

ADC 944: A FILIGRANA DA ANTICIDADANIA

Guilherme Guimarães Feliciano*

1. INTRODUÇÃO

No dia 16 de fevereiro p.p., a Confederação Nacional da Indústria (CNI) apresentou ao Supremo Tribunal Federal a ADPF 944-DF, que pretende ver reconhecida a inconstitucionalidade das decisões judiciais que destinam indenizações (*rectius*: compensações) por danos morais coletivos e/ou danos sociais para fundos ou finalidades outras que não sejam aquelas previstas literalmente no art. 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública - doravante, LACP).

Na opinião da CNI, com efeito, essas destinações “atípicas” configurariam reprovável elemento de ativismo judicial, cabendo ao Supremo Tribunal Federal dar cobro dessa prática e determinar, com vinculatividade abstrata e eficácia *erga omnes*, a estrita aplicação dos dinheiros obtidos em condenações judiciais por danos morais coletivos ou sociais, no âmbito da Justiça do Trabalho, adstrita ao fundo do art. 13 da LACP; ou, se muito, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), instituído pela Lei 7.998, de 11.1.1990 (art. 10).

Na dicção da peça, contrariam o ordenamento jurídico em vigor as

“decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho, em ações civis públicas, nas quais, ao invés de haver ordem de reversão dos valores das condenações a um Fundo gerido por um Conselho Federal, nos termos do art. 13 da Lei 7.347/1985, outras destinações vêm sendo dadas a esses valores.”

* Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho no biênio 2017-2019. Livre-Docente (Universidade de São Paulo), Pós-Doutor (IGC/CDH - Universidade de Coimbra) e Doutor (Universidade de Lisboa, Universidade de São Paulo) em Direito. Acadêmico Titular da Cadeira n. 43 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Coordenador dos Núcleos de Pesquisa e Extensão “O Trabalho além do Direito do Trabalho” e “Meio Ambiente do Trabalho” (DTBS/FDUSP).

Vejamos com maior vagar.

1. A DESTINAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS COLETIVOS E SOCIAIS NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL: UMA BREVE REFERÊNCIA

A ADPF 944-DF foi distribuída à Min. Rosa Weber e, até este momento, não houve apreciação liminar. É certo, porém, que se identifica uma importante resistência a destinações que não revertam aos fundos de defesa de direitos difusos (LACP, art. 13), federal ou estaduais, e/ou ao FAT. Vejam-se, e.g., TST, RR 18543220105030111, rel. Min. Maria de Assis Calsing, j. 24/6/2015, 4ª Turma, publ. 26/6/2015; TRT 20, RO 00019295120155200005, rel. Des. Jorge Antonio Andrade Cardoso, publ. 13/9/2018; TRT 1, RO 01010325920175010241, rel. Des. Rogerio Lucas Martins, j. 5/6/2019, 7ª Turma, publ. 15/6/2019; TRT 3, AP 00350000620085030056, rel. Des. Paula Oliveira Cantelli, j. 20/8/2020, 4ª Turma, publ. 20/08/2020 (conquanto, nesse caso, em razão da coisa julgada); e assim sucessivamente.

Em sentido diverso, por outro lado, veja-se, e.g., TST, ARR 1019008520055050131, rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, j. 30/9/2020, 1ª Turma, publ. 2/10/2020. Nesse julgado, o saudoso Ministro Waldir Costa mantinha - por razões processuais, é verdade - a destinação da indenização por dano moral coletivo, em unidade baiana da Ford Motors Company, para o *Funtrad/BA*¹ e não para o FAT.

Há, com todas as vênias, tanto naquele repto judicial como nesse pendor jurisprudencial mais restritivo, ao menos quatro equívocos - e, com eles, um grande retrocesso argumentativo - que devem ser trazidos à luz.

Analisemo-los doravante.

2. A ADPF 944-DF E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Em primeiro lugar, e com todas as vênias, a ADPF não admitiria sequer conhecimento, porque viola o princípio da subsidiariedade, ínsito à regência processual das arguições de

¹ “Fundo de Promoção do Trabalho Decente”, vinculado à Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte (SETRE) do Estado da Bahia.

descumprimento de preceito fundamental, nos precisos termos da Lei 9.882, de 3.12.1999.

Com efeito, tal ação de controle abstrato de constitucionalidade é de restritíssima via, eis que *“a petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta”* (art. 4º); e, na forma do respectivo parágrafo 1º, *“[n]ão será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”*.

Ora, o cabimento ou não da destinação das indenizações por danos sociais e morais coletivos a determinado fundo e a suficiência das respectivas instâncias de gestão (i.e., se atreladas ou não a um “conselho federal”) são questões a serem aferidas caso a caso, sob o rigor da garantia do juiz natural, nas ações civis públicas e coletivas que reclamem tais compensações.² Daí por que, à partida, a ADPF 944-DF não deveria sequer ser admitida, por absoluta inadequação, *ut art. 485, VI, 2ª parte, do CPC*.

3. A ADPF 944-DF E SEUS ASPECTOS MERITÓRIOS (1): A PERTINÊNCIA/EFICIÊNCIA DOS FUNDOS DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS PARA OS DANOS DE BASE LABORAL

Em segundo lugar, deve-se ter em conta que os preditos “fundos de defesa de interesses difusos”, previstos no art. 13 da LACP, não estão sequer completamente constituídos em todos os Estados da Federação; e, de um modo geral, os usos previstos pelas respectivas regulamentações não dizem respeito, por exemplo, à saúde e segurança do trabalho (ou, dir-se-á com melhor técnica e maior abrangência, ao **meio ambiente do trabalho**, *ut art. 200, VIII, in fine, c.c. art. 225, caput, da CRFB*). Não raro, prestam-se a intervenções restaurativas no meio ambiente natural ou no patrimônio cultural brasileiro, por exemplo.

Ora, a finalidade das “indenizações” de índole coletiva que se obtêm após o reconhecimento de danos ao meio ambiente - inclusive o

² V., e.g., STF, ADPF 172-RJ (MC), rel. Min. Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno, j. 10.6.2009. V. ainda RTJ 184/373, RTJ 189/395. Na doutrina, v., por todos, GOMES, Ana Cláudia Nascimento. O destino da ADPF 944/DF e de outras propostas genericamente contra “decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho”. *Migalhas de peso*. Migalhas, 24.2.2022. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/360396/o-destino-da-adpf-944-df-e-o-principio-do-juiz-natural-do-trabalho>. Acesso em: 16 mar. 2022.

do trabalho - é precisamente recuperar o bem jurídico coletivo, *na sua especificidade ontológica*; ou, se menos, minorar os impactos deletérios da atividade lesiva ou perturbadora. Essa é a razão, aliás, pela qual a Lei 12.288, de 20.7.2010 (Estatuto da Igualdade Racial) introduziu, no precitado art. 13 da LACP, o seu atual parágrafo 2º:

[...] § 2º. Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o *caput* e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. (g.n.)

Com efeito, é da melhor doutrina que todo dano merece uma reparação justa e, preferencialmente, passível de reverter fenomenicamente a situação criada (de lesão a um determinado bem jurídico) ao seu *status quo ante*, evitando-se a transformação maciça de todos os direitos em pecúnia³ (= patrimonialização)⁴; e

³ TRAMONTE, Marina Silva; MELHADO, Reginaldo; NATALI, Heiler Ivens de Souza. A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. *Revista de Direito Público*. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, v. 7, n. 1, p. 149-164, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2012v7n1p149>. Acesso em: 08 mar. 2022.

⁴ De nossa parte, já dissemos alhures que o Direito do Trabalho contemporâneo padece de três grandes vezos: ele se *patrimonializou* demais (o que se revela no pendor pelas reparações pecuniárias, mesmo no campo dos interesses difusos e coletivos), como também se *individualizou* demais (e isso também se revela nas decisões judiciais que pretendem distribuir os dinheiros decorrentes das indenizações por danos morais coletivos aos próprios trabalhadores; v., *e.g.*,) e, por fim, *contratualizou-se* demais (e, quanto a isso, veem-se já tendências de “terceirização” dos riscos, no campo dos interesses difusos e coletivos, por meio da contratação de seguros específicos para esses sinistros, o que pode estimular o desinvestimento em prevenção/precaução). Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013, *passim*; v. também FELICIANO, Guilherme Guimarães. Prefácio. In: NEMER NETO, Alberto; ROCHA, Cláudio Jannotti da; RIZK FILHO, José; PIMENTA, José Roberto Freire; BRITTO, Ricardo José Macêdo de. *Direito material e processual do trabalho constitucionalizados*. Porto Alegre: OAB Nacional/LexMagister, 2020, v. 4 (Processo Coletivo do Trabalho), *passim*; FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Discurso de posse*. Brasília: Academia Brasileira de Direito do Trabalho, 27.11.2020. Disponível em: <https://andt.org.br/academicos/guilhermeguimaraes-feliciano>. Acesso em: 08 mar. 2022.

essa é, a rigor, a ideia mais adequada de “reparação integral” que deve informar o tratamento jurídico dos danos difusos e coletivos. E, justamente por isso, mesmo a destinação ao FAT termina sendo, ao mais das vezes, algo *inservível* para a recomposição do bem jurídico coletivo especificamente lesado ou ameaçado, quando estivermos tratando de direitos difusos e coletivos de cariz laboral.

Imagine-se, p. ex., a hipótese de uma indenização por dano moral coletivo derivado da exploração de mão de obra análoga à de escravo (CP, art. 149); ou ainda a de uma indenização por dano social derivado do reiterado descumprimento das regras de saúde e segurança do trabalho impostas pela NR 18 para o setor da construção civil. Caso esses valores sejam revertidos para o FAT (Lei 7.998/1990, art. 11, V), servirão basicamente para custear benefícios previdenciários *lato sensu*, como são o seguro-desemprego (Lei 7.998/1990, arts. 3º e 4º) e a bolsa de (re)qualificação profissional (Lei 7.998/1990, art. 2º-A). Tais benefícios são concedidos difusamente, por todo o território nacional, de acordo com as políticas do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat).

Logo, é certo que, no final das contas, os recursos destinados aos tais “fundos geridos por conselhos” não beneficiarão própria e especialmente a comunidade ou o município diretamente afetado pela cooptação de trabalho escravo contemporâneo, no primeiro caso; ou tampouco a categoria profissional diretamente prejudicada (trabalhadores da construção civil), no segundo caso. A finalidade da indenização, que se alinha à ideia-força do princípio da *restitutio in integrum*⁵ (*supra*) - ainda que nem sempre se alcance a plena restauração (o que, diga-se claramente, é natural e aceitável, precisamente

⁵ Afinal, cabe entender - especialmente em tema de meio ambiente do trabalho - que, “[...] em caso de dano ambiental especificamente considerado, não sendo possível a restauração natural no próprio local, a chamada restauração *in situ*, deverá ser invocada a compensação por equivalente ecológico (restauração *ex situ*), por meio da substituição do bem afetado por outro que lhe corresponda funcionalmente. [...] Desse modo, tem-se que o princípio da reparação integral impõe o dever de se buscar a reparação do dano ambiental de forma a se restabelecer o equilíbrio ecológico por meio de ações que visem ao retorno da situação evidenciada de forma mais próxima ao status quo ante. Em não sendo possível, deve-se buscar a adoção de medida compensatória equivalente, de sorte a propiciar algo próximo daquilo que era antes da sua ocorrência, que se traduz, ao fim e ao cabo, em mecanismo voltado ao restabelecimento do equilíbrio ecológico”. MILARÉ, Édís; FRANCO, Rita Maria Borges. *Reparação integral: “pensando” melhor. Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano 37, n. 133, p. 57-58, mar./2017.

porque estamos lidando com uma *norma-princípio*, i.e., com um *Optmierungsgebot*⁶) -, estará larga e severamente comprometida.

4. A ADPF 944-DF E SEUS ASPECTOS MERITÓRIOS (2): A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA DIALÓGICA

Em terceiro lugar - e em acréscimo ao argumento anterior -, a impugnação judicial prefere desconhecer as lições da hermenêutica clássica em torno dos *métodos de interpretação*; neste caso, em especial, os métodos de interpretação *histórica*, *sistemática* e *teleológica*, que devem preferir à própria interpretação gramatical. Essa via de inteligência, a propósito, não é “facultativa”, nem pressupõe juízes mais “progressistas”; ao revés, deriva do exposto e positivo teor da legislação vigente: nos termos do Decreto-lei 4.657, de 4.9.1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - doravante, LINDB), “[n]a aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”.

Ora, a interpretação histórica supõe que a fonte formal do direito seja interpretada de acordo com as condições do meio social e do momento em que a fonte foi elaborada, impondo um olhar para o passado. Já a interpretação teleológica requer, na direção do art. 5º da LINDB, que o intérprete ultrapasse os baremas da lógica formal e construa uma semântica que assegure o melhor proveito ao bem da vida ou ao interesse jurídico tutelado pela fonte.⁷ E a interpretação sistemática, enfim, busca construir objetivamente o sentido e o alcance da norma, no contexto do sistema jurídico-positivo em que ela se insere - com seus princípios, regras e valores (*mens legis*) -, relativizando a inteligência do legislador histórico (*mens legislatoris*).⁸

⁶ “Mandado de otimização”. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp.75-77 e 122-125.

⁷ V., por todos, AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Interpretação*. *Revista AJURIS*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 16, n. 45, p.7 e ss., mar. 1989.

⁸ V., e.g., LOBO, Jorge. *Hermenêutica, interpretação e aplicação do direito*. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 72, p.125-146, abr./jun. 2019.

Para questões como a deste estudo, as duas últimas são as que devem prevalecer,⁹ considerando-se sobretudo o tempo considerável que medeia entre a publicação da LACP (1985) e o tempo presente: são praticamente *trinta e sete* anos de evolução processual (com um novo CPC em 2015) e de transformações institucionais (com a resignificação da Justiça do Trabalho pela EC 45/2004) que não podiam ser sequer cogitadas em meados dos oitenta.

Nesse caso, é de rigor considerar que, em diversas hipóteses, o sistema legal brasileiro revela a estrita necessidade de que os ativos derivados de condenações por danos coletivos sirvam essencialmente à reparação/promoção dos próprios bens jurídicos coletivos lesados ou ameaçados. É o que se dá com os danos ambientais, para os quais foram originalmente pensados para o(s) fundo(s) de defesa de interesses difusos do art. 13 da LACP; ou com os danos coletivos derivados de atos de discriminação ética, como dito há pouco, cujas indenizações também devem reverter para aquele(s) fundo(s) do art. 13 da LACP, mas com afetação específica às *“ações de promoção de igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racional [...] ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais”* (LACP, art. 13, § 2º), conforme a extensão geográfica do próprio dano; ou, ainda, para os danos coletivos derivados de ilícitos praticados contra crianças e adolescentes, cujas indenizações devem reverter para o Fundo da Criança e do Adolescente (FDCA).¹⁰

Ocorre, porém, que esse nível de especialização gerencial não se verifica (ainda) em todas as hipóteses-modelos de lesões a interesses difusos e coletivos; não há, por exemplo, um fundo para a promoção da saúde e da segurança do trabalho, ou um fundo para a promoção da liberdade sindical (e nem haverá, diante da atual resistência do próprio Poder Executivo federal - e, por consequência, de setores importantes do

⁹ Nesse sentido, a propósito, Miguel Reale ponderava que “o trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação do texto, representa um trabalho construtivo de natureza axiológica, não só por se ter de captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque se deve ter presente os da mesma espécie existentes em outras leis: destarte, a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 287 e ss.).

¹⁰ Lei 8.069/1990, art. 260.

Congresso Nacional - à criação de “fundos autônomos” que impactem ou imobilizem parcialmente o orçamento da União).¹¹

Para situações como essas, a única maneira de se conferir *coerência* ao sistema jurídico-positivo e atender minimamente a finalidade da indenização judicialmente deferida, convergindo para o princípio da *restitutio in integrum* (e sua especificidade intrínseca), é admitir que o juiz ou tribunal, na condição de sujeito político concretizador das normas-princípios¹² (e revelador da capacidade de aprendizagem das normas constitucionais em geral)¹³, possa estabelecer *destinações especiais, sob balizas claras de gestão* - o que não significa, registre-se, criar fundos “judiciais” a esmo, à base da caneta, sem diálogo interinstitucional e mínimas condições de viabilidade a longo prazo -, que atendam à especialidade do dano e sirvam à reparação/promoção específica do bem da vida lesado ou ameaçado. A não ser assim, certos interesses difusos e coletivos estarão sempre mais bem atendidos do que outros, apenas porque aqueles primeiros foram primeiramente e/ou casuisticamente galardoados pelo legislador federal ordinário, estabelecendo-se uma “hierarquia” de proteção jusfundamental que não se justifica constitucionalmente.

¹¹ Veja-se, p. ex., o caso do PL n. 6.786/2016 (que advém de anteprojeto elaborado no âmbito da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, quando a presidimos, e que “[r]egulamenta o art. 97 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), no âmbito da União, cria o Fundo de Modernização do Poder Judiciário da União e dá outras providências”): conquanto se trate de iniciativa legislativa destinada a basicamente regulamentar um fundo já previsto pela legislação em vigor (CPC/2015, art. 97), a resistência à sua tramitação é de tal ordem que, até o presente momento, o projeto sequer foi votado na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP) da Câmara dos Deputados. Confira-se em <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26582-projeto-que-cria-fundo-de-modernizacao-judiciario-da-uniao-recebe-parecer-favoravel-na-comissao-de-trabalho-da-camara> (Acesso em: 16 mar. 2022). A proposta foi apresentada, em 21.12.2016, pelo Dep. Alessandro Molon, e obteve, na CTASP, parecer favorável do relator, Dep. Wolney Queiroz, com substitutivo.

¹² V. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.086-1.087.

¹³ *Id.*, *ibid.*, p. 1085. V. também FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: inflexões do “due process of law” na tutela processual de direitos humanos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2016, subseção 12.2, IV. Entre os autores alemães, procure-se pela expressão “*Lehre-Fähigkeit*”.

5. A ADPF 944-DF E SEUS ASPECTOS MERITÓRIOS (3): “ATIVISMO JUDICIAL”?

Em quarto lugar, e por último, cabe entender bem essa interminável polêmica do “ativismo judicial”, até mesmo porque envolve frequentemente jogos semânticos perigosos. O que é ser “ativista”? Julgar conforme a Constituição, *apesar* da lei? Se for isto, o Supremo Tribunal Federal talvez seja, de todos, o mais “ativista” dos tribunais; e estaremos inadvertidamente fazendo coro com recentes clamores de “indignação” - inclusive de altas autoridades da República¹⁴ - que flertam com o imobilismo judiciário, com uma ideologia retroliberal radicada no século XVIII (do juiz *bouche de la loi*)¹⁵, com a falência do saudável regime de *checks and balances* que anima as repúblicas e, algures, com a autocracia e o autoritarismo. A ser assim, ademais, estaríamos condenando aos umbrais da ilicitude qualquer esforço de controle difuso de constitucionalidade por parte de juízes e tribunais por todo o mundo.

Diriam os detratores da ideia, por outro lado, que a aderência das leis à Constituição suscita múltiplas opiniões, o que levaria a uma grande insegurança jurídica; e que, portanto, cumpriria sempre

¹⁴ Cf., *e.g.*, <https://oglobo.globo.com/politica/bolsonaro-diz-que-barroso-fez-politicalha-ativismo-judicial-ao-mandar-abrir-cpi-da-pandemia-3-24963045>, acesso em: 16 mar. 2022

¹⁵ Porque, nas repúblicas, a lei - e apenas ela - seria a “rainha de todos os mortais e imortais”; jamais “justa” ou “injusta”, mas sempre soberana. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 21 (a obra foi escrita originalmente em 1748). As interpretações judiciais, portanto, seriam sempre “declaratórias”, jamais constitutivas; aliás, os juízes sequer deveriam se organizar em carreiras - não teria cabimento um corpo judiciário profissionalizado, como há nas democracias contemporâneas -, mas, antes, cumpririam mandatos circunscritos cronologicamente, de modo a que os tribunais durassem “apenas o tempo necessário”. Essa visão de mundo, *d.v.*, já não se sustenta há muitas décadas. Nesse sentido, *v.*, *e.g.*, TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press, 2010, *passim* (e sua teoria realista do Direito); BARAK, Aharon. *Purposive interpretation in law*. Trad. Sari Bashi. Princeton: Princeton University Press, 2005, *passim* (com a tese unificadora da dita “interpretação intencional”, convergindo para o que propusemos acima); e, para uma releitura particular e crítica da obra de Oliver Wendell Holmes Jr. (a partir de uma compreensão menos formalista das possibilidades do direito judiciário), *v.* ALSCHULER, Albert W. *Law without values: the life, work, and legacy of Justice Holmes*. Chicago/London: University of Chicago Press, 2001, p. 98 e ss. (referindo, a partir de Holmes, a figura do “*deductive formalist bogeyman*”, ou “bicho-papão dedutivo-formalista”).

privilegiar a presunção de legitimidade e constitucionalidade das leis, algo iterativamente desacatado pela copiosa jurisprudência “ativista”, especialmente no campo laboral. Mas, a seguir por aí, o debate seria estatístico: em quantas ocasiões a lei trabalhista aprovada, promulgada e sancionada teve a sua constitucionalidade questionada? Poderíamos afirmar que, mesmo em relação à Lei 13.467/2017, tão ampla e incisivamente criticada - inclusive por nós -, a maioria dos novos preceitos teve a sua vigência negada por algum sub-reptício expediente “hermenêutico”? Ou, ao revés, a despeito das críticas doutrinárias mais extensas e inespecíficas (inclusive no sentido de que “toda” a reforma trabalhista seria ilegítima¹⁶ e/ou inconstitucional), deve-se reconhecer que a discussão jurisprudencial ateu-se, finalmente, a determinados *temas sensíveis* - independência judicial, direito fundamental à desconexão, direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho, direito fundamental ao trabalho decente (e, logo, não precário), autonomia sindical etc. -, que realmente suscitam dúvida quanto à legitimidade constitucional, inclusive do ponto de vista da literalidade dos preceitos (v., e.g., o caso dos artigos 790-A e 791-A, § 4º, da CLT, na perspectiva do art. 5º, LXXIV, da CRFB, vertido na ADI 5.766-DF)?

Parece claro que uma análise desapaixionada, a partir da própria pesquisa jurisprudencial, decerto apontará nessa última direção.

Então, afinal, concluiremos que a jurisprudência trabalhista não padece desse “ativismo” malsão, tantas vezes vociferado como a mais odiosa distorção legada pela Justiça do Trabalho. Há, sim, falácia e resistência ideológica; mas não há fundamentos efetivos. Como dissemos, noutro contexto, o diabolizado “ativismo” nada mais é, as mais das vezes, do que o produto de uma “inexorável mudança de perspectiva”: hodiernamente,

¹⁶ V., e.g., o Enunciado nº 1 da Comissão 1 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra, 2018): “A Lei nº 13.467/2017 é ilegítima, nos sentidos formal e material”. Cfr. FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael. *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*: organizados por assunto. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Enunciados-da-2-Jornada-de-Direito-Material-e-Processual-do-Trabalho-da-ANAMATRA-Organizados-por-Assunto-1-1.pdf> . Acesso em: 16 mar. 2022.

“[...] não se pode mais interpretar a Constituição pelas lentes míopes das leis, como se o legislador fosse o único intérprete autorizado do texto constitucional. Manda a hermenêutica contemporânea, libertada dos arreios do positivismo jurídico (e diz-se dela, por isso mesmo, ser “pós-positivista”), que se interpretem as leis conforme a Constituição; não o contrário. Eis aqui, altaneiro, o princípio da supremacia da Constituição, festejado aos quatro ventos desde a célebre sentença do juiz Marshall no caso *Marbury x Madison*. Se a lei é contrária à Constituição, deve ser expungida do sistema; se a lei admite variegadas interpretações, deve-se optar pela interpretação conforme a Constituição; se a lei é lacunosa, deve-se completá-la com os princípios constitucionais. [...]”¹⁷

Nessa direção é que se devem compreender, afinal, as decisões judiciais que determinam destinações “alternativas” às indenizações por danos coletivos (sejam morais, sejam sociais): **construções judiciais de adequação legítima da legislação em geral - e do art. 13 da LACP em especial - às necessidades do caso concreto, para a efetiva reparação/promoção do bem da vida vulnerado pela(s) conduta(s) do réu.** Porque, afinal,

“[...] a norma constitucional que afirma a ação institui o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva [...]. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva **obriga o juiz a garantir todos os seus corolários, como o direito ao meio executivo capaz de permitir a tutela do direito**, além de obrigar o legislador a desenhar os procedimentos e as técnicas processuais adequadas às diferentes situações de direito substancial. [...] As novas técnicas processuais, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para alguns casos específicos, incorporam normas abertas, isto é, normas voltadas para a realidade, deixando claro que a

¹⁷ FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Ativismo judicial” para bom entendedor. *Folha de S. Paulo*, 25.5.2009, p. 3 (Opinião). V. também BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

ação pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo. [...]¹⁸

Não há como dizer melhor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já se afirmou que o ato humano de julgar, nos foros e tribunais, dá-se por empréstimo divino. De nossa parte, jamais chegaríamos a tanto.

A justiça dos homens é, ao revés, genuinamente humana, como tem de ser, com todos os predicamentos inerentes à humanidade. É racionalizante, mas também intuitiva; é limitada e ocasionalmente falha, mas também pacificadora. Tanto mais pacificadora, aliás, quanto mais se aproxime dos valores subjacentes à norma jurídica.

Essa constatação autoriza-nos, com o perdão do clichê, a ressignificar a máxima de Coríntios 2, 3: “*A letra mata, mas o Espírito vivifica*”. O art. 13 da LACP, nesse sentido, deve ser entendido para além da sua letra, com vislumbres mais francos do seu espírito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Revista AJURIS*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 16, n. 45, mar. 1989.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ALSCHULER, Albert W. *Law without values: the life, work, and legacy of justice Holmes*. Chicago/London: University of Chicago Press, 2001.

BARAK, Aharon. *Purposive interpretation in law*. Trad. Sari Bashi. Princeton: Princeton University Press, 2005.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. I, p. 285-291. (g.n.).

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Ativismo judicial” para bom entendedor. *Folha de S. Paulo*, 25.5.2009, p. 3 (Opinião).

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Discurso de posse*. Brasília: Academia Brasileira de Direito do Trabalho, 27.11.2020. Disponível em: <https://andt.org.br/academicos/guilherme-guimaraes-feliciano>. Acesso em: 08 mar. 2022.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: inflexões do “due process of law” na tutela processual de direitos humanos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Prefácio. In: NETO, Alberto Nemer; ROCHA, Cláudio Jannotti da; FILHO, José Rizk; PIMENTA, José Roberto Freire; BRITTO, Ricardo José Macêdo de. *Direito material e processual do trabalho constitucionalizados*. Porto Alegre: OAB Nacional/LexMagister, 2020, v. 4 (Processo Coletivo do Trabalho).

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MIZIARA, Raphael. *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: organizados por assunto*. Disponível em: <https://juristas.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Enunciados-da-2-Jornada-de-Direito-Material-e-Processual-do-Trabalho-da-ANAMATRA-Organizados-por-Assunto-1-1.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. O destino da ADPF 944/DF e de outras propostas genericamente contra “decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho”. *Migalhas de peso*.

Migalhas, 24.2.2022. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/360396/o-destino-da-adpf-944-df-e-o-principio-do-juiz-natural-do-trabalho>. Acesso em: 16 mar. 2022.

LOBO, Jorge. Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 72, abr./jun. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. I.

MILARÉ, Édís; FRANCO, Rita Maria Borges. Reparação integral: “pensando” melhor. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano 37, n. 133, p. 57-58, mar./2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TAMANAHAN, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TRAMONTE, Marina Silva; MELHADO, Reginaldo; NATALI, Heiler Ivens de Souza. A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. *Revista de Direito Público*. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, v. 7, n. 1, p. 149-164, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2012v7n1p149>. Acesso em: 08 mar. 2022.