

# Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito

Interdisciplinary Boundaries of Law Journal

## A REFORMA TRABALHISTA - LEI 13.467/17; POSITIVISMO JURÍDICO; PÓS-POSITIVISMO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. UMA ANÁLISE DO ARTIGO 8º, PARÁGRAFO 2º DA CLT.

[HTTPS://DX.DOI.ORG/10.23925/2596-3333.v1n1.61927](https://dx.doi.org/10.23925/2596-3333.v1n1.61927)

RECEBIDO: 01.10.2023

APROVADO: 30.10.2023

Winícius da Silva Rodrigues<sup>1</sup>

**RESUMO:** Com o advento da Lei 13.467/17, a famigerada “Reforma Trabalhista”, foram introjetados no ordenamento do jurídico uma série de alterações, seja no campo do direito material do trabalho seja no campo do direito processual. Dentre as referidas alterações está o parágrafo 2º, do art. 8º da CLT, que estabelece que “*Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.*” A dicção do citado dispositivo, em uma perfunctória análise, pode induzir à conclusão que o legislador pretendeu tolher/impedir a interpretação dos magistrados no momento da aplicação do direito; culminando, assim, em uma volta ao positivismo exegético (juízes como mero aplicadores de regras). O objetivo deste trabalho é demonstrar que, a despeito do receio apresentado pelo poder judiciário, o positivismo exegético foi há muito tempo superado pelo pós-positivismo, sendo que a inovação legislativa deve ser analisada à luz da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin; evitando, assim, somente a discricionariedade judicial (Ativismo) no momento da aplicação do direito, mas não a interpretação do julgador do direito positivado.

**PALAVRAS-CHAVE:** DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. POSITIVISMOS. REFORMA TRABALHISTA.

## THE LABOR REFORM - LAW 13.467/17; LEGAL POSITIVISM; POST-POSITIVISM AND JUDICIAL DISCRETION. ANALYSIS OF ARTICLE 8, PARAGRAPH 2 OF CLT.

**ABSTRACT:** With the advent of Law 13.467/17, the notorious "Labor Reform", were introjected into the legal system a series of changes, whether in the field of material labor law

<sup>1</sup> Pós-graduado lato sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO); Pós-graduado lato sensu em título de especialista em Gestão de Relação do Trabalho pela Fundação Dom Cabral – Nova Lima/MG. PROFISSÃO: Advogado VALE S/A; Membro Suplente da Comissão de Direito do Trabalho da Associação Nacional de Transporte Ferroviário – ANTF. AFILIAÇÃO: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga/MG..ENDEREÇO ELETRÔNICO: winiciusrodrigues@gmail.com

or in the field of procedural law. Among these changes is paragraph 2 of art. 8º of the CLT, which establishes that "Precedents and other statements of jurisprudence issued by the Superior Labor Court and the Regional Labor Courts may not restrict legally provided rights or create obligations that are not provided for in law." The diction of the device, in a perfunctory analysis, may lead to the conclusion that the legislator intended to avoid/prevent the interpretation of the magistrates at the time of the application of law; thus, culminating in a return to exegetic positivism (judges as mere enforcers of rules). The objective of this work is to demonstrate that, despite the fear presented by the judiciary, exegetic positivism was long surpassed by the post-positivism, and legislative innovation should be analyzed based of the Theory of Law as Integrity of Ronald Dworkin; thus, avoiding only judicial discretion (Activism) at the time of law application, but not the judge's interpretation of positive law.

**KEYWORDS:** LABOR REFORM. JUDICIAL DISCRETION. POSITIVISMS.

## INTRODUÇÃO

Hodiernamente muito se tem debatido sobre o ativismo judicial, sobretudo na Justiça do Trabalho. Não é incomum decisões judiciais *contra legem* sob o manto da utilização de princípios jurídicos, ou de alguma argumentação retórica no sentido de que o juiz não está adstrito ao texto da lei, sendo-lhe permitido buscar o "sentido" do texto na aplicação do caso concreto.

Diante desse cenário, instaurou-se, na justiça trabalhista, uma completa insegurança jurídica aos jurisdicionados. Algumas decisões judiciais, em verdade, não passam de expressões pessoais dos juízes que, superando o texto legal, julgam de acordo com a sua consciência ou o seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei. Mas, conforme será demonstrado ao longo deste estudo, a atuação dos juízes neste viés apresenta um problema crônico: a discricionariedade.

A Justiça do Trabalho tem adotado uma postura, em algumas situações, absolutamente discricionária, sujeitando as partes a uma visão de mundo ou justeza da que o juiz entende correta, na qual a vontade do julgador sobrepõe o legislador ordinário. Observado este ponto fulcral, ressalvados os casos em que haja dubiedade do texto ou a própria ausência normativa, é necessário que haja deferência ao legislador ordinário, sem que isso implique, ressalte-se, em uma impossibilidade de interpretação por parte do julgador, já que a semântica no Direito tem importância.

E quem deseja compreender a norma deve deixar que o texto lhe diga algo<sup>2</sup>, de modo que o intérprete não constrói, mas reconstrói o significado das palavras, pois é ele parte de algo existente previamente na comunidade. Sendo que a liberdade de escolha entre as possibilidades semânticas encontra um limite entre a previsão normativa e a sua concretização.

Consoante será exposto, há exemplos na Justiça do Trabalho onde o julgador esvazia o texto semanticamente, e faz valer o seu ideal de justiça. Deste modo, sob a perspectiva da Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, é que se dará a análise do parágrafo 2º, do art. 8º da CLT, já que o propósito da redação do referido dispositivo é a autocontenção (sem prejuízo da interpretação) no sentido de evitar excessos na atividade judicante materializados nos solipsismos, voluntarismos e discricionariedades do julgador. E não uma volta à Escola Francesa da Exegese (Positivismo Primitivo) - teoria que há muito tempo foi superada.

Mas, evidentemente, antes de chegar à questão central e nevrálgica, será necessário apresentar um pouco das mazelas – notadamente acerca da discricionariedade - do positivismo jurídico e, sim, também, do pós-positivismo. O primeiro, por nitidamente defender a possibilidade de utilização da discricionariedade judicial, e o segundo, sob o manto de que estava a combater e superar o positivismo jurídico, fomentou um protagonismo exacerbado do judiciário e, do mesmo modo, legitimou ativismos e solipsismos em razão de uma equivocada interpretação de sua teoria; recaindo, assim, no mesmo problema do primeiro.

## 1. POSITIVISMOS JURÍDICOS E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

De início e para fins de melhor compreensão, é necessário aclarar que existem várias facetas do positivismo jurídico, não se limitando esse complexo fenômeno ao seguimento da “letra fria da lei” pelo intérprete. Essa ideia de positivismo, e que é reverberada no Brasil como o conceito que define essa teoria, está ultrapassada.

Evidentemente que aqui não se vai exaurir e detalhar todas as formas do positivismo jurídico, mas apenas trazer algumas ideias centrais e, principalmente, demonstrar que o maior problema (não o único!) do positivismo jurídico não é a subsunção de forma acrítica de fato à norma pelo intérprete, mas, sim, a discricionariedade judicial.

Em termos gerais, o positivismo é uma construção teórica que prima pela normativa do direito, e, por sua natureza complexa, é de difícil conceituação. Não obstante, é possível

---

<sup>2</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

afirmar que o positivismo busca explicar a natureza do Direito, assim como intenta compreender e entender o que é Direito, sendo, pois, uma teoria sobre o Direito Positivo.

O positivismo descreve as coisas como elas são, e não como o intérprete gostaria como elas fossem.

O positivismo jurídico primevo, ou legalista, pode ser entendido “como uma tentativa de compreender o Direito como um fenômeno social objetivo”<sup>3</sup> (STRECK, 2017, p.272, apud BARZOTTO, 2006, p. 643). Assim, o positivismo parte daquilo que está posto, escrito, já que a própria etimologia da palavra, originada do latim *positivus*, se refere a algo existente de modo explícito, aceito convencionalmente.

Com maestria, Lênio Luiz Streck<sup>4</sup> aduz que:

Em termos históricos, é possível observar que a partir do final do século XVIII, o juspositivismo começa a se projetar como paradigma jurídico dominante. Neste momento, apesar de possuir traços comuns, apresentou versões diferentes em virtude do recorte epistemológico daquilo que se poderia compreender como “positivo”, isto é, aquilo que garantia objetividade ao conhecimento jurídico. Deste modo, observa-se o desenvolvimento de movimentos na Inglaterra com a Jurisprudência Analítica (Bentham e Austin), na França com a Escola da Exegese (Blondeau e Duraton) e na Alemanha com a Jurisprudência dos Conceitos (Puchta e Windscheid). O traço comum é o objeto a ser descrito e ao mesmo tempo aplicado pelo juiz. O juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei. O jurista-doutrinador e o juiz devem lidar com o Direito como algo posto, limitando-se o mito do dado.

A primeira cena de relevo do positivismo jurídico está arraigada ao legalismo ou a uma “codificação do Direito”, seja nas Escolas francesa, inglesa ou alemã. Desse modo, toda argumentação jurídica é imputada aos códigos, que têm em seu conteúdo uma verdade tida como insofismável. Porém, com o tempo, houve a percepção que aquilo que está escrito nos Códigos não contemplava todas as possibilidades, situação em que se iniciam os problemas relativos à interpretação dos textos.

Como não havia distinção entre Direito e texto legal, o positivismo primevo estabelecia que somente o Direito originado do Estado - legislador - era o Direito válido. Não havia uma cisão entre descrição do Direito posto e a aplicação a ser feita pelo juiz.

À obviedade, nos casos práticos, quando um juiz se deparava com uma lacuna, a situação o impossibilitava de decidir e, como corolário, um sem-número de casos que não estavam codificados poderiam ficar sem solução, já que não podiam ser considerados como

**Comentado [RSP1]:** Falta nas referências e na nota de rodapé 2 – depois apagar o autor aqui no texto

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 272 *apud*

<sup>4</sup>STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. (Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos).

questões jurídicas e não podiam ser resolvidos pela interpretação do juiz, que apenas tinha a função de assentar o texto legal ao caso concreto.

Mas o positivismo primitivo também trazia como característica indelével a separação entre Direito e Moral. E como controlar o exercício da interpretação do Direito livre de elementos metafísicos (moral, subjetivismos, ideologias etc.) que não eram bem recebidos pela teoria positivista?

O positivismo dava amostras que não se preocupava com a decisão, pois, inexoravelmente, nos casos difíceis, aspectos valorativos e morais apareceriam<sup>5</sup>.

Pois bem.

Não havendo no exegetismo uma ruptura entre descrição do Direito e a aplicação a ser realizada pelo julgador, em outra quadra da história, aparece a teoria do positivismo normativista.

Lênio Luiz Streck<sup>6</sup> ensina que:

[...] positivismo exegetico (que era a forma do positivismo primitivo) é uma coisa distinta, porque separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda presente no imaginário dos juristas - em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas, que - identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um fechamento semântico do direito - relegou o problema da interpretação jurídica a uma “questão menor” [...].

O positivismo normativista - que teve Hans Kelsen como seu expoente - modificou sobremaneira questões até então trazidas pelo positivismo primitivo, podendo-se afirmar que houve a sua superação. Então, o exegetismo foi uma passagem do positivismo que avançou com a sua construção histórica, havendo, pois, um sobrepujamento desta teoria.

Marcio Renan Hamel e Mariane Favretto<sup>7</sup>, em artigo publicado na Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, consignam:

O positivismo normativo de Kelsen superou o positivismo exegetico, o qual se firmava na proibição de interpretar. O movimento de codificação, primeiro na França

<sup>5</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. (Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos).

<sup>6</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

<sup>7</sup> HAMEL, Marcio Renan; FAVRETTO, Mariane. **A recepção da mudança de paradigmas ocorrida na filosofia da linguagem pelo direito brasileiro como superação do modelo de interpretação de Kelsen**. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/8342>. Acesso em: 03 jan. 2023.

(1804) e depois na Alemanha (1900), atribuiu aos Códigos Civis a fundamentação de toda a argumentação jurídica, abandonando-se o auxílio que, até então, prestava o Direito Romano. Em determinado momento, entretanto, a complexidade social não pode mais ser regulada de tal maneira, de modo que a autossuficiência dos Códigos não pode mais ser sustentada. A busca por uma solução que conferisse aplicabilidade, mas mantivesse a segurança fornecida pelos Códigos, obteve resultado, em um primeiro momento, no positivismo primitivo ou exegético e, posteriormente, no positivismo normativo. Por conseguinte, a tese de que o juiz deve aplicar a lei sob a proibição de interpretar não pertence ao positivismo normativo, mas sim à escola da exegese. A restrição imposta aos juízes, de que não poderiam, em hipótese alguma, criar o Direito, deve-se, em parte, às desavenças políticas entre Napoleão Bonaparte e a aristocracia francesa, a qual possuía muitos juízes como seus membros. Como forma de limitar os poderes dos juízes aristocratas, estabeleceu-se a tese de que o Código Civil de 1804 não deveria ser interpretado. Dessa maneira, o positivismo exegético fora marcado pelo fechamento semântico, separação entre o Direito e a moral e pela aposta na atribuição de um sentido exato aos signos que compunham o Código. Diante da conceituação rigorosa, o juiz era proibido de interpretar, restando liberdade apenas ao legislador.

Diferentemente do seu “antecessor”, o positivismo normativista apresentou que é possível a interpretação do Direito, e reconhece que esta é inevitavelmente dotada de subjetivismos e aspectos morais. Aqui, é válido destacar que Hans Kelsen nunca separou o Direito da Moral, mas distinguia Direito da Ciência do Direito, esta última, sim, livre de qualquer conteúdo moral.

Em Hans Kelsen, o positivismo deseja compreender e representar o Direito como ele é, sem qualificá-lo como justo ou injusto, pois, o que importa é qual é o Direito real e possível, e não qual é o Direito correto.

Nesta senda, Lênio Luiz Streck<sup>8</sup> é categórico ao afirmar:

Kelsen, consciente da – para ele – impossibilidade de controlar o subjetivismo (moral, ideologia etc.) na aplicação do Direito a ser feita pelos juízes, rende-se e faz essa distinção entre ciência do Direito e Direito. A primeira, cindida da moral. O segundo, transformado em política jurídica. O juiz, ao fazer política jurídica, não descreveria, não reproduziria acriticamente as normas, ao revés, criaria Direito que, somente a *posteriori*, seria sistematizado cientificamente. Portanto, o juiz não faria um simples exercício analítico de subsunções e silogismos. Ao contrário, sua escolha seria influenciada por fatores externos ao Direito e outros de caráter subjetivo.

Com isso, percebe-se que positivismo exegético buscava objetividade e distanciamento dos aspectos pessoais e solipsistas do julgador através de uma interpretação dotada de literalidade e com racionalidade petrificada/matematizante.

---

<sup>8</sup>STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. (Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos).

Por outro lado, a partir de Hans Kelsen, a subjetividade tornou-se inexorável na concretude do Direito, pois juiz produz norma jurídica (já que a interpretação em Kelsen é um ato de vontade), havendo, assim, uma verdadeira disrupção com o exegetismo já no século XX; no entanto, é justamente nesse ponto que nascem os problemas do positivismo kelseniano - quando da aplicação do Direito.

A interpretação como ato de vontade possibilita ao julgador uma abertura a qual ele preencherá no momento da aplicação da norma - que inclusive poderá ser ultrapassada!<sup>9</sup>. Por conseguinte, daí nascem voluntarismos, decisões discricionárias e predileções pessoais do juiz no momento da decisão judicial, pois, para Kelsen, a aplicação do direito eivada da moral e da metafísica era inevitável.

Para o austríaco “o Direito não está composto somente de leis (normas), mas é um conceito mais amplo. Por isso ele faz uma concessão, deixando de lado a preocupação com a interpretação e com decisão, rendendo-se ao fato de que juiz também produz norma”<sup>10</sup>.

O positivismo kelseniano, por ausência de uma construção com solidez no âmbito da interpretação, abriu espaço para ampla margem de discricionariedade decisória na atividade do intérprete. E por quê?

Porque o positivismo normativista sustenta que o Direito é apartado da moral na sua compreensão científica, o que não significa que na construção do Direito ele está livre de aspectos morais, subjetivismos e posições enviesadas pelo julgador.

Luiz Carlos de Oliveira Paiva Júnior e Leonardo Medeiros Junior<sup>11</sup>, no artigo Análise da Subjetividade das Decisões Judiciais sob a Perspectiva Relativista de Hans Kelsen, expuseram que:

Para Kelsen as normas carecem de determinação semântica tem face da pluralidade de sentidos possíveis, situação que por si agrava a discricionariedade do julgador. Por sua vez, o real significado das normas, ao final do sistema normativo, é dado pela autoridade judicial, impondo sua interpretação como sentido objetivo de ato de vontade, motivo pelo qual a interpretação da autoridade cria direito através do seu sentido subjetivo. A indeterminação semântica das normas reflete em todas as esferas e hierarquias judiciais, desde a norma constitucional, até a sua concretização na

<sup>9</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

<sup>10</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 19. (Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos).

<sup>11</sup> PAIVA JUNIOR, Luiz Carlos de Oliveira; MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. Análise da subjetividade das decisões judiciais sob a perspectiva relativista de Hans Kelsen. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, v. 4, n. 1, p. 73-89, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/4409/pdf>. Acesso em: 05 jan. 2023.

decisão do julgador. Ocorre que, a partir da concretização das normas o magistrado vê-se incumbido de interpretar as normas ao caso concreto possuindo o intérprete uma certa discricionariedade na decisão.

No positivismo-normativista kelseniano não há espaço para o caso concreto. O “caso” é deixado a cargo dos juízes para os quais não há métodos ou critérios que “freiam” a interpretação no momento da aplicação, abrindo, assim, a possibilidade da discricionariedade do julgador.

Exposto em linhas acima o positivismo kelseniano, em termos cronológicos, passa-se agora, mesmo que brevemente, expor acerca do positivismo jurídico de Hebert Hart, primeiro grande positivista pós-kelseniano.

Em Herbert Hart, o Direito é composto de duas ordens de regras: primárias (gerando obrigação) e secundárias (reconhecimento). As primárias definem um padrão de comportamento exigível àqueles a que ela está subordinada, porém a existência dessas regras não formaria um sistema, pois era um conjunto desordenado de obrigações que poderiam ser ineficazes para solução de incertezas originadas pelas próprias regras.

Com efeito, a profusão dessas regras levaria a um ponto de dúvida sobre o seu conteúdo (obrigacional) e como as pessoas seriam compelidas a cumprir esses comandos em razão da ausência de um sistema. Deste modo, seriam necessárias outras regras quem dariam matiz de sistema às regras primárias: as regras secundárias, que se subdividem em: reconhecimento, julgamento e alteração<sup>12</sup>.

As de reconhecimento exerceriam um papel disciplinando as próprias regras, ou seja, definindo o que é uma regra primária. As regras de alteração dispõem sobre atribuição de poderes à pessoa ou grupo que poderiam inserir novas regras – competência legislativa. Por fim, as de julgamento estabelecem por quem e como as regras primárias serão aplicadas.

Lucio Picanço Facci<sup>13</sup>, no artigo “Discricionariedade judicial: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação”, assinala:

Hart marca a distinção entre normas primárias (impositivas de condutas) e secundárias (de instituições centralizadas para criar e aplicar as normas primárias). Partindo de uma hipotética sociedade primitiva, conclui o pensador britânico que, eventual ausência de normas secundárias acarretaria graves distorções, decorrentes principalmente de três causas fundamentais: (i) insuficiente pressão social tendente ao cumprimento das normas impositivas de conduta, ante a ausência de órgãos específicos a esse fim; (ii) estaticidade do sistema, resultante da ausência de alteração

<sup>12</sup> KOZLOWSKI JÚNIOR, Wilson Marcelo. **Direito como integridade e as decisões judiciais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. Ed., 2019.

<sup>13</sup>FACCI, Lucio Picanço. Discricionariedade judicial: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação. **Revista da AGU**, v. 11, n. 32, 2012. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista56/revista56\\_125.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_125.pdf). Acesso em: 06 jan. 2023.



e adaptação das normas às modificações ocorridas no plano fático, social; (iii) incerteza quanto ao sentido e alcance das normas primárias vigentes no sistema.

Hart aponta, portanto, para a necessidade de complementação das regras primárias pelas secundárias, de forma a conferir ao regime de regras um caráter de sistema. Na sua visão, o Direito pode ser caracterizado como uma união de regras primárias de obrigação com regras secundárias institucionais. Ao contrário das normas primárias, as normas secundárias não criam obrigações, mas atribuem poderes. Na ótica hartiana, existem três tipos de normas secundárias: (i) de julgamento, disciplinadoras do processo e identificação dos órgãos e pessoas que devem julgar; (ii) de alteração, que confere poder a um indivíduo ou corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias disciplinadoras da vida social; e (iii) de reconhecimento, que serve para estabelecer critérios dotadas de autoridade para identificar a regras válidas do ordenamento jurídico.

Mas Herbert Hart, não obstante o seu Conceito de Direito com as regras primárias e secundárias, também reconhecia que o Direito não é um sistema fechado, o qual oferece respostas em completude para os casos. Segundo o jusfilósofo, considerando que as regras têm textura aberta, suas reverberações semântico-normativas estão sujeitas a exceções, detendo o julgador, portanto, poder discricionário nas interpretações das zonas de penumbras - vagueza e ambiguidade da norma - normativas em razão da multiplicidade de situações juridicamente não reguladas.

Para Herbert Hart<sup>14</sup>:

Em todos os sistemas jurídicos, haverá casos não regulados previamente pelo Direito, nos quais os juízes deverão fazer escolhas. [...] A textura aberta do Direito significa que há, de fato, áreas de conduta nas quais muito deve ser deixado para ser desenvolvido pelas cortes e oficiais quando ponderam, à luz das circunstâncias, os interesses conflitantes que variam em peso de caso a caso.

Percebe-se, portanto, que, superado o positivismo exegético (dotado de um julgador como mero aplicador de regras), as escolas positivistas de Kelsen e Hart, apesar do avanço com novas teorias sobre o que é o Direito, também apresentaram falhas no momento da aplicação do Direito.

A possibilidade de decisão judicial como ato de vontade e a textura aberta da norma como outorga para utilização da discricionariedade na concretização do Direito evidenciam que o problema do positivismo jurídico permanecia: a aplicação do Direito. O elemento principal do positivismo jurídico é, justamente, não se importar com concretização do Direito/decisão judicial<sup>15</sup>. (STRECK, 2018).

<sup>14</sup> HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

<sup>15</sup>

**Comentado [RSP2]:** Falta esse autor nas referências com essa data – também colocar na nota de rodapé e apagar aqui

Este é o nó-górdio do positivo jurídico. Diante das insuficiências e limitações das regras, diante dos casos difíceis e em face da pluralidade ou sentido das regras, o positivismo permite que o juiz faça a melhor escolha tornando-se um “senhor das leis”. Quer dizer: possibilita a discricionariedade.

## 2. PÓS-POSITIVISMO E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Observadas as limitações do positivismo jurídico, um novo movimento surgiu como forma de tentativa de superação daquele paradigma: o pós-positivismo. Em sua essência, observando o arraigado apego às regras pelo positivismo, notadamente pela sua característica normativista/descritivista; no pós-positivismo, o Direito se aproxima da moral como modelo teórico; os princípios jurídicos têm força normativa na aplicação do Direito; há a constitucionalização do Direito e uma rejeição ao formalismo.

Para o jusfilósofo espanhol Albert Calsamiglia<sup>16</sup>:

Dessa forma, o pós-positivismo romperia com a ideia de que a teoria deveria ser apenas descritiva, agregando assim um caráter também prescritivo, normativo. Neste percurso, o foco da análise que antes estava no legislador passa a estar no intérprete, ou seja, da legislação para a aplicação concreta do Direito. Assim, as teorias buscariam modos de aplicar o Direito, mais do que uma descrição estrutural.

Então, nesta “nova fase” do positivismo, o intérprete complementa um trabalho iniciado pelo legislador, partindo do que está positivado, mas não se atrelando, pois deve considerar os princípios aplicáveis ao caso concreto e, até mesmo, realizar uma espécie de conciliação dos princípios aplicáveis, de modo a adotar a solução que os realize da melhor maneira.

A entrelaçada relação de regras e princípios está relacionada diretamente sobre a distinção entre Direito e Moral, refletindo, pois, no modo como o intérprete compreende e aplica o Direito. Os princípios representariam o que se pode chamar de tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo positivismo jurídico.

Ou seja, no pós-positivismo, texto e norma jurídica são realidades que não se confundem, o intérprete não é neutro, e o seu raciocínio não é objetivo com a ideia de completude do ordenamento jurídico. Vale dizer: no pós-positivismo, o Direito não é apenas um sistema de regras, mas de regras e princípios (estes com densidade deôntica), havendo uma concepção de modelo de abertura interpretativa.

<sup>16</sup>CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 1, n. 21, 1998.

Nesta ascensão “neopositivista”, vários jusfilósofos se destacaram na teoria de superação do positivismo jurídico. Autores como Albert Casamiglia, Friedrich Müller, Robert Alexy, Jürgen Habermas, Hans Gadamer, entre outros, são nomes de relevo de reverberação dessa teoria. Contudo, tendo em vista que foram as críticas de Ronald Dworkin que se popularizaram na comunidade jurídica internacional, inclusive na comunidade jurídica brasileira, este trabalho se limitará a apresentar, mesmo que resumidamente, algumas das ideias de Dworkin como ponto de partida para a compreensão do pós-positivismo.

Por ser um dos maiores críticos do positivismo jurídico, especialmente o positivismo descritivista de Hebert Hart, Dworkin é adepto da teoria interpretativa do Direito, a qual deve ser realizada de forma construtiva. E é essa interpretação construtiva, trazendo a compreensão do Direito em completude - normativa e principiológica -, que vem a ser o que denomina Dworkin de concepção de Integridade no Direito<sup>17</sup>.

Conforme é explicado pelo jusfilósofo, a integridade impõe ao juiz o dever de aplicar ao caso todo o conjunto de leis e o repertório de decisões judiciais pertinentes, o que é exemplificado pelo jurista por meio da metáfora do romance em cadeia. Segundo a metáfora, o juiz figura, igualmente, como autor e como crítico de um romance e, nessas funções, terá que se desprender de suas concepções e focar em se adequar aos capítulos anteriores, já que não é possível perder de vista a ideia central do texto.

Assim, pode-se dizer que cada juiz é como um romancista, que deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não para descobrir como pensavam, mas para se chegar a uma conclusão do que esses juízes fizeram coletivamente. O juiz deve, ainda, ter em mente que sua participação na construção do romance será levada a sério pelos juízes que lhe sucederem.

O Direito como integridade é um freio de estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se, verdadeiramente, em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas.

Para Kozłowski Júnior<sup>18</sup>:

O intérprete do direito como integridade é fiel e coerente ao passado institucional, no entanto não se encontra acorrentado ao passado quando o juízo crítico constitucional o aconselhar a superar o que foi decidido em favor de uma nova interpretação que permita um melhor desenvolvimento dos direitos dos membros da comunidade. [...] Desta forma, o direito como integridade aqui esposado, portanto, assume que o Estado deve demonstrar para cada um de seus cidadãos igual respeito e consideração e as

<sup>17</sup> ABEL, Henrique. **Positivismo Jurídico e Discrecionalidade Judicial**: A filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

<sup>18</sup>KOZŁOWSKI JÚNIOR, Wilson Marcelo. **Direito como integridade e as decisões judiciais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. Ed., 2019.

decisões judiciais devem ser certas e fundadas em juízos objetivos de moralidade política, sem espaço para escolhas subjetivas.

Dessa maneira, o juiz interpreta e constrói o entendimento jurídico chegando ao melhor resultado através de uma análise de normas e princípios.

À vista disso, no pós-positivismo, considerando que o Direito não é somente um sistema de regras, mas regras e princípios, sob a ótica dworkiniana, a decisão como ato de vontade, em Kelsen, e a na zona de penumbra/textura aberta normativa de Hart, são falhas; e autorizam os juízes a terem um poder arbitrário e descabido, já que é possível existir uma obrigação jurídica ainda que ausente, uma regra legal válida quando da concretização do Direito.

Henrique Abel<sup>19</sup> assevera que:

A noção de princípio é fundamental dentro da teoria de Dworkin, e não poderia ser de outra forma. Afinal, se a lei é silente ou ambígua sobre determinada questão, de que modo um juiz poderia praticar uma interpretação construtiva se não houvesse nada além da lei para valorar e fundamentar sua decisão? Sem os princípios, o Direito se limitaria a ser, como queriam os positivistas, um mero sistema de regras. Se assim fosse, não haveria nenhum sentido de se falar em integridade, nem em maneiras melhores e piores de interpretar uma lei ou decidir uma questão.

Dworkin defende que há duas maneiras de identificar a discricionariedade no positivismo jurídico: uma fraca e outra forte. Na primeira, a discricionariedade do intérprete se limita à moldura externa do Direito. Na segunda, o juiz não está vinculado a qualquer padrão estabelecido pela autoridade normativa.

Isso posto, na visão de Dworkin, considerando que a teoria positivista “simpliciter” determina que, ausente a norma, o juiz possui “liberdade” para julgar, a discricionariedade seria em sentido forte.

Henrique Abel<sup>20</sup>, de forma contundente, afirma:

Deve ficar claro, no entanto, que a discricionariedade em sentido forte de Dworkin não se confunde com arbitrariedade, embora represente uma grande margem de livre poder de decisão para quem a possui. [...] Dizer que o juiz estaria limitado pela “moldura externa” do Direito é a mesma coisa que mandar um sargento selecionar seus cinco melhores soldados, ou seja, é conceder uma liberdade de decidir extremamente ampla e subjetiva. [...] a discricionariedade em sentido forte é uma porta aberta para a arbitrariedade, e nos obriga a depender dos limites que o próprio juiz irá impor a si mesmo.

---

<sup>19</sup>ABEL, Henrique. **Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial**: A filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

<sup>20</sup> *Ibid.*

Fica claro, pois, que Dworkin estabeleceu uma teoria limitadora aos poderes do julgador, sendo refratário à hipótese da discricionariedade judicial, porquanto vincula a atividade judicante aos princípios jurídicos, ao passado das decisões judiciais e ao fato de que as decisões são um trabalho inserido no contexto histórico de outras decisões, e não uma manifestação isolada de vontade ou opinião do juiz.

Expostas acima - mesmo que de forma breve - algumas das ideias e teorias de Ronald Dworkin, é possível afirmar, então, que o grande problema do positivismo jurídico - a discricionariedade judicial - está resolvido?

Na comunidade jurídica brasileira, seja por uma má-compreensão da teoria pós-positivista no tocante à utilização dos princípios com a sua deontologia, ou pela ideia de que não se pode observar o texto legal - por não ser o juiz um mero aplicador de regras -; tornou-se comum ver situações de protagonismo judicial em que o julgador, valendo-se de uma postura voluntarista, utiliza princípios jurídicos para inobservar os textos positivados, imaginando que vai de encontro ao positivismo jurídico.

Henrique Abel<sup>21</sup> é claro ao afirmar que:

Algumas leituras superficiais do trabalho de Dworkin acabam levando os juristas a crer que o autor pretendeu “tirar poder” das normas legais para dá-lo aos juízes, o que é uma completa e absurda inversão da realidade. Na raiz de todo o problema, está a má-compreensão sobre positivismo jurídico. Ao contrário do que está difundido no senso comum teórico dos juristas, o problema do positivismo jurídico nunca foi o seu apelo à obediência das normas legais, mais sim as prerrogativas antidemocráticas que ele concede aos juízes sempre que estes estejam diante de um caso concreto que não se resume à simplicidade banal de encontrar a resposta pronta num artigo de lei.

Hoje, sob o manto do pós-positivismo, que deveria ser absolutamente contrário à discricionariedade judicial, paradoxalmente, há o pretexto de que os juízes por não mais serem a “boca da lei”, os princípios passaram a conceber uma era de abertura interpretativa e protagonismo dos julgadores. A regra previamente positivada não seria um óbice institucional à atuação dos juízes, podendo ser semanticamente esvaziada.

O resultado: um restabelecimento das antigas teses das teorias juspositivistas: discricionariedade, solipsismo e voluntarismo. O pano de fundo? Princípios são valores e trazem a moral para dentro do Direito. E aqui se tem um problema, pois princípios sem qualquer densidade deontológica têm se sobreposto ao Direito positivado sem que haja por parte do julgador qualquer análise da constitucionalidade do que está posto.

---

<sup>21</sup> ABEL, Henrique. **Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial**: A filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

Sobre o fenômeno, Lênio Luiz Streck<sup>22</sup> conceituou o que pode se chamar de *pamprincipiologia*:

O neoconstitucionalismo, entre outros aspectos, redimensionou o papel dos princípios de tal modo, repercutindo num reforço do ativismo judicial, na medida em que os princípios passaram a ser concebidos como um modelo de abertura interpretativa. No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modo de justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério “jurídico” que permite certa liberdade aplicativa. Ocorre que, no fundo, a mera atribuição de nome “princípio” a algo apenas serviu para garantir aparência de juridicidade, constituindo um verdadeiro *álibi retórico*. O grande problema é que a comunidade jurídica passou cada vez mais a lançar mão do nome princípio para justificar decisões discricionárias. Isso provocou uma fragmentação na aplicação judiciária, o que me levou a cunhar a expressão *pamprincipiologismo* para designar esse fenômeno que se transformou em uma verdadeira fábrica de princípios.

Hoje, com um “culto” aos princípios, qualquer decisão pode ser correta e é aqui que entra o ativismo.

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Primeiramente, antes de apresentar alguns exemplos claros da prática do ativismo judicial na Justiça do Trabalho, se faz necessário conceituar esse fenômeno, para, então, compreender a introjeção na CLT do artigo 8º, parágrafo 2º, e como esse dispositivo deve ser interpretado à luz do atual Conceito de Direito.

Na visão de Georges Abboud<sup>23</sup>, ativismo é:

O ativismo pode ser compreendido como a atuação dos juízes a partir de um desapego da legalidade vigente para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade (viés ideológico, político, religioso etc.). Em termos qualitativos, toda decisão judicial ativista é ilegal e inconstitucional. [...] O juiz, portanto, não é um senhor da lei, afinal, não se aplica lei sem prévia interpretação e o aplicador não pode interpretar, sem limites, a legislação aplicável.

Pode-se afirmar, pois, que o ativismo judicial é, por excelência, o fenômeno em que se manifesta a discricionariedade judicial, em que por meio dele, leis são “suspensas” pelo julgador e substituídas por subjetividade.

<sup>22</sup>STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. (Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos).

<sup>23</sup>ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

Mas é importante deixar claro que, ao conceituar o ativismo judicial como o afastamento da legalidade vigente, não se está a levantar, neste estudo, a bandeira de um formalismo clássico com aplicação matematizante das leis.

O ponto é que se uma regra jurídica é válida, então ela deve ser aplicada, estando o juiz vinculado ao seu núcleo mínimo de sentido<sup>24</sup>. E deve ser assim mesmo que o julgador não concorde, não sendo possível distorções do texto positivado para fazer valer o seu ideal de justiça.

Lênio Luiz Streck<sup>25</sup> afirma que somente em hipóteses específicas é permitido ao Judiciário desvincular-se do texto legal:

a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; [...]; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição, ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição. Trabalha-se, nesse ponto, com a relação “texto-norma”. [...]; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. [...]; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo; f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”).

No plano da Justiça do Trabalho, seja no âmbito do TST, Tribunais Regionais ou em decisões de juízes em primeira instância, há muito tempo se tem notado uma profusão de decisões discricionárias que afastam o texto positivado (operador deôntico) sem lançar mão do aspecto (in)constitucional invólucro àquela lei.

Veja-se alguns exemplos.

<sup>24</sup> GOMES, Fábio Rodrigues. **O retorno ao positivismo jurídico**: reflexões críticas de um juiz desencantado. 1. ed. Niterói, RJ: Arthe Comunicação Gráfica, 2020.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O art. 30 e seu parágrafo 6º da Lei 9.656/98<sup>26</sup>, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, estabelecem que:

Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.

§ 6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

De fácil leitura, a dicção dos dispositivos acima é clara ao dispor que o trabalhador que contribuir durante a relação de emprego para o plano de saúde tem direito, após a rescisão contratual, mantê-lo nas mesmas condições desde que assuma o seu pagamento integral, não sendo considerada contribuição a mera coparticipação do trabalhador.

Uma juíza de primeiro grau integrante do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Minas Gerais, em um caso em que o trabalhador pleiteou a manutenção do plano de saúde (mesmo ciente que nunca havia contribuído para o plano durante a relação de emprego!), assim sentenciou<sup>27</sup>:

Cabe salientar que a reclamada declarou às fls. 228 (ID. 42e4d43 - Pág. 4) que o autor não contribuía com o plano e que este, portanto, não teria o direito de manter o benefício, nos termos dos arts. 30 e 31 da Lei 9.656/98, diante da exceção prevista no § 6º do art. 30 da mesma lei, não sendo o plano de saúde co-participativo.

Não é verdade que o autor não contribuía com o plano, pois este era concedido a título oneroso, já que era uma forma de pagamento indireto, seja como salário ou como benefício contratual, sendo tal regulação uma forma de obstruir a aquisição de direitos relativos à manutenção de planos de saúde cujas carências já foram cumpridas, o que é nulo de pleno direito.

A idade do autor (58 anos, fls. 158) e o enquadramento dado pela ré ao plano de saúde concedido ao longo do contrato dificultam ou prejudicam o seu direito de acesso ao sistema privado de saúde, especialmente, diante da ausência de carta de portabilidade, questão em relação à qual o autor não tem controle e que não decorre do fato de ser o plano havido no contrato decorrente de contrato coletivo de trabalho, mas do fato de que o custeio do plano, pago com o trabalho do autor e com os repasses de coparticipação, não serem considerados como pagamento para fins de enquadramento do plano nos arts. 30 e 31 da Lei 9.656/98.

<sup>26</sup>BRASIL. **Lei 9.656 de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm). Acesso em: 09 jan. 2023.

<sup>27</sup>BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais**. Disponível em: <https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010408-62.2022.5.03.0069/1#4ea1cd7>. Acesso em: 09 jan. 2023.



Tal questão, na prática, constitui uma espécie de abuso da lei que pode ser enquadrada como fraude por meio da lei a fim de inviabilizar o acesso de usuários de planos coletivos de saúde ao sistema geral de planos de saúde, inclusive, portando as carências já cumpridas. Esse enquadramento do plano de saúde da ré é unilateral e, portanto, não depende da vontade do autor.

Perceba-se que a juíza, não obstante reconhecer que o trabalhador não contribuía para o plano de saúde, pois este era na modalidade coparticipativa, concedeu o benefício ao trabalhador porque entendeu que havia uma contribuição “indireta”, seja pelo trabalho seja pela coparticipação. No seu entender, o empregador seguir o que está positivado na lei constitui abuso de direito, de modo que o que foi estabelecido pelo legislador não pode prosperar.

Fica evidente que a magistrada por não concordar ideologicamente com o conteúdo da norma, simplesmente ignorou o texto legal, decidiu como se ele não existisse, fez tábula rasa do operador deontológico e não lançou mão do controle de constitucionalidade difuso.

É um típico caso em que o conteúdo vernacular/semântico foi manietado para atender o ideal de justiça do julgador.

Em outro exemplo, agora no tocante à atuação do TST, em 2013, houve a publicação da Súmula 446<sup>28</sup>.

O referido verbete estabelece que o parágrafo 4º do art. 71 da CLT é aplicável ao maquinista ferroviário, de maneira que o intervalo intrajornada passou a não computar na jornada de trabalho desta categoria e, uma vez não gozada a pausa intervalar, serão devidas horas extras aos trabalhadores.

Ocorre que os ferroviários são uma categoria diferenciada e com especificidades em sua realidade laboral. Por conseguinte, a CLT, no art. 238<sup>29</sup>, parágrafo 5º, prevê que no caso de trabalhadores integrantes da categoria C - maquinistas - computa-se na jornada de trabalho o tempo concedido para refeição quando forem tomadas em viagem ou nas estações durante as paradas.

---

<sup>28</sup>SÚMULA Nº 446 MAQUINISTA FERROVIÁRIO. INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO PARCIAL OU TOTAL. HORAS EXTRAS DEVIDAS. COMPATIBILIDADE ENTRE OS ARTS. 71, § 4º, E 238, § 5º, DA CLT. A garantia ao intervalo intrajornada, prevista no art. 71 da CLT, por constituir-se em medida de higiene, saúde e segurança do empregado, é aplicável também ao ferroviário maquinista integrante da categoria "c" (equipagem de trem em geral), não havendo incompatibilidade entre as regras inscritas nos arts. 71, § 4º, e 238, § 5º, da CLT. Observação: Res. 193/2013, DEJT divulgado em 13, 16 e 17.12.2013.

<sup>29</sup> Art. 238. Será computado como de trabalho efetivo todo o tempo, em que o empregado estiver à disposição da estrada. §5º O tempo concedido para refeição não se computa como de trabalho efetivo, senão para o pessoal da categoria c, quando as refeições forem tomadas em viagem ou nas estações durante as paradas. Esse tempo não será inferior a uma hora, exceto para o pessoal da referida categoria em serviço de trens.

A CLT, no art. 57<sup>30</sup>, de forma clara, estabelece que os preceitos insertos no capítulo sobre duração da jornada de trabalho aplicam-se a todas as atividades, excetuadas determinadas profissões, dentre elas os ferroviários.

Ora, se esta categoria é regida por norma especiais e se há dispositivo legal que impossibilita a aplicação do art. 71 da CLT a este público, sob qual justificativa o TST afastou este regramento? Como aplicar uma regra geral em detrimento de uma regra especial? É possível uma hermenêutica desconsiderando o texto positivado?

Georges Abboud<sup>31</sup> menciona em sua obra que:

Conforme já tivemos a oportunidade de demonstrar em diversas oportunidades, o produto da interpretação judicial não se confunde, de forma isomórfica, com o texto interpretado. Por essa razão, texto e norma não são sinônimos. Ocorre que, na lição de Friedrich Müller, o elemento textual integra o programa normativo, ou seja, ele é um elemento estruturante da norma, que baliza os possíveis resultados interpretativos. Os juízes, por óbvio, podem julgar contra as leis para se aproximarem da Constituição. Ou seja, decisões judiciais que contrariam os limites do texto legal somente são admissíveis no controle de constitucionalidade. Se o julgador, ao motivar sua decisão, demonstrar, fundamentalmente, a inconstitucionalidade da lei em questão, ele estará autorizado a proferir essa espécie de decisão, respeitando, por óbvio, os limites do texto constitucional. [...] Fora dessa hipótese, a fuga da literalidade das leis e da própria Constituição atenta contra os fundamentos da democracia e transforma o Judiciário em uma intolerável e perversa caixa de surpresas.

Nitidamente, é possível perceber uma inobservância ao estabelecido pela autoridade normativa. O TST tornou letras mortas os artigos 57 e 238, parágrafo 5º da CLT, que, ressalte-se, não foram declarados inconstitucionais. O resultado? Os empregadores passaram a pagar inúmeras condenações ao pagamento do intervalo intrajornada.

Ainda, para exemplificar mais uma vez a postura ativista do judiciário trabalhista, a Lei 13.467/17 - Reforma Trabalhista - trouxe a inovação legislativa no sentido de que a petição inicial deve apresentar os pedidos certos, determinados e com indicação do seu valor. Em outras palavras, os pedidos obrigatoriamente devem ser liquidados quando do ajuizamento da ação.

Em sentido totalmente contrário ao positivado, a 3ª Turma do TST<sup>32</sup>, em recente decisão, entendeu que à luz dos princípios da finalidade, efetividade social, simplicidade e

<sup>30</sup> Art. 57 - Os preceitos deste Capítulo aplicam-se a todas as atividades, salvo as expressamente excluídas, constituindo exceções as disposições especiais, concernentes estritamente a peculiaridades profissionais constantes do Capítulo I do Título III.

<sup>31</sup> ABOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 228-34.2018.5.09.0562**. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=228&digitoTst=34&anoTst=2018&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0562&submit=Consulta>. Acesso em: 09 jan. 2023.

informalidade, o novel dispositivo deve ser interpretado como uma exigência apenas de “estimativa preliminar de crédito” a ser apurado a fase de liquidação.

Perceba-se que, à luz dos princípios, esvaziou-se o conteúdo semântico do texto. Mas em nome de quê e com base em que é possível ignorar ou “passar por cima” de uma inovação legislativa aprovada democraticamente?<sup>33</sup>.

É possível fazer isso sem lançar mão da jurisdição constitucional?

Lênio Luiz Streck<sup>34</sup> afirma que:

Eis a complexidade do problema, que deve ser devidamente entendido: historicamente os juízes eram acusados de ser a boca da lei. Essa crítica decorria da cisão entre questão de fato e questão de direito, isto é, a separação entre faticidade e validade (problemática que atravessa os séculos). As diversas teorias críticas sempre aponta(ram) para a necessidade de rompimento com esse imaginário exegético. Ocorre que, ao mesmo tempo, a crítica do direito, em sua grande maioria, sempre admitiu - e cada vez admite mais - um alto grau de discricionariedade nos casos difíceis, nas incertezas designativas, enfim, na zona de “penumbra” das leis.

E o que há de comum em todos os exemplos citados? Um enorme protagonismo judicial na criação de normas, e o que foi estabelecido pelo legislador é tido como acessório, que pode ser obedecido ou não.

O que se está a demonstrar é que as palavras e os enunciados possuem múltiplos significados e o intérprete não lhes pode atribuir qualquer um que lhe venha à mente. Isso porque as palavras detêm núcleos mínimos de sentido que constituem pontos de partida da análise textual<sup>35</sup>.

Nem o texto é tudo e nem o texto é um nada, mas ele é algo. Logo, a autoridade advinda do texto normativo impõe limite ao intérprete e, este, por sua vez, possui uma responsabilidade de respeitar os limites que a tradição e a autoridade do texto impõem. E esses limites devem ser considerados tanto para a rejeição da aplicação de uma literalidade quanto para a rejeição de uma criação discricionária do sentido do texto.

De todo modo, é preciso, de fato, reconhecer que o Direito positivado têm suas imperfeições, indeterminações, incompletudes e antagonismos, não sendo a norma (em seu conceito) construída exclusivamente pelo Direito posto. Dessarte, evidentemente que não se está aqui a defender a posição de uma operação subsuntiva formalista com a concretização algorítmica do Direito; contudo, também não se pode, à luz de um “furor” principiológico,

<sup>33</sup> DIMOULIS, Dimitri. **A relevância prática do positivismo jurídico**, v. 102, 2011. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/132>. Acesso em: 09 jan. 23.

<sup>34</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

<sup>35</sup> GOMES, Fábio Rodrigues. **O retorno ao positivismo jurídico: reflexões críticas de um juiz desencantado**. 1. ed. Niterói, RJ: Arthe Comunicação Gráfica, 2020.

descartar os textos legais como se nada fossem, manuseando-os como quiser com base em idiosincrasias.

Até mesmo porque, Direito é linguagem, que necessariamente demanda uma análise interpretativa. Mas isso não quer dizer que o intérprete está autorizado a, sob o pretexto de desconsiderar o elemento formal do texto, criar uma interpretação discricionária. Princípios não podem ser utilizados para justificar qualquer coisa.

Sem o texto, não há como se falar em interpretação, já que ele representa um pressuposto hermenêutico para o desenvolvimento de toda e qualquer atividade interpretativa. Quer dizer: não é possível hermenêuticamente admitir que a interpretação desconsidere o texto.

Parafraseando o jusfilósofo Hans Gadamer<sup>36</sup>: “quem quiser interpretar um texto deve deixar primeiro que o texto lhe diga algo.” E mais, “o texto é como a palavra do rei: sempre vem primeiro”.

#### **4. REFORMA TRABALHISTA - LEI 13.467/17; - ANÁLISE DO ARTIGO 8º, PARÁGRAFO 2º DA CLT**

Diante da criticidade na concretização do Direito - Ativismo Judicial -, consoante se pôde verificar nos exemplos citados, a resposta do legislador a esse fenômeno tardou, mas chegou forte. Com o advento da Lei 13.467/17, foram introduzidos no ordenamento jurídico uma série de alterações, seja no campo do Direito material do trabalho seja no campo do Direito processual.

Dentre as referidas alterações, está o parágrafo 2º, do art. 8º da CLT<sup>37</sup>, que estabelece:

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

A inovação trazida pela Reforma é claramente um aceno contra o ativismo judicial. E aqui, é importante transcrever trechos do parecer<sup>38</sup> emitido pela Comissão de Assuntos

<sup>36</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

<sup>37</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm) Acesso em: 10 jan. 2023.

<sup>38</sup> BRASIL. **Parecer de 2017 da Comissão de Assuntos Econômicos**, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Relator senador Ricardo Ferraço. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&disposition=inline>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Econômicos no tocante ao Projeto de Lei nº 38, de 2017 - inicialmente como Projeto de Lei nº 6.787, de 2016:

De maneira ampla, o ativismo judicial gera uma insegurança jurídica que inibe a própria autocomposição e a celebração de mais acordos. Quantas negociações coletivas benéficas a possivelmente milhões de trabalhadores deixaram de ser feitas nos últimos anos no Brasil simplesmente porque as empresas receiam serem posteriormente condenadas pela Justiça? É essencial garantir segurança jurídica a essas negociações, exatamente como faz o art. 611-A da CLT pela redação proposta pelo PLC.  
(...)

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

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

Mas é possível afirmar que a autocontenção estabelecida pelo parágrafo 2º do art. 8º da CLT é uma volta à Escola Francesa da Exegese (Positivismo Primitivo)?

Além do próprio legislador afastar essa possibilidade, já que reconhece que “interpretação e aplicação de normas não é uma atividade mecânica”, não se pode olvidar que o positivismo exegético foi há muito tempo superado pelo positivismo kelseniano, hartiano e pelo próprio pós-positivismo.

Conforme já exposto ao longo deste artigo, o exegetismo foi uma passagem do positivismo que avançou com a sua construção histórica, não se podendo, pois, abandonar o avanço de uma teoria, seja desprezando-a ou isolando-a de sua historicidade. Este ponto é fulcral para a análise do parágrafo 2º do art. 8º da CLT.

Logo, se o Direito no seu espectro matematizante foi superado, se o maior problema do positivismo jurídico primitivo, que é a subsunção de fato à norma pelo intérprete, restou derrotado, não há como, nesta quadra da história, afirmar que a inovação trazida pela Lei 13.467/17 seria um combate ao ativismo judicial através da volta ao exegetismo. Ao revés, a bandeira levantada pelo novel dispositivo é o combate à discricionariedade judicial do pós-positivismo e dos positivismos kelseniano e hartiano, sem que se obste a interpretação no momento da concretização do Direito.

E esta linha de intelecção (possibilidade de interpretação no momento da concretização do Direito), malgrado os entendimentos contrários, parece ser a mais consentânea à realidade

do Direito brasileiro, haja vista que o próprio Código de Processo Civil, em 2015, no art. 926<sup>39</sup>, inovou ao trazer positivado a teoria de Ronald Dworkin acerca da integridade e coerência:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Fredie Didier Júnior<sup>40</sup> assevera sobre o dispositivo acima que:

Esse enunciado normativo é inédito e de difícil compreensão. A começar pelo fato dele incorporar dois termos muito difundidos nos estudos contemporâneos sobre a teoria do Direito, de um modo geral, e da decisão judicial, de um modo especial: a integridade e coerência. Isso naturalmente leva o intérprete a relacionar o enunciado normativo a determinada concepção teórica a respeito do tema; sobretudo o termo “integridade”, muito ligado às ideias de Ronald Dworkin; já o termo “coerência”, por outro lado, é bem disseminado.

Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>41</sup>, comentando o referido artigo, assinala:

Uma jurisprudência coerente impede que os sujeitos envolvidos em situações análogas sejam tratados de forma diferente, o que preserva o princípio da isonomia substancial, impedindo decisões construídas de forma solipsista pelo juiz, formadas a partir de seus entendimentos e valores pessoais (“cada cabeça uma sentença”) postura conhecida como voluntarismo judicial, que na verdade esconde argumentações arbitrárias.

Assim, o dever de integridade impede o voluntarismo judicial ou discricionariedade por parte do julgador, evitando, assim, a concretização do Direito a partir de um marco zero interpretativo, sendo uma barreira de tantos entendimentos quanto sejam os juízes.

Em outras palavras, Dworkin, ao combinar princípios jurídicos com objetivos, coloca à disposição dos intérpretes um manancial de possibilidades para a construção de respostas coerentes com o Direito Positivo, o que assegura concretude em face das discricionariedades.

É essa a leitura e a interpretação que devem fazer do parágrafo 2º do art. 8º da CLT, e não uma visão de uma teoria (positivismo primitivo) que é do século XIX e que já foi enterrada como ciência do Direito. O que há, em verdade, é uma má compreensão do que seja o positivismo e um desconhecimento de sua evolução histórica. Este é, por assim dizer, um senso comum teórico.

Lênio Luiz Streck<sup>42</sup> arremata que:

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei 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/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm) Acesso em: 10 jan. 2023.

<sup>40</sup>DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 17. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

<sup>41</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

<sup>42</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é positivismo, afinal? E qual positivismo?** Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13745/pdf>. Acesso em: 06 jan. 2023.

[...] o juiz mudou, a lei mudou, a França mudou, o Brasil mudou, o mundo mudou. Por óbvio, mudou o positivismo também — mas, ao que parece, ainda insistem que sou um positivista por dizer que o texto legal importa, e talvez seja pelo mesmo motivo que ainda ressoe, nas salas de aula, que Kelsen — sobre quem falarei com mais vagar no tópico subsequente — era um exegeta. Positivismo é muito mais do que aquilo que foi a sua formulação original: o legalismo (seja ele manifestado através do exegetismo francês, da jurisprudência dos conceitos na Alemanha, ou através da jurisprudência analítica inglesa [...]).

Em outras palavras, o positivismo, ao reconhecer que é impossível — quando se fala em Direito — conceber um código, uma legislação, um sistema completo, infinito, aceita que, quando a convenção termina, o juiz decida com base em seu juízo discricionário. Dworkin, em suas críticas, resumiu bem: para o positivista, “quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário pra julgar”. Ora, esse resultado nem poderia ser diferente: o positivista não tem pretensões de dizer como o Direito deve ser aplicado. A discricionariedade torna-se, pois, nada mais que um resultado natural.

Não concordar com o Direito positivado não pode ser salvo-conduto para que o intérprete profira qualquer decisão sob o verniz do antilegalismo. Deferência aos limites normativos não é sinônimo de impossibilidade interpretativa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no presente artigo, se buscou demonstrar que o advento da “Reforma Trabalhista”, notadamente com a inserção do parágrafo 2º, do art. 8º da CLT, não objetivou retirar a independência dos juízes para interpretar o Direito, com uma volta da “*bouche de la loi*” (visão acrítica das regras).

Ao longo deste estudo, restou evidente que o positivismo em sua forma exegético-legalista foi há muito tempo superado, primeiro, pelo positivismo jurídico normativista de Kelsen, segundo, pelo positivismo descritivista de Hart, e, após, pelo pós-positivismo, tendo as ideias de Ronald Dworkin influenciado a comunidade jurídica nacional e grande parte da comunidade jurídica internacional.

Hoje, o conceito de Direito já está assentado no seio jurídico como necessário perpassar pela interpretação, não sendo uma hipótese a sua concretização de forma silogística sem os seus vetores axiológicos. No entanto, tornou-se comum uma exacerbação da atividade judicante, a qual, por meios dos princípios que assumiram um protagonismo normativo, deixa de aplicar o Direito positivado sem que este esteja ou contrário à Constituição ou que vá de encontro à própria principiologia do Direito do Trabalho.

Vê-se, pois, que, em determinados casos, prepondera o ideal de justiça do intérprete e é justamente essa a leitura que se deve fazer do parágrafo 2º, do art. 8º da CLT; uma visão contrária ao ativismo judicial (materializado através de solipsismos, voluntarismos e discricionariedade); sem, contudo, propor exegetismo.

A leitura e a interpretação mais correta? Uma análise sob o espectro de um novo modelo teórico disruptivo (pós-positivismo) e uma interpretação sistemática com o direito comum, que desde 2015 positivou a Teoria do Direito Como Integridade e Coerência de Ronald Dworkin.

Não se pode abandonar o avanço de uma teoria desprezando e isolando sua historicidade, adotando uma interpretação do novel dispositivo com alijamento da evolução da Teoria do Direito.

**Comentado [RSP3]:** Reveja esse parágrafo – Vc começa a frase sem verbo

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, Henrique. **Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial**: A filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm) Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei 9.656 de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19656.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm). Acesso em: 09 jan. 2023.

BRASIL. **Lei 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/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Parecer de 2017 da Comissão de Assuntos Econômicos**, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Relator senador Ricardo Ferraço. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&disposition=inline>. Acesso em: 10 jan. 2023.



BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais**. Disponível em:

<https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010408-62.2022.5.03.0069/1#4ea1cd7>. Acesso em: 09 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR – 228-34.2018.5.09.0562**. Disponível em:

<https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=228&digitoTst=34&anoTst=2018&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0562&submit=Consultar>. Acesso em: 09 jan. 2023.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 1, n. 21, 1998.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 17. ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022.

DIMOULIS, Dimitri. **A relevância prática do positivismo jurídico**, v. 102, 2011.

Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/132>. Acesso em: 09 jan. 23.

FACCI, Lucio Picanço. Discricionariedade judicial: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação. **Revista da AGU**, v. 11, n. 32, 2012. Disponível em:

[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista56/revista56\\_125.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_125.pdf). Acesso em: 06 jan. 2023.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meuer. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O retorno ao positivismo jurídico**: reflexões críticas de um juiz desencantado. 1. ed. Niterói, RJ: Arthe Comunicação Gráfica, 2020.

HAMEL, Marcio Renan; FAVRETTO, Mariane. **A recepção da mudança de paradigmas ocorrida na filosofia da linguagem pelo direito brasileiro como superação do modelo de interpretação de Kelsen**. Disponível em:

<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/8342>. Acesso em: 03 jan. 2023.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KOZLOWSKI JÚNIOR, Wilson Marcelo. **Direito como integridade e as decisões judiciais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. Ed., 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

PAIVA JUNIOR, Luiz Carlos de Oliveira; MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. Análise da subjetividade das decisões judiciais sob a perspectiva relativista de Hans Kelsen. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, v. 4, n. 1, p. 73-89, 2018. Disponível em:

<https://indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/4409/pdf>. Acesso em: 05 jan. 2023.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. (Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos).

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é positivismo, afinal? E qual positivismo?** Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13745/pdf>. Acesso em: 06 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.