

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Arthur de Paula Costa

**A SEGURANÇA JURÍDICA NA ESTRUTURA DECISIONAL TRABALHISTA**

Belo Horizonte

2017

Arthur de Paula Costa

**A SEGURANÇA JURÍDICA NA ESTRUTURA DECISIONAL TRABALHISTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira

Belo Horizonte

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C837s Costa, Arthur de Paula  
A segurança jurídica na estrutura decisional trabalhista / Arthur de Paula  
Costa. Belo Horizonte, 2017.  
102 f.

Orientador: Júlio Aguiar de Oliveira  
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Segurança jurídica. 2. Argumentação jurídica. 3. Direito do trabalho. 4. Jurisprudência trabalhista. 5. Decisão (Direito). I. Oliveira, Júlio Aguiar de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.12

Arthur de Paula Costa

## **A SEGURANÇA JURÍDICA NA ESTRUTURA DECISIONAL TRABALHISTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Prof. Dr. Júlio Aguiar de Oliveira – PUC Minas (Orientador)

---

Prof. Dr. Alexandre Travessoni G. Trivisonno – PUC Minas (Banca Examinadora)

---

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup>. Mônica Sette Lopes – UFMG (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2017.

## **AGRADECIMENTOS**

*Para a concretização deste trabalho, essencial foi contar com o apoio das pessoas que estiveram por perto, reconhecimento este que traduzo através de gratidão.*

*A minha família, que com muito carinho me incentivou a perseguir meus objetivos.*

*A Larissa, pela paciência, carinho e auxílio nas discussões sobre as diversas possibilidades que o presente trabalho apresentou ao longo destes dois anos.*

*Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, que com seus ensinamentos possibilitaram a abertura dos horizontes do conhecimento além do Direito.*

*A noção de que somos seres livres e independentes reforça a ideia de que os princípios de justiça que definem nossos direitos não devem ser fundamentados em nenhuma concepção moral ou religiosa específica; ao contrário, eles devem tentar ser neutros em relação às diferentes noções do que possa ser uma vida boa. (SANDEL, 2012, p. 267).*

## RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo um estudo da estrutura decisória trabalhista modulada pelas lacunas interpretativas que Alexy atribui à incerteza da linguagem jurídica, à possibilidade de conflito entre normas e ao fato de haver casos que exijam resolução jurídica que, em sua grande maioria na Justiça do Trabalho, surgem através das negociações coletivas, ao estabelecerem novas condições de trabalho para determinadas categorias. Será analisada a significação da segurança jurídica e os elementos que a compõem, buscando estabelecer esta segurança nas súmulas e orientações jurisprudenciais que possuem como um de seus objetivos a uniformização dos entendimentos dissidentes provenientes destas lacunas interpretativas, estabelecidas por Hart como textura aberta do direito. A partir de então será realizada uma crítica à racionalidade que as decisões das cortes brasileiras possuem e à necessidade de uma argumentação sistemática à luz do que dispõe Dworkin e Alexy sobre as decisões fundamentadas em princípios como critérios jurídicos.

Palavras-chave: Segurança Jurídica. Argumentação. Estrutura decisória trabalhista.

## **ABSTRACT**

This work aims a study of the labor decisional structure modulated by interpretive gaps that Alexy attaches to the uncertainty of legal language; possibility of conflict between rules and the fact that there are cases that require legal resolution, mostly in labor courts, arise through collective negotiations that establish new working conditions for certain categories. The significance of legal certainty and the elements that make up this attempt to establish security in precedents and cases law having as one of its objectives the standardization of dissidents understandings from these interpretive gaps established by Hart as open texture of law will be analyzed. Since then a critique of rationality that decisions will be made in brazilian courts have and the need for a systematic argument in light of what has Dworkin and Alexy decisions based on principles such as legal criterion.

Keywords: Legal certainty. Argument. Labor decisional structure.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CPC	Código de Processo Civil
CR/88	Constituição da República de 1988
DEJT	Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
EC	Emenda constitucional
Ed.	Edição
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro
N.	Número
OJ	Orientação Jurisprudencial
SDC	Seção de Dissídios Coletivos
SDI-1	Seção de Dissídios Individuais 1
SDI-2	Seção de Dissídios Individuais 2
SDI-1 Transitória	Seção de Dissídios Individuais 1
STF	Supremo Tribunal Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TRT3	Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região
TST	Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>17</b>
<b>2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO .....</b>	<b>21</b>
2.1 A transição para o período capitalista .....	21
2.2 A relação entre capital e trabalho .....	22
2.3 Os fatores de influência da consolidação dos direitos trabalhistas .....	23
2.4 Do trabalhador livre para o trabalhador precário: as consequências impostas pelas condições de trabalho advindas da Revolução Industrial ....	25
2.5 Uma primeira resposta .....	26
2.6 A consolidação de um novo ramo jurídico .....	26
2.7 Evolução histórica do direito do trabalho no Brasil .....	28
2.8 Das emendas constitucionais .....	29
<b>3 PARTICULARIDADES DA ESTRUTURA DECISIONAL TRABALHISTA .....</b>	<b>31</b>
3.1 Princípios processuais .....	31
3.2 Do trâmite da primeira e segunda instâncias .....	32
3.3 Acordos e convenções coletivas .....	34
3.4 Jurisprudência do TST .....	35
3.4.1 <i>Orientações jurisprudenciais</i> .....	37
3.4.2 <i>Súmulas</i> .....	38
<b>4 PRECEDENTE NO DIREITO DO TRABALHO .....</b>	<b>41</b>
4.1 Críticas ao precedente .....	41
4.2 Sistema indutivo ou dedutivo .....	43
4.3 Da aplicação do precedente .....	45
<b>5 SEGURANÇA JURÍDICA .....</b>	<b>49</b>
5.1 Conceito .....	49
5.1.2 <i>Significação da segurança jurídica</i> .....	51
5.2 Segurança jurídica nos julgados trabalhistas .....	55
5.2.1 <i>As dimensões da segurança jurídica</i> .....	56
5.2.1.1 <i>Dimensão estática</i> .....	57
5.2.1.2 <i>Dimensão dinâmica</i> .....	61

<b>6 UMA QUESTÃO DE ARGUMENTAÇÃO .....</b>	<b>69</b>
<b>6.1 Como decidem as cortes no Brasil .....</b>	<b>69</b>
<b>6.2 Lacunas interpretativas .....</b>	<b>72</b>
<b>6.2.1 Poder discricionário .....</b>	<b>74</b>
<b>6.3 Uma análise sob a perspectiva de princípios .....</b>	<b>76</b>
<b>6.3.1 Regras sociais .....</b>	<b>77</b>
<b>6.3.2 A necessidade de um poder discricionário dos juízes .....</b>	<b>79</b>
<b>6.3.3 Regras x princípios .....</b>	<b>80</b>
<b>6.3.4 A tese dos direitos .....</b>	<b>82</b>
<b>6.3.5 Direitos e objetivos .....</b>	<b>84</b>
<b>6.3.6 Direitos jurídicos .....</b>	<b>86</b>
<b>6.4 A dupla natureza do direito .....</b>	<b>88</b>
<b>6.4.1 Discurso prático geral e discurso jurídico .....</b>	<b>90</b>
<b>6.4.2 Uma conexão moral através de princípios .....</b>	<b>91</b>
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>95</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>99</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho possui uma peculiaridade entre os demais ramos jurídicos, posto que além de se tratar de uma justiça especializada também é autônomo, já que detém teorias, princípios e metodologia próprios.

Referida autonomia perpassa pelos movimentos coletivos que regulamentaram as primeiras condições de trabalho até a normatização da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e sua recepção com a promulgação da Constituição da República de 1988 (CR/88).

Através de referidas características foi possível desenvolver um pensamento jurídico voltado para o indivíduo e a efetivação de seus direitos fundamentais, concretizando a independência do ramo trabalhista.

A distinção do ramo se dá principalmente pelas características processuais que possibilitam um cenário normativo diferenciado, tendo como fonte de direito não apenas a legislação como também as convenções e acordos coletivos, as jurisprudências, os usos e costumes, os princípios e os tratados e acordos internacionais ratificados.

Mencionada normatização deve ser analisada sob um aspecto interpretativo, uma vez que seu caráter diferenciado possibilita a regulamentação de novas condições laborais que são ratificadas pelas decisões judiciais proferidas.

Partindo desse pressuposto, verifica-se a existência de um estereótipo negativo desta Especializada por parte de alguns juristas, sendo realizadas críticas semelhantes a um sistema de precedentes, acrescidas neste ponto pelas consequências que o princípio da informalidade pode gerar na segurança jurídica que as decisões produzem.

Em resposta a tais críticas, é necessário compreender antes os princípios processuais do Direito do Trabalho, dentre eles o da celeridade, que se destaca na duração de cada reclamatória trabalhista ao ser possível ter ciência de uma decisão em um relativo curto espaço de tempo, se levado em consideração os demais ritos processuais.

Essa celeridade gera um impacto direto no cenário normativo trabalhista, que é marcado pela volatilidade que as diversas relações de trabalho e emprego exigem, razão pela qual a autonomia é de extrema importância, uma vez que as normas irão surgir para regulamentar o que a Consolidação das Leis do Trabalho não dispôs.

Em consequência dessa singularidade, alguns juristas põem em cheque a validade ou a eficácia do ramo trabalhista, principalmente pela segurança jurídica que as decisões possuem em razão da fundamentação estar vinculada aos entendimentos contidos em súmulas e orientações jurisprudenciais (OJ).

Tomando por base esta situação, é importante para justificar referida especificidade que surge nessa área do Direito a realização de uma análise das particularidades da estrutura decisional trabalhista, a começar pelos princípios processuais e seus trâmites, desde a distribuição da petição inicial até a prolação de acórdão no Tribunal Regional do Trabalho (TRT) e no Tribunal Superior de Trabalho (TST), passando pela validade das negociações coletivas, súmulas e orientações jurisprudenciais que são utilizadas como embasamento para as decisões proferidas tanto na primeira quanto na segunda instância.

Passada tal contextualização, necessário será traçar um paralelo entre esta normatização e os precedentes existente no sistema do *Common Law*, assim como a utilização e as formas de modificação, diferenciação e revogação, pontuando críticas que são feitas a este sistema, bem como seus pontos positivos que podem ser absorvidos na estrutura decisional trabalhista à luz da utilização das súmulas e OJs.

A partir de então é levantado sistematicamente o conceito e a significação de segurança jurídica, analisando esta como um todo dentro de uma perspectiva que o professor Humberto Ávila expõe como elemento definitório, fato, valor e norma-princípio.

Analisada a segurança jurídica nesse aspecto e a transpondo para os julgados trabalhistas, será possível averiguar se as decisões proferidas nesse ramo possuem segurança e se existe relação entre esta e a mutação nas decisões advindas da jurisprudência que o próprio processo do trabalho possui como característica.

Definidos os elementos da segurança jurídica no Direito do Trabalho e estabelecida a conexão que estes possuem na estrutura decisional trabalhista, em direta relação entre as novas condições de trabalho advindas das negociações coletivas ou da própria eficácia social e a necessidade de se regular tais matérias, passa-se ao estudo de como interpretar o que Hart denomina como textura aberta ou como Kelsen entende por generalidade, sob um ponto de vista argumentativo.

Aliás, a argumentação se torna um elemento essencial no presente estudo, sendo esta que determinará se as interpretações advindas das normas que

possibilitam a textura aberta, como negociações coletivas, súmulas ou OJs, possuem segurança jurídica.

Esse panorama argumentativo deverá ser analisado sob a especificidade do Direito do Trabalho, que possui como uma de suas fontes as negociações coletivas que regulamentam novas condições de trabalho, que por sua vez podem gerar interpretações divergentes, fazendo com que os precedentes, como súmulas e orientações jurisprudências dos Tribunais tanto Regionais quanto Superior, adquiram uma volatilidade.

Nessa linha argumentativa, compreendendo a textura aberta do direito e as consequências que esta atrai, será possível chegar a questão do poder discricionário em conformidade com o que Kelsen assevera sobre este aspecto, principalmente no que se refere à interpretação que cada norma pode possuir, sendo este aspecto argumentativo aprofundado e estudado à luz do que Dworkin dispõe sobre argumentação.

Nesse aspecto serão levantadas as considerações postas por Dworkin em um método fundado em princípios, que no caso em tela vem complementar o pensamento de Kelsen quanto a forma de um juiz se decidir diante de generalidade.

Complementando este tópico e com o objetivo de justificar a necessidade desta argumentação, passa-se a análise do que Alexy denomina como Dupla Natureza do Direito, que consiste em uma dimensão real ou factual e a outra ideal ou crítica, sendo aquela referente à positivação do direito e da eficácia social e esta à correção material, oportunidade em que a moral ligada à justiça ganha relevância e importância na argumentação de um discurso jurídico.

Posto isto, será estabelecido ao longo deste ensaio, através de exemplos práticos, algumas situações correntes na Justiça do Trabalho que colocam a segurança jurídica e a argumentação ante uma pretensão de correção que é imposta pela peculiaridade de determinadas relações de emprego ou trabalho, estabelecendo assim a relação entre a segurança jurídica e a estrutura decisória trabalhista.



## 2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

### 2.1 A transição para o período capitalista

A transição para o período capitalista é estigmatizada por dois motivos, quais sejam, o trabalho humano que passa a se tornar livre e subordinado, e ao viés capitalista que o trabalho de escravos e servos incorporou naquele contexto, conforme expõe Coura ao citar Weber:

Em poucas palavras, para Max Weber, o impulso aquisitivo já era conhecido na época pré-capitalista. Segundo o autor a diferença entre o espírito capitalista presentes nas fases pré-capitalistas e capitalistas não reside no grau de desenvolvimento da pulsão pecuniária, mas no fato de que o espírito capitalista moderno ainda não havia se tornado um fenômeno de massa e uma potência dominante na orientação da ação econômica. (WEBER apud COURA, 2012, p. 39).

A questão do trabalho livre é a “pedra de toque” dessa transição, pois através deste, o comércio começava a se movimentar por meio dos pequenos empreendedores, que por sua vez tinham a expectativa de um pequeno crescimento, seja através do fornecimento de sua força de trabalho para quem lhe “remunerasse”, seja na aplicação de sua força de trabalho para si mesmo, ascensão esta que seria impossível em épocas de servidão que buscavam tão somente o consumo para subsistência.

Frise-se, contudo, que a situação do trabalhador livre diz respeito à situação do mercado, que se desvinculava de um sistema servil e de subsistência, e que a partir de então, após a concretização do mercado e da consolidação das figuras da burguesia e de um governo central, seria possível começar a estabelecer uma relação de subordinação entre o trabalhador com o empregador, existente no emergente processo produtivo que iria ser imposto pela Revolução Industrial.

Através do comércio as cidades se fortaleciam e cresciam cada vez mais, isto porque a burguesia que começava a se fazer presente era movida por um anseio de figuração no cenário político. Referida classe influenciou inclusive no fortalecimento de um governo central, no poder do Soberano, ficando patente essa relação de troca entre a burguesia e o governo, conforme expõe Huberman:

Por isso os reis começaram a preocupar-se com o progresso do comércio e

da indústria. Os regulamentos das corporações, que pretendiam criar e manter um monopólio para um pequeno grupo em cada cidade passaram a ser considerados obstáculos à expansão daqueles dois ramos de atividades. (HUBERMAN, 2008, p. 67).

A partir de então se estabelece uma desvinculação de um período voltado para um consumo de subsistência para o capitalismo, que por sua vez passava a gerar expectativas de crescimento para determinadas classes, tais como a própria burguesia.

## **2.2 A relação entre capital e trabalho**

No final do séc. XVIII, pondera Coura, as revoluções industrial e francesa influenciaram diretamente na relação havida entre capital e trabalho. “A primeira pela alteração imprimida ao processo produtivo; a segunda, por fomentar as idéias de liberdade, igualdade e fraternidade que dariam suporte a grandes movimentos sociais nos séculos seguintes” (COURA, 2012, p. 46).

A Revolução Industrial tem seu berço na Inglaterra, uma vez que lá haviam condições propícias para este cenário, tais como mão-de-obra abundante, um cenário político favorável com a instauração da monarquia parlamentar, acumulação de capitais e conseqüente expansão na construção de máquinas e um controle de epidemias com melhores condições sanitárias, o que permitia um crescimento demográfico.

O sistema produtivo emergente e imposto pelo aumento da produtividade que a Revolução Industrial trouxe, fez com que a população fosse “seduzida” pelos resultados que o capital ofertava, nas palavras de Hunt:

Pelo novo sistema, sua única relação com seu empregador era através do mercado impessoal, ou o elo do dinheiro. Eles perderam o acesso direto aos meios de produção, tendo sido reduzidos a meros vendedores de força de trabalho, totalmente dependentes das condições de mercado para sua sobrevivência. (HUNT, 1987, p. 87).

A Revolução Francesa possui influência a começar pelo fato de ser uma das razões da supressão das corporações de ofício, que possuíam as características de “(a) estabelecer uma estrutura hierárquica (b) regular a capacidade produtiva; (c) regulamentar técnicas de produção” (MARTINS, 2014, p. 5). As corporações de

ofício submetiam crianças e homens a longas jornadas de trabalho, sendo passíveis inclusive de castigos físicos.

Os ideais da Revolução Francesa propiciaram um cenário favorável no que diz respeito a um direito ao trabalho e a uma liberdade contratual, como expõe Martins:

Em 1791, logo após a Revolução Francesa, houve na França o início de liberdade contratual. O Decreto D'Allarde, de 17 de março de 1791, determinou que a partir de 1º de abril do referido ano seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprovasse, sendo, contudo, ela obrigada a munir-se previamente de uma patente, a pagar taxas exigíveis [...]. (MARTINS, 2014, p. 5).

A Revolução Francesa de 1789 e sua constituição reconheceram o primeiro dos direitos econômicos e sociais: o direito ao trabalho. Foi imposta ao Estado a obrigação de dar meios ao desempregado de ganhar sua subsistência. (MARTINS, 2014, p. 6).

Através de uma transformação histórico-social, pela qual parte-se do pressuposto de que o empregado é a parte hipossuficiente da relação de trabalho, tornaria possível alcançar as características do Direito do Trabalho já consolidado, que seriam aquelas com finalidade de estabelecer determinadas condições de trabalho através de pactuações coletivas, sendo esta a colocação de Coelho:

Em outras palavras, o direito do trabalho deve sua razão de ser à desigualdade real que caracteriza a sociedade dividida em classes sociais, segundo o critério econômico; deve-se proteger o hipossuficiente, embora protegido pelas leis trabalhistas; a situação social de desigualdade real deve permanecer inalterada, pois a mudança não convém aos detentores do poder, que são os que fazem as leis e possibilitam a existência do direito do trabalho integrado no sistema de direito positivo; o contrário merece a proteção das leis trabalhistas, mas deve continuar operário; eis o paradoxo que a existência do direito do trabalho, dentro da ordem jurídica, sugere. (COELHO, 2010, p. 10).

Referida transformação histórico-social legitima a força dos trabalhadores que passam a se unir através de sindicatos, aos quais irão regulamentar melhores condições de trabalho, o que seria posteriormente ratificado pela própria Constituição da República de 1988.

### **2.3 Os fatores de influência da consolidação dos direitos trabalhistas**

De acordo com Godinho, três fatores tiveram influência direta no surgimento

do Direito do Trabalho, sendo eles, econômicos, sociais e políticos.

No que se refere ao fator econômico, o autor salienta que houveram duas importantes contribuições, sendo uma a desvinculação da figura do trabalhador servil para o aparecimento da figura do trabalhador livre, porém subordinado ao seu empregador no âmbito do sistema produtivo que se instalara; e a outra relacionada “a circunstância desse novo sistema produtivo também gerar uma distinta modalidade de organização do processo produtivo, a chamada grande indústria” (DELGADO, 2008, p.87-88).

No que se refere ao fator social, Godinho salienta a relação entre a concentração do proletariado em torno das cidades em que se encontravam as indústrias, principalmente na sociedade européia e norte-americana, que se identificavam com as massas trabalhadoras que tinham a força de trabalho como um ponto em comum.

E, por fim, no que diz respeito ao fator político, o autor realiza um fracionamento do ponto de vista da sociedade civil e política. Sendo que do ponto de vista da sociedade civil o mesmo pondera:

No plano da sociedade civil, tem fundamental relevância a descoberta, pelos trabalhadores, da ação coletiva (em vez da simples ação individual) como instrumento de atuação, quer no âmbito político (perante o Estado principalmente), quer no âmbito essencialmente profissional (perante o empregador ou empregadores, portanto). Em seguida o aperfeiçoamento dessa estratégia coletiva de ação, mediante formação e consolidação de organizações coletivas de trabalhadores, seja sindicais, seja mais nitidamente políticas. (DELGADO, 2008, p. 88-89).

Importante destacar que é a partir desse “descobrimento” da ação coletiva através dos movimentos sindicais que houve a possibilidade de surgimento de novas modalidades de regulamentação dos direitos trabalhistas que surgiam a partir do novo meio de produção, sendo esta regulamentação o que Moraes Filho aborda como:

[...] acordos coletivos, entre empregados e empregadores, entre sindicatos e grupos de empresas, entre sindicatos operários e patronais; de regulamento de empresas; de conciliação de greves e conflitos coletivos de trabalho; de estatutos sindicais; de atividades cooperativas, e assim por diante. (MORAES FILHO apud DELGADO, 2008, p. 89).

Por fim, no ponto de vista da sociedade política, Godinho destaca a atuação do Estado no sentido de regulamentar os direitos vindicados pela massa operária através dos movimentos sociais que surgiam. Contudo, o autor salienta que referida

atuação não se dá de forma ampla, mas sim com interesses do Estado nas mudanças que lhe seriam diretamente benéficas, bem como um meio de estratégia política a fim de arrefecer os referidos movimentos sociais havidos.

#### **2.4 Do trabalhador livre para o trabalhador precário: as consequências impostas pelas condições de trabalho advindas da Revolução Industrial**

Conforme explicitado acima, o trabalhador livre do sistema servil e da produção para consumo próprio se viu seduzido pela nova demanda de trabalho que surgia com os novos meios de produtividade trazidos pela Revolução Industrial. Após a consolidação do Capitalismo, que por sua vez favoreceu o sistema de produtividade das grandes indústrias instaladas, as condições de trabalho, que já eram precárias, começaram a exigir de forma sub-humana a força de trabalho dos operários, tendo como único objetivo a produção de riqueza em grande escala.

O que se verificava na época era que o modelo de produção através de maquinário além de reduzir a mão de obra, propiciava a “contratação” do trabalho de mulheres e crianças, trabalhadores estes mais “dóceis” e conseqüentemente com menor probabilidade de insurgências, de modo a também impor a eles um ritmo de trabalho constante e exauriente.

As jornadas de trabalho eram longas, os salários ínfimos e as condições de labor eram precárias. De acordo com Coura, “o trabalhador livre do séc. XVIII e início do séc. XIX deparou-se com uma difícil realidade: a existência de um excesso de mão de obra disponível àqueles que detinham os meios de produção e que tinham apenas um só objetivo: o lucro”. (COURA, 2012, p. 52).

Em outras palavras estava-se diante da “lei da oferta e da demanda” que era aplicada aos operários, ou seja, diante da vasta mão de obra disponível, os capitalistas industriais pagavam o que bem entendiam e exigiam do operário além do que o mesmo poderia suportar, o que não possibilitava ao empregado sequer a discordância dos valores pagos, já que poderia ser facilmente substituído pelo próximo que estava esperando uma oportunidade de trabalho e que invariavelmente não discutiria sobre as condições do labor.

## 2.5 Uma primeira resposta

Referidas condições de trabalho advindas da desigualdade entre os operários e os capitalistas influiu um sentimento de justiça da classe operária através dos movimentos coletivos mencionados anteriormente, que por sua vez permitia que os trabalhadores cada vez mais se identificassem uns com os outros, surgindo com isso algumas associações que vindicavam melhoras nas condições de labor.

Nesse sentido, percebe-se que todo o ambiente criado pelo capitalismo e trazido pela Revolução Industrial estava ansiando por uma resposta do Estado, que por sua vez veio, conforme Godinho destaca, através da publicação da lei inglesa da *Peels's Act* (1802) que buscou diminuir a superexploração da mulher e do menor.

Não obstante, verifica-se que esta referida lei possuiu um caráter humanitário que esconderia a verdadeira intenção do Estado de defender o mercado e continuar produzindo capital de forma exponencial, tendo como objetivo principal somente a tentativa de distrair os movimentos coletivos que estavam ávidos por regulamentações em um âmbito geral.

Fica evidente nessa situação específica apenas uma conduta protelatória, na qual através de uma verdade produzida por este poder, o Estado interviu com normas superficiais, com o objetivo de arrefecer os movimentos sociais e manter o mercado proporcionado pelo novo meio de produtividade, ou seja, a referida lei não passou de uma estratégia de defesa do próprio mercado.

Salienta-se que referidos movimentos, que são tidos para Godinho como Incipientes ou Esparsos, não possuíam engajamento político forte o suficiente a fim de pressionar, de forma eficaz, as situações que adivinham das condições de trabalho degradantes impostas pela Revolução Industrial, motivo pelo qual, nesse momento específico, o objetivo de consolidação do ramo jurídico do Direito do Trabalho não foi alcançado.

## 2.6 A consolidação de um novo ramo jurídico

Nesse contexto, impende destacar que algumas ideologias e revoluções que eclodiam pelo mundo, foram de suma importância para essa forma de pensamento que buscava consolidação dos direitos trabalhista, como expõe Gomes e Gottschalk citados por Coura:

[...] o primeiro período, que vai do fim do século XVII até o Manifesto Comunista de Marx e Engels e o segundo período, da publicação do Manifesto até a conquista do direito à sindicalização na França (1884); o terceiro período teve início com a publicação da primeira encíclica papal, a *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, seguida da conferência de Berlim e das primeiras legislações sobre seguros sociais e as novas teorias sobre responsabilidade civil. O quarto e último período, segundo os autores, tem início com a deflagração da 1ª Guerra Mundial. (GOMES; GOTTSCHALK apud COURA, 2012, p. 57, grifo do autor).

Segundo Godinho, a fase de consolidação, não se limita ao manifesto comunista, tendo também reflexos dos movimentos cartista que eclodiu na Inglaterra e na Revolução de 1848, na França. Este último movimento, inclusive, conforme narra o autor supracitado, foi o responsável pelo “reconhecimento do direito de associação e greve e a fixação da jornada de 10 horas; no plano político, tem-se a extensão do sufrágio universal” (DELGADO, 2008, p. 95).

De acordo com o mencionado anteriormente, verifica-se que o próprio cenário proporcionou movimentos insurgentes com maior engajamento, já que as estratégias utilizadas com os mecanismos de subjetivação possuíam apenas caráter protelatório.

Godinho destaca que o ano de 1848 foi um marco no que se refere a história do Direito do Trabalho:

[...] pela verdadeira mudança que produz no pensamento socialista, representada pela publicação do Manifesto de Marx e Engels, sepultando a hegemonia, no pensamento revolucionário, das vertentes insurrecionais ou utópicas. Do mesmo modo, pelo processo de revoluções e movimentos de massa experimentado naquele instante, indicando a reorientação estratégica das classes socialmente subordinadas. Estas passam a se voltar a uma linha de incisiva pressão coletiva sobre o pólo adverso na relação empregatícia (o empresariado) e sobre a ordem institucional vigente [...]. (DELGADO, 2008, p. 95).

Outros fatores contribuem para a consolidação deste ramo jurídico, conforme destaca Godinho, a título de exemplo o reconhecimento do direito de livre associação sindical e o surgimento de regulamentações trabalhistas principalmente na França e na Alemanha.

Por fim, a institucionalização do Direito do Trabalho (CLT) passa pela Constituição de Weimar e se concretiza definitivamente após a Segunda Guerra Mundial com a política do *Bem-Estar Social*, ponderações estas também realizadas pelo professor Godinho.

## 2.7 Evolução histórica do direito do trabalho no Brasil

No Brasil, as leis que começam a dispor sobre trabalho e que possuem maior relevância tiveram seu início no ano de 1903, período em que houve a regulamentação da sindicalização dos agricultores, sendo procedida por lei que dispunha sobre a sindicalização dos trabalhadores urbanos no ano de 1907 e posteriormente o Código Civil de 1916 que em um de seus capítulos regulamentava a prestação de serviços de trabalhadores.

Em 1930 foi criado o Ministério do Trabalho e em 1943 a regulamentação através da Consolidação das Leis do Trabalho, diploma este específico para as relações laborais.

À luz das Constituições Federais, a Constituição da República de 1934 regulamentou o reconhecimento dos sindicatos e associações profissionais, merecendo destaque pelo esclarecimento da professora Alice Monteiro de Barros:

Pelo que se pode constatar, foi essa a primeira Constituição a tratar do salário mínimo, da jornada de oito horas, das férias anuais remuneradas, da proibição de qualquer trabalho a menores de 14 anos, do trabalho noturno a menores de 16 anos e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres. Essa mesma Constituição assegurou indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; repouso hebdomadário, de preferência aos domingos. (BARROS, 2010, p. 72).

Em relação à Constituição de 1937, esta começou por estabelecer o trabalho como um dever social, devendo ser protegido pelo Estado, regulamentando dentre alguns direitos os de isonomia, labor noturno com remuneração superior ao diurno e questões de sucessões entre empregadores.

Nesse ínterim, incluiu no rol dos direitos a associação profissional ou sindical como livre, estabelecendo, contudo, a unicidade sindical que seria a restrição de um sindicato por categoria profissional dentro de uma base territorial. Por fim não reconheceu o direito à greve, reconhecimento este que veio a ser consolidado na Constituição de 1946 que possui como marco a integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, que anteriormente era considerado administrativo.

Quanto à Constituição de 1967, esta introduziu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e proibiu o direito de greve nos serviços públicos e atividades essenciais conforme determinações legais.

Por fim, a Constituição vigente de 1988 realizou a regulamentação de relações de emprego e trabalho de forma mais pormenorizada, o reconhecimento das convenções coletivas, do FGTS ao empregado rural, estabeleceu o salário mínimo nacional, o adicional de horas extra de 50%, no mínimo, as férias remuneradas e acrescidas de 1/3, bem como da licença maternidade de 120 dias, dentre outros.

## **2.8 Das emendas constitucionais**

Não obstante toda a evolução sobre a consolidação do ramo, a Justiça do Trabalho passou a ter a estrutura que hoje possui, com características específicas e próprias, a partir de duas Emendas Constitucionais (EC), a EC n. 24, de 09 de dezembro de 1999 e EC n. 45, de 08 de dezembro de 2004.

No que se refere a EC n. 24/1999, esta alterou os artigos 111, 112, 113, 115 e 116 da Constituição da República/88. A primeira alteração relevante desta emenda diz respeito à extinção dos juízes classistas, passando o Tribunal Superior do Trabalho a ser composto por vinte e sete ministros, conforme nova redação do art. 111.

Outra alteração relevante foi a supressão do inciso III do art. 115 da CR/88, que dizia respeito justamente aos juízes classistas nos Tribunais Regionais do Trabalho, instituindo pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada Estado e no Distrito Federal.

E por fim, com a extinção dos juízes classistas, as juntas de Conciliação e Julgamento se transformaram nas Varas do Trabalho, com um juiz singular, conforme disposto no art. 116 da CR/88, possuindo com isso a estrutura que se tem hoje em dia.

A partir de então a Justiça do Trabalho passou a possuir três graus de jurisdição, quais sejam, as Varas do Trabalho, os Tribunais Regionais e o Tribunal Superior do Trabalho.

A EC n. 45/2004, por sua vez, trouxe relevantes alterações, tendo instaurado direitos e garantias individuais com o princípio da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CR/88), princípio este absorvido pelo processo do trabalho como um de seus basilares, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal (STF) de aprovar

súmulas vinculantes (art. 102, §2º, da CR/88) e principalmente a ampliação da competência da Justiça do Trabalho (art. 114 da CR/88).

Referido artigo ampliou a competência da Justiça do Trabalho trazendo para esta Especializada as ações que envolvem relação de trabalho, sendo este aspecto bem mais abrangente do que só a relação de emprego prevista no artigo 3º da CLT, qual seja, a pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (BRASIL, 1943). Ampliou também ao incluir a Justiça do Trabalho como competente para julgar mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data* quando envolver matéria sujeita à sua jurisdição (art. 114, IV, da CR/88), as ações de indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho (art. 144, VI, da CR/88), promover a execução, de ofício, das contribuições sociais decorrentes das sentenças em que proferir (art. 144, VIII, da CR/88), a faculdade das partes em ajuizar dissídios coletivos, quando não houver composição em negociações coletivas ou em arbitragens (art. 144, §2º, da CR/88), dentre outras.

Tais reformas possibilitaram a Justiça do Trabalho a se estruturar como hoje se encontra, principalmente pelas características referentes à celeridade e informalidade que assumem aqui um papel de destaque.

### 3 PARTICULARIDADES DA ESTRUTURA DECISIONAL TRABALHISTA

#### 3.1 Princípios processuais

O processo do trabalho possui alguns princípios específicos, além dos princípios gerais, que dão a tônica ao ramo e fazem com que o rito processual possua as características que lhe são pertinentes.

Nesse contexto, destacam-se três princípios que exercem direta influência nas matérias abordadas no presente trabalho atinentes à estrutura decisória no Direito do Trabalho.

O primeiro deles é o da Finalidade Social do Processo, no qual tem como função o reestabelecimento da desigualdade existente entre o empregador e o empregado à luz do que dispõe o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL, 1942).

Nesse sentido, Carlos Bezerra expõe que:

A diferença básica entre o princípio da proteção e o princípio da finalidade social é que, no primeiro, a própria lei confere a desigualdade no plano processual; no segundo, permite-se que o juiz tenha uma atuação mais ativa, na medida em que auxilia o trabalhador, em busca de uma solução justa, até chegar o momento de proferir a sentença. (LEITE, 2012, p. 84).

O outro princípio é o da informalidade ou simplicidade, sendo certo que alguns autores mencionam que este seria uma ramificação dos princípios da oralidade e da instrumentalidade.

Sem sombra de dúvida o processo do trabalho é marcado pela simplicidade manifestada dentre vários dispositivos como, por exemplo, os artigos 840, §2º, da CLT (reclamatória verbal); art. 847 da CLT (possibilidade de apresentação de defesa oral), art. 794 da CLT (nulidade apenas quando resultar dos atos inquinados por manifesto prejuízo as partes litigante) e o art. 791 da CLT (possibilidade de litigar sem advogados – *jus postulandi*).

Por fim, o princípio da celeridade, que apesar de ser comum aos demais ramos jurídicos, ganha ênfase na Justiça do Trabalho, pois além de ser favorecido pelos outros princípios trabalhistas que fornecem ao mesmo uma maior amplitude até mesmo pela característica dos ritos existentes, verifica-se ainda que os créditos

trabalhistas possuem natureza alimentar, o que fortalece a necessidade de uma decisão jurisdicional célere, devendo primar por uma solução rápida e eficaz da lide.

A título de exemplo verifica-se que os prazos processuais trabalhistas são reduzidos se comparados ao processo civil, a execução é *ex officio* em conformidade do art. 878 da CLT, além da liberdade que os juízos e Tribunais do Trabalho possuem no sentido de zelar pelo andamento rápido das causas, disposição esta contida no art. 765 da CLT. Noutro giro verifica-se que quando é proferida uma sentença ou acórdão existe a necessidade da empresa realizar um depósito recursal no intuito de garantir uma parte da condenação, de acordo com disposição do art. 899, §1º, da CLT.

### **3.2 Do trâmite da primeira e segunda instâncias**

Conforme já mencionado, o Direito do Trabalho surgiu com o intuito de igualar a relação empregador-empregado, resguardando o direito do trabalhador em posição hipossuficiente, que sofreu com as imposições de produções em massa que surgiram na época do período capitalista da Revolução Industrial, se submetendo às condições impostas.

A fim de fornecer maior acessibilidade a estes trabalhadores, os princípios que regem este ramo possuem maior simplicidade e visam obter um resultado com maior celeridade possível, haja vista o caráter alimentar que o trabalho se reveste.

Nesse sentido, o princípio da informalidade possui grande relevância no processo do trabalho, sendo possível inclusive, requerer seus direitos trabalhistas através de atermção, prescindindo da postulação por meio de advogado em primeira e segunda instâncias, conforme disposto no art. 791 da CLT e na súmula n. 425 do TST, possibilidade esta conhecida como *jus postulandi*.

Visando a busca da realidade dos fatos sobre as formas, a Justiça do Trabalho utiliza da liberdade dos juízos e dos Tribunais pelo andamento rápido das causas com o escopo de apurar as reais condições de emprego ou trabalho que se estabelecem nessa relação, bem como no sentido de solucionar qualquer celeuma ali estabelecida, estipulando prazos da distribuição da inicial até a prolação da sentença, a começar do art. 841 da CLT que dispõe:

Art. 841 - Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias. (BRASIL, 1943).

As audiências, por previsão celetista, são UNAs, sendo instruídas e julgadas em uma única assentada. Neste aspecto, é de bom tom salientar que apesar da previsão de audiência UNA, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT3), que abrange o estado de Minas Gerais, as condiciona ao rito que a demanda se enquadra, sendo que as ações que envolvem valores acima de 40 (quarenta) salários mínimos são quase sempre fracionadas, nomeadas como audiências iniciais, contrariamente do que ocorre, por exemplo, no TRT da 1ª Região (Rio de Janeiro), que prima pela possibilidade de iniciar e instruir as audiências em uma única assentada, mesmo se estiver sob o rito ordinário.

De toda forma, o procedimento de audiência UNA é observado, de modo geral, nas ações que tramitam pelo rito sumaríssimo, ou seja, as que possuem o valor da causa menor que 40 (quarenta) salários mínimos, e que não necessitam da realização de prova pericial, sendo apresentada defesa e instruída na mesma oportunidade.

As sentenças, em algumas oportunidades são prolatadas logo após a audiência de instrução, mas, via de regra é observado o disposto no art. 189 do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, ou seja, em 10 (dez) dias a contar da audiência de instrução, sendo certo que apesar de ser considerado um prazo impróprio no processo civil, no processo do trabalho referido prazo é observado com maior critério. Frise-se inclusive que as partes saem da audiência com ciência da data de julgamento, dispensando até mesmo a intimação por publicação no diário oficial, em conformidade com o entendimento da súmula n. 197 do TST, *in verbis*:

Súm. 197 TST - PRAZO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003  
O prazo para recurso da parte que, intimada, não comparecer à audiência em prosseguimento para a prolação da sentença conta-se de sua publicação. (BRASIL, 2003).

No que se refere ao período de prolação da sentença é de bom tom chamar atenção para a modificação trazida pelo CPC/2015, que alterou o artigo 189 ao dispor o prazo de 30 (trinta) dias para o mesmo fim. Referido prazo, por se tratar de alteração recente, necessita de ser observado e analisado quanto à sua recepção no

processo do trabalho, visto que pode contrariar o princípio da celeridade no ramo trabalhista.

Ao que se pode verificar pelos julgados recentes, os juízes têm prolatado suas sentenças em prazos inferiores ao de 30 dias, contudo, os mesmos em alguns casos, não estão intimando as partes em audiência da data do julgamento, em conformidade com a súmula n. 197 do TST, informando que serão intimados no prazo legal, o que pode vir a trazer algumas alterações neste aspecto específico.

Realizado o julgamento e prolatada a sentença, a parte sucumbente pode recorrer da decisão com recurso para o Tribunal Regional, no qual após sua distribuição é encaminhado ao relator, que será o responsável pela análise do recurso e encaminhamento para sessão de julgamento da Turma, observando sempre o princípio da celeridade, sendo certo inclusive que nos processos que tramitam pelo rito sumaríssimo, é dispensada, inclusive, a redação de relatórios dos acórdãos, entendimento este do TRT da 3ª Região (Minas Gerais) firmado no art. 118, §1º, de seu Regimento Interno, aprovado pela Resolução Administrativa n. 180/2006.

De toda sorte, o que se observa é que o processo do trabalho em sua primeira e segunda instâncias busca resolver as reclusatórias da forma mais célere possível, seja através de conciliações, seja através do julgamento, o que favorece ao trabalhador, proporcionando uma melhor eficiência na busca de possíveis direitos lesados.

### **3.3 Acordos e convenções coletivas**

Antes de prosseguir no cerne da questão que envolve as jurisprudências trabalhistas é importante ressaltar a validade das negociações coletivas, que, conforme dito anteriormente, é um dos fatores que podem causar alguma divergência nas interpretações e conseqüentemente nas decisões, sendo hipóteses inclusive de matéria para seguimento de recurso de revista para o TST, o qual possui como uma de suas funções a uniformização das jurisprudências.

Os acordos e convenções coletivas estão previstos como direito dos trabalhadores no artigo 7º, inciso XXVI, da CR/88, tendo assegurado o reconhecimento dessas negociações, que possuem natureza de lei material.

Nesse contexto o professor Edilton Meireles esclarece:

Daí se tem que quando as entidades sindicais firmam convenções e acordos coletivos de trabalho elas estão a exercer, em verdade, um poder normativo originário, reconhecido constitucionalmente. Criam normas de eficácia imediata e interrogável, como autênticas normas jurídicas, por outorga (ou reconhecimento) estatal de uma parte de suas funções de ordenação do direito. (MEIRELES, 2014, p. 178.)

Referido direito assegurado na Constituição visa estipular novas condições de trabalho, podendo em algumas ocasiões modificar as disposições previstas na CLT a fim regular o labor de determinadas categorias mais específicas, estabelecendo vantagens e deveres.

A observação que merece atenção diz respeito aos limites dessa negociação coletiva, que por sua vez devem observar os princípios do Direito do Trabalho, principalmente o que se refere ao art. 114, §2º, da CR/88, estando as partes obrigadas, quando da negociação, a respeitar as disposições mínimas de proteção ao trabalho, ou seja, as disposições não podem ser convencionadas de forma a prejudicar o trabalhador no que o mesmo já adquiriu<sup>1</sup>.

E é a partir daí que se instauram algumas controvérsias sobre algumas condições de trabalho estabelecidas em pactuações coletivas, posto que em determinadas situações estas condições de trabalho são questionadas quanto à sua legalidade ou quanto à sua recepção pela CR/88, dentre outros fundamentos. O que gera o surgimento de decisões que divergem entre si, necessitando para tanto de um entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal no intuito de uniformizar estes entendimentos.

### **3.4 Jurisprudência do TST**

Uma das principais funções do Tribunal Superior do Trabalho, assim como de todos os Tribunais Superiores, no que se refere às decisões, é a de uniformização de jurisprudência. Após a decisão em segunda instância as únicas hipóteses de cabimento de recurso de revista estão previstas no art. 896 da CLT, estando dentre elas a interpretação de lei federal, lei estadual, acordo ou convenção coletiva diversa a de outro Tribunal Regional do Trabalho, no pleno ou na turma, das sessões de

---

<sup>1</sup> Sobre referida matéria vide TEODORO, Marília Cecília Máximo. **O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

dissídios individuais do TST ou de jurisprudência uniforme ou de súmula vinculante do STF; ou proferida com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à CR/88.

Nas reclamações que tramitam pelo rito sumaríssimo essas hipóteses são inclusive reduzidas por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal.

A uniformização da jurisprudência na Justiça do Trabalho se faz necessária pela celeridade que esta possui em sua estrutura decisional. A este respeito, vale trazer uma notícia do TST acerca dos números da produtividade na Justiça do Trabalho em 2014 referente ao número de sentenças e acórdãos proferidos, conforme transcrito seguir no trecho da reportagem de Carmen Feijó:

A Justiça do Trabalho concentra 20% dos magistrados e 15% dos servidores do Poder Judiciário brasileiro. Durante o ano passado, cerca de 4 milhões de sentenças e decisões foram proferidas, das quais 81% no 1º grau. Em média, cada magistrado baixou o equivalente a 1.238 processos, o que significa uma média de 103 casos resolvidos por mês, por magistrado. Com isso, o Índice de Produtividade de Magistrados (IPM), que avalia a produtividade do magistrado conforme o número de processos baixados, apresentou alta de 5,3% no último ano e 18,3% no período de 2009 a 2014. (FEIJÓ, 2016).

As sentenças proferidas em primeira instância, em sua grande maioria possuem decisões com maior probabilidade de interpretações divergentes, fato este que possui como reflexo a própria fonte legal do Direito do Trabalho, que é constituída principalmente pela CLT, por acordos e convenções coletivas e pelas jurisprudências que são constituídas em sua maior parte pelas orientações jurisprudências e as súmulas do TST.

Referida pesquisa é interessante, pois demonstra o tempo médio de um julgamento de primeira instância, o que remete ao fato de que se houver uma divergência em determinada matéria, esta pode causar uma instabilidade no direito em questão, sendo portanto, necessária uma uniformização com intuito de diminuir este impacto nas milhões de sentenças prolatadas em um ano.

E neste aspecto é que as hipóteses para a admissão do recurso de revista assumem maior relevância, principalmente no que se refere às jurisprudências divergentes de outros Tribunais (art. 896, a, da CLT), oportunidade em que poderá haver uma análise da matéria pelo TST.

### **3.4.1 Orientações jurisprudenciais**

Conforme mencionado anteriormente, as divergências de interpretações advindas das decisões de primeira e segunda instâncias impõem uma uniformização de entendimentos sobre determinada matéria controversa.

O Regimento Interno do TST em seu artigo 54, inciso III, determina justamente uma das funções da comissão de jurisprudência:

Art. 54. À Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos cabe:  
III - propor edição, revisão ou cancelamento de Súmulas, de Precedentes Normativos e de Orientações Jurisprudenciais. (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, tendo em vista a produtividade da Justiça do Trabalho no que se refere as decisões tanto de primeira instância quanto de segunda, chamando a atenção para as sentenças, que são as que possuem maior dinamismo em sua prolação, imprescindível é a necessidade de uniformizar um entendimento que porventura esteja controvertido nestas decisões, seja nas varas do Trabalho, seja nos Tribunais Regionais do Trabalho.

Isto porque, ao se levar em conta as 4 milhões de sentenças proferidas no ano de 2014, a título estatístico, conforme reportado na pesquisa acima transcrita, e considerando que o rito trabalhista possui como uma de suas características a informalidade e conseqüentemente a maior celeridade processual, as possibilidades de divergências entre referidas decisões em determinadas matérias são inevitáveis, posto que também as matérias trabalhistas são reduzidas e mais específica se comparadas com as matérias dos demais ramos jurídicos.

Portanto, visando uma maior segurança no sentido de uniformizar um entendimento sobre determinado assunto controvertido e com o objetivo de fornecer maior previsibilidade ao destinatário do direito, em conformidade com o art. 926, §§1º e 2º, do CPC/2015, existe um regimento interno dos Tribunais Regionais e Superiores que dispõem sobre a uniformização da jurisprudência.

A orientação jurisprudencial é uma das soluções para esse fim sendo que os arts. 170 e 171 do Regimento Interno do TST dispõem sobre os requisitos que a proposta da orientação jurisprudencial deve possuir para posterior aprovação:

Art. 170. A proposta de orientação jurisprudencial do Órgão Especial deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

- I – três acórdãos do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, reveladores da unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) de seus membros; ou
- II – cinco acórdãos do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) de seus membros.

Art. 171. A proposta de instituição de nova orientação jurisprudencial da Seção Especializada em Dissídios Individuais deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

- I – dez acórdãos da Subseção respectiva reveladores da unanimidade sobre a tese; ou (Redação dada pela Emenda Regimental no 1/2011)
- II – vinte acórdãos da Subseção respectiva prolatados por maioria de dois terços de seus integrantes. (Redação dada pela Emenda Regimental no 1/2011). (BRASIL, 2006).

As OJs possuem uma menor rigidez se comparadas às súmulas e, portanto, podem ser editadas e canceladas com uma maior facilidade, seja para dirimir uma controvérsia seja para rever uma interpretação equivocada. Existem orientações jurisprudenciais do Tribunal Pleno e do Órgão Especial, da Seção de Dissídios Individuais 1 (SDI-1) e Seção de Dissídios Individuais 2 (SDI-2), da Seção de Dissídios Coletivos (SDC) e as Transitórias da Seção de Dissídios Individuais 1 (SDI-1 Transitória).

Referidas Orientações possuem uma característica mais dinâmica, capazes de emitir um entendimento que exige uma maior celeridade e necessitam de uma solução mais rápida ante a controvérsia estabelecida. A situação é tão peculiar que quando se trata de situações que envolvem categorias profissionais específicas, ou por lei que irá mudar ou mudou, ou quando se tem uma lei que irá vigir por pouco tempo, são editadas orientações jurisprudências transitórias, com o fito de fornecer maior segurança a uma determinada divergência interpretativa, principalmente no que se refere a um direito adquirido diante da transitoriedade de uma lei ou de um caso específico.

Em grande parte das situações, as OJs, principalmente as das Seções em Dissídios Individuais 2, regulam matérias processuais que a Justiça do Trabalho não regula de forma literal, sendo determinada a competência das SDI-1 e SDI-2 no art. 71 do Regimento Interno do TST.

### **3.4.2 Súmulas**

As súmulas, por sua vez, possuem uma maior vinculação, tomando por base

o próprio processo para edição, já que o projeto deverá conter os seguintes requisitos previstos no art. 165 do Regimento Interno do TST, *in verbis*:

Art. 165. O projeto de edição de Súmula deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I – três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

II – cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

III – quinze acórdãos de cinco Turmas do Tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou

IV – dois acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples. (BRASIL, 2006).

As OJs podem, inclusive, se converter em súmulas, o que coloca esta última em um patamar acima, merecendo um maior respaldo jurídico e sendo por sua vez menos suscetível de cancelamento. Tal situação fica evidente até mesmo quando do cabimento do recurso de revista nos processos que tramitam sob rito sumaríssimo, que só é admitido quando desafiado contrariedade de súmula uniforme do TST, súmula vinculante do STF e violação direta à CR/88, sendo incabível em contrariedade à OJ, conforme entendimento pacificado pela súmula n. 442 do TST.

Todavia, assim como em qualquer ramo jurídico as súmulas também ficam ultrapassadas ou podem emitir entendimentos equivocados, sendo que no primeiro caso elas podem passar por um processo de cancelamento por substituição de uma nova súmula, como podem ser canceladas por alguma inconstitucionalidade a ser apurada em determinadas situações até pelo STF.

Tal situação fica em maior evidência na Justiça do Trabalho pela celeridade de seus ritos, e diante da própria matéria trabalhista, no qual fica perceptível em um determinado período de tempo o surgimento de novos fundamentos contrários ao entendimento sumulado, gerando com isso dissidências e a conseqüente necessidade de uma nova uniformização.

Um exemplo claro desta situação diz respeito a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, situação que vem tendo uma linha interpretativa diversa da disposta em própria lei trabalhista, no art. 193, §2º, da CLT, que dispõe sobre a opção do trabalhador em escolher o adicional mais benéfico.

Nesse contexto, começa a surgir um entendimento contrário ao disposto no supramencionado artigo, inclusive nas turmas do próprio TST, já que fundamentam

que referido dispositivo não foi recepcionado pela CR/88 que garante o recebimento do adicional de penosidade, insalubridade e periculosidade sem qualquer menção à cumulação, além de outras fundamentações que visam proteger o trabalhador contra os possíveis agentes nocivos à sua saúde e com naturezas diversas.

Referida controvérsia tem tomado proporções nos TRTs do Brasil, sendo certo que muito em breve deverá ser editada alguma súmula que uniformize referido entendimento. Frise-se, aliás, que referida situação pela repercussão que vem causando deverá ser uniformizada por súmula, haja vista sua maior vinculação.

Desta forma, ante essa volatilidade jurisprudencial narrada, cabe aqui o questionamento sobre a possibilidade de se adquirir segurança jurídica nesse ordenamento. Seria confiável um ordenamento que possui como uma das fontes de seu direito as OJs e suas repercussões? Seria confiável um ordenamento que se rege pelo sistema de leis e necessitar de complementações que se alteram através da jurisprudência?

Para responder referidos questionamentos, imprescindível se faz a análise de sistemas jurídicos que se regem através dos precedentes.

## 4 PRECEDENTE NO DIREITO DO TRABALHO

### 4.1 Críticas ao precedente

Uma das principais críticas ao Processo do Trabalho diz respeito justamente a utilização massiva do precedente ou da jurisprudência, sendo estes entendidos na Justiça do Trabalho em sua maior parte pelas súmulas e OJs do TST.

Indiscutivelmente, esta fonte ganha grande destaque neste ramo do Direito, conforme já mencionado anteriormente, em razão da própria estrutura da Justiça do Trabalho a favorecer, haja vista a especificidade da matéria e de seus princípios.

Em decorrência desta situação, as críticas são inevitáveis, sendo uma delas relacionado ao caráter vinculante do precedente, posto que este se igualaria à lei, já que se torna fonte primária e violaria o princípio da reserva legal, vinculando juízes a segui-los. O professor Rosito, em seu livro sobre precedentes responde a várias críticas formuladas sobre o precedente, sendo que quanto a esta primeira crítica o mesmo ressalta:

Inicialmente, não se pode reduzir o direito positivo à lei estrita o que implicaria inclusive a inadmissão dos princípios gerais de direito e os costumes como fontes de direito. Ora, o juiz não está vinculado à lei estrita senão ao Direito, âmbito em que se inserem os precedentes. (ROSITO, 2012, p. 163).

Quanto a este aspecto, inclusive, necessário é ressaltar que na Justiça do Trabalho existe a expressa previsibilidade da jurisprudência como fonte do direito no artigo 8º da CLT:

Art. 8º CLT - 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. (BRASIL, 1943).

O que nos “salta aos olhos” nesse aspecto é o fato de ser impescindível o entendimento jurisprudencial na seara trabalhista, posto que além das novas condições de trabalho reguladas por diversas pactuações coletivas, o que invariavelmente gera interpretações dissidentes, a legislação trabalhista é de 1943,

jamais passando por uma reforma, a não ser por leis complementares, o que, inevitavelmente traz consigo o surgimento de lacunas que necessitam ser sanadas por outras fontes de direito.

Nesse sentido, verifica-se que não existe violação ao princípio da reserva legal, posto que o precedente sempre observa a lei, se enquadrando nesta concepção também as negociações coletivas que criam condições de trabalho, sendo esta também uma fonte primária nesse âmbito trabalhista.

Outra crítica que também merece menção e que também é citada na obra do professor Rosito, diz respeito à mecanização da decisão, ou seja, a vinculação do precedente, além de causar uma estagnação no direito, limita a função interpretativa do juiz.

Na Justiça do Trabalho, aliás, verificam-se duas situações opostas, uma que diz respeito à estagnação do direito em determinadas matérias e outra que diz respeito a mutabilidade do direito em sede de outras matérias mais controversas, sendo tal fato evidenciado pelas divergências que surgem através dos julgados.

No que diz respeito ao enrijecimento do direito, certo é que determinadas matérias trabalhistas necessitam sim de um determinado engessamento, indicando como exemplo, a súmula n. 444 do TST, que dispõe sobre o pagamento do funcionário que labora em feriados independentemente de sua jornada. Referida disposição é clara e simples, não havendo maiores vertentes interpretativas da mesma após a edição de referida súmula, sendo certo que o empregado que trabalha em feriados e não os compensa faz jus ao pagamento deste dia em dobro, independente do regime a que este se submete. Referido enunciado se agrega à norma prevista na CLT, art. 70 e não impõe maiores interpretações, estando referido entendimento pacificado, sendo importante inclusive para a segurança jurídica diante das milhares de reclamatórias nesse sentido.

Noutro giro, no que se refere a mutabilidade de determinados precedentes, fica-se diante de críticas mais consistentes, que possuem como principal fundamentação a segurança jurídica de um sistema volátil, que se altera com uma frequência maior, situação que será detalhada e analisada no momento oportuno.

A outra crítica que se faz quanto à vinculação do precedente no que concerne a própria segurança jurídica no aspecto de que cada situação possui sua singularidade, não podendo ser incluída por um único verbete. Contudo, na Justiça do Trabalho essas singularidades são reduzidas pela própria natureza da matéria

trabalhista que possui maior simplicidade e maior identidade entre os pedidos, impondo com isso uma uniformização no entendimento destas matérias.

Nessa toada, a título exemplificativo voltamos ao exemplo da súmula n. 444 do TST. Qual a singularidade existente em um processo em que o funcionário labora nos feriados? Ora, independente da situação (no caso em tela, a jornada em que o mesmo se submete), seja de 8 horas/dia (jornada legal), seja em uma jornada de 12 ou 24/dia (jornada pactuada por ACT ou CCT), o mesmo deve receber referido labor em dobro, sendo este o entendimento após a edição da referida súmula.

O professor Rosito ainda assevera que pela prática forense fica perceptível que quando se tem uma desvinculação ao precedente maior fica a insegurança em face de determinadas controvérsias. Referida situação é presente na Justiça do Trabalho, em face da celeridade que o rito possui, impondo assim a uniformização de um entendimento sobre uma determinada matéria específica que pode surgir em diversos julgados provenientes de lacunas interpretativas.

## 4.2 Sistema indutivo ou dedutivo

Repassada toda essa particularidade do sistema trabalhista, fica inevitável a comparação da vinculação com um entendimento jurisprudencial e o sistema do *Common Law*, posto que apesar do sistema brasileiro pertencer ao *Civil Law*, o precedente na Justiça do Trabalho possui importância equitativa à própria lei, sendo inclusive previsto na CLT como fonte.

Como seria possível então se ter como fonte de Direito o precedente dentro do Sistema do *Civil Law*, que possui como fonte precípua a lei?

Rosito afirma que no sistema *Civil Law*, o precedente como fonte deve ser entendido como fonte-argumento:

Logo, o que qualifica qualquer material, inclusive os precedentes judiciais como fonte de direito, é sua utilização na atividade judicial como argumento jurídico. De acordo com a graduação apresentada, os precedentes são fontes de direito a que os juízes devem referir-se na fundamentação de suas decisões, as quais são classificadas como fonte parcialmente objetivada tal como o costume. (ROSITO, 2012, p. 90).

A jurisprudência se equipara também ao costume, Kelsen inclusive, valida o costume pressuposto na Norma Fundamental, ao mencionar que esse direito

consuetudinário se torna fator produtor do direito de forma positivada, sendo aplicado posteriormente através de subsunção, que no Direito do Trabalho pode ser substituído pelas negociações coletivas.

Kelsen, inclusive, invoca o código civil suíço para esclarecer sobre o poder que o julgador possui perante uma situação que não esta regulamentada e necessita de utilização dos costumes:

Na hipótese de não ser possível encontrar na lei qualquer prescrição, deve o juiz decidir de acordo com o direito consuetudinário e, na falta deste, segundo a norma que ele, como legislador, teria elaborado. (KELSEN, 2003, p. 275).

Indiscutivelmente, sem a lacuna mencionada no artigo 8º da CLT, a jurisprudência não possui a vinculação que a lei possui, tanto o é que apesar de existir entendimentos predominantes sobre determinadas matérias que já são pacificadas por súmulas, ainda sim existem entendimentos diversos nas instâncias inferiores ao TST e às vezes inclusive entre a minoria de turmas do próprio Tribunal Superior.

Contudo, Rosito menciona que mesmo não possuindo a mesma vinculação que a lei, a inobservância do precedente gera consequências jurídicas, como por exemplo, o controle exercido pelos Tribunais Superiores, que editam referidas súmulas, por meio de negativa de recurso, no caso trabalhista recurso de revista (art. 896, *a*, *b* e *c*, da CLT) ou recurso extraordinário:

No Direito brasileiro, a força vinculante dos precedentes tem sido explícita em matéria constitucional, mas também tem atuado de forma implícita, no âmbito infraconstitucional. Com efeito, a Constituição Federal assegura expressamente força vinculante a certas decisões (CF art. 102, §2º, de acordo com a redação da EC 45/04) e a determinadas súmulas (CF, art. 103-A). Por outro lado, a força vinculante também se faz presente de forma implícita, como por exemplo, ao autorizar negativa de seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante (CPC, art. 557 e Lei 8.038/90, art. 38). (ROSITO, 2012, p. 127).

Nesse sentido do ponto de vista da segurança jurídica, o que seria adequado? Um sistema com órgãos legislativos previstos da Constituição Federal, considerando uma centralização de competência de criação de normas por um órgão legislativo e que teria menos flexibilidade ou um sistema que não centraliza este Poder Legislativo e que viabiliza a flexibilidade?

O sistema jurídico do Brasil, *Civil Law*, é um direito que centraliza a criação de norma por um órgão legislativo e conseqüentemente, a princípio, possui menor flexibilidade, contudo, a questão que fica no que se refere a legislação trabalhista é: Como uma Lei criada a mais de 50 anos pode fornecer uma segurança jurídica diante de tanta evolução entre as relações de trabalho e emprego no Brasil?

Nesse aspecto, Kelsen parece fornecer uma possível solução, asseverando que tanto a teoria da *Common Law* quanto a da *Civil Law* são unilaterais, uma vez que aquela prega que só existem normas individuais enquanto esta prega pela existência só de normas gerais. E assim o autor pugna por um meio termo destas:

Os tribunais criam Direito, a saber - em regra- Direito Individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor do direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo do processo de criação jurídica. (KELSEN, 2003, p. 283).

Diante de referidos esclarecimentos fica inevitável a conclusão de que mesmo em um sistema dedutivo, *Civil Law*, o aproveitamento de um sistema indutivo acaba por se tornar imprescindível para a tentativa de alcançar um direito fundamentado em uma argumentação ampla.

### **4.3 Da aplicação do precedente**

A preocupação maior na aplicação do precedente diz respeito a interpretação feita em face ao caso concreto, ou seja, enquadrar o precedente em situações equiparáveis. Como dito anteriormente, na Justiça do Trabalho referida interpretação em determinadas matérias é relativamente simples, diante da especificidade e restrição da mesma, bastando assim uma simples subsunção.

O problema maior vem à tona quando se tem uma matéria que ainda não foi uniformizada e que possui grande dissidência. Nessa situação, qual seria a melhor interpretação a ser feita? Fundamentado em qual entendimento jurisprudencial deve-se tomar a decisão?

As diversas searas do direito apresentam referidas dissidências, não sendo diferente no âmbito trabalhista, que por suas características as apresenta de forma mais rápida e, por sua vez, mais perceptível, seja pela mutação da sociedade que

reflete no Direito, como, por exemplo, as condições de trabalho criadas por negociações coletivas, seja por perda de eficácia do entendimento anterior na atualidade.

Partindo desta dinâmica social que reflete no Direito como ciência social através dessa mutabilidade, cabem aos juristas atribuírem ao caso concreto a melhor interpretação ante a nova realidade posta e de forma argumentativa.

E nesse aspecto o *Common Law* apresenta algumas técnicas que servem de grande valia quando se trata de superação dos precedentes, como mencionado alhures. O professor Rosito pontua que essa mutabilidade gera um conflito entre a segurança jurídica e o desenvolvimento do Direito:

O que se deve evitar é a ocorrência de contrastes sincrônicos, isto é, orientações divergentes que coexistem no tempo, porque estas são contraproducentes. Significa que o objetivo a ser alcançado é a “segurança no movimento” ou “estabilidade com mudança”, para que o Direito seja estável, mas não permaneça imóvel. (ROSITO, 2012, p. 286).

Três são as técnicas de divergência no uso do precedente, sendo elas: *distinguishing*, *modifying* e *overruling*.

O *distinguish* (diferenciação) se trata da técnica utilizada para justificar a não aplicação do precedente quando o caso concreto é diverso. O professor Rosito expõe que a utilização desta técnica deve observar o confronto entre o caso e o precedente, utilizando este somente quando houver relação com a *ratio decidendi*.

O *modifying* (modificação) é uma técnica que visa a alteração da *ratio decidendi*, estabelecida pelo precedente, sendo subdividida em duas técnicas, *narrowing* (restrição) e *extending* (extensão).

Rosito, contudo, chama a atenção para o fato de que referida técnica não é muito reconhecida pela doutrina, pois entende que esta seria consequência do *distinguishing* ou do *overruling*.

Por fim, temos o *overruling*, revogação, que é a técnica que exclui o precedente, negando com isso a *ratio decidendi*, deve-se levar em consideração que referida revogação trata da matéria de direito, contrariamente à distinção que trata de matéria de fato. Rosito, nesse sentido, cita quatro hipóteses em que ocorre essa modificação ou revogação na jurisprudência:

[...] a) inovação legislativa (direito objetivo), seja por modificação, seja por revogação, implícita ou explicitamente; b) a inovação tecnológica ou mudança do estado da técnica em todas as fases da vida - métodos de produção, métodos bélicos, métodos políticos-administrativos etc.; c) mudanças de valores sociais e culturais; e d) o equívoco interpretativo desde o seu início (*"the case being wrongly decided"*). Fala-se também em mudança de condições históricas, sociais econômicas e políticas que influem na decisão do caso sucessivo, assim como a inviabilidade (*"unworkability"*) do precedente. (ROSITO, 2012, p. 309).

Não obstante referidas considerações, é de bom tom salientar que a utilização do precedente dentro dos sistemas jurídico brasileiro não observa estritamente referidas técnicas, seja pelo fato de não existir uma argumentação coletiva nas decisões dos Tribunais Superiores, seja pela força apenas persuasiva que referidas súmulas possuem.

Nesse contexto, vale a pena citar Bustamante (2006) que assevera que o precedente vinculante no Brasil possui um sentido forte quando se trata de casos de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que as demais como, por exemplo, súmulas de Cortes Superiores, jurisprudências reiteradas ou precedentes emitidos por Justiças Especializadas possuem um sentido fraco.



## 5 SEGURANÇA JURÍDICA

Passadas tais considerações é imprescindível realizar uma análise da (in) segurança jurídica do ordenamento jurídico trabalhista com foco nessa estrutura decisional que envolve a jurisprudência.

O que se busca efetivamente é a resposta para o questionamento sobre a estrutura decisional da Justiça do Trabalho diante das miríades de decisões proferidas muitas vezes contraditórias ou divergentes e em um curto espaço de tempo, bem como da mutabilidade que estas possuem ao longo de um período. Será possível ter confiabilidade em um âmbito em que as decisões se alteram em um curto espaço de tempo? Será possível ter inteligibilidade ante as várias súmulas existentes que dispõem sobre as diversas e específicas condições laborais? Será possível ter calculabilidade tomando por base a CLT, as OJs e as súmulas? Qual norma é válida? Ao longo deste ensaio, será possível aferir todas estas questões à luz de todos os princípios norteadores do Direito do Trabalho, tanto material quanto processual.

### 5.1 Conceito

Para a compreensão do conceito de segurança jurídica, é preciso entender o que seria o estado de insegurança jurídica. O professor Humberto Ávila realiza importantes considerações sobre este assunto.

O mesmo critica a parte da doutrina que se limita a utilizar definições imprecisas para atribuir à segurança jurídica a capacidade de prever os resultados atribuíveis pelo Direito à própria conduta, sem qualquer singularização do entendimento de “capacidade”, “prever”, “resultados” e “Direito” (ÁVILA, 2014, p. 72). Segundo o autor o elevado nível de abstração da teoria apenas agrava o quadro, posto que ao invés de se definir a segurança jurídica, cria-se divergências sobre o conceito, provocando com isso insegurança. Nesse sentido a questão da abstração acaba por agravar o quadro de previsibilidade do ordenamento jurídico.

Noutro giro, no plano jurisprudencial e legislativo, o professor Ávila pontifica que o desenvolvimento de novas teorias que englobam a edição de regras pelo Poder Legislativo e a obrigação do Estado de editar regras aptas a garantir a

eficácia mínima em um Estado Social complica ainda mais o cenário da insegurança jurídica (ÁVILA, 2014, p. 73).

O que o autor quer dizer nesse sentido é que com a complexidade e o elevado número de normas existentes no ordenamento jurídico acaba-se por dificultar a compreensão do próprio destinatário da norma, no caso o cidadão. De acordo com o mesmo:

[...] quanto mais detalhadas forem as regras, menos compreensíveis elas serão; quanto mais o Estado assumir normas; e quanto maior a sua quantidade, menos inteligível será o ordenamento jurídico; quanto mais regras particulares existirem, igualmente menos acessíveis elas se tornarão. É o Direito, e a teoria a seu respeito criando insegurança jurídica. (ÁVILA, 2014, p. 73).

Nesse sentido, o destinatário do direito encontra-se com alguns problemas que são enumerados pelo referido professor. Em um primeiro momento, aponta Ávila, verifica-se que não existe inteligibilidade do ordenamento, posto que o cidadão não sabe qual a regra válida e se a conhece não sabe o que ela proíbe ou permite. Com isso o Direito deixa de orientar, posto que por um complexo de normas em excesso não permite a compreensão de seus conteúdos (ÁVILA, 2014, p. 74).

Por outro lado, em decorrência deste mencionado cenário, ocorre a perda da confiabilidade no ordenamento jurídico, não se sabe se esta norma que era válida, continuará válida e quando o sabe, não consegue definir se é aplicável a sua situação, de modo que as regras e decisões encontram-se em um contexto de inconstância.

Por fim inexistente calculabilidade no ordenamento jurídico, em outras palavras o direito não é previsível nem calculável, o destinatário não possui conhecimento de qual norma será válida (ÁVILA, 2014, p. 74).

E assim, o mesmo pondera:

Pode-se, dentro de todo esse contexto, afirmar que não apenas o futuro, mas também o passado termina provocando insegurança. O cidadão, pela ausência de inteligibilidade do ordenamento jurídico, não sabe o que é válido hoje (insegurança com relação ao Direito Presente); ele, pela falta de previsibilidade do ordenamento jurídico, igualmente não será válido ou vinculante amanhã (insegurança ao direito futuro); e ele, pela carência de estabilidade do ordenamento jurídico, paradoxalmente também não sabe se o que foi válido ontem continuará valendo hoje (insegurança ao direito pretérito). (ÁVILA, 2014, p. 76).

Com isso, Ávila estabelece uma relação entre a segurança jurídica e a liberdade, segundo o mesmo, quanto maior a segurança, maior o grau de liberdade, isto é, maior a capacidade de o indivíduo planejar seu futuro conforme seus ideais. Contudo, com a autonomia de cada indivíduo adquirida pela liberdade, mais difícil fica de prever o que cada um irá fazer (ÁVILA, 2014, p. 75)

E assim o mesmo expõe o paradoxo entre segurança e insegurança, “posto que segurança significa mais liberdade; mais liberdade permite a existência e a proteção de um maior número de interesses por meio da norma jurídica, o que por sua vez contribui para o aumento da complexidade do ordenamento.” (ÁVILA, 2014, p. 78).

Ao contrário do que o senso comum e parte da doutrina acredita, segurança jurídica não tem a ver com imutabilidade, até mesmo porque referida situação dentro do direito, que é mutável, geraria a falta da efetividade. Especificamente no Direito do Trabalho, e é o que se pretende demonstrar, são aspectos progressivos que irão possibilitar a segurança jurídica, tomando por base principalmente os princípios que norteiam esse ramo jurídico.

O que se deve observar, a princípio, é que a segurança jurídica deve ser analisada como um todo para se ter calculabilidade, confiabilidade e cognoscibilidade. Contudo, há de se observar que se há determinação da norma, mas houver aplicação arbitrária da mesma, esta estrutura também ficará comprometida em qualquer ordenamento jurídico.

E este aspecto também deve ser observado, posto que assim como todos os ramos jurídicos, o Direito do Trabalho pode gerar insegurança jurídica devido a decisões arbitrárias, conforme também será devidamente demonstrado.

### **5.1.2 Significação da segurança jurídica**

O professor Ávila analisa a estrutura da segurança jurídica sob quatro perspectivas, quais sejam, elemento definitório; fato; como valor e norma-princípio.

No que se refere a segurança jurídica como elemento definitório, o autor menciona que muitos autores defendem ela como um elemento intrínseco do Direito:

Radbruch afirma que a segurança jurídica, ao lado da justiça e da conformidade a fins, são os elementos que compõem o núcleo do Direito e sem os quais ele não se concretiza. Bobbio sustenta ser a segurança

jurídica não apenas uma exigência decorrente da coexistência ordenada do homem, mas também um “elemento intrínseco do Direito”, destinado a afastar o arbítrio e garantir a igualdade, não se podendo sequer imaginar um ordenamento jurídico sem que subsista uma garantia mínima de segurança. (ÁVILA, 2014, p. 120).

Nesse aspecto, verifica-se que a segurança jurídica possui uma definição mais doutrinária e não sobre uma norma em si (ÁVILA, 2014, p. 121).

O outro aspecto mencionado diz respeito a segurança jurídica como fato, no qual o mesmo define como possibilidade de constatação, uma perspectiva das consequências jurídicas de fatos ou comportamentos (ÁVILA, 2014, p. 122).

No que se refere à segurança como valor, o autor analisa este viés como um estado desejável, algo a ser alcançado como o ideal.

Por fim o aspecto da segurança como norma-princípio, que de um modo geral diz respeito a uma norma jurídica que dispõe sobre condutas. Nesse sentido é asseverado que este aspecto não possui a intenção de possibilidade de alguém prever consequências, pelo contrário busca a disposição de normas a fim de garantir a previsibilidade, o que seria uma concepção juspositiva (ÁVILA, 2014, p. 123-124).

Tais considerações, menciona Ávila, são de suma importância para que não haja confusão entre estes aspectos, uma vez que possuem significações diversificadas:

[...] segurança jurídica como fato é a capacidade de prever uma situação de fato; segurança jurídica como valor é a manifestação de aprovação ou desaprovação a respeito da segurança jurídica; a segurança jurídica como norma é a prescrição para adoção de comportamentos destinados a assegurar a realização de uma situação de fato de maior ou menor difusão e a extensão da capacidade de prever as consequências jurídicas dos comportamentos. (ÁVILA, 2014, p. 124).

Ávila assevera que a segurança jurídica como princípio deve ser diferenciada das regras, estas são aquelas que dispõem proibições e obrigações, enquanto como princípio existe o estabelecimento daquilo que é ideal, que por sua vez propulsiona comportamentos que contribuem para a promoção da própria segurança (ÁVILA, 2014, p. 127).

Ou seja, como se pretende analisar a segurança jurídica? Ao se analisar de forma genérica poderia incorrer em erro ao definir um conceito de segurança sob uma perspectiva e existir outro conceito completamente diverso sob outra perspectiva. Um exemplo disso seria a análise de segurança como imutabilidade sob

uma perspectiva de segurança como progressão a fim de acompanhar o ordenamento jurídico.

Esta questão da imutabilidade ou progressão é de grande valia para o presente trabalho, uma vez que será através desta concepção que poderá estabelecer como é possível adquirir segurança jurídica como norma princípio no cenário jurisprudencial trabalhista que possui elevada modulação de decisões, haja vista seu caráter célere e informal.

Nesse contexto importante será trazer uma perspectiva do sentido da palavra segurança, que Ávila menciona em relação ao fim, que se refere à dinâmica intertemporal. Referido professor realiza comparações quanto a esta perspectiva com vista para o passado e para o futuro.

Levando em conta a segurança em relação ao passado existe o remetimento à estabilidade do direito, marcado por um Direito imutável o que traz consigo a questão da confiabilidade, o que vincula o Direito do futuro ao Direito do passado (ÁVILA, 2014, p. 138).

Esta concepção, por certo, já está ultrapassada, uma vez que é inevitável a mudança no direito em busca da eficácia, sendo defendido por Ávila que o objetivo é a segurança do movimento, e para tanto analisa a segurança com vista para o futuro.

Por este ponto de vista, necessário é estabelecer a relação entre previsibilidade e calculabilidade, esta como sendo a possibilidade de se conhecer “hoje o Direito de amanhã, antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado.” (ÁVILA, 2014, p. 139).

Noutro giro, analisando o significado da palavra “jurídico” no sentido de Direito, também é possível a constatação deste paradoxo estático e dinâmico, posto que ao se considerar o Direito como objeto se estaria diante de um sentido dual de certeza e incerteza sem a necessidade de processos interpretativos e argumentativo, uma vez que o Direito estaria simplesmente posto (ÁVILA, 2014, p. 151).

Contudo, sob uma análise do Direito como prática, é possível abrir um leque de concepções sobre o conteúdo normativo e assim Ávila expõe:

A esse conceito não-classificatório de segurança jurídica corresponde uma concepção argumentativa de interpretação, baseada no processo por meio do qual se chega a um resultado, no sentido que cabe ao intérprete,

mediante atividade dinâmica e intermediária, centrada não apenas em aspectos semânticos, mas também em estruturas argumentativas, reconstruir um conteúdo normativo a partir de núcleos semânticos gerais mínimos. (ÁVILA, 2014, p. 151).

Levando em consideração esta concepção percebe-se que a segurança jurídica não exige o prévio conhecimento de todo conteúdo, passando a ser um processo de reconstrução e de aplicação de sentidos normativos (ÁVILA, 2014, p. 152).

Com isso, importante é estabelecer o aspecto objetivo da segurança jurídica, na realidade temos que verificar o que se pretende alcançar com a segurança jurídica. Além de a segurança jurídica estar relacionada com uma situação normativa e a atos humanos, a mesma também deve ser observada sobre fatos, que são aqueles que independem da atuação do homem.

Ávila assevera que dentro deste contexto deve ser considerada a “capacidade de conhecer e antecipar consequências jurídicas atribuíveis pelos órgãos aplicadores do Direito.” (ÁVILA, 2014, p. 159).

Como compreender o objeto da segurança jurídica que irá possibilitar ao cidadão o pleno conhecimento de variações que a norma pode apresentar, esta concepção é denominada pelo professor Ávila com a “concepção alternativa do objeto”. De acordo com o mesmo a partir deste aspecto a questão da determinação e previsibilidade são substituídas por determinabilidade e calculabilidade e assim o mesmo conceitua segurança jurídica:

Segurança Jurídica, por conseguinte, é a garantia de que o cidadão possa conhecer e calcular as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a atos ou fatos, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas. (ÁVILA, 2014, p. 164).

Nesse sentido tomando por base o tripé mencionado anteriormente, confiabilidade, inteligibilidade e calculabilidade, busca-se a segurança jurídica, compreendida por este aspecto alternativo, em contraposição com a arbitrariedade, que pode fazer com que esta segurança desapareça.

Percebe-se, então, que não são os sentidos alternativos da norma que causam insegurança, já que se estes sentidos estiverem determinados no intuito de fazer o cidadão conhecê-los e calculá-los com capacidade de controle, a segurança poderá ser alcançada.

Esta concepção, portanto, é a que será objeto de análise, posto que o direito trata de situações argumentativas no qual os sentidos que uma norma pode apresentar serão analisados através de processos hermenêuticos e argumentativos a fim de reconstruir o real sentido da norma em um determinado contexto.

## **5.2 Segurança jurídica nos julgados trabalhistas**

É possível a partir de então transpor o conceito de segurança jurídica para a esfera decisional da Justiça do Trabalho, já que pelo volume de decisões proferidas e pela celeridade do rito, o sentido das normas com o decurso do tempo pode se tornar ineficiente, de modo que é necessária a edição de orientações jurisprudências e súmulas do TST para sanar as contradições presentes em julgados decorrentes de interpretações, muitas vezes, arbitrárias ou retrógradas.

Com isso, importante então será a análise do aspecto temporal da Segurança Jurídica.

O professor Humberto Ávila pontifica que para efeito de aplicação do Direito quanto à segurança deste, imprescindível é a análise da temporalidade de forma unitária (ÁVILA, 2014, p. 177), passado, presente e futuro. A singularização de um estado temporal para efeito de decisão pode implicar na insegurança jurídica conforme expõe:

[...] se apenas o presente é focado, perdem-se a coerência narrativa do Direito e a própria justificação no tempo das decisões; se exclusivamente o passado é privilegiado, corre-se o risco da imobilidade, assim como se pode incentivar o descumprimento do Direito, desprezando o presente e o passado do qual o futuro é beneficiário. (ÁVILA, 2014, p. 180).

Como já mencionado, na esfera trabalhista, as novas condições de trabalho trazidas até mesmo por fatores sociais, podem ser estabelecidas por negociações coletivas, posto que a CLT não dispôs, o que pode gerar dissidências no momento de decisão quanto ao direito dessas novas condições estabelecidas.

A segurança jurídica está diretamente ligada ao momento em que a calculabilidade deve ser constatada, já que possui estrita relação com a capacidade do cidadão antecipar o momento em que será definida a consequência jurídica de seu ato (ÁVILA, 2014, p. 180).

Nesse sentido, verificamos que o Direito do Trabalho assume este aspecto da segurança jurídica, uma vez que ao contrário do que se afirma, conforme salienta o professor Ávila, “a calculabilidade ideal é aquela existente em um sistema jurídico em que previsão e definição das consequências ocorrem quase instantaneamente.” (ÁVILA, 2014, p. 180-181).

Com isso, apesar do Direito do Trabalho aparentemente apresentar uma instabilidade quanto as decisões, já que é contestado pela quantidade de edição de orientações jurisprudenciais e súmulas, paradoxalmente possibilita a capacidade de previsibilidade do cidadão quanto as consequências jurídicas dos seus atos, já que permite justamente a previsão e a definição de forma muito mais rápida que os outros ramos jurídicos.

A partir de então podemos definir a segurança jurídica no Direito do Trabalho como gradual já que abrange “um espectro entre os extremos de insegurança total e segurança total, por isso mesmo cabendo falar em ‘nenhuma’, ‘pouca’ ou ‘muita’ segurança do ponto de vista fático.” (ÁVILA, 2014, p. 184).

### **5.2.1 As dimensões da segurança jurídica**

O professor Ávila expõe que uma das melhores maneiras de análise da Segurança Jurídica se dá através de duas dimensões, quais sejam, estática e dinâmica. De acordo com o mesmo, a dimensão estática seria aquela relacionada com a cognoscibilidade do direito, sendo que neste aspecto o Direito deve ser compreensível e efetivo. Noutro giro, a dimensão dinâmica tem relação com o tempo e as modulações que este implica, devendo o direito ser para esta dimensão, confiável e calculável.

Sintetizando as exposições do professor, tem-se que existe uma relação de pressuposição da cognoscibilidade com a confiabilidade e a calculabilidade, uma vez que sem o conhecimento do Direito, não seria possível “assegurar, no presente, o Direito Passado ou controlar, no presente, o Direito futuro.” (ÁVILA, 2014, p. 307).

Na realidade a dimensão estática estaria no contexto das normas postas com pleno conhecimento e com o mínimo de divergência quanto a sua interpretação, a título de exemplo vejamos o art. 3º da CLT, *in verbis*, “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.” (BRASIL, 1943).

Nesta situação, para se ter uma relação de emprego e ser considerado empregado é necessário o preenchimento/conhecimento destes requisitos, sem os quais passaria a se ter uma simples relação de trabalho, que seria por exemplo um prestador de serviço ou um empregado autônomo.

Por outro lado, a dimensão dinâmica, transpondo para um contexto normativo trabalhista, seria aquela dentro do contexto de orientações jurisprudências e súmulas, que objetivam uniformizar entendimentos diversos de tribunais inferiores a fim de conceder justamente a confiabilidade e calculabilidade mencionados anteriormente.

Aqui é importante trazer à tona que ao contrário do que se sustenta pela maioria dos juristas quanto à insegurança jurídica na Justiça do Trabalho, esta não tem relação com a estrutura decisional e modificativa que as Súmulas dos Tribunais Superiores impõem. Na realidade o que causa a insegurança jurídica, e aqui se ganha mais destaque pelo princípio da informalidade característico no processo do trabalho, é a arbitrariedade na aplicação do Direito sem a apresentação de uma argumentação bem fundamentada.

A estrutura desenvolvida pela Justiça do Trabalho com o intuito de uniformização de jurisprudência através das súmulas e OJs ganha grande relevância no âmbito da segurança jurídica dentro da concepção da dimensão dinâmica levando em consideração o Tempo, como expõe Ávila:

O tempo no Direito, insista-se, não é o tempo psíquico-objetivo (são oito horas, a viagem dura três horas), nem o tempo subjetivo (um beijo de um minuto na amada dura uma hora, sentar-se um minuto na brasa dura uma eternidade) mas, ao contrário disso, o tempo social-histórico, estabelecido por meio de sentidos atribuídos ao tempo e à sua duração. (ÁVILA, 2014, p. 180).

Referidas dimensões, serão mais adiante analisadas com maior profundidade.

#### *5.2.1.1 Dimensão estática*

Conforme mencionado, a dimensão estática, nas palavras do professor Ávila, “diz respeito aos requisitos estruturais que o Direito deve reunir para servir de instrumento de orientação.” (ÁVILA, 2014, p. 313).

Referido professor assevera que a palavra estática não pode ser entendida como imóvel ou estagnado, devendo possuir a conotação estrutural, posto que o seu conhecimento demanda um movimento na acessibilidade e compreensão das normas, o que remete a uma transição do texto a norma.

A título de exemplo quanto a esta cognoscibilidade, tem-se a possibilidade de alcançá-la através da abrangência normativa, seja pela codificação, no caso específico trabalhista a própria Constituição da República de 1988, que reúne as normas gerais que possibilitam o conhecimento de regulamentação de conduta de forma geral, seja pelas normas específicas, tendo como exemplos de suma importância, a Consolidação das Leis do Trabalho, que regulamenta as relações de emprego e trabalho e as Convenções Coletivas e Acordos Coletivos, pactuados entre sindicatos das categorias dos empregadores e dos empregados no caso das CCTs, e entre sindicatos dos empregados diretamente com a empresa, no caso dos ACTs, que vão regulamentar as especificidades de determinadas categorias.

Nesse ínterim, o professor Ávila menciona que estas normas gerais possuem objetivos complicados, quais sejam, de uniformidade e diversidade. A uniformidade, no caso em apreço, é trazida, em um primeiro momento pela CLT, ao estabelecer normas gerais para as diversas relações de trabalho e emprego. Por outro lado, a diversidade é manifestada pelas pactuações coletivas, que estabelecem também com base na CLT, condições de trabalho, contudo, de forma mais específica e voltada para determinada categoria.

Contudo, a questão de uniformidade e diversidade acabam sendo conflitantes, posto que quando não for possível estabelecer uma correlação entre a CLT e as negociações coletivas estaríamos ante uma situação controvertida. A título de exemplo podemos citar novamente a situação do labor em feriados.

O artigo 70 da CLT veda o labor em feriados e domingos, sendo referido dispositivo complementado pelo o art. 9º da Lei n. 605/49, que por sua vez estabelece o pagamento em dobro quando houver labor nestes dias, levando em consideração o empregado que trabalha na jornada legal de 8 horas/dia ou 44/semana (BRASIL, 1943). Sendo assim temos a regulamentação da norma geral que uniformizou a respectiva conduta: vedação de labor em feriado, sob pena de pagamento em dobro.

Não obstante, com a necessidade de regulamentação de novas condições de emprego advindas de categorias específicas, como por exemplo a área da saúde,

surgiu então a necessidade de regulamentação de jornadas de plantão, como 12X36, 12X60, dentre outras, nas quais possuem como principal característica o labor durante meio dia ou um dia e a folga em mais de um dia na semana, sendo estabelecido um rodízio entre os dias da semana que coincidisse com seu plantão.

Nesse sentido, como seria aplicada a norma geral que veda o labor em feriados para os funcionários que laboram em jornada de plantão, quando o seu labor cair em feriado, haja vista que caso sua jornada coincida com referidos dias o mesmo folga mais vezes na semana, diversamente do funcionário que trabalha de segunda a sexta 8 horas/dia?

Ora, se por coincidência e por característica de sua jornada o mesmo trabalha em um feriado tem-se que invariavelmente terá uma folga compensatória logo após este labor, ao contrário do funcionário que trabalha todos os dias e que caso seja compelido a trabalhar no feriado terá que irremediavelmente trabalhar no outro dia.

Não seria então adequado, haja vista a compensação natural da jornada de plantão, não pagar em dobro o labor coincidente em feriado? Se fizer isto, se estaria então caminhando em direção oposta a norma geral? Como solucionar essa celeuma?

Referido cenário faz com que surjam decisões divergentes, sendo certo que na Justiça do Trabalho, pela celeridade que esta possui, esta situação, principalmente em julgados de primeira instância, acaba por se avolumar, até que se estabeleça uma uniformização de entendimento sobre a matéria.

A respeito, Ávila menciona que deve haver transparência tanto com as normas de primeiro grau bem como com as normas que regulam os conflitos entre elas, confirmando sua validade, e assim menciona que “para efeito de saber a norma aplicável, contam, portanto, os critérios da força normativa (legal ou judicial com eficácia geral) e da especialidade (regra específica ou decisão individual relativa ao destinatário).” (ÁVILA, 2014, p. 313).

Por fim o mesmo menciona sobre as decisões que possuem finalidades orientadoras, que se tratam das decisões de tribunais superiores, tendo função de dirimir, além do conflito, orientar os órgãos judiciais em suas divergências, situação que, ante as miríades de decisões conflitantes, resolveria o conflito suscitado sobre os feriados.

O TST, com o intuito de uniformização jurisprudencial, editou a súmula n. 444:

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT [Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho] divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas. (BRASIL, 2012b).

Referida súmula acabou por incorporar o texto da norma uniforme prevista na CLT, na qual o labor em feriados deveria ser remunerado de forma dobrada, o que faz com que a segurança jurídica seja observada em seus critérios de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

Por fim, outra forma de cognoscibilidade com relevância para a dimensão estática é a intelectual, que possui a união entre elementos semânticos e argumentativos, como bem expõe Ávila ao colocar a segurança jurídica como uma “espécie de controlabilidade semântico-argumentativa” através dos métodos de legitimação, determinação, argumentação e fundamentação.

No que se refere à legitimação, Ávila pondera que as hipóteses normativas devem ser controladas por meio da proporcionalidade e razoabilidade, não podendo se utilizar de determinações uniformes de forma generalizada, haja vista situações singulares e complexas que podem surgir, como a título de exemplo os feriados.

Em relação a determinação, referido professor observa que os conceitos que já foram objetos de argumentação e que possuem já “enraizados” certo grau de determinabilidade, no caso seja pela CR/88, seja pela própria CLT, devem ser observados com o intuito de não se “desvirtuar” de um posicionamento já uniformizado ou consolidado, exemplificando temos o art. 3º da CLT, que determina os requisitos para se configurar uma relação de emprego.

A argumentação, principalmente no âmbito trabalhista, deve ser observada do plano fático, uma vez que dependem de “valorizações orientadas pelo ordenamento jurídico” (ÁVILA, 2014). Voltando ao exemplo, percebe-se que apesar de haver determinação quanto os requisitos do art. 3º da CLT, observa-se que se analisado sob uma perspectiva fática, pode existir certo grau de incerteza neste conceito de relação de emprego.

Nesse sentido, existem situações em que as pessoas são forçadas a constituírem empresas para prestarem serviço fora dos padrões do art. 3º da CLT,

como se autônomos fossem, todavia, os fatos dessa relação de trabalho são revestidos de todas as características de uma relação de emprego, como anotação de carteira de trabalho, recolhimento de FGTS e previdenciários e demais obrigações provenientes.

Por fim, a fundamentação, posto que sem ela, podemos cair no contrário da segurança que é a arbitrariedade, como assevera Ávila.

Em suma, em vez de uma noção de segurança jurídica baseada exclusivamente num método discursivo de determinação conceitual das premissas normativas, propõe-se uma concepção de segurança jurídica fundada em um método metadiscursivo e aplicativo de controlabilidade semântico-argumentativa, por meio de controles de legitimação, de determinação, de argumentação e de fundamentação não apenas das premissas, mas também dos métodos e dos resultados normativos. Assim, no lugar de uma concepção atomista, propõe-se uma espécie de noção holística de segurança jurídica, baseada no equilíbrio entre vários elementos. (ÁVILA, 2014, p. 313).

Com estes quatro elementos, analisados de forma holística, é possível refutar as críticas feitas às orientações jurisprudenciais e súmulas do TST, no que diz respeito à segurança jurídica, principalmente se observado um procedimento argumentativo, conforme será demonstrado mais a frente.

#### *5.2.1.2 Dimensão dinâmica*

Ávila expõe que a dimensão dinâmica está relacionada com a ação no tempo e a sua transição no direito. E nesse contexto o mesmo se utiliza dos termos confiabilidade e calculabilidade, que possuem direta ligação com esta dimensão.

Referido professor relaciona a confiabilidade com o que foi adquirido no passado e se transfere para o presente, seria a segurança do Direito conquistado com eficácia no presente. Já quanto à calculabilidade, esta se relaciona com a necessidade de mudança para o futuro, de alguma forma quanto a um Direito que vem perdendo sua eficácia no presente.

Transpondo referidas relações para o cenário trabalhista, verifica-se que a confiabilidade é adquirida quando se consolida um entendimento jurisprudencial, através de OJs de tribunais regionais ou de tribunais superiores e até mesmo de súmulas dos tribunais superiores. Já quanto à calculabilidade, esta começa a ser

necessária quando se verificam divergências sobre o mesmo assunto em julgados tanto da primeira instância quanto da segunda instância.

E nesse sentido, Ávila cita Ost:

[...] a confiabilidade seria a “memória” do Direito, atenuada pelo “perdão”, ao passo que a calculabilidade seria a sua “promessa”, flexibilizada pela “adaptação”: contra o esquecimento, instaura-se a tradição; confrontando-se com a incerteza do futuro, institui-se a promessa. (Ávila apud Ost, 2014, p. 355).

A confiabilidade, em seu aspecto objetivo, seria a estabilidade do ordenamento jurídico em virtude de liberdades em geral, sem a observação de sua efetividade individual, enquanto o aspecto subjetivo visa o exercício da liberdade de alguém. A grande questão aqui gira em torno da credibilidade do ordenamento passado, que se modifica com base no aspecto subjetivo, e o reflexo que este gera na frustração da confiança dos destinatários ante o Direito modificado.

A Justiça do Trabalho possui uma característica muito similar aos sistemas que adotam o *Common Law*, isto porque os precedentes jurisprudenciais possuem grande relevância na sua estrutura decisional, a diferença maior diz respeito a vinculação que o precedente possui no sistema *Common Law*, conforme já mencionado anteriormente, o que não ocorre na esfera trabalhista, visto que existem algumas decisões dissidentes de uniformizações jurisprudenciais do próprio TST, seja por orientações jurisprudenciais, seja por súmulas, sem que sejam observados rigorosamente os “mecanismos” para modificação do precedente.

Tal situação gera críticas diversas ao Direito do Trabalho em razão da insegurança jurídica que essas alterações podem acarretar, posto que a confiabilidade e a calculabilidade se perdem nessas modulações jurisprudenciais.

Para tal confirmação basta fazer uma simples compulsão às orientações jurisprudenciais do TST para se perceber a volatilidade existente entre elas, posto que também como já mencionado, existem inclusive OJs Transitórias.

A título de exemplo, cita-se a OJ n. 351, da SDI-1, do TST, editada em 2007 e cancelada em 2009:

351. MULTA. ART. 477, § 8º, DA CLT. VERBAS RESCISÓRIAS RECONHECIDAS EM JUÍZO (cancelada) - Res. 163/2009, DEJT divulgado em 23, 24 e 25.11.2009 Incabível a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, quando houver fundada

controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa. (BRASIL, 2007).

Ora, como seria possível ter cognoscibilidade e confiabilidade em uma orientação que durou pouco mais de dois anos? Como se poderia ter calculabilidade se ela nem mesmo se fixou no presente? Sem sombra de dúvida referidas modulações levantam questionamentos sobre a segurança ou insegurança que tais precedentes podem gerar.

Antes de procurar uma resposta para tais questionamentos posta pelo precedente alterado, é de bom tom analisar a retroatividade da jurisprudência para que se possa afirmar quando haverão os três requisitos da segurança jurídica, em conformidade com Ávila.

De acordo com Ávila, a “mudança jurisprudencial não opera retroativamente quando o comportamento do indivíduo não dependeu da solução jurisprudencial existente na época dos fatos.” (ÁVILA, 2014, p. 495).

Isso significa dizer que, voltando ao exemplo da OJ n. 351, da SDI-1, do TST, se em 2010, após o cancelamento da OJ, um litigante invocar a aplicação da multa dando a interpretação da referida orientação e o outro litigante der interpretação diversa invocando seu cancelamento, nenhuma das partes poderá alegar desconhecimento da norma, posto que os mesmos puderam se antecipar quanto aos dois resultados, quais sejam, tanto da aplicação da multa quanto da não aplicação.

Sendo certo também que se, mesmo com a edição da OJ e no período de sua “vigência”, continuarem as divergências entre os Tribunais Regionais, não se poderia alegar desconhecimento, razão pela qual se faz necessário inclusive o cancelamento da referida orientação, como ocorreu com a OJ supramencionada, a fim de uniformizar entendimentos.

Ainda sim, cabe insurgir sobre esse entendimento, uma vez que não há como se ter calculabilidade se existem dois entendimentos sobre a mesma matéria. Na perspectiva da empresa, baseado em qual dispositivo irei me antecipar para não ser punido? Ou então, da perspectiva do empregado, qual o direito lesado? Tenho direitos?

O Direito do Trabalho inegavelmente se reveste de um caráter dinâmico, sendo possível se obter um volumoso número de decisões, e conseqüentemente um melhor estudo sobre a matéria que pode estar controvertida, fazendo com que, por

exemplo, uma orientação jurisprudencial seja cancelada em um curto espaço de dois anos ou então confirmada e convertida em súmula, o que viabiliza a uniformização de uma controvérsia.

Sobre tal ótica, interessante é trazer a análise do professor Ávila:

Em casos como esse se pode afirmar que os graus de vinculatividade e de pretensão de permanência em dado momento (T1) eram altos, mas em outro momento posterior (T2) passaram a ser frágeis. Com essa constatação se quer apenas demonstrar que a base da confiança não pode ser analisada apenas na perspectiva estática, mas também na dinâmica, em atenção ao momento do exercício da confiança, não em qualquer momento. (ÁVILA, 2014, p. 503).

A brevidade em que as sentenças são proferidas na Justiça do Trabalho, permite observar em determinadas matérias a divergência de entendimento entre os juízes e entre as turmas dos Tribunais Regionais.

Nesse sentido, as orientações jurisprudenciais são necessárias, posto que apesar de não possuírem a mesma vinculação que as Súmulas, estas possuem o caráter orientador que determina em certo período o que o TST entende sobre a matéria, o que possibilita justamente a calculabilidade, já que estamos diante de situações controvertidas que necessitam de um entendimento majoritário apto a sanar referida divergência naquele determinado momento.

Como afirmado anteriormente, as OJs não possuem a mesma vinculação que as súmulas, aquelas podem inclusive serem convertidas nestas, caso referido dispositivo se torne uniforme, contudo, estas também podem ser canceladas com maior facilidade, o que permite o reconhecimento rápido de um entendimento talvez equivocado, objetivando com isso, uma resposta pelas diversas controvérsias advindas das sentenças e acórdãos proferidos em “larga escala” e com interpretações em determinados casos conflitantes.

Com isso, apesar da volatilidade das orientações jurisprudenciais, estas possuem uma relevância ante o princípio da segurança jurídica, visto que se confirmadas se convertem em súmulas e que se refutadas podem ser canceladas. As OJs auxiliam na celeridade das uniformizações jurisprudenciais provenientes das diversas decisões proferidas tanto em primeiro quanto em segundo grau. E são importantes justamente no tempo em que as controvérsias se estabelecem, seja para sua confirmação, seja para sua refutação.

Nas palavras de Ávila, a calculabilidade exige extensão e profundidade:

Existe um alto grau de calculabilidade das consequências normativas futuras quando o indivíduo está em condições de verificar um número reduzido de consequências compreensíveis dentro de um período razoável, assim aquele que permite uma tomada de decisão relativamente a efetuar um planejamento estratégico juridicamente orientado da ação. (ÁVILA, 2014, p. 604).

O que é bom deixar claro é que a cognoscibilidade está presente nesse aspecto, posto que se tem conhecimento dos dois entendimentos que uma determinada conduta pode gerar, sendo que a confiabilidade e a calculabilidade será alcançada a partir do momento de sua confirmação ou refutação, situação que esta estrutura decisional trabalhista formada por OJs e súmulas é plenamente compatível.

Com isso, é possível se ter os elementos da segurança jurídica nesse ordenamento, já que apesar das alterações provocadas pelas OJs, o que em um primeiro momento pode gerar dúvidas, fica evidente a pretensão de uniformização daquele determinado entendimento.

Nesse sentido, quando uma OJ é confirmada e consegue uma uniformidade, a mesma pode se converter em súmula, que por sua vez possuem maior vinculação e menor probabilidade de cancelamento, o que leva a uma maior confiabilidade quanto ao entendimento de determinada matéria, aumentando com isso a segurança jurídica.

Não obstante referidas ponderações, não se pode determinar que quando uma OJ é convertida em súmula do TST esta goza de imutabilidade e está determinado o referido entendimento. Em algumas situações, até mesmo as Súmulas podem ser passíveis de superação ou questionamentos.

Sem sombra de dúvida a estrutura de hierarquização do Poder Judiciário com a existência de um órgão superior competente para julgar determinadas matérias em última instância, possui grande relevância para situações em que o entendimento uniformizado começa a perder eficácia a partir do momento que passa a surgir interpretações dissidentes do entendimento “consolidado”.

O Supremo Tribunal Federal julga em recurso extraordinário violações a normas constitucionais, enquanto o Tribunal Superior do Trabalho julga em recurso de revista as matérias previstas no art. 896, *a*, *b* e *c*, da CLT:

Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014).

b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a; (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998). (BRASIL, 1943).

Na Justiça do Trabalho existe um exemplo que bem define a alternativa do Poder Judiciário em “pacificar” determinado entendimento de uma súmula do TST que causou grande repercussão no meio trabalhista. Referida discussão cingiu-se em torno da base de cálculo do adicional de insalubridade que, em conformidade com o art. 192 da CLT, deveria ser calculada sobre o salário mínimo.

O TST reeditou a súmula n. 228, com base na súmula vinculante n. 4 do STF, que vedava a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou empregado (BRASIL, 2008a).

A súmula n. 228 do TST estabelecia a utilização do salário do trabalhador para base de cálculo do adicional de insalubridade, em analogia ao que ocorre com o adicional de periculosidade, que no caso, é calculado pelo salário base do empregado.

Contudo, referida decisão causou uma grande controvérsia no ordenamento, posto que todos os estabelecimentos que empregavam funcionários sujeitos a contato com agentes insalubres não possuíam certeza em relação a qual base de cálculo deveria ser utilizada. Gerando, assim, uma situação de extrema insegurança.

Ante a referida situação instaurada, a solução foi se fundar na ação de reclamação, prevista na Constituição da República de 1988, e que estabelece ao STF a preservação de sua competência e, principalmente, a garantia de suas decisões.

Tal remédio pretende que o Supremo Tribunal Federal imponha a sua competência, nitidamente usurpada pelo Tribunal Superior do Trabalho, com a nova

redação da súmula n. 228, ao desautorizar a aplicação do verbete vinculante da Corte Constitucional.

Nesse sentido, foi o que se propôs a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ao ajuizar a Reclamação n. 6266 perante o STF, por contrariedade à súmula n. 228 do TST, que estabeleceu alterações no cálculo do adicional de insalubridade.

Em julgamento proferido pelo STF relativo à referida ação ajuizada pela CNI, decidiu, liminarmente, em suspender a aplicação da súmula n. 228 do TST.

A decisão vale especificamente para a mudança relativa ao uso do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.

Ao analisar o pedido da CNI, o presidente do Supremo entendeu que "a nova redação estabelecida para a Súmula 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa" (BRASIL, 2008b). Assim, suspendeu a parte do dispositivo que permite a utilização do salário básico no cálculo do adicional.

O mesmo entendimento foi aplicado nos pedidos da Unimed (reclamação n. 6275) e da CNS (reclamação n. 6277). Em seguida, o ministro determinou que os processos fossem juntados e julgados simultaneamente, "tendo em vista a identidade de objeto e causa de pedir" (BRASIL, 2008b).

Nesse sentido, vide teor da liminar concedida pelo STF:

MED. CAUT. EM RECLAMAÇÃO 6.266-0 DISTRITO FEDERAL  
 RECLAMANTE(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI  
 ADVOGADO(A/S) : ELISABETH HÔMSI E OUTRO(A/S) RECLAMADO(A/S)  
 : TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (SÚMULA Nº 228) DECISÃO:  
 Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, em face da decisão proferida pelo Plenário do Tribunal Superior do Trabalho(TST) que editou a Resolução nº 148/2008 e deu nova redação ao verbete nº 228 da Súmula daquele Tribunal (Súmula nº 228/TST), nos seguintes termos: “ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.” Em síntese, a título de plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*), o reclamante sustenta que a nova redação da Súmula nº 228/TST conflita com a Súmula Vinculante nº 4 desta Corte, ao fixar o salário básico como base de cálculo do adicional de insalubridade.No que tange à urgência da pretensão cautelar (*periculum in mora*), o reclamante alerta para a “gravíssima insegurança jurídica”, além de “reflexos danosos e irreparáveis para os empregadores representados pela CNI” e “a proliferação incontinenti de ações, já passíveis de ajuizamento desde a publicação da Resolução do Tribunal Superior do Trabalho nº 148/2008, que dá nova redação à Súmula nº 228” (fl. 08).Passo a decidir.Rcl 6.266-MC / DFO art. 7º da Lei nº 11.417,

de 19 de dezembro de 2006, dispõe que “da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”. À primeira vista, a pretensão do reclamante afigura-se plausível no sentido de que a decisão reclamada teria afrontado a Súmula Vinculante nº 4 desta Corte: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.” Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante nº 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo nº 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva. Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante nº 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade. Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula nº 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa. Rcl 6.266-MC / DF *Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula nº 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade. Comunique-se, com urgência, e, no mesmo ofício, solicitem se informações.* Após, abra-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República (RI/STF, art. 160). Publique-se. Brasília, 15 de julho de 2008. Ministro GILMAR MENDES Presidente (art. 13, VIII, RI/STF). (Rcl n. 6266, relator Min. Gilmar Mendes, data de publicação: 15.07.2008). (BRASIL, 2008b, grifos do autor).

Referida situação fez com que fosse “estabilizada” a controvérsia até que fosse editada lei que superasse tal inconstitucionalidade ou então através de pactuação coletiva, que estabelecesse um piso para determinada categoria, a fim de que este fosse utilizado para base de cálculo do adicional de insalubridade.

Não obstante, mencionada estrutura proporcionar uma espécie de solução que almeje a obtenção de uma segurança jurídica, importante questionar qual a argumentação está sendo utilizada para as decisões dos Tribunais Superiores e se estas foram devidamente ponderadas e analisadas em conjunto, no sentido de que fossem justificadas como o melhor entendimento.

Talvez essa análise auxilie numa compreensão de qual seria a melhor forma de ver o direito, com o escopo que a ele é ínsito.

## **6 UMA QUESTÃO DE ARGUMENTAÇÃO**

Existe entre os juristas contemporâneos no Brasil muitas discussões e estudos sobre a argumentação que o direito necessita ter no momento em que é preciso interpretá-lo, seja para os advogados que estabelecem suas teses em peças iniciais ou defensivas, seja para o julgador no momento de proferir uma decisão.

Nesse ínterim, aparecem autores internacionais como Alexy, Dworkin, Hart, dentre outros que abordam referido tema, havendo com isso uma tentativa de aplicação ao direito brasileiro das ponderações descritas por referidos autores em suas respectivas obras.

Contudo, antes de abordar os entendimentos dos supramencionados autores em uma tentativa de solucionar uma racionalidade nas decisões do nosso sistema, é importante analisar a argumentação em nosso sistema decisional, verificar se de fato existe uma racionalidade nas decisões, para então se ter a oportunidade de compreender a necessidade da argumentação propriamente dita.

### **6.1 Como decidem as cortes no Brasil**

José Rodrigo Rodriguez, em seu livro “Como Decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)”, traça um panorama interessante quanto a argumentação nas decisões das cortes brasileiras.

Referido autor começa mencionando que o Brasil possui um direito que “se legitima simbolicamente em função de uma argumentação não sistemática, fundada na autoridade dos juízes e dos tribunais, mais preocupada com o resultado do julgamento do que com a reconstrução argumentativa.” (RODRIGUEZ, 2013, p. 8).

O que o mesmo quer expor é que os julgadores possuem diversas formas de argumentar, que passam por convicções próprias e vivenciadas, o que coloca o direito brasileiro diante de um nível de racionalidade baixo, sem justificativas convincentes a respeito do por que se decidiu daquela maneira, posto que visa o resultado e não como se chegou nele.

Rodriguez chega a mencionar que apesar de muito estudados no Brasil autores como Alexy, Dworkin, Habermas, dentre outros, não geram reflexos em nossas jurisprudências, haja vista a característica que estas possuem na forma de

decisão, visto que se pode ter uma decisão unânime com diversas argumentações e, por via de consequência, sem uma relação argumentativa entre si.

A começar pelos advogados, Rodriguez faz críticas ao método de confecção das petições, nas quais são colacionadas o maior número possível de decisões favoráveis ao cliente, ou de conceitos formulados por diversos autores conceituados a fim de convencer o julgador por maioria de entendimentos ao invés de expor um argumento convincente:

Uma argumentação jurídica que apele para argumentos racionais, ou seja, que possa ser referida como “justificação”, não pode seguir este padrão; Ela tem o dever de apresentar a si mesma como a melhor solução para o caso à luz do direito posto. Qualquer argumentação judicial racional terá sempre um aspecto instrumental - deve ser bem sucedida em convencer seu interlocutor - e um aspecto não-instrumental - qual seja, a pretensão de demonstrar que ela é a melhor solução para o caso à luz do direito posto. (RODRIGUEZ, 2013, p. 60).

Nesse contexto, a argumentação do advogado deve visar a melhor justificativa para a solução do caso, se utilizando, como menciona Rodriguez, de um raciocínio sistêmico, ou seja, visando reconstruir sistematicamente a norma jurídica vindicada.

A utilização de conceitos doutrinários deve visar essa reconstrução sistêmica, e não um argumento de autoridade, como afirma o autor (RODRIGUEZ, 2013). O mesmo aponta que um argumento de autoridade é completamente distante do almejado, posto que este visa tão somente o convencimento do destinatário e que independente do argumento efetivamente utilizado, o que importa é o resultado.

O principal ponto para Rodriguez no que se refere à compreensão do que se passa no Brasil diz respeito a este argumento de autoridade, que tem como objetivo “apresentar razões pelas quais formou sua opinião pessoal sobre o que deverá ser a melhor solução para o caso.” (RODRIGUEZ, 2013, p.60).

Essa crítica se estende para os juízes em suas decisões, que ao se utilizarem de uma autoridade (legislação, doutrinadores, julgados) para justificarem de forma agregada sua decisão, como nas decisões coletivas, que mesmo se unâimes, não apresentam argumentações, mas tão somente suas ementas, sendo certo inclusive que podem haver argumentações diversas e sem justificativa levando à mesma solução, o que remete à irracionalidade das cortes.

Em outras palavras, ao invés de efetivamente haver uma ponderação sobre os argumentos e a conclusão em uma decisão coletiva, o resultado é alcançado pela agregação de opiniões, como destaca Rodriguez.

Rodriguez defende a argumentação sistemática, aquela que reconstrói uma racionalidade voltada para a norma jurídica. Uma das soluções fornecidas por ele seria justamente a existência de um voto vencedor em sede de decisões no âmbito de tribunais, com a demonstração das argumentações, fazendo com que esta decisão seja efetivamente coletiva.

O mencionado autor também é a favor de outros mecanismos institucionais, como a participação de cidadãos em processos decisórios, o que geraria um maior número de argumentos a serem analisados.

Remete, assim, a um pensamento sobre um modelo de racionalidade judicial adequado a realidade brasileira.

Nesse contexto, implantando uma argumentação sistemática no Direito do Trabalho pode ser possível alcançar uma segurança nas decisões. Pode parecer controverso suscitar uma questão de argumentação à luz de Alexy, Dworkin dentre outros, na Justiça do Trabalho em que muitas vezes em suas decisões o que é relevante como forma de decisão são as jurisprudências, no caso específico desta Especializada, as OJs e súmulas do TST.

Contudo, apesar dessa impressão de mutabilidade das decisões, como já mencionado no tópico de segurança jurídica, é necessário salientar que a argumentação ganha grande relevância neste cenário. Dworkin, quando estabelece seu raciocínio sobre a argumentação, este o faz no sistema de *Common Law*, focado principalmente nos “casos difíceis”, que seriam aqueles que poderiam alterar um precedente frente à textura aberta do direito, que por sua vez é bem definida por Hart.

Alexy quando assevera sobre o conceito e a validade do direito, estabelecendo seus argumentos de princípios, este o faz através da dupla natureza do direito.

No âmbito trabalhista, como também já mencionado, as “texturas abertas” se apresentam com maior frequência, sendo necessárias interpretações alicerçadas em argumentações sistemáticas para que se chegue a uma uniformização de referido entendimento, e é justamente aí que se entra na crítica que Rodriguez realiza.

Afinal, será realmente que existem estas argumentações convincentes em uma decisão dos Tribunais Regionais e do próprio TST? Será que não é esta argumentação convincente que falta para garantir uma segurança jurídica nessa uniformização formada pelas OJs e súmulas? Trabalhando com esta questão de argumentação sistemática levantada por Rodriguez, vale a tentativa de adequação desta questão com o escopo de rechaçar as críticas sobre a segurança jurídica no Direito do Trabalho.

Para tanto, antes de se aprofundar em hipóteses de argumentações adequadas, necessário passar pelo o que seria a textura aberta existente na Justiça do Trabalho, bem como suas consequências, diante das diversas normas existentes nesse âmbito.

## **6.2 Lacunas interpretativas**

Dentro do contexto já estabelecido anteriormente, fica evidente a necessidade de uma argumentação, diante das lacunas que a legislação trabalhista criada em 1943 invariavelmente deixa no contexto atual, bem como pelos conflitos que surgem através das novas condições de trabalho estabelecidas principalmente pelas negociações coletivas de determinadas categorias, assim como as alterações sociais daí advindas.

A necessidade de uma uniformização frequente pelos tribunais superiores na Justiça do Trabalho é uma tentativa de solução do que Hart denomina como textura aberta do direito, tendo em vista que por suas características (informalidade, celeridade e validade de negociações coletivas que regulam novas condições de trabalho) e por sua própria legislação, que é muito antiga, divergências interpretativas acabam surgindo em um menor espaço de tempo, o que faz gerar a sensação de insegurança diante de ordenamento que parece estar em constante mutação.

Hart menciona que as regras gerais, sendo estas as comunicações através da linguagem geral dotadas de autoridade (legislação), muitas vezes geram incertezas quanto ao comportamento exigido por elas em um determinado caso particular, causando com isso uma contradição entre a legislação e um precedente, determinando assim o que seria a textura aberta do direito:

De fato, todos os sistemas, de formas diferentes, chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais: a necessidade de certas regras que pode, sobre grandes zonas de conduta, ser aplicadas com segurança por indivíduos privados a eles próprios, sem uma orientação oficial nova ou sem ponderar as questões sociais, e a necessidade de deixar em aberto, para resolução ulterior através de uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto. (HART, 1994, p. 143).

E por isso mesmo, referido autor acaba por realizar uma crítica a um modelo de regras que resolveria antecipadamente todos os problemas, posto que pela própria condição humana não o seria possível, já que estamos sempre sob a influência de duas desvantagens, sendo a primeira referente à nossa ignorância de fato; e a segunda de nossa relativa indeterminação de finalidade. (HART, 1994, 141).

Na Justiça do Trabalho dentre vários exemplos, existe um que clarifica essa textura aberta trazida pela legislação criada em 1943 e que até o presente momento causa grandes incertezas quanto sua aplicação quando pretendida nos dias atuais.

O art. 384 da CLT dispõe que “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.” (BRASIL, 1943).

Referido dispositivo regulamenta a jornada de trabalho extraordinária do sexo feminino, que possuía o objetivo, quando de sua criação, de proteger as mulheres das jornadas desgastantes a que eram submetidas em um contexto de exploração do trabalhador.

Contudo, o questionamento que fica é o de que, mesmo após aproximadamente 73 anos de sua edição referido dispositivo ainda é necessário? Mesmo dentro de um contexto de igualdade entre os sexos e de criação de diversas outras condições de trabalho advindas de novas categorias que foram criadas ao longo deste interregno?

A textura aberta se apresenta no presente caso ante a este questionamento levantado por juristas como Alice Monterio de Barros, que argumenta:

Considerando que é um dever do estudioso do direito contribuir para o desenvolvimento de uma normativa que esteja em harmonia com a realidade social, propomos a revogação expressa do artigo 376 da CLT, por traduzir um obstáculo legal que impede o acesso igualitário da mulher no mercado de trabalho. Em consequência, deverá também ser revogado o artigo 384 da CLT, que prevê descanso especial para a mulher, na hipótese

de prorrogação de jornada. Ambos os dispositivos conflitam com os artigos 5.º, I, e artigo 7.º, XXX, da Constituição Federal. (BARROS, 1995, p. 479).

E no mesmo sentido Sergio Pinto Martins sustenta que:

O preceito em comentário conflita com o inciso I do artigo 5.º da Constituição, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Não há tal descanso para o homem. Quanto à mulher, tal preceito mostra-se discriminatório, pois o empregador pode preferir a contratação de homens, em vez de mulheres, para o caso de prorrogação do horário normal, pois não precisará conceder o intervalo de 15 minutos para prorrogar a jornada de trabalho da mulher. (MARTINS, 2001, p. 307-308).

Dessa forma, jurisprudências se utilizam de argumentações análogas às supramencionadas para refutar referido dispositivo, sendo necessário para tanto uma uniformização jurisprudencial a fim de sanar referida celeuma no TST.

Em um incidente de uniformização, o entendimento do TST assim como, por exemplo, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que inclusive editou súmula, foi contrário ao considerar a recepção pela CR/88 de referido dispositivo, conforme redação da súmula n. 39 do TRT3:

TRABALHO DA MULHER. INTERVALO DE 15 MINUTOS. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CR/88 COMO DIREITO FUNDAMENTAL À HIGIENE, SAÚDE E SEGURANÇA. DESCUMPRIMENTO. HORA EXTRA. O art. 384 da CLT, cuja destinatária é exclusivamente a mulher, foi recepcionado pela CR/88 como autêntico direito fundamental à higiene, saúde e segurança, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal, pelo que, descartada a hipótese de cometimento de mera penalidade administrativa, seu descumprimento total ou parcial pelo empregador gera o direito ao pagamento de 15 minutos extras diários. (BRASIL, 2015).

Contudo, é de bom tom salientar que referida matéria ainda não foi pacificada, estando ainda *sub judice* no STF, a ser decidida através do recurso extraordinário n. 658312, no qual será definida a recepção ou não de tal dispositivo.

Referida situação leva a um questionamento de como deve ser a decisão proferida pelos Tribunais Superiores, sobre qual é o direito a ser seguido quando do surgimento de uma textura aberta.

### **6.2.1 Poder discricionário**

Hart ao mencionar sobre a decisão judicial ante a uma textura aberta se utiliza do exemplo de um marcador de um jogo, salientando que por mais que possa existir

uma certa liberdade em que o marcador tenha, o mesmo possui uma diretriz a ser seguida no intuito de realizar a pontuação correta e incorreta, podendo ser questionada de forma oficial ou não por um jogador (HART, 1994, p.158).

E assim, traz a questão de que o marcador não é infalível, embora possa ser definitivo, assim como no direito.

O autor pondera que:

A textura aberta do direito, deixa aos tribunais um poder de criação de direito muito mais amplo e importante do que o deixado aos marcadores, cujas decisões não são usadas como precedentes criadores de direito. Seja o que for que os tribunais decidam quer sobre questões que caem dentro daquela parte da regra que parece simples a todos, quer sobre questões que ficam na sua fronteira sujeita a discussão, mantém-se até que seja alterado por legislação. (HART, 1994, p. 158).

O que o autor menciona é que existe um poder discricionário que os tribunais se utilizam para decidir ou “criar” um direito, estando este poder limitado a padrões a serem seguidos quando da decisão.

Kelsen, quando discorre sobre a interpretação, se aprofunda mais sobre o poder discricionário necessário quando da existência de uma textura aberta, que o mesmo atribui às significações verbais que uma norma pode possuir, seja ela correspondente à vontade do legislador, seja ela contrária, de forma que as duas possam se contradizer e até mesmo se anularem.

O mesmo assevera que quando da interpretação de uma lei, esta não deve conduzir a uma única solução correta:

[...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - tem igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicado do Direito - no ato do tribuna, especialmente. (KELSEN, 2003, p. 390-391).

Nesse contexto, é realizado por Kelsen uma comparação na tarefa do legislador e do julgador, pelo qual considera que o legislador possui, sob o aspecto material, uma vinculação mais reduzida do que a do julgador, que por sua vez, sendo criador do direito, possui nesta função maior liberdade para tanto, o que remete ao poder discricionário no momento da criação deste direito. Referida interpretação é denominada por Kelsen de interpretação autêntica.

Contudo, apesar de ser necessário esse poder discricionário ante a uma situação de textura aberta do direito, é de bom tom estabelecer limites nessa criação do direito e nesse poder, situação esta que pode ser controlada através de argumentações que servirão de embasamento para a construção de um direito que objetive a correção de uma possível incerteza na decisão e para que não gere arbitrariedades dentro dos limites de determinado ordenamento.

### **6.3 Uma análise sob a perspectiva de princípios**

Dworkin estabelece uma reflexão em torno de que a decisão ou o debate de juízes e juristas envolvem, não somente as regras elencadas pelo positivismo, mas também através do que ele denomina de princípios. Para o autor, as regras são perfeitamente válidas para situações simples, sendo que a utilização de princípios nortearia os chamados casos difíceis (*hard cases*).

Nesse contexto, referido autor manifesta que sua intenção diz respeito à conceituação do direito, que o mesmo classifica como “conceito de padrões que estipulam os direitos e deveres que um governo tem de (*has a duty to*) reconhecer e fazer cumprir (*enforce*), ao menos em princípio, através de instituições conhecidas como os tribunais e a polícia.” (DWORKIN, 2002, p. 75).

Ou seja, o autor analisa que o positivismo toma parte de um conceito de direito como se fosse sua totalidade. E nesse contexto parece existir uma complementação entre o que se chamam de positivismo e não-positivismo, enquanto uma ponderação sobre a normatividade (em conformidade com Kelsen) ou regramento (em conformidade com Hart) de um sistema jurídico, a teoria de Dworkin analisa as formas interpretativas das decisões com base na normatividade ou regramento posto, incluindo novos elementos através dos casos difíceis (*hard cases*).

De acordo com referido pensamento, exposto por Dworkin, “não podem existir direitos e deveres de qualquer tipo, a não ser em virtude de uma prática social uniforme que reconhece tais direitos e deveres.” (DWORKIN, 2002, p. 76).

Dworkin pretende realizar uma análise deste pensamento fazendo referência ao dever dos juízes de aplicarem certos padrões como pertencentes ao direito, argumentando posteriormente sobre a rejeição de referida tese, e assim, estabelece uma racionalidade formada por argumentos no momento da decisão.

### 6.3.1 Regras sociais

Dworkin começa seu raciocínio analisando o próprio comportamento e o alheio. A situação de que um indivíduo deve (*ought*) ou não deve (*ought not*) fazer algo, ou as ocasiões em que alguém tem a obrigação (*has an obligation to*) ou um dever (*has a duty to*) de fazer algo, ou que não tem o direito (*no right*) de fazê-lo. E dessa forma, o mesmo esclarece:

Juízos de dever são em geral mais fortes do que aqueles que simplesmente nos recomendam o que fazer (*what one ought to do*). Podemos exigir obediência a uma obrigação ou a um dever e, algumas vezes, propor uma sanção por falta de obediência, mas nem as exigências, nem as sanções são apropriadas quando se trata apenas de uma questão de que devemos (*ought*), de maneira geral, fazer. (DWORKIN, 2002, p. 77).

Tal situação, afirma o autor, se trata de uma questão de filosofia moral. A ponderação gira em torno do sentido de que o direito não aconselha os juízes sobre as decisões que devem tomar, no entanto, determina que eles têm o dever de reconhecer e fazer vigorar certos padrões. Para Dworkin, o poder discricionário estaria implícito quando um juiz não teria o dever de decidir de um modo ou de outro, podendo dizer que ele deve fazer.

Contudo, o autor elucida que existirá, pelo menos em alguns casos, situações em que o juiz terá o dever de decidir de maneira específica e em conformidade com o que o direito exige. E a partir de então o mesmo passa à busca não apenas das razões pelas quais os juízes deveriam proceder, mas também para os fundamentos da existência desse dever, aprofundando portanto nas questões de filosofia moral.

Em análise ao posicionamento de Hart, Dworkin resume que referidos deveres surgem e existem quando há a presença de regras sociais que estabelecem tais deveres. Quando os membros de uma determinada comunidade comportam de uma maneira uniforme as condições para a prática de referidas regras estão satisfeitas. Consequentemente esse comportamento constitui uma regra social e impõe com isso, um dever.

Para tanto, Dworkin fornece o exemplo de uma comunidade que possui a prática de que os homens devem tirar o chapéu ao entrarem na igreja, e que a não observação dessa prática traz certa repulsa ao “infrator”.

Nesse sentido, é feita uma análise desta situação sob dois pontos de vista, uma de uma socióloga que afirma a existência de uma regra social, e o outro do igrejeiro que ratifica a regra normativa.

Para Dworkin, quando o juiz analisa uma situação como a exemplificada, o mesmo parte do ponto de vista da regra normativa, e para ele este é o equívoco de Hart, uma vez que o mesmo não distingue os regramentos, quais sejam, regra social e regra normativa, ponderando apenas sobre uma regra e sua aceitação.

Dworkin afirma que a diferença entre a regra social e a regra normativa se constitui então:

[...] em uma diferença relativa ao tipo de regra afirmada por cada uma das declarações. É antes uma diferença na atitude diante da regra social afirmada pela declaração. Quando um juiz invoca a regra segundo a qual tudo o que o Legislativo promulga é considerado como fazendo parte do direito, esse está assumindo um ponto de vista interno diante de uma regra social [...]. Ele assina a sua disposição de considerar a prática social como uma justificativa para sua conformidade com a regra. (DWORKIN, 2002, p. 82).

Dworkin se propõe, a partir daí, a criticar a teoria, que o mesmo denomina da regra social, analisando sua versão forte e fraca. Na sua versão forte,

[...] toda vez que alguém afirma a existência de um dever, ele deve ser entendido como pressupondo a existência de uma regra social e a aceitação da prática social que tal regra descreve da versão fraca apenas as vezes ocorre o caso em que alguém, que afirma a existência de um dever, deva ser entendido como pressupondo a existência de uma regra social que estipula tal dever. (DWORKIN, 2002, p. 83).

Com isso, é verificado que se a versão forte estiver correta “os juízes que falam de um dever fundamental de tratar os ditames do Legislativo como direito devem, por exemplo, pressupor a existência de uma regra social nesse sentido” (DWORKIN, 2002, p. 83). Contudo, se a versão fraca for a correta, Dworkin verifica a possibilidade da inexistência de uma regra social e a necessidade de uma argumentação adicional para a demonstração do fato.

E o exemplo que o mesmo fornece para a última versão da regra social é a do vegetariano, que possui uma concepção de que matar animais é moralmente errado, assim como qualquer forma de vida e que apesar desta concepção, esta não é uma regra social já que são poucos os que reconheçam referida regra ou dever.

O autor tenta demonstrar que o vegetariano pretende defender a ideia de um “dever moral de respeitar a vida como uma razão para que a sociedade tenha uma regra social nesse sentido.” (DWORKIN, 2002, p. 84). E que a versão forte não permite referida identificação do que estaria implícito nesse contexto.

Não obstante, Dworkin afirma que a teoria também não é plausível nem mesmo em sua forma atenuada, haja vista que, de acordo com o mesmo, ela não consegue diferenciar dois tipos de moralidades sociais, uma que seria a moralidade concorrente e a moralidade convencional. A moralidade concorrente e convencional seria:

[...] quando seus membros estão de acordo quanto a afirmar a existência da mesma - ou quase mesma- regra normativa, mas não consideram o fato desse acordo como parte essencial das razões que os levam a afirmar a existência dessa regra. Uma comunidade exibe uma moralidade convencional quando leva em conta o fato do acordo. (DWORKIN, 2002, p. 85).

Basicamente Dworkin distingue estas moralidades como aquela que é reconhecida como dever através de uma regra/prática social (moralidade concorrente) e aquela que apesar de existir o dever não é considerada como prática social (moralidade convencional).

Com isso, a conclusão inevitável a que chega Dworkin é de que a regra social fracassa uma vez que considera que a prática social deve possuir o mesmo conteúdo que a regra que os indivíduos sustentam em seu nome. “Com isso, se supusermos simplesmente que uma prática pode justificar uma regra, então a regra assim justificada, pode ou não ter o mesmo conteúdo que a prática.” (DWORKIN, 2002, p. 92).

Conclui-se que o autor não concorda que alguma regra social estabeleça o limite do dever judicial, ao contrário, o mesmo crê na possibilidade de que um dever judicial seja um caso de moralidade convencional.

### **6.3.2 A necessidade de um poder discricionário dos juízes**

Dworkin classifica as três maneiras diferente de utilização do conceito de dever:

Em primeiro lugar, dizemos que um homem tem poder discricionário se seu dever for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes [...].

Em segundo lugar, dizemos que um homem possui poder discricionário se sua decisão for definitiva, no sentido de que nenhuma autoridade superior poderá rever ou descartar essa decisão [...].

Em terceiro lugar, dizemos que um homem tem poder discricionário quando algum conjunto de padrões que lhe impõe deveres não visa, na verdade, impor um dever de tomar uma decisão específica [...]. (DWORKIN, 2002, p. 108-109).

Com isso, analisa o autor que quando o juiz se depara com uma decisão difícil ele deve supor que existem três possibilidades. O conjunto de padrões que ele deve considerar, tomados coletivamente, requer que a decisão seja favorável ao demandante ou ao acusado ou não permite nenhuma dessas decisões mas permite qualquer uma delas.

Dworkin tende a concordar que o direito poderia conceder ao juiz um poder discricionário no terceiro sentido para chegar a qualquer decisão, porém a ocorrência dessa situação dependerá do significado que tenham as informações jurídicas. O mesmo sustenta que o poder discricionário no terceiro sentido seria uma proposição que deve ser estabelecida através de ponderação de argumentos e não simplesmente por omissão.

Afirma então o autor que às vezes os juízes chegam a esta conclusão, como por exemplo nas sentenças penais que prevêem uma pena mínima ou máxima, entendendo portanto, que ninguém tem direito a uma decisão específica; na realidade o entendimento gira em torno do que deveriam fazer.

Não obstante, o mesmo pondera que na maioria dos casos difíceis:

[...] os juízes assumem uma postura diversa da exposta acima, uma vez que enquadram sua divergência como uma divergência acerca de padrões que eles estão proibidos ou obrigados a levar em conta, ou acerca do peso relativo que estão obrigados a lhes atribuir, com base em argumentos como os que descrevi na última seção para ilustrar a teoria do apoio institucional. (DWORKIN, 2002, p. 112-113).

### **6.3.3 Regras x princípios**

Dworkin realiza a distinção de regras e princípio com o objetivo de compreender como os juristas raciocinam e em segundo para refutar o pensamento positivista no sentido de que não há como padrões invocados por juízes e juristas

serem capturados por um teste fundamental do direito como propôs Hart com a regra de reconhecimento.

Nesse momento, Dworkin passa a argumentar sobre a objeção que Joseph Raz faz às suas ponderações com relação aos princípios. O mesmo menciona que “princípios entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula.” (DWORKIN, 2002, p. 114).

E nesse sentido Raz afirma que regras também entram em conflitos, o que sobrepõe a distinção estabelecida por Dworkin. Para tanto o mesmo fornece o exemplo de alguém que comete agressão em legítima defesa, ponderando que o juiz deverá sopesar as duas regras e decidir-se sobre a mais importante.<sup>2</sup>

Dworkin de pronto demonstra que este exemplo se difere do exemplo fornecido pelo mesmo, haja vista que uma regra que expressa a exceção à outra não está em conflito com ela. Deste modo, de acordo com o autor, as duas normas determinam o resultado de uma maneira que não exige que o juiz escolha entre elas ou determine sua importância relativa.

Nesse sentido, o mesmo posiciona-se de forma contrária ao pensamento de que o direito contenha um número fixo de padrões, na realidade o mesmo pondera que:

[...] os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas com frequência usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira. (DWORKIN, 2002, p. 119-120).

Resumidamente, Dworkin afirma que a enunciação de uma regra deve considerar exceções e o desprezo destas torna a formulação da regra incompleta. Nesse sentido a formulação de regras com uma lista de exceções de forma completa favoreceria o sistema posto por Hart, desde que estas exceções estejam completas.

Posto isso, quando Raz descreve a aferição do peso de uma regra moral ou jurídica, afirma Dworkin, o mesmo esta na realidade, falando da aferição do peso de princípios e política servidos pela regra. A ponderação relevante que Dworkin faz

---

<sup>2</sup> Para constatação das críticas feitas por Joseph Raz, vide RAZ, Joseph. **Legal principles and the limits of law**. New Haven: The Yale Law Journal Company, v. 81. n. 5, apr. 1972. p. 823-854.

sobre a crítica de Raz, no que diz respeito ao compartilhamento de crenças morais por poucas grandes comunidades, caminha no sentido de uma interpretação equivocada cometida por este quando os juízes invocam a moralidade.

#### **6.3.4 A tese dos direitos**

Dworkin propõe que para os casos difíceis que surgem do *Common Law*, que não possuem nenhuma regulamentação e não podem ser decididos nem caso sejam reinterpretadas as regras existentes, necessário será criar um novo direito. Para tanto, o autor expõe que os juízes devem ser delegados do Poder Legislativo, ou seja, cria-se a expectativa que estes ajam como um Poder Legislativo segundo.

Contudo, apesar dessas ponderações, existe um contraponto que é exposto pelo autor de que os juízes não deveriam e não são delegados, e para a melhor compreensão necessário seria distinguir entre argumentos de princípios e argumentos de política, sendo isto que o mesmo faz:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo [...]. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. (DWORKIN, 2002, p. 129).

Com isso, o autor afirma que decisões judiciais que apenas aplicam as condições de uma lei válida de forma inquestionável possuem invariavelmente argumentos de princípio.

Noutro giro, nos casos difíceis, em que não exista nenhuma regra pré-estabelecida os argumentos podem ser tanto de princípios quanto de política, apesar de Dworkin defender expressamente que decisões judiciais nos casos civis, devem ser gerados por princípios e não por política.

Dworkin invoca a tese de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação, que por sua vez apresenta objeções à originalidade judicial. A primeira diz respeito ao fato dos juízes não serem eleitos e por via de consequência não são responsáveis pelo eleitorado, como ocorre com os legisladores, causando com isso uma restrição a afirmação de que os juízes criam leis. Por outro lado, a segunda objeção segue a linha de que se o juiz cria uma nova lei, a parte perdedora será

punida por um fato que sequer era regulamentado e por via de consequência sequer existia qualquer direito para ser violado.

Nesse sentido o mesmo utiliza dessas objeções contra as decisões judiciais geradas por política, para tanto assevera que “decisões sobre política devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração” (DWORKIN, 2002, p. 133).

Já no que se refere a segunda objeção, Dworkin revela que:

[...] um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve uma vantagem cuja natureza torna irrelevante as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor. (DWORKIN, 2002, p. 134).

Com isso, percebe-se que a segunda objeção, como explica Dworkin, não possui força contra um argumento de princípio, uma vez que o dever será correlato ao princípio invocado e não a um novo dever criado pela decisão. A questão de punição de forma surpreendente por uma lei criada também não poderá ser trazida à baila, já que se for óbvio e incontroverso que o demandante possua o direito, não há falar em surpresa da decisão, em contrapartida, se o direito do demandante for duvidoso, pode-se utilizar o argumento da surpresa que poderá ocorrer a qualquer uma das partes.

Dworkin passa a analisar a compreensão das decisões judiciais através de princípios e para tanto coloca o problema de que quando os juízes criam novas leis, os mesmos têm suas decisões influenciadas por tradições jurídicas, apesar de ainda sim serem pessoais e originais.

O autor elenca algumas possíveis soluções para esta questão, sendo que uma delas diz respeito à tradição do *Common Law* reduzir o poder discricionário, autorizando o mesmo a basear-se em sua moralidade pessoal. De início, Dworkin não se satisfaz com esta solução, já que para o mesmo pode ocorrer da moralidade estar em decisões anteriores e pelo fato de os juízes não decidirem esgotando os limites institucionais para depois decidirem a seu modo, caso aqueles limites sejam extrapolados.

Para o autor, necessária será uma melhor análise do elo entre moralidade pessoal e institucional e para tanto o mesmo invoca a tese dos direitos por meio da qual as decisões tornam efetivos os direitos políticos existentes.

A partir de então o autor pondera que:

[...] a história institucional age, não como uma restrição do juízo político dos juizes, mas como um componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo de qualquer juízo plausível sobre os direitos que um indivíduo deve levar em consideração. (DWORKIN, 2002, p. 136).

A consideração importante feita por ele é a que quando um juiz opta entre uma regra de um precedente e uma nova regra que ele considera ser mais justa, o mesmo não estaria escolhendo entre história e justiça. Por outro lado Dworkin assevera que existe uma “conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direito político, mas que aqui competem uma com a outra.” (DWORKIN, 2002, p. 137).

A crítica Dworkiniana é feita em relação a uma doutrina que requer uma consistência articulada e voltada para a política, uma vez que para o autor as políticas são agregadas e visam objetivos coletivos que não necessitam de serem utilizados de forma individualizada. Noutro giro, em um argumento de princípio, o mesmo pondera que é possível uma justificação para uma “decisão particular, caso este princípio seja compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas.” (DWORKIN, 2002, p. 138).

Portanto, através dos argumentos da teoria política e teoria do direito, expõe Dworkin, é possível se chegar a uma sustentação para a tese do direito, contudo, o mesmo afirma que referida tese necessita de se desenvolver em três direções, quais sejam: distinção entre direitos individuais e objetivos sociais; análise da teoria do papel do precedente e da história institucional na decisão dos casos difíceis; necessidade de declaração de julgamentos de moralidade política para poder se decidir quais são os direitos jurídicos dos litigantes.

### **6.3.5 Direitos e objetivos**

De acordo com Dworkin, “os princípios são proposições que descrevem

direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos” (DWORKIN, 2002, p. 141). E a partir de então, questiona a diferença entre direitos e objetivos.

Essa diferença, o autor se propõe a fazer de maneira formal, demonstrando que direitos uma teoria política específica pressupõe que homens e mulheres tenham, como assim expõe:

Um direito político é um objetivo político individuado. Um indivíduo tem direito a uma oportunidade, a um recurso ou a uma liberdade se esse direito conta a favor de uma decisão política que promove ou protege o estado de coisas no qual ele desfruta tal direito, mesmo que com isso nenhum outro objetivo político seja servido e algum objetivo político seja desservido [...]. Uma meta é um objetivo político não-individuado, isto é, um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados. (DWORKIN, 2002, p. 142-143).

Dworkin expõe que da definição de um direito, este não pode ser menos importante que todas as metas sociais, ou seja, qualquer objetivo político não pode ser chamado de direito a menos que se tenha um peso contra metas sociais.

Com isso, depreende-se que as definições e distinções do objetivo político, enquanto posição de um direito ou de uma meta, dependerá de um lugar e sua função em uma determinada teoria política.

Para o autor qualquer teoria adequada deve se utilizar da distinção entre direitos abstratos e concretos, assim como princípios abstratos e concretos. O 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.” (DWORKIN, 2002, p. 146). Noutra giro, 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, 2002, p. 146).

Dworkin pondera que a distinção entre direitos e metas faz parte de uma tese da antropologia moral corrente, que considera “os princípio que os membros de uma determinada comunidade consideram persuasivos são determinados, de maneira causal, pelas metas coletivas da comunidade.” (DWORKIN, 2002, p. 147). E então, determina a distinção entre meta e princípio:

[...] a distinção pressupõe uma outra distinção, entre a força de um direito particular dentro de uma teoria política e a explicação causal de porque a teoria estipula este direito. Esta é uma maneira formal de colocar o problema e só é apropriada quando, como estou pressupondo, pudermos identificar uma teoria política específica e, desse modo, estabelecer uma distinção entre a questão analítica daquilo que a estipula e a questão histórica de como ela estipula isso. (DWORKIN, 2002, p. 148).

E este argumento é utilizado para refutar a tese antropológica, uma vez que salienta o que pretende com referencia à moralidade de uma comunidade e passa a identificar os princípios da moralidade.

A tese dos direitos é caracterizada pelas decisões, em casos difíceis, fundamentadas e gerada por princípios e não por políticas. Dworkin, contudo, contrapõe essa situação com uma teoria econômica que se relaciona com o *Common Law*, argumentando que as regras desenvolvidas pelos juízes buscam tornar os recursos mais eficientes por um objetivo coletivo e por em certos casos haver decisões voltadas para a política econômica.

Contudo, também é avaliado que referida tese não se sustenta, uma vez que esta teoria não seria compatível com uma teoria mais igualitária, se analisada à luz de, por exemplo, uma situação de concorrência entre uma pessoa que estaria disposta a pagar mais por um recurso maximizando o bem estar de uma comunidade ao critério de quem tem a disposição de pagar mais para possuí-lo, como explanado por Dworkin ao citar Posner (DWORKIN, 2014).

De toda sorte, Dworkin afirma que:

[...] mesmo se admitirmos que a teoria dos direitos de um juiz é determinada por um senso instintivo do valor econômico, e não ao contrário, ainda sim poderemos argumentar que ele se apóia nessa teoria, não na análise econômica, para justificar as decisões nos casos difíceis. (DWORKIN, 2002, p. 153).

### **6.3.6 Direitos jurídicos**

Dworkin compara a argumentação dos casos difíceis com os conceitos das características de um jogo, uma vez que a argumentação jurídica versa sobre conceitos contestados, incluindo conceitos substantivos que o direito se manifesta.

Dentre esses conceitos o autor pontua dois principais para a argumentação, que seriam a intenção ou propósito de uma determinada lei ou de uma cláusula desta, que por sua vez interligam a justificação política da idéia que as leis criam o

direito e os casos difíceis que questionam este direito posto. E o outro é o conceito de princípio que submetem às regras positivas do direito, sendo que este faz um elo entre os casos semelhantes que possuem um “padrão” para decisão e dos casos difíceis no qual não está claro o que a doutrina deseja. Um ponto importante levantado por Dworkin quanto ao precedente, diz respeito a padronização de julgamentos, o mesmo demonstra que a força gravitacional de um precedente específico deve levar em conta um argumentos de princípio, e não no sentido de que a regra em seu favor promova um meta coletiva, com isso não se teria o raciocínio de que em outro caso diverso deveria se adotar o mesmo posicionamento adotado no primeiro precedente específico.

Com isso, o autor também questiona qual é o conjunto de princípios que melhor justifica os precedentes? E para tanto reponde invocando o Juiz Hércules:

Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. Podemos apreender a magnitude de tal empreendimento se distinguirmos, no âmbito do vaso material de decisões jurídicas que Hércules deve justificar, uma ordenação vertical e outra horizontal. A ordenação vertical é fornecida por diferentes estratos de autoridades, isto é, estratos nos quais as decisões oficiais podem ser consideradas como controles das decisões tomadas em níveis inferiores. (DWORKIN, 2002, p. 182).

Dworkin então passa a analisar o que ele denomina de teoria dos erros, de acordo com esta, o nível constitucional determinará quais são os erros enraizados, sendo que qualquer lei que seja considerada como erro perderia sua força gravitacional, a mesma não seria revogada e continuaria a ser respeitada, contudo, não será mais utilizado o argumento a favor de um direito mais fraco.

Nesse sentido, mencionando Hércules mais uma vez, verifica-se que seria possível demonstrar o erro por argumentos históricos ou pela menção a uma percepção geral da comunidade jurídica que:

[...] um determinado princípio, embora já tenha tido no passado atrativo suficiente para convencer o poder legislativo ou um tribunal a tomar uma decisão jurídica, tem agora tão pouca força que é improvável que continue gerando novas decisões desse tipo - então nesse caso, os argumentos de equidade que sustenta este princípio se verá enfraquecido. (DWORKIN, 2002, p. 191).

No entanto, no sentido de justificar seu posicionamento inicial em face da originalidade, Dworkin afirma que Hércules ao tomar suas decisões, este se fundamenta na solidez de sua convicção submetendo o juízo emitido por outros ao seu dever institucional.

Conforme mencionado, Hércules não realiza julgamentos, o mesmo “utiliza seu próprio juízo para determinar que direitos tem as partes que a ele se apresentam. Quando este juízo é emitido, nada resta que se possa submeter a suas convicções ou à opinião pública.” (DWORKIN, 2002, p. 196).

A grande diferença dessas contraposições diz respeito ao direito institucional mencionado anteriormente, que Dworkin diferencia de “um juízo independente de moralidade política, concebido nos interstícios oferecidos pela textura aberta das regras.” (DWORKIN, 2002, p. 196).

A decisão em Hércules identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos, e o mesmo assevera que essa moralidade é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. E por fim resume que:

[...] a moralidade da comunidade não é, pelo menos nesses assuntos, a soma, a combinação ou a função das alegações rivais de seus membros; ela é, mais exatamente, aquilo que cada uma das alegações rivais declara ser. Quando Hércules toma por base sua própria concepção de dignidade, no segundo sentido de “confiança” que distinguimos, está ainda fundamentando-se em sua própria percepção geral daquilo que a moralidade da comunidade estabelece. (DWORKIN, 2002, p. 201).

Portanto, Dworkin sugere duas alternativas para os juízes, com base nas técnicas de Hércules, sendo que a primeira considera a falibilidade dos juízes e que não há necessidade de determinar os direitos institucionais das partes, o que geraria por desventura, que os juízes irão tomar decisões injustas.

Já na segunda alternativa, há a consideração de que por serem falíveis os juízes devem submeter a outros as questões de direitos institucionais trazidas pelos casos difíceis.

#### **6.4 A dupla natureza do direito**

Complementando esse raciocínio, é relevante trazer ao presente trabalho a tese desenvolvida por Alexy no que se refere a dupla natureza que o direito possui,

visto que esta serve de embasamento para o desenvolvimento do raciocínio do autor sobre a própria argumentação.

Alexy afirma que:

[...] o direito necessariamente compreende tanto uma dimensão real ou factual quanto uma dimensão ideal ou crítica. Na definição de direito, a dimensão factual é representada pelos elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social, enquanto a dimensão ideal encontra sua expressão no elemento da correção moral. (ALEXY, 2014, p. 354).

Referida natureza, possui embasamento na razão, visando o argumento em defesa da dimensão ideal do direito, o argumento em defesa da positividade do direito, e a reconciliação do ideal com o real, conforme expõe o referido Autor.

Alexy rebate algumas críticas<sup>3</sup> a respeito de sua tese, em suma, asseverando que o direito pode levantar sim uma pretensão de correção, posto que esta é feita por seus representantes; e que esta pretensão aponta para a dimensão ideal do direito.

Por fim, ao ser questionado sobre essa dimensão ideal que a pretensão aponta, e por via de consequência diretamente ligada à moral, Alexy se reporta à teoria discursiva e assim expõe:

De acordo com a teoria do discurso uma proposição prática ou normativa é correta (ou verdadeira) se e somente se ela pode ser o resultado de um discurso prático racional. As condições da racionalidade discursiva podem ser explicitadas através de um sistema de princípios, regras e formas do discurso prático geral. (ALEXY, 2014, p. 360).

Nesse sentido, o autor propõe uma composição entre a dimensão ideal e a real, a fim de evitar riscos com anarquia e estabelecer uma coordenação e cooperação social. E com isso este estabelece níveis de correção, sendo as de primeira ordem, referente à dimensão ideal, e as de segunda ordem dizendo respeito a ambas as dimensões, real e ideal, com o claro escopo de alcançar justiça e segurança jurídica. E sobre referidos princípios o mesmo destaca:

O princípio da segurança jurídica é um princípio formal. Ele exige um compromisso com aquilo que foi estabelecido autoritariamente e é socialmente eficaz. O princípio da justiça é um princípio material ou

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, vide, ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes (org. e trad.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Parte IV, item 3.

substantivo. Ele exige que a decisão seja moralmente correta. (ALEXY, 2014, p. 362).

Concluindo, Alexy se utiliza da argumentação jurídica para a solução de problemas jurídicos num estado democrático em um contexto constitucional. O mesmo estabelece que a legislação legitimada democraticamente é, ao lado do controle de constitucionalidade, um instrumento essencial, e é justamente o discurso jurídico que complementa esta estrutura:

O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O discurso prático geral é um discurso não institucionalizado sobre questões práticas. Enquanto discurso prático geral ele compreende todos os tipos de argumentos práticos não autoritativos, ou seja, argumentos morais relacionados à justiça e a direitos, assim como argumentos éticos relacionados à identidade individual e coletiva e argumentos pragmáticos que expressam a racionalidade meio-fim. (ALEXY, 2014, p. 367).

De acordo com o autor, apenas a tese do caso especial proporciona uma ponderação adequada entre as dimensões real e ideal do direito e nesse sentido fica possível estabelecer um “norte” no intuito de direcionamento da argumentação voltada para essa pretensão de correção.

#### **6.4.1 Discurso prático geral e discurso jurídico**

No sentido de elucidar a questão estabelecida por Alexy quanto à argumentação que se manifesta através do discurso geral prático e do discurso jurídico, é de bom tom salientar que o autor considera como discurso uma série de ações correlatas destinadas a verificar a veracidade ou correção nas coisas ditas. Sendo estes discursos preocupados com a correção de afirmações normativas os práticos. (ALEXY, 2001, p. 181).

Referidos discursos práticos necessitam de justificações relacionadas a suas afirmações, afirmações estas imprescindíveis em um discurso, o que muitas vezes pode ser inconclusiva, sendo a partir deste ponto que Alexy vê a necessidade da complementação de um discurso jurídico:

A necessidade do discurso jurídico surge a partir da fraqueza das regras e formas do discurso prático geral. Essa fraqueza consiste no fato de que essas regras e formas definem um procedimento de tomada de decisão que em muitos casos não leva a nenhum resultado e que, quando leva a um resultado, não o garante com certeza conclusiva. (ALEXY, 2001, p. 269).

Para o autor a racionalidade de, por exemplo, uma jurisprudência não é definida pela geração de certeza que esta possa transparecer e sim por “sua conformidade a essas condições, critérios ou regras que constituem o caráter racional da argumentação jurídica.” (ALEXY, 2001, p. 272).

Justificando a necessidade da argumentação jurídica, o jusfilósofo exemplifica que das normas jurídica emergentes do Poder Legislativo existem quatro razões que não as faz determinar totalmente uma tomada de decisão jurídica, quais sejam, incerteza da linguagem jurídica; possibilidade de conflito entre normas; o fato de haver casos que exijam resolução jurídica, mas esta não é providenciada por nenhuma norma válida existente; e a possibilidade de decisões *contra legem* em casos especiais.

Com isso, incluindo normas de argumentações jurídicas institucionalizando-as como ciência jurídica, seria possível reduzir o alcance de possibilidades discursivas na área da incerteza. (ALEXY, 2001, p. 268).

Nesse contexto, temos a argumentação jurídica possuindo um duplo caráter. Um relacionado ao caráter autoritativo, institucional ou real do direito, e outro relacionado ao caráter livre, discursivo ou ideal do direito. Isso ocorre, sobretudo, em razão da textura aberta do material autoritativo, que manifesta uma necessidade à abertura para outros tipos de argumentação.

Desse modo, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy pretende abranger tanto o lado autoritativo, quanto o lado discursivo. A tese do caso especial representa, nesse sentido, uma tentativa de se alcançar o referido objetivo.

A tese do caso especial afirma que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. A semelhança decorre do fato da argumentação se vincular às questões práticas, ou seja, aquilo que é permitido, comandado ou proibido, bem como pelo fato de levantar uma pretensão de correção. A diferença decorre do fato da correção do discurso jurídico não ser absoluta, mas relativa no contexto de um ordenamento jurídico validamente existente (vinculação à lei, precedentes e dogmática jurídica).

#### **6.4.2 Uma conexão moral através de princípios**

Assim como Dworkin, Alexy também distingue regras de princípios, asseve-

rando que “regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva” enquanto os princípios “são mandamentos de otimização” (ALEXY, 2009, p. 85).

Não obstante, o autor expõe que os princípios além de serem determinados por regras, também o são por princípios opostos, razão pela qual é imprescindível a ponderação, característica esta de aplicação dos mesmos.

Nesse aspecto, o autor se utiliza da tese da incorporação para justificar a existência de normas com estrutura de princípios nos sistemas jurídicos a luz da perspectiva do participante, no caso um juiz, que ao realizar uma ponderação necessita de analisar as razões opostas no intuito de constituir boas razões para se chegar a uma decisão.

Referida situação leva Alexy a estabelecer uma relação necessária entre direito e moral, posto que um julgador ao se utilizar de uma ponderação para aplicar um determinado princípio, que por sua vez é um componente do sistema jurídico, acaba incluindo aqueles princípios que integram uma moral, e assim estabelece:

Como os princípios morais, por seu conteúdo, estão incorporados ao direito, o juiz que neles se apoia decide com base em critérios jurídicos. Querendo-se recorrer à dicotomia ambígua entre forma e conteúdo, pode-se dizer que, quanto ao conteúdo, ele decide com base em razões morais, mas quanto à forma, decide com base em razões jurídicas. (ALEXY, 2009, p. 92).

Nesse contexto, assevera o autor que para se passar da tese da incorporação a uma conexão necessária entre direito e moral, é preciso demonstrar que a presença de princípios no sistema jurídico se conecta com o direito e uma moral qualquer e que esta conexão levaria a uma conexão necessária entre o direito e uma moral correta. (ALEXY, 2014, p. 310).

Estabelecido este nexos, é possível em um “caso duvidoso”, ou textura aberta como denomina Hart, fixar um limite a uma possível arbitrariedade do julgador, desde que devidamente apresentada a argumentação para tanto quando da necessidade de julgar um caso sem regulamentação, posto que apesar da necessidade da utilização do poder discricionário, o juiz estaria vinculado ao direito.

Tal relação, complementando o já mencionado no capítulo anterior, facilita uma argumentação sistemática que busca a pretensão de correção que uma decisão necessita ter como um de seus componentes argumentativos:

A pretensão à correção implica uma *pretensão à fundamentabilidade*. Esta última não se restringe ao fato de a sentença ser fundamentável e, portanto, correta no sentido de uma moral qualquer, mas estende-se ao fato de a sentença ser correta no sentido de uma moral fundamentáveis e, portanto, correta. A conexão necessária entre o direito e a moral correta é estabelecida pelo fato de a pretensão à correção incluir uma pretensão à correção moral que se estende aos princípios que são tomados como base. (ALEXY, 2009, p. 94-95).

O que se destaca aqui é justamente o já mencionado nos capítulos anteriores, a necessidade de uma argumentação se sustentar por si só, sem a necessidade de se utilizar de argumentos de autoridades, como a indexação de diversos julgados no sentido que se pretende, ou citações de autores renomados. Tais condições não podem ser o cerne da argumentação, devem ser um componente.



## 7 CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho como uma Justiça Especializada, possui autonomia que favorece a regulamentação de condições laborais através de negociações coletiva, além da própria CLT, fazendo com que estas, juntamente com as súmulas e orientações jurisprudenciais, se tornem fontes de direito.

A aplicação destes precedentes (súmulas e OJs) é uma forma de efetivação da segurança jurídica, seja pela contribuição ao princípio da celeridade, seja pela fundamentação das decisões judiciais à luz do art. 93, IX, da CR/88.

Nesse aspecto, é interessante ressaltar que a especificidade e a identidade de algumas matérias no Direito do Trabalho permitem utilizar em larga escala os precedentes como meio de efetivação da segurança, haja vista que não demandam maiores interpretações após a edição de uma súmula, sendo certo que o volume de reclamações com pedidos idênticos irão se repetir de forma considerável.

A título de exemplo, cita-se novamente a súmula n. 444 do TST, que determina o pagamento de feriados em dobro quando do labor deste, mesmo para trabalhadores que se ativem nas jornadas denominadas de plantão, quais sejam, de 12X36, 12X60, etc.

Não obstante referida situação, o questionamento que se faz necessário diz respeito à mutabilidade que referidas fontes podem adquirir quando ainda se encontra alguma controvérsia no entendimento e se é possível obter a segurança jurídica nos julgados dentro deste cenário.

Partindo da análise feita pelo professor Ávila, a estrutura da segurança jurídica deve ser observada sob quatro perspectivas, quais sejam, elemento definitório, fato, valor e norma-princípio.

Especificamente em relação ao questionamento ora levantado, a perspectiva com maior relevância para o presente estudo diz respeito ao aspecto da segurança como norma-princípio, que de um modo geral diz respeito a uma norma jurídica que dispõe sobre condutas. Isto porque são as negociações coletivas que irão regulamentar as condições de trabalho provenientes das diversas categorias existentes e moduladas com o tempo.

A segurança jurídica, como princípio, visa estabelecer aquilo que é ideal, propulsionando comportamentos que contribuem para a promoção da própria segurança.

As lacunas interpretativas advindas das disposições reguladas pelas negociações coletivas fazem com que a CLT seja complementada em matérias que esta é omissa. Com isso, a interpretação fica a cargo do julgador, cabendo a este utilizar das técnicas necessárias para tanto.

Em que pese referida situação, e como já mencionado no decorrer deste trabalho, invariavelmente estas decisões diante de uma lacuna irão encontrar interpretações conflitantes em outros julgados, fato este que fica mais evidente pela celeridade que o rito processual impõe nesta Especializada, sendo confirmado pelo volume de sentenças e acórdãos proferidos no âmbito trabalhista.

Dessa maneira, se faz necessário averiguar se referidas súmulas e OJs possuem inteligibilidade, calculabilidade e confiabilidade, concepção esta de segurança jurídica denominada pelo professor Ávila como a “concepção alternativa do objeto”, traduzida basicamente pela condição que o cidadão possa ter de conhecer e de calcular as variações atribuídas pela normatização aplicável aos fatos de modo a antecipá-las.

Estando a segurança Jurídica ligada diretamente ao momento em que a calculabilidade deve ser constatada, a estrutura decisional trabalhista acaba por assumir esse aspecto, uma vez que a calculabilidade em questão possui previsão e definição das consequências quase instantaneamente, já que são através das súmulas e OJs que se uniformizam as interpretações dissidentes, possibilitando com isso uma previsibilidade do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho perante diversas decisões que irão advir destas matérias não reguladas ou controversas.

Noutro giro, no que se refere às contestações provenientes do número de edições de OJs e súmulas existentes no âmbito trabalhista, é possível argumentar que essas fontes possibilitam a capacidade de previsibilidade do cidadão quanto às consequências jurídicas dos seus atos, já que permitem justamente a previsão e a definição da controversa de forma muito mais rápida que os outros ramos jurídicos.

Frise-se que também fica de pronto refutada a crítica sobre uma possível insegurança jurídica ante a curta “vigência” que, por exemplo, uma OJ pode possuir, causando com isso uma falta de cognoscibilidade e calculabilidade da norma a ser aplicada.

Tal situação se justifica pelo fato de apesar da volatilidade que as OJs podem possuir, estas agregam elementos essenciais para o alcance da segurança jurídica

no Direito do Trabalho, visto que se confirmadas se convertem em súmulas e que se refutadas podem ser canceladas.

As OJs auxiliam na celeridade das uniformizações jurisprudenciais provenientes das diversas decisões proferidas tanto em primeiro, quanto em segundo grau. E são importantes justamente no tempo em que as controvérsias se estabelecem, seja para sua confirmação, seja para sua refutação, o que remete à calculabilidade necessária para o cidadão.

A cognoscibilidade também se apresenta, posto que se tem conhecimento dos dois entendimentos que uma determinada conduta pode gerar, sendo que a confiabilidade e a calculabilidade serão alcançadas a partir do momento de sua confirmação ou refutação, situação que esta estrutura decisional trabalhista é plenamente compatível.

Por fim, quando uma OJ é confirmada e consegue uma uniformidade, a mesma pode se converter em súmula, que por sua vez possuem maior vinculação e menor probabilidade de cancelamento, o que leva a uma maior confiabilidade quanto o entendimento de determinada matéria, aumentando com isso a segurança jurídica.

Dessa forma, é possível se ter os elementos da segurança jurídica nesse ordenamento, já que apesar das edições e cancelamentos das OJs e súmulas, o que em um primeiro momento pode gerar dúvidas, fica evidente a pretensão de uniformização daquele determinado entendimento naquele momento em que se instaura a controvérsia.

É de bom tom salientar, entretanto, que apesar da estrutura trabalhista fornecer uma segurança jurídica nos entendimentos dispostos pelas OJs e súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, a argumentação de referidos enunciados é praticamente desconhecida, fato que pode justificar o cancelamento de algumas OJs e súmulas, o que não é um cenário ideal.

Percebe-se, então, que não são os sentidos alternativos da norma ou a falta de disposição que causam insegurança, já que se esses sentidos estiverem determinados no intuito de fazer o cidadão conhecê-los e calculá-los com capacidade de controle, a segurança poderá ser alcançada.

O que irá fornecer um melhor embasamento, em complementação ao já mencionado, será a interpretação dos sentidos que uma norma pode apresentar através de processos hermenêuticos e argumentativos voltados para reconstrução do real sentido da norma em um determinado contexto.

Na realidade, como muito bem delineado por José Rodrigo Rodriguez, as cortes brasileiras prescindem de uma argumentação sistemática, posto que estas visam apenas o resultado do julgamento ao invés de uma reconstrução argumentativa.

Em outras palavras, ao invés de efetivamente haver uma ponderação sobre os argumentos e a conclusão em uma decisão coletiva, o resultado é alcançado pela agregação de opiniões, o que pode vir a gerar uma decisão sem racionalidade, posto que composta por argumentações diversas que chegam a um resultado através da maioria dos votos a favor.

Referida estrutura, se reformulada no sentido em que Rodriguez propõe, pode fornecer uma maior segurança na edição de súmulas e OJs, garantindo assim uma argumentação capaz de impedir a própria controvérsia de julgados que adotam em algumas situações posicionamentos diversos aos dos entendimentos pacificados dentro da mesma corte.

Para tanto, e com o pensamento voltado na estrutura reformulada por Rodriguez, vale incluir nessa argumentação a análise de Dworkin sobre os deveres dos juízes de aplicarem certos padrões como pertencentes ao direito, ponderando posteriormente sobre a rejeição de referida tese, e assim, estabelecendo uma racionalidade formada por argumentos na decisão.

Quando o mesmo diferencia as regras de princípios afirmando que os juristas pretendem estabelecer uma discussão sobre deveres e direitos e que esta incluirá proposições com a forma e a força de princípios, fica clara a relação dessa discussão com os argumentos que um precedente necessita possuir de forma sistemática.

A partir de então, é possível constatar uma argumentação voltada para a pretensão de correção que uma decisão possui, implicando, como afirma Alexy, em uma pretensão de fundamentabilidade em conexão com uma moral fundamentável e correta. Moral esta que está inclusa nos princípios utilizados para a busca do direito, o que os torna conseqüentemente em critérios jurídicos.

Diante de tal cenário, chega-se a conclusão de que um possível estado de insegurança jurídica na estrutura decisória trabalhista pode ser atribuído à falta de uma argumentação sistemática e complementada por princípios que os enunciados das OJs e súmulas apresentam.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes (org. e trad.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Parte IV, item 3.

BARROS, Alice Monteiro. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1995.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 2010.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. **Decreto Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Decreto Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 04. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 maio 2008a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1195>>. Acesso em: 9 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 6266. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 jul. 2008b. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=6266&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 9 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). **Resolução Administrativa n. 180, de 20 de dezembro de 2006**. Aprova o Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/1464/RI%20TRT3%20%28RA%20180.2006%29%20CO MP.html?sequence=38&isAllowed=y>>. Acesso em: 05 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Súmula 39. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 16, 17 e 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/bases/sumulas/sumulas.htm>>. Acesso em: 05 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 197. **Diário de Justiça**, Brasília, 19, 20 e 21 nov. 2003. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_151\\_200.html#SUM-197](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-197)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 228. **Diário de Justiça**, Brasília, 24, 25 e 26 set. 1985. Alterações em 25, 26 e 27 set. 2012. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-228](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-228)>. Acesso em: 9 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 425. **Diário de Justiça**, Brasília, 30 abr., 03 e 04 maio 2003. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM-425](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-425)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 442. **Diário de Justiça**, Brasília, 25, 26 e 27 set. 2012a. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM-442](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-442)>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 444. **Diário de Justiça**, Brasília, 25, 26 e 27 set. 2012b. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM-444](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-444)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação jurisprudencial 351. Seção de Dissídios Individuais 1. **Diário de Justiça**, Brasília, 25 abr. 2007. Alterações em 23, 24 e 25 nov. 2009. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_341.htm#TEMA351](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_341.htm#TEMA351)>. Acesso em: 14 ago. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (org.). **Precedent and the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht**, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p. 289-310.

COURA, Solange Barbosa de Castro. **Capitalismo e trabalho: origens, desenvolvimento e perspectivas**. 2012. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_CouraSBC\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CouraSBC_1.pdf)>. Acesso em: 16 abr. 2016.

COELHO, Luiz Fernando. **A Zetética do direito do trabalho**. Revista TRT – 9. r. Curitiba a.35, n.65, jul./dez. 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FEIJÓ, CARMEN. Relatório justiça em números 2015 destaca produtividade e informatização da Justiça do Trabalho. **Notícias do TST**, Brasília. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/relatorio-justica-em-numeros-2015-destaca-productividade-e-informatizacao-da-justica-do-trabalho](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/relatorio-justica-em-numeros-2015-destaca-productividade-e-informatizacao-da-justica-do-trabalho)>. Acesso em: 16 maio 2016.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

HUNT, E.K. **História do pensamento econômico**: uma perspectiva crítica. 5. ed. Tradução José Ricardo Brandão Azevedo. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

MEIRELES, Edilton. **A constituição do trabalho**: o trabalho nas constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

PORTO, Sergio Gilberto. **Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2016.

RAZ, Joseph. **Legal principles and the limits of law**. New Haven: The Yale Law Journal Company, v. 81. n. 5, apr. 1972. p. 823-854.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/364804/comodecidemascortes.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais, racionalidade da tutela jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

TEODORO, Marília Cecília Máximo. **O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.