

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INOVAÇÃO
SHAYNA AKEL MILITÃO**

**O Princípio da Autonomia Coletiva como Princípio Material: análise do exercício da
autonomia após as mudanças da Lei 13.467/2017**

Juiz de Fora

2020

SHAYNA AKEL MILITÃO

O Princípio da Autonomia Coletiva como Princípio Material: análise do exercício da autonomia após as mudanças da Lei 13.467/2017

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração: Direito, Argumentação e Inovação, sob orientação da professora Dr^a Cláudia Toledo.

Juiz de Fora

2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

SHAYNA AKEL MILITÃO

O Princípio da Autonomia Coletiva como Princípio Material: análise do exercício da autonomia após as mudanças da Lei 13.467/2017

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração: Direito, Argumentação e Inovação, sob orientação da professora Dr^a Cláudia Maria Toledo da Silveira.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Cláudia Maria Toledo da Silveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a. Dr^o. Vicente Riccio
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luís Virgílio Afonso da Silva
Universidade de São Paulo

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 03 de setembro de 2020

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família que, à sua maneira, me concedeu apoio incondicional, mantendo a confiança no meu potencial e a compreensão quando estive ausente.

Agradeço à professora Cláudia Toledo que foi responsável pelo primeiro incentivo à pesquisa ainda durante os primeiros períodos da Graduação. Estímulo esse que perdurou e ainda move minhas escolhas. Minha enorme gratidão pela paciência e compreensão com as angústias intermináveis.

Aos amigos que foram ouvidos e colos durante todo o percurso, me apoiando e incentivando, tornando esse sonho possível.

À Universidade Federal de Juiz de Fora que persiste sendo sede de ensino público e de qualidade diante do momento em que o meio acadêmico é constantemente ameaçado.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar o controle estatal quanto ao exercício da autonomia coletiva. O tema é abordado a partir da Lei 13.467/17, chamada Reforma Trabalhista na qual houve diversas alterações legais, dentre as quais foi positivada a *prevalência do negociado sobre o legislado*. A produção de efeitos pelos direitos fundamentais nas relações privadas ainda é ponto muito discutido na teoria dos princípios, principalmente quanto a direitos fundamentais sociais. Por mais que seja consolidado o pensamento de que os direitos fundamentais devam ser aplicados às relações privadas, pouco sistematizado é o pensamento acerca de *como* ocorrem os efeitos, principalmente, no momento de controle do Judiciário em relação ao exercício da *autonomia* privada dos indivíduos detentores de direitos. O denominado *modelo adequado*, elaborado por Virgílio Afonso da Silva, aborda tal tema atribuindo à autonomia privada a natureza de princípio formal. Também é analisada a proposta de Daniel Sarmento quanto à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. No que trata da estrutura dos princípios formais, foi abordado o pensamento de Martin Borowski. Para compreender e situar a questão, é preciso entender com profundidade o conceito de *direito subjetivo*, *direito fundamental completo*, os tipos de *discricionabilidade* e a *fórmula do peso completa refinada*., no pensamento de Robert Alexy, marco teórico desta pesquisa e de dois dos três autores investigados. Além da sistematização de conceitos e revisão bibliográfica, recorre-se à análise jurisprudencial a fim de compreender o comportamento da Corte Superior Trabalhista brasileira quanto ao controle de instrumentos coletivos e sua eventual mudança de postura após a nova legislação.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista, Direitos Fundamentais Sociais, Princípios Formais, Direito ao Trabalho, Autonomia

ABSTRACT

This work aims to analyze state control regarding the exercise of collective autonomy. The topic is addressed from Law 13,467 / 17, called Labor Reform in which there were several legal changes, among which was the prevalence of the negotiated over the legislated. The production of effects for fundamental rights in private relations is still a very discussed point in the theory of principles, mainly regarding fundamental social rights. As much as the thought that fundamental rights should be applied to private relations is consolidated, there is little systematized thinking about how the effects occur, especially at the moment of the Judiciary's control in relation to the exercise of the private autonomy of individuals with rights. The so-called adequate model, elaborated by Virgílio Afonso da Silva, addresses this theme, attributing the nature of a formal principle to private autonomy. Daniel Sarmiento's proposal on the application of fundamental rights in private relations is also analyzed. Regarding the structure of formal principles, Martin Borowski's thought was addressed. To understand and situate the issue, it is necessary to understand in depth the concept of subjective right, complete fundamental right, the types of discretion and the refined complete weight formula., In the thought of Robert Alexy, the theoretical framework of this research and two of the three investigated authors. In addition to the systematization of concepts and bibliographic review, jurisprudential analysis is used in order to understand the behavior of the Brazilian Superior Labor Court regarding the control of collective instruments and their eventual change of posture after the new legislation.

Keywords: Labor Reform, Fundamental Social Rights, Formal Principles, Labour Law, Autonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.	
EFEITO DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	11
Eficácia das Normas Constitucionais.....	14
1.2 Teorias acerca da Eficácia de Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares...20	
1.2.1 Teoria Mediata ou Indireta	20
1.2.2 Teoria Imediata ou Direta	21
1.2.3 Teorias Estatais	22
1.2.4 O Modelo de Robert Alexy	23
2 MODELOS DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS	
RELAÇÕES PRIVADAS.....	26
2.1 Proposta de Daniel Sarmento	26
2.2 O Modelo Adequado de Virgílio Afonso da Silva	32
2.3 O pensamento de Martin Borowski	41
3 O PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY	48
3.1 O Conceito de Direito Subjetivo	48
3.2 Os Tipos de Discricionariedade	61
3.3 Princípios Formais	66
3.4 Fórmula do Peso Completa Refinada	68
3.5 Modelo Epistêmico.....	71
4 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	74
4.1 Aplicação Do Direito Fundamental Ao Trabalho Nas Relações Privada no Contexto da Reforma Trabalhista.....	76
4.2 Limites ao Princípio da Autonomia Coletiva.....	82
5 PESQUISA EMPÍRICA – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TST.....	86
5.1 Metodologia	86
5.2 Análise das Decisões	89
5.2.a RO 228-69.2016.5.08.0000	90
5.2.b RO 169-81.2016.5.08.0000	91
5.3 Resultados	93
CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS.....	98

APÊNDICE A	103
APÊNDICE B	116
APÊNDICE C	117
APÊNDICE D	133

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo identificar a natureza jurídica, o enquadramento jurídico da autonomia privada visando à melhor compreensão da mudança legislativa com a Lei 13. 467/17 e, a partir de então, analisar o papel do Estado na intervenção ao exercício da autonomia coletiva. Com a promulgação da Lei 13.467/2017, chamada *Reforma Trabalhista*, grandes modificações ocorreram quanto ao princípio da autonomia coletiva e o papel do Estado, em especial no que se refere ao tema *o negociado sobre o legislado*. Visou-se a verificar as consequências da mudança na legislação trabalhista no que diz respeito a essa matéria, pois, antes da Reforma Trabalhista, havia a prevalência do *legislado sobre o negociado*. Com a reforma, a orientação passou a ser exatamente o contrário, isto é, a prevalência do *negociado sobre o legislado*.

Iniciou-se a discussão com a abordagem do processo de constitucionalização do Direito, o qual é marcado pela ascensão normativa das disposições constitucionais, entendidas como vinculantes, geradoras de efeitos no ordenamento. Observou-se, a partir desse processo, o fenômeno da produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Algumas teorias buscam esclarecer e justificar o modo como os direitos fundamentais produzem efeitos diante dos particulares, são as chamadas *teorias direta, indireta* e as *estatais*. A partir dessas teorias, Alexy criou o *Modelo de Três Níveis*, no qual reúne as três teorias. Para ele, vale adiantar, as teorias são iguais em resultado, de modo que a escolha do nível diz respeito à conveniência do caso.

Além do modo de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, alguns autores se dedicam ao estudo dos limites da autonomia coletiva, que justificam a postura interventiva do Estado em relação às escolhas dos particulares.

A partir do *Modelo de Três Níveis*, Virgílio Afonso da Silva propõe outro, denominado *Modelo Adequado*, no qual aborda a questão a partir da ótica da *autonomia privada* como *princípio formal*.

A caracterização da autonomia privada como princípio formal também é encontrada no pensamento de Martin Borowski. A fim de compreender tal caracterização é preciso situar a teoria dos princípios formais dentro do pensamento de Robert Alexy, especialmente no que tange à sua *teoria dos princípios*.

A análise deste último pensamento, a partir do conceito de *direito subjetivo* como posição jurídica do indivíduo perante o Estado e do *direito fundamental completo*, entendido

como um feixe de posições jurídicas de direitos fundamentais, aponta a natureza de *princípio material* para a autonomia privada. Além disso, percebe-se ainda incipiente e carente de maior aprofundamento na doutrina a análise da possibilidade ou não de ponderação, entre princípios formais e materiais.

Uma vez compreendida a natureza de princípio material da autonomia privada e os modelos que estudam a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, busca-se entender as implicações do arcabouço teórico estudado nas relações trabalhistas diante das alterações legais. Com a positivação do *negociado sobre o legislado* levantam-se questões acerca do papel do Estado em regular as relações, as nuances entre o poder decisório do juiz e dos entes privados negociantes.

Assim, estudou-se a Lei 13.467/2017 e as respectivas alterações a respeito da negociação coletiva e o papel do Judiciário Trabalhista diante das normas negociadas. Tendo em vista as mudanças atuais no ordenamento no que diz respeito a negociações e, ainda, os conceitos abordados, percebe-se que a escolha do Poder Legislativo por interferências em direitos fundamentais não significa violação constitucional, quando justificada. Aponta-se, neste sentido, que a análise da necessidade e intensidade de intervenção do Judiciário, seja na declaração de inconstitucionalidade da lei, seja na decisão do caso concreto relativo a uma situação empírica, depende do modelo de Estado estabelecido na Constituição.

Por fim, foi realizada pesquisa empírica na jurisprudência no período correspondente a um ano anterior à Reforma Trabalhista e um ano posterior a esta, a fim de analisar a postura do Judiciário na validação das normas negociadas.

Do ponto de vista metodológico, realizou-se pesquisa *bibliográfica*, em que se procedeu à investigação *analítico-interpretativa*, utilizando-se o método *dedutivo* no estudo da temática *princípio da autonomia coletiva e princípios formais e materiais*, a partir dos *marcos teóricos* adotados, Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, com o intuito de trazer maior clareza a alguns conceitos, abordando o tema com maior verticalidade, sem a pretensão de esgotar a discussão. As conclusões teóricas alcançadas foram então empregadas para o exame da *Reforma Trabalhista* como caso concreto a ser analisado. Passou-se então para pesquisa *empírica*, visando a investigar a abordagem desse princípio na realidade, a partir de *levantamento jurisprudencial* a respeito. Para tanto, como dito, pesquisou-se a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) no período relativo a um ano anterior à Reforma Trabalhista e um ano posterior a esta. Realizou-se análise qualitativa sobre a amostra de 30%

das decisões judiciais selecionadas, a fim de identificar os elementos na atuação do Judiciário no que se refere ao tema abordado.

Em apêndices foram juntadas tabelas relativas à pesquisa empírica, de modo a demonstrar e sistematizar os resultados encontrados. Além das tabelas referentes a cada um dos períodos investigados, anterior e posterior à Reforma, foram criadas outras duas referentes à tabulação cruzada, referentes à análise qualitativa do estudo.

1 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. EFEITO DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O processo de *constitucionalização do Direito* consiste na irradiação de efeitos das normas (e valores) constitucionais aos outros ramos do Direito. Como um processo, essa irradiação pode se revestir de diversas formas e ocorrer por meio de diversos atores.¹

Na constitucionalização do direito é reconhecida a força normativa da Constituição, sobre os demais ramos do Direito. É preciso lembrar que, embora a relação de submissão entre as áreas do Direito com a Constituição pareça trivial atualmente, por muito tempo o direito privado era regulado pela autonomia privada, independentemente do direito público.²

Luís Roberto Barroso define o processo de constitucionalização do Direito como “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”³.

Daniel Sarmiento⁴, por sua vez, destaca que sob o paradigma do Estado Liberal a Constituição não tecia influência sobre as relações privadas, de modo que a regulamentação destas ocorria somente no âmbito do Direito Civil. Este ramo do Direito era centrado na segurança jurídica e na proteção da autonomia privada.

Enquanto sob o Estado Liberal a Constituição limita-se a elencar direitos fundamentais individuais e políticos, assim como a organizar o Estado, no paradigma Social ela traz expressos direitos fundamentais sociais e econômicos⁵.

Barroso divide o processo de constitucionalização do direito a partir de três marcos: histórico, teórico e filosófico⁶.

O marco histórico é dado pela Lei Fundamental de Bonn de 1949, na Alemanha, que estabelece o novo constitucionalismo europeu a partir do pós-guerra. No Brasil, tal mudança ocorre, como dito, a partir da Constituição Federal de 1988, marco do processo de redemocratização do país.

¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 38.

² *Ibidem*, p. 41.

³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v.140, abr/jun 2005, p. 16.

⁴ SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003, p. 272.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op.cit.*, p. 3.

⁶ *Ibidem*, p. 6.

Como marco filosófico, o autor ressalta a corrente pós-positivista, a qual consiste na síntese de duas grandes correntes do pensamento jurídico: o jusnaturalismo e o positivismo. Fundado em valores universais, o jusnaturalismo foi a pauta para as codificações e Constituições escritas. Pela sua falta de cientificidade, o jusnaturalismo foi substituído pelo positivismo, o qual, por sua vez, é marcado pela objetividade e equiparação do Direito à lei.

A superação do positivismo pelo pós-positivismo acompanha o processo de queda dos regimes totalitários na Alemanha e na Itália, os quais cresceram sob o manto da legalidade⁷. A introdução de noções de moral e valores no conceito de Direito marcam a superação do positivismo. O ideal pós-positivista estabelece a normatividade dos princípios e sua relação com valores e regras, o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional, assim como a teoria dos direitos fundamentais centrada na dignidade humana.

O marco teórico, por fim, apresenta três características: a) o reconhecimento da normatividade da Constituição; b) a expansão da jurisdição da Constituição e c) o desenvolvimento da dogmática da interpretação constitucional.

As considerações sobre a normatividade da Constituição serão feitas posteriormente. Quanto à expansão da jurisdição constitucional, Barroso alerta para o término, após 1945, da supremacia do Poder Legislativo. Com a supremacia da Constituição, a partir do novo modelo, os direitos fundamentais se colocam como limites às atividades do Parlamento, sua proteção se torna responsabilidade do Judiciário. Além disso, tal processo resultou no desenvolvimento, de modo específico em cada país, de modelos de controle de constitucionalidade.

No âmbito hermenêutico, a elevação da Constituição como norte de todo o ordenamento provocou o desenvolvimento de métodos específicos de interpretação das normas constitucionais. Vale dizer, sem que sejam revogados os métodos tradicionais de interpretação, como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Barroso cita como princípios específicos de interpretação constitucional o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da razoabilidade, dentre outros.⁸

Para fins deste trabalho, cabe ressaltar que o processo de constitucionalização do Direito concretizou a supremacia da Constituição, a qual foi elevada ao centro do

⁷ Não é pretensão deste trabalho abordar as discussões acerca das nuances entre positivismo e pós-positivismo. Para aprofundar a discussão, Cf. ALEXY, Robert. *As Dimensões Real e Ideal do Direito*. In: TRIVISSONO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. **Princípios Formais**: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2014.Cap.1. p. 3-36.

⁸ *Ibidem*, p. 8.

ordenamento, conferindo validade e sentido a todas as normas. Importante, ainda, salientar que a Carta constitucional repercute na atuação dos Poderes, na relação destes com os cidadãos e, mais importante para este estudo, nas relações entre os particulares.

Neste momento, parece importante observar um ponto no processo de constitucionalização do Direito que trata da dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais. Além de consistirem em direitos subjetivos, entendidos como um supraconceito para posições jurídicas distintas⁹, os direitos fundamentais exercem o papel de valorar objetivamente a ordem jurídica. Trata-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A partir da noção objetiva dos direitos fundamentais, numa visão principiológica, portanto, de normas de estrutura aberta, percebe-se a aproximação do Direito com a Moral. Nas palavras de Sarmiento¹⁰:

Portanto, sendo os princípios constitucionais a principal sede normativa dos valores morais, a adoção de uma perspectiva principialista da Constituição conduz, necessariamente, a uma abertura da argumentação constitucional para a dimensão moral. Não se trata, no entanto, de uma moral transcendente, acessível através de uma razão abstrata, mas de exigências éticas revestidas de historicidade, que evoluem no tempo acompanhando as mundividências da sociedade.

A razão universal jusnaturalista não é mais suficiente, de modo que as decisões devem ser controladas através de parâmetros hermenêuticos de racionalidade prática constitucional. Assim, o Direito é dotado de segurança e previsibilidade, não mais sujeito ao decisionismo do julgador.

É importante destacar que a doutrina entende a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não como uma contraposição à dimensão subjetiva, mas uma função totalmente autônoma, conforme destaca Sarlet¹¹:

A faceta objetiva dos direitos fundamentais, [...] significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem como uma de suas consequências a irradiação de efeitos. Isto significa que toda a ordem jurídica deve ser interpretada sob a lente constitucional. Também significa que as normas de direitos

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015. Trad. Virgílio Afonso da Silva, p. 193.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Op cit.*, 2003, p. 122.

¹¹ *Ibidem*, p. 144.

fundamentais possuem eficácia em todo o ordenamento, inclusive perante a atuação de terceiros. A respeito deste processo, há duas consequências que despertam ainda grandes discussões na doutrina: a eficácia das normas constitucionais e os efeitos nas relações entre particulares.

1.1 A Eficácia das Normas Constitucionais

A noção de que a Constituição possui comandos dotados de eficácia normativa é hoje amplamente aceita na doutrina e, como visto acima, resultado do processo de *constitucionalização do Direito*. Porém, esta noção nem sempre foi adotada. Durante muitos anos, prevaleceu a ideia de que a Constituição conteria apenas comandos de organização do Estado e direcionados ao Poder Legislativo. Este sim estaria encarregado da concretização de direitos. Os direitos fundamentais, de acordo com este pensamento, somente poderiam ser invocados no limite das leis.¹²

A negação de eficácia às normas provoca visível desarranjo entre o texto constitucional e a realidade empírica, criando intransponível abismo entre os mundos do “dever ser” e do “ser”. A Constituição passa a ser vista como incapaz de proporcionar a busca pela Justiça Social e, ainda, como instrumento de manutenção de poder das classes dominantes.¹³

Nesse contexto é conhecida na doutrina a divergência entre dois grandes autores: Ferdinand Lassale e Konrad Hesse. Contemporâneo de Marx, Lassale escreveu *A Essência da Constituição*¹⁴ para defender que o seu valor consistia num mero pedaço de papel. Afirmou existirem duas Constituições, a escrita e a real, sendo a última baseada nas forças de poder e a que realmente vigora. Ainda, defende que a Constituição escrita somente será duradoura quando corresponder à Constituição real.

A fim de contestar não só Lassale e sua teoria da total ausência de normatividade ao texto constitucional, mas também tecer críticas à redução do Direito ao texto positivado de Kelsen, Konrad Hesse escreveu a sua obra intitulada *A Força Normativa da Constituição*¹⁵. Para este autor, a Constituição consiste na intermediação entre o mundo do “ser” e do “dever ser”, a realidade social influenciando a Constituição. Esta possui a pretensão de exercer

¹² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 50.

¹³ *Ibidem*, p. 54.

¹⁴ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: S.Fabris, 1991. Trad. Gilmar Ferreira Mendes.

influência sobre a sociedade, não apenas responder às forças de poder existentes nela. Não há como a Constituição ignorar as forças que regem a sociedade, existindo um condicionamento recíproco entre ambas. A força normativa da Constituição não é proveniente somente da adequação do seu texto à realidade, tendo em vista que a efetividade requer força ativa. É preciso, então, que haja a disposição para concretizar as ordens constitucionais. É o que Hesse chama de “Vontade de Constituição”.

Este conceito é importante no contexto de chamar a atenção para a necessidade da mobilização social para o cumprimento dos valores trazidos pela Constituição, reforçando seu caráter vinculante em todo ordenamento. Ainda mais importante se torna este raciocínio no objeto deste trabalho, que consiste no cumprimento de direitos fundamentais nas relações privadas. É necessário reconhecer que os padrões constitucionais sejam cumpridos nas relações privadas.

Uma vez construída a noção da força normativa da Constituição, emergiu o impasse quanto à eficácia das normas constitucionais. Na doutrina brasileira muitos autores se dedicaram a trabalhos nos quais desenvolveram classificações das normas baseados em critérios diversos. Ingo Sarlet, em sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*¹⁶, faz retomada das principais classificações da doutrina brasileira. Essa obra será utilizada como fonte de estudo das referidas teorias.

Em breve resumo, a concepção clássica da eficácia das normas constitucionais remonta ao constitucionalismo norte-americano, no qual se distinguiam normas autoaplicáveis (ou autoexecutáveis), que não necessitam de atuação legislativa, de normas não autoaplicáveis (ou não autoexecutáveis), que, por sua vez, necessitam de atuação do legislador para serem efetivas. Esta formulação clássica foi trazida por Ruy Barbosa e reformulada por Pontes de Miranda, que reconheceu a possibilidade de normas programáticas.

Esta concepção clássica sofreu várias críticas, as principais no sentido de que a terminologia *autoaplicável* sugere o sentido de que a norma não pode sofrer qualquer restrição. Ainda no sentido terminológico, a denominação *não aplicável*, sugere a impossibilidade das normas produzirem efeitos, uma vez que, conforme sustenta a crítica, toda norma constitucional produz algum efeito jurídico.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 242 e ss.

José Horácio de Meirelles Teixeira¹⁷ defende que toda norma constitucional possui eficácia em determinado grau. Assim sugere a classificação das normas em dois grupos: de eficácia plena, que corresponderia ao grau máximo de eficácia, e de eficácia limitada, que atribui ao legislador a tarefa de densificar a matéria ao ponto de produzir efeitos. Este autor, conforme explica Sarlet, ainda divide as normas de eficácia limitada em dois grupos, sendo um das normas programáticas, destinadas ao legislador, e o outro de normas de legislação, que conferem competência, são normas organizacionais.

A classificação seguinte foi a que recebeu maior aceitação na doutrina nacional, correspondendo ao estudo do Prof. José Afonso da Silva, na sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*¹⁸. Segundo este autor, as normas são divididas em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. As primeiras são dotadas de aplicabilidade direta, não necessitando da atuação do legislador. As normas de eficácia contida também são dotadas de aplicabilidade direta, porém podem sofrer alguma restrição do legislador. Por fim, as normas de eficácia limitada, possuem aplicabilidade indireta, não sendo dotadas de normatividade suficiente para produzir efeitos sem a intervenção legislativa. Segundo Sarlet¹⁹, as normas de eficácia limitada englobam as normas declaratórias de princípios programáticos.

Celso Ribeiro de Bastos e Carlos Ayres Britto constroem seu modelo a partir do critério do modo de incidência das normas constitucionais. Seguindo, portanto, esse critério, as normas constitucionais são divididas em inintegráveis (ou de mera aplicação), que compreendem normas impermeáveis a outras de nível inferior, e normas integráveis, que serão integradas com a vontade do legislador. As normas integráveis são divididas em restringíveis e completáveis.²⁰

A prof. Maria Helena Diniz é responsável pela mais atual sistematização das normas constitucionais, sendo estas divididas em quatro grupos: i. normas com eficácia absoluta, que não sofrem alteração nem mesmo por Emenda Constitucional; ii. normas com eficácia plena, de aplicabilidade direta; iii. normas com eficácia relativa restringível, de aplicabilidade direta, sendo passível de restrição; e iv. normas com eficácia relativa completável, de aplicabilidade indireta, sem capacidade de gerar efeitos, incluindo as normas de princípios institutivos e as normas programáticas.²¹

¹⁷ *Ibidem*, p. 246.

¹⁸ *Ibidem*, p. 248.

¹⁹ *Ibidem*, p. 248.

²⁰ *Ibidem*, p. 248.

²¹ *Ibidem*, p. 249.

Há outros importantes trabalhos que classificam as normas constitucionais. Porém, como destacado por Sarlet, o fazem através de critérios diferentes. Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza o critério da consistência e amplitude dos direitos imediatamente resultantes da norma constitucional para os administrados.²² Já o ministro Luís Roberto Barroso utiliza o critério da consistência da situação jurídica dos indivíduos diante dos preceitos fundamentais.²³

Na mesma medida em que observou Sarlet, diante da divergência dos critérios utilizados nas teorias dos autores destacados acima, não serão utilizadas para maiores considerações, tendo em vista a oportunidade de discussão no trabalho.

Importante crítica às classificações estudadas foi realizada por Virgílio Afonso da Silva, na qual o autor propõe a não equivalência da distinção das normas constitucionais em decorrência da sua eficácia com a teoria dos princípios, negando a possibilidade de distinção. No artigo *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, o autor desconstrói a noção de que haveria a classificação das normas constitucionais a partir de graus de normatividade em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Com o objetivo de conceituar o *núcleo essencial*²⁴ dos direitos fundamentais, o autor parte da noção de que as normas de direitos fundamentais possuem suporte fático amplo. Afirma que esta discussão no âmbito constitucional é algo pouco encontrado, até contraintuitivo. De outro modo acontece em outros ramos do Direito, como o penal e o tributário, nos quais o suporte fático recebe o nome de *tipo e fato gerador*, respectivamente, e são amplamente estudados.

No que se refere às disposições normativas que determinam direitos fundamentais, como definir o âmbito de proteção? Quais condutas estão abrangidas pela norma? Em face de quem? Definir o suporte fático não depende somente de delimitar o âmbito de proteção do direito afetado, mas também a margem da intervenção permitida nesse direito. Isto consiste no que Silva define como composição dual do suporte fático. Nas palavras do autor:

Tanto aquilo que é protegido (*âmbito de proteção*), como aquilo contra o qual é protegido (*intervenção*, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos

²² *Ibidem*, p. 249.

²³ *Ibidem*, p. 249.

²⁴ Utiliza-se o termo núcleo essencial, ao invés do utilizado pelo autor – conteúdo essencial – devido ao primeiro atribuir maior precisão técnica acerca da essencialidade do conteúdo. O núcleo, portanto, é composto pelo conteúdo necessário à existência do direito.

fundamentais. Isso porque a consequência jurídica – em geral a exigência de cessação de uma intervenção – somente pode ocorrer se houver uma *intervenção* nesse âmbito.²⁵

Esta concepção dual de suporte fático consiste no modelo proposto por Alexy e defendido por Martin Borowski. Silva faz, porém, uma alteração no modelo. Partindo do conceito de suporte fático como *os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental*, defende que não basta a ocorrência do fato protegido pelo do âmbito de proteção do direito fundamental e da sua intervenção, mas também da *não fundamentação constitucional*. Assim, se houver uma intervenção fundamentada constitucionalmente, não ocorrerá uma violação, mas uma restrição de direito fundamental.²⁶

Portanto, direitos fundamentais são restringíveis, de modo que incumbe àquele que o restringe o ônus argumentativo de justificação. Uma importante conclusão a partir dessa premissa consiste na separação dos direitos fundamentais de seus limites. Assim, afastam-se as teorias que defendem o suporte fático restrito, uma vez que não há condutas ou situações jurídicas excluídas *a priori* do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Está claro que a extensão daquilo que é protegido *prima facie* é maior do que será garantido definitivamente. A partir disso se extrai a relação existente entre o direito e sua restrição. Observa-se que esta relação não implica que a restrição seja abarcada pelo conceito do direito. Essa restrição é extrínseca, conforme o entendimento da *teoria externa*. É importante frisar que são encontrados autores que defendem a *teoria intrínseca*, que compreendem o suporte fático com exclusões *a priori* de condutas ou situações de proteção do direito fundamental²⁷.

Desse modo, a restrição *àquilo que é prima facie* protegido deve ser fundamentada, alcançando-se o conteúdo do direito definitivamente garantido. Caso contrário, não ocorrerá a consequência jurídica da norma, o que normalmente implica a ilegalidade da restrição e a garantia do bem jurídico protegido.

Conclui-se que a teoria dos princípios de Alexy tem como pressuposto a teoria do suporte fático amplo.

No recorte efetuado por este trabalho, qual seja, o direito fundamental social ao trabalho na perspectiva da irradiação de efeitos das normas constitucionais nas relações

²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **RDE: revista de direito do estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, 2006, p. 30.

²⁶ *Ibidem*, p. 31.

²⁷ *Ibidem*, p. 34.

privadas, cabe tecer uma crítica ao conceito de suporte fático amplo trazido por Virgílio Afonso da Silva.

No texto *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, o autor afirma que:

A definição [de suporte fático] sustentava que, para toda ação, estado ou posição jurídica x, que seja abarcada pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, e que tenha sofrido uma intervenção **estatal** não fundamentada constitucionalmente, deverá ocorrer a consequência jurídica desse direito atingido que, em geral, é a exigência da cessação da intervenção. (grifos acrescidos)²⁸

Partindo-se da noção de que direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos – dotados, portanto, de justiciabilidade –, e, ainda, de que são exigíveis perante particulares – efeito horizontal dos direitos fundamentais –, entende-se que o conceito de suporte fático deve também considerar a possibilidade de que qualquer ação, estado ou posição jurídica possa ser restrita por um particular. Por isso, defende-se que o termo “estatal” não deve compor o conceito de suporte fático, uma vez que restringe as possibilidades de intervenção a um direito fundamental.

Assim, tanto Estado como um particular podem provocar uma intervenção que restrinja direito fundamental. Caso essa restrição não seja fundamentada constitucionalmente, é inconstitucional, deve, portanto, cessar.

A partir da noção de âmbito de proteção *prima facie* e de restrição, é possível concluir que o núcleo essencial do direito fundamental é relativo, devendo ser alcançado na análise do caso concreto.

Silva defende que a noção do conteúdo essencial relativo é necessária a fim de manter a coerência argumentativa²⁹, uma vez que suporte fático amplo, possibilidades de restrições a esses direitos, inevitabilidade da colisão entre princípios e técnica da ponderação para solução desta colisão, são todos elementos que constroem a noção relativista no núcleo essencial.³⁰

Assim, conclui-se que as restrições aos direitos fundamentais consideradas proporcionais – que passaram na análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – não ferem o núcleo essencial dos direitos.

²⁸ *Ibidem*, p. 35.

²⁹ *Ibidem*, p. 42.

³⁰ *Ibidem*, p. 42.

A respeito das considerações de Silva, é importante apontar a crítica de Sarlet, a fim de enriquecer o debate:

[...] a alegação de que o fato de todos os direitos fundamentais serem restringíveis implica serem todas as normas constitucionais de eficácia limitada (ou restringível), por si só não tem o condão de afastar a classificação difundida por José Afonso da Silva e mesmo, antes dele e de modo distinto, por Meirelles Teixeira. Em primeiro lugar, a classificação de José Afonso da Silva diz respeito a toda e qualquer norma constitucional, e não apenas às normas de direitos fundamentais, às quais, salvo melhor juízo, se refere Virgílio Afonso da Silva.³¹

É importante refutar a conclusão de Sarlet. Ainda que Silva esteja se referindo apenas às normas constitucionais de direitos fundamentais, é possível expandir suas conclusões para as todas as normas constitucionais, na medida em que são dotadas de eficácia. Assim, geram efeitos imediatos sendo restringíveis mediante justificação.

É importante concluir que todas as normas constitucionais que têm conteúdo de direito fundamental são passíveis de sofrer restrição, contanto que esta seja justificada.

Uma vez esclarecida a importância da ascensão da Constituição como fonte normativa do ordenamento brasileiro e a consequente eficácia das normas constitucionais, é preciso entender *como* essas normas orientam as relações entre particulares.

1.2 Teorias acerca da Eficácia de Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares

As principais teorias são a da incidência indireta, da incidência direta, da imputação do Estado (*state action* e a teoria de Schwabe) e a teoria integradora de Alexy.

1.2.1 Teoria Mediata ou Indireta

O modelo de efeitos indiretos é o mais comum, inclusive utilizado pelo Tribunal Constitucional alemão no caso referência de irradiação de efeitos das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, o caso Lüth.

Este modelo tem como premissa a consideração de que os direitos fundamentais constituem uma ordem objetiva de valores que constituem norte axiológico do ordenamento. Além disso, defende-se neste modelo que os direitos fundamentais atuam como *cláusulas*

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, 2012, p. 254.

gerais, ou ainda, consistem em *conceitos abertos* que funcionam como *portas de entrada* dos valores constitucionais nas relações privadas.

As críticas dirigidas ao modelo de eficácia indireta são normalmente voltadas para a refutação da ideia de direitos fundamentais como ordem objetiva de valores. Virgílio Afonso da Silva explica a crítica de Jürgen Habermas a esse modelo no sentido de que haveria uma substituição do juízo deôntico (“o que é devido”) pelo juízo axiológico (“o que é bom”)³².

Outra crítica apontada por Silva consiste na ideia de que não há cláusulas gerais suficientes para permitir a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, de modo que sua proteção seria prejudicada, insuficiente.³³

Por fim, critica-se a sobreposição de jurisdição provocada pelo modelo indireto, de forma que a necessidade de cumprimento de preceitos constitucionais transformaria todo caso de direito privado em constitucional. O tribunal constitucional ficaria responsável pela revisão de toda a legislação ordinária.³⁴

1.2.2 Teoria Imediata ou Direta

A teoria da aplicabilidade direta entende ser desnecessária intermediação legislativa para que os direitos fundamentais sejam aplicados às relações privadas. Assim, tais direitos são exigíveis perante os sujeitos privados da mesma forma como perante o Estado.

Esta teoria tem como defensor de maior expoente Hans Carl Nipperdey, segundo o qual os direitos fundamentais produzem *efeitos absolutos*, dispensando *artimanhas interpretativas*³⁵ para sua aplicação nas relações privadas.

Silva faz importante ressalva, apontando a distinção entre *efeitos absolutos* e *direitos absolutos*. Sustenta Silva que Nipperdey entende por *efeitos absolutos* aquilo que a doutrina brasileira classifica como aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações privadas³⁶. Quanto aos *direitos absolutos* podem assumir o significado de imutabilidade no tempo ou de ser impossível sofrerem limitações. Nipperdey, no entendimento de Silva, sustenta sua tese a partir da ideia de *efeitos absolutos*, rejeitando as duas concepções de *direitos absolutos*. Com a tese dos *efeitos absolutos*, Nipperdey se contrapõe à tese firmada

³² SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.*, 2011, p. 84.

³³ *Ibidem*, p. 85.

³⁴ *Ibidem*, p. 86.

³⁵ *Ibidem*, p. 87.

³⁶ *Ibidem*, p. 89.

pelo Tribunal Constitucional alemão no caso Lüth, dos *efeitos irradiadores* dos direitos fundamentais.³⁷ Isto é, o autor contrapõe a necessidade de intervenção legislativa para a aplicação de direitos fundamentais às relações privadas.

O conceito de *direitos absolutos*, por sua vez, diz respeito a duas teorias principalmente: 1) direitos fundamentais são absolutos porque são imutáveis no tempo (esta ideia se alinha à teoria jusnaturalista); 2) direitos são absolutos porque são irrestringíveis. Como já destacado, a noção de direitos fundamentais como absolutos pode intuitivamente gerar a impressão de maior proteção. Porém, partindo-se do pressuposto de direitos fundamentais como princípios, é inviável negar a possibilidade de colisão e sua consequente restrição. Assim, direitos absolutos não são coerentes com a ideia de princípios e proporcionalidade.

Cabe ressaltar as críticas voltadas a essa teoria no sentido de retirar a autonomia do Direito Privado e, conseqüentemente, um de seus pilares mais importantes: a autonomia privada. Sabe-se que o Direito Privado é fundado na proteção do indivíduo perante o Estado, garantindo ao primeiro âmbito de poder de tomada de decisão, no qual pode, inclusive, afastar a incidência de direitos fundamentais. A relação da autonomia privada com os demais direitos é ainda pouco esclarecida e explorada na doutrina. Nesse sentido, a teoria direta sofre críticas no sentido de ignorar as peculiaridades existentes pelo fato de serem ambas as partes dotadas de direitos fundamentais.³⁸

Silva aponta que o uso indiscriminado da teoria direta tende a criar um modelo generalizador, que não identifica as peculiaridades dos casos. Segundo o autor, ainda que não tenha abordado a questão com profundidade, o STF decidiu nesse sentido o caso RE 161.243³⁹, quando afirmou que o princípio da igualdade deve ser respeitado em qualquer relação. No caso, um trabalhador da Air France reivindicou direitos que o plano de carreira garantia somente a franceses, requerendo a igualdade no tratamento. Daí se extrai a necessidade de construir um modelo que identifique as peculiaridades do caso concreto e construa uma fundamentação adequada, qual seja, não generalizante.⁴⁰

1.2.3 Teorias Estatais

³⁷ *Ibidem*, p. 89.

³⁸ TOLIO, Marcelo de Castro. **Direitos Fundamentais Sociais nas Relações entre Particulares**. 2008. 104 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Luterana do Brasil, Canoas, 2008.

³⁹ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 161243. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 07 de outubro de 1999. **Dje**. Brasília, Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1556124>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

⁴⁰ SILVA. Virgílio Afonso da. *Op cit.*, 2011, p. 94.

Além dos modelos descritos acima, há duas teorias que, aparentemente, negam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas o fazem equiparando as ações do particular às do Estado ou responsabilizando o Estado pelas ações do ente privado. Tais ideias foram desenvolvidas na Alemanha por Jürgen Schwabe, sendo chamada nos EUA de “State Action”.

A teoria da “State Action” consiste no apontamento da incoerência entre a teoria e a prática dos tribunais. Enquanto, no campo teórico, mantém-se o paradigma liberal no sentido de negar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, valorizando a liberdade do indivíduo, a prática não sustenta tal postura. Nos tribunais norte-americanos, o que se vê é a construção artificial de saída através da equiparação da ação privada à ação estatal, para justificar a atuação judicial.⁴¹

A teoria de Schwabe, por sua vez, não equipara as ações privadas às do Estado, elas são tratadas como tal, particulares. Porém, os *efeitos* dessas atitudes são responsabilidade do Estado. Assim, segundo essa teoria, o controle judicial de imputação da responsabilidade do Estado sobre as ações privadas dá-se em virtude dos *efeitos* dessas ações.

Para que a violação de um particular seja vinculada ao Estado, atribuindo a este a responsabilidade pela restrição ao direito fundamental, é preciso que haja omissão. Assim, quando um particular viola direito fundamental de outro e sobre a matéria em questão não há lei a respeito, o Estado é imputado. Porém, caso haja alguma norma infraconstitucional a respeito, o particular será responsável.

Ambas as teorias, da equiparação e da imputação, são criticadas pela evidente artificialidade em que se desdobram para argumentar a favor da responsabilidade do Estado a respeito da violação de direitos fundamentais por particulares.

1.2.4 O Modelo de Alexy

Alexy critica os modelos acima descritos no sentido de que, a partir deles, podem ser alcançados resultados equivalentes. Segundo o autor, “duas construções jurídicas são equivalentes em resultado se todo resultado que pode ser obtido no âmbito de uma puder também ser obtido no âmbito da outra”⁴².

⁴¹ *Ibidem*, p. 100.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Tradução Virgílio Afonso da Silva, p. 531.

Entende o autor que tais teorias não devem ser descartadas, uma vez que são incompletas. Assim, o modelo de três níveis elaborado por Alexy compreende todas as teorias que tratam de *como* os direitos fundamentais devem produzir efeitos nas relações privadas.

No primeiro nível, do dever estatal, encontra-se a teoria dos efeitos indiretos. O dever estatal origina-se no fato de que a aplicação de todos os ramos do Direito deve observar os princípios objetivos (normas de direitos fundamentais que formam a ordem objetiva de valores). Ou seja, na aplicação da legislação infraconstitucional e, ainda, na sedimentação da jurisprudência, o juiz deve observar o cumprimento de tais princípios.

O segundo nível trata dos direitos em face do Estado que têm efeitos perante terceiros. Alexy utiliza o caso *Blinkfuer* para demonstrá-lo:

A Editora Springer conclamou os vendedores de jornais e revistas a um boicote contra a revista *Blinkfuer* e, ao mesmo tempo, fez ameaças de sanções comerciais contra aqueles que não aderissem ao boicote. A ação de indenização proposta pelo editor da revista *Blinkfuer* foi rejeitada pelo Superior Tribunal Federal. Contra essa decisão foi interposta reclamação constitucional; em seu julgamento, o Tribunal Constitucional Federal anulou a decisão do Superior Tribunal Federal em razão da violação do direito fundamental praticada pelo editor da revista *Blinkfuer* em virtude do art. 5º, § 1º, da Constituição alemã⁴³. O Superior Tribunal Federal considerou o boicote organizado pela Editora Springer como permitido, não tendo, portanto, determinado punição para o ato. Essa decisão acerca do não direito do editor da *Blunkfuer* perante a Editora Springer se equipara a uma permissão para o boicote. Ao revisar a decisão, o Tribunal Constitucional Federal considerou o contrário, ou seja, que os princípios de direitos fundamentais exigem a abstenção da Editora em relação ao boicote, ou seja, exigem a não conclamação pela Editora para o boicote. Com isso, demonstra-se que a construção dos efeitos dos direitos fundamentais apenas pelo *status* negativo, ou seja, direitos fundamentais como direitos à proteção em relação ao Estado, não é suficiente. É preciso conjugar tal construção com o direito à proteção do Estado em face de atos de terceiros, compreendendo direitos a prestações.

A partir dessa construção, garante-se ao cidadão o direito de exigir do Estado a garantia do princípio constitucional que lhe seja favorável.

O terceiro nível refere-se aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre entes privados. Primeiramente, é importante observar que os efeitos diretos não significam

⁴³ “Artigo 5. Liberdade de opinião, de arte e ciência §1º Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura.”

que um cidadão tem, em face de outro, o mesmo direito que tem em face do Estado. Não significa, tampouco, que o cidadão pode requerer uma obrigação de outro cidadão assim como pode requerer do Estado (o cidadão não pode demandar a elaboração de uma lei a outro cidadão, por exemplo).

Porém, há direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências nas relações privadas que são fundamentados nos direitos fundamentais. Assim, estes produzem efeitos diretos nas relações entre cidadãos. Ou seja, os direitos fundamentais atuam como razões para direitos e obrigações nas relações privadas em virtude da sua existência. Caso tais direitos não existissem, não haveria efeito nas relações privadas.⁴⁴

Essa observação é importante para o tema deste trabalho. Conforme alerta Alexy, o destinatário do direito continua sendo o Estado, não havendo troca do destinatário do direito. O autor é claro nesse sentido ao afirmar que “um direito do cidadão contra o Estado não é um direito do cidadão contra outro cidadão”.⁴⁵

⁴⁴ *Ibidem*, p. 539.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 538.

2 MODELOS DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

2.1 Proposta de Daniel Sarmento

O autor parte da premissa de que a aplicação de direitos fundamentais na relação entre particulares deve ser alvo de estudo específico em virtude de, ao contrário do que ocorre na relação cidadão-Estado, serem as duas partes detentoras de direitos. Os particulares possuem autonomia para a tomada de decisões, direito este que possui proteção constitucional.

Deste modo, na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a autonomia privada sofre imposição de limites. Defende o autor que esta limitação deve ocorrer por meio da ponderação.

O objetivo de Sarmento é, portanto, estabelecer critérios, ou *standards*, para a ponderação na análise do caso concreto. Tal temática se torna de grande importância na medida em que a jurisprudência brasileira vem adotando a ampla eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas sem, contudo, o devido esforço argumentativo na fundamentação das decisões.⁴⁶

Nas palavras do autor, as decisões parecem “basear-se mais numa intenção de justiça dos juízes do que numa argumentação dogmática sólida”⁴⁷. A fim de evitar alto grau de subjetividade nas decisões, é preciso torná-las controláveis por meio de critérios claros e objetivos. A fundamentação criteriosa é essencial para que a discricionariedade judicial não se transforme em arbítrio. Estabelecidas tais premissas, destaca o primeiro critério a ser analisado: a desigualdade fática. É preciso averiguar a existência de diferenças no poder entre os atores sociais.

Na concepção dos direitos fundamentais no paradigma liberal, os direitos tinham como objetivo pautar a relação dos indivíduos com o Estado, uma relação verticalizada. Ao refletir sobre a aplicação de direitos entre particulares, não é possível esquecer que há grandes diferenças de poderes entre as partes. Karl Marx já apontou com extensão as origens e consequências decorrentes da diferença de poder nas relações privadas. Vale ressaltar, neste ponto, que a desigualdade fática elaborada por Sarmento consiste numa desigualdade

⁴⁶ Sarmento, Daniel. *Op. Cit.*, p. 261.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 261.

material, conforme aponta Silva.⁴⁸ Inclusive, é possível perceber que Sarmento utiliza ambos os termos ao longo de sua obra.

Isto demonstra a necessidade e importância de serem elaborados critérios a serem seguidos pelos tribunais, na medida em que se torna necessário superar a análise fictícia de igualdade formal. É importante ter em mente que o fato de a superficialidade proveniente de uma análise meramente formal reforça tais diferenças entre grupos sociais. É preciso considerar que a tomada de decisão é influenciada por diversos fatores que tornam a relação assimétrica.

Silva aponta críticas em relação ao critério da desigualdade fática elaborado por Sarmento. Segundo o primeiro autor, o critério da desigualdade é estanque, no sentido de que sempre que houver uma desigualdade fática, haverá a necessidade de proteção da parte hipossuficiente. Defende que essa relação nem sempre ocorre, de modo que deve ser considerado o grau de autonomia real existente entre as partes.⁴⁹ Segue explicando que é cabível numa relação privada existir considerável grau de desigualdade fática entre as partes e ainda assim haver um enorme grau de autonomia na tomada de decisão.⁵⁰

Por isso, Silva desenvolve seu *Modelo Adequado* baseado em critérios dentre os quais deve ser analisada a autonomia real, em contraposição com a aparente, existente na tomada de decisão das partes. Cita como exemplo programa de *reality show* existente na TV, no qual os participantes abrem mão de direito à privacidade. Ainda que seja inegável a desigualdade fática entre a emissora de TV e o participante, há uma real manifestação da vontade, defende o autor⁵¹.

Em resposta à crítica acima, Sarmento aponta que é característica do Direito empregar generalizações, a fim de exercer seu papel. É a partir de generalizações que são elaboradas normas de ordem pública, as quais orientam ramos como o Direito do Trabalho, defende. Destaca que o papel da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é proteger os indivíduos contra os poderes existentes além do Estado⁵².

Além da generalização, ainda respondendo a crítica empreendida por Silva, entende Sarmento que o critério da autonomia possui campo mais limitado do que o da desigualdade fática. Isso ocorre porque a autonomia só pode ser analisada quando há

⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, 2011, p. 156.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 157.

⁵¹ *Ibidem*, p. 157.

⁵² SARMENTO, Daniel. *Op cit.*, 2006, p. 263.

manifestação de vontade, de modo que o critério se torna inócuo quando a parte não se manifesta⁵³.

Outro fator importante a ser considerado na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas consiste na necessidade de proteção também das instituições perante o Estado. Algumas delas possuem a autonomia garantida constitucionalmente, conforme artigos 8º, I, CF/88 (sindicatos) e 5º, XVIII, CF/88 (associações). As nuances acerca da aplicação das normas de direitos fundamentais nas instituições se apresentam na medida em que devem proporcionar a defesa dos direitos fundamentais sem que essa proteção interfira em excesso na tomada de decisão dos grupos, de acordo com cada realidade. Nas palavras de Sarmento⁵⁴:

Enfim, na nossa opinião, a questão do poder do agente privado é, sim, de grande relevância na definição do grau de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Todavia há que se ter o cuidado de evitar que a aplicação mais intensa dos direitos fundamentais sobre entidades intermediárias possa converter-se numa forma de asfixia do pluralismo social, e de imposição heterônoma de pautas de conduta “politicamente corretas” às associações humanas voluntárias, em prejuízo da identidade coletiva dos seus integrantes.

Em seguida, afirma que a vinculação dos direitos fundamentais ocorre não só nas relações assimétricas, mas também nas paritárias, sob pena de proporcionar uma proteção incompleta à dignidade humana.

É preciso notar que, independentemente da paridade ou não na relação privada, a autonomia privada, mais especificamente seu peso e seus limites, devem ser alvo de análise. Há, portanto, uma relação entre a autonomia privada e a dignidade humana, uma vez que a proteção à manifestação de vontade do indivíduo ocorre em virtude da sua dignidade humana. Observa Sarmento que, paradoxalmente, a dignidade humana é fonte axiológica dos direitos fundamentais e, também, ponto de onde se extrai a limitação à proteção destes.⁵⁵

Essa relação entre autonomia e dignidade humana é muito discutida quando abordada a questão do conceito da dignidade humana. Sendo assim, faz-se necessário tecer breves anotações a respeito.

Um dos trabalhos mais conhecidos sobre o tema da dignidade humana foi desenvolvido pelo ministro Roberto Barroso, intitulado *A dignidade da pessoa humana no contexto contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Primeiramente, o ministro destaca como a dignidade humana vem sendo citada em diversas

⁵³ *Ibidem*, p. 264.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 265.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 269.

decisões, não só no país como na jurisprudência internacional. Muitas decisões são pautadas pelo critério da proteção à dignidade humana. Por outro lado, o uso elevado do termo dignidade humana resulta, segundo a crítica, na perda do seu conceito, uma vez utilizado sem o devido critério.⁵⁶

Assim, percebe-se a importância do tema. Barroso descreve que a centralidade da dignidade humana no ordenamento jurídico ocorre no momento de sua ascensão como princípio, a partir do paradigma pós-positivista. De valor filosófico atribuído ao que é justo e bom, a dignidade humana torna-se mandamento normativo e fundamento dos direitos fundamentais.⁵⁷

Sendo a dignidade humana declarada em um princípio é preciso que a ela seja atribuído um conteúdo mínimo. Barroso atribui então três conteúdos mínimos à dignidade humana, são eles: valor intrínseco, autonomia da vontade e valor social da pessoa humana (em seguida também descrito pelo autor como “valor comunitário”).

O valor intrínseco relaciona-se com o elemento ontológico da dignidade humana, ao que é comum a todo ser humano. Dele decorre do imperativo kantiano antiutilitarista do indivíduo como um fim em si mesmo e o imperativo antiautoritário no sentido de que o Estado existe em função do indivíduo e não o contrário. Destaca que o valor intrínseco, no plano jurídico, delimita a inviolabilidade da dignidade humana, em virtude da proteção a diversos direitos fundamentais. Vale ressaltar a ampla discussão existente em relação à proteção ao direito à vida, principalmente no que se refere à morte digna, quando a dignidade humana é fundamento para restringir a autonomia privada. Não há como estender tal discussão, que abrange a difícil relação entre moral e justiça, para além das breves anotações aqui realizadas.

O segundo elemento descrito por Barroso consiste na autonomia, vista como o elemento ético da dignidade humana, ligado ao exercício da vontade e ao conceito de *autodeterminação*. Trata-se do “poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas.”⁵⁸

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade humana da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 8-9.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 24.

O terceiro elemento que compõe a dignidade humana consiste no *valor comunitário*, o qual se refere aos valores compartilhados pela comunidade, os padrões civilizatórios e os ideais do que consiste uma vida boa.⁵⁹

Quanto ao conceito de dignidade humana acima descrito, elaborado por Roberto Barroso, vale ressaltar as críticas apontadas por Toledo⁶⁰, em especial a cada um dos elementos apontados pelo ministro.

Primeiramente, quanto ao *valor intrínseco* da dignidade humana, é preciso observar que não há valor inato ao ser humano, na medida em que *valor* é algo atribuído culturalmente. Assim, o valor intrínseco da dignidade humana do indivíduo, na verdade consiste em valor atribuído ao indivíduo culturalmente. Por isso, na visão das autoras, o termo mais adequado seria valor *subjetivo*⁶¹.

No que se refere à *autonomia*, destacam tratar-se de valor em si, pois consiste na capacidade de autodeterminação do sujeito, sendo “o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade”.⁶² Deste modo, a autonomia deve ser analisada separadamente, como objeto de princípio singularmente tomado, com conceito próprio.

Por fim, apontam que a ideia de *valor social* (ou comunitário) tem caráter heterônomo, na medida em que consiste na consideração do indivíduo sob o olhar do grupo, da sociedade. Este elemento pode acabar por reforçar a limitação da liberdade do indivíduo sob os parâmetros sociais extrínsecos a ele.

Assim, as autoras apontam o conceito de dignidade humana como *valor socialmente atribuído como intrínseco ao ser humano enquanto fim em si mesmo*.⁶³

Importante reiterar o papel da dignidade como fonte axiológica dos direitos fundamentais e como limite ao exercício da autonomia do próprio indivíduo. Ela consta, portanto, dentre os critérios descritos por Sarmento na análise desses limites.

Em resumo, Sarmento aponta os critérios necessários para a análise da aplicação dos direitos fundamentais, sendo eles a existência de livre manifestação da vontade, o que é mais difícil de ocorrer em relações assimétricas; a ofensa à dignidade humana humana; a lesão ao núcleo essencial do direito fundamental.⁶⁴

⁵⁹ *Ibidem*, p. 27-28.

⁶⁰ TOLEDO, Cláudia *et al.* Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial na Realidade Latino-Americana. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, jul./dez., 2019, p. 214-240.

⁶¹ *Ibidem*, p. 8.

⁶² *Ibidem*, p. 8.

⁶³ *Ibidem*, p. 8.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 2006, p. 270.

Além destes critérios listados por Sarmiento referentes à aplicação das normas de direitos fundamentais individuais nas relações privadas, é preciso abordar o tema dos direitos fundamentais sociais, dadas as suas especificidades.

No que diz respeito aos direitos fundamentais sociais, Sarmiento destaca que devem ser consideradas nuances na sua aplicação. Explica que, ao mesmo tempo em que não é possível pensar na não incidência desses direitos nas relações entre entes particulares, limitando as relações cidadão-Estado, não seria ideal criar homogeneizações que teorizem sobre a matéria, pois não conseguiriam alcançar a diversidade da situação real.

Importante trazer a ressalva feita pelo autor no sentido de que não há dúvidas quanto à aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações trabalhistas, de modo que suas considerações não se referem a tais direitos. Porém, considera-se válido para a discussão trazer os critérios apontados. Além disso, ainda que diante da dita certeza quanto à aplicação dos direitos fundamentais, não se encontram consolidados os parâmetros desta aplicação, como se observa na presente pesquisa.

Primeiramente, é preciso destacar a distinção entre direitos fundamentais sociais de dimensão defensiva e prestacional. Enquanto os primeiros são aqueles que não exigem uma atuação positiva do Estado no sentido de garantir o direito, os segundos exigem a prestação, fática ou normativa, do Estado. Quanto aos primeiros, entende Sarmiento que não há argumento *a priori* que justifique a não aplicação direta nas relações privadas. Esta aplicação ocorre por meio da ponderação entre o direito fundamental social e a autonomia privada.

O autor defende que deverá ser analisada a natureza da relação existente entre as partes, de modo a evitar situações nas quais, por exemplo, uma pessoa com poucas condições financeiras exija um tratamento de saúde de outra com melhores condições. Além disso, afirma que é importante analisar a relevância da prestação social em relação à garantia da dignidade humana. Neste sentido, continua, quando a prestação se relacionar com o mínimo existencial, deverá ser reconhecida a aplicação direta.

Segundo afirma Sarmiento⁶⁵, a exigência de cumprimento de normas constitucionais por particulares ocorre por meio do princípio da solidariedade, previsto na norma constitucional que estabelece como objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, enunciado este, como visto, dotado de certo grau de eficácia. Neste sentido, importante é a observação do autor ao afirmar que este

⁶⁵ *Op.cit.*, p. 295.

princípio confere constitucionalidade às normas que estabelecem deveres sociais a empresas, ou ainda, condições especiais a planos de saúde para idosos.

Além dos aspectos comentados, assevera que é necessário observar o fator econômico para o agente privado quando da aplicação direta de direitos fundamentais sociais, no que tange à sua dimensão prestacional. Assim, afirma que a dimensão do ônus econômico deve ser fator considerada na ponderação a fim de evitar prejuízos desproporcionais à esfera subjetiva dos indivíduos.

2.2 O Modelo Adequado de Virgílio Afonso da Silva

Virgílio Afonso da Silva aborda o tema da *constitucionalização dos direitos fundamentais* apresentando seu *modelo adequado* para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Afirma o autor que o estudo do tema na doutrina nacional ainda precisa de maior dedicação. A maioria dos autores, dentre eles Sarmento, defendem a aplicação direta dos direitos fundamentais. Silva, entende que tais modelos são pouco flexíveis e acabam por abordar de modo uniforme situações muito díspares.

Além disso, afirma que ambos os modelos, de aplicabilidade direta e indireta, precisaram se apoiar na concepção dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores. Até mesmo o modelo de três níveis de Alexy, ponto de partida para seu modelo adequado, tem como fundamento a ordem objetiva de valores. Segundo Silva, essa noção merece ser relativizada. Primeiro porque a teoria de Alexy, conforme ressalva do próprio autor, refere-se ao ordenamento alemão. Além disso, segundo o modelo de três níveis, a escolha dentre os níveis para aplicação direta ou indireta consiste em ato de conveniência. Silva, diversamente, entende que esta escolha depende do arcabouço normativo legal existente.⁶⁶

Em seguida, faz dois comentários importantes quanto ao desenvolvimento da ideia da produção de efeitos dos direitos fundamentais. Primeiro, afirma ser necessário superar a noção de que os direitos fundamentais têm como função primordial a proteção dos indivíduos perante o Estado, de modo que qualquer outra função demandaria fundamentação específica, como a ordem objetiva de valores. Comenta que, desde a Declaração de Direitos de Virgínia em 1776 e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é possível extrair que o direito à segurança remete à proteção dos indivíduos nas relações entre si.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 145.

Assim, quer com isso o autor demonstrar a noção de que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações privadas desde o momento de suas primeiras declarações, de modo que não seria necessário especificar uma “expansão” de efeitos, nem de uma fundamentação específica numa teoria da ordem objetiva de valores⁶⁷.

Há, ainda, outro motivo para a desconstrução do modelo liberal dos direitos fundamentais como proteção perante o Estado que é o fato de a Constituição brasileira prever expressamente uma gama ampla de direitos fundamentais sociais, ao contrário do que ocorreu com a Constituição alemã.

Neste sentido, destaca o autor⁶⁸:

Ocorre que a expressa nomeação dos poderes estatais como os únicos destinatários das normas de direitos fundamentais não se repete na Constituição brasileira. Não há nada no texto constitucional brasileiro que forneça indícios nesse sentido e que exigisse, por consequência, um recurso a uma ordem de valores para extrapolar uma limitação constitucional textual, como ocorreu no caso alemão.

Outro ponto muito relevante que sustenta o modelo adequado do autor é a constatação de que os modelos apontados não são incompatíveis, de modo que podem alcançar na jurisprudência os mesmos resultados. No mesmo sentido afirmou Alexy quando considerou que os modelos são equivalentes em resultado⁶⁹.

O ponto inicial do desenvolvimento do modelo adequado é o modelo de três níveis de Alexy. Importante considerar, alerta Silva, que não é possível simplesmente transportar o modelo desenvolvido pelo autor alemão e aplicá-lo no ordenamento brasileiro⁷⁰. Nesse sentido entende o próprio Alexy, quando afirmou que o livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* se tratava de uma “teoria dos direitos fundamentais da *Constituição alemã*”⁷¹. Uma vez que já foram abordados os três níveis da teoria de Alexy, vale ressaltar somente que, ao contrário do que defende este último, Silva afirma que a escolha de um dos níveis não consiste em exercício de conveniência e oportunidade. É preciso observar elementos externos à argumentação, como o material normativo existente.

Parte-se então, da ideia de que é necessário superar os modelos inflexíveis existentes, de certa forma já apontados pelos autores anteriores. O modelo de Alexy consiste no ponto inicial da discussão, porém sem que a escolha do nível seja mero ato de conveniência, tendo que cumprir os requisitos das condições fáticas e normativas.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 139.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 140.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 529.

⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2011, p. 143.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 31, grifos no original.

Assim, Silva aponta que o fundamento para os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas no contexto brasileiro consiste no conceito de princípios como *mandamentos de otimização*.⁷² Assim, a exigência de cumprimento na maior medida possível já demanda a produção de efeitos nas relações privadas a fim de que tais direitos se concretizem.

Desta forma, continua o autor, a não abordagem da teoria da ordem objetiva de valores no modelo de aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas que ele desenvolve apresentaria duas vantagens, primeiro, isenta esse modelo das críticas direcionadas à teoria da ordem objetiva de valores e, segundo, retira a dominação do direito infraconstitucional pelos valores constitucionais, tendo em vista que a ideia de otimização implica no condicionamento às possibilidades fáticas e jurídicas.⁷³ Assim, retiram-se também as críticas a respeito da não observação do direito privado pelos modelos tradicionais.

O fato de existirem códigos do direito privado que indicam uma ponderação prévia do legislador não significam, para Silva, aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas uma vez que “os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas são contínuos e não se esgotam com a pré-decisão do legislador ao elaborar regras de direito infraconstitucional”⁷⁴. Os efeitos indiretos de fato, para o autor, acontecem quando da interpretação das normas do direito privado nas relações entre particulares.

Porém, há casos que somente serão solucionados através da aplicação direta dos direitos fundamentais, em virtude da inexistência ou insuficiência da legislação infraconstitucional. Nesses casos, a principal questão se torna o ajustamento entre a autonomia privada e o direito fundamental. Alerta o autor para a importância de que a proteção do direito fundamental não pode justificar a eliminação da autonomia privada.

A fim de desenvolver seu modelo adequado, Silva qualifica autonomia privada como princípio formal e, ainda, aponta critérios para aferir quando a autonomia privada deve ser garantida ou deve ser protegido o direito fundamental.

Silva inicia a discussão acerca dos princípios formais afirmando que estes consistem em normas de validade e não normas de conduta. Deste modo, os princípios formais fornecem razões para obediência a uma norma, independente do conteúdo dessa última⁷⁵. Cita, como exemplo de princípios formais, os precedentes judiciais, tendo em vista

⁷² Silva, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2011, p. 146.

⁷³ *Ibidem*, p. 146.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 147.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 148.

que estes atuam como razões para aplicação de uma determinada norma, independente do seu conteúdo, sendo então meramente formal⁷⁶.

Relata o autor o exemplo de Alexy quanto a um princípio formal dentre os mais importantes, o *princípio da competência decisória do legislador*, que estabelece que as decisões do legislador devem ser cumpridas na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

Sustenta que a atribuição da competência decisória ao legislador atua como garantidora da liberdade de ação do legislador. Assim, ainda que haja discordância do Judiciário, por exemplo, sua competência decisória estaria garantida. Neste sentido, faz uma analogia com o papel desempenhado pela autonomia privada no âmbito das relações privadas.

Vale ressaltar, neste ponto trecho do autor⁷⁷:

A autonomia privada desempenha, no âmbito das relações privadas, em que direitos fundamentais estão em jogo, uma função muito semelhante, pois – da mesma forma que a competência decisória do legislador fornece razões para que suas decisões sejam respeitadas, mesmo nos casos em que há restrições a direitos fundamentais em decorrência de uma lei ou outro ato legislativo –, a autonomia privada é o princípio (meramente formal) que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, ainda que restrinja direitos fundamentais de uma ou ambas as partes, seja aceito e considerado como válido.

Continuando nas considerações de Virgílio Afonso da Silva, ressalta este autor a relação de tensão existente entre a autonomia privada, como princípio formal, e os direitos fundamentais, princípios materiais. A tensão ocorre pelo fato de que os direitos fundamentais atuam como razões para não competências e os princípios formais como razões para competências. Utiliza o conceito de competência de Alexy que, por sua vez, entende que um sujeito de direito A tem uma competência em face do sujeito de direito B quando, com base nessa competência, A pode alterar uma posição jurídica de B⁷⁸.

Assim, percebe-se que o autor parte da ideia de competência como capacidade de alterar a posição jurídica do outro. Ainda, que a partir dessa competência, cria-se uma relação de tensão com o direito fundamental (princípio material), que, por sua vez, atua como uma razão para não competência. Direitos fundamentais consistem em razão para não competência na medida em que se apresentam como limites ao exercício da competência do indivíduo em interferir na posição jurídica do outro.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 148.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 149.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 150.

Neste mesmo sentido, afirma que os direitos fundamentais possuem função negativa, sendo as chamadas liberdades públicas, atuando de modo a bloquear as competências legislativas. Os direitos fundamentais, então, estabelecem uma posição de não competência para o Estado e uma posição de não sujeição para o indivíduo⁷⁹. Segundo o autor, o mesmo ocorre com as relações privadas, de modo que os direitos fundamentais impedem a sujeição do indivíduo perante outro, limitando o exercício da autonomia privada. A questão se encontra no fato de que os direitos fundamentais, segundo esse raciocínio, podem levar à eliminação da autonomia privada. Por isso, retoma o autor o paralelo entre autonomia privada e competência decisória do legislador. Esta última é necessária para o cumprimento de outro princípio, o democrático. Se, em virtude dos direitos fundamentais, for eliminada a competência do legislador, elimina-se também, o princípio democrático. Ressalta uma possível eliminação da autonomia por uma hipertrofia dos direitos fundamentais.

Mesmo entendendo a autonomia privada como um princípio formal, que deve, portanto, ser cumprido na maior medida possível, Silva não compreende que o ajuste com o direito fundamental, princípio material, ocorra por meio de uma ponderação. Defende o autor que a ponderação não é necessária⁸⁰, uma vez que o autor entende que, dada a natureza de princípio formal da autonomia privada, deve-se decidir a prevalência da decisão tomada pelo indivíduo ou a proteção ao direito fundamental em virtude do cumprimento ou não dos critérios a seguir expostos. Continua, afirmando que o entendimento difundido na doutrina de que deve ser realizada uma ponderação entre a autonomia privada e o direito fundamental é inadequado.

Cabe destacar o pensamento do autor:

Como visto anteriormente, em uma colisão entre direitos fundamentais que tenham a estrutura de princípios, vale a chamada *lei de colisão*, que tem a seguinte redação “quando maior for o grau de não-realização ou de restrição de um princípio, maior terá que ser a importância da realização do princípio que com ele colide. [...] Quando se analisam, contudo, as tentativas de transportar esse raciocínio para as relações entre particulares, percebe-se rapidamente que ele não se encaixa. Os critérios para um sopesamento no âmbito das relações entre particulares sob a égide da autonomia privada não relacionam o grau de restrição ao direito fundamental atingido com a importância da realização da autonomia privada. O que se faz, ao que parece sem exceções, é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado. Esse raciocínio – que é, de fato, correto – *não é, contudo, um sopesamento*.”

⁷⁹ *Ibidem*, p. 151.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 153.

O autor entende que o exercício realizado pelo órgão judicial não consiste em sopesamento (ou ponderação), uma vez que não há a ponderação entre dois princípios materiais e, sim, a observação do cumprimento ou não de determinados critérios que determinarão se a autonomia privada será observada. Assim, entende o autor que a análise do exercício da autonomia deve ser realizada a partir de critérios que definirão que a tomada de decisão deve ser respeitada ou não. No último caso, em cumprimento ao direito fundamental, será afastada a autonomia. Entende o autor não haver uma conexão de proporcionalidade entre o grau de cumprimento da autonomia com a satisfação do direito fundamental.

Antes de continuar a discussão abordando os critérios para realização da autonomia estabelecidos por Silva, é preciso esclarecer alguns tópicos na teoria de Alexy, diferenciando as chamadas *lei de colisão* e *lei da ponderação*. Esta última possui enunciado segundo o qual quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro⁸¹. Já a *lei de colisão* reza que de acordo com o peso concreto do princípio P_i , estabelecido pela fórmula do peso ($W_{i,j}$), uma relação concreta de precedência deve ser estabelecida, considerando-se as condições do caso.⁸²

Ressalta o autor brasileiro que nesse mesmo sentido defendeu Sarmento ao afirmar que quanto maior a desigualdade entre as partes, menor seria a proteção à autonomia privada, não considerando o grau de satisfação do direito fundamental.⁸³

Estabelecidas as premissas acima, passa-se à análise dos critérios lançados por Silva, destacando que o autor os elenca como critérios possíveis.

O primeiro critério listado consiste na *assimetria entre as partes envolvidas*. O autor relembra o critério de Sarmento, segundo o qual quanto maior a desigualdade fática, menor deve ser a proteção da autonomia privada. Porém, entende que tal critério consiste em parâmetro estanque, de modo a defender que toda desigualdade fática provocará uma menor proteção da autonomia privada.

Sem a intenção de retirar a proteção necessária dos hipossuficientes, como consumidores e trabalhadores, Silva afirma que a necessidade de proteção não decorre da desigualdade material, mas da desigualdade de posições da relação jurídica. Continua defendendo que “a assimetria entre empregador e empregado nas relações de trabalho não

⁸¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 167.

⁸² ALEXY, Robert. Princípios Formais. In: TRIVISSONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. **Princípios Formais**: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Cap. 1, p. 7.

⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2011, p. 155.

decorre de uma desigualdade material entre ambas as partes, mas da própria relação de poder ínsita a essas relações.”⁸⁴.

Neste ponto, o autor do modelo ora estudado apresenta a desigualdade no plano *jurídico* e não *fático*, como Sarmento apontou anteriormente. *Ambos* parecem concordar quanto à existência de fatores, jurídicos ou referentes ao poder social, que influenciam na possibilidade de exercício da autonomia.

Além disso, Silva afirma concordar com Bilbao Ubillos ao entender que o critério mais importante é o grau de autonomia real das partes, o qual, por sua vez, não teria relação com a paridade dos envolvidos. Tendo em vista que o próximo critério listado consiste na diferenciação entre *autonomia real* e *autonomia aparente*, parece perder a função o critério da assimetria, já que a análise deve ser outra.

Fundado no critério relativo à *autonomia real* e da *autonomia aparente*, Silva reforça o argumento de que não ocorre uma ponderação entre autonomia privada e o direito fundamental. Assim, a restrição ao direito fundamental devido ao exercício da autonomia privada será ou não aceita em virtude da análise desta, se real ou aparente. Conforme o autor, esse critério é unilateral, diz respeito somente à autonomia privada.

Continua Silva no sentido de qualificar a autonomia privada como princípio formal, de modo que este será tão mais sólido quanto mais real for a autonomia privada. Assim, percebe-se a partir da fala do autor que o grau de concretude do princípio é determinado pelo grau de real manifestação da vontade⁸⁵. Essa análise do conteúdo do princípio contradiz com a natureza de princípio formal afirmada, uma vez que este se diferencia do princípio material devido ao fato de seu objeto não obter conteúdo.

O terceiro critério elencado foi chamado de *precedência prima facie e intensidade da restrição a direitos*. Este critério assume papel relevante quando os fatores relativos aos critérios anteriores não se fizerem presentes, isto é, quando não houver desequilíbrio na relação ou falseamento na autonomia privada. Assim, reza o critério que, quando tais condições se apresentarem, deve-se partir de uma precedência *prima facie* da autonomia privada frente a eventuais direitos fundamentais envolvidos⁸⁶.

Vale apontar as considerações do autor:

Essa precedência, por ser apenas *prima facie*, pode ser revertida. O fator mais importante para tal reversão é a *intensidade da restrição aos direitos fundamentais*

⁸⁴ *Ibidem*, p. 157.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 158.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 159.

envolvidos na relação. Ainda que haja simetria de poderes e real exercício da autonomia privada em uma determinada relação entre particulares, o peso do princípio formal expressado pela autonomia privada tende a ser menor quanto maior for a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos. Assim, os argumentos contra a autonomia privada são tão maiores quanto maior for a intensidade da limitação ao direito fundamental envolvido. Mas, ressalte-se mais uma vez, aqui também não ocorre um sopesamento entre a autonomia privada e os direitos fundamentais envolvidos, porque a autonomia privada, como já várias vezes sublinhado, é um princípio meramente formal, cuja função principal, no âmbito que aqui importa, é sustentar competências. Nesse sentido, ela é um princípio desprovido de conteúdo – por isso sua qualificação como formal. Não há como, portanto, sopesá-la com princípios materiais – os direitos fundamentais – porque falta um valor de comparação entre ambos.⁸⁷

Passando para a análise do quarto critério, este consiste na relação entre *autonomia privada e regra da proporcionalidade*. Quanto a esta, embora o autor atribua a natureza de regra, entende-se mais acertada denominação *máxima* da proporcionalidade. Defende o autor que, assim como não é possível o exercício da ponderação entre autonomia privada e direitos fundamentais, a análise não cumpre os requisitos das máximas parciais da proporcionalidade, *adequação e necessidade*, no mesmo modo como realizada quando há restrição de direitos pelo Estado.

Para ilustrar, utiliza Silva o exemplo dos *reality shows* da TV, no qual há, de um lado, uma rede de televisão e, de outro, um participante. O participante abre mão do seu direito à privacidade para participar do programa oferecido pela emissora. Assim, em caso de manifestação de vontade do participante no sentido de romper o contrato firmado em virtude da restrição ao seu direito à privacidade, a análise deveria ser realizada conforme as máximas parciais da proporcionalidade. Portanto, primeiramente, deveria ser indagada a adequação da medida em cumprir sua finalidade. Deve-se entender, argumenta o autor, a finalidade por parte da emissora como o aumento da audiência pela exposição da privacidade do participante e por parte deste a sua exposição a fim de ganhar o prêmio.

Tendo em vista que os meios utilizados são capazes de levar ao objetivo legítimo das partes, os meios são adequados. Já no momento de cumprir a máxima parcial da necessidade, encontram-se maiores problemas. Nesta máxima parcial, deve-se analisar se a medida tomada consiste naquela que melhor atinge o objetivo visado por um princípio e que menos limita o princípio oposto.

Tendo em vista a exigência da máxima parcial da necessidade, afirma Silva que tal não pode ser cumprida nas relações entre particulares, pois não se pode cobrar de um particular que ele opte pela medida que restrinja em menor nível o princípio relativo ao direito

⁸⁷ *Ibidem*, p. 159-160.

fundamental da outra parte. Assim, a análise da necessidade das medidas tomadas nas relações entre particulares não pode ser realizada com o mesmo rigor das relações cidadão-Estado.

Continuando, defende o autor que a aplicação da proporcionalidade levaria sempre à superação da precedência da autonomia privada quando o particular não optar pela medida menos interventiva.

Por fim, o último critério elencado por Silva consiste no *conteúdo essencial da autonomia e dos direitos fundamentais*. Adotando ideia elaborada por Canotilho, Silva afirma existir o núcleo essencial da autonomia privada que não pode ser mitigado em razão de cumprimento de um direito fundamental. Porém, assume que tal ideia apresenta apenas parcial correção, uma vez que a autonomia não pode ser garantida às custas do direito fundamental.

Mais uma vez, o autor apresenta uma relação de correlação e intensidade entre autonomia privada e direitos fundamentais. Ainda, neste ponto, concorda com a existência de um núcleo essencial do princípio da autonomia privada. Cita como exemplo o caso de um locatário oferecer o imóvel e aparecerem dois potenciais locadores, e o primeiro alugar o imóvel a um preço menor tendo em vista que possui amizade com um dos candidatos. Tal escolha consiste em livre exercício da autonomia privada do locatário. Porém, se a escolha do locador fosse motivada por preconceito, caso o candidato preterido fosse negro, seria um grave desrespeito à igualdade e seria legítima uma intervenção na autonomia privada⁸⁸.

O último critério apontado, como é possível perceber, segue na linha do cumprimento da ponderação entre autonomia privada e direito fundamental, exigindo uma análise de dependência entre o uso da autonomia com a mitigação do direito. Mais uma vez, sugere a interação entre princípio material e formal.

A partir do exemplo dado e das considerações dos critérios não é delineada com clareza a relação entre o núcleo essencial da autonomia e o do direito fundamental. Fica claro que a autonomia não pode ter seu núcleo atingido a fim de retirar o poder de escolha pessoal do particular e, também, que esta escolha não pode ferir a dignidade humana da outra parte, como no caso da discriminação. Não resta esclarecido, contudo, como tal análise não será resultante de uma ponderação.

A interação entre autonomia e direito fundamental como relatada pelo autor depende da análise de ponderação entre dois princípios materiais. Quando afirma ser

⁸⁸ *Ibidem*, p. 166.

necessária análise de precedência condicionada às condições fáticas e jurídicas, entende-se que o autor se refere a uma ponderação.

Quando destaca a *semelhança* entre os papéis desempenhados pela autonomia privada e pela competência decisória do legislador, o autor está fazendo uma analogia. Ocorre que, como se pretende discutir adiante, embora o papel seja semelhante, não se trata de princípios de mesma natureza. Ambos protegem o âmbito de proteção para a tomada de decisão. Porém, a autonomia protege a tomada de decisão do *indivíduo*, enquanto a competência decisória se refere a um *órgão institucional* componente do Estado, de modo que o agente tomador da decisão é elemento fundamental para distinguir a natureza dos princípios. Não serão tecidas maiores considerações aqui, tendo em vista que esses tópicos serão abordados de modo vertical mais a frente.

Por fim, quanto à natureza de princípios formais atribuída aos *precedentes*, é importante observar que estes não são normas jurídicas como os princípios. Precedentes são decisões judiciais. Embora atuem como fonte do Direito, os precedentes não têm sua natureza transformada em norma jurídica. Assim, não se considera aqui possível o entendimento de precedentes como princípios formais.

2.3 O pensamento de Martin Borowski

Tendo em vista a intenção no trabalho de se distanciar do pensamento de Silva acima apontado no sentido de não considerar a autonomia privada como princípio formal, é preciso entender com mais profundidade a natureza dos princípios formais e sua relação na ponderação dentro da teoria dos princípios.

Pretende-se trabalhar o pensamento de Martin Borowski, autor que se dedica ao estudo dos princípios formais, principalmente a abordagem trazida no texto *The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s “Law of Combination”*⁸⁹. O autor explica que a *lei da combinação* de Alexy supõe uma diferença entrutural entre princípios formais e materiais. Essa diferença na estrutura dos princípios provocaria a necessidade da combinação do princípio formal com um princípio material na ponderação, o que consiste na *lei da combinação*. Essa combinação seria necessária devido à impossibilidade de um princípio formal ser ponderado com um material. Borowski pretende, portanto, tratar das diferenças e

⁸⁹ BOROWSKI, Martin. *The Structure of Formal Principles—Robert Alexy’s Law of Combination*, Supp. 119 ARCHIVES PHIL. L. & SOC. PHIL. 19, 34 (2010).

semelhanças entre as estruturas dos princípios materiais e formais a fim de explicar a *lei da combinação*.

Segundo ele, princípios formais dividem-se em *dependentes* e *independentes*. Os princípios formais dependentes só poderão ser ponderados quando houver pelo menos outros dois princípios materiais, dada sua natureza dependente. Neste caso se aplica a *lei da combinação*. Existem, no entanto, os princípios formais independentes, os quais são ponderados diretamente com um princípio material. Quanto a estes, a *lei da combinação* não se aplica, pois não há dependência a princípio material. A aplicação ou não da *lei da combinação* decorre do conteúdo do princípio formal em questão, e não de sua estrutura, uma vez que princípios formais podem ser dependentes ou independentes.

Borowski estabelece a premissa de diferenciação entre princípios formais e materiais a partir do modo como o objetivo a ser otimizado é determinado⁹⁰. Princípios materiais atuam como razões para a tomada de decisão. Tais razões refletem o conteúdo material do princípio. Por exemplo, o princípio material da proteção ambiental demanda decisões públicas que protejam o meio ambiente. Porém, sabe-se que os meios mais sustentáveis normalmente são mais caros do que os meios menos sustentáveis. Assim, o princípio material da proteção ambiental exige que a escolha do dono do empreendimento seja mais dispendiosa, interferindo no princípio da livre iniciativa, também protegido constitucionalmente. A solução dependerá do peso abstrato de cada princípio material – proteção ambiental e livre iniciativa - e da intensidade da interferência entre eles, a fim de alcançar qual princípio terá precedência.

No entanto, continua Borowski, a ponderação adequada durante a tomada de decisão só poderá ser realizada a partir da noção de competência. O acerto da decisão nesses casos não ocorre somente a partir da ponderação do conteúdo material, mas porque um ente dotado de competência cumpriu o procedimento prescrito. A competência deste ente para a tomada de decisão é conferida por um princípio formal.

Nesse sentido, o autor explica que o estudo sobre princípios formais teve início na abordagem da discricionariedade. Entende-se que a discricionariedade compreende a margem de decisão, do juiz ou do legislador. Na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy não tratou da estrutura dos princípios formais e, ao se referir a princípios formais, deu exemplo quando afirmou que “um princípio formal ou procedimental é, por exemplo, o princípio que

⁹⁰ *Ibidem*, p. 24.

sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático”.⁹¹

Já Jan-Reinard Sieckmann, segundo Borowski, afirma que princípios formais possuem como característica a garantia *prima facie* do resultado de um procedimento, e, no mesmo sentido que Alexy, entende que eles promovem a reconstrução da estrutura de competência no ordenamento.

Na visão de Borowski, ambos os autores, Sieckmann e Alexy, dão ênfase a uma classe de princípios formais, aqueles utilizados na garantia da autoridade do parlamento democraticamente legitimado.⁹² Esta ênfase é compreensível, defende o autor, no contexto atual, em que se discute em que medida as cortes constitucionais devem aceitar as premissas adotadas pelo parlamento ao elaborar normas.

Borowski passa então para a análise da estrutura dos princípios formais. Segundo ele, princípios formais garantem a competência para criar um objetivo a ser otimizado, no sentido da teoria dos princípios.⁹³ Assim, são destacados dois elementos da estrutura dos princípios formais: 1) o objetivo a ser otimizado e 2) a competência.

Quanto ao objetivo a ser otimizado, o autor se distancia da teoria de Alexy. Enquanto este entende que os princípios formais não possuem conteúdo, Borowski afirma que os princípios formais não possuem conteúdo fixo. Nas suas palavras:

Princípios formais podem, no entanto, obter critérios materiais que limitam as entidades a serem otimizadas como resultado de seu exercício. Isto significa que este princípio formal contém, do ponto de vista material, um quadro dentro do qual a autoridade pode determinar os objetivos a serem otimizados; no entanto, não tem o poder de determinar uma meta a ser otimizada além desse quadro.⁹⁴

Assim, entende o autor que faz parte do conteúdo dos princípios formais o conteúdo a ser otimizado, o qual, por sua vez, limita o âmbito de escolha da autoridade tomadora da decisão. Ainda, entende que os princípios formais exigem um comprometimento com o resultado de um procedimento ou uma decisão, de modo que, ocorrendo um ou outro, o conteúdo a ser otimizado é definido. Após a definição do conteúdo, a ponderação entre um princípio formal e um material ocorrerá do mesmo modo que uma ponderação entre princípios

⁹¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 138.

⁹² *Ibidem*, p. 27.

⁹³ No original, “a formal principle grants the competence to create a goal to be optimised in the sense of the principles theory” *Ibidem*, p. 28.

⁹⁴ No original “Formal principles can, however, boast of substantive criteria that limit the entities to be optimised as results of their exercise. This means that such a formal principle contains, from the substantive point of view, a frame within which the authority can determine the goals to be optimised; it is not, however, empowered to determine a goal to be optimised beyond this frame.” *Ibidem*, p. 29.

materiais⁹⁵. É este conteúdo a ser otimizado, portanto, que será ponderado com princípios materiais.

Não cabe, neste trabalho, abordar com profundidade o tema da possibilidade ou não de ponderação entre princípios formais e materiais, e o métodos de tal ponderação em caso positivo. Porém, vale destacar, pela fala do autor, que este entende possível a ponderação entre o conteúdo material dos princípios formais com princípios materiais.⁹⁶

Chama atenção, também, para o fato de que *procedimento* não deve ser considerado no sentido estrito, de modo que esse termo faz referência a um processo legislativo ou a uma mera decisão de uma pessoa ou instituição que atua como autoridade.

Neste ponto, vale ressaltar este comentário do autor, quando afirma que uma pessoa ou instituição atua como autoridade competente para criar um objetivo a ser otimizado. Assim, considera que a decisão de um indivíduo é garantida por um princípio formal, seguindo, portanto, no mesmo sentido de Virgílio Afonso da Silva.

Quanto à competência, Borowski se dedica a diferenciar os conceitos de norma de competência e princípios formais. Para tanto, estabelece as seguintes premissas: normas de competência conferem poder para criar, mudar ou afastar normas jurídicas. Tal poder é exercido por meio de atos institucionais. Um ato institucional pressupõe regras que atribuem um sentido jurídico a um ato natural.⁹⁷

Em seguida, destaca as semelhanças entre normas de competência e princípios formais, quais sejam, ambos dizem respeito a poderes exercidos por meio de atos institucionais e ambos criam algo de caráter normativo – uma norma jurídica no caso das normas de competência e um objetivo a ser otimizado no caso dos princípios formais.⁹⁸

Feitas tais observações, o próprio Borowski faz anotação no sentido de que, dadas as semelhanças entre normas de competência e princípios formais, poderia ser levantada a dúvida se os princípios formais não seriam mera ilustração para o fato de que normas de competência podem garantir o poder para criar princípios materiais. Defende que, no entanto,

⁹⁵ No original “Once the procedure has been carried out or once the authority has taken a decision, the substantive content of the goal to be optimized is fixed. If and when this has taken place, the structure of balancing a formal principle against a substantive principle does not differ from the balancing of two substantive principles” *Ibidem*, p. 29.

⁹⁶ Cf. KLATT, Matthias. Positive rights: Who decides? Judicial review in balance. **International Journal Of Constitutional Law**, Oxford University Press (OUP), [s.l.], v. 13, n. 2, abr. 2015, p.354-382. <http://dx.doi.org/10.1093/icon/mov019>. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/13/2/354/735681>>

⁹⁷ No original “Competence norms⁶⁴ confer the power to create, change, or repeal legal norms. ⁶⁵ They are exercised by institutional acts. An institutional act⁶⁶ presupposes rules that attribute the sense of a law-creating act to a natural act” *Ibidem*, p. 29-30.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 30.

tal conclusão ignoraria o fato de que tanto o elemento da competência quanto o objetivo a ser otimizado criado com o exercício do poder de competência são entendidos como parte do princípio formal⁹⁹.

Tecidas as considerações acima, o autor se dedica a explicar que não existem diferenças estruturais suficientes entre princípios formais e materiais que justifiquem a “lei da combinação” de Alexy. Isso porque, conforme defendeu Borowski, os princípios formais possuem conteúdo que pode ser ponderado diretamente com outros princípios materiais, sem a necessidade de estarem combinados a princípios materiais. Tais princípios formais são chamados de *independentes*.

No entanto, considera que a “lei da combinação” destaca aspectos dos princípios formais que são relevantes, pois aponta que alguns objetivos a serem otimizados se referem à ponderação de outros princípios, demonstrando uma relação de dependência. Neste sentido, Borowski divide os princípios formais em dependentes e independentes.

Como exemplos de princípios formais independentes cita a discricionariedade do legislador¹⁰⁰ e a liberdade religiosa e de consciência¹⁰¹. O primeiro diz respeito ao poder do legislador de criar princípios materiais que irão afetar outros princípios constitucionais, sem que haja uma obrigação para tal.

Já no que trata do princípio da liberdade religiosa, entende o autor que com ele se confere ao indivíduo liberdade de escolher uma posição jurídica. A proteção constitucional dessa posição jurídica pode limitar outros direitos constitucionalmente protegidos. Ao tomar uma decisão, assumindo um posicionamento quanto à religião, o indivíduo define o objetivo a ser otimizado da liberdade de religião. Este objetivo otimizado irá atingir outros direitos protegidos pela Constituição.

Princípios formais dependentes, por sua vez, são aqueles que se referem a uma ponderação de princípios materiais. Como exemplo, Borowski cita o princípio utilizado na

⁹⁹ No original “Since most of the writings on competence norms predate the principles theory, one could hardly expect an explicit discussion on whether competence norms empower to create substantive principles or goals to be optimized of principles.

If the competence element of a formal principle confers the power to create the goal to be optimized and if the structure of balancing a formal principle once the goal to be optimized was concretized does not differ from balancing substantive principles, one could ask whether the phenomenon of ‘formal principles’ does little more than illustrate that competence norms can serve to grant the power to create substantive principles (...) This would ignore, however, the fact that (1) the competence element and (2) the goal to be optimized that is created in the exercise of this competence element are both understood to be part of the formal principle.” *Ibidem*, nota de rodapé 68, p. 30.

¹⁰⁰ No original “The Legislature’s End-Setting Discretion” *Ibidem*, p. 31.

¹⁰¹ No original “freedom of religion and conscience” *Ibidem*, p. 31.

reconstrução da competência ou discricionariedade do legislador¹⁰². Ele começa explicando que o fenômeno da discricionariedade ocorre quando há revisão de uma decisão que realize a ponderação. Ilustra com o seguinte exemplo: uma lei criada pelo parlamento estabelece que as indústrias podem emitir uma certa quantidade de dióxido de enxofre. No caso, não há apenas a colisão entre o princípio da proteção ao meio ambiente e o princípio da livre iniciativa, há também a lei parlamentar que decide a colisão estabelecendo um parâmetro para controle da emissão do dióxido de enxofre.

Importante considerar que, nos ordenamentos onde não há controle de constitucionalidade, a competência do parlamento é absoluta. Ainda, nos países onde a corte possui total independência para realizar a ponderação dos princípios, a decisão do parlamento, os critérios definidos em lei não têm qualquer peso. No entanto, o legislador possui legitimidade democrática, de modo que sua competência relativa na ponderação de princípios recebe peso. Essa autoridade relativa é atribuída por um princípio formal que demanda *prima facie* que a ponderação do parlamento seja cumprida.¹⁰³

Ressalta o autor, em seguida, que o princípio destacado acima possui um peso que será adicionado a um dos princípios materiais na análise da ponderação. Continuando o exercício hipotético, caso haja uma lei que reduza o limite de dióxido de enxofre, esta lei não é inconstitucional de imediato. É preciso realizar a ponderação entre o princípio de proteção ambiental e o princípio formal que requer o cumprimento da decisão legislativa de um lado e o princípio da livre iniciativa, do outro.

No entanto, caso a decisão legislativa seja no sentido de aumentar o limite de dióxido de enxofre, o princípio formal que requer o cumprimento da decisão legislativa adicionará peso ao princípio da livre iniciativa. Essa decisão só será inconstitucional no caso de o grau de satisfação do princípio formal com o princípio da livre iniciativa não for correspondentes ao grau de afetação ao princípio da proteção ambiental. Vale ressaltar que tanto o peso dos princípios materiais quanto do princípio formal dependerá das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

Assim, conforme o pensamento de Borowski, explica-se a dependência de alguns princípios formais. É importante notar que, para Alexy, somente este último exemplo, o princípio formal que demanda *prima facie* que a decisão do legislador seja cumprida, consiste em princípio formal. Por isso, este autor elaborou a “lei da combinação” como necessária para

¹⁰² No original “principle employed in the reconstruction of the authority or discretion of the legislator” *Ibidem*, p. 33.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 34.

a realização da ponderação, uma vez que a relação do princípio formal com o princípio material seria necessária. Para Borowski, como descrito, trata-se de princípios *formais* de caráter dependente.

Neste sentido, destaca-se o seguinte trecho:

O princípio formal que exige *prima facie* que a decisão da ponderação do legislador parlamentar seja respeitada refere-se, por sua natureza, a uma competição entre dois ou mais princípios. Se não houvesse concorrência entre pelo menos dois princípios, então, por definição, não haveria uma decisão da ponderação. Portanto, esse princípio formal só pode adicionar peso a um lado de uma competição de princípios, não pode permanecer independente de um lado de uma competição.¹⁰⁴

O pensamento de Borowski parece considerar que o princípio formal comporá a fórmula do peso, de modo que o peso do princípio será uma das variáveis da equação. Porém, tal pensamento não é desenvolvido nesse sentido. Já Alexy, ao expor a fórmula do peso completa refinada, nela insere as variáveis da discricionariedade epistêmica normativa e empírica. Tais variáveis, por sua vez, sofrerão influência dos princípios formais, de modo a alterar o resultado comparativamente à hipótese de tal influência não ser considerada.

Como dito, existem autores que se dedicam ao debate em relação à ponderação entre princípios formais e materiais. Alguns defendem a ponderação em dois passos, separando princípios de primeira ordem e de segunda ordem¹⁰⁵. Porém, aqui vale apenas ressaltar que Borowski compreende que a ponderação se realiza em apenas um passo, entre princípios materiais e formais.

Por fim, aponta o autor que a *lei da combinação* de Alexy destaca um papel importante dos princípios formais na discussão acerca da discricionariedade epistêmica.

A aplicação da *lei da combinação*, reitera Borowski, não ocorre porque tais princípios são formais, mas porque alguns apresentam uma característica que é a dependência de uma ponderação entre outros princípios materiais. A partir dos pensamentos de Sarmento, Silva e Borowski já abordados quanto aos temas ora trazidos, é importante apontar os conceitos da obra de Robert Alexy a fim de esclarecer compatibilidades e eventuais divergências entre os autores. A isto dedica-se o próximo capítulo.

¹⁰⁴ No original “The formal principle that requires *prima facie* that the balancing decision of the parliamentary legislator be respected refers, by its nature, to a competition between two or more principles. If there were no competition between at least two principles, then, by definition, there would not be a balancing decision. Thus, this formal principle can only add weight to one side of a competition of principles, it cannot stand independently on one side of a competition.” *Ibidem*, p. 35.

¹⁰⁵ Cf. KLAT, Matthias. *Op. cit.*, 2015.

3 O PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY

3.1 O conceito de direito subjetivo

O ponto de partida na teoria de Robert Alexy será o conceito de direito subjetivo. O tema ainda levanta muitas discussões não abordadas ou não respondidas, as quais possuem alta relevância no mundo jurídico. Há vários pontos que se relacionam com o tema dos direitos subjetivos, os quais o autor diferencia em três: questões normativas, empíricas e analíticas. Adianta-se que as questões analíticas, que tratam da noção de posição jurídica, são as mais relevantes para o trabalho.

Brevemente, as questões normativas dizem respeito às questões ético-filosóficas e dogmático-jurídicas. Estas pretendem responder perguntas acerca da razão pela qual os indivíduos possuem direitos e quais são esses direitos. As questões ético-filosóficas se distinguem das questões jurídico-dogmáticas em virtude de as primeiras consistirem em análise independente do ordenamento jurídico, enquanto que as segundas respondem dentro do âmbito de validade de cada ordenamento jurídico. A relevância da problemática se destaca quando, no caso concreto, não há dúvida quanto à aplicação da norma *N* ao caso de *a*, mas há dúvida quanto ao direito subjetivo garantido por *N*.¹⁰⁶

Em relação às questões empíricas, cabe destacar que estas se referem à história, às consequências sociais e à função dos direitos subjetivos de acordo com suas respectivas valorações no momento histórico em que se apresentam. Deste modo, afirma Alexy:¹⁰⁷

o fato de que um determinado direito subjetivo *R*, a partir da interpretação *I*, ou leva à consequência fática *K* ou tem a função social *F*, é um forte argumento para interpretar *R* no sentido de *I*, desde que *K* e *F* sejam avaliadas como algo positivo. [...]. Neles sempre se verá que *tão somente* a partir de enunciados empíricos sobre a história, as consequências sociais ou as funções dos direitos subjetivos nada é possível inferir para a problemática jurídico-dogmática. Para esse fim, é necessário associá-los a enunciados normativos.

No que se refere às questões analíticas, Alexy diferencia norma de posição jurídica e, em seguida, apresenta seu modelo de direito subjetivo em três níveis. Quanto à distinção entre norma e posição jurídica, ressalta que norma é aquilo que o enunciado normativo expressa.¹⁰⁸ Além disso, convém observar que norma também se diferencia de

¹⁰⁶ Alexy, Robert. *Op cit.*, 2015, p. 181-182.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 184.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 184.

enunciado normativo, de modo que uma norma pode ser expressa por meio de diversos enunciados normativos, ou seja, uma norma pode ser expressa textualmente de diversas maneiras.¹⁰⁹

A partir do enunciado extrai-se uma norma geral, que pode se transformar numa norma individual. No exemplo citado por Alexy, o enunciado “todos têm o direito de expressar livremente [...] a sua opinião [...]” pode ser transformado na norma individual “*a* tem, em face do Estado, o direito de expressar livremente sua opinião”. Sendo esta norma válida no ordenamento jurídico, ela garante a *a* uma posição jurídicadiante do Estado, que consiste no direito de *a* em face do Estado.¹¹⁰

O autor ainda destaca que, a perspectiva da posição jurídica seria irrelevante caso a análise se restringisse a normas que atribuem características, como a norma que proíbe *a* de fazer *h* atribui a *a* uma característica. Porém, direitos subjetivos dizem respeito também a relações, de modo que as normas podem ser expressas por enunciados diádicos “... tem em um direito a *G* em face de ...” ou triádicos “... tem em face de ... o direito a...”.¹¹¹

Tem-se então que a posição jurídica determina características normativas a pessoas e ações e também relações entre pessoas ou entre pessoas e ações.

Além da distinção entre norma e posição jurídica, e uma vez descrita a compreensão do direito subjetivo sob o caráter relacional, passa-se à análise do modelo de direitos subjetivos em três níveis. Tal compreensão distingue a) razões para direitos subjetivos; b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas e c) exigibilidade dos direitos subjetivos.¹¹²

O autor cita a contribuição de Jhering no sentido de apontar dois pontos que orbitam a discussão acerca dos direitos subjetivos, os quais consistem em dois momentos que constituem o direito, o *substancial*, referente à finalidade, à vantagem obtida com o direito, e o *formal*, que diz respeito à proteção jurídica, à ação judicial.

Neste sentido, Alexy faz importante observação¹¹³:

Enquanto para Jhering a finalidade está no centro, a teoria da vontade vê como central o controle do titular do direito – expresso entre outras coisas pela capacidade de demandar – sobre a posição a ele outorgada por uma norma. Ele pode, mas não tem que demandar; o que ele faz depende de sua livre escolha, de sua vontade.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 54.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 184-185.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 185.

¹¹² *Ibidem*, p. 185.

¹¹³ *Ibidem*, p. 187.

Como se percebe, a teoria da vontade ressalta o elemento volitivo do indivíduo no sentido de exigir judicialmente um direito estabelecido por uma norma, alterando sua posição jurídica. O elemento volitivo corresponde ao aspecto formal apontado Alexy na teoria de Jhering.

Portanto, conforme explica Alexy, na teoria de Jhering diferenciam-se dois tipos de enunciados, enunciados sobre finalidade de direitos ou normas e enunciados sobre proteção de direitos. Nenhum desses enunciados diz respeito a direitos em si, conforme demonstrado abaixo¹¹⁴:

Um típico enunciado sobre razões é o enunciado “os direitos existem [...] para servir aos interesses, necessidades e finalidades do comércio”. A esses enunciados gerais sobre razões correspondem *enunciados concretos sobre razões*, como:

(1) *G* é uma “necessidade imperiosamente ligada à natureza animal do ser humano”.

Que podem ser utilizados como argumento a favor da tese de que *a* tem um direito a *G*. Um *enunciado sobre a proteção é*:

(2) *a* pode alegar a violação de seu direito a *G* por meio de uma demanda judicial.

Nem enunciados sobre razões (1) nem enunciados sobre a proteção (2) são, por si mesmos, iguais em sentido a *enunciados sobre direitos*, como:

(3) *a* tem direito a *G*.

Assim, é possível diferenciar as razões para um direito (1) do direito (3) e, ainda, a relação de fundamentação existente de (1) para (3).

No entanto, a relação dos enunciados (2) e (3) apresenta maiores dificuldades. Enunciados de proteção como (2) *a* pode alegar a violação de seu direito a *G* por meio de uma demanda judicial também apresentam posições jurídicas, ou seja, a capacidade jurídica, o poder de demandar. Tal posição pode ser vista como um direito. A confusão existente é alimentada pela afirmação de autores no sentido de que só é possível existir direito subjetivo quando houver capacidade de exigí-lo.¹¹⁵

Porém, Alexy defende que a relação entre a existência do direito e a capacidade para exigí-lo não é imprescindível. Defende ainda que a conceituação de direito subjetivo de modo a conjugar os enunciados de direito e de capacidade de exigir consiste em medida estipulativa, que não apresenta relação com o uso da linguagem, com a técnica e com a sistematicidade do ordenamento. Cabe ressaltar, também, o argumento de que a falta de exigibilidade não indica a não existência de um direito.¹¹⁶

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 187.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 187.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 189.

A partir da contribuição analítica dos direitos subjetivos, que chama atenção para as posições jurídicas, é possível compreender melhor as classificações de direitos subjetivos como a de Jellinek em direitos positivos, negativos e ativos, assim como tantas outras. A existência de diversos modelos de classificação do direito subjetivo demonstra a complexidade do tema e o fato de que as posições jurídicas assumidas são mais diversas do que as classificações. Assim, entende Alexy que o conceito de direito subjetivo deve ser compreendido no sentido amplo, que abrange as mais diversas posições jurídicas.¹¹⁷

Estas, por sua vez devem ser divididas em três tipos: (1) direitos a algo; (2) liberdades; e (3) competências.

Explica Alexy que os direitos a algo possuem a estrutura básica conforme o enunciado *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*, no qual *a* é o portador do direito, *b* é o destinatário e *G* é o objeto. Trata-se de uma relação triádica, na qual *a* pode ser tanto pessoa física ou jurídica, *b* pode ser o Estado ou um particular e *G* é uma ação do destinatário. Esta ação pode ser negativa ou positiva. As ações negativas são conhecidas como “direitos de defesa” e as positivas, “direitos a prestações”.

As ações negativas podem ter a natureza de não embaraço de ações, ou seja, direito a que o Estado não dificulte qualquer tipo de ação do indivíduo; direito à não afetação de características e situações, que consiste no direito, por exemplo, à inviolabilidade do domicílio do indivíduo; direito à não eliminação de posições jurídicas, que diz respeito ao direito a que o Estado não elimine normas que tornam possíveis algumas ações jurídicas, como a possibilidade de o proprietário transferir a propriedade de um bem.¹¹⁸

Os direitos a prestações positivas, por sua vez, são divididos em dois grupos, o que corresponde a uma ação fática e o que diz respeito a uma ação normativa. A prestação fática pode ser realizada mediante a oferta de produto, serviço ou benefício financeiro pelo Estado. A prestação normativa consiste no direito à criação de normas, como a proteção dada ao nascituro.

Vale observar que Alexy faz a seguinte observação quanto ao direito a prestações¹¹⁹:

Quando se fala em “direitos a prestações” faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como *direitos a prestações em sentido estrito*.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 193.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 200.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 202.

Assim, o autor aponta a possibilidade de posições jurídicas entre particulares, nas quais um particular tem o dever de cumprir uma prestação fática em face do direito do outro. No entanto, ao apontar as estruturas dos direitos a prestações, o autor sempre aponta que tais prestações devem ser cumpridas pelo Estado. Conforme se destaca:

- (1) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este realize a ação positiva fática h_f .
- (2) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este realize a ação positiva normativa h_n .

A partir de uma análise sistêmica da obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, observa-se que Alexy neste ponto, como ressaltado, define direitos fundamentais como direitos subjetivos a partir da noção de posição jurídica. Em seguida, o autor aborda especificamente três direitos, sendo eles o *direito geral de liberdade*¹²⁰, o *direito geral de igualdade*¹²¹ e os *direitos a ações estatais positivas*¹²². Este último é subdividido em *direitos a prestações em sentido amplo* e *direitos a prestações em sentido estrito*.

Em capítulo posterior¹²³, aborda o tema da aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares, ao falar de *efeitos perante terceiros*. E observa, ao falar do terceiro nível do modelo de efeitos perante terceiros, que “um direito do cidadão contra o Estado não é um direito do cidadão contra outro cidadão”¹²⁴. O que neste ponto convém destacar é a possibilidade apontada pelo autor de deveres relativos a direitos prestacionais entre cidadãos.

Além disso, existem razões para os efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e essas são decorrentes da existência de direitos e não direitos, liberdades e não liberdades e competências e não competências referentes à relação cidadão-cidadão. Tais razões serão observadas mais à frente, ao se abordar o terceiro tipo de posições jurídicas, as competências.

Antes, porém, convém tecer breves explicações acerca do segundo tipo de posição jurídica apontado por Alexy, as liberdades. Primeiro, o autor observa que o tema da liberdade é objeto de indagações filosóficas, políticas e até da literatura. Porém, o que aqui interessa é a liberdade jurídica. Esta possui como objeto uma *alternativa de ação*. Deste modo, o enunciado sobre a liberdade possui a seguinte forma: *x* é livre (não livre) de *y* para

¹²⁰ *Ibidem*, cap.7.

¹²¹ *Ibidem*, cap. 8.

¹²² *Ibidem*, cap. 9.

¹²³ *Ibidem*, cap. 10.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 538.

fazer z ou para não fazer z , sendo x o titular da liberdade, ou da não liberdade, y simboliza o obstáculo para a liberdade e z a ação cuja realização ou não realização é objeto da liberdade.

Diante disso, a garantia da liberdade jurídica ocorre por meio de uma abstenção estatal, de modo que não se faz necessário um direito a prestação, mas um direito de defesa¹²⁵. Essa observação é importante e parece ir de encontro com a noção já consolidada de que determinadas situações de escassez impedem o exercício da liberdade. Não há dúvidas quanto à constatação empírica de que a escassez econômica reduz as alternativas de ação do indivíduo. Porém, observando do ponto de vista lógico, percebe-se que tal não ocorre.

O enunciado da liberdade acima destacado descreve uma relação triádica, na qual é possível substituir os componentes x , y e z , de modo a capturar diferentes tipos de liberdade. Embora a relação da escassez econômica com redução de alternativas de ação não gere maiores dúvidas, a qualificação do indivíduo como “não livre” não é algo tão evidente. Alexy faz importante observação, no sentido de que é preciso definir se a ausência de escassez econômica significa liberdade, ou ainda, mais especificamente, qual tipo de liberdade os direitos fundamentais devem garantir. O autor chama atenção, ainda, para o fato de que a liberdade é muito utilizada como um conceito positivo com alto grau emotivo, de modo que nem sempre indicará um argumento, mas uma persuasão.¹²⁶

Seguindo, diante da possibilidade de englobar diversas espécies de liberdade a partir do enunciado anterior, Alexy destaca a liberdade jurídica, a qual, no caso da liberdade de expressão, possui o enunciado a está livre de proibições jurídicas para expressar ou não expressar sua opinião.

O autor desenvolve sua teoria distinguindo liberdades jurídicas em não protegidas e protegidas. O primeiro tipo consiste na permissão jurídica de fazer algo assim como a permissão jurídica de não o fazer. Já a liberdade protegida consiste num feixe de direitos a algo e normas objetivas que dão ao titular a possibilidade de realizar a ação permitida. Assim, estando a liberdade associada a um direito ou norma, ela consiste numa liberdade protegida.¹²⁷

Uma vez discutidos os direitos a algo e as liberdades como posições jurídicas, que são normalmente chamados de direitos, convém analisar o último tópico que compõe o modelo triádico das posições jurídicas, as competências. Ressalta-se que este tema é de grande importância para o argumento desenvolvido neste trabalho no sentido de desconstruir

¹²⁵ *Ibidem*, p. 223.

¹²⁶ *Ibidem*, nota 125, p. 224.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 233.

a ideia da autonomia privada como princípio formal, apresentada no Modelo Adequado de Virgílio Afonso da Silva.

Logo nas primeiras linhas, ao justificar a escolha do termo “competência” ao invés dos demais utilizados na doutrina, como “poder”, “capacidade” ou “capacidade jurídica”, Alexy chama atenção para o fato de que o termo escolhido pode levar à confusão com outro de sentido diverso que consiste na competência organizacional. Assim, deixa claro que a competência ora abordada (*Kompetenz*) não é a mesma competência organizacional (*Zuständigkeit*). Essa distinção é o centro do argumento desenvolvido neste trabalho em relação à aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas.

O exercício de uma competência provoca a alteração de uma situação jurídica, que pode ser descrita como a criação de uma norma individual ou geral ou pela alteração de uma posição jurídica.¹²⁸ As competências, vale observar, adicionam ao indivíduo algo que por natureza ele não possui.

Por outro lado, adverte o autor, nem toda ação que gera alteração de situação jurídica consiste em exercício de competência. A diferenciação ocorre em virtude de que as ações que são exercício de uma competência são *atos institucionais*. Estes só podem ser realizados porque existem normas constitutivas que os tornam possíveis.

Neste sentido, é importante diferenciar as normas constitutivas, que transformam ações fáticas naturais em atos jurídicos, chamadas de *normas de competência*, das normas que qualificam as ações, estabelecendo obrigações, direitos a algo e liberdades.¹²⁹

Algumas teorias tendem a reduzir normas de competências a normas de conduta. Afirma Alexy que a redução seria possível no sentido de entender que normas de competência estabelecem padrões para o comportamento que refletem nas normas de conduta. Porém, continua, este exercício de redução teria como efeito a não compreensão da posição do titular, de modo a não abarcar seu poder de escolha. A autonomia privada, assim como o escalonamento do sistema jurídico, não seriam representados¹³⁰. Não estaria claro o poder de escolha do indivíduo, que utiliza o exercício da competência para transformar a possibilidade de um ato na sua efetiva execução.

A partir das premissas acima, é preciso entender que a posição jurídica de um indivíduo *b* pode ser alterada por outro indivíduo *a*, caso este tenha competência para tal. Alexy descreve a posição de *a* como *a* tem, em face de *b*, *a* competência para criar uma

¹²⁸ *Ibidem*, p. 236.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 240.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 242.

posição jurídica RP de *b*. É importante lembrar que a posição jurídica pode significar uma obrigação não relacional, um direito a algo ou uma liberdade.

Além disso, existem as relações conversas no tocante às competências. Deste modo, uma competência de *a* para alterar a posição de *b*, impõe *b* em uma relação de sujeição diante de *a*. Por outro lado, na situação inversa, quando *a* não tem competência para alterar a posição de *b*, *a* encontra-se numa situação de não competência. Numa relação conversa, assim como antes, *b* encontra-se numa situação de não sujeição diante de *a*.¹³¹

Alexy defende que a noção de competência é fundamental para o entendimento da estrutura dos direitos fundamentais. O autor faz a diferenciação da competência do cidadão para a competência do Estado. Quanto ao cidadão, vale observar que as normas de direitos fundamentais conferem uma proteção às suas competências, de modo que muitas ações do cotidiano, como matrimônio e contratos, são possíveis em virtude de competências. Caso o Estado retire uma dessas competências, estará afetando uma norma de direito fundamental.

Neste ponto, destaca-se a teoria dos institutos jurídicos como complexos de normas do direito privado. Assim, garantir institutos jurídicos indica limitar a atuação do legislador na restrição de competências do cidadão. Neste sentido, conclui Alexy que “quanto mais individualista for uma teoria normativa dos direitos fundamentais, mais direitos a competências ela reconhecerá.”¹³²

Já em relação às competências do Estado, convém observar que as normas de direitos fundamentais, ao contrário do que apontado na situação acima, atuam como normas negativas de competência, pois colocam o Estado numa posição de não competência e o cidadão em posição de não sujeição.¹³³

As considerações feitas acima têm como objetivo alcançar o conceito de direito fundamental completo, o qual consiste no feixe de posições jurídicas de direitos fundamentais. Isto equivale à atribuição de um feixe de normas a uma disposição de direito fundamental.

Surge então a questão acerca do que faz com que as posições jurídicas individuais se unam a um direito fundamental. Às posições jurídicas sempre correspondem normas que as reconhecem. Um feixe de posições jurídicas significa um feixe de normas. O conceito de direito fundamental completo é multifacetado, a ideia de feixe de normas e posições jurídicas consiste em apenas um aspecto desse complexo conceito. Existem, então, três perspectivas

¹³¹ *Ibidem*, p. 243.

¹³² *Ibidem*, p. 546.

¹³³ *Ibidem*, p. 547.

sob as quais o direito fundamental pode ser observado, são elas: 1) as posições jurídicas do sistema; 2) o grau de generalidade; e 3) o caráter de regra ou princípio.¹³⁴

Além das perspectivas acima, a relação entre normas e posições pode ser de especificação, de meio-fim ou de sopesamento. Essas relações dão ao direito fundamental completo um caráter dinâmico, que se materializa no caso concreto. Assim, entende-se que as posições jurídicas que compõem o feixe do direito podem ser definitivas ou *prima facie*, as quais se relacionam da maneira descrita acima.

A partir dessa estrutura complexa surge a polêmica acerca do que faz parte do direito fundamental completo, ou seja, quais garantias são atribuídas aos enunciados de direitos fundamentais. No exemplo apontado por Alexy, em que se debate sobre o papel do Estado a respeito da produção científica das Universidades, o Tribunal alemão decidiu que o Estado não tem dever apenas em relação ao meio organizacional, mas também pessoal e financeiro. Alerta o autor que tal análise poderia chegar a conclusões bem distintas, atribuindo deveres de outra natureza ao Estado, como, por exemplo, seria possível entender que o Estado possui uma permissão, mas não uma obrigação, referente ao ensino superior, deixando a organização a cargo da iniciativa privada.¹³⁵

Diante de todo o exposto, é importante ressaltar alguns pontos a partir da construção do conceito de direito subjetivo compreendendo a noção de posição jurídica e o sistema destas posições jurídicas em três espécies, direitos a algo, liberdades e competências. Começando pela conclusão, o dispositivo de direito fundamental compreende um feixe de normas e de posições jurídicas que demandam exigências diversas ao Estado para sua satisfação.

Normas de competência fazem parte do feixe do direito fundamental completo, conferindo possibilidade a alguns atos, transformando ações naturais em ações jurídicas. A competência de um indivíduo de alterar a posição jurídica de outro indivíduo (*Kompetenz*) difere-se do exercício de competência do Estado (*Zuständigkeit*), de modo que se afasta do modelo tanto de Virgílio como de Borowski. A escolha do sujeito, portanto, consiste num exercício de competência, o qual, por sua vez, é possível devido à existência de uma norma de competência que atribui a este sujeito uma posição jurídica.

Retoma-se, neste momento, a observação de Martin Borowski no sentido de comparar eventual semelhança entre as normas de competência e os princípios formais. Na oportunidade, o autor afirmou que, embora haja semelhança entre os conceitos, pelo fato de

¹³⁴ *Ibidem*, p. 251.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 253.

ambos atribuírem poder a ser exercido por meio de um ato institucional, o conceito de princípio formal inclui o elemento da competência e o objetivo a ser otimizado, enquanto a norma de competência se resume à competência. Ocorre que, conforme discutido acima acerca do sistema de posições jurídicas e do conceito de direito fundamental completo, entende-se que as normas de competência compõem um complexo – um feixe – de normas que é dinâmico e consiste na formação do direito fundamental completo.

Assim, entende-se que o poder de escolha do indivíduo é proveniente de uma norma de competência que lhe atribui a posição de alterar a sua situação jurídica ou a de outro. Esta norma de competência compõe um conceito mais abrangente, formado por outras normas, definitivas e *prima facie*, que compõem o direito fundamental completo. A noção de competência como pertencente a algo mais abrangente afasta a ideia de que se trata de um princípio por si, autônomo, denominado de autonomia privada por Silva.

Outro argumento levantado por Silva como premissa para seu modelo adequado defende que a noção de direitos fundamentais como princípios e estes, por sua vez, como mandamentos de otimização, torna desnecessária a ideia de ordem objetiva de valores. Segundo este autor, tendo em vista que os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, a otimização da eficácia dos direitos fundamentais no máximo possível de situações consiste em decorrência lógica¹³⁶.

Continua o autor afirmando o seguinte¹³⁷:

Neste sentido, é possível inferir dos direitos fundamentais também direitos à proteção contra eventuais violações por parte de terceiros, pois a liberdade de expressão, o direito de associação, a privacidade, a liberdade de informação, a liberdade religiosa, entre outros, são realizáveis em maior medida se não forem considerados apenas direitos contra violações por parte do Estado, mas também contra violações por parte de terceiros.

Primeiramente, conforme abordado no sistema triádico de posições jurídicas, estas dividem-se em direitos a algo, liberdades e competências. O enunciado geral dos direitos a algo consiste em *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*. Como observado, esse enunciado aponta o caráter relacional e, ainda, o fato de que o objeto do direito a algo é uma ação do destinatário. Essa ação pode ser negativa ou positiva. É negativa quando exige uma abstenção e positiva quando exige uma prestação.

¹³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 2011, p. 146.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 146.

Alexy é muito claro ao afirmar que o destinatário de um *direito a algo* pode ser um particular, de modo que este tenha em face do outro particular um dever. Quando se tratar de um direito a ação negativa, o indivíduo deverá abster-se a fim de satisfazer o direito do outro. Pelo trecho destacado acima da obra de Silva, entende-se que o *direito à proteção contra eventuais violações* apontado pelo autor diz respeito ao *direito a ação negativa* na obra de Alexy.

Vale ressaltar o posicionamento de Silva no sentido de que o recurso à ideia de direitos fundamentais como ordem objetiva seria desnecessário diante da natureza principiológica, como *mandamentos de otimização*. Com isto o autor quis dizer que a exigência de que sejam cumpridos na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas faz com que os princípios produzam efeitos além da relação cidadão-Estado. Ocorre que tais condições exigidas consistem, dentre outras, nas possibilidades determinadas a partir das posições jurídicas, conforme desenvolvido na teoria de Alexy. Este tema será abordado mais à frente, no tópico dos princípios formais, quando for tratada a questão da discricionariedade epistêmica e, conseqüentemente, a noção de que a otimização deve ser material, mas também epistêmica.

É preciso retomar a teoria de Alexy quanto à noção de princípios e regras como *razões*. Regras normalmente atuam como razões definitivas enquanto princípios como razões *prima facie*. Tais razões, ressalta-se, são direcionadas a normas ou ações. Para Alexy, princípios e regras são razões para normas, e, indiretamente, para ações, tendo em vista que as normas criam permissões, proibições e deveres. Conclui que tanto princípios quanto regras podem ser razões para decisões concretas e, ainda, que regras e princípios podem ser razões para outras regras.¹³⁸

Em seguida, retoma-se o modelo de efeitos das normas de direitos fundamentais perante terceiros em três níveis do autor, conforme apresentado anteriormente. O primeiro nível diz respeito do nível do dever estatal, no qual o Estado deve observar os direitos fundamentais na elaboração de leis assim como na aplicação destas. Os direitos fundamentais atuam, deste modo, como uma ordem objetiva de valores.

É importante lembrar, ainda, que o terceiro nível diz respeito aos efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações privadas. Indaga Alexy quais seriam esses efeitos diretos. De modo objetivo, descarta a ideia de que efeitos diretos signifiquem que os direitos de um cidadão perante outro cidadão sejam os mesmos da relação cidadão-Estado.

¹³⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 106.

Alexy chama atenção para o fato de que a produção de efeitos diretos nas relações privadas não ocorre com a simples substituição do destinatário do direito do cidadão perante o Estado. Primeiro pela natureza distinta desses direitos e segundo porque os direitos nas relações privadas possuem *intensidade de efeitos* distinta das relações anteriormente destacadas.¹³⁹ Outro ponto destacado foi o fato de que direitos fundamentais atuam como razões para direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências referentes às relações entre particulares que não existiriam caso não houvesse tais razões. Como exemplo, cita o caso do editor da revista *Blinkfuer*, em que o direito da revista *Blinkfuer* atuou como razão para o não direito da Editora Springer, conforme exposto acima no item 1.2.d.

É importante observar que, primeiramente, o Superior Tribunal Federal entendeu que o convite ao boicote seria permitido pelo ordenamento, não intervindo no direito à liberdade de expressão. Já o Tribunal Constitucional constatou que a rejeição da ação pelo outro órgão deixou de garantir a proteção estatal devida ao editor da revista *Blinkfuer* em face de uma ação privada.

O Tribunal Constitucional alemão defendeu que existem razões em virtude dos direitos fundamentais que levam ao entendimento de que o editor da revista tem o direito de exigir a abstenção da editora ao boicote. Conclui, então, o autor o seguinte:¹⁴⁰

Portanto, os princípios de direitos fundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações entre particulares que são necessários em razão da existência desses princípios, mas que não o seriam na sua ausência. Isso é um efeito direto dos direitos fundamentais perante terceiros.

Uma vez esclarecida a ideia dos direitos fundamentais como razões para normas, entende-se que a produção de efeitos se manifesta de diferentes formas no ordenamento, de acordo com a complexidade das relações e das situações. Assim, parece não ser possível a exclusão do papel dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores.

Alexy destaca, também, o ponto a respeito do argumento levantado por alguns autores no sentido de negar totalmente a produção de efeitos nas relações privadas. Este argumento é interessante para a discussão aqui levantada no sentido de que defende a ideia a partir da qual qualquer efeito eliminaria ou restringiria em demasiado a autonomia privada. Neste ponto, vale ressaltar as palavras do autor:¹⁴¹

¹³⁹ *Ibidem*, p. 538-539.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 539.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 540.

A própria autonomia privada, e não apenas sua restrição, é objeto de garantias constitucionais e, com isso, de efeitos perante terceiros. É uma deficiência da discussão acerca dos efeitos perante terceiros que a questão da restrição à autonomia privada tenha ocupado, com frequência, o primeiro plano e que sua proteção não tenha sido tratada como uma questão de igual importância. *A forma pela qual se estabelecem as restrições às competências de direito privado é uma questão substancial e, no fim das contas, uma questão de sopesamento.* Essa questão não é prejudicada pela definição dos efeitos diretos perante terceiros no sentido apresentado acima. Ao contrário, ela torna mais apurada nossa percepção acerca dos problemas ligados aos direitos fundamentais. (grifos acrescidos)

A partir das palavras do autor, entende-se que a discussão dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas deve contemplar tanto a proteção quanto a restrição da autonomia privada. Neste sentido, já defenderam os autores acima citados. Porém, não há convergência quanto ao *como* deve ser realizada análise da proteção/restrrição da autonomia. Deste modo, extrai-se uma nova questão: o sopesamento da autonomia privada. Importante destacar que o próprio Alexy apontou que a questão trata-se de um sopesamento. Em ponto mais à frente esclarece um pouco mais a discussão¹⁴²:

Isso faz com que seja necessário indagar se alguém que viola um direito de outra pessoa – sustentado por razões de direitos fundamentais e oponível contra si – viola também um direito fundamental dessa pessoa. Por exemplo: no caso *Blinkfuer*, a Editora Springer violou o direito fundamental à liberdade de imprensa do editor da revista *Blinkfuer*? A resposta depende de uma definição terminológica. É possível dizer que foi violado um direito constitucionalmente necessário; mas também é possível dizer que o direito violado, por ser exigido pelo direito fundamental pertence a um conjunto plurifacetado que constitui o direito fundamental completo, e que, se uma parte do conjunto é violada, é violado o “direito fundamental”. A primeira forma tem a vantagem de evitar diversas incompreensões e simplificações que podem estar associadas à concepção de violação de um direito fundamental por meio de um particular. A segunda tem a vantagem da coerência dogmática. Talvez seja recomendável manter ambas as formas de expressão à disposição e, sempre que houver a possibilidade de incompreensões, explicar a segunda com o auxílio da primeira.

A partir da discussão trazida assim como dos trechos destacados, entende-se que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações privadas, exigindo ou excluindo direitos e não direitos, liberdades e não liberdades e competências e não competências. Nas relações privadas, ambas as partes são detentoras de uma complexidade de posições jurídicas que compõem direitos fundamentais completos. A proteção e conjugação dessas posições jurídicas deve ser realizada por meio de um exercício de sopesamento.

¹⁴² *Ibidem*, p. 542.

Por fim, resta um aspecto do tópico ora abordado que consiste na questão levantada por muitos autores da aplicação de direitos fundamentais sociais nas relações particulares.

Tendo em vista a abordagem trazida, de direitos fundamentais como posições jurídicas e direito fundamental completo, parece que não há discussão quanto à possibilidade de exigência de um particular quanto a uma prestação de outro particular, seja ela negativa ou positiva.

Não se quer, aqui, minimizar as nuances existentes em relação à exigibilidade de direitos fundamentais sociais, pois a garantia de tais direitos sofre contraposições fortes e ainda com limites econômicos.

Tanto não é fácil tal discussão que aqui se propõe a apresentar questões relativas ao direito fundamental social ao trabalho, que vem sofrendo alterações e ainda gera muitas discussões tanto no âmbito acadêmico quanto no dia a dia do noticiário.

Assim, uma vez abordados os conceitos acima descritos, entende-se necessário abordar o conceito de princípio formal no trabalho de alguns autores que discutiram o tema de alguma forma.

3.2 Os Tipos de Discrecionariiedade

Tendo em vista que o tema dos princípios formais na teoria de Alexy orbitou a temática do trabalho, é preciso entender um pouco mais sobre seu conceito e, principalmente, a sua inserção na teoria dos princípios. Primeiramente, antes de se abordar com mais detalhes, é preciso adiantar que princípios formais são princípios que não possuem conteúdo. O objeto da maximização dos princípios formais é decisão jurídica.¹⁴³

Alexy desenvolve o conceito de princípios formais a partir da ideia de discrecionariiedade epistêmica, que pode ser empírica ou normativa. Isto, por sua vez, resulta na adição das variáveis R^c e R^n para as confiabilidades epistêmicas na fórmula do peso, que passa a ser denominada *fórmula do peso completa refinada*, analisada em tópico a frente.

A partir de então, surgem estudos e críticas a respeito da interação entre princípios materiais e formais, de modo que são criados diferentes modelos acerca dessa relação, modelo puro material- formal, modelo misto e modelo epistêmico. Adianta-se que Alexy, num primeiro momento, no posfácio de *Teoria dos Direitos Fundamentais*, se posicionou no

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Op cit.*, 2014, p. 13.

sentido de defender o modelo misto, a partir da ideia da “*lei da combinação*”, segundo a qual princípios materiais teriam peso adicional em virtude de um princípio formal. Martin Borowski, como já estudado, se posiciona nesse mesmo sentido.

Porém, em obra posterior, *Princípios Formais*, Alexy defendeu o modelo epistêmico, no qual ocorre a *ponderação de segunda ordem* segundo a qual a ponderação de princípios formais e materiais se realiza num metanível.

A fim de abordar todos os tópicos acima citados, é preciso segmentar o pensamento de Alexy, estudando cada um de modo específico. É preciso tecer algumas considerações acerca da discricionariedade.

Dito isto, aponta-se os dois tipos de discricionariedade, material e epistêmica. A discricionariedade material se refere àquilo que as normas constitucionais não proíbem ou comandam definitivamente, ou seja, o que não é proibido ou comandado é deixado livre.¹⁴⁴

Já discricionariedade epistêmica se refere ao conhecimento disponível acerca de algo que é proibido, exigido ou deixado livre. A discricionariedade epistêmica diz respeito à confiabilidade das premissas disponíveis quanto a determinado assunto. A discricionariedade epistêmica pode apresentar, ainda, duas naturezas distintas, podendo ser normativa ou empírica. Normativa quando se refere ao conteúdo normativo existente, empírica quando se discute a certeza dos fatos e estudos até então apresentados.

Tendo em vista que a discricionariedade material se refere àquilo que é deixado livre pela Constituição, na área discricionária localiza-se aquilo que é facultado ao legislador e o limite da discricionariedade é definido por aquilo que é proibido ou obrigatório. A discricionariedade epistêmica decorre da incerteza do que é proibido ou obrigatório.

Observa Alexy que se o legislador pudesse sempre determinar os limites da própria atuação em relação à vinculação aos direitos fundamentais, esta não existiria, não haveria forma de controlar sua tomada de decisão.¹⁴⁵

Por outro lado, se o legislador só pudesse agir quando tivesse certeza dos fatos que sustentam as premissas de sua atuação, sua atividade legislativa restaria muito limitada.

A fim de exemplificar a existência de discricionariedade epistêmica empírica, Alexy cita o caso da legalização de produtos derivados da *cannabis*. Importante anotar que o caso aborda a questão se a intervenção no direito fundamental à liberdade é proporcional para reduzir os riscos associados ao produto.¹⁴⁶ No caso, o legislador justificou a interferência no

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 22.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 620.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 612.

direito fundamental, e conseqüente proibição dos produtos, na suposição do perigo elevado para a saúde, enquanto a outra parte defendeu que tal perigo não existe.

Observe-se que, diante de incertezas quanto à repercussão dos produtos derivados da *cannabis* na saúde das pessoas o Tribunal Constitucional Federal atribuiu ao legislador discricionariedade para decidir no sentido de interferir no direito fundamental à liberdade. Trata-se da discricionariedade epistêmica empírica.

Mais uma vez, é preciso anotar que a exigência de decisão do legislador fundamentada somente em premissas certas, com alto grau de confiabilidade, pode levar à paralisia legislativa. Já a permissão para tomada de decisão baseada em incertezas pode resultar em decisões que negam a proteção devida a direitos fundamentais baseadas em suposições falsas.

Se tais premissas forem comprovadas equivocadas, o direito fundamental terá sido violado indevidamente. Tendo em vista que princípios exigem o cumprimento máximo diante das possibilidades fáticas e jurídicas disponíveis, conceder ao legislador discricionariedade epistêmica significa reconhecer a possibilidade de eventual violação indevida a direito fundamental.¹⁴⁷

Se esse fosse o único fator de justificação, os direitos fundamentais exigiriam que suas restrições fossem baseadas somente em premissas confiáveis. Neste ponto é que ganha relevância o princípio formal do legislador democraticamente legitimado. Como já destacado, este princípio formal não possui conteúdo, requer somente que a decisão seja cumprida. Diante da exigência do princípio material de que o direito fundamental seja cumprido na maior medida possível, afasta-se *prima facie* a competência decisória do legislador para restringir tal direito, enquanto o princípio formal garante exatamente esta competência.¹⁴⁸

A solução apresentada por Alexy consiste no modelo epistêmico, apresentado abaixo, no qual princípios materiais e formais são ponderados em momentos distintos, segundo a *lei da ponderação de segunda ordem*. A certeza das premissas define a ponderação entre o princípio material e o princípio formal, o que refletirá na variável introduzida na fórmula do peso completa refinada.

A relação entre a discricionariedade epistêmica normativa e a discricionariedade material é um pouco mais delicada. Como destacado acima, a discricionariedade material diz respeito à margem de conformação do legislador dentro do que a Constituição deixa livre, não

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 615.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 615.

proíbe nem obriga. Já a discricionariedade epistêmica normativa reflete a incerteza quanto ao que é proibido ou obrigado.

Reconhecer discricionariedade epistêmica normativa ao legislador é atribuir a ele competência para determinar o que é obrigatório, proibido ou facultado, quando é incerto se ele está livre ou não para decidir.¹⁴⁹

A fim de ilustrar o caso de uma discricionariedade epistêmica normativa, Alexy cita o exemplo de decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1998 acerca da proteção de trabalhadores contra demissões. No caso, o Tribunal decidiu se iria isentar empresas com menos de cinco funcionários de cumprir garantias trabalhistas legais e optar pela proteção civil, mais flexível.

Alexy é explícito ao determinar que existe uma colisão entre dois princípios protegidos pela Constituição alemã. De um lado a liberdade profissional do empregador, enquanto direito de defesa. De outro, o dever de prestação em favor dos trabalhadores.

O caso pode ser visto, então, como exemplo de um impasse material de sopesamento, considerando que o legislador considere os interesses do empresário e do trabalhador como de importância similar. Isto significa que é facultado ao legislador tanto isentar quanto obrigar as empresas a cumprirem as normas de demissão mais rígidas. Alerta Alexy que a quantificação dos interesses envolvidos do legislador não é jurídica, mas política. O resultado é juridicamente facultativo.¹⁵⁰

Afirma o autor que o mesmo resultado pode ser alcançado por meio da discricionariedade epistêmica normativa. Os limites para o sopesamento seriam idênticos aos da discricionariedade material. No caso da utilização da discricionariedade epistêmica normativa, porém, não seriam dispensados elementos jurídicos.

Tanto a proteção – e até obrigação – quanto a isenção do cumprimento das normas mais rígidas podem ser fundamentadas pelos direitos fundamentais, sendo impossível reconhecer qual das possibilidades seria mais bem fundamentada. Trata-se de uma situação em que há direitos fundamentais em ambos os lados, criando um impasse epistêmico.

Nessa situação, os princípios materiais de direitos fundamentais não têm força para evitar que do princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado decorra uma discricionariedade epistêmica para sopesar. Qualquer outra solução seria insustentável, em face da relação fundamental de tensão entre direitos fundamentais e democracia. Nesse sentido, é possível falar da existência de uma discricionariedade cognitiva também de tipo normativo.¹⁵¹

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. *Op cit.*, 2015, p. 620.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2015, p. 621-622.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 622.

O Tribunal exigiu uma otimização dos princípios de modo a garantir a máxima eficácia para todos os envolvidos. Além disso, reconheceu uma ampla “margem de conformação”, dando ao legislador a possibilidade de avaliar empiricamente e atribuir maior ou menor peso aos interesses e às necessidades de proteção de cada grupo, empresários e trabalhadores. Conclui afirmando que:

Isso significa que a violação do dever de proteção aos trabalhadores só ocorre se os limites dessa discricionariedade forem extrapolados. O Tribunal nega a existência dessa extrapolação ao observar que ‘a proteção mínima exigida constitucionalmente’ pode ser garantida ao trabalhador por meio das prescrições gerais do direito civil. Para resolver uma colisão entre direitos fundamentais é possível ou garantir aquilo que é minimamente exigido pela constituição ou garantir mais que isso. Se a nenhuma das partes é garantido menos que o mínimo, então, a constituição não foi violada.¹⁵²

Continua explicando que a justificação para uma garantia mínima não ocorre somente pela colisão dos princípios colidentes, o que consistiria numa discricionariedade material. Na verdade, o legislador considerou os interesses do empresário especialmente dignos de proteção. Tal consideração poderia ocorrer no sentido contrário e entender que os trabalhadores merecessem maior proteção, impondo aos empresários maior ônus.

Assim, observou-se que os princípios existentes de ambos os lados exigiam a maior proteção possível na mesma intensidade e importância. A partir da Constituição, não foi possível determinar os limites do que era proibido e obrigado, instalando uma situação de incerteza. Coube, então, ao legislador entender pela maior proteção de um ou de outro. Trata-se, portanto, de uma discricionariedade epistêmica normativa.¹⁵³

No contexto deste trabalho, este caso possui importância singular no sentido de que será abordada a promulgação da Lei 13.467/17 que operou diversas alterações nas normas trabalhistas do país. A chamada Reforma Trabalhista sofreu críticas no sentido de privilegiar os interesses dos empresários. É preciso destacar, porém, que o foco do trabalho na próxima parte será quanto à discricionariedade jurisdicional, de modo que pretende entender os limites do controle do exercício da autonomia coletiva pelo órgão judicial.

A esse respeito, vale destacar que Alexy em todos os seus estudos abordou a discricionariedade epistêmica normativa do legislador. Observando isto, Alexandre

¹⁵² *Ibidem*, p. 613.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 614.

Trivisonno¹⁵⁴ teceu algumas observações importantes acerca da discricionariedade epistêmica normativa jurisdicional, relevantes para o presente estudo. Indaga o autor se haveria diferença entre as espécies de discricionariedade, legislativa e jurisdicional. Afirma tanto positiva quanto negativamente. Haveria diferença quantitativa, no sentido do grau de elaboração normativa, sendo a legislativa geral e a jurisdicional específica ao caso. A semelhança ocorre pelo fato de ambas tratarem da questão do conhecimento prático.

3.3 Princípios Formais

Em texto denominado *princípios formais*, que consiste em capítulo de livro com mesmo título, Alexy altera um pouco sua concepção acerca da *lei da combinação*, apontada no posfácio do livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*. No segundo momento, o autor afirma entender a necessidade de uma terceira via entre o modelo que entende que princípios formais e materiais não são ponderados entre si, cujo representante de maior destaque é Matthias Klatt¹⁵⁵, e o modelo no qual princípios formais são acrescentados na fórmula do peso, conforme abordado na teoria de Martin Borowski. A terceira via apontada por Alexy consiste na ponderação de segunda ordem. Segundo este autor, a expressão “em conexão com” presente na *lei da combinação* se refere à ponderação de segunda ordem. Antes de abordá-la, no entanto, é preciso apresentar alguns conceitos.

Primeiramente, é preciso entender o conceito de princípios formais. Como princípios, são mandamentos de otimização. Nesse sentido, tanto princípios materiais quanto princípios formais ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas. A diferença, alerta Alexy, consiste quanto ao *algo* a ser otimizado. Enquanto princípios materiais se dirigem a conteúdos materiais, como liberdade e mínimo existencial, princípios formais tem como objetos de otimização decisões jurídicas.¹⁵⁶

¹⁵⁴ TRIVISSONNO, Alexandre Gomes Travessoni. O problema do conhecimento na teoria discursiva do direito de Alexy. In: TRIVISSONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. **Princípios Formais**: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Cap. 2. p. 37-68.

¹⁵⁵ Cf. KLATT, Matthias. Positive Rights: Who decides? Judicial Review in Balance. **International Journal Of Constitutional Law**, Oxford University Press (OUP), [s.l.], v. 13, n. 2, p.354-382, abr. 2015. <http://dx.doi.org/10.1093/icon/mov019>. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/13/2/354/735681>>

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. Princípios Formais. In: TRIVISSONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. **Princípios Formais**: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Cap. 1. p. 13.

Uma vez tratados os temas relativos aos princípios formais e aos tipos de discricionariedade, é necessário abordar as consequências dos princípios formais na ponderação.

É importante observar que diante de realidades complexas é muito difícil obter premissas empíricas confiáveis. Assim, estabelecer uma relação de precedência absoluta ao princípio material de direito fundamental diante de incerteza empírica causaria uma situação de paralisia legislativa, o que consistiria, também, uma interferência desproporcional no princípio formal do legislador democraticamente legitimado.¹⁵⁷

O caso da *cannabis*, por exemplo, no qual o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu sobre a legalização ou não de produtos derivados de *cannabis*, apresentou alto grau de incerteza empírica quanto à afetação dos produtos na saúde. Importante anotar que o caso aborda a questão se a intervenção no direito fundamental à liberdade é proporcional para reduzir os riscos associados ao produto.¹⁵⁸ No caso, o legislador justificou a interferência no direito fundamental, e conseqüente proibição dos produtos, na suposição do perigo elevado para a saúde, enquanto a outra parte defendeu que tal perigo não existe.

Observe-se que, diante de incertezas quanto à repercussão dos produtos derivados da *cannabis* na saúde o Tribunal Constitucional Federal atribuiu ao legislador discricionariedade para decidir no sentido de interferir no direito fundamental à liberdade. Trata-se da discricionariedade epistêmica empírica. Mais uma vez, é preciso anotar que a exigência de decisão do legislador fundamentada somente em premissas certas, com alto grau de confiabilidade, pode levar à paralisia legislativa. Já a permissão para tomada de decisão baseada em incertezas pode resultar em decisões que negam a proteção devida a direitos fundamentais baseadas em suposições falsas.

Alexy pretende resolver a questão acima a partir do modelo epistêmico. Este modelo prega pela realização da ponderação em segunda ordem, segundo a estrutura da fórmula do peso completa refinada, elaborada em 2014 (sobre a qual melhor se discorrerá adiante). A ponderação de primeira ordem consiste na fórmula do peso completa, conforme era sua estrutura até 2014, quando houve a elaboração anteriormente citada. A ponderação de segunda ordem diz respeito à análise das premissas existentes que vão justificar a adição ou não das variáveis da confiabilidade epistêmica na fórmula do peso. A ponderação de segunda ordem consiste numa relação entre um princípio material e formal. Lembra o autor que a natureza dos direitos fundamentais como princípios demanda que seus objetos sejam

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 26.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. 2015, p. 612.

cumpridos na maior medida possível diante das circunstâncias fáticas e jurídicas. A otimização dos princípios é também epistêmica, exigindo o maior grau de confiabilidade das premissas possível.

É por isso que na ponderação de segunda ordem, o princípio material, como comando de otimização epistêmica, é ponderado com o princípio formal do legislador democraticamente legitimado. Este princípio exige que as escolhas do legislador sejam cumpridas. Não há precedência absoluta entre os princípios, de modo que entre eles é estabelecida uma relação de precedência condicionada às premissas.

Na ponderação de um princípio material com um princípio formal, se uma premissa possui grau de confiabilidade alto, “certo”, o direito fundamental favorecido por ela possui precedência em relação ao princípio formal. Se as premissas possuírem grau médio ou baixo, “plausível” e “não evidentemente falso”, respectivamente, o princípio formal terá precedência na ponderação de segunda ordem. É importante observar que o resultado do peso do princípio material deve levar em consideração as oito variáveis.

3.4 Fórmula do Peso Completa Refinada

A existência de incertezas quanto ao conhecimento prático existente a respeito dos direitos fundamentais, dão origem à necessidade de justificar as premissas que fundamentam a interferência aos direitos. A partir desse entendimento, Alexy destaca a lei da ponderação epistêmica, segundo a qual “quanto mais pesada for uma interferência em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que a justificam”¹⁵⁹

Tendo em vista que as premissas podem dizer respeito tanto ao conhecimento empírico quanto ao normativo, tem-se a *equação da certeza*¹⁶⁰: $R_i = R_i^e \times R_i^n$

Assim, é preciso incorporar a equação acima na fórmula do peso, a qual antes era denominada *fórmula do peso completa* com a formação:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2014, p. 9.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 10.

Alcança a designação de *fórmula do peso completa refinada*¹⁶¹ com a atualização de sua equação para:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{I_j \cdot W_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

É importante ressaltar que as variáveis intensidade da interferência (I) e peso abstrato (W) seguem uma escala triádica, na qual a cada uma deve ser atribuído um dos graus “leve”, “médio” ou “grave”, representados pelos números 2^0 , 2^1 e 2^2 , respectivamente. Já às variáveis epistêmicas, empírica (R^e) e normativa (R^n), são atribuídos os graus “confiável”, “plausível” ou “não evidentemente falso”.

As variáveis epistêmicas empírica e normativa possuem relação inversamente proporcional ao impacto nos valores materiais dos princípios, uma vez que quando em grau máximo, “confiável”, possuem peso 1. Quando “plausível”, a variável recebe número $\frac{1}{2}$, e “não evidentemente falso”, o número atribuído é $\frac{1}{4}$, os quais correspondem a 2^0 , 2^{-1} e 2^{-2} . Quanto menor a confiabilidade da premissa, mais ela diminui o valor correspondente ao peso relativo atribuído ao princípio de direito fundamental a que se refere.

No livro *Princípios Formais*, Alexy responde à crítica que Borowski teceu em outro trabalho, no qual afirmou que “a variável R, que Alexy insere na fórmula do peso, não é um princípio formal e não estabelece discricionariedade”¹⁶². Esclarece Alexy que, de fato, a variável R não possui natureza de princípio formal. Porém, não é correto afirmar que ela não envolve discricionariedade. A partir do grau de confiabilidade das premissas será obtido o grau de conhecimento que indicará a importância da interferência no direito fundamental envolvido.

A abordagem trazida por Alexy no posfácio do livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* bem ilustra a relação dos princípios formais com a discricionariedade. O autor alerta para o fato de que o sopesamento entre princípios formais e materiais seria o meio para solucionar a questão da discricionariedade epistêmica. O modelo apontado pelo autor consiste no modelo epistêmico, descrito a seguir.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 11.

¹⁶² BOROWSKI, Martin. *Formelle Prinzipien und Gewichtformel* apud ALEXY, Robert. *Op cit.*, 2014, p. 30.

Vale ressaltar, ainda, a crítica apontada por alguns autores no sentido da impossibilidade de ponderar princípios materiais e formais. Silva¹⁶³ ensina que quando Jaestadt e Hains defendem que princípios formais e materiais seriam incomensuráveis, se referem, na verdade, à possível incomparabilidade entre tais princípios.

Ainda sobre o tema, Silva¹⁶⁴ defende que o pensamento no sentido da incomparabilidade pode decorrer de um dos três equívocos a seguir: a não-definição de um valor de comparação, a insistência em comparações abstratas e o desconhecimento do conceito de paridade. Primeiro, a estipulação de um critério é essencial para qualquer exercício comparativo, de modo que é necessário concordar *quanto a que* se está comparando dois elementos. Segundo, a comparação abstrata sempre gerará discussões e dificuldades para estipular o que é melhor ou pior, por isso a comparação deve ser situada no caso concreto, diante de um contexto. Quanto ao conceito, Silva entende paridade como igualdade aproximada¹⁶⁵. Explica que, na teoria dos princípios, otimização não deve ser vista como significado de existência de uma única resposta correta, de modo que os pensamentos de Alexy e Dworkin são vistos equivocadamente como convergentes. Diante da possibilidade de diversas respostas corretas, é possível que o Tribunal Constitucional mantenha a constitucionalidade de uma decisão do Legislativo, ainda que tenha entendimento diverso. Para isso, é preciso que as duas respostas cumpram o critério da otimização.

Neste sentido, os princípios formais desempenham papel importante no entendimento dessa relação de tensão entre Judiciário e Legislativo. O que se entende, porém, é que no caso do controle da decisão do ente privado, individual ou coletivo, não deve ser dado o mesmo tratamento. Na tensão entre os poderes Legislativo e Judiciário discute-se a discricionariedade de cada Poder, enquanto que nas relações privadas o ente privado exerce a tomada de decisão conforme sua autonomia enquanto seu direito fundamental, em relação ao qual o Estado tem o dever de proteção.

Importante ressaltar que Alexy desenvolve seu modelo epistêmico, conforme a *segunda lei da ponderação*, dando enfoque à discricionariedade legislativa na produção de normas que limitam direitos fundamentais, não abordando a questão acerca da discricionariedade jurisdicional.

¹⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios Formais e Liberdade Legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves *et al.* **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**: volume III: Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 915-937.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 929.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 930.

3.5 Modelo Epistêmico

Os autores que estudam princípios formais apontam para três modelos acerca da ponderação entre princípios formais e materiais, o modelo puro formal-material, o modelo misto e, a terceira via apontada por Alexy, o modelo epistêmico. Enquanto os defensores do modelo puro material-formal argumentam ser possível a ponderação entre princípios formais e materiais, aqueles que apoiam o modelo misto da ponderação formal-material entendem que a ponderação acontece a partir da combinação do princípio formal com o princípio material.

Alexy aponta que estes modelos apresentam problemas. O primeiro, por exemplo, indica que um princípio formal, da democracia, por exemplo, por si só poderia justificar uma interferência em um princípio material, direito fundamental à liberdade, por exemplo. Entende o autor que tal decisão não seria apenas desproporcional, mas também arbitrária¹⁶⁶, uma vez que uma interferência no direito material seria justificada sem qualquer fundamento material.

Quanto ao modelo misto material-formal, Alexy aponta que seria possível a transformação de uma decisão inconstitucional em constitucional, conforme destaca:

Por um lado, a interferência em um direito fundamental é grave (s), ou seja, I_i tem o valor 4. Por outro lado, a importância do cumprimento do princípio colidente é média (m), ou seja, I_j tem o valor 2. Trata-se de um caso claro de desproporcionalidade e, assim, de inconstitucionalidade. Ora, é possível atribuir ao princípio formal da competência do legislador de tomar decisões, que está ao lado do princípio material colidente, um peso elevado, ou seja, P_f recebe o valor 4.

A partir do pensamento descrito acima, o modelo misto formal-material permitiria interferências desproporcionais em direitos fundamentais. A adição de peso ao princípio formal ao lado de um princípio material provocaria uma distorção na ponderação, transformando um resultado desproporcional em proporcional, conforme descrito.

O modelo epistêmico de Alexy aponta para a ponderação entre princípios materiais e formais, porém fora da fórmula do peso. A base para tal modelo é a *lei da ponderação de segunda ordem*. A ponderação conforme a fórmula do peso é a ponderação de primeira ordem. A ponderação de segunda ordem ocorre fora da fórmula do peso e tem como objetivo justificar a incorporação da certeza epistêmica, representada pelas variáveis R_i^e , R_i^n , R_j^e e R_j^n . Além disso, na ponderação de segunda ordem ocorre a ponderação entre um princípio material e um princípio formal, no metanível.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Op cit.*, 2014, p. 20.

Assim, os princípios formais estão representados na fórmula do peso completa refinada a partir da inclusão das variáveis epistêmicas, que consistem no resultado da ponderação em segundo nível.

Para ilustrar a ponderação de segunda ordem, Alexy utiliza o caso da *cannabis* já descrito. No caso, a Corte alemã considerou plausível o entendimento do legislador de que os produtos da *cannabis* apresentam alto perigo. Porém, entende também que os argumentos da tese contrária no sentido de que os perigos são baixos, também é plausível. Tais classificações dizem respeito à variável R_j na fórmula do peso. Tanto o alto como o baixo perigo dizem respeito à importância da interferência no direito fundamental, no caso, a liberdade, referente à variável I_j .

Considerando o peso abstrato como igual entre os princípios, portanto anuláveis entre si, a intensidade da interferência no direito à liberdade como média, a certeza de que a interferência é causada pela proibição dos produtos da *cannabis* e que os valores epistêmicos normativos não possuem valor, são possíveis dois resultados:

$$W_{ij} = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}} = 1$$

O resultado 1 indica que o legislador possui discricionariedade material, trata-se de um empate epistêmico empírico. A proibição dos produtos da *cannabis* é constitucional.

$$W_{ij} = \frac{2 \cdot 1}{1 \cdot \frac{1}{2}} = 4$$

Já o resultado 4 indica que o direito fundamental de liberdade é preponderante, uma vez que os produtos derivados da *cannabis* representariam baixo perigo. Assim, a proibição dos produtos seria inconstitucional.

Importante observar que no caso ocorreu um empate epistêmico empírico, uma vez que a corte considerou que os argumentos de ambos os lados são plausíveis, possuindo valor $\frac{1}{2}$. Nos casos de empate epistêmico empírico, o legislador possui discricionariedade epistêmica, podendo decidir pela linha do alto ou do baixo perigo.

Nesse caso, observa Alexy, a variável R estabelece discricionariedade. Ainda segundo o autor:

Se o princípio formal não existisse, o princípio dos direitos fundamentais materiais excluiria interferências com base em premissas somente plausíveis ou somente não

evidentemente falsas ou exigiria que a premissa mais favorável sempre fosse adotada, ou seja, no caso da *cannabis*, a suposição do baixo perigo.

Assim, entende-se a relação dos princípios formais com a existência da discricionariedade do legislador.

Diante da abordagem da teoria sistêmica de Robert Alexy, entende-se que não há como considerar a autonomia privada como princípio formal. A autonomia privada consiste em direito fundamental, sendo, portanto, objeto de princípio material, dotado de conteúdo. Tendo em vista a noção de direito fundamental completo, o indivíduo possui competência para exercer o direito e então, alterar sua posição jurídica, assim como também possui competência para alterar a posição de outro indivíduo.

A partir deste ponto, pretende-se desenvolver no presente estudo a discussão que envolve o direito do trabalho, as mudanças efetuadas a partir de opções legislativas e possíveis influências da produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.

Construiu-se, até aqui, o raciocínio de que, conforme a teoria dos princípios, os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações privadas. Assim, no controle de tais efeitos, é preciso que o órgão judicial observe o exercício da autonomia. Silva apresentou seu modelo adequado no sentido de que a autonomia privada teria natureza de princípio formal. Demonstrou-se que, conforme a teoria de Robert Alexy, não caberia tal caracterização tendo em vista os conceitos de direito subjetivo, direito fundamental completo, princípios formais e sua repercussão na fórmula do peso completa refinada.

4 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

Tendo em vista a abordagem acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, suas críticas e sua adequação à teoria dos princípios de Robert Alexy, é necessário exercer posicionamento a respeito do princípio da autonomia privada.

Primeiramente, conforme definição de Sarmento¹⁶⁷ entende-se por autonomia a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual. No âmbito do estudo da produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, é preciso apontar que a proteção à autonomia consiste em contraponto a tais efeitos. Como apontado anteriormente, no mesmo sentido entende Alexy, quando afirma que a autonomia consiste em razões para competência e os direitos fundamentais são razões para não competência.

Outro ponto importante se trata da noção de autonomia como princípio material, uma vez que dotado de conteúdo, atribuindo aos indivíduos uma esfera de liberdade juridicamente protegida. Este âmbito de autodeterminação dos sujeitos merece atenção na medida em que nas relações privadas ambos os agentes merecem proteção a seus direitos, o que não ocorre na relação cidadão-Estado.

Por isso, a resolução de caso em que são aplicadas normas de direitos fundamentais nas relações privadas deve ser realizada por meio da ponderação do direito fundamental de um indivíduo, de um lado, e da autonomia, de outro.

A autonomia privada individual representou o ideal do liberalismo econômico, no momento histórico de surgimento do Estado Liberal, no qual o contrato se tornou o centro do ordenamento, regulando relações entre indivíduos livres e iguais.¹⁶⁸

Com a evolução dos sistemas jurídicos, sociais e econômicos, ganhou força o exercício da autonomia por grupos sociais organizados, por meio da autonomia coletiva. Esta, segundo Santos, consiste no poder jurídico conferido a determinados grupos sociais de criar normas jurídicas para a tutela de interesses de uma coletividade, comunidade ou classe de pessoas globalmente consideradas.¹⁶⁹

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 2006, p. 142.

¹⁶⁸ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 3ª ed. São Paulo, LTR: 2014, p. 124.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 125.

No direito do trabalho o exercício da autonomia coletiva¹⁷⁰ recebe bastante atenção, dada a relevância do movimento coletivo de trabalhadores e empregadores. Assim, o presente estudo pretende indagar a relação entre a autonomia coletiva e o Estado, a partir das mudanças legais trazidas pela Lei 13.467/17, especialmente no que cabe aos limites do órgão jurisdicional no controle da autonomia coletiva.

É importante estabelecer que o direito do trabalho se caracteriza pela pluralidade de fontes normativas, as quais podem ser heterônomas, quando elaboradas pelo Estado, e autônomas, quando oriundas do grupo social. É a partir dessas premissas que se pretende iniciar a segunda parte deste trabalho, que diz respeito ao controle judicial ao exercício da autonomia coletiva no contexto do Direito do Trabalho. Para tanto, abordaram-se as alterações trazidas na recente Lei 13.467/17, chamada Reforma Trabalhista a fim de entender as mudanças trazidas e seus efeitos. Por último, são apresentados resultados da pesquisa empírica realizada nos anos respectivamente anterior e posterior à Lei 13.467/17.

4.1 Aplicação Do Direito Fundamental Social Ao Trabalho Nas Relações Privadas no contexto da Reforma Trabalhista

Nos últimos anos, ao redor de todo o mundo, diversos países vêm promovendo alterações legais no sentido de flexibilizar a regulamentação trabalhista, como Chile, Argentina, México e Espanha¹⁷¹. Tais alterações possuem alguns aspectos em comum, dentre eles, os argumentos utilizados para fundamentar a nova regulamentação, como a necessidade de modernização, a criação de empregos, a necessidade de redução da proteção do trabalhador, a necessidade de aumentar a produtividade da economia¹⁷². Tais argumentos que associam o desenvolvimento econômico à redução da proteção legal não são utilizados somente no Brasil, mas na América Latina e na Europa também foram levantados para provocar a redução da proteção legal dos trabalhadores, não obstante a própria Organização

¹⁷⁰ Aqui utiliza-se o termo *autonomia coletiva*, extraindo-se o elemento textual *privada* por se tornar desnecessário para a apreensão do conceito, uma vez possível a total compreensão com o acréscimo do termo *coletiva*.

¹⁷¹ Cf. BIAVASCHI, Magda Barros *et al.* O Impacto de Algumas Reformas Trabalhistas na Regulação e nas Instituições Públicas do Trabalho em Diálogo Comparado. In: KREI, José Dari *et al.* **Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018, p. 211-240.

¹⁷² RIGOLETTO, Tomás; PÁEZ, Carlos Salas. As experiências internacionais de flexibilização das leis trabalhistas. In: KREIN, José Dari *et al.* **Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018, p. 185.

para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – alertar para os efeitos negativos que reformas dos anos 2000 provocaram em relação à coesão e mobilidade sociais.¹⁷³

A Lei 13.567/17 alterou substancialmente a legislação trabalhista, modificando e até excluindo diversos institutos. Dentre as mudanças, pode-se citar a ampliação da abrangência do contrato por tempo parcial, de 25 para 30 horas semanais; a não obrigatoriedade da contribuição sindical; representação não sindical nas empresas com mais de 200 empregados; aumento do tempo do contrato temporário, de três para seis meses; exclusão das horas *in itinere*. Além disso a legislação trabalhista a partir da nova lei conta com mais uma modalidade contratual, o contrato intermitente, no qual a prestação de serviços não é contínua.

Processualmente, os requisitos para a concessão da justiça gratuita foram tornados mais rígidos, o trabalhador sucumbente no pedido de perícia deve arcar com as custas e se sucumbente no processo, deve pagar honorários entre 5% e 15%.

Embora existam muitos argumentos utilizados a favor das reformas, cuja pretensão é gerar desenvolvimento econômico, o que se observa é que a redução da proteção social do trabalhador não produz aumento econômico¹⁷⁴. Esse movimento se repetiu em diversos países onde foram observados resultados semelhantes, como Alemanha, Espanha, Itália, Reino Unido, e entre os latino-americanos, México e Chile.¹⁷⁵

No Brasil, os resultados não fogem à regra. Segundo o IBGE, em julho de 2017, quando aprovada a Lei da Reforma Trabalhista, havia 12,9 milhões de desempregados no país. Em novembro de 2018, um ano depois, o número de desempregados continuava no mesmo patamar, 12,2 milhões. Em fevereiro de 2019, o grupo dos desempregados já somava 13,1 milhões de brasileiros, sem contar os 4,9 milhões de desocupados, que deixam de procurar emprego e 9,9 milhões que estavam subocupados, trabalhando menos horas do que gostariam.¹⁷⁶

¹⁷³ *Ibidem*, p. 186.

¹⁷⁴ Cf. REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; PINHEIRO, Shirley da Costa. **Reforma trabalhista, desigualdade e desenvolvimento**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, set./dez. 201, p. 81-104. ISSN 2236-7284. Disponível em: . Acesso em: 22 dez. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i3.59213>; e MARTINS, Ana Paula Alvarenga; DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. A “Reforma Trabalhista” e o comprometimento do desenvolvimento econômico: os efeitos transcendentais do retrocesso social. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região**. Campinas, São Paulo, n. 52, jan./jun. 2018, p. 67-80.

¹⁷⁵ RIGOLETTO, Tomás; PÁEZ, Carlos Salas. *Op. cit.*, p. 186.

¹⁷⁶ PRONI, Thaíssa Tamarino da Rocha Weishaupt. A Reforma Trabalhista e seus Desdobramentos Jurídicos. **Carta Social e do Trabalho**. Campinas, São Paulo, n. 38, jul/dez 2018, p. 55.

Há autores, é preciso ressaltar, que argumentam a favor da necessidade das mudanças, de modo que a Reforma teria gerado uma atualização necessária da legislação trabalhista, capaz de gerar segurança jurídica e estabilidade nas relações de trabalho.¹⁷⁷

Mais especificamente, em relação aos resultados da Reforma no processo de negociações coletivas de trabalho, o Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Econômicos – DIEESE – realizou pesquisa com diversos sindicatos da CUT em 2018 para levantar as primeiras alterações nesse processo. Dentre os diversos pontos abordados no relatório, como número de fechamentos e cláusulas de pauta do empregador, ressalta-se que o número de instrumentos coletivos registrados no Sistema Mediador do Ministério do Trabalho sofreu queda de 28.9% no período de janeiro a julho de 2018, quando comparado ao mesmo período em 2017.¹⁷⁸

Em julho de 2017, foi promulgada a Lei 13.467/17, chamada Reforma Trabalhista, a partir da qual foram realizadas diversas mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, modificando 104 de seus artigos¹⁷⁹, alterando e até extinguindo direitos há muito garantidos aos trabalhadores.

Dentre as mudanças, destaca-se a positivação da *prevalência do negociado sobre o legislado*, de modo que as normas elaboradas pelos trabalhadores na negociação coletiva prevalecem sobre as normas estatais, conforme expresso no artigo 611-A, cujo *caput* diz que *a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...]*.¹⁸⁰ Em seguida, é elencado rol de quinze incisos, os quais possuem caráter exemplificativo tendo em vista a expressão *entre outros* presente no *caput*.

É importante ressaltar que a negociação coletiva alcançou papel importante na Constituição Federal de 1988 (CF/88), o qual não havia sido atingido nas Constituições anteriores¹⁸¹. O texto constitucional prevê a negociação coletiva, determinando três hipóteses em que a norma coletiva prevalece em face da norma estatal: artigo 7º, VI (irredutibilidade do

¹⁷⁷ Cf. FERREIRA, Rafael Grassi Pinto. O Impacto da Reforma Trabalhista nas Negociações Coletivas de Trabalho. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3,n.3, 3º quadrimestre de 2018, p. 1112-1139.

¹⁷⁸ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). *Acompanhamento das Negociações Coletivas Pós-Reforma Trabalhista*: relatório dos impactos no primeiro semestre de 2018. São Paulo: CUT: DIEESE, 2018. Disponível em: <<http://cedoc.cut.org.br/cedoc/livros-e-folhetos/6392>>. Acesso em: 31 dez de 2019.

¹⁷⁹ SILVA, SANDRO PEREIRA. *A Estratégia Argumentativa da Reforma Trabalhista no Brasil à Luz de Dados Internacionais*. Mercado de trabalho: conjuntura e análise. Repositório Ipea. Abril/2018. Disponível em <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8378>> Acesso em: 31 dez. 2019.

¹⁸⁰ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, maio de 1943.

¹⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei 13.467/17*. São Paulo: Ltr, 2017, p. 248.

salário); XIII (duração do trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais) e XXVI (jornada de seis horas para o turno ininterrupto).

No parágrafo primeiro do artigo 611-A se lê que *no exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação*. O parágrafo terceiro do artigo 8º por sua vez, disserta que:

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

Neste momento alcança-se ponto central para o desenvolvimento deste trabalho, que consiste no fato de que a nova legislação estabeleceu que o controle judicial das normas coletivas se limitará à *análise formal do instrumento negocial* e deverá *interferir minimamente na autonomia coletiva*.

Assim, percebe-se que a norma positivada impõe restrição à discricionariedade judicial a respeito da análise das normas coletivas. Propõe-se aqui analisar o tema dos limites à autonomia coletiva sob o arcabouço teórico da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mais especificamente, nas relações trabalhistas.

Antes, porém, é preciso anotar que o Supremo Tribunal Federal já havia decidido pela prevalência da autonomia coletiva sobre a previsão legal em dois momentos antes da Reforma Trabalhista (respectivamente em 2016 e 2017), nos Recursos Extraordinários RE 590.415/SC de relatoria do Min. Roberto Barroso¹⁸² e o RE 895.759/PE, cujo relator foi o Min. Teori Zavaski¹⁸³.

No RE 590.415/SC, foi abordado o tema acerca da quitação geral das verbas trabalhistas quando decorrente de Plano de Desligamento Incentivado – PDI. Embora o artigo 477, em seu parágrafo segundo, exija que as verbas rescisórias sejam discriminadas, e a Orientação Jurisprudencial n.270 da SDI-I do TST estabeleça que *a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do*

¹⁸² BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 590.415. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 30 de abril de 2015. **Dje**. Brasília, Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629027>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁸³ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 895759. Relator: Min. Teori Zavaski. Brasília, DF de 2016. **Dje**, 13 set. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4794743>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

recibo, o Tribunal decidiu por excetuar tal entendimento e cumprir o determinado na norma coletiva.

Na oportunidade, importante observação apontada pelo ministro Roberto Barroso quanto à manifestação de vontade dos trabalhadores, indicando as razões que o fizeram considerar como autêntico o exercício da autonomia. Destaca-se¹⁸⁴:

3. Especificamente sobre a vontade manifestada pela categoria em favor da celebração do acordo coletivo, o acórdão confirma que as negociações desenvolveram-se ao longo de vários meses, com ampla participação dos empregados; que as entidades sindicais foram pressionadas pelos trabalhadores a convocar assembleias para deliberar sobre a proposta de PDI; e que, quando convocadas as assembleias, compareceram 97,14% dos associados dos sindicatos réus – que correspondiam a 77,85% do quadro funcional do BESC lotado nas respectivas bases – tendo-se decidido por 97,69% dos presentes pela aprovação do acordo coletivo nas condições propostas pelo Banco.

Aqui, destaca-se que o ministro apurou os fatos de que o acordo perdurou por meses e obteve assiduidade dos associados nas assembleias como relevantes para a valorização do exercício da autonomia privada, afastando a previsão legal.

Aponta-se que a Reforma Trabalhista abordou o tema da quitação geral dos Planos de Demissão Voluntária, no artigo 477-B, que diz o seguinte:

Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

A redação do dispositivo positivou o entendimento do Supremo Tribunal Federal exposto no julgamento do RE destacado.

O Recurso Extraordinário 895.759/PE, cujo relator foi o Min. Teori Zavaski, julgou caso de redução das horas *in itinere*. No julgamento, em decisão monocrática, foi decidido o afastamento da aplicação da obrigação do empregador de pagar pelas horas *in itinere* e os respectivos reflexos nas verbas trabalhistas.

Na oportunidade, o ministro afirmou o seguinte¹⁸⁵:

¹⁸⁴ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 590.415. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 30 de abril de 2015. **Dje**. Brasília, Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629027>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁸⁵ BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 895759. Relator: Min. Teori Zavaski. Brasília, DF de 2016. **Dje**, 13 set. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4794743>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a ratio adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical. Registre-se que a própria Constituição Federal admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida. Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical.

O Min. Teori Zavaski, por sua vez, apresentou outros argumentos para fundamentar o afastamento da aplicação da norma. Apontou como ponto relevante, capaz de justificar a interferência em direito do trabalhador previsto em lei, o fato de haver contraprestação no acordo.

Também a respeito do tema ora tratado, vale destacar que a Lei da Reforma Trabalhista alterou o texto legal, excluindo o instituto das *horas in itinere*, conforme se observa a partir da leitura do artigo 58, parágrafo segundo, da CLT:

O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Conforme observado, o trabalhador não possui o direito ao pagamento das horas de deslocamento para o trabalho.

Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal coloca-se diante da necessidade de definir limites ao exercício da autonomia coletiva, no julgamento do ARE 1121633/GO¹⁸⁶, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, com data de julgamento prevista para o dia 06 de maio de 2020. O Ministro determinou a suspensão nacional de todos os casos que discutam a validade de norma coletiva que determine a restrição a direitos trabalhistas.

O caso também trata da validade de norma que afasta o pagamento das horas *in itinere*. O Tribunal Superior do Trabalho negou a validade da norma coletiva que suprimia o direito às horas *in itinere*, afastando a norma, até então existente, expressa no artigo 58 da

¹⁸⁶ BRASIL. STF, ARE nº 1121633. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 23 de maio de 2019. **Dje**. Brasília, . Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

CLT, revogado pela Reforma Trabalhista. Em recurso para o STF, a reclamante, Mineração Serra Grande S.A, requer a manutenção da norma negociada em virtude da prevalência do acordo negociado e da autonomia da vontade das partes.

Observa-se que o caso tramitou no Tribunal Regional da 18ª região no ano de 2014, enquanto a decisão do TST foi proferida em 2016, de modo que ambas foram anteriores à Reforma Trabalhista. No STF, foi reconhecida a Repercussão Geral do caso e determinada a suspensão de todos os casos que versem sobre validade de cláusula de acordo coletivo que aborde direitos não previstos constitucionalmente.

Destaca-se a tese firmada no voto do relator Min. Gilmar Mendes¹⁸⁷:

Os acordos e convenções coletivos devem ser observados, ainda que afastem ou restrinjam direitos trabalhistas, independentemente da explicitação de vantagens compensatórias ao direito flexibilizado na negociação coletiva, resguardados, em qualquer caso, os direitos absolutamente indisponíveis, constitucionalmente assegurados.

Por fim, acredita-se interessante para a discussão ora trazida e para os próximos tópicos a serem explorados, trecho no qual o ministro relator define o objetivo da decisão: “[...] questiona-se a possibilidade de o Poder Judiciário conferir outro conteúdo à vontade das partes e substituir os critérios estabelecidos em normas convencionais por elas definidas, para impor os seus próprios”.

A esse trecho é dada importância porque ele destaca pontos centrais na questão. Primeiro, a discricionariedade do Judiciário para interferir na vontade das partes. Retoma-se aqui a discussão acerca da discricionariedade e relembra-se do dispositivo da Reforma Trabalhista que limita a atuação do Poder Judiciário ao cumprimento da intervenção mínima ao princípio da autonomia coletiva.

Além da discussão acerca da autonomia privada e os limites existentes a ela, tópico abordado por todo o trabalho, entende-se haver uma terceira questão de interesse para o tema, que advém da expressão *para impor os seus próprios*. A partir dessa expressão levanta-se o argumento acerca da mudança do grau de interferência do Estado na autonomia dos entes privados, sejam eles individuais ou coletivos, de acordo com o modelo proposto.

Assim, dando continuidade aos pontos destacados, primeiramente será abordada a questão da autonomia coletiva.

¹⁸⁷ *Ibidem*

4.2. Limites ao Princípio da Autonomia Coletiva

A fim de abordar o tema da autonomia coletiva¹⁸⁸, é necessário tratar do trabalho da prof. Walküre Lopes Ribeiro da Silva¹⁸⁹, no qual são trazidos pontos determinantes para a discussão. Primeiro, chama atenção a autora, é preciso ter noção do paradigma pluralista, sob o qual o Direito do Trabalho convive com diversas fontes normativas. Deste modo, tanto Estado como indivíduos elaboram normas jurídicas trabalhistas.

Coexistem no ordenamento fontes normativas estatais e não estatais. A autora chama atenção, no entanto, para a necessidade de diferenciar fontes originárias das delegadas. Encaixar a autonomia privada entre uma ou outra depende da noção dela – autonomia – como poder normativo natural, como afirmou John Locke, ou advindo do Estado, cujo poder normativo foi dado pelos cidadãos, como afirmou Thomas Hobbes¹⁹⁰.

Assim como Kelsen defendeu que as normas estão organizadas numa pirâmide hierarquizada, os ordenamentos jurídicos têm uma relação coordenada ou subordinada. Entre o ordenamento estatal e o social há uma relação de subordinação. Assim, conclui a autora, a autonomia privada coletiva e a individual configuram poderes normativos derivados do estatal¹⁹¹.

Por outro lado, Ronaldo Lima dos Santos, em importante estudo acerca do pluralismo jurídico e da autonomia coletiva, entende que esta consiste em fonte originária:

Se a solução do problema da distinção das fontes em reconhecidas e delegadas depende, como propugnado pela doutrina, da concepção que se adota em face da formação e da estrutura de um ordenamento jurídico, particularmente vislumbramos a natureza de fonte reconhecida para a autonomia privada coletiva.

A tese do poder derivado decorre de um vício de pensamento consistente em atribuir ao Estado uma existência diversa da própria sociedade que o criou, como se fosse um ente destacado desta. Olvidam-se os seus partidários, que tanto o Estado como o ordenamento jurídico decorrem de uma manifestação da sociedade.

¹⁸⁸ Diante das variações encontradas a respeito da denominação do termo, aqui foi escolhida a expressão “autonomia coletiva”, entendido como o mais acertado. Embora muito se utilize a expressão “autonomia privada coletiva”, entende-se que termos técnicos devem abranger os elementos mínimos, essenciais e necessários para a expressão de sua adequação ao tema ao qual se referem, de modo que o elemento “privado” não acrescenta ao conceito de “autonomia”.

¹⁸⁹ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, 2007, p. 135-159. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 137.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 138.

Não obstante as considerações acima, a partir da noção de direito fundamental completo, a autonomia coletiva consiste em fonte derivada de normas, que atribui poder de autorregulamentação aos grupos.

A ideia de poder remonta ao tema abordado das normas de competências. Entende-se que a autonomia coletiva, como direito fundamental, consiste em feixe de normas, a partir das quais são estabelecidas posições jurídicas de direitos e não direitos, liberdades e não liberdades e competências e não competências.

Após a Revolução Industrial, a exploração da mão-de-obra tornou necessária a organização dos trabalhadores a fim de reivindicar direitos e melhorias nas condições de trabalho. O Estado, por sua vez, alterou seu posicionamento, adotando postura mais intervencionista.¹⁹²

Ainda com a atuação estatal, o papel da autonomia coletiva se manteve relevante na negociação de normas específicas para cada setor. Diante do processo de flexibilização e redução de rigidez na legislação trabalhista, já abordado, discute-se a intervenção do Estado na vida social. Mais especificamente, no caso ora estudado, é preciso entender os limites para o exercício da autonomia coletiva. Para Walkure, a autonomia coletiva encontra limites na ordem pública, esta entendida como ideias e valores sobre os quais se fundamenta e se ordena a sociedade e que devem ser defendidos e conservados¹⁹³.

Ainda nesse sentido, afirma a autora que o legislador deve assegurar aos trabalhadores um patamar de direitos, em virtude da dignidade humana e do valor do trabalho. A ordem pública assume, então, o papel de promover a regulação social e evitar o retrocesso.¹⁹⁴

A respeito disso, muitos autores se manifestaram contrariamente à Reforma Trabalhista argumentando que as mudanças representariam violação do princípio *proibição ao retrocesso social*. Destaca-se o trabalho de Nara Luiza Valente *et al.*¹⁹⁵, no qual a questão é abordada e se lê o seguinte:

Este princípio [Proibição ao retrocesso social] está vinculado à defesa do Estado Social, ou seja, vincula-se à garantia de que a correlação de forças em

¹⁹² *Ibidem*, p. 144.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 149.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 150.

¹⁹⁵ VALENTE, Nara Luiza; FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno; SILVA, Silmara Carneiro e. A Reforma Trabalhista Brasileira e Retrocessos na Garantia De Direitos Fundamentais Do Trabalhador. **Prim@ Facie - Revista do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas**, UFPB, João Pessoa, v. 17, n. 35, quadrimestral, ago. 2018, p. 1-32. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/38814/20918>>. Acesso em: 18 fev. 2020

disputa no âmbito das instituições do Estado não coloque em risco a sua estabilidade jurídica, no que concerne aos direitos sociais, que são fundamentais para a dignidade humana. Nessa circunstância, se concebe o princípio da proibição do retrocesso, como uma imposição ao Estado, de não agir em favor da desregulamentação e ou flexibilização dos direitos sociais. Neste sentido, o mesmo remonta a uma forma de prestação negativa, de não ação do Estado pela supressão ou diminuição de direitos a prestações sociais.

Primeiramente, ressalta-se da fala dos autores o argumento de que o objeto do princípio da proibição ao retrocesso social seria imposição ao Estado de deveres no sentido de evitar a flexibilização e desregulamentação de direitos fundamentais sociais. Esses deveres impõem ao Estado também uma ação negativa no sentido de não interferência – supressão ou diminuição – em direitos.

Outro ponto que se destaca do trecho acima consiste na relação do princípio com o modelo de Estado Social, relação esta estabelecida no sentido de que a proibição do retrocesso defende o modelo de estado prestacional.

A respeito do princípio da proibição ao retrocesso social, é interessante observar as mudanças sofridas ao longo dos anos na jurisprudência do STF, corte constitucional responsável pela proibição ao retrocesso, onde ocorreu a gradual substituição da racionalidade jurídica da legalidade em favor de uma racionalidade econômica da eficiência.¹⁹⁶

Ainda a respeito do princípio ora estudado, é necessário tecer uma crítica ao conceito elaborado por Ingo Sarlet, segundo o qual consiste em “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do Poder Público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”.¹⁹⁷ Conforme abordado anteriormente neste trabalho, devido à natureza principiológica dos direitos fundamentais, são decorrências lógicas a colisão com outros princípios e a restrição em certa medida. O núcleo essencial, consiste no conteúdo mínimo necessário à existência do direito, consistindo como limite máximo a toda restrição.

Inserir-se nesse ponto, então, a questão acerca do que consiste o núcleo essencial do princípio da proibição ao retrocesso social. Ainda, tendo em vista que tal princípio atua como garantidor no modelo social de Estado, indaga-se quais seriam os limites definidores

¹⁹⁶ COUTINHO, Aldacy Rachid. Retrocesso Social em Tempos de Crise ou Haverá Esperança para o Direito do Trabalho?: Uma análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 83, n. 3, trimestral, set 2017, p. 22.

¹⁹⁷ SARLET, Ingo. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 75, n. 3, set. 2009, trimestral, p.116-149. Disponível em: <<http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos/1440694885.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2020

desse modelo. Importante observar que esses limites atuariam como restrição à discricionariedade legislativa, judicial e qualquer ato de vontade de particular.

Retoma-se aqui o caso do Tribunal alemão apontado por Alexy, em que se discutiu a isenção ou não de empresas de pequeno porte ao cumprimento da legislação de demissão de empregados. No caso, Alexy afirma que tanto a opção por isentar ou obrigar as empresas ao cumprimento das normas mais rígidas são fundamentadas pela Constituição alemã, cabendo o papel do legislador optar por uma ou outra medida, no exercício de sua discricionariedade. Foi visto que a Constituição somente é violada quando ocorre interferência no mínimo exigido pelo direito fundamental. Assim, a fim de comprovar a violação da norma da Reforma Trabalhista ao princípio da proibição ao retrocesso ou ao modelo de Estado Social, entende-se necessário esforço argumentativo no sentido de fundamentar o conteúdo mínimo que os defina.

Aqui, pretende-se apenas apontar que a Constituição Federal brasileira eleva como fundamentos da República o valor social ao trabalho e a livre iniciativa, ambos, inclusive, listados no mesmo dispositivo, inciso IV do artigo 1º da Carta. Assim, observa-se que o ordenamento brasileiro é fundado em princípios que defendem ideais opostos, ambos com a mesma força normativa, orientadores da hermenêutica constitucional.

Quer-se aqui defender que a aplicação dos princípios deve seguir os critérios da proporcionalidade, de modo que nenhum princípio sofra afetação a seu núcleo essencial, o que acarretaria o descumprimento da própria Constituição. Isto também significa que a Carta Constitucional brasileira fundamenta medidas tanto que valorizam a livre iniciativa, ou seja, medidas voltadas para os interesses do mercado, como medidas sociais, que valorizam a proteção do trabalho humano. O ponto central consiste na justificação destas medidas, seja pelo legislador, seja pelo órgão judicial, ambos no exercício de suas respectivas competências, dentro de sua margem de discricionariedade.

5 PESQUISA EMPÍRICA

Como exposto acima, no tópico Introdução, o objetivo deste trabalho foi identificar o enquadramento jurídico da autonomia privada (se princípio formal ou material, as possibilidades de sua restrição e seus efeitos nas relações entre particulares), visando à melhor compreensão da mudança legislativa do seu tratamento nas relações trabalhistas, para então analisar o papel do Estado na intervenção ao exercício da autonomia coletiva em questões de Direito do Trabalho, mais especificamente em relação às normas coletivas de trabalho. Para tanto, imprescindível se mostra a pesquisa empírica, com análise de decisões judiciais em matéria trabalhista, as quais se apresentam como importante forma de atuação do Estado sobre a temática. Como visto, a Lei 13.467/17 alterou sensivelmente a regulamentação da autonomia coletiva, determinando a prevalência do *negociado sobre o legislado*, ou seja, estipulou exatamente o contrário da previsão legislativa anterior, que estipulava a precedência do *legislado sobre o negociado*.

A partir das conclusões alcançadas com a discussão anterior, propõe-se analisar a postura da Corte Superior trabalhista no que trata da análise do exercício da autonomia, ou seja, o controle judicial sobre o grau de afetação das normas coletivas no princípio da autonomia coletiva.

5.1 Metodologia

Realizou-se então pesquisa empírica com análise jurisprudencial, conforme os seguintes parâmetros:

- a) Recorte *institucional* – decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que consiste no órgão mais elevado do Judiciário trabalhista brasileiro. A investigação se centrou em decisões colegiadas, pelo fato de a pesquisa buscar a identificação do posicionamento institucional do tribunal e não a posição singular do juiz em decisões monocráticas. Assim, foram levantadas decisões do pleno e da seção de dissídios coletivos (SDC)¹⁹⁸;

¹⁹⁸ Quanto à competência da seção de dissídios coletivos, destaca-se, conforme o regimento interno do TST: Art. 70. À Seção Especializada em Dissídios Coletivos compete:

I – originariamente:

- a) julgar os dissídios coletivos de natureza econômica e jurídica, de sua competência, ou rever suas próprias sentenças normativas, nos casos previstos em lei;
 - b) homologar as conciliações firmadas nos dissídios coletivos;
 - c) julgar as ações anulatórias de acordos e convenções coletivas;
- [...]

- b) Recorte *temporal* – a Lei 13.467/17 entrou em vigor em novembro de 2017. Buscou-se realizar pesquisa em caráter comparativo, com intuito de observar o comportamento do Judiciário trabalhista em momento anterior e posterior à entrada em vigor da norma. Foram então levantados os acórdãos do pleno e da SDC prolatados um ano antes (novembro/2016 a novembro/2017) e um ano depois (novembro/2017 a novembro/2018) à entrada em vigor da Lei 13.467/17.
- c) Recorte *temático* – no site do TST foi realizada pesquisa jurisprudencial mediante os termos de busca “*autonomia coletiva e proporcionalidade e negociação coletiva*”. Levantaram-se decisões que apresentavam simultaneamente tais termos no seu conteúdo pelas seguintes razões – (i) “autonomia coletiva”, por ser este o tema central da pesquisa, conforme indica o próprio título desta dissertação; (ii) “proporcionalidade”, por ser esta a máxima utilizada para a solução de colisões principiológicas que envolvam o princípio material da autonomia coletiva; (iii) “negociação coletiva”, por ser este o instrumento normativo resultado do exercício da autonomia coletiva e no qual constam as normas acordadas como novas diretrizes da relação de trabalho daquele caso concreto em análise.

Foi encontrado o total de 72 decisões, das quais 31 foram julgadas até 1/11/2017 e 41 foram decididas no período entre 1/11/2017 a 1/11/2018. Deste grupo total, foram retiradas as decisões que consistiam em Embargos de Declaração, uma vez que tais julgamentos diziam respeito somente a questões processuais. Assim, no primeiro grupo foram encontradas 29 decisões e no segundo, 37 decisões, totalizando 66 acórdãos. Foi então extraído o percentual de 30% das decisões de cada grupo para análise qualitativa. Isso corresponde a 09 decisões no período novembro/2016 a novembro/2017 e 12 decisões no período novembro/2017 a novembro/2018.

Foram utilizadas *tabelas* para o fichamento de cada decisão (Apêndice 1), nas quais foram registrados os seguintes dados de cada decisão: número da ação; data de julgamento; URL do site do Tribunal Superior do Trabalho; tema objeto de discussão; ministro relator; partes recorrentes e recorridas; a natureza do provimento judicial – provido ou não provido; a existência ou não de alteração da norma coletiva e, caso exista, qual natureza – exclusão, alteração parcial ou interpretação; e, por fim, se a alteração, quando existente, favoreceu a posição do trabalhador.

Os primeiros dados dizem respeito à identificação da decisão analisada, com suas indicações de fonte e meio de acesso. O *tema de discussão* indica a cláusula objeto de análise assim como o ponto específico a que se relaciona, como jornada, remuneração e benefícios. Tais tópicos referem-se ao conteúdo das normas analisadas. Vale ressaltar o aspecto de que as decisões, como poderá ser observado, julgam a validade de normas específicas, não decidindo a respeito do instrumento por inteiro.

Em algumas decisões foi indicado o pedido da parte, para que, da junção das informações acerca do tema com a natureza do provimento, fosse possível compreender a materialidade da decisão. Cabe ressaltar, ainda, que os temas de natureza processual discutidos nas ações não foram anotados, por sua não pertinência ao objeto desta pesquisa.

Quanto à identificação das partes, em alguns julgados havia recursos ajuizados por diversas entidades que compõem as partes do processo. Esses recursos são apreciados em conjunto, por isso na tabela existem ações em que ambas as partes figuram como recorrente e recorrido.

Em seguida, é apontada a decisão sobre as normas estipuladas na negociação coletiva em análise, registrando-se: provido ou não provido. Contudo, a partir apenas do provimento do negociado não é possível identificar a postura da Corte como atuante no sentido de controle sobre o exercício da autonomia coletiva ou não.

Para tanto, verificou-se a interferência ou não na decisão privada e, em caso de interferência, registrou-se qual a alteração realizada na norma. Ao longo das leituras, observou-se que a alteração pode ocorrer de formas distintas, em diferentes graus de intervenção. É possível que a Corte invalide a norma, excluindo-a do instrumento privado, ou a invalide apenas parcialmente, excluindo alguns termos, ou, ainda, a mudança realizada pela Corte pode ser meramente interpretativa, sem alteração textual. Por isso, além da indicação da existência ou não da alteração pelo Judiciário da norma coletiva, entendeu-se necessário indicar o tipo (se interpretativa ou não) e o grau (se parcial ou total) de alteração promovido.

Por fim, percebeu-se que a atuação do Judiciário trabalhista em alterar a norma negociada (do que decorre a concessão de prevalência do *legislado sobre o negociado*, exatamente conforme previsão da legislação trabalhista anterior à Lei 13.467/17) não implica necessariamente maior proteção ao trabalhador, uma vez que a alteração pode ser mais benéfica para a parte patronal. Assim, o tópico constante da última coluna corresponde à relação entre a atuação do Tribunal e o benefício gerado ao trabalhador.

Desse modo, para a identificação da posição do Judiciário como favorável ou não ao interesse do trabalhador, elaborou-se outra tabela (Apêndice 2), com nova análise das decisões levantadas. Buscou-se agora quantificar dados relativos não às decisões isoladamente, mas referentes a cada um dos dois grupos de decisões em estudo: o grupo de decisões do período 2016-2017 e do período 2017-2018. Cada um dos dois grupos de decisões foi então examinado sob três critérios: número de questões analisadas, número de mudanças realizadas, número de decisões a favor do empregado.

5.2 Análise das Decisões

A fim de observar a presença de discussão acerca da natureza da autonomia coletiva, os argumentos utilizados na fundamentação da decisão, a ponderação do princípio da autonomia coletiva com outros princípios materiais para entender, com detalhamento e especificidade, a postura da Corte Superior Trabalhista no controle dos limites da autonomia normativa das partes no âmbito trabalhista, realizou-se pesquisa empírica qualitativa, interpretativa das decisões.

Denzin e Lincoln¹⁹⁹ ensinam que a definição de pesquisa qualitativa deve passar pelo enquadramento do contexto histórico, cujo conceito generalista inicial, seguido de alguns comentários, vale destacar:

[...] a pesquisa qualitativa é uma atividade situada que localiza o observador no mundo. Consiste em um conjunto de práticas materiais e interpretativas que dão visibilidade ao mundo. Essas práticas transformam o mundo em uma série de representações, incluindo as notas de campo, entrevistas, as conversas, as fotografias, as gravações e os lembretes. Nesse nível, a pesquisa qualitativa envolve uma abordagem naturalista, interpretativa, para mundo, o que significa que seus pesquisadores estudam as coisas em seus cenários naturais, tentando entender, ou interpretar, os fenômenos em termos dos significados que as pessoas a eles conferem.

Desse modo, a partir da construção dos conceitos anteriormente trabalhados, os quais promoveram o arcabouço teórico pelo qual se observa o fenômeno ora objeto de estudo, debruçou-se sobre as decisões do Tribunal Superior do Trabalho a fim de observar e extrair o posicionamento da Corte em dois momentos distintos, anterior e posterior à alteração legal. Em seguida, fez-se exercício comparativo entre tais momentos.

Neste tópico, pretende-se demonstrar, a título de exemplificação, a análise de duas decisões que compõem a amostra da pesquisa a fim de esclarecer ao leitor sobre o procedimento seguido e os critérios utilizados para a classificação das decisões como

¹⁹⁹ DENZIN, Norman; LINCOLN, Yvonna. O Planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 17.

favoráveis ou *desfavoráveis* aos trabalhadores, conforme apresentado nas tabelas dos Apêndices. Para tanto, foi escolhida uma decisão anterior e outra posterior ao marco legal da vigência da lei 13.467/17.

A primeira decisão aqui descrita consiste no RO -228-69.2016.5.08.000, que se encontra na tabela do Apêndice A, item 2. A segunda, por sua vez, trata-se do RO 169-81.2016.5.08.0000, que se encontra na tabela do Apêndice C, item 4.

5.2.a RO 228-69.2016.5.08.0000

Trata-se de Recurso Ordinário no qual atua no polo recorrente o Ministério Público do Trabalho da 8ª Região, assim como no polo recorrido constam Sindicato Das Empresas de Servicos Terceirizaveis Trabalho Temporario Limpeza e Conservação Ambiental do Estado do Para Seac, Sindicato Dos Trabalhadores De Empresas De Asseio, Conservação, Higiene, Limpeza E Similares Do Estado Do Pará E Sólida Construção Ltda. – Epp.

O objeto de discussão do recurso foi a cláusula transcrita abaixo:

CLÁUSULA TERCEIRA - JORNADA DE TRABALHO NO CAMPO Quando o trabalho desenvolver-se em local diverso do domicílio do empregado e impossibilitado o retorno diário à sua residência, fica autorizada a utilização do regime de 12 horas de trabalho durante quinze dias corridos, seguidos de quinze dias de folga de campo. Parágrafo Primeiro - Quando a utilização do regime acima previsto for por tempo inferior a quinze dias, considerar-se-á a folga de campo proporcionalmente aos dias de trabalho. Parágrafo Segundo- Quando o empregado, cumpridor de jornada diversa da fixada no "caput", for designado para labor provisório em área que se enquadre nesta situação, poderá ser aplicado o aqui disposto, no período do deslocamento, restabelecendo-se sua jornada habitual a quando do retorno à sua base de trabalho. Parágrafo Terceiro - Diante das peculiaridades desse sistema de trabalho, e desde que o mesmo não seja ultrapassado, nada será devido ao trabalhador a título de horas extras, hora noturna reduzida e repouso semanal remunerado, mesmo na ocorrência de feriado. (fls. 11/12)

O Ministério Público do Trabalho argumentou que a cláusula transgredia o limite de jornada diária e, ainda, não cumpria o mínimo de descanso intrajornada. Estabeleceu-se, assim, discussão acerca da validade de norma que prevê a jornada de 12 horas por 15 dias consecutivos, seguida de 15 dias de descanso subsequentes.

Vale destacar o seguinte trecho do voto no qual é reconhecida a importância do cumprimento das normas constitucionais de direitos trabalhistas, em detrimento da garantia da liberdade negocial irrestrita, ponto central na discussão ora analisada. O trecho destacado, demonstra a fundamentação central do Tribunal no que trata da necessidade da proteção do trabalhador, encontrando respaldo normativo na Constituição. Trata-se, portanto, de fundamento levantado para a tomada de decisão que *favorece* o polo dos trabalhadores. Veja-se:

A imposição constitucional de reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, oriunda do art. 7º, XXVI, não concede liberdade negocial absoluta aos sujeitos coletivos, que devem sempre respeitar certos parâmetros protetivos das relações de trabalho e do próprio trabalhador. Um desses parâmetros é a tutela da saúde e segurança do empregado.

A Corte decidiu pelo provimento do recurso, declarando, portanto, a nulidade da *cláusula 3ª – Jornada de Trabalho no Campo*.

Tendo em vista os dados acima apontados, na tabela Apêndice A, item 2, para consulta do leitor, na coluna *Provimento* lê-se *Dado Provimento*, uma vez que foi acolhido o pedido do recorrente.

Em seguida, na coluna *Alteração?(sim/não)(exclusão, alteração parcial, interpretação)* foi anotado *Sim. Exclusão*, devido à intervenção do Tribunal, assim como a natureza desta intervenção, uma vez tratar-se de *exclusão*.

Em seguida, a fim de identificar se eventual interferência ocorrida foi favorável ao trabalhador, a última coluna pretende responder a seguinte pergunta *Favorável ao empregado? (sim/não)*. Tendo em vista que no caso ora destacado a cláusula teve sua validade declarada nula pelo Tribunal em virtude de violar normas constitucionais de jornada, assim como colocarem em risco a saúde do trabalhador, anotou-se a resposta *Sim* ao último elemento da tabela.

A partir de tais dados, é possível extrair que, diante do caso analisado, a Corte foi *favorável ao empregado*, porquanto declarou a nulidade de norma, visando à proteção do trabalhador, uma vez que proibiu jornada que descumpria os parâmetros constitucionais.

Trata-se de Recurso Ordinário ajuizado pelo Ministério Público do Trabalho da 8ª Região, em face de Sindicato dos Trabalhadores na Ind. Mad. da Construção Civil e da Mobiliário de Altamira e Região – SINTICMA e Outros.

No julgamento, foram analisadas duas cláusulas da norma coletiva, sendo elas a cláusula 12ª que trata do pagamento de Cesta Básica proporcionalmente ao número de faltas dos empregados e a cláusula 14ª que trata que aquisição de ferramentas..

Quanto à cláusula 12ª, defende o Ministério Público, recorrente, que tal norma teria caráter punitivo ao empregado, requerendo, portanto, sua nulidade. A cláusula previa escalonamento de descontos nos valores pagos a título de cesta básica proporcionalmente ao número de faltas dos trabalhadores, de modo que quanto maior o número de faltas, maior percentual era decotado do valor pago ao trabalhador.

A corte negou provimento ao pedido de nulidade.

Vale ressaltar, no que interessa para a presente pesquisa, algumas considerações no voto, as quais foram levantadas pelo Tribunal e fundamentam a postura adotada. A partir de tal posicionamento, a decisão foi considerada *desfavorável*.

De tal sorte, ainda que substancialmente relevante a insurgência recursal pelo prisma da efetiva liberdade de associação sindical, trata-se de inovação, insusceptível, portanto, de consideração nesta fase recursal. De resto, andou bem a Corte de origem.

A vantagem prevista na cláusula não decorre de lei, mas apenas da vontade dos atores sociais. Podem eles disciplinar a forma de sua concessão, de modo a fixar a regular assiduidade como critério válido e eficaz para obtenção ou não do direito ali previsto.

(...)

A questão, portanto, orbita livremente no campo de atuação autônoma dos Atores Sociais, devendo ser preservada a cláusula, nos termos do art. 7.º, XXXVI, da Constituição Federal.

Negou-se provimento ao apelo Ministerial. Deste modo, foram lançados na tabela, Apêndice C, item 4, na coluna *Provimento* o seguinte dado *Negado Provimento*, tendo em vista tratar-se do primeiro tópico do *decisum*, e seu teor negatório do pedido efetuado pela parte recorrente.

Além disso, na coluna *Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)* foi inserida a informação *Não* uma vez que não houve alteração da norma por parte do Tribunal. Por fim, na última coluna *Favorecimento ao empregado?* Encontra-se o dado *Não*, uma vez que a postura da Corte em negar o provimento não foi favorável à classe trabalhadora.

Em seguida, o segundo tópico discutido na decisão consiste na cláusula 14ª, a qual, por sua vez, trata da aquisição de ferramentas. Previa a norma coletiva a possibilidade de as

empresas não fornecerem aos trabalhadores as ferramentas necessárias para a prestação do serviço. Previa, ainda, que as empresas se comprometiam a cobrar preço de custo na aquisição das ferramentas pelos próprios funcionários.

Argumentou o Ministério Público que tal norma consistia na transferência dos riscos do negócio ao trabalhador, uma vez que este se via obrigado a comprar as próprias ferramentas de trabalho.

A Corte deferiu o pedido do recorrente no sentido de anular a cláusula discutida.

Tendo em vista o julgamento descrito, pode-se observar na tabela na coluna *Provimento*, o dado a seguir *Dado Provimento*, pois a interpretação da norma permite que o trabalhador assumira os riscos do negócio, o que fundamenta o pedido do recorrente, Ministério Público, de declaração de nulidade da norma.

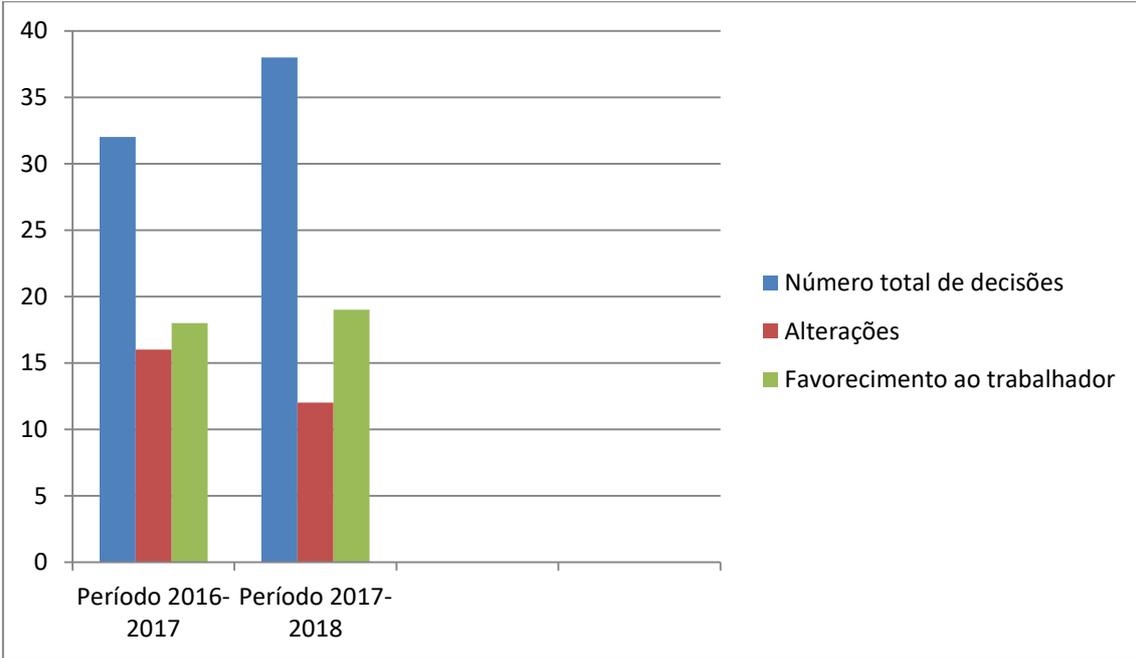
Na coluna seguinte, *Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)* foi inserido *Sim. Exclusão*, indicando que a segunda cláusula discutida na decisão sofreu alteração pelo Tribunal, e esta alteração tratou-se de sua exclusão do instrumento coletivo.

Por fim, na última coluna, *Favorecimento ao empregado? (sim/não)*, pode-se observar *Sim*, uma vez que a alteração da Corte na norma discutida favoreceu o empregado, pois anulou cláusula que invertia o risco do negócio e onerava os trabalhadores.

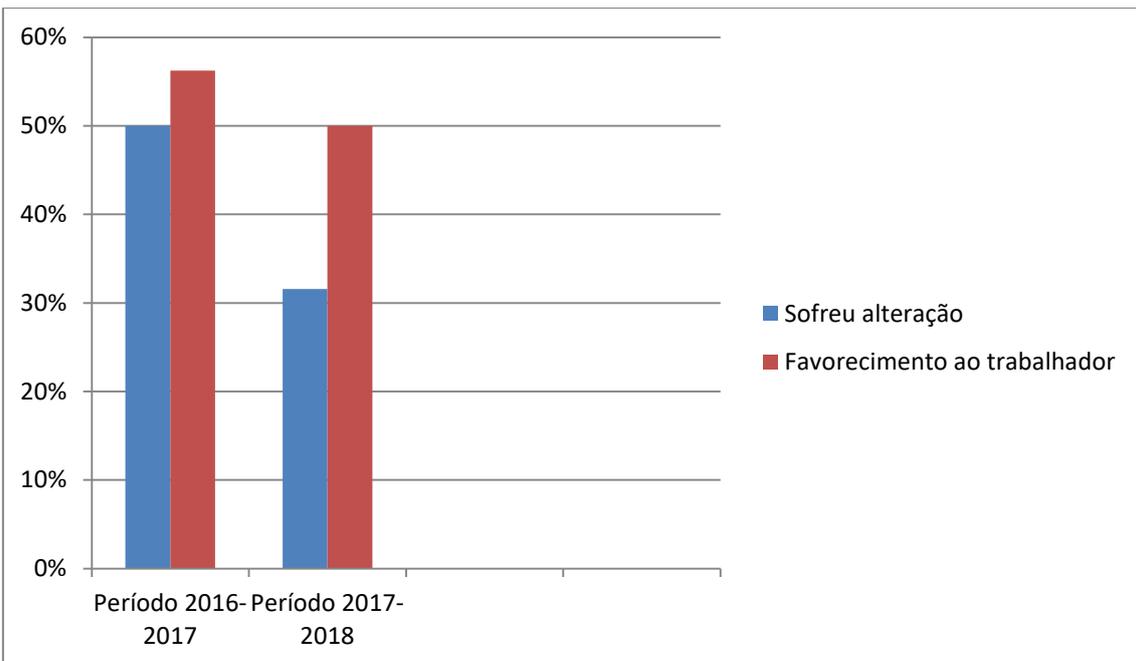
Pode ser observado, portanto, que a Corte, neste caso, não interveio no conteúdo da primeira cláusula, 12ª, que tratava da cesta básica, mantendo seu conteúdo conforme negociado. Já em relação à cláusula, 14ª, a Corte declarou sua nulidade em virtude da impossibilidade de onerar os trabalhadores com os riscos do negócio.

5.3 Resultados

Os resultados foram os seguintes. No período de 2016 a 2017, houve 32 questões analisadas (dentre cláusulas, efeitos, interpretações, vigência etc.). Dessas 32 questões, 16 sofreram alteração da Corte (seja ela interpretativa, parcial ou total). Além disso, em 18 das 32 questões analisadas, a decisão judicial foi favorável aos interesses dos trabalhadores. Importante observar que o número 18 de favorecimento ao trabalhador é superior ao número 16 de alterações da norma, pois em algumas situações a não interferência, seja no texto ou na sua interpretação, consistiu em proteção aos interesses dos trabalhadores. Já em relação ao período de 2017 a 2018, foram analisadas 38 questões, tendo havido alteração em 12 delas. Das 38 questões analisadas, 19 foram em favorecimento dos interesses do lado laboral. Conforme se observa no gráfico abaixo:



Em termos percentuais, no período anterior à Reforma, das questões apreciadas pelo Judiciário 50% sofreram alteração e um pouco mais da metade, 56,25%, consistiram em benefício para os trabalhadores. No período pós Reforma, do total analisado, 31,57% foi alterado pela Corte, enquanto 50% resultou em satisfação dos interesses dos trabalhadores.



A partir desta análise, percebe-se que, *quantitativamente*, houve razoável alteração entre os períodos analisados – antes da Reforma, a Corte alterou 50% das normas coletivas e, depois da Reforma, alterou apenas 31,57% delas, ou seja, houve redução de cerca de um terço no número de alterações realizadas pelo TST nas normas coletivas analisadas. Entretanto, do ponto de vista *qualitativo*, de modo geral, a postura da Corte no sentido de seu posicionamento pró ou contra o empregado praticamente não apresenta mudança considerável, uma vez que, antes da Reforma, o TST se posicionou a favor dos interesses do empregado em 56,25% das decisões e, depois da Reforma, em 50% das vezes se posicionou favoravelmente ao empregado.

Importante ressaltar, ainda, que a decisão do STF referente ao ARE 1121633 coloca pendente a discussão acerca dos limites constitucionais à negociação coletiva.

Assim, embora sejam observadas mudanças importantes na legislação com a incorporação de uma lógica flexibilizante a partir da Reforma Trabalhista realizada pela Lei 13.467/17, bem como o maior respeito pelo TST à autonomia coletiva, considerando-se razoável redução no percentual de modificações realizadas pelo TST nas normas coletivas no ano imediatamente anterior à Reforma (2016) e o ano imediatamente posterior a ela (2018) ainda não é observada uma postura diferente do Poder Judiciário em relação ao favorecimento ou não aos interesses do empregado na análise comparativa entre os momentos estudados.

Acrescente-se que, no exame da abordagem do princípio da autonomia coletiva pela Corte, não são observadas fundamentações a respeito de sua ponderação com outros princípios, no tocante à máxima da proporcionalidade e seus critérios.

CONCLUSÃO

Após a abordagem do tema ora proposto, conclui-se, primeiramente que, embora não haja na doutrina grandes questionamentos acerca da produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo praticamente incontroversa a geração desses efeitos nas relações entre particulares, há muita discussão no que trata da *forma* como ocorrem esses efeitos. Dos modelos propostos, entende-se que deve ser analisado o caso concreto a fim de determinar em qual nível tais efeitos são produzidos, conforme o modelo de Alexy, quais sejam: o primeiro nível estatal de aplicação e criação de normas conforme os direitos fundamentais; o segundo, que diz respeito aos direitos em face do Estado, que produzem efeitos nas relações privadas; e o terceiro nível, que trata dos efeitos diretos nas relações privadas.

A aplicação das normas de direitos fundamentais sociais gera ainda mais críticas tendo em vista a dimensão prestacional desses direitos e o fato de necessitarem de consideráveis somas de recursos públicos para sua efetivação. Ocorre que, assim como direitos fundamentais individuais, os direitos sociais são dotados de justiciabilidade. Esta garante a *exigibilidade judicial*, enquanto que a natureza de princípios atribuídos aos direitos fundamentais sociais a possibilidade de produzir efeitos nas relações privadas. Assim, conclui-se que direitos fundamentais sociais são exigíveis nas relações entre particulares.

Foram apresentados distintos modelos de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, conforme o pensamento de juristas que se destacam no tratamento desse tema – Daniel Sarmiento, Virgílio Afonso da Silva e Martin Borowski –, tendo-se exposto considerações críticas a cada um deles.

Especial ênfase foi dada à análise das teses levantadas por Silva, em virtude da profundidade de sua abordagem à temática. Diversamente do autor, que considera a autonomia privada como um princípio formal, entende-se neste estudo ser ela declarada em princípio material, apresentando-se como seu objeto ou conteúdo. Desse modo, compreende-se que o princípio da autonomia deve então ser ponderado com outro princípio material em caso de colisão.

A partir da discussão proposta pelo chamado Modelo Adequado proposto por Silva, é necessário compreender a importância dos princípios formais na tensão existente entre os Poderes Legislativo e Judiciário, seja no momento de controle da elaboração de normas gerais e abstratas ou na aplicação da norma ao caso concreto. É preciso que a

discricionariiedade dos órgãos tomadores de decisão seja delineada conforme a natureza de suas premissas, se empíricas ou normativas, assim como o grau de confiabilidade das mesmas.

Uma vez superada conceituação de autonomia no pensamento de Robert Alexy e a sistematização do pensamento do autor nos assuntos afetos ao tema, discutiu-se a questão do exercício da autonomia coletiva, em especial após a mudança legislativa de grande relevância no Brasil, ocorrida após a vigência da Lei 13.467/17.

A chamada Reforma Trabalhista, convergindo com movimento internacional que ocorre em alguns países da América Latina e Europa, positivou a chamada prevalência do negociado sobre o legislado. Além disso, em outro dispositivo limitou expressamente a controle jurisdicional ao exercício da autonomia coletiva à análise de aspectos formais. A partir disto, levanta-se a questão acerca dos limites e deveres do Estado em exercer controle sobre as decisões dos entes sindicais na negociação coletiva.

Após análise jurisprudencial, observou-se que a Corte Superior Trabalhista apresentou *quantitativamente* redução nas alterações nas normas coletivas analisadas, pois reduziu aproximadamente um terço o número de alterações. Porém, em relação à postura de proteção ao trabalhador, a análise *qualitativa* das decisões de modo geral aponta que a Corte não alterou seu posicionamento até o primeiro ano após a vigência da lei, mantendo em cerca de metade das alterações o favorecimento ao trabalhador.

Por fim, ainda é preciso ressaltar que está pendente de julgamento o ARE 1121633, que trata da limitação da autonomia coletiva. Todos os processos ajuizados que tratam da validação de norma coletiva encontram-se suspensos aguardando a uniformização do tratamento da matéria a partir do posicionamento do STF. O julgamento está previsto para maio de 2020.

Referências

ALEXY, Robert. Princípios Formais. In: TRIVISSIONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. **Princípios Formais: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Cap. 1. p. 3-36.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. 627 p. Tradução Virgílio Afonso da Silva.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.240, abr/jun 2005. p. 1-42.

BIAVASCHI, Magda Barros *et al.* O Impacto de Algumas Reformas Trabalhistas na regulação e nas instituições públicas do trabalho em diálogo comparado. In: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos. **Dimensões Críticas da Reforma Trabalhista**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018. Cap. 7. p. 209-242

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 211p.

BOROWSKI, Martin. **The Structure of Formal Principles—Robert Alexy’s Law of Combination**, Supp. 119 ARCHIVES PHIL. L. & SOC. PHIL. 19, 34 (2010).

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, maio de 1943

BRASIL. STF, ARE nº 1121633. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 23 de maio de 2019. **Dje**. Brasília, Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 590.415. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 30 de abril de 2015. **Dje**. Brasília, Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629027>>. Acesso em: 18 fev. 2020

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 895759. Relator: Min. Teori Zavaski. Brasília, DF de 2016. **Dje**, 13 set. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4794743>>. Acesso em: 18 fev. 2020
STF, Dec. Mon. ARE 1121633, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 28.06.

BRASIL. TST. SDC Excl nº 4301-72.2017.5.00.0000. Relator: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 24 de abril de 2017. Julgamento. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#a06b5fa706e922aada30758cca3e94ba>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST. SDC. RO nº 228-69.2016.5.08.0000. Relator: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 24 de abril de 2017. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#1ac8bdfcfc63790c1e0cbf2844f54c9f>>. Acesso em: 18 fev. 2020

BRASIL. TST. SDC. AACC nº 9402-27.2016.5.00.0000. Relator: Min. Maria De Assis Calsing. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#cc22428bdf63b1b44c967b6d583abdba>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST. SDC. RO nº 210265-19.2013.5.21.0000. Relator: Min. Kátia Magalhães Arruda. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#584ca64e330399acdeb8d90101523616>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST SDC. RO nº 10741-37.2016.5.03.0000. Relator: Min. Kátia Magalhães Arruda. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#eb2aa791f013f7c629d5edaa179b5a47>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST SDC. RO nº 1000989-85.2015.5.02.0000. Relator: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 05 de junho de 2017. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#69d688b3e9637e296f5f5f328026f9b8>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST SDC. RO nº 6126-68.2016.5.15.0000. Relator: Min. Dora Maria Da Costa. Brasília, 13 de março de 2017. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#6a188269c083ac2bbc636a4007d1a93b>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST SDC. RO nº 5156-41.2013.5.09.0000. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 13 de março de 2017. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2aa9abc30b7b0c54454b6c934e954c06>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST. SDC. RO nº 1000911-91.2015.5.02.0000. Relator: Min. Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 09 de outubro de 2017. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#20ccaf91903964b7c4d54a7a7f29f949>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST. SDC. RO nº 1001051-57.2017.5.02.0000. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 10 de setembro de 2018. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#d6cb11c6015e009400206951fb935696>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST SDC. RO nº 20351-02.2016.5.04.0000. Relator: Min. Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 13 de agosto de 2018. **Julgamento**. Brasília, Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#483710f95aa82ce6426d498f02e59506>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST SDC. RO nº 8048-29.2011.5.04.0000. Relator: Min. Maria De Assis Calsing. Brasília, 14 de maio de 2018. **Julgamento**. Brasília, Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#b2038552ee423eefe169a5baed335121>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST SDC. RO nº 3035-49.2011.5.04.0000. Relator: Min. Dora Maria Da Costa. Brasília, 12 de dezembro de 2017. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#68f2b1bbdb199589d0e76409dfe09504>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST SDC. RO nº 559-85.2012.5.01.0000. Relator: Min. Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 12 de dezembro de 2017. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#303c3aab83cfabcb6e89950dd50fd395>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST SDC. RO nº 8048-29.2011.5.04.0000. Relator: Min. Maria De Assis Calsing. Brasília, 14 de maio de 2018. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#b2038552ee423eefe169a5baed335121>>. Acesso em: 18 fev. 2020

BRASIL. TST SDC. RO nº 169-81.2016.5.08.0000. Relator: Min. Maria De Assis Calsing. Brasília, 09 de abril de 2018. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#8c3ab9fb0a3345e54a921a8bf333bc40>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST Pleno. RO nº 10782-38.2015.5.03.0000. Relator: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 18 de dezembro de 2017. **Julgamento**. Brasília, Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#f6cac2da094325246b8d96373aaecb58>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST. Pleno. IRR nº 118-26.2011.5.11.0012. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani De Fontan Pereira. Brasília, 21 de junho de 2018. **Julgamento**. Brasília, Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#5ad59187b9b56d0008a14b6990bbae12>>. Acesso em: 18 fev. 2020

BRASIL. TST. Pleno. IRR nº 21900-13.2011.5.21.0012. Relator: . Min. Alberto Luiz Bresciani De Fontan Pereira. Brasília, 21 de junho de 2018. **Julgamento**. Brasília, . Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#11706076bff28a231e67f3781d11cfd9>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST.SDC. RO nº 829-41.2017.5.08.0000. Relator: Min. Dora Maria Da Costa. Brasília, 14 de maio de 2018. **Julgamento**. Brasília, Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#9e6115d31cfaed6543b669bcb8fb7b4a>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST. SDC. RO nº 787-26.2016.5.08.0000. Relator: Min. Dora Maria Da Costa. Brasília, 12 de dezembro de 2017. **Julgamento**. Brasília, Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#39d5af4c03350bc6cdf2219782f6eaf1>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

BRASIL. TST SDC. RO nº 349-63.2017.5.08.0000. Relator: Min. Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 09 de abril de 2018. **Julgamento**. Brasília, Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br/#cbd9a5277b9ac54206475fed6a1f3aa9>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Retrocesso Social em Tempos de Crise ou Haverá Esperança para o Direito do Trabalho?: Uma análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 83, n. 3, trimestral, set 2017, p. 17-58.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei 13.467/17**. São Paulo: Ltr, 2017

DENZIN, Norman; LINCOLN, Yvonna. **O Planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens**. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2006

KLATT, Matthias. Positive rights: Who decides? Judicial review in balance. **International Journal Of Constitutional Law**, [s.l.], v. 13, n. 2, p.354-382, abr. 2015. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/icon/mov019>. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/13/2/354/735681>>

PRONI, Thaíssa Tamarino da Rocha Weishaupt. A Reforma Trabalhista e seus Desdobramentos Jurídicos. **Carta Social e do Trabalho**, Cesit, n.35, p46-57, dez 2018c

RIGOLETTO, Tomás; PÁEZ, Carlos Salas. As experiências internacionais de flexibilização das leis trabalhistas. In: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos. **Dimensões Críticas da Reforma Trabalhista**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018. Cap 6. p183-208

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 3ª ed. São Paulo, LTR: 2014

SARLET, Ingo. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 75, n. 3, trimestral, set. 2009, p. 116-149, Disponível em: <<http://www.abdpc.com.br/admin/midias/anexos/1440694885.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2020

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais nas perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p.272-297, out. 2003. Trimestral. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **RDE: revista de direito do estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006

_____. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011

_____. Princípios Formais e Liberdade Legislativa: o papel dos princípios formais. In: CORREIA, Fernando Alves *et al.* **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**: volume III: Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 915-937,

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p.135-159, 2007. Anual. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

TOLEDO, Cláudia et al. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial na Realidade Latino-Americana. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, [s.l.], v. 13, n. 41, p. 214-240, dez, 2019

TOLIO, Marcelo de Castro. **Direitos Fundamentais Sociais nas Relações entre Particulares**. 2008. 104 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Luterana do Brasil, Canoas, 2008.

TRIVISSONNO, Alexandre Gomes Travessoni. O problema do conhecimento na teoria discursiva do direito de Alexy. In: TRIVISSONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. **Princípios Formais**: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Cap. 2. p. 37-68.

VALENTE, Nara Luiza; FOGAÇA, Vitor Hugo Bueno; SILVA, Silmara Carneiro e. A Reforma Trabalhista Brasileira E Retrocessos Na Garantia De Direitos Fundamentais Do Trabalhador. **Prim@ Facie - Revista do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, UFPB**, João Pessoa, v. 17, n. 35, p.1-32, ago. 2018. Quadrimestral. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/38814/20918>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

Apêndice A

Decisões de 2016-2017

Ação	Data de Julgamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
1. PROCESSO N° TST-Rcl-4301-72.2017.5.00.0000	24/04/2017	MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#a06b5fa706e922aada30758cca3e94ba	1. Ultratividade de norma coletiva. Autoridade para decisão, diante de suspensão de processos pelo STF.	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	SANTOS BRASIL PARTICIPACOES S.A., LIBRA TERMINAIS S.A., LIBRA TERMINAL 35 S.A., ECOPORTO SANTOS S.A. e BRASIL TERMINAL PORTUÁRIO S.A	SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO	Procedente	-	-

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
2. TST-RO-228- 69.2016.5.08.000 0	24/04/2017	MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#1ac8bdfcfc63790c1e0cbf2844f54c9f	1.jornada 15x15. Requer nulidade de norma coletiva	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO	SINDICATO DAS EMPRESAS DE SERVICOS TERCEIRIZAVEIS TRABALHO TEMPORARIO LIMPEZA E CONSERVACAO AMBIENTAL DO ESTADO DO PARA SEAC, SINDICATO DOS TRABALHADORES DE EMPRESAS DE ASSEIO, CONSERVAÇÃO, HIGIENE, LIMPEZA E SIMILARES DO ESTADO DO PARÁ e SÓLIDA CONSTRUÇÃO LTDA. - EPP.	1. Dado Provimento. MPT	1. Sim. Exclusão	1. Sim

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
3. TST- AACC-9402- 27.2016.5.00. 0000	24/04/2017	MARIA DE ASSIS CALISING	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#cc22428bdf63b1b44c967b6d583abdba	1. PLR alteração econômica não justifica invalidade da norma. Requer nulidade do acordo.	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS FERROVIÁRIAS DOS ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO E MINAS GERAIS - SINDFER ES/MG	VALE S.A.	1. Negado Provimento.	1. Não. Norma mantida	1. Não

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
4. TST-RO-210265-19.2013.5.21.0000	21/11/2016	KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#584ca64e330399acdeb8d90101523616	1. Preliminar de nulidade. 2. Litispendência 3. Cláusula terceira - programa de desligamento 4. Cláusula décima sétima vale transporte. 5. Cláusula trigésima segunda - liberação dos diretores e delegados sindicais 6. Cláusula trigésima nona - ajuda para lazer dos empregados.	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	COMPANHIA ENERGÉTICA DO RIO GRANDE DO NORTE - COSERN	SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA ENERGÉTICA E EMPRESAS PRESTADORAS NO SERVIÇO ELÉTRICO E SIMILARES DO RIO GRANDE DO NORTE.	1. Negado provimento. 2. Negado provimento 3. Dado provimento 4. Negado provimento 5. Negado provimento 6. Dado provimento	1. -(não houve análise de cláusula) 2. Não 3. Sim Exclusão 4. Não. Manutenção 5. Não. Manutenção 6. Sim. Exclusão	1.- 2. Não 3. Não 4. Sim 5. Sim 6. Não.

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
5. TST-RO- 10741- 37.2016.5.03. 0000	11/09/2017	KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#eb2aa791f013f7c629d5eda179b5a47	1. Cláusula primeira- vigência e data-base. Cláusula segunda - correção dos salários. Acordo coletivo de trabalho. Perda superveniente de interesse recursal. 2. Cláusula terceira - participação nos lucros e resultados.	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	DELTA ENGENHARIA E MANUTENÇÃO O INDUSTRIAL LTDA	SINDICATO DOS TRABALHADORES DA CONSTRUÇÃO CIVIL E SIMILARES DE TIMÓTEO E CORONEL FABRICIANO - INTRACONTI	1. Não conhecido. 2. Negado provimento. Cláusula mantida	1. Não. 2. Não	1. Não 2.Sim

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
6. TST-RO- 1000989- 85.2015.5.02. 0000	05/06/2017	MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#69d688b3e9637e296f5f5f328026f9b8	1. Piso salarial engenheiros e arquitetos.	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	EMPRESA METROPOLITANA DE TRANSPORTES URBANOS DE SÃO PAULO - EMTU/SP	SINDICATO DOS ENGENHEIROS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SEESP e SINDICATO DOS ARQUITETOS NO ESTADO DE SÃO PAULO.	1. Negado provimento.	1. Não	1. Sim

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
7. TST-RO- 6126- 68.2016.5.15. 0000	13/03/2017	DORA MARIA DA COSTA	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#6a188269c083ac2bbc636a4007d1a93b	<p>A)FRETAMENTO1. Cláusula 8 - Intervalo para repouso e alimentação, lei estabelece máx de 2 hrs, podendo aumentar por cct. Porém, a norma coletiva prevê intervalo até 8hrs, influenciando no intervalo interjornada mínimo de 11 hrs. 2.Cláusula nona-jornada em dois ou três períodos. 3. atestado médico. Pedido: constar CID e CRM do médico no atestado.4. Empregados que retornam do INSS, obrigação de recorrer.</p> <p>B)SETOR URBANO 1. Jornada intervalo de 3 a 5hrs. respeito ao interjornada de 11h e desqualificação de horas <i>in itinere até 2hrs.</i> pedido: validação da norma.2. atestado manutenção do CID. 3. Empregado que retorna do INSS.</p>	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)

<p>AUTO ÔNIBUS SÃO JOÃO LTDA. E São João Fretamento e Turismo Ltda</p>	<p>SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE SOROCABA E REGIÃO</p>	<p>A)FRETAMENTO 1. Cláusula mantida. Negado provimento.2. Negado provimento cláusula invalidada.3. Dado provimento.4. Dado provimento, cláusula mantida conforme convenção. B) SETOR URBANO 1. Negado provimento. Cláusula TRT mantida. 2. Atestado. Dado provimento manutenção do CID. 3. Dado Provimento.</p>	<p>A) 1. Não 2. Não. Mantida decisão do TRT 3. Sim 4. Sim. Mantida norma convencionada. B) 1. Não. Mantida decisão do TRT. 2. Sim. Mantida norma convencionada. 3. Sim. Mantida norma convencionada.</p>	<p>A)1. Sim 2. Sim 3. Não 4. Sim B) 1. Sim 2. Sim 3. Sim</p>
--	--	---	---	---

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
8. TST-RO-5156-41.2013.5.09.0000	13/03/2017	MAURICIO GODINHO DELGADO	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2aa9abc30b7b0c54454b6c934e954c06	1. Pedido de condenação em ação anulatória de cláusula convencional. 2. Legitimidade de comissão de empregados firmar ACT. 3. Justiça Gratuita. Pessoa Jurídica. Necessidade de prova inequívoca do Estado de Hipossuficiência econômica.	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	SIEMCEL - SINDICATO DOS EMPREGADOS EM CONCESSIONÁRIAS DOS SERVIÇOS DE GERAÇÃO, TRANSMISSÃO, DISTRIBUIÇÃO	SIEMCEL - SINDICATO DOS EMPREGADOS EM CONCESSIONÁRIAS DOS SERVIÇOS DE GERAÇÃO, TRANSMISSÃO, DISTRIBUIÇÃO	1. Negado provimento. 2. Mantida a sentença; reconhecimento da ilegitimidade.	1. - 2. - 3-	1. - 2.-. 3-

O E COMÉRCIO DE ENERGIA ELÉTRICA, FONTES HÍDRICAS, TÉRMICAS E ALTERNATIV AS DE CASCVEL	O E COMÉRCIO DE ENERGIA ELÉTRICA, FONTES HÍDRICAS, TÉRMICAS E ALTERNATIV AS DE CASCVEL			
---	---	--	--	--

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão
<p>9. TST-RO-1000911-91.2015.5.02.0000</p>	<p>09/10/2017</p>	<p>KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA</p>	<p>https://jurisprudencia.tst.jus.br/#20ccaf91903964b7c4d54a7a7f29f949</p>	<p>I. Recurso do Sindicato.1.Greve em atividade essencial. 2. Manutenção da estabilidade provisória deferida pelo TRT. 3. Aplicação de multa 50 mil. Retirada. II. Recurso da Companhia.1. Cláusula 5 instalação de câmeras. Retirada.2. Cláusula 14. Adequação do sistema de Controle de ponto à norma estatal. Norma inexistente anteriormente. Retirada da norma. 3. Cláusula 39. Penalidade inadimplência. Norma autônoma preexistente. 4. Cláusula 73 Estabilidade do Afastado por doença. Retirada da cláusula, pois determinada por sentença normativa, não é norma preexistente. 5. Cláusula 74 Medicamentos especiais. Fornecimento. 6. Cláusula 75 Salário substituição. Requer exclusão. 7. Cláusula 76. Estabilidade portador de HIV e câncer. 8. Cláusula 77 Trabalho domingos e feriados. Retirada, norma não preexistente. 9.Cláusula 78. Direito à informação. norma não</p>

				preexistente. 10. Cláusula 79 Divulgação de quadro do sindicato nos postos de trabalho. Retirada de norma. 11. Cláusula 80 Recolhimento do FGTS, Enviar ao sindicato cópia até 15 dias após recolhimento.	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM e SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS FERROVIÁRIAS DA ZONA DA CENTRAL DO BRASIL	COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS - CPTM e SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS FERROVIÁRIAS DA ZONA DA CENTRAL DO BRASIL.	I.1. Negado provimento, greve considerada abusiva.2. Estabilidade negada, diante da abusividade da greve. 3. Multa minorada para 10mil. II.1. Negado provimento, cláusula mantida. 2. Cláusula mantida. 3. dado Provimento, cláusula mantida conforme negociação coletiva. 4. Cláusula retirada, dado provimento. 5. Cláusula retirada. Dado provimento. norma não preexistente. 6. Negado provimento. adequação ao poder	I 1. - 2. - 3. - II.1. Não. 2. Não 3. Sim. Manutenção da norma coletiva. 4. Sim. Exclusão 5. Sim. Exclusão. 6. Sim. Manutenção da norma coletiva. 7. Sim. Alteração Parcial. 8. Sim. Alteração Parcial. 9. Sim. Exclusão. 10. Sim. Alteração Parcial. 11. Sim. Alteração Parcial	I. 1. - 2. - 3. - . II.1 Sim 2. Sim 3. Sim 4. Não 5. Não 6. Sim 7. Não 8. Sim 9. Não 10. Sim. 11. Sim

			<p>normativo, súm 159,I, TST. Manutenção da norma. 7. Provimento parcial. Manutenção da doença HIV. Câncer não sofre discriminação, objetivo da norma é proteger o trabalhador da discriminação social. 8. Provimento parcial. Adaptação da norma ao prec. normativo 87 TST. 9. Dado provimento. limite ao poder normativo. Lei específica 12.527/11. 10. Parcial provimento. Norma adaptada ao precedente normativo 104 do TST. 11. Negado provimento. a cláusula foi deferida conforme precedente normativo 93 TST.</p>		
--	--	--	---	--	--

Apêndice B**Análise das Decisões 2016-2017 – TABULAÇÃO CRUZADA QUANTITATIVA**

Número Total de Decisões	Quantas questões analisadas (todas da coluna J)	Quantas mudanças por alteração ou interpretação	Quantas decisões foram em favorecimento ao empregado
09	32	16	18

Apêndice C

Decisões 2017-2018

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
1. TST-RO- 1001051- 57.2017.5.02. 0000	10/09/2018	MAURICIO GODINHO DELGADO	https://jurisprudencia.tst.jus.br/ #d6cb11c6015e009400206951fb 935696	Legitimidade de greve	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLIT ANOS - CPTM	SINDICATO DOS TRABALHADORE S EM EMPRESAS FERROVIÁRIAS DE SÃO PAULO.	Negado provimento	1. -	1. -

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
2. TST-RO- 20351- 02.2016.5.04. 0000	13/08/2018	KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA	https://jurisprudencia.tst.jus.br/ #483710f95aa82ce6426d498f02e 59506	1. Gratuidade de Justiça. 2. Compensação de jornada. Descanso semanal remunerado após 7 dias.	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	SINDICATO DOS TRABALHAD ORES EM EMPRESAS DE RADIODIFUS ÃO E TELEVISÃO DO RIO GRANDE DO SUL	MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO e SINDICATO DAS EMPRESAS DE RÁDIO E TELEVISÃO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.	1. Negado provimento. 2. Negado provimento	1. - 2. Sim, Exclusão	1. - 2. Não

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
3. TST- RO - 8048- 29.2011.5.04. 0000	14/05/2018	MARIA DE ASSIS CALSING	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#b2038552ee423eefe169a5baed335121	1. Reajuste salarial. Pede minoração para 6,50% o índice. 2. Cálculo do repouso Semanal. Requer retirada de cláusula. 3. Adicional de hr extras. Requer exclusão da cláusula . 4. Garantia de Emprego e Adicional de Transferência ao Empregado Transferido. Requer exclusão da cláusula. 5. Delegado sindical	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	SINDICATO E ORGANIZAÇÃO DAS COOPERATIVAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - OCERGS	SINDICATO DO COMÉRCIO ATACADISTA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E OUTROS E SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO DE ERECHIM E OUTROS.	1. Dado provimento. Reduzido índice de 6,65% para 6,5% 2. Negado provimento. Cláusula mantida, não obstante a inexistência de cláusula anterior, ou direito historicamente consolidado. Precedentes das SDC. 3. Negado Provimento. 4. Negado provimento. 5 Negado Provimento.	1. Sim. Alteração. 2. Não. 3. Não 4. Não 5. Não (mantido texto TRT)	1. Não 2. Sim 3. Sim 4. Sim 5. Não

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
4. TST-RO-169- 81.2016.5.08. 0000	09/04/2018	MARIA DE ASSIS CALCING	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#8c3ab9fb0a3345e54a921a8bf333bc40	1. Cláusula décima segunda - cesta Básica. 2. Cláusula Décima quarta aquisição de ferramentas. Requer exclusão	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 8.ª REGIÃO	SIND TRAB IND MAD, CONST CIVIL, OLA, SERRA, MARC, CARPINT, TORNE, MADEI, COMP E LAMINADAS, AGLOM DE FIB DE MAD, ASTEF DE CIMENTO-ARMADO, DOS MUNIC ALTAMIRA, V DO XINGU, B NOVO, SENADOR J PORFÍRIO, MEDICILÂNDIA, PLACAS, URUARÁ, PACAJÁ E ANAPU PARÁ, F DE A DE LIMA CONSTRUÇÕES - ME, J. C. SILVA ENGENHARIA LTDA. - ME, DAKASA CONSTRUTORA LTDA. - ME, S. e outros	1. Negado provimento 2. Dado Provimento, pois interpretação da norma permite que o trabalhador assumira os riscos do negócio.	1. Não. 2. Sim. Exclusão	1. Não 2. Sim.

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
5. TST-RO-10782-38.2015.5.03.0000	18/12/2017	MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#f6cac2da094325246b8d96373aaecb58	1. dissídio coletivo demissão em massa adequação	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDUSTRIAS METALURGICAS E DE MATERIAL ELETRICO DE BELO HORIZONTE E CONTAGEM	VALLOUREC TUBOS DO BRASIL S.A.	1. negado provimento por inadequação da via processual eleita	1. -	1.-

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
6. TST-RO- 3035- 49.2011.5.04. 0000	12/12/2017	DORA MARIA DA COSTA	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#68f2b1bbdb199589d0e76409dfe09504	1. Cláusula 3ª - reajuste salarial. Piso previsto na Lei13.715/11. 2.Cláusula 8. Horas extras. Tribunal estabeleceu o pagamento de 100% das horas extras após as duas primeiras horas extraordinárias. 3. Cláusula 56 - delegado sindical. Requer a exclusão da cláusula.	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
SINDICATO E ORGANIZAÇÃO DAS COOPERATIVAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - OCERGS	SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO DE LAGOA VERMELHA e SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE LAGOA VERMELHA E OUTROS	1. Negado Provimento. Redução do salário conforme Lei Estadual. 2. Negado Provimento. Manutenção da norma. 50% do adicional nas duas primeiras horas extras, 100% nas demais. Jurisprudência estabelece 100%. 3. Negado Provimento.	1. Sim. Alteração parcial. Redução de salário e exclusão do parágrafo único. 2. Não. 3. Sim. Alteração Parcial.	1. não. 2. Não (porque a jurisprudência estabelece 100%). 3. Não. (porque colocou texto conforme precedente normativo, alterando o aprovado em assembleia).	

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
7. TST-RO-559-85.2012.5.01.0000	12/12/2017	KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#303c3aab83fabcb6e89950dd50fd395	1. Cláusula terceira ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. 2. Cláusula quarta.GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS. 3. Cláusula quinta PLANO DE ASSISTENCIA À SAÚDE. 4. Cláusula décima terceira. AUXILIO REFEIÇÃO E ALIMENTAÇÃO. 5. Cláusula décima quinta LICENÇA MATERNIDADE. 6. Cláusula décima oitava MANUTENÇÃO DO CENTRO-MÉDICO. 7.Cláusula vigésima segunda ADICIONAL NOTURNO. 8. Cláusula vigésima terceira ADICIONAL DE HORA EXTRA.	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)

<p>SINDICATO DOS TRABALHAD ORES EM SERVIÇOS PORTUÁRIOS DOS PORTOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO</p>	<p>COMPANHIA DOCAS DO RIO DE JANEIRO</p>	<p>1. Negado Provimento. Alteração de norma negociada anteriormente de conteúdo econômico só é possível mediante nova negociação. 2. Negado Provimento. Alteração de norma negociada anteriormente de conteúdo econômico só é possível mediante nova negociação. 3. Dado Provimento. Norma negocial existente, benefício garantido. 4. Negado Provimento. Mantida decisão do TRT para manutenção de situação vantajosa ao empregado. 5. Negado provimento. 6. Dado Provimento. Norma negocial existente. 7. Negado Provimento. Alteração de norma negociada anteriormente de conteúdo econômico só é possível mediante nova negociação 8. Negado provimento. Cláusula mantida conforme TRT.</p>	<p>1. Não 2. Não 3. Não (manutenção da norma negociada) 4. Não 5. Não. Mantido texto do TRT. 6. Não (manutenção da norma negociada). 7. Não 8. Não</p>	<p>1. Não. 2. Não 3. Sim 4. Sim 5. Sim (decisão TRT mais favorável) 6. Sim. (manutenção do benefício) 7. Não 8. Sim (manutenção texto TRT)</p>
---	--	---	--	--

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
8. TST-IRR- 118- 26.2011.5.11. 0012	21/06/2018	ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#5ad59187b9b56d0008a14b6990bbae12	Requer a não consideração do adicional para cálculo do complemento de RMNR - remuneração mínima por nível e regime	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	CARLOS ALBERTO MATOS CARDOSO	PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS	Parcial, " quando do cálculo da parcela denominada complemento de RMNR, os adicionais de origem constitucional ou legal sejam excluídos, considerados dedutíveis apenas os adicionais criados por normas coletivas, por regulamento de empresa ou meramente contratuais, respeitados os limites do pedido. "	Sim. Interpretação	Sim

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
9. TST-IRR- 21900- 13.2011.5.21. 0012	21/06/2018	ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA	https://jurisprudencia.tst.jus.br/ #11706076bff28a231e67f3781 d11cfd9	Requer a não consideração do adicional para cálculo do complemento de RMNR - remuneração mínima por nível e regime	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	JOSE MAURICIO DA SILVA	PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS	Dado Provimento	Sim, Interpretação	Sim

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
10. RO - 829- 41.2017.5.08. 0000	14/05/2018	DORA MARIA DA COSTA	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#9e6115d31cfaed6543b669bc b8fb7b4a	1. Cláusula 16.2 - requer anulação da cláusula por desrespeito à OJ 20 <i>viola o art. 8º, V, da CF/1988 cláusula de instrumento normativo que estabelece a preferência, na contratação de mão de obra, do trabalhador sindicalizado sobre os demais.</i> 2. <i>Cumulação de pedidos - declaraotio e condenatório</i>	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO	SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE TRANSPORTES E LOGÍSTICA DE CARGASSECCAS, MOLHADAS, DAS DISTRIBUIDORAS DE DERIVADOS DE	1. Negado Provimento. 2.Negado Provimento	1. Não 2. -	1. - 2. -

		PETRÓLEO E G.L.P. GÁS NATURAL, ETANOL, BIODISEL, E MUDANÇAS DO ESTADO DO PARÁ - SINTRACARPA e SINDICATO DAS EMPRESAS DE LOGÍSTICA E TRANSPORTES DE CARGAS NO ESTADO DO PARÁ.			
--	--	---	--	--	--

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
11. TST-RO - 787- 26.2016.5.08. 0000	12/12/2017	DORA MARIA DA COSTA	https://jurisprudencia.tst.jus.br/#39d5af4c03350bc6cdf2219782f6eaf1	A. 1. Cláusula 19 - supressão do intervalo intrajornada. Jornadas de 8hrs ininterruptas. Requer validade. 2. Cláusula 22 - Jornada no campo. B. Cláusula 22. Jornada no campo.	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	PROSEGUR SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA. e SINDICATO DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS, TERCEIRIZÁVEIS, TRABALHO TEMPORARIO, LIMPEZA E CONSERVAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO DO PARÁ E OUTROS e Recorridos MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO, ELITE	PROSEGUR SISTEMAS DE SEGURANÇA LTDA. e SINDICATO DAS EMPRESAS DE SERVIÇOS, TERCEIRIZÁVEIS, TRABALHO TEMPORARIO, LIMPEZA E CONSERVAÇÃO AMBIENTAL DO	A. 1. Negado Provimento 2. Negado Provimento B. 1 Negado	A.1. Sim. Exclusão. 2. Sim. Exclusão B. 1. Sim. Exclusão	A.1. Sim 2. Sim B.1. Sim

	SERVIÇOS DE SISTEMAS ELETRÔNICOS INTEGRADOS LTDA., KAPA CAPITAL LTDA. - ME, STAR - e outros	ESTADO DO PARÁ E OUTROS e Recorridos MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO, ELITE SERVIÇOS DE SISTEMAS ELETRÔNICOS INTEGRADOS LTDA., e outros			
--	---	---	--	--	--

Ação	Data de Jugamento	Relator	URL	Tema Objeto de Discussão	
12. TST-RO-349-63.2017.5.08.0000			https://jurisprudencia.st.jus.br/#39d5af4c03350bc6cdf2219782f6eaf1	1. Cláusula 24 - Acompanhamento do sindicato na rescisão contratual. 2. Cláusula 43. Atestad médico - limite do abono por atestado. 3. Cláusula 47. Contribuição de custeio - valor pago pelo empregador ao sindicato laboral.	
	Recorrente	Recorrido	Provimento	Alteração? (sim/não) (exclusão, alteração parcial, interpretação)	Favorecimento ao empregado? (sim/não)
	SINDICATO DOS TRABALHADORES RODOVIÁRIOS EM EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS INTERESTADUAIS, INTERMUNICIPAIS, URBANOS, CARGAS LOCADORAS, INDÚSTRIA,	MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO e JSL S.A.	1. Negado provimento 2. Negado provimento 3. Negado provimento 4. Provimento parcial	1. Não (mantida decisão do TRT) 2. Não (mantida decisão do TRT) 3. Não (Mantida decisão do TRT) 4. Alteração parcial do texto	1. Sim 2. Sim 3. Sim 4. Sim

COMÉRCIO E SIMILARES DOS MUNICÍPIOS DE PARAUPEBAS E CANAÃ DOS CARAJÁS - SINTRODESPA				
---	--	--	--	--

Apêndice D**Decisões 2017-2018 – TABULAÇÃO CRUZADA QUANTITATIVA**

Número Total de Decisões	Quantas questões analisadas (todas da coluna J)	Quantas mudanças por alteração ou interpretação	Quantas decisões foram em favorecimento ao empregado
12	38	12	19

