

## Análise do precedente 1.046 do Supremo Tribunal Federal à luz do pragmatismo de Richard Posner

### *Analysis of the precedent 1.046 of the Federal Supreme Court in the light of Richard Posner's pragmatism*

Juliany Yeda Gomes Giesteira\*

Submissão: 9 set. 2024

Aprovação: 23 out. 2024

**Resumo:** O presente artigo científico tem por objeto a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Tema de repercussão geral 1.046 e seus contornos pragmáticos à luz dos ensinamentos de Richard Posner. A pesquisa inicia-se com um breve panorama histórico do pragmatismo filosófico que originaram o pragmatismo jurídico, as influências utilizadas por Richard Posner e o método que considera correto para utilização do pragmatismo nas decisões judiciais. Após, passa-se a explorar os fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal que afirmou a autonomia privada nas relações de trabalho e determinou que o negociado deve prevalecer sobre o legislado respeitados os direitos e garantias absolutamente indisponíveis e o princípio da adequação setorial negociada.

**Palavras-chave:** pragmatismo jurídico; Richard Posner; contexto pragmático das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal; negociado x legislado.

**Abstract:** *The object of this scientific article is to analyze the decision rendered by the Federal Supreme Court on the topic of general repercussion 1.046 and its pragmatic contours in the light of the teachings of Richard Posner. The research begins with a brief historical overview of the philosophical pragmatism that originated legal pragmatism, the influences used by Richard Posner and the method he considers correct for the use of pragmatism in judicial decisions. Then, we explore the foundations of the decision of the Federal Supreme Court that affirmed private autonomy in labor*

---

\* Advogada, Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

*relations and determined that what is negotiated must prevail over what is legislated, respecting the absolutely unavailable rights and guarantees and the principle of negotiated sectoral adequacy.*

**Keywords:** *legal pragmatism; Richard Posner; pragmatic context of the decisions rendered by the Federal Supreme Court; negotiated vs. legislated.*

**Sumário:** 1 Considerações gerais | 2 O Clube Metafísico e o surgimento do pragmatismo filosófico | 3 A aplicação do pragmatismo jurídico às decisões judiciais de Richard Posner | 4 Os contornos pragmáticos da decisão do STF no Tema 1.046 | 5 Conclusão

## 1 Considerações gerais

O método positivista, especialmente oriundo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (1997), é descritivo do direito, ou seja, apenas a questão científica os interessa, não há juízo de valor se a determinada proposição legal se amolda verdadeiramente às relações para as quais a norma se propõe regular e tão pouco preocupa-se com a justiça que se possa fazer desta proposição.

Já para o pragmatismo somente o que é real, ou seja, o que ocorre na prática, os interessa (Rego, 2009). Há um necessário juízo de valor moral e preocupa-se com esclarecimento de uma dúvida a qual não interessa ao positivismo jurídico pois, neste último método, o que interessa é a objetividade e precisão da norma, independentemente de não ser aplicável ao contexto real e fático.

O presente artigo busca analisar os fundamentos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Tema de repercussão geral 1.046 e seus contornos pragmáticos à luz dos ensinamentos de Richard Posner.

O precedente de observância obrigatória da Suprema Corte referendou a autonomia privada nas relações de trabalho ao determinar que o negociado deve prevalecer sobre o legislado respeitados os direitos e garantias absolutamente indisponíveis e o princípio da adequação setorial negociada.

Ao contrário do que prega a corrente dogmática e positivista do direito, a decisão coloca a norma jurídica em posição secundária, privilegiando a negociação coletiva realizada entre classe trabalhadora e econômica visando flexibilizar direitos em

momentos de crise econômica, desde que respeitados direitos e garantias mínimas.

A pesquisa aqui proposta visa analisar os contornos pragmáticos da decisão proferida pelo STF no Tema 1.046, tanto em relação ao contexto histórico, mas, especialmente, com foco nas consequências econômicas e sociais da decisão e nas relações laborais futuras.

## 2 O Clube Metafísico e o surgimento do pragmatismo filosófico

Segundo Charles Sanders Peirce (1972), as nossas crenças “orientam nossos desejos e dão contornos a nossas ações”, quando temos dúvida o mesmo não ocorre, se duvidamos não temos a segurança necessária para crer em alguma coisa e segui-la. A dúvida é incômoda e desagradável, já a crença nos causa um sentimento de tranquilidade e satisfação.

O estímulo da dúvida leva a esforço por atingir um estado de crença. A esse esforço Peirce chama de investigação. A investigação visa o acordo de opiniões até cessar a dúvida.

Charles Sanders Peirce foi um dos principais filósofos pragmatistas que integrou O Clube Metafísico<sup>1</sup> e sustentou a necessidade de que a investigação científica ganhasse contornos flexíveis e adaptáveis baseando-se na experiência empírica e afastando-se de dogmas estáticos.

Os membros do Clube Metafísico a saber: Oliver Wendell Holmes Jr., William James, Charles Sanders Peirce e John Dewey, se reuniram em um momento de pós Guerra Civil<sup>2</sup> entre os séculos XIX e XX, no qual verificou-se um forte avanço científico o que resultou em uma filosofia única que fundia rigor científico com aplicação prática.

Oliver Wendell Holmes Jr., um dos juristas que integrou a Suprema Corte Americana, fez parte da classe jurídica do Clube Metafísico e utilizava-se do pragmatismo em sua filosofia jurídica. Para o autor o

---

1 O Clube Metafísico era um encontro informal de intelectuais no final do século XIX que desempenhou um papel significativo no desenvolvimento e na disseminação do pragmatismo. Esse clube não era uma instituição formal com protocolos rígidos de membresia; em vez disso, era uma reunião de indivíduos com ideias semelhantes, profundamente interessados na investigação filosófica e nas implicações do discurso intelectual na sociedade. Os membros deste clube incluíam alguns dos pensadores mais influentes da época, como Oliver Wendell Holmes Jr., William James, Charles Sanders Peirce e John Dewey (Menand, [2002]).

2 A “Guerra de Secessão” ou “Guerra Civil Americana” foi uma guerra civil ocorrida nos Estados Unidos da América, entre 1861 e 1865. O conflito envolveu os Estados do Norte (União) e os Estados do Sul (Estados Confederados da América) pela emancipação dos escravos e terminou com a vitória da União (Bezerra, [202-]).

direito deveria ser prático e adaptável, ao invés de rígido e doutrinário (Menand, [2002]).

O realismo americano afirmava que eram as forças sociais e políticas e não somente a história que deveriam nortear as decisões judiciais (Giacomuzzi, 2005). Abordando a ligação do Direito com a sociedade, defendeu a importância da realidade fática no pensamento americano.

Anderson de Paiva Gabriel (2019) traz em sua obra os pensamentos de Oliver Wendell Holmes Jr. sobre o surgimento do direito. Como se denota da passagem do texto, abaixo, o contextualismo e consequencialismo norteavam o pensamento pragmático tanto das decisões judiciais quanto das proposições legislativas, veja-se:

O direito se caracteriza, então, por ser um sistema constituído por normas de ação, instituições sociais e práticas intencionais, concebidas historicamente por seres inteligentes, para adaptarem a realidade em que vivem, de modo a resolverem certos problemas e a realizarem, na maior medida do possível, os inúmeros bens e ideais humanos, que são sentidas individualmente como verdadeiras necessidades que impulsionam as pessoas a agir em busca de sua realização.

Contudo, ao se verificar uma transformação nos bens e ideais humanos e/ou nas circunstâncias individuais, sociais, científicas, geográficas, econômicas, políticas e outras que condicionam a existência social humana, há uma perturbação da ordem social que emerge da adoção de certos hábitos, que passam a ser inadequados para a satisfação das novas necessidades humanas, e, por isso, o surgimento de novos hábitos é sentido como uma necessidade impostergável. Esses novos hábitos originaram uma nova ordem social, que será mantida enquanto se mostrar apropriada para orientação das ações humanas na resolução de problemas e satisfação de necessidades [...] (Holmes, 1991, p. 1-2 *apud* Gabriel, 2019, p. 110).

A capacidade adaptativa do direito depende da adoção de um método científico, que permita a observação das consequências práticas produzidas por um modo de regulação social das atividades humanas. E, ao formular uma hipótese científica sobre o funcionamento do universo e as consequências práticas, que provavelmente serão produzidas, por ações sociais destinadas a resolver certos problemas e satisfazer determinadas necessidades humanas, o método científico deve ser capaz, também, de produzir dados empíricos sobre as consequências práticas efetivamente produzidas pelas

ações adotadas e de conceber hipoteticamente ações alternativas que possam, concebivelmente, evitar certos efeitos indesejáveis que foram constatados (Leite, 2004 *apud* Gabriel, 2019, p. 110).

Para um pragmático, a relevância ou o significado de uma teoria só pode ser compreendido à luz das alterações que ela possa produzir no mundo fático. Em outras palavras, acredita-se que nenhuma produção intelectual possa se desvincular por completo da realidade, sob pena de se tornar uma utopia, de difícil realização.

Através dos pilares do antifundacionalismo (rejeitando dogmas e pré-conceitos), do contextualismo (analisando o contexto histórico e social do fato avaliado) e do consequencialismo (avaliando as consequências práticas de uma ou outra solução a um problema proposto), o pragmatismo examina o presente, considerando o passado, e com o olhar voltado para o futuro. Sem dogmas, sem doutrinas, apenas através de um método (em uma versão do que foi dito por William James).

Esta ligação deveria ser refletida pela via legislativa, com a criação de leis que guiassem os julgamentos (visto que o julgador não poderia subverter a intenção da lei), a legislação serviria unicamente como um ponto de partida para a solução de problemas, sendo o último norte dessa mudança o próprio juiz.

Nesse sentido, convém analisar se a decisão do STF que referendou a prevalência do negociado x legislado no Tema 1.046, demonstra contornos antifundacionalistas já que privilegia uma outra fonte de direito que não aquela decorrente do Estado, no mesmo sentido observaremos se a decisão demonstra contornos contextualistas e consequencialistas que serão melhor aprofundados mais adiante.

### **3 A aplicação do pragmatismo jurídico às decisões judiciais de Richard Posner**

O pragmatismo de Richard Posner (Campelo, 2020) é inspirado no pragmatismo clássico de Oliver Wendell Holmes Jr. e Benjamin Cardozo, todos juízes. O autor define o pragmatismo a partir de oito características: a) prático: com foco na aplicação prática e nas consequências reais das decisões; b) instrumental: considera o conhecimento como uma ferramenta para resolver problemas; c) voltado para a frente: preocupa-se com o futuro e a evolução das ideias; d) ativista: busca mudanças e melhorias na sociedade; e) empírico: baseia-se em evidências e

fatos observáveis; f) cético: questiona dogmas e verdades absolutas; g) antidogmático: não adere rigidamente a sistemas de crenças; h) experimental: valoriza a experimentação e a adaptação contínua.

Para Richard Posner (2012) a diferença entre um juiz pragmático e um juiz positivista é que o último se ocupa essencialmente de assegurar a coerência com as decisões passadas, ao passo que o primeiro só se ocupa de assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção dos melhores resultados para o futuro.

Segundo o autor:

O juiz positivista começa e geralmente termina sua atividade com um exame da jurisprudência, da legislação, da regulamentação executiva e dos dispositivos constitucionais – as “fontes” diante das quais deve curvar-se quando segue o princípio de que os juízes têm o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado [...]

O juiz pragmatista tem outras prioridades. Quer encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras. Não tem desinteresse pela jurisprudência, pela legislação etc. Muito pelo contrário. Em primeiro lugar, essas fontes são depósitos de conhecimento e até, às vezes, de sabedoria, por isso mesmo que não tenham valor dispositivo, seria loucura ignorá-las. Em segundo lugar, uma decisão que se afaste abruptamente dos precedentes e, assim, desestabilize o direito pode ter, no saldo, consequências ruins (Posner, 2012, p. 381-382).

Como vimos no início, o jurista pragmático incita a dúvida e isso leva a uma investigação, nesse caminho o julgador se torna menos dogmático e procura deixar a mente mais aberta. Seriam, assim, uma forma de analisar o sistema jurídico pelos resultados produzidos por eles.

Ao exercer tal mister, os juízes devem levar em conta, principalmente, as consequências de suas decisões, no sentido de tentar produzir a melhor solução possível para o progresso do Direito e, assim, contribuir na construção de um país melhor.

Para Richard Posner (2012) “as consequências nunca são irrelevantes em direito”. Porém, tal análise de efeitos futuros não é um mero consequencialismo puro, focado apenas na solução de um caso específico, mas sim reflete a necessidade da análise sistêmica do

resultado para o futuro do país em sentido amplo, devendo abranger todas as considerações possíveis acerca dos proveitos da deliberação.

Vivemos, atualmente, mudanças significativas na estrutura jurídica do Direito do Trabalho, mudanças nas atividades laborais impactadas pela inteligência artificial, novas modalidades de trabalho que demandam um olhar mais cauteloso e pragmático dos juízes.

Nessa linha de raciocínio, o pensamento de Richard Posner no sentido de que a atividade interpretativa dos magistrados deve ser concebida sob uma forma flexível, como uma reconstrução imaginativa (*imaginative reconstruction*), revela um caminho que poderá ser seguido pelos magistrados laborais em busca de decisões mais contextualizadas com a realidade atual, sem perder de vista os princípios basilares deste ramo protetor do direito.

Para Posner, a tarefa de criação normativa deve ter como norte a razoabilidade (*reasonableness*), que é o critério final para análise da adequação de uma determinada solução e, aliás, é o máximo que se pode exigir de um intérprete e aplicador, considerando a inafastável discricionariedade inerente ao seu ofício.

Segundo o autor, a adjudicação pragmática consiste essencialmente em que:

[...] o juiz pragmático acredita que o futuro não deve ser escravo do passado, mas não está obrigado a encarar determinados conjuntos de dados como diretrizes para a tomada da decisão que terá melhores efeitos para o futuro. Se você, como Holmes, não tivesse confiança em que você ou qualquer outra pessoa soubesse com clareza qual a melhor solução para determinado problema, a postura pragmática consistiria em relutar em decidir de modo contrário aos precedentes, pois a invalidação dos precedentes teria o efeito de sacrificar a segurança e estabilidade jurídicas em prol de um ganho meramente conjectural (Posner, 2012, p. 392).

Posner afirma que um dos perigos de se convidar o juiz a ir além das fontes ortodoxas do direito é que os juízes não têm uma formação que os habilite a analisar e absorver as teorias e os dados das ciências sociais.

Isso significa que o juiz pragmatista encara a jurisprudência, a legislação e o texto constitucional não somente como fontes de informação, mas também como elementos do passado que merecem ser cautelosamente avaliados de acordo com o caso concreto.

Nos Estados Unidos os juízes que aplicam o *common law* reservam-

se a prerrogativa de reescrever o direito consuetudinário enquanto o aplicam, sendo reafirmado por Posner os perigos decorrentes desta prática daí a necessidade de que os juízes tenham sabedoria e admitam que vez ou outra as suas convicções possam estar erradas. Nas palavras de Holmes devem se utilizar dos mesmos princípios utilizados no caso *Lochner* “princípios fundamentais tais como foram entendidos pelas tradições do nosso povo e do nosso direito” (*Lochner vs. New York*, 1905 *apud* Posner, 2012, p. 410).

A abordagem acima referida se assemelha ao trecho da decisão proferida pelo STF no Tema 1.046 que ressalva a prevalência do negociado x legislado desde que respeitados os direitos e garantias fundamentais, bem como ao princípio da adequação setorial negociada.

Poderíamos considerar a existência de contornos pragmáticos no comportamento da Suprema Corte ao julgar o Tema 1.046 em relação à passagem da decisão que ressaltou ao caso concreto a análise de eventuais peculiaridades que possam gerar distinções e não autorizem a prevalência do negociado x legislado, como no caso de pactuação em detrimento de direitos e garantias fundamentais do trabalhador.

Para Posner (2012, p. 414), o pragmatismo não defende e nem autoriza a desobediência aos precedentes “Do mesmo modo, o pragmatismo é neutro quando o assunto é saber se o direito deve ser dominado por normas (*rules*) ou por padrões (*standards*)”.

Assim, para Richard Posner o juiz pragmático não é necessariamente identificado por um estilo particular de julgar, e a ideia de que tal juiz sempre tomará decisões sem fundamentá-las não é real.

O que distingue o magistrado pragmático é que seu estilo (de pensamento – ele pode resolver revestir suas decisões em um linguajar positivista ou formalista) nada deve a esta ou àquela ideia sobre a natureza do direito, ao dever moral de respeitar as decisões passadas ou a qualquer outra justificativa não pragmática das atitudes judiciais.

#### 4 Os contornos pragmáticos da decisão do STF no Tema 1.046

O STF, em 2/6/2022, fixou tese no Tema 1.046 ao apreciar o *Leading Case* suscitado no Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.121.633, tendo levado em consideração alguns princípios a serem avaliados na análise dos instrumentos normativos, eis o texto:

Recurso extraordinário com agravo. Direito do Trabalho. Processo paradigma da sistemática da repercussão geral. Tema 1.046.

3. Validade de norma coletiva que limita ou restringe direito trabalhista. Matéria constitucional. Revisão da tese firmada nos temas 357 e 762. 4. Fixação de tese: “São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuem limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.” 5. Recurso extraordinário provido (Brasil, 2022).

O precedente teve origem em processo em que houve o afastamento de acordo coletivo no qual as partes transacionaram acerca do pagamento das chamadas horas *in itinere*<sup>3</sup>.

O Ministro Relator Gilmar Mendes entendeu que o fundamento constitucional da referida demanda seria idêntico ao de diversas outras demandas debatidas na Justiça do Trabalho. Sendo assim, concluiu pela unificação da matéria em tema de repercussão geral que consolidasse o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

A decisão considerou que o Tema 1.046 sedimentaria a evolução da jurisprudência sobre a controvérsia constitucional consistente na prevalência de acordos e convenções coletivas – conferindo maior segurança jurídica às partes e ditando os rumos das demandas que tenham esse tema por objeto no futuro.

Já aqui conseguimos visualizar dois aspectos retratados na obra de Richard Posner. O primeiro relativo ao contextualismo em face da preocupação do julgador em conferir validade às normas coletivas celebradas pelas partes e o segundo em relação ao consequencialismo quando nota-se a preocupação do magistrado em impedir que decisões da Justiça do Trabalho anulem as normas coletivas celebradas entre as partes causando um desequilíbrio nas negociações coletivas celebradas entre entidades profissionais e econômicas.

Nota-se também uma preocupação do magistrado em sedimentar entendimento que trará repercussões importantes para o sistema jurídico juslaboral tanto no presente como no futuro. Contudo, preocupando-se com as conquistas dos trabalhadores no passado ao

---

<sup>3</sup> “Dá-se o nome de tempo *in itinere* aquele que o empregado gasta no trajeto de casa para o serviço e o respectivo retorno, portanto, da inclusão do tempo despendido para o trajeto ou itinerário, em condução fornecida pelo empregador e também, em condução própria a serviço da organização empregadora” (Nascimento, 2006, p. 168).

determinar o respeito aos direitos e garantias fundamentais quando determina que sejam respeitados os direitos indisponíveis.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 77) a Constituição Federal instituiu um sistema aberto de direitos fundamentais que abrange não somente aqueles expressamente consignados no artigo 5º, mas todos aqueles cujo conteúdo ou posição ocupada demandem a proteção do Estado.

O art. 5º da CF – primeiro artigo do Título II – afirma, no seu § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Essa norma permite, por meio da aceitação da ideia de fundamentalidade material, que outros direitos, mesmo que não expressamente previstos na CF e, por maior razão, não enumerados no seu Título II, sejam considerados direitos fundamentais. Isso quer dizer que o art. 5º, § 2º, da CF institui um sistema constitucional aberto a direitos fundamentais em sentido material.

### Os autores esclarecem que

As normas de direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos (p. 78).

Os direitos sociais dos trabalhadores certamente se inserem nesse conceito de direitos fundamentais dado o caráter social e fundamental do capital e trabalho para a sociedade e o sistema jurídico como um todo.

Nesse aspecto, verifica-se que sob a ótica do pragmatismo jurídico a ressalva realizada pela Suprema Corte no precedente 1.046 em relação à preservação dos direitos indisponíveis e, portanto, fundamentais, atende ao critério defendido por Richard Posner no sentido de se buscar a melhor solução para o sistema jurídico como um todo sem desprezar as conquistas do passado.

Em outro trecho dos fundamentos do acórdão há também uma preocupação do magistrado em garantir segurança jurídica às partes que celebram instrumentos coletivos.

Existem, contudo, críticas de que o precedente se baseou em premissas pessoais dos julgadores e pressões políticas, como se nota do trecho da decisão a seguir:

Apesar de todo o arcabouço constitucional que não apenas legitima, mas estimula a negociação coletiva, não são incomuns decisões da Justiça do Trabalho que, a partir da análise do caso concreto, interpretam cláusulas previamente estipuladas de forma a restringi-las ou a anulá-las.

Diante desse quadro, a definição dos limites da intervenção judiciária deve ser clara, a fim de evitar ingerências indevidas e preservar o pactuado [...]

A anulação de acordos, na parte em que supostamente interessam ao empregador, mantidos os ônus assumidos no que diz respeito ao trabalhador, ao mesmo tempo em que viola o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, leva a um claro desestímulo à negociação coletiva, que deveria ser valorizada e respeitada, especialmente em momentos de crise (Brasil, 2022).

Richard Posner em sua obra alerta para o risco de que essas influências pessoais possam implicar em decisões sem isenção dos magistrados.

Em outra passagem do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes também se verifica um posicionamento com um tom político, veja-se:

Ora, é preciso aceitar que a Constituição de 1988 aconteceu; e, com ela, uma nova configuração entre público e privado, entre a esfera estatal e a sociedade. Simplesmente negar a autonomia coletiva para deliberar sobre condições de trabalho próprias a determinada categoria, promovendo anulações seletivas daquilo que foi acordado entre forças econômicas e profissionais autônomas, acaba por representar uma reedição da tutela do Estado sobre os sindicatos (Brasil, 2022).

Atualmente há uma corrente de juristas que indica um acentuado ativismo nas decisões proferidas pelo STF, especialmente no meio laboral. Esse fato é admitido pelo Ministro Luís Roberto Barroso (2009, p. 11). Veja-se:

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. O ano de 2008 não foi diferente. A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão

cuidadosa. O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade.

Na visão do Ministro Luís Roberto Barroso, apesar da Suprema Corte ter ganhado maior protagonismo do que o Poder Legislativo na regulação das relações sociais, em termos democráticos há mais ganhos do que perdas já que a publicidade dos julgamentos e o amplo debate entre os membros da corte atendem ao postulado da Democracia.

Esse posicionamento, em nosso sentir, está abarcado pelo pragmatismo de Oliver Wendell Holmes Jr, magistrado que ocupou a Suprema Corte dos Estados Unidos e defendia uma postura mais ativa dos magistrados na busca por decisões mais flexíveis e adaptáveis, sem deixar de considerar o caráter político existente nos julgamentos.

Alguns fundamentos políticos são pensados na medida em que parecem explicar e reconciliar as regras postas com o estado de coisas atual; e, então, as regras se adaptam às novas razões que foram encontradas para elas e entram numa nova carreira. A velha forma recebe um novo conteúdo, e, com o tempo, a própria forma se modifica para se ajustar ao significado que recebeu [...]

O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros de matemática (Holmes, 1991 *apud* Gabriel, 2019, p. 108-109.).

Segundo Daniel Mitidiero, em razão das influências da tradição romano-canônica, a legislação sempre ocupou prevalência sobre a jurisprudência e os precedentes no direito brasileiro, contudo, ele assevera a necessidade de harmonização entre esses institutos por meio da interpretação, em seus dizeres:

Vale dizer: para entender como é possível chegar a uma adequada harmonização dos conceitos de lei, jurisprudência, súmula e precedente é preciso em primeiro lugar perceber que jurisprudência e precedente são dois caminhos distintos que foram paulatinamente trilhados e posteriormente amalgamados pelo direito brasileiro.

Em segundo lugar, é preciso ter presente as vicissitudes que esses conceitos e seus correlatos experimentaram ao longo do desenvolvimento do nosso direito. Tudo isso deve ser feito levando-se em consideração a *interpretação* como uma atividade adscritiva de um sentido possível empreendida por uma jurisdição cognitiva da interpretação e declaratória da jurisdição que presidiu ao longo de todos os Novecentos a cultura jurídica brasileira (Mitidiero, 2018, p. 74).

Nesse aspecto, embora a questão do ativismo judicial seja suscitada em face do precedente 1.046, verifica-se que o direito brasileiro está caminhando para uma linha mais pragmatista e adaptável às mudanças, questões muito sensíveis da sociedade estão sendo definidas pelo STF seja pelo excesso de judicialização seja pela ausência de legislação sobre temas contemporâneos. E esse movimento está ocorrendo em outros países também.

Nesse aspecto, convém citar o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso (2009, p. 14):

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens.

Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retratação do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio

de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Portanto, nem mesmo os próprios Ministros da Suprema Corte negam a existência de certo ativismo judicial, justificam, porém, que esse ativismo é uma decorrência lógica do excesso de demandas sugerindo que a judicialização das relações também colabora para esse tão criticado ativismo judicial.

## 5 Conclusão

A pesquisa demonstrou que o método do pragmatismo jurídico oriundo de filósofos americanos está plenamente relacionado ao modo como a Suprema Corte Brasileira tem julgado temas importantes como o é o caso do precedente 1.046.

A criação do Clube Metafísico em uma era de pós-guerra Civil trouxe àquele país um amadurecimento científico e filosófico da pesquisa dando origem ao pragmatismo jurídico, especialmente pela atuação de Oliver Wendell Holmes Jr. na Suprema Corte dos Estados Unidos.

No Brasil tivemos um processo semelhante, pois, após a extinção de regimes totalitários como a Ditadura Militar, houve uma grande preocupação em se garantir a preservação dos sistemas democráticos e dos direitos e garantias individuais.

Atento ao que restou previsto na Constituição Federal sobre o reconhecimento das negociações coletivas, o Ministro Relator Gilmar Mendes buscou enfrentar as questões suscitadas em Recurso Extraordinário e afetá-las em favor da uniformização da jurisprudência. Esse movimento também buscou garantir maior segurança jurídica às partes que celebram a negociação coletiva e aos beneficiários finais dos direitos nela discutidos através de um precedente de repercussão geral e observância obrigatória.

Nessa mesma linha, os fundamentos do precedente 1.046 estão bem alinhados com a estrutura pensada por Richard Posner, já que restou demonstrado o compromisso com o futuro das relações laborais

sem perder de vista a preservação dos direitos e garantias conquistados ao longo da história.

Notamos também que o Ministro Relator Gilmar Mendes citou algumas impressões pessoais nos fundamentos do acórdão em relação ao comportamento do Tribunal Superior do Trabalho, o que é pontuado por Richard Posner como um ponto de atenção.

De qualquer forma, esse mesmo pragmatismo que defende um método adaptável e flexível, com um olhar voltado para o futuro, também admite a possibilidade de que o julgador possa ter se equivocado e que a sua decisão possa ser revista a depender das consequências geradas.

Sendo assim, será por meio da experiência empírica que verificaremos os reais impactos que esse precedente causará nas relações laborais e no sistema jurídico laboral como um todo.

### Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BEZERRA, Juliana. Guerra de Secessão. *Toda Matéria*, [202-]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/guerra-de-secessao/>. Acesso em: 17 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo 1.121.633/GO*. Recurso extraordinário com agravo. Direito do Trabalho. Processo paradigma da sistemática da repercussão geral. Tema 1.046. 3. Validade de norma coletiva que limita ou restringe direito trabalhista. Matéria constitucional. Revisão da tese firmada nos temas 357 e 762 [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427>. Acesso em: 17 ago. 2024.

CAMPELO, Roberto Lima. *Decisão judicial tributária sob a análise do pragmatismo jurídico de Richard Posner*. 2020. 144 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

GABRIEL, Anderson de Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael

Gaia (coord.). *Temas de análise econômica do direito processual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019. p. 99-136.

GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 359-388, jan./mar. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43873>. Acesso em: 17 ago. 2024.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015. (Curso de processo civil; v. 1).

MENAND, Louis. *O clube metafísico: uma história de ideias na América*. [2002]. Disponível em: <https://www.bookey.app/pt/book/o-clube-metaf%C3%ADsico#freePdf>. Acesso em: 17 ago. 2024.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e filosofia: textos escolhidos*. Introdução, seleção e tradução: Octanny Silveira da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1972.

POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. *Revista DUC in Altum - Cadernos de Direito*, Recife, v. 1, n. 1, p. 21-57, jul./dez. 2009.