticos, desses trunfos, conferirão também orientação hermenêutica e interpretativa para que os juízes, seja nos casos difíceis, de vácuo legislativo, de normas com textura aberta, produzam decisões que se mantenham atreladas às obrigações políticas derivadas dos princípios de justiça – Rawls – ou de dignidade – Dworkin.

A percepção desses direitos políticos ou trunfos deve ser refinada uma vez mais no sentido de apontar a distinção entre direitos abstratos e direitos concretos e, por via de corolário, entre princípios abstratos e princípios concretos, evidenciando uma distinção de graus entre estes entes (DWORKIN, 2007, p. 146).

Nas palavras de Dworkin,

Um direito abstrato é um objetivo político geral, cujo enunciado não indica como este objetivo geral deve ser pesado ou harmonizado, em circunstâncias particulares, com outros objetivos políticos. [...] Por outro lado, os direitos concretos são objetivos políticos definidos com maior precisão, de modo que expressam com mais clareza o peso que possuem, quando comparados a outros objetivos políticos em ocasiões específicas (DWORKIN, 2007, p. 146).

Tentando explicar o que são estes direitos, Dworkin aponta os direitos à liberdade de expressão, à dignidade ou à igualdade como exemplos de direitos abstratos. De outro lado, aponta o direito de um jornal publicar projetos de defesa classificados como secretos, desde que tal publicação não coloque tropas diante de um perigo físico iminente, como exemplo de um direito concreto à liberdade de expressão. Ou seja, os direitos abstratos fornecem argumentos em favor dos direitos concretos, mas as alegações em favor destes são mais conclusivas do que qualquer espécie de alegação em favor de um direito abstrato (DWORKIN, 2007, pp. 146-147).

Colocadas todas as questões acima, tem-se, então que os direitos abstratos extraíveis

de um teoria política podem, por meio da atividade interpretativa judicial, ser gradativamente densificados até o estágio de direitos concretos por meio do uso prático e argumentativo do padrão principiológico. É nesta transferência de grau, do abstrato para o concreto, que os princípios são manejados no campo prático de modo a identificar os direitos que as partes envolvidas no litígio realmente possuem quando se considera a imagem unidimensional do direito como ramo da moral política.

A questão que se coloca a partir do que foi afirmado acima, então, é como tratar a incidência dos princípios na tarefa de definição dos direitos políticos concretos diante do insulamento institucional do dever judicial de decidir a partir dos direitos políticos institucionalizados, ou seja, a partir dos direitos previstos em lei. Os princípios entram em jogo na atividade interpretativa apenas em casos tidos como difíceis? Somente nos casos para os quais inexistam regras institucionalizadas específicas? Ou devem exercer um papel interpretativo e prático também nas situações em que a regra institucionalizada seja composta por termos vagos e imprecisos?

#### **4.2.4 Os princípios e as obrigações políticas judiciais: direcionando a interpretação judicial para a obtenção da resposta correta**

Um resumo de tudo o que até aqui foi exposto poderia ser feito da seguinte forma: a) Dworkin demonstrou que existe uma resposta certa no Direito; b) considerando que o Direito é um conceito do tipo interpretativo, e não criterial, a resposta certa em apreço é do tipo qualitativa e comparativa, e não quantitativa e excludente. Ou seja, trata-se da melhor resposta – portanto a resposta correta – que pode ser dada por um juiz, por exemplo; c) dado o caráter interpretativo do conceito de Direito, o que enseja a condição de verdade em termos qualitativos ora especificados, é necessário um parâmetro em face do qual se possa julgar a resposta como correta e este parâmetro é a moralidade política, já que, como visto e justificado por Dworkin, o Direito é um ramo da moral política; d) do que foi anteriormente especificado, surge a necessidade de se entender um sistema jurídico específico à luz de uma teoria política e de justiça, sendo que a teoria a ser eleita deve ser aquela que melhor justifique o sistema jurídico existente. Como visto linhas atrás, a teoria de Rawls, com os complementos de Dworkin na presente seção, são as teoria políticas e de justiça fortemente adequadas ao sistema jurídico que o Brasil possui. O retorno aos princípios de justiça da teoria de Rawls, com os complementos orientados de Dworkin, pode ofertar algumas respostas às indagações feitas ao final da subseção anterior para, em seguida, direcionar a pesquisa para o desfecho

específico em relação à interpretação judicial trabalhista.

#### 4.2.4.1 *Compreendendo a obrigação política dos juízes na atividade interpretativa*

As perguntas formuladas no final do item 4.2.3.2 exige saber qual é a obrigação moral política do juiz, ou seja, a sua responsabilidade política no exercício da atividade interpretativa e aplicativa do Direito. A compreensão desta responsabilidade somente é possível mediante retorno aos princípios de justiça de Rawls, sempre considerando a ordem lexical de prioridade entre ambos.

Relembrando, o primeiro princípio de justiça propugna que cada pessoa deve ter um direito igual ao esquema mais abrangente de liberdades básicas que for compatível com um esquema semelhante de liberdades para as demais pessoas.

Como corolário desse princípio, a sociedade cria instituições que, de forma prévia e de maneira publicamente compartilhada, estabelecem os limites de atuação de cada qual e as liberdades que cada um possui. Logo, a Constituição, as leis e o sistema jurídico como um todo, são vistos como instituições que têm, como uma de suas finalidades, demarcar o campo de possibilidades dos integrantes da sociedade e matizar as expectativas legítimas que passam a existir entre os membros desta comunidade. A concessão e ao mesmo tempo a regulação das liberdades são as finalidades políticas buscadas por meio da criação das instituições legislativas e judiciais.

Se o que acima foi exposto é verdade, tem-se que os magistrados possuem uma obrigação moral política de, partindo do pressuposto da produção democráticas das regras jurídicas, considerá-las válidas e a elas dar cumprimento independentemente de uma avaliação prévia de conteúdo. Ao magistrado não será dado, por exemplo, recusar aplicação à norma por entender, em razão de sua moral individual, ser a mesma ruim, ineficiente ou injusta.

Esta obrigação moral política já confere um argumento para responder a primeira pergunta feita ao final da subseção anterior: os princípios não entram em jogo na atividade interpretativa apenas nos casos tidos como difíceis. A simples obrigação política de tentar cumprir de forma expedita o texto legal e de fazer valer o direito jurídico nele previsto já envolve o respeito e manejo de princípios de moralidade política que contribuem para o cumprimento do dever judicial citado. Aqui, neste ponto, talvez se esteja diante da situação em que a cogitação de discricionariedade judicial seja a de menor grau.

De outra banda, a vinculação ao referido princípio de justiça já condiciona, também, a

obrigação moral política judicial nos casos em que o magistrado se depara com as ditas normas de textura aberta ou vaga. Visto que, como acima especificado, o juiz tem uma obrigação moral política de valorizar a observância dos direitos políticos institucionalizados, isto é, os direitos jurídicos, então, havendo termos jurídicos abertos ou vagos na estrutura linguística desses direitos, a referida obrigação moral política guia o magistrado na eleição de critérios hermenêuticos que indiquem relações de analogia com outras normas institucionalizadas, sendo a busca pela intenção do autor da norma jurídica uma destas modalidades hermenêuticas.

Neste ponto, em que pese a maior dificuldade imposta ao juiz em conseguir adensar o compromisso moral político com o primeiro princípio de justiça, tal obrigação continua a fornecer um parâmetro, um guia capaz de afastar a solução residente na discricionariedade judicial preconizada pelo positivismo jurídico. Se é verdade que o acesso à resposta correta, neste ponto, ocorre mediante esforço hermenêutico de grau mais elevado, não é menos correto afirmar que tal parâmetro continua eliminando o fator desestabilizante e surpreendente da discricionariedade judicial.

Chega-se, então, à situação limite dos casos difíceis, em que não há norma institucionalizada específica para resolver a questão. Nesse caso, como trabalhar a obrigação moral política do juiz se não há o ente básico aglutinador das propriedades de justiça sobre o qual se estriba aquela obrigação?

Inicialmente, tem-se que, assim como o ocorrido em relação à situação dos direitos jurídicos, também na presente hipótese o intérprete pode buscar no conjunto normativo relações de analogia no bojo das demais normas institucionalizadas e em respeito à concepção sistemática do direito. Da mesma forma, pode utilizar-se do recurso da busca pela intenção do autor presente neste conjunto normativo sistematizado.

Outrossim, tanto no caso das normas de textura aberta ou vaga quanto nos denominados casos difíceis, o recurso aos critérios hermenêuticos que remontam à intenção do autor fatalmente envolverão questões de moral política. Em outras palavras, na tentativa de se densificar a dita intenção do autor, o intérprete, de forma inevitável, maneja conceitos políticos, conceitos de moralidade política, eis que, à falta de norma institucionalizada específica para o caso, terá que identificar, dentro da teoria moral política que melhor justifica o sistema jurídico e a interpretação judicial, os direitos políticos que as pessoas têm, mas que, em razão das vicissitudes da política, como alertado por Dworkin, ainda não foram institucionalizados e transformados em direitos jurídicos.

É neste contexto, pois, que os juízes irão identificar, por meio de um raciocínio

adequado, a partir do sistema jurídico como um todo, primeiramente os direitos políticos abstratos e, em seguida, os direitos políticos concretos, os quais, então, por terem uma densidade conclusiva mais saliente, poderão ser utilizados no contexto prático de busca pela resposta jurídica correta. Esta operação densificadora dá-se, como visto anteriormente, por meio do manejo dos princípios jurídicos, mediante a observação da diferença de estrutura lógica entre estes e as regras jurídicas e com a devida atenção à dimensão de peso que envolve o referido padrão.

É inegável que a interpretação judicial nas situações acima tendam a ser mais controvertidas. Outrossim, a controvérsia, como já demonstrado em seções anteriores, não é sinônimo de ceticismo no sentido de inexistência de uma resposta jurídica correta. Há uma resposta correta, uma resposta que melhor reflete os direitos políticos que as pessoas têm dentro de um sistema jurídico justificado pela respectiva teoria política da qual surgiram.

Até aqui, como pode ser percebido, ao se tentar responder as perguntas formuladas no final da subseção anterior, chegou-se à conclusão de que as obrigações morais políticas dos juízes ligadas ao primeiro princípio de justiça estão presentes a todo instante e em todos os tipos de caso que lhes são apresentados.

Nos casos ditos fáceis, em que a interpretação literal praticamente resolve a questão prática, afirma-se o compromisso com a obrigação moral relativa ao primeiro princípio de justiça.

De igual forma, nos casos que envolvem regras sociais abertas ou vagas, embora com um esforço hermenêutico um pouco maior, reafirma-se o compromisso interpretativo com o primeiro princípio de justiça por meio do uso dos critérios hermenêuticos que reforçam tal compromisso.

Por fim, nos casos difíceis, embora não se tenha a base social institucionalizada, seja ela individual ou sistematicamente considerada, tem-se que é justamente a partir e em razão da obrigação moral política ligada ao primeiro princípio de justiça que se deflagra a busca de princípios de moralidade política que possam conferir racionalidade discursiva no procedimento de densificação dos direitos políticos abstratos para o nível dos direitos políticos concretos.

Apesar de, como dito, o procedimento de densificação concreta dos direitos políticos abstratos iniciar-se a partir da busca de critérios hermenêuticos capazes de honrar o compromisso moral político com o primeiro princípio de justiça, não há, a depender do caso posto, qualquer garantia de sucesso nessa empreitada.

A articulação dos princípios de moralidade política no bojo da observação do referido

compromisso político dos juízes pode não atingir um resultado satisfatório justamente porque o primeiro princípio de justiça pode demonstrar-se insuficiente para tanto, o que, então, introduz a necessidade prática de buscar um outro referencial. Este outro referencial, como visto na teoria política de Rawls, está constituído no segundo princípio de justiça.

A partir do momento em que, em casos difíceis, como visto acima, ao tentar manejar princípios de moralidade política que seriam capazes de honrar o primeiro princípio de justiça, os juízes constatarem uma certa impossibilidade ou extrema dificuldade em agir dessa forma, o compromisso moral político dos juízes ocorre no sentido de tentar percorrer um caminho que os leve a uma posição imaginária de uma pessoa que teria por missão identificar os direitos políticos que as pessoas têm, mas que, por uma razão ou por outra, ainda não foram institucionalizados.

Se, como já explorado acima, a discricionariedade judicial forte não pode ser uma opção, então o caminho que leva os juízes à posição ótima de identificação dos direitos políticos deve ser percorrido mediante o uso de princípios de moralidade política que estejam ligados aos princípios de justiça que erigiram a respectiva teoria política. No caso do referencial teórico em apreço, este é o segundo princípio de justiça construído por Rawls, materializado na igualdade equitativa de oportunidades e no princípio da diferença. Ou seja, dada a impossibilidade de pleno atendimento ao compromisso moral político de natureza procedimental, encarnado no primeiro princípio de justiça, o dever de coerência político – normativo imposto aos juízes, que afasta o uso de critérios morais individuais e discricionários, exige que sejam usados princípios de moralidade política capazes de apontar critérios hermenêuticos que estejam em consonância com o segundo princípio de justiça – princípio de justiça de natureza substantiva. Assim ocorrendo, elimina-se a discricionariedade judicial forte, mantém-se a coerência político – normativa do sistema de moralidade política do qual o Direito advém e se atribui aos cidadãos em contenda direitos políticos concretos que eles já tinham, mas que, por razões inerentes às vicissitudes do processo político, ainda não tinham sido institucionalizados.

O que até aqui foi colocado parece indicar que apenas nos casos difíceis seria cabível recorrer aos padrões principiológicos ligados ao segundo princípio de justiça. Esta concepção é plausível? Não haveria possibilidade de recurso à padrões principiológicos ligados ao segundo princípio de justiça também nos casos fáceis e nos casos de textura aberta ou vaga dos termos jurídicos?

A resposta para as perguntas em apreço passam pelo reforço do significado político do compromisso com o primeiro princípio de justiça.

Como visto na seção anterior, uma sociedade que estabelece um contrato social, na posição original, condicionada pelo véu da ignorância e que adota os dois princípios de justiça estudados, termina por construir instituições justas que, dentro da teoria ideal de justiça, serão capazes de plasmar uma sociedade justa, bem distribuindo os bens sociais primários mínimos e necessários para que cada cidadão possa colocar em curso seus planos éticos de vida.

Dentro do conjunto destas instituições estão as leis, o Poder Judiciário, enfim, o sistema jurídico. Há uma presunção, como a norte já explicado em detalhes, de que as instituições, como as legislativas, por exemplo, por derivarem de um procedimento de justiça quase perfeito, nascerão justas e estarão em linha com o segundo princípio de justiça, que, ao invés da natureza procedimental ínsita ao primeiro princípio de justiça, é de ordem material ou substancial. Em outras palavras, há uma presunção de que as instituições legislativas atendem não apenas o primeiro princípio de justiça, mas igualmente o segundo.

As explicações acima lançadas permitem, então, compreender melhor a natureza do compromisso moral político do juiz em bem observar as disposições legais e mesmo de tentar buscar a intenção do autor, isto é, do legislador.

A validade de uma regra jurídica traz com ela uma presunção de justiça tanto em função da observância ao primeiro princípio de justiça quanto em razão do atendimento pressuposto ao segundo princípio de justiça. É justamente a presunção ora descrita que explica o dilema moral que os juízes afirmam ter quando estão diante das chamadas leis más ou injustas. Nestes casos, os juízes experimentam um dilema moral por perceberem que a presunção de justiça relativa ao segundo princípio inexistente, mas ainda assim persiste o compromisso moral político em relação ao primeiro princípio de justiça.

A percepção de que a obrigação moral política dos juízes está atada não apenas ao primeiro princípio de justiça, mas igualmente ao segundo, autoriza uma recompreensão do uso e manejo dos princípios de moralidade política em cada uma das situações práticas interpretativa acima descritas.

Nos casos tidos como fáceis, em que, como afirmado, a interpretação literal praticamente resolve a questão, o procedimento hermenêutico e aplicativo dá-se dessa maneira quase que automática, pouco reflexiva e mais tranquila porque o conceito dispositivo manejado é percebido e entendido pelo juiz como nitidamente justo e adequado à moralidade política, aos princípios de justiça que informam todo o sistema jurídico. Em outras palavras, o conteúdo da regra editada é de tal modo justo e adequado aos princípios de justiça, que sequer há espaço para o magistrado se questionar a respeito da confirmação da presunção de justiça que sempre acompanha a norma. Com efeito, apesar de assim ser, a aplicação tranquila da

regra ocorre não porque existe um compromisso moral político exclusivo para com o primeiro princípio de justiça, para com a questão da validade da norma. A percepção de uma tal exclusividade deste jaez decorre efetivamente do baixo grau de controvérsia conteudística do dispositivo jurídico. Deste modo, tem-se que mesmo nos casos ditos fáceis, a obrigação moral política dos juízes dá-se com os dois princípios de justiça considerados na ordem lexical descrita por Rawls.

Passando à situação dos casos que envolvem dispositivos dotados de termos jurídicos vagos, abertos ou ambíguos, a obrigação moral política dos juízes para com o primeiro princípio de justiça caminha, como acima antecipado, no sentido de encontrar, dentro do próprio sistema de normas institucionalizadas, relações de analogia capazes de descortinar a intenção do autor da norma vaga, aberta ou ambígua. Novamente, ao buscar critérios hermenêuticos atados à intenção do autor, os juízes não têm em mente apenas o primeiro princípio de justiça, mas, igualmente, dada a presunção de que normas válidas carregam também o atendimento aos parâmetros de justiça substantiva, a observância do segundo princípio de justiça.

Ocorre que, ao buscar a referida intenção do autor em casos já não tão claros como os fáceis, os juízes, em algumas situações, podem ter dificuldades em identificá-la, compreendê-la e problematizá-la no contexto de sua construção histórico – institucional. A depender da situação concreta a ser resolvida e do material institucionalizado a que se recorre para inferir, mediante recurso à analogia, a intenção do autor, o juiz pode não encontrar respostas claras ou pode, até mesmo, deparar-se com respostas aparentemente contrapostas. Além disso, como já adiantado acima, o recurso aos critérios hermenêuticos que remontam à intenção do autor fatalmente envolverá questões de moral política. Em outras palavras, na tentativa de se densificar a dita intenção do autor, o intérprete, de forma inevitável, manejará conceitos políticos, conceitos de moralidade política, ainda que esteja recorrendo a um raciocínio hermenêutico de analogia ligado aos sistema institucionalizado. Estes conceitos e princípios de moralidade política, para que o processo interpretativo não descambe para discricionariedade forte, necessariamente deverão estar ligados ao segundo princípio de justiça sem perder de vista o igual compromisso com o primeiro princípio. O segundo princípio de justiça servirá então como uma espécie de guia no manejo dos princípios e ajudará a descortinar a intenção do autor, a qual já será, pois, uma intenção qualificada pelo princípio substantivo de justiça. O esquema geral de resposta nos casos de textura aberta e imprecisa dos termos jurídicos, embora, como asseverado acima, não elimine a controvérsia argumentativa, certamente afasta as discricionariedades forte e fraca, que autorizariam os

juízes a elegerem padrões morais individuais para o preenchimento de sentido dos ditos termos vagos. Também aqui reafirma-se a obrigação moral política dos juízes com os dois princípios de justiça e a possibilidade de alcançar a resposta correta no Direito.

Se, como acima explicitado, os juízes têm obrigação moral política com os dois princípios de justiça nos casos fáceis e naqueles marcados pelos termos vagos e imprecisos, com muito mais razão e intensidade o compromisso com o segundo princípio de justiça resta sedimentado nos casos difíceis. Não havendo direito jurídico específico, a resposta acerca da existência de um direito político exigirá um grau de atenção e vinculação ao segundo princípio de justiça e aos princípios de moralidade política envolvidos muito maior. Novamente, se a controvérsia não desaparece, a discricionariedade forte também não se faz presente.

Conclui-se, pois, que sempre e em todos os casos, dos mais fáceis aos mais difíceis, a obrigação moral política dos juízes ocorre em relação aos dois princípios de justiça, sendo de todo possível e correta a utilização das inferências conceituais políticas obtidas a partir do segundo princípio de justiça em todas as situações, sempre tendo a devida atenção para a prioridade lexical entre os dois princípios, a indicar a necessidade de não se utilizar o princípio substancial de maneira sub - rogatória dos procedimentos democráticos que legitimam o princípio procedimental.

De certa forma, este último apontamento já foi abordado acima ao se apontar as diferentes maneiras que de integração dos dois princípios de justiça, sempre respeitando a prioridade lexical colocada por Rawls, no manejo dos princípios políticos e critérios hermenêuticos correlatos. Essas diferenças podem ser resumidas e percebidas na diferença de grau de automação na interpretação e aplicação do Direito, que é maior nos casos fáceis e vai sendo reduzida conforme o caso vai se tornando mais difícil. Esta circunstância bem revela o manejo do princípio de justiça substantiva sem desprezar o princípio de justiça procedimental.

Feitas todas as considerações acima acerca das obrigações morais políticas dos juízes ao decidirem casos fáceis, casos que envolvem normas abertas, vagas ou imprecisas e casos difíceis, cabe abordar as referidas obrigações quando a questão envolve a aplicação de uma lei má ou injusta.

#### 4.2.4.2 *Leis más ou injustas*

Acima, mediante a compreensão do direito como ramo da moral política, já foi iniciada uma primeira abordagem acerca dos dilema moral que envolve os juízes quando se

defrontam com a obrigação de interpretar e aplicar leis más ou injustas.

No tópico anterior, Dworkin já deixou bem evidenciada a diferença de descrição entre uma lei considerada má ou injusta que foi produzida em um sistema jurídico que integra um governo democrático e legítimo e uma lei com estas qualidades produzidas em um governo ilegítimo, como o exemplo nazista dado pelo autor. Enquanto na primeira situação se tinha uma lei válida e possivelmente injusta, na segunda o autor foi além para afirmar que sequer lei ou direito jurídico existia.

Não há controvérsia acerca da situação brasileira enquanto País dotado de um sistema jurídico democraticamente produzido e que, por isso, possui leis válidas e, por conseguinte, geradoras da obrigação moral política de observância por parte dos juízes. Logo, no Brasil, o enfrentamento das leis más ou injustas dá-se a partir da percepção de sua validade, atraindo a obrigatoriedade de observância, para em ato posterior considerar-se o dilema moral de aplicar uma lei injusta. O que as obrigações morais políticas, em uma teoria política e de justiça como a de Rawls, imporia aos juízes e quais as possíveis consequências hermenêuticas que daí poderiam advir?

De certa forma, a questão em apreço já teve um início de abordagem na seção anterior, razão pela qual, neste momento, deixa-se alertado que o que será escrito a seguir pressupõe a consideração do sistema jurídico brasileiro em uma sociedade não tão bem ordenada, conceito já explorado anteriormente por ocasião da especificação da teoria não ideal de justiça.

Conforme já ponderado na seção passada, quanto mais justa for uma sociedade real, mais adequada e cabível será a aplicação, tal como construída na teoria ideal, do esquema de justiça política lastreado nos princípios de justiça ordenados de forma lexical. De outra banda, quanto menor for o grau de aproximação de uma determinada sociedade em estudo com o conceito de sociedade bem ordenada, maior será a necessidade de alterar a aplicação dos postulados teóricos ideais, em especial no que toca a relativização da prioridade do primeiro princípio em relação ao segundo princípio de justiça.

Resgatando o que já foi ponderado na seção anterior, a interpretação judicial no âmbito de uma sociedade bem ordenada, ocorre da seguinte forma:

a) Ordinariamente, impõe-se um sentido forte e denso do “Rule of Law” e por conseguinte da vinculatividade das leis, as quais, em nome do primeiro princípio de justiça, devem ser aplicadas de maneira regular e igual a todos;

b) Mesmo uma lei injusta, segundo Rawls, não perde seu caráter de vinculatividade, sendo em regra mais grave deixar de aplicar uma lei injusta em cada situação concreta do que aplicar uma lei injusta de forma igual a todos;

c) Mesmo dentro da teoria em estudo, é possível não aplicar uma lei injusta a depender do grau de injustiça desta lei e também do ambiente institucional de justiça em que tal lei é gestada;

d) Quanto mais justa a sociedade em que a lei injusta for editada, menor será a necessidade de atuação judicial, eis que uma sociedade razoavelmente justa provavelmente será dotada de mecanismos e instâncias institucionais homólogas àquelas que deram origem à lei injusta e que serão eficientes no desfazimento coletivo e abstrato da lei injusta. De outro lado, quanto menos justa for a sociedade em questão, maior será a necessidade de atuação judicial corretiva em face da lei tida como injusta;

e) Mesmo em sociedades quase – justas, ainda que em menor grau, a atuação judicial corretiva é necessária e depende, uma vez mais, do grau de injustiça e do potencial de dano desta lei;

f) Tanto uma lei injusta que, aplicada com regularidade, satisfaça os desígnios da justiça formal, mas ameace de desnaturação uma parte ou uma boa parte da estrutura básica da sociedade, fazendo com que uma parte ou uma boa parte das instituições que integram esta estrutura básica deixe de servir à finalidade justa para a qual foram criadas ou, em um grau mais dramático, passem a ser instrumentalizadas para promoção de valores e princípios de justiça antitéticos aos escolhidos na posição original, quanto uma lei injusta que produz efeitos menos abrangentes, mas termina por frustrar ou impedir, ainda que individualmente, *ab initio*, a proteção e o gozo de um direito considerado nuclear ou essencial para que este indivíduo possa ter ou possa continuar tendo o direito de planejar, estabelecer e executar o plano de vida que considera bom e que seria admissível pela comunidade na posição original, merecem atuação judicial corretiva mesmo em uma sociedade bem ordenada e dentro da teoria ideal de justiça.

Considerando, agora, uma sociedade não tão bem ordenada, como a brasileira, tem-se que, embora deva prevalecer a vinculatividade das leis e a incidência do *Rule of Law*, tais devem ser alvo permanente de um minucioso escrutínio judicial, de modo que sempre seja possível obter, de maneira razoavelmente lógica, o sentido hermenêutico que melhor promova os desígnios não apenas do primeiro princípio de justiça, mas principalmente do segundo princípio de justiça.

Em outras palavras, ao juiz de uma sociedade não tão bem ordenada, não é dado o mesmo conforto hermenêutico ofertado a um juiz de uma sociedade bem ordenada, eis que, naquela, ainda que se possa presumir a justiça das leis editadas, o histórico institucional da sociedade e a sua situação real de desigualdade na distribuição dos bens sociais, exige do

magistrado uma postura atenta e, ao mesmo tempo, mais pró - ativa na extração de sentido das fontes sociais do Direito.

Da mesma forma, em uma sociedade não tão bem ordenada, não se pode dizer que é mais grave deixar de aplicar uma lei injusta em cada situação concreta do que aplicar uma lei injusta de forma igual a todos. No âmbito da teoria não ideal de justiça, considerando uma sociedade não tão bem ordenada, é possível afirmar que tão injusto quanto deixar de aplicar uma lei injusta em cada situação concreta é aplicar com regularidade uma lei injusta a todos, dado que o simples replicar acrítico da regra do *Rule of Law* ensejará tão somente a perpetuação do sistema pouco justo que a sociedade em apreço se encontra.

Nesse sentido, pode-se afirmar que se, com base nas palavras de Rawls, é possível rejeitar a aplicação de uma lei injusta mesmo no bojo de uma teoria ideal de justiça, com maior razão essa possibilidade existe na teoria não ideal de justiça e no seio de uma sociedade não tão bem ordenada. Repita-se, em uma sociedade não tão bem ordenada, a atuação judicial corretiva e a pró atividade judicial interpretativa merecem e devem ser ainda mais intensas.

No caso brasileiro, então, diante de uma lei má ou injusta, o juiz, em cada caso concreto, deverá manejar os princípios de moralidade política de modo a restituir a ligação presumidamente existente entre a validade das leis a justiça das mesmas.

Cabe, outrossim, fazer ainda uma ponderação no sentido de que não se deve confundir um lei má ou injusta com uma lei que um juiz, por questões de moralidade individual, não aprove. Uma tal concepção de lei má ou injusta terminaria por admitir e implementar exatamente os principais problemas de que se queixaram os legisladores reformistas da Consolidação das Leis do Trabalho, qual seja, o solipsismo, populismo e ativismo judiciais. A teoria moral política em Rawls e Dworkin estruturou-se de tal forma que o conceito de lei má ou injusta não pode de forma alguma ser confundida com o conceito de lei ruim ou insatisfatória à luz dos olhos de um juiz.

Considera-se má ou injusta uma lei que possui um conteúdo capaz de ameaçar o primeiro princípio de justiça, o segundo princípio de justiça ou mesmo os direitos políticos concretos que, por intermédio dos princípios de moralidade política, possa se considerar que as pessoas tenham. A consideração de injustiça de uma lei ou norma é de difícil aferição prévia em âmbito teórico e abstrato. Com efeito, mantendo-se a atenção em torno dos princípios de justiça mencionados, pode-se, ainda, apresentar um filtro um pouco mais concreto para separar o tipo de injustiça que autoriza a não aplicação de uma lei – uma injustiça moral política – de uma alegada injustiça decorrente de uma forma de compreensão moral individual do juiz. Trata-se da Constituição da República.

Acima, ao se construir a ideia de um contínuo processo de impurificação dos princípios de justiça por ocasião da estruturação das instituições que integram a estrutura básica da sociedade, recorreu-se à sequência de quatro estágios de Rawls.

A compreensão da referida sequência, coloca o momento da posição original, com os indivíduos cobertos pelo véu da ignorância, como o momento máximo da expressão pura da racionalidade humana, quando se delineiam os princípios de justiça como imperativos categóricos políticos. O momento seguinte, isto é, o estágio imediatamente posterior é, então, tido como o mais próximo da referida racionalidade pura de justiça e coincide com a escolha da convenção constituinte pela comunidade política. Todos os demais estágios, até o quarto e último, em que os juízes já atuam sem qualquer véu de ignorância e no âmbito dos interesses e imperativos hipotéticos, têm um grau de racionalidade pura de justiça menor e em processo decrescente, justificando a nomeação dada de um processo de impurificação dos princípios de justiça.

Logo, se a Constituição da República é o documento institucionalizado mais próximo da racionalidade pura de justiça a que se pode ter acesso, é aquela um bom guia para se considerar uma lei injusta ou má no aspecto moral político. Pode-se, dizer, então, que uma lei injusta ou má, considerada em termos de moralidade política constitucional, é um guia seguro e razoável para matizar a interpretação judicial e para autorizar o juiz a não aplicar a norma, pois, em casos como este, é justamente a não aplicação que manterá o sistema jurídico hígido e justo do ponto de vista da moralidade política.

De outra banda, ao lado da Constituição da República, um parâmetro para se reafirmar a injustiça de uma lei é o contido no item “f” acima especificado.

Feitas todas as considerações acima, constatada a existência de uma resposta certa e verificado como os princípios de moralidade política podem ser manejados em busca de critérios hermenêuticos que permitam aos juízes encontrar a aludida resposta, concebida, relembre-se, dentro da concepção do Direito como ramo da moral política, pode-se partir para a análise de todos esses postulados teóricos, ao lado do que foi apreendido também na teoria de Rawls, no campo específico da interpretação judicial trabalhista, respondendo-se, então, à pergunta de pesquisa.

#### 4.3 A RESPOSTA CERTA PARA A REFORMA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA

Como adiantado acima, os postulados teóricos lançados já permitem saber se a teoria

de justiça de Rawls pode ser considerada como um mecanismo capaz de contribuir para a redução da incidência de discricionariedade judicial ou do ativismo judicial na interpretação e aplicação do Direito do Trabalho.

O caminho para a apresentação da resposta será assim dividido: após resgatar a questão colocada pela reforma, mediante a alteração no artigo 8º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, tal dispositivo será entendido à luz do ponto primordial que o legislador visou atacar, isto é, a discricionariedade judicial nos casos de leis detentoras de termos jurídicos vagos, imprecisos ou abertos e também nos casos difíceis.

Sem prejuízo desta análise, a interpretação judicial trabalhista também será analisada, ao longo desta subseção, em relação aos demais casos, como os fáceis e os casos das leis injustas ou más; em seguida, considerando, como já demonstrado em seções anteriores, que o positivismo jurídico exclusivo – teoria a que o reformador aproximou-se – não representa solução completa para os problemas indicados na reforma, será analisada, a partir da retomada da obrigação moral política do juiz do trabalho e dos postulados teóricos lançados ao longo da pesquisa, a interpretação judicial trabalhista nos tipos de casos ora ventilados.

Ao fundamentar as análises em ambos os tipos de casos, serão trazidas as ponderações acerca de como se deve compreender as instituições do Direito do Trabalho, da Justiça do Trabalho e da interpretação judicial trabalhista dentro da concepção integrada acima explorada, em que se explicitou o Direito como ramo da moral política.

Assentada tais compreensões, será feito o caminho da teoria de moral política e de justiça até os critérios hermenêuticos que a ela se adequam e que, por conseguinte, podem servir como mecanismos de interpretação judicial trabalhista capazes de viabilizar a produção de uma resposta correta no Direito do Trabalho, sem concessões ao ativismo judicial, que, se não eliminado, seria ao menos atenuado para parâmetros mais aceitáveis.

#### **4.3.1 Situando a reforma da interpretação judicial trabalhista**

O principal ponto definidor da reforma incidente sobre a interpretação judicial trabalhista está marcado no parágrafo segundo do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pela Lei 13.467/2017, nos seguintes termos:

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.

Os significados e intenções da reforma já foram estudados em seções anteriores. O que se pretende pontuar nesta subseção é a preocupação do legislador em evitar que juízes restrinjam direitos legalmente previstos, de um lado, e que criem, de outro, obrigações não previstas em lei.

A preocupação do legislador no sentido impedir que juízes ampliem direitos legalmente previstos encaixa-a no espectro dos casos marcados pela existência de norma institucionalizada, a partir da qual o juiz define o direito jurídico concreto que o jurisdicionado tem. Poder-se-ia, então, inicialmente, enquadrar a primeira parte do dispositivo no campo dos casos fáceis e dos casos dotados de regras jurídicas marcadas por termos vagos, imprecisos ou abertos.

Com efeito, considerando que, como acima visto, nos casos fáceis a interpretação ocorre de maneira quase automática, com a prevalência de uma abordagem literal, não se afiguraria muito adequado incluir a hipótese normativa em tal campo, pois a mesma faz referência à possibilidade de a interpretação do juiz restringir – por via reversa poder-se-ia entender a preocupação também no sentido de ampliar – direitos já garantidos em lei. Se a preocupação é desta natureza, então entende-se que o tipo de caso em jogo envolve a possibilidade de uma interpretação não apenas literal e quase automática, mas sim uma interpretação que, incidindo sobre os termos jurídicos empregados na lei, resultará em uma proposição jurídica que pode ampliar ou restringir o direito que o legislador visava garantir.

Desse modo, a primeira parte do dispositivo reformista indica que a preocupação está voltada para os casos que envolvem os termos jurídicos vagos, imprecisos ou abertos, os quais ensejam interpretações que podem ampliar ou restringir o direito concedido para fora dos marcos que o legislador originalmente pretendia garantir.

A segunda parte do dispositivo, ao vedar a edição de súmulas que criem obrigações jurídicas não previstas em lei, endereça a preocupação do legislador para o caso em que as partes em litígio veiculam situações para as quais não existam normas institucionalizadas, tratando-se, pois, dos casos difíceis.

#### **4.3.2 As obrigações morais políticas do juiz do trabalho e a interpretação judicial trabalhista**

Retomando o esquema geral estudado anteriormente, passa-se à especificação das obrigações morais políticas dos juízes do trabalho espelhadas nas situações dos casos fáceis, casos marcados por termos jurídicos vagos, imprecisos ou abertos, casos difíceis e casos que

envolvam leis más ou injustas.

Inicialmente, cumpre lembrar que os juízes do trabalho, como autoridades responsáveis pela interpretação e aplicação do Direito no quarto estágio da sequência descrita por Rawls, têm obrigações morais políticas tanto em face do primeiro princípio de justiça, de matiz mais procedimental, quanto em sintonia com o segundo princípio de justiça, este de ordem mais substantiva.

Nos casos fáceis, o conteúdo das normas trabalhistas institucionalizadas será de tal modo justo, que pouco ou nenhum dilema moral será despertado na autoridade judicial, fazendo com que a aplicação da norma se dê sem maiores problemas ou controvérsias e exigindo-se a utilização de critérios interpretativos mais simples e rudimentares, como o literal, por exemplo. Repisa-se aqui que este tipo de agir interpretativo não expressa compromisso moral político do juiz do trabalho apenas com o primeiro princípio de justiça, mas também, nos termos já explanados, com o segundo princípio de justiça.

Nos casos marcados por termos jurídicos vagos, imprecisos ou abertos, os juízes do trabalho, em razão da obrigação moral política ligada ao primeiro princípio de justiça, buscam, como acima já indicado, por meio do critério relativo à intenção do autor, a eleição relações de analogia com outras normas institucionalizadas. Apesar da maior dificuldade imposta ao juiz do trabalho quanto à fidelidade ao primeiro princípio de justiça, esta obrigação moral política continua indicando um parâmetro capaz de afastar a solução simplória de recurso à discricionariedade judicial. A resposta correta trabalhista, neste ponto, ocorre mediante esforço hermenêutico de grau mais elevado, mas não cede ante à discricionariedade judicial.

Ainda na seara dos casos vagos ou imprecisos, deve-se lembrar que a busca pela manutenção do compromisso com o primeiro princípio de justiça estriba-se na presunção de que normas válidas carregam também o atendimento aos parâmetros de justiça substantiva, carregando em si, pois, também o compromisso moral político com o segundo princípio de justiça. Outrossim, como já asseverado, dependendo de cada caso concreto e dos sistema de normas institucionalizadas, o raciocínio do juiz do trabalho pautado em relações de analogia com o escopo de identificar a intenção do autor dos sistema jurídico pode não ofertar respostas claras ou pode até mesmo identificar possíveis respostas contraditórias. A empreitada em questão ocorre mediante o uso de conceitos de moralidade política e com o manejo de princípios de moralidade política, os quais, para que se mantenha afastada a discricionariedade judicial, devem estar ligados ao segundo princípio de justiça sem que se descuide do primeiro princípio de justiça. Será o segundo princípio que guiará o raciocínio

moral político do juiz do trabalho – e aqui, diga-se, com um grau de força ainda maior dadas as características do Direito do Trabalho que serão indicadas mais adiante – e ajudará a buscar a intenção do autor em consonância com os postulados categóricos entranhados na Carta Magna.

É certo, ainda, que, embora nos casos trabalhistas envolvendo conceitos vagos e imprecisos, não se elimina a controvérsia da argumentação jurídica, não se infiltram de outro lado as discricionariedades judiciais forte e fraca, pois, agindo da maneira acima, não estarão os juízes do trabalho dando significado aos termos imprecisos de acordo com parâmetros individuais de moralidade ou por meio de uma eleição arbitrária de um padrão referencial aleatório.

Nos casos difíceis, o mesmo recurso de busca por uma orientação na analogia com as normas institucionalizadas que integram o sistema já garante o compromisso com a busca pela intenção do autor e com o primeiro princípio de justiça. Com efeito, as dificuldades já mencionadas anteriormente aqui ficam ainda mais potencializadas, fazendo com que o juiz do trabalho, em nome do compromisso moral político também com o segundo princípio de justiça, busque respostas em princípios de moralidade política ligados a este.

Nesse ponto, os juízes do trabalho tentarão, ainda, ao constatarem uma certa impossibilidade ou extrema dificuldade em manter o compromisso com o primeiro princípio de justiça, percorrer um caminho que os leve a uma posição imaginária de uma pessoa que teria por missão identificar os direitos políticos que as pessoas têm, mas que, por uma razão ou por outra, ainda não foram institucionalizados. Se, como já explorado acima, a discricionariedade judicial forte não pode ser uma opção, então o caminho que leva os juízes à posição ótima de identificação dos direitos políticos deve ser percorrido mediante o uso de princípios de moralidade política que estejam ligados aos princípios de justiça que erigiram a respectiva teoria política. No caso do referencial teórico em apreço, este é o segundo princípio de justiça construído por Rawls, materializado na igualdade equitativa de oportunidades e no princípio da diferença, que deverão ser espelhados na seara trabalhista. Ou seja, dada a impossibilidade de pleno atendimento ao compromisso moral político de natureza procedimental, encarnado no primeiro princípio de justiça, o dever de coerência político – normativo imposto aos juízes do trabalho, que afasta o uso de critérios morais individuais e discricionários, exige que sejam usados princípios de moralidade política capazes de apontar critérios hermenêuticos que estejam em consonância com o segundo princípio de justiça – princípio de justiça de natureza substantiva. Assim ocorrendo, elimina-se a discricionariedade judicial forte, mantém-se a coerência político – normativa do sistema de moralidade política

do qual o Direito advém e se atribui aos cidadãos em contenda direitos políticos concretos que eles já tinham, mas que, por razões inerentes às vicissitudes do processo político, ainda não tinham sido institucionalizados.

Por fim, quanto às leis más ou injustas, pode-se dizer que o juiz do trabalho adotará o mesmo caminho apontado no item 4.2.4.2.

### **4.3.3 A negativa da concessão de direitos trabalhistas em razão da inexistência de lei que os assegure**

Neste tópico, com base no que até aqui se pesquisou, tentar-se-á responder se a não concessão de direitos trabalhistas em razão de ausência de lei, como previsto no modificado parágrafo 2º, do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é uma solução justa e que afasta o dito ativismo judicial. Antes de prosseguir, convém esclarecer o que se quer denominar com o termo direitos trabalhistas.

Sabe-se que a concepção do Direito como ramo da moral política, nos termos pontuados por Dworkin, ensejaria uma construção conceitual interpretativa sobre o que significaria o termo em questão considerando a incidência dos direitos políticos abstratos e concretos não institucionalizados a que fariam jus tanto os empregadores e tomadores de serviços quanto os empregados e trabalhadores. Com efeito, para bem responder o questionamento acima, é necessário partir do tipo de compreensão acerca do Direito que sondou a mente do legislador reformista – veja-se que até mesmo aqui valoriza-se a intenção do autor.

Como já asseverado acima, o legislador reformista aproximou-se do conceito positivista do Direito concebendo a tese de que somente há direito onde há regra social que o preveja. Logo, a inexistência de regra jurídica ensejaria a inexistência de direito jurídico. Desse modo, com base no tipo de conceito de Direito que o legislador reformista adotou, qualificam-se aqui como direitos trabalhistas aqueles direitos, previstos em lei, de titularidade dos sujeitos envolvidos na relação de emprego ou de trabalho – tomadores de serviços, empregadores, empregados e trabalhadores – e que possam então ser exigidos judicialmente. Para responder a questão, parte-se de alguns exemplos tanto de ordem processual quanto de ordem material.

O primeiro exemplo refere-se ao direito de protesto pelas partes em face de decisões interlocutórias emitidas pela Justiça do Trabalho.

De acordo com o artigo 893, §1º, da CLT, “Os incidentes do processo serão resolvidos

pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias em recursos da decisão definitiva”. Com base neste dispositivo, afirma-se que no Direito Processual do Trabalho, não há direito de recurso contra decisões de natureza interlocutória.

Outrossim, por ocasião de um eventual recurso futuro contra a chamada decisão definitiva, chegou a ser sedimentado o entendimento no sentido de que a parte somente poderia impugnar a decisão interlocutória se tivesse manifestado ao órgão editor da decisão seu inconformismo de forma imediata, sob pena de preclusão – entendimento com o qual, pessoalmente, não se comunga.

Em razão da proliferação de decisões no sentido acima, iniciou-se uma prática judiciária em que os advogados que tinham pedidos indeferidos em sede interlocutória, pediam o registro em ata de audiência de seu inconformismo contra a decisão, o chamado protesto, com o deliberado propósito de não deixar a questão precluir e de salvaguardar a possibilidade de impugnação em eventual recurso futuro contra a decisão definitiva.

A prática judicial do protesto, não prevista em lei, vale dizer, começou então a ser aceita por uma parte dos juízes em razão dos fundamentos acima. Uma outra parte da magistratura indeferia o pedido de protesto, sem lançar qualquer nota a respeito na ata de audiências. Outra parcela dos juízes admitiu a figura do protesto, porém apenas nos procedimentos de rito ordinário, denegando cabimento nos procedimentos de rito sumaríssimo. Uma ala da magistratura aceitava que tais protestos fossem fundamentados pelos advogados em audiência, enquanto outra ala limitava a figura apenas ao registro de inconformismo para evitar preclusão. Considerando-se tudo isso, pergunta-se: inexistindo lei garantidora da figura do protesto, com base no artigo 8º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, o magistrado deve simplesmente indeferir um pedido de registro de protesto em um caso concreto?

Antes de responder a pergunta cabe ainda uma ponderação. A posição segundo a qual somente seria possível aceitar a impugnação da decisão interlocutória em fase recursal definitiva somente se tivesse ocorrido o respectivo protesto não parece ser juridicamente correta. Entretanto, tal posicionamento existia, de modo que se toma esse fato como dado para a análise da pergunta feita.

De acordo com a visão positivista adotada pela reforma trabalhista, a resposta seria necessariamente negativa. Não há direito jurídico ao protesto eis que a lei não o prevê. A natura sensação de desconforto com esta resposta, agravada pelo fato de as cortes superiores exigirem a comprovação de irrisignação em sede de recurso contra a decisão definitiva,

revela aquele dilema moral já apontado anteriormente neste estudo.

O juiz do trabalho, ao se ver diante de uma situação como esta, em que inexistente de norma institucionalizada conferindo este direito trabalhista de natureza processual, sente que está em um dilema moral semelhante àquele narrado na situação das leis más. Há a sensação de que o indeferimento do pedido de registro de protesto pelo mero argumento de inexistência de lei que garanta este direito, gerará uma proposição jurídica, uma resposta jurídica injusta ou incorreta. Por que? De onde vem esta percepção de injustiça?

A percepção de injustiça mencionada decorre justamente do fato de que, mesmo sem saber ou perceber, o conceito de Direito que os juízes adotam e, mais do que isso, vivem, coincide com a descrição feita por Dworkin no sentido de o Direito ser um ramo da moral política.

No caso em apreço, nas condições jurisprudenciais mencionadas, repita-se, a decisão denegatória do pedido de registro de protesto ofende o princípio do devido processo legal, que garante a todos os cidadãos da comunidade política brasileira, o direito à ampla defesa, conforme previsão adensada na CRFB.

A sensação de cometimento de injustiça está ligada intimamente ao desrespeito de direitos políticos concretos que, por uma razão ou outra, não foram institucionalizados e não se tornaram direitos jurídicos. Feitas essas ponderações, uma outra pergunta contrapõe-se à pergunta que aqui se tenta responder: a sociedade brasileira realmente esperaria – teria a expectativa legítima neste sentido – que a decisão judicial no caso em apreço fosse denegatória do direito de registrar os protestos?

A resposta para a pergunta feita no parágrafo anterior encaminha a análise para um retorno à digressão feita por Rawls acerca do momento contratual da posição original e eleição dos princípios de justiça sob o véu da ignorância.

Uma vez retornando a este ponto, qual das duas decisões os cidadãos ali presentes esperariam, se fossem jurisdicionados, ou mesmo dariam, se fossem juízes do trabalho? Esta pergunta, em realidade, introduz uma outra, que, respondida, também satisfaz a anterior: que tipo de interpretação judicial os cidadãos representativos na posição original e sob o véu da ignorância elegeriam?

De maneira bem sintética, para que não se fuja do caso exemplificado aqui, os aludidos cidadãos teriam duas opções: de um lado uma interpretação judicial calcada no postulado de que somente regras sociais institucionalizadas autorizam o reconhecimento de direitos por parte das autoridades judiciais e, de outro, uma interpretação judicial que, como regra, somente admita a existência de direitos jurídicos a partir de regras sociais

institucionalizadas, sem prejuízo, entretanto, de também ser possível reconhecer direitos quando a omissão legislativa puder significar a sonegação de direitos políticos e, por conseguinte, uma ofensa aos princípios de justiça eleitos na posição original. Sem que se faça necessária uma longa digressão demonstrativa, uma vez que isso já foi feito acima, a sociedade em apreço fatalmente escolheria a segunda opção.

Na posição original, os representantes ali presentes provavelmente reconheceriam que a interpretação judicial serve aos dois princípios de justiça e não apenas ao seu primeiro princípio de justiça. Tais representantes diriam também que a presunção de justiça que acompanha as leis válidas não elimina as duas seguintes possibilidades: a primeira, já explorada anteriormente, de edição de uma lei válida, porém má ou injusta, e a segunda, de conformação de uma situação de injustiça em razão de inexistência de uma lei garantidora de um direito político específico.

As pessoas presentes na posição original certamente concluiriam que a lei é um instrumento de justiça, mas, não sendo suficiente para reconhecer todos os direitos políticos que uma teoria de justiça possa conceber, concluiriam também que o fetiche consistente na suposição de ser a lei o único mecanismo justo de reconhecimento de direitos terminaria por ensejar proposições jurídicas e respostas judiciais injustas, erradas e que, ao final, trairia todo o sistema institucional de justiça organizado a partir da aludida posição original. Em suma, a interpretação judicial que seria escolhida na posição original não é compatível com a disposição contida no artigo 8º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ainda respondendo a questão aqui proposta, é interessante perceber que a alteração legislativa supracitada partiu de uma equivocada concepção de ativismo judicial ou mesmo da discricionariedade judicial.

A leitura do relatório do Senador Ricardo Ferraço, realizada em seção anterior, revela que, para o parlamentar, a discricionariedade judicial e o ativismo judicial seriam sinônimos de uma atividade hermenêutica não coincidente com o teor das disposições legais – preocupação refletida na parte em que a reforma pretendeu proibir a restrição de direito por decisão judicial – ou mesmo de atividade interpretativa concessiva de direitos não estabelecidos por lei.

Esse tipo de concepção deriva, nos termos já explicados, da adoção de um conceito de direito – um conceito positivista – que estabelece a regra institucionalizada como condição de verdade das proposições jurídicas. Logo, havendo uma regra jurídica, a proposição correlata é verdadeira se e somente se ela traduzir exatamente aquilo que naquela se contém – como se não houvesse a intervenção hermenêutica do juiz e como se o conceito dispositivo não fosse,

como demonstrado por Dworkin, apenas o ponto de partida, um argumento inicial importante no caminho de construção da resposta jurídica.

Outro problema da abordagem feita pelo legislador reformista é que ele não imagina ou não concebe que o sistema jurídico é dotado de regras compostas por termos imprecisos, vagos ou abertos e também é lacunoso – no que toca às regras institucionalizadas - e que a saída preconizada pela teoria que aquele adota, talvez de maneira inconsciente, é justamente o uso da discricionariedade judicial, isto é, exatamente aquilo que o legislador pretendia combater.

Como o reformador partiu de pressupostos falsos, o resultado necessariamente é falso. Como partiu-se do pressuposto da completude institucional do sistema jurídico e da certeza e objetividade geral dos termos jurídicos, o conceito de ativismo judicial do legislador reformista é o de não atendimento das regras jurídicas, seja por não atendê-las, superdimensioná-las, subdimensioná-las ou mesmo por criarem direitos sem fonte legislativa específica. É por isso que quando o legislador reformista imagina o juiz diante de uma situação prática em que não existe lei específica para a solução do caso, indica o não reconhecimento do direito como a única resposta que evitaria o ativismo judicial.

Qual seria, entretanto, a vantagem de evitar a discricionariedade judicial nos termos acima preconizados pelo legislador reformista? Por qual razão o reformador pretendeu evitar a atuação judicial reconhecedora de direitos não previstos em lei? Decerto, o legislador reformista responderia que somente pode haver direito se houver lei que o ampare. Esta resposta desafiaria uma outra pergunta: por que somente pode haver direito se houver uma lei prévia que o estabeleça? Embora o legislador reformista pudesse não responder nos termos a seguir, fatalmente iria produzir um tipo de resposta que, ao final, desaguardaria na concepção já estudada acima, que associa a presunção de justiça das normas jurídicas à validade das mesmas. A resposta do legislador reformista revelaria novamente a presunção de que o compromisso moral político com o primeiro princípio de justiça é suficiente e central para satisfazer a distribuição de direitos que atenderia ao segundo princípio de justiça. Ou seja, a resposta do legislador reformista revelaria novamente o problema do fetiche da lei ou, se assim se quiser chamar, a redução total da justiça substantiva à justiça procedimental, tornando absoluta aquilo que é uma presunção, isto é, a presunção de justiça ínsita às leis.

Há, no que acima foi descrito, dois problemas, decerto não percebidos pelo legislador reformista.

O primeiro refere-se à conclusão já explicitada alhures no sentido de que a lei carrega apenas uma presunção de justiça substantiva, ao contrário da equivalência absoluta

pressuposta pelo parlamento. Este ponto já foi bem desenvolvido por ocasião do estudo sobre as leis más.

O segundo, que é central no que aqui se trata, é que o atingimento da justiça substantiva, isto é, o atendimento do segundo princípio de justiça, apesar de ser dado primordialmente através da lei, não é alcançado exclusivamente por meio dela. A lei, como produto do gênio humano sujeito às vicissitudes da política, pode não ser suficiente para dar concretude ao princípio de justiça substantivo, sendo certo que o vácuo legislativo pode em determinados casos – não em todos – gerar situações de patente injustiça e de conseqüente desconforto moral político – como ocorrido no exemplo que aqui foi explorado.

Fatalmente, indagado o legislador reformista se, no caso citado, o juiz deveria conceder ou não o direito de registrar protestos contra uma decisão interlocutória que tenha sido desfavorável a uma das partes, mesmo sem previsão legal para tanto, aquele tenderia a responder de maneira afirmativa e ficaria um tanto confuso por ter estabelecido uma disposição legal que indicara outra resposta.

A confusão do parlamentar somente começaria a ser desfeita quando percebesse que o Direito, por ser um ramo da moral política, apesar de normalmente atingir a justiça substantiva por meio de disposições legislativas, por vezes necessita fazê-lo sem esperar a institucionalização dos direitos políticos, os quais podem ser racionalmente acessados por meio dos princípios jurídicos.

Desfeita a confusão em apreço, o parlamentar certamente reformularia seu conceito de discricionariedade judicial ou de ativismo judicial e, arrisca-se, não proporia a alteração do artigo 8º do Texto Consolidado. Doravante, o legislador reformista compreenderia que o ativismo judicial ou discricionariedade judicial não se reduz apenas ao proceder judicial de desconsiderar os termos da lei, subdimensioná-la, superdimensioná-la ou de conceder direitos na ausência de lei – em casos que, diferentemente do aqui estudado, não caberia de fato a concessão.

Passaria o parlamentar a compreender que é também, e talvez mais grave, ativista a decisão que reconhece um direito político inexistente, não reconhece um direito político existente – seja este institucionalizado ou não – ofende um direito político existente – seja ele institucionalizado ou não – e por fim, que deixa de reconhecer um direito político pela simples razão de ele não ter sido institucionalizado. Esta seria a nova concepção de ativismo judicial do legislador reformista, o qual, então, por meio do exemplo que até aqui se estudou, perceberia que se pode ser ativista não apenas por ato comissivo, isto é, conferindo um direito político inexistente, mas igualmente de forma omissiva, qual seja, deixando de reconhecer um

direito político não institucionalizado, nos termos em que ele decidiu preconizar no art. 8º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Um segundo exemplo a ser explorado é o da denominada horas *in itinere*.

Antes da reforma de 2017, o artigo 58-A, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, dispunha o seguinte:

O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer condução.

De acordo com o dispositivo legal em apreço, o tempo de deslocamento do empregado até o local de trabalho, como regra, não era incluído na jornada laboral. Isso somente ocorria se o local de trabalho não fosse servido por transporte público ou fosse de difícil acesso e, para que o empregado conseguisse chegar ao local, fosse fornecido pelo empregador o transporte. Esse dispositivo foi incluído na Consolidação das Leis do Trabalho por meio da lei 10.243/2001.

O que é interessante registrar, contudo, é que o direito de cômputo da horas de trajeto na jornada laboral já havia sido definido em verbete sumular pelo Tribunal Superior do Trabalho desde 1978, como se pode constatar pelo teor da Súmula nº 90, I, *in verbis*:

HORAS 'IN ITINERE'. TEMPO DE SERVIÇO. I – O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho.

A idêntica redação entre o verbete sumular de 1978 e a lei de 2001 revela que o direito em questão foi reconhecido pelos tribunais trabalhistas e chancelado pela Corte Máxima deste ramo do Poder Judiciário sem a existência de uma lei específica que o tivesse estabelecido.

O TST fez exatamente aquilo que o atual artigo 8º, §2º, do Texto Consolidado veda. De acordo com este dispositivo legal, o Tribunal Superior do Trabalho não deveria ter reconhecido o direito às horas de trajeto por inexistência de lei prévia que o garantisse.

Por ocasião da reforma trabalhista, a lei 13.467/2017 alterou o aludido parágrafo 2º do art. 58-A do Diploma Consolidado, que passou a ter a seguinte redação:

O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

A intenção do autor da lei reformista foi, de fato, revogar o direito de cômputo das horas de trajeto na jornada de trabalho. Mais adiante será visto que, apesar de esta ter sido a intenção, a redação do novo dispositivo não conseguiu traduzir o intuito revocatório.

O que agora se analisará, entretanto, é se, considerando alterado o dispositivo em questão e revogado o direito antes previsto em lei, estando o Poder Judiciário Trabalhista sem lei específica que reconheça o direito às horas de trajeto, deveria, por conta do art. 8º, §2º, do Texto Consolidado, indeferir pleito de reconhecimento de tal direito. Vale dizer, o Poder Judiciário Trabalhista teria retornado ao período anterior, em que não existia lei garantindo o direito às horas de trajeto, e teria que decidir o que fazer em face da reforma interpretativa operada.

O início da resposta remonta às razões jurídicas que levaram o Poder Judiciário Trabalhista, em 1978, à proposição jurídica de reconhecimento, mesmo sem lei específica, do direito de cômputo das horas de trajeto na jornada laboral.

A legislação brasileira, à época da consolidação da jurisprudência acima, havia limitado a jornada laboral no Brasil. Em regra – que até hoje é válida – os deslocamentos do empregado para o local de trabalho não eram computadas na jornada de trabalho.

Com efeito, alguns casos começaram a chegar ao Poder Judiciário e passaram a despertar o já relatado dilema moral nos juízes do trabalho.

Normalmente, em razão de o local de trabalho não ser de difícil acesso e ser servido por transporte público, os empregados sempre tiveram facilidade e acessibilidade ao mesmo, deslocando-se por meio de transporte público, coletivo ou individual, ou mesmo por meio de veículo de transporte próprio, como bicicletas, carros, motocicletas. Até mesmo ir a pé para o trabalho era o ordinário nessas situações.

Note-se que, mesmo nas situações ordinárias acima explicitadas, as alegações de que o tempo de deslocamento para o trabalho, principalmente nas grandes cidades, onde o transporte público geralmente é insuficiente, deveria ser incluído na jornada laboral jamais foi acolhido, pois havia sempre a possibilidade de o empregado, ao menos em tese, passar a residir em local mais próximo do trabalho. Logo, o maior ou menor tempo de deslocamento para o trabalho sempre estava sujeito, ao menos em tese, repita-se, a uma modulação que dependia da exclusiva vontade do empregado. Este tinha liberdade para alcançar um cenário de maior proximidade com o trabalho.

Entretanto, alguns casos fugiam deste padrão. O labor prestado em zonas rurais, por exemplo, ocorria, e ainda ocorre nos dias atuais, em locais de difícil acesso, sem

pavimentação, por onde às vezes não existem sequer vias de acesso, e também em localidades não servidas por transporte público. O empregado a ele tem acesso apenas a pé ou usando uma bicicleta por exemplo.

Outro bom exemplo que foge do padrão urbano mencionado acima, é o do trabalho em minas. Em Parauapebas/PA, a Companhia Vale do Rio Doce S/A – Vale possui diversos sítios de mineração, sendo a maioria situada na área da Floresta Nacional de Carajás.

Por imposição de lei, o acesso à floresta é controlado, não estando disponível a todos. Os veículos de transporte público somente podem acessar a área da referida floresta até o local conhecido como Núcleo Urbano de Carajás, que na realidade é a vila onde reside parte dos empregados da empresa. Dali em diante, o acesso por qualquer veículo não é aberto e é controlado pela empresa. O empregado, então, até poderia se deslocar a pé ou por veículo próprio para as minas, mas não teria como fazê-lo por meio de transporte público, por exemplo. Também não teria como decidir morar mais perto do local de trabalho, pois este ficava dentro de uma floresta controlada pelo poder público e pela empresa Vale S/A.

Como resultado do quadro acima descrito, a imensa maioria dos empregados da referida empresa mora fora da área da Floresta Nacional de Carajás e somente tem como acessar o local de trabalho – que é, pois, de difícil acesso e não servido por transporte público – através de transporte fornecido pela própria empresa ou por empresa particular terceirizada. Se esse transporte não fosse fornecido, simplesmente não havia como a extração de minério ser feita pelos empregados.

A referida empresa possui, como dito, diversos sítios de mineração. A depender do sítio em que o trabalhador é lotado, sua viagem, em transporte concedido pela empresa por força da mais pura necessidade empresarial, pode durar de 50 minutos até mesmo 4 horas por cada trajeto de ida e de volta. Ou seja, além da jornada normal de 8 horas de trabalho, um empregado poderia enfrentar, por imperiosa necessidade da empresa e não dele – que sequer tem a possibilidade de residir mais próximo ao trabalho – de 1 hora e 40 minutos diários de viagem, considerando os trechos de ida e de volta, a 8 horas de viagem, considerando os trechos de ida e de volta. Restringindo-se ao exemplo mais dramático, um empregado poderia ter que trabalhar 8 horas por dia e se sujeitar a mais 8 horas de viagem, alcançando 16 horas em um único dia. Restariam apenas 8 horas para todas as demais valências que compõem um ser humano: descanso, alimentação, lazer, convívio familiar, educação, saúde, dentre outros.

A jurisprudência trabalhista percebeu a diferença de situações e, mesmo sem norma institucionalizada, entendeu que as horas de trajeto percorridas em transporte fornecido pela empresa para acesso a locais de trabalho de difícil acesso ou não servidos por transporte

público deveriam integrar a jornada laboral.

O raciocínio judicial que levou à conclusão acima pode ser decomposto sinteticamente nos termos a seguir. O salário entregue pelo empregador ao empregado paga o tempo que este coloca à disposição daquele para a prestação de serviços. O tempo em que o empregado permanece aguardando ordens pelo empregador é considerado tempo de trabalho, na forma do artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho. Resumindo de uma outra forma, o empregador compra uma parte do tempo livre do empregado, uma parte do tempo que ele livremente poderia destinar para outros fins.

Em situações normais, onde o acesso ao local de trabalho é fácil ou servido por transporte público, o maior ou menor tempo gasto para se chegar àquele não depende de qualquer ato ou escolha do empregador. O empregado levará mais tempo ou menos tempo até chegar ao local de trabalho a depender da sua própria escolha de residir mais próximo ou mais longe daquele.

Outrossim, quando o trabalho tem que se desenvolver em local de difícil acesso ou não servido por transporte público e tais dificuldades sejam de tal monta que a atividade empresarial não poderia ocorrer se o empregador não ofertasse uma forma própria, privada, de conduzir o empregado ao local de trabalho, então o maior ou menor tempo a ser percorrido diariamente para a execução dos serviços não mais dependeria do empregado. Não haveria mais nada que ele poderia fazer para diminuir o tempo que lhe seria retirado e suprimido no trajeto até o sítio laboral.

Em situações como a descrita no parágrafo anterior, somente o empregador poderia praticar qualquer ato que viabilizasse desde a eliminação do tempo de trajeto – como por exemplo, ofertando alojamento aos empregados dentro ou próximo ao sítio de trabalho – até a diminuição do tempo de trajeto, como por exemplo, mudando o local de trabalho para um sítio de fácil acesso ou servido por transporte público. Vê-se, pois, que a escolha é de alçada exclusiva do empregador, estando tal escolha, em realidade, no campo do *jus variandi* empresarial, que, sendo um direito, possui de outro lado a correlata obrigação, residente no ônus de assumir os riscos da atividade econômica.

Logo, se o empregador tem a liberdade de escolher onde efetivará a exploração da atividade econômica ou se esta atividade econômica somente puder se dar em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, tais circunstâncias configuram-se como inerentes ao empreendimento empresarial e se enquadram dentro dos riscos da atividade econômica que, a teor do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, são assumidos pela empresa.

Diante desses fundamentos, a Justiça do Trabalho, mediante entendimento articulado e sistematizado dos artigos 2º, 4º e 58 da Consolidação das Leis do Trabalho, assentou jurisprudência no sentido de que, mesmo à falta de uma lei específica prevendo as horas de trajeto, era direito do empregado a contagem de tais horas na jornada laboral se o local onde este se desenvolve não fosse servido por transporte público ou fosse de difícil acesso e o empregador fornecesse a condução para trabalho.

O legislador reformista de 2017 diria que esta construção não obedece o artigo 8º, §2º, do Texto Consolidado, ante a falta de regras institucionalizadas específicas, ao menos até 2001. Com efeito, à luz de tudo o que acima já foi explicitado na discussão do exemplo anterior, poder-se-ia dizer que a resolução judicial foi ativista?

Decerto, como pontuado alhures, a consolidação da jurisprudência concessiva das horas de trajeto não é exemplo de postura ativista do judiciário. Assim teria sido se a resposta judicial tivesse sido denegatória pelo simples argumento da inexistência de lei específica.

Diante do dilema moral experimentado no caso concreto narrado, a sensação de cometimento de injustiça de se colocar sobre os ombros do empregado os ônus decorrentes da escolha da atividade empresarial e do local onde ela deveria ser desenvolvida, escolhas que caberiam ao empregador, fez com que os juízes do trabalho se perguntassem se a ausência de lei específica deveria resultar no indeferimento do pedido em face justamente deste fator?

Como foi explicitado acima, em que pese, em algumas situações, ante a inexistência de lei específica, a resposta justa caminhar no sentido de não reconhecer o direito, em outras ocasiões, a resposta justa e certa exige o reconhecimento do direito.

Para que não sejam repetidos todos os fundamentos já lançados no exemplo anterior, tem-se que a construção dos fundamentos judiciais do deferimento das horas de trajeto passaram pela descoberta da intenção do autor do sistema jurídico como um todo considerado – vide o encadeamento de vários dispositivos legais da CLT – mediante manejo de princípios que propiciaram a densificação de um direito político abstrato ligado à liberdade do empregado até se chegar à identificação de um direito político concreto no sentido de não ser correto que o empregado pague com a sua liberdade e com a sua disponibilidade de tempo pelas escolhas do empregador relativamente ao maior ou menor tempo que obrigatoriamente terá que gastar em condução fornecida pela empresa. Nesse sentido, a decisão judicial de denegação do direito seria ativista e não o contrário.

Demonstra-se, então, que a solução do artigo 8º, §2º, da CLT, no que toca à interpretação e aplicação do Direito do Trabalho, ao invés de combater o ativismo judicial, poder terminar promovendo-o.

Haverá situações em que indeferir o direito à falta de existência de lei que o garanta evidenciará uma decisão ativista, enquanto em outras situações, uma decisão denegatória de direitos em razão da inexistência de lei garantidora não será tida como ativista.

Como se vê, não é o apego à lei que qualificará uma decisão judicial como ativista. Ela assim o será se não observar os princípios de justiça, seja ofertando uma proposição jurídica que confira ou reconheça um direito político concreto de natureza trabalhista que não existe dentro do sistema jurídico inserido no contexto da moral política da comunidade ou mesmo editando uma proposição jurídica que não reconheça semelhante direito que é contemplado dentro do sistema jurídico considerado no contexto da moral política da mesma comunidade.

#### **4.3.4 A teia de critérios de interpretação judicial trabalhista à luz das teorias de Rawls e Dworkin**

Como já explorado acima, o juiz do trabalho, entendido como a autoridade que, no quarto estágio da sequência aplicativa dos princípios de justiça explicados por Rawls, tem, dentro da teoria política e de justiça deste autor, compromisso moral político com os dois princípios de justiça.

Tem, inicialmente, obrigação moral política com o primeiro princípio de justiça, daí decorrendo o compromisso com observação expedita da lei mediante a presunção de que o conteúdo dela é justo considerando-se os dois princípios de justiça.

Partindo da obrigação política acima e da presunção de justiça acoplada à validade das leis produzidas democraticamente, o juiz do trabalho tem também a obrigação moral política de fazer com que a interpretação judicial em todos os casos - os fáceis, os que envolvem termos vagos, imprecisos ou abertos, os difíceis e os que envolvem leis más ou injustas – retorne ao segundo princípio de justiça e, promovendo-o, fortaleça todo o sistema político e jurídico construído sob estes pilares de justiça.

O transporte das referidas obrigações políticas para o mundo prático impõe a necessidade de identificar critério interpretativos que sejam capazes de manter hígidos os compromissos com as referidas obrigações morais políticas.

Como ao norte já referenciado, um desses critérios é o da busca pela intenção do autor da regra institucionalizada, critério que densifica e mantém hígido o compromisso com a obrigação moral política decorrente do primeiro princípio de justiça. Este mesmo critério possibilita também o mesmo efeito em relação ao segundo princípio de justiça notadamente nas situações em que, para encontrar a referida intenção, se faz necessário avaliar conceitos

políticos contestados, os quais terminam por se ligar ao segundo princípio de justiça.

O segundo critério reside na denominada incidência dos princípios sobre a interpretação das regras positivadas, fazendo com que aquele padrão, ligado à moralidade política substantiva e, assim, atado ao segundo princípio de justiça, termine sendo crucial na extração de sentido das regras jurídicas, funcionando ao mesmo tempo como mecanismo auxiliar de descoberta e conformação da intenção do autor e também como elemento de constrangimento substantivo que alerta para a necessidade de manutenção do compromisso para com o segundo princípio de justiça.

O que se fará a seguir é uma espécie de roteiro que um juiz do trabalho, à luz dos conceitos teóricos de moralidade política e de justiça aqui estudados, pode traçar para se aproximar da resposta correta no Direito do Trabalho, afastando, agora sim, o risco de insegurança decorrente do ativismo judicial corretamente compreendido linhas acima.

O pensador que sustenta este roteiro é Dworkin, eis que, como visto, Rawls não complementou sua teoria desenvolvendo uma teoria do Direito e da interpretação jurídica.

Dworkin aborda esses critérios hermenêuticos passando pela Constituição, pelas Leis e pelo denominado direito costumeiro – reprisando, de certa forma, uma parte da sequência aplicativa dos princípios de justiça em quatro estágios feita por Rawls.

Na presente pesquisa, não se fará incursão pela parte do direito costumeiro por dois motivos. Primeiro porque o direito brasileiro não foi historicamente construído da mesma maneira que foram os sistemas jurídicos anglo – saxões, fator que demandaria uma sensível e longa adaptação da obra do autor para discussão nestas páginas.

Segundo porque o objeto de pesquisa centrado no art. 8º, §2º, da CLT, fez alusão da lei como fonte única e exclusiva dos direitos e é sobre este ponto que repousa o interesse científico do trabalho.

#### 4.3.4.1 *Os critérios de interpretação judicial trabalhista e a Constituição*

Antes de iniciar o trajeto de Dworkin, convém lembrar o significado político e de justiça da Constituição dentro da teoria de justiça de Rawls.

Trata-se do documento produzido pelos indivíduos representativos no momento mais próximo da posição original, em que a incidência do véu da ignorância guiou os participantes para a escolha de princípios de justiça racionais e que unem tais indivíduos. A estruturas e disposições constitucionais conformam aquilo que se pode ter como entidade mais próxima aos princípios de justiça.

Posto isso, Dworkin, ao usar a metáfora do juiz Hércules, pondera que:

[...] a Constituição estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade. [...] Em seguida, porém, Hércules deve perguntar-se qual sistema de princípios foi estabelecido. Em outras palavras, ele deve elaborar uma teoria constitucional; uma vez que ele é Hércules, podemos pressupor que seja capaz de desenvolver uma teoria política completa, que justifique a Constituição como um todo (DWORKIN, 2007, p. 166)

Um olhar pela Constituição Brasileira evidencia o estabelecimento de um sistema político geral justo o bastante e consolidado em parâmetros de equidade, análise que, de certa forma, já foi feita tópicos atrás. A Carta Magna é dotada de um sistema de princípios tanto procedimentais quanto substanciais, com derivações expressas de direitos fundamentais positivados.

Como não se têm aqui a pretensão de deter as mesmas qualidades de Hércules e dados os limites desta pesquisa, não se efetivará a formulação de uma teoria constitucional e muito menos uma teoria política completa. O que se fará abaixo é o apontamento de duas estruturas sobre as quais o juiz do trabalho pode debruçar-se e escorar-se de modo a poder se aproximar ao máximo da resposta jurídica correta.

A primeira estrutura é a tripartição de poderes com o estabelecimento do Poder Legislativo como órgão democraticamente legítimo para expressar a vontade do povo e tornar jurídicos os direitos políticos por meio da lei votada em um procedimento justo. A lei, portanto, e a intenção do legislador já indicam, como acima estudado um critério hermenêutico a guiar o juiz do trabalho.

De outro lado, lembrando-se que o encontro da intenção do legislador, inclusive e principalmente o constitucional, envolve o manejo de conceitos políticos contestados e de princípios jurídicos, deve o juiz do trabalho se debruçar sobre a letra da Constituição de modo a tentar definir quais direitos políticos trabalhistas abstratos empregados, empregadores, tomadores de serviços e trabalhadores possuem. A visão acerca destes direitos políticos abstratos pode indicar de maneira adequada princípios jurídicos que subsidiam tais direitos e que, portanto, poderão ajudar na tarefa interpretativa de identificar a intenção do constituinte e a solidificar os direitos fundamentais trabalhistas.

Não se nega que os direitos políticos abstratos, que se ligam à liberdade, à igualdade e à dignidade humana, por exemplo, originam e conformam os direitos políticos de matiz trabalhista. Há como fazer o percurso que leve de um ponto a outro, mas, considerados os objetivos deste estudo, passa-se diretamente à observação específica da seara trabalhista.

A Constituição da República, em seu artigo 7º, caput já enuncia um vetor de progressividade de garantias trabalhistas ao afirmar que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social:”. E a partir daí enuncia 34 incisos em que positiva diversos direitos trabalhistas.

Outro ponto a ser ressaltado é que o legislador constituinte incluiu os direitos trabalhistas, como direitos sociais, no título II “Dos direitos e garantias fundamentais”, que são dotados de tal importância política que não podem ser suprimidos ou abolidos sequer por emenda constitucional.

A todo instante, as estruturas institucionais constantes da Carta Magna dão demonstrações de que foram concebidas com base no pressuposto de que as relações trabalhistas tem importância central no sistema capitalista, instituição econômica adotada no mesmo Diploma, e que, por diversas razões, um dos atores desta relação merece especial proteção do Estado.

É assim que se compreende não apenas o artigo 7º, mas o artigo 8º da Lei Maior, ao prever os direitos coletivos ligados ao sindicalismo. O mesmo se pode afiançar em relação à notável preocupação em dotar o Poder Judiciário de um ramo especializado para tratar das relações trabalhistas e julgar as demandas daí advindas. Somente a compreensão no sentido de que as relações de trabalho e de emprego são de tal forma importantes e de que nelas se manifestam facetas de direitos políticos nucleares para a teoria política que alberga nossa Lei Maior é capaz de justificar essas previsões constitucionais, tanto em relação a uma gama de direitos não modificáveis sequer por emenda constitucional quanto no que tange a criação de um ramo do Poder Judiciário destinado a apreciar exclusivamente as questões litigiosas oriundas desta especial relação. Desde o próprio texto da Constituição, passando também pela legislação, jurisprudência, doutrina e estudos feitos até mesmo em outras áreas científicas distintas, mas ligadas ao Direito do Trabalho, pode-se inferir claramente a existência de um princípio de moralidade política neste ramo do Direito que usualmente é denominado de princípio da proteção ou tuitivo.

Logo, o juiz do trabalho, por meio de uma compreensão a partir da Carta Magna, é auxiliado com parâmetros interpretativos que indicam a busca pela intenção do autor constitucional com a ajuda e mediação do princípio da proteção. A integração de ambos, isto é, com a valorização da lei sem descuido do princípio da proteção, fornece parâmetros interpretativos capazes de afastar juízes do trabalho da resposta errada e do perigo da discricionariedade judicial.

Não se está aqui afirmando que o princípio tuitivo goza de exclusividade na orientação

da compreensão e interpretação dos direitos trabalhistas. O que se está afirmando é que ele é o motivo básico da existência de um ramo específico do Direito e que a partir dele se deve analisar as questões postas em juízo. O fato de se fazer a interpretação judicial a partir dele não elimina a possibilidade de conflito pontual com outros princípios, o que demandará a construção aludida por Dworkin acerca das dimensões de peso de cada princípio.

#### 4.3.4.2 *Os critérios de interpretação judicial trabalhista e as leis*

Também por ocasião do uso da legislação, em decorrência do primeiro princípio de justiça, o juiz do trabalho, ao decidir os casos propostos, terá que valorizá-la e entender, pelas razões acima explicadas, a necessidade de se buscar a intenção do autor de modo a solidificar o compromisso moral político com o primeiro princípio de justiça de maneira direta e com o segundo princípio de justiça de maneira indireta.

Outro conceito que o juiz do trabalho necessariamente observará é o da incidência dos princípios que, no dizer de Dworkin, subjazem às regras positivas do Direito, ou que nelas estão inscritos (2007, pp. 164 – 165). Aqui incidirá o princípio da proteção, o controle de constitucionalidade das leis trabalhistas e também a leitura da legislação ordinária a partir da compreensão dos direitos políticos trabalhistas e fundamentais que se pode inferir da Carta Magna. Aglutinando esses critérios, o juiz do trabalho, nos dizeres de Dworkin tratará os direitos jurídicos como uma função, e não como correspondente exclusivo, dos direitos políticos trabalhistas (DWORKIN, 2007, p. 165).

Tem-se, pois, que também na análise da legislação infraconstitucional, a busca pela intenção do autor, de forma sistemática e de maneira atenta aos princípios jurídicos, notadamente o princípio tuitivo, e demais conceitos políticos contestados, aproximará o juiz do trabalho da resposta correta à luz do referencial teórico acima e o afastará da corruptela do ativismo judicial compreendido nos termos expendidos linhas atrás.

#### 4.4 INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E OBJETIVIDADE

A esta altura, uma possível indagação contrária à conclusão de que as teorias de Rawls e Dworkin são ferramentas capazes de ofertar uma melhor resposta ao problema do ativismo judicial erroneamente colocado pelo espírito da reforma trabalhista poderia surgir: estes postulados teóricos ofertariam uma resposta em realidade subjetiva e não atenderiam ao anseio de objetividade pretendido por meio da alteração do artigo 8º, §2º, da CLT.

Em breves notas abaixo, serão apresentados fundamentos articulados por Dworkin, que rechaçam a dita oposição.

#### 4.4.1 A objetividade e a resposta correta no direito

Antes de enfrentar propriamente a questão ventilada alhures, é necessário expor o que se pode compreender como objetividade.

Andrei Marmor, em interessante ensaio, abordou três conceitos de objetividade e os seus desdobramentos para o direito e para a interpretação jurídica (2000, pp. 267 – 302).

O autor classificou o fenômeno em três modalidades: objetividade semântica, objetividade metafísica e objetividade lógica. A intenção aqui não é discutir a tese defendida pelo autor no mencionado ensaio, mas tão somente entender em linhas básicas em que consistem tais modalidades para, reconhecendo que mesmo o conceito de objetividade não é objetivo como uma parte dos objetivistas de certo tipo gostaria que fosse, introduzir, em seguida, a forma como Dworkin lida com as críticas de falta de objetividade em sua teoria.

De acordo com Marmor,

*Grosso modo*, um enunciado é semanticamente objetivo se e apenas se for um enunciado sobre um objeto, e é um enunciado subjetivo se e apenas se tratar de um aspecto do próprio eu, isto é, sobre algum estado mental do sujeito que faz o enunciado. Assim, um enunciado é subjetivo nesse sentido semântico se for a expressão (ou se for equivalente em significado à expressão) dos gostos, desejos, percepções, etc. do falante (MARMOR, 2000, p. 270).

Trata-se de um tipo de objetividade que está ligado tão somente com o significado do ato de fala, sem que exista qualquer necessidade de testagem do conteúdo da proposição com alguma condição de verdade. A objetividade seria interna e não dependeria, pois, desta espécie de confirmação externa. De certa, forma esta compreensão de objetividade já foi alvo dos estudos lançados itens acima.

Já a objetividade metafísica, nos dizeres de Marmor,

[...] realmente implica que há uma verdade material, e de maneira um tanto especial. *Grosso modo*, implica que há uma verdade material que consiste no fato de que há um objeto com propriedades que correspondem à sua descrição pelo enunciado em questão (MARMOR, 2000, p. 274)

Aqui, de maneira distinta em relação à modalidade anterior, a ideia é a de que há

objetividade na medida em que um enunciado consiga alcançar e descrever um objeto externo, o que aproxima a concepção em apreço ao realismo. Da mesma forma, as relações das proposições jurídicas com as condições de verdade já foram estudadas nesta pesquisa dentro da visão teórica trazida por Dworkin.

A terceira versão de objetividade trazida por Marmor é a lógica, assim descrita:

O objetivismo lógico, como designarei essa visão, sustenta que uma dada classe de enunciados é objetiva se, e apenas se, todo e cada enunciado nessa classe tiver um determinado valor de verdade (MARMOR, 2000, p. 280)

De certa forma, também esta vertente de objetividade foi tratada na pesquisa quando foram trazidos os argumentos de Dworkin para a construção de uma possibilidade de verdade fora da tese da demonstrabilidade.

Como dito no início desta subseção, os três conceitos resumidos de objetividade trazidos mediante o estudo de Marmor servem para demonstrar que sequer o conceito de objetividade é objetivo no sentido que uma parte dos objetivistas de certo tipo gostaria que fosse.

A obsessão pela objetividade no direito é assim tratada por Dworkin:

Não vejo por que tentar encontrar algum argumento geral no sentido que os julgamentos interpretativos morais, políticos, jurídicos ou estéticos são objetivos. Os que pedem algum argumento dessa natureza querem algo diferente do tipo de argumentos que eu e ele produziríamos a favor de exemplos ou casos particulares de tais julgamentos. Mas não vejo como poderiam existir tais argumentos diferentes. Não tenho nada a favor da objetividade dos julgamentos morais, a não ser argumentos morais, nada a favor da objetividade dos julgamentos interpretativos, a não ser argumentos interpretativos, e assim por diante (DWORKIN, 2000, p. 257)

Partindo da constatação anterior acerca da multiplicidade de compreensão filosófica acerca da objetividade, o que Dworkin se pergunta é por qual razão se deveria tentar constatar a objetividade de juízos interpretativos morais, políticos, jurídicos ou estéticos? Ou mesmo, qual seria a necessidade e utilidade de se defender que tais juízos sejam objetivos? O acesso à verdade é condicionado pela objetividade na seara do Direito?

Dworkin constata que esta insistência objetiva é, em realidade um embuste e que deveríamos ater - nos ao nosso modo de ser (2000, p. 258).

O autor mencionado explica suas afirmações utilizando o exemplo da escravidão. Embora a afirmação de que a escravidão é injusta não seja objetiva nos termos em que os críticos propugnam, o fato de estes mesmos críticos concordarem acerca da injustiça da escravidão diz muito sobre a exclusividade do objetivismo como caminho para correção de

juízos morais. Em outras palavras, em que a objetividade pretendida para os juízos morais altera ou impede o acesso à juízos morais corretos?

Arrematando, Dworkin especifica sua resposta a esta crítica da seguinte forma:

Mas estamos agora de volta ao começo e meu problema inicial persiste: não vejo que diferença poderia fazer a palavra 'objetivamente'. Pois essa explicação supõe que podemos distinguir entre o jogo e o mundo real, que podemos distinguir entre a afirmação de que a escravidão é injusta, apresentada como uma manobra em algum empreendimento coletivo em que tais julgamentos são feitos e debatidos, e a afirmação de que a escravidão é real ou objetivamente injusta no mundo efetivo. [...] E isso é exatamente o que não podemos fazer, porque as palavras 'objetivamente' e 'realmente' não podem mudar o sentido de julgamentos morais ou interpretativos" (DWORKIN, 2000, pp. 261 – 262).

A natureza, pois, dos conceitos interpretativos e dos juízos morais, embora não atendam ao parâmetro de objetividade que uma parte de correntes objetivistas anseia, não impossibilita o acesso a uma resposta correta no Direito, nos termos do que já se evidenciou acima mesmo em subseções anteriores.

Dworkin, assim, refuta, de forma bem articulada, a suposição cética de que a natureza menos objetiva, em certo sentido, dos juízos morais, políticos e jurídicos, impede a obtenção de uma resposta correta no Direito. A resposta existe e sua correção qualitativa, à luz do que já se explicou acima, é plenamente alcançável. Logo, a crítica objetivista não prejudica a tese de Dworkin e, por conseguinte, o pressuposto teórico que baseou este trabalho.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O quadro de baixo crescimento econômico, com o correspondente reflexo social negativo, verificado nos anos que precederam a reforma trabalhista foi utilizado como fator justificativo da mesma.

A ideia, como visto na presente pesquisa, era, mediante a reforma dos institutos jurídicos trabalhistas materiais e processuais, propiciar um ambiente em tese mais amigável ao exercício da liberdade econômica, com reflexos positivos no que toca ao desejado aumento das contratações e da geração de empregos.

Atentos para o fato de que não bastaria promover a alteração ou mesmo a revogação dos institutos jurídicos materiais e processuais na área trabalhista, a reforma ocupou-se também do funcionamento dos tribunais, eis que tais instituições são decisivas na efetivação concreta desses novos ou reformados institutos. O legislador reformista não se descuidou, pois, da questão alusiva à interpretação judicial trabalhista, pois compreendia a sua importância para o atingimento de alvos ligados à desejada retomada do crescimento econômico e do correspondente desenvolvimento social.

O pressuposto em que se baseou a reforma foi o de que a Justiça do Trabalho agia de forma ativista, desbordando da lei, considerada como a fonte única e exclusiva de direitos pelo espírito reformador. Essa postura institucional gerava, na visão reformista, um ambiente de insegurança e imprevisibilidade jurídica, o que desincentivava o investimento produtivo e a geração de postos de trabalho.

Com o escopo, então, de conter o dito ativismo judicial ou populismo judicial, nas palavras do Senador Ricardo Ferraço, a lei da reforma trabalhista alterou o artigo 8º, §2º, da CLT, de modo a especificar que os verbetes de jurisprudência não poderiam restringir direitos previstos em lei ou mesmo criar obrigações não previstas em lei.

Independentemente do polo em que se faça a análise, o fato é que a alteração legislativa tentou limitar a interpretação judicial trabalhista como resposta ao fenômeno ativista pressuposto, sem ter se atentado, outrossim, que o denominado ativismo judicial decorre de conjunturas mais complexas, as quais vão além de um simples voluntarismo coletivo acidental arraigado na Justiça do Trabalho.

O remédio encontrado pela Lei 13.467/2017 para combater o ativismo judicial foi, por meio da alteração do artigo 8º, §2º, do Texto Consolidado, adotar um conceito de Direito do trabalho afinado ao positivismo jurídico exclusivo, corrente da teoria do Direito que possui como tese central a de que o Direito é identificado exclusivamente por meio de fatos sociais e

de que o sistema jurídico não se confunde com sistemas morais de quaisquer espécies.

O caminhar das pesquisas demonstrou que uma das teses do positivismo jurídico exclusivo é justamente a admissão da discricionariedade judicial tanto em sentido fraco quanto forte. Assim, diante de termos vagos ou imprecisos ou nos casos de inexistência de regra jurídica específica para a solução de um caso concreto, a teoria positivista preconizava o uso justamente da matéria-prima do ativismo judicial, isto é, a discricionariedade judicial.

Ainda dentro da teoria abraçada pelo legislador reformista, na qual depositara em vão suas esperanças de objetividade mítica, restou demonstrado que mesmo o positivismo jurídico chega a admitir, como asseverado por Raz, que o raciocínio judicial, no momento de interpretação e aplicação das regras jurídicas, opera mediante recursos à juízos morais.

Apesar de, uma vez mais, a teoria buscada pela reforma frustrar o seu intento, restou demonstrado na pesquisa que aquela pelo menos oferta alguma contribuição para reduzir a incidência da discricionariedade ativista.

Raz, apesar de admitir a incidência do viés moral no raciocínio interpretativo, esclareceu que as decisões tomadas são, tal como a lei, fontes institucionalizadas do Direito. Diante desta assertiva, quando, após uma decisão tomada no vácuo legislativo, surgem novas demandas com a mesma base fática, o precedente pode ser usado e já não mais se poderá falar em decisão sem fonte social. Este indicativo do positivismo jurídico exclusivo defendido por Raz foi compreendido, então, na pesquisa, como uma pequena contribuição para resolução do problema pressuposto pela reforma.

Diz-se pequena contribuição porque tem tão somente o condão de reduzir a característica de incompletude social do ordenamento jurídico. Deve-se lembrar que, tal como a lei, o precedente é uma fonte social que demandará compreensão e interpretação pelos magistrados seguintes, nada impedindo que, da mesma forma que se dá com aquelas, possam existir diferentes interpretações acerca do significado, alcance e aplicabilidade de um mesmo precedente. Ou seja, a contribuição trazida pelo positivismo jurídico ao debate do ativismo judicial é apenas parcial, limitando-se ao mérito de ajudar na redução do grau de lacunosidade social do Direito.

Ante a incapacidade de solução do dilema pressuposto pelo legislador reformista, descortinou-se a necessidade de buscar outras respostas dotadas de potencialidade para ajudar na resolução do dito problema.

O trabalho demonstrou que, ante a natureza do empreendimento jurídico, somente seria possível atenuar a questão da discricionariedade judicial se a compreensão do conceito de Direito passasse a ocorrer não apenas no âmbito de uma teoria do Direito, como a

positivista, por exemplo. Havia a necessidade de compreender o Direito no campo maior e mais denso da filosofia política. Apenas por meio do estudo de uma teoria política e de justiça seria possível adensar critérios procedimentais e materiais de justiça a partir dos quais o Direito e a interpretação judicial poderiam ser conceituados e entendidos. Somente assim se poderia recompreender o que realmente é o ativismo judicial e como seria possível amenizá-lo.

Por meio da teoria de justiça como equidade de Rawls, apresentou-se uma teoria política que, por meio dos dois princípios de justiça organizados de forma serial, confere unidade de valor procedimental e material para a criação e manutenção de instituições justas que, integrando a estrutura básica de uma sociedade, são capazes de distribuir de maneira equitativa os bens primários sociais aos integrantes da comunidade política.

Dentro da estrutura institucional calcada na observância serial dos princípios de justiça, demonstrou-se estarem o sistema jurídico e o Poder Judiciário, sendo a interpretação judicial um elemento nodal para, já no quarto estágio da sequência aplicativa da teoria de Rawls, fazer valer os direitos conferidos aos cidadãos.

A teoria de justiça em questão bem demonstrou as razões pela quais o apreço aos termos da lei e a sua expedita aplicação são exigências de justiça tanto procedimental quanto material, o que explica porque os juízes, usualmente, além do critério literal de interpretação, buscam descobrir a intenção do autor das leis. A seção que abordou os pontos de justiça formal e de justiça substancial bem demonstrou a importância do apreço à lei.

Com efeito, mesmo dentro da teoria de Rawls, admitiu-se, mesmo no bojo de uma sociedade bem ordenada e no campo da teoria ideal, que o esquema de justiça procedimental por ele construído é imperfeito, havendo possibilidade de, mesmo conformada por instituições justas, uma determinada sociedade produzir instituições injustas, como leis injustas, por exemplo.

Nesse particular, mesmo Rawls insistindo na força do *Rule of Law*, deixou aberta, ainda que em uma sociedade bem ordenada, a possibilidade de, em alguns casos, a atuação judicial ocorrer de forma corretiva, fazendo valer a incidência da força material que deriva do segundo princípio de justiça.

Se, como visto acima, mesmo em uma teoria ideal, Rawls admitia, ainda que de forma excepcional, um certo temperamento do *Rule of Law* em casos de injustiça de elevado grau, no âmbito da teoria não ideal, em que se tem uma sociedade não tão bem ordenada, como a brasileira, o manejo do segundo princípio de justiça torna-se ainda mais justificado e necessário para manter o esquema político de justiça como um todo hígido e capaz de prover

aos membros da comunidade as liberdades básicas e bens primários sociais básicos para a satisfação dos planos de vida individuais de cada qual.

Com base no acima exposto, demonstrou-se porque, então, os juízes brasileiros, dado o não encaixe do País em um grau aproximado de sociedade bem ordenada, devem estar mais atentos a incidência do segundo princípio de justiça por ocasião da interpretação e aplicação das leis.

Apesar de as conclusões acima referidas terem se originado da teoria de Rawls, este, como asseverado, não desdobrou sua teoria política para o campo da teoria do Direito e, por conseguinte, para o campo da interpretação judicial. Por essa razão, buscou-se, na teoria interpretativa do Direito de Dworkin, subsídios para fazer a travessia do campo da filosofia política para o da teoria do Direito e da interpretação.

Nos termos explicados ao longo da pesquisa, foi possível perceber que a reforma trabalhista atuou baseada no pressuposto de que o positivismo jurídico exclusivo ofertaria a possibilidade de uma teoria da interpretação que ofertasse respostas jurídicas mais objetivas e, portanto, mais seguras e previsíveis. Esta concepção está pautada na ideia de existência de uma verdade objetiva, plenamente acessível aos juízes, devendo a interpretação judicial tão somente reproduzir essa verdade.

O estudo dos ensinamentos de Dworkin revelou que, apesar de existir uma resposta certa no Direito, tal não é acessível de forma objetiva. Para o autor, o pressuposto objetivista de que a interpretação seria tão somente um meio para reproduzir na seara aplicativa o conteúdo do conceito dispositivo em jogo não passa de um simples mecanismo rudimentar que chancela uma petição de princípio.

A interpretação, em realidade, adentra ao processo aplicativo por meio da consideração do conceito dispositivo adequado ao caso concreto, tomando tal conceito como um importante e central ponto da argumentação jurídica que, ao final, redundará na formulação de uma proposição jurídica. Neste contexto prático, muitas outras considerações importantes são adensadas ao processo interpretativo e matizam a proposição jurídica derivada do conceito dispositivo.

Alem de demonstrar que existe uma resposta certa no Direito e que esta resposta não depende de qualquer conceito de objetividade que se pretenda abraçar, os ensinamentos de Dworkin também apontaram que, sendo o Direito um conceito interpretativo, e não criterial, a resposta correta que sua teoria aponta não é do tipo quantitativa, mas qualitativa. Ou seja, a resposta correta é a melhor dentre as respostas que podem ser editadas pelos magistrados. Essa assertiva, entretanto, introduz uma outra pergunta: melhor em qual sentido?

Dworkin então estabelece que a resposta correta é a melhor resposta a ser dada de acordo com a condição de verdade residente na moralidade política de uma determinada comunidade. Sendo o Direito, como asseverado por Dworkin, um ramo da moralidade política, a resposta correta será a melhor resposta à luz da moralidade política da comunidade.

Como explicitado ao longo do trabalho, o sistema jurídico brasileiro é adequadamente justificado por uma teoria política como a de Rawls. As instituições que compõem a estrutura básica da sociedade assemelham-se, procedimentalmente e substancialmente, às instituições ideais cogitadas na teoria Rawlsiana.

Da mesma forma, a teoria interpretativa do Direito e a visão da interpretação jurídica de maneira associada à moral política, colocam a teoria da resposta correta de Dworkin como uma ferramenta adequada à teoria moral política de Rawls.

Considerando que, como dito por Dworkin, a resposta correta é alcançável por meio da compreensão do Direito como um ramo da moral política, faz-se necessário alcançar os princípios de justiça por meio de critérios hermenêuticos.

O estudo da teoria Dworkiniana permitiu, a partir da compreensão das obrigações morais políticas dos juízes com os dois princípios de justiça de Rawls, identificar os critérios interpretativos ligados à intenção do autor e aos princípios jurídicos como ferramentas de permanente ligação com tais princípios e, por conseguinte, de obtenção da resposta correta no Direito.

Ao longo do trabalho demonstrou-se que, embora de maneiras diferentes, as obrigações morais políticas e os correspondentes critérios hermenêuticos manifestam-se na argumentação jurídica em todos os tipos de casos, indo dos fáceis aos difíceis, passando pelos casos marcados por termos jurídicos vagos e imprecisos e instalando-se também no caso das mencionadas leis más.

A compreensão teórica obtida, então, a partir das propostas de Rawls e Dworkin, cabíveis de forma geral para o sistema jurídico brasileiro como um todo, decerto, aplica-se para responder ao desafio reformador dos parâmetros de interpretação judicial trabalhista.

O início da resposta do desafio ocorreu mediante a demonstração de que a existência de uma resposta correta no Direito do Trabalho necessariamente afasta a incidência da discricionariedade judicial e do ativismo judicial trabalhista. Assim, lembrando-se que o positivismo jurídico não afasta a incidência desses dois fatores, pelo contrário, admite-os como parte integrante da teoria, partiu-se para a demonstração de como a Justiça do Trabalho pode lidar com o novo artigo 8º, §2º, da CLT, para, apesar dele, chegar à resposta correta nos casos concretos e afastar o ativismo judicial.

A pesquisa demonstrou como os juízes do trabalho podem efetivar o caminho supra e, ao longo deste, apontou que, em decorrência da visão positivista bissistemática do Direito – direito *versus* moral – a compreensão do reformador sobre o conceito de ativismo judicial é enviesada e que, portanto, a alteração legislativa mencionada no parágrafo anterior, ao invés de resolver a questão, contribuirá para o agravamento do problema.

Em termos gerais, restou assentado que a solução do artigo 8º, §2º, da CLT, em realidade, ao invés de combater o ativismo judicial, promove-o.

Como demonstrado, situações existirão em que uma decisão denegatória de um direito sob o fundamento de inexistência de lei consubstanciará manifestação ativista. Por outro lado, em outras ocasiões, uma decisão igualmente denegatória de direitos pelas mesmas razões de falta de lei prévia não será tida como ativista. Isto é assim porque não é o apego à lei que estabelece o caráter ativista de uma decisão judicial. Ela é ativista não por causa disso, mas sim por não observar os princípios de justiça, seja ofertando uma proposição jurídica que confira ou reconheça um direito político concreto de natureza trabalhista que não existe dentro do sistema jurídico inserido no contexto da moral política da comunidade ou mesmo editando uma proposição jurídica que não reconheça semelhante direito que é contemplado dentro do sistema jurídico considerado no contexto da moral política da mesma comunidade.

Recolocada a compreensão do ativismo judicial de acordo com a teoria que concebe o Direito como ramo da moral política, demonstrou-se que a teoria moral política de justiça de Rawls associada às lições da teoria do Direito e da interpretação de Dworkin, consubstanciam-se como ferramentas que podem contribuir sensivelmente para a redução do ativismo judicial. Os juízes do trabalho, por meio dos critérios interpretativos derivados das teorias em apreço e com o auxílio do princípio protetor, extraído do sistema de moralidade política brasileiro, tem a possibilidade de alcançar decisões corretas, atenuando o ativismo, apesar do equívoco legislativo manifestado no artigo 8º, §2º, da CLT.

Por fim, restou demonstrado que, como apontado por Dworkin, a objetividade pressuposta e requerida pelo legislador reformista não é o elemento que efetivamente tem o condão de afastar o ativismo judicial. A resolução deste problema, como demonstrado pelo professor ora citado, passa, em realidade, pela compreensão de que aquela independe de qualquer conceito de objetividade que se queira operar. É a capacidade de alcance da resposta correta e o seu constante e frequente alcance que resolverão ou ao menos atenuarão o ativismo judicial e não a visão estreita de correspondência objetiva entre conteúdo da lei e conteúdo da proposição jurídica.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, v. 2, n.21, jan. / jun. 2012.
- \_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In: <http://www.conjur.com.br/legitimidadedemocratica>, 2008.
- BARRY, Brian. **Justice, Freedom, and Basic Income**. In: SIEBERT, Horst. (org). **The Ethical Foundations of the Market Economy**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1994.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2015.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de; LAMARÃO NETO, Homero. **O princípio da diferença para além da mera compensação**. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito. Curitiba. v. 2. n.2 p. 61-79, 2016.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: Ltr, 2005.
- DE VITA, Álvaro. **O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- \_\_\_\_\_. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- DIAS, Jean Carlos. **O positivismo jurídico de Joseph Raz: uma introdução**. In DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. São Paulo: Método, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Teorias contemporâneas do direito e da justiça**. Salvador: Editora JusPodvm, 2019.
- DUTRA, Delamar José Volpato. **Justiça processual e substantiva na filosofia prática contemporânea**. In: BAVARESO, Agemir – HOBUSS, João (organizadores), **Filosofia, justiça e direito**. Pelotas, EDUCAT, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução: Nelson Boeira – 2.ed – São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. **A raposa e o porco espinho: justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FERRAÇO, Ricardo. **Relatório do projeto de lei da reforma trabalhista no Senado Federal**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&ts=1567534861625&disposition=inline>. Acesso em 20 dez. 2017.

FREEDOM HOUSE. **Liberdade no mundo 2020**. Disponível em: <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2020>. Acesso em 19 abr. 2020.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**; tradução Alonso Reis Freire; revisão da tradução Elza Maria Gasparotto; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HAY, Jonathan, Andrei SHLEIFER & Robert W. VISHNY. **Toward a Theory of Legal Reform**. *European Economic Review*, vol. 40, n. 3-5, abril, 1996.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette – Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Virgílio Dalla – Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HARVEY, David. **O enigma do capital: e as crises do capitalismo**. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo, SP: Boitempo, 2011.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009.

IBGE. **A economia Brasileira no**. Brasília. 2016. Disponível em [ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas\\_Nacionais/Contas\\_Nacionais\\_Trimestrais/Comentarios/pib-vol-val\\_201504comentarios.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Comentarios/pib-vol-val_201504comentarios.pdf). Acesso em: 20 dez. 2017)

IBGE. **Indicadores IBGE**. Brasília. 2017. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas\\_Nacionais/Contas\\_Nacionais\\_Trimestrais/Fasciculo\\_Indicadores\\_IBGE/pib-vol-val\\_201604caderno.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/pib-vol-val_201604caderno.pdf). Acesso em: 20 dez. 2017

IGLESIAS VILA, Marisa. **El Problema de çã Discrecion Judicial. Una aproximación al Conocimiento Jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1999.

JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza [et al]. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: Riddel, 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KINGDON, John. **Como chega a hora de uma ideia? Juntando as coisas**. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Org). **Políticas Públicas**. Coletânea. Vol. 1, ENAP, 2006, p. 219 - 244 .

KRUGMAN, P; WELLS, R. **Introdução à economia**. Tradução Helga Hoffmann. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MARMOR, Andrei. **Três conceitos de objetividade**. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. Editado por Andrei Marmor; tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. Rev. E atual. São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 5, n.20, out. 2007.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo: a Teoria do Direito de Joseph Raz.** Salvador: Juspodivm, 2017.

NERI, Marcelo C. **A escalada da desigualdade – Qual foi o impacto da crise sobre a distribuição de renda e a pobreza?** Rio de Janeiro. Agosto/2019 – FGV Social.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia;** tradução Ferreira Santos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão de tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF

PNUD. **Human Development Report 2019 – Beyond income, beyond averages, beyond today: Inequalities in human development in the 21<sup>st</sup> century.** 2019

PIERSON, Lia Cristina Campos. **Políticas públicas, opinião pública e agenda setting.** In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLINI, Patrícia Tuma Martins. **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 156 – 168.

PINHEIRO, Armando Castelar. Org. **Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual.** In: *Judiciário e Economia no Brasil* [on line]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça;** nova tradução, baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Liberalismo Político.** São Paulo: Ática. 2000B.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality.** 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, USA, 2011.

\_\_\_\_\_. **A moralidade da liberdade.** Tradução Henrique Blecher, Leonardo Rosa. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

\_\_\_\_\_. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason.** Oxford: Oxford University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics.** Rev. ed., repr. Clarendon Paperbacks. Oxford: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos.** Tradução de Maria Cecília Almeida; revisão de tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. **Razão prática e normas.** Tradução José Garcez Ghirard. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROHLING, Marcos. **Rawls e o Direito. A ordem jurídica na Teoria da Justiça como**

**equidade.** Revista de derecho (Valparaíso), v. 1, p. 593-621, 2015.

\_\_\_\_\_. **Dworkin e a interpretação de Rawls como Filósofo do Direito.** Lex Humana, Petrópolis, v. 4, n.2, pp. 102 – 124, 2012.

SANSON, Alexandre. **Os grupos de pressão e a consecução das políticas públicas.** In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLINI, Patrícia Tuma Martins. **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2013, p. 117 – 138.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2. ed. Revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In: QUARESMA, R; OLIVEIRA, M.L; OLIVEIRA, F. (Org.). **Neoconstitucionalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCULLY, Gerald W. **The Institutional Framework and Economic Development.** *Journal of Political Economy*, vol. 96, n. 3, 1988.

TATE, Neal & VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

\_\_\_\_\_. **A discricionariedade judicial e as condições de verdade das proposições jurídicas à luz do debate Hart e Dworkin.** In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v. 13, n. 1. 2018. pp. 133 – 158.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos.** Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales. Madrid, 2005.

WERLER, Denílson Luís. **Justiça, liberdades básicas e as bases sociais do autorrespeito.** *Ethic@.* Florianópolis. v. 13, n.1, p. 74-90, Jun. 2014