

POSITIVISMO EM KELSEN, TEORIA PURA DO DIREITO E PROCESSO ESTRUTURAL LABORAL: FALSAS ANTINOMIAS*

KELSEN'S POSITIVISM, THE PURE THEORY OF LAW, AND STRUCTURAL LABOR PROCESS: THE MYTH OF LEGAL CONTRADICTIONS

Alberto Bastos Balazeiro

RESUMO

Contextualização: A teoria pura do direito de Hans Kelsen ainda se apresenta como central nos debates sobre a aplicação e a interpretação da norma jurídica. Por outro lado, o desenvolvimento do processo estrutural tem ganhado crescente relevância como instrumento jurisdicional voltado à resolução de conflitos de elevada complexidade social, inclusive na seara trabalhista. Emerge, assim, um cenário de aparente paradoxo entre a rigidez normativa do positivismo kelseniano e a flexibilidade interpretativa inerente às decisões estruturais.

Objetivos: O artigo busca analisar a relação entre o Positivismo de Kelsen, com especial atenção à figura da moldura normativa em sua teoria interpretativa do direito, e o que se convencionou atualmente chamar de Processo Estrutural, com enfoque particular nas manifestações desse modelo no campo laboral.

Método: Por meio de método indutivo é realizada uma análise teórico-jurídica do processo estrutural sob a moldura do marco referencial do positivismo kelseniano. A partir dessas premissas básicas sobre o Positivismo e sobre o que se entende por Processo Estrutural

* Artigo apresentado na matéria "Tópicos Especiais em Direito", ministrada pelo Professor Doutor João Paulo Bachur no Doutorado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Alberto Bastos Balazeiro

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Doutor em Direito Constitucional pela Instituição de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP (2024). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2017). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil com Habilitação para Docência do Ensino Superior pela Universidade Estácio de Sá (2007). Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2000). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3825494436577083>

e Processo Estrutural Laboral, procede-se a uma abordagem de conteúdo para avaliação qualitativa das práticas estruturais à luz de dados extraídos de precedentes jurisprudenciais emblemáticos, como a ADPF 347 e da ADPF 635, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. A abordagem combina elementos estruturais e funcionais, articulando contribuições de Kelsen e Norberto Bobbio.

Resultados: As práticas estruturais não necessariamente rompem com o positivismo, mas operam dentro das alternativas previstas pela própria Teoria Pura do Direito. Conclui-se que o processo estrutural, longe de violar a moldura normativa, insere-se legitimamente em seu interior ao explorar as possibilidades interpretativas previstas pela norma. A atuação judicial que visa à transformação de contextos coletivos complexos não implica, necessariamente, ativismo judicial, no sentido pejorativo. Ao contrário, representa uma funcionalização legítima do direito conforme os parâmetros da teoria pura, compatível com a busca por efetividade e pacificação social no âmbito trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Moldura Normativa; Processo Estrutural; Direito do Trabalho; Kelsen.

ABSTRACT:

Background: *Hans Kelsen's Pure Theory of Law still remains a central theoretical framework in contemporary debates on the application and interpretation of legal norms. At the same time, the development of structural litigation has gained increasing relevance as a judicial instrument aimed at resolving conflicts of high social complexity, including within the labor sphere. This gives rise to an apparent paradox between the normative rigidity of Kelsenian positivism and the interpretative flexibility inherent to structural judicial decisions.*

Objectives: *This article aims to analyze the relationship between Kelsen's Positivism—paying particular attention to the notion of the normative framework (moldura normativa) in his interpretative theory of law—and what is currently referred to as Structural Process, with special focus on the manifestations of this model within the field of labor law.*

Method: *Through an inductive approach, a theoretical-legal analysis is carried out on structural litigation within the conceptual framework of Kelsenian positivism. Based on foundational premises regarding Positivism and the understanding of Structural Process and Structural Labor Litigation, a content-based approach is employed to qualitatively assess structural practices in light of data drawn from emblematic judicial precedents, such as ADPF 347 and ADPF 635, adjudicated by the Brazilian Federal Supreme Court. The methodological approach combines structural and functional elements, articulating insights from Kelsen and Norberto Bobbio.*

Results: *Structural practices do not necessarily break with positivism; rather, they operate*

within the range of alternatives anticipated by the Pure Theory of Law itself. The conclusion is that structural litigation, far from violating the normative framework, is legitimately situated within it, by exploring interpretative possibilities foreseen in the norm. Judicial actions aimed at transforming complex collective contexts do not inherently entail judicial activism in its pejorative sense. On the contrary, such actions constitute a legitimate functionalization of law in accordance with the parameters of the Pure Theory, aligning with the pursuit of effectiveness and social pacification in the labor context.

KEYWORDS: Normative Framework; Structural Process; Labor Law; Kelsen.

INTRODUÇÃO

A base teórica kelseniana ainda se apresenta como central para todos os debates acerca da teoria da norma e da aplicação do direito no século XXI, notadamente quando analisada a forma de aplicação do direito a partir de decisões judiciais.

Por outro lado, desde meados dos anos 50, nos Estados Unidos¹, tem se debatido acerca da possibilidade da prolação de decisões judiciais que avancem da simples solução de litígios individuais ou coletivos, instituidoras ou declaratórias de relações obrigacionais para a condução de mudanças sociais de maior relevo e complexidade em determinado contexto – mudanças estruturais.

No âmbito do processo do trabalho brasileiro, com larga tradição de utilização pelo Poder Judiciário do denominado poder normativo em dissídios coletivos, o debate adquire grande importância no momento em que as relações do trabalho passam por significativas transformações pela inserção de plataformas digitais, métodos telepresenciais de prestação de labor e toda uma gama de modificações aceleradas pelo período pandêmico da COVID-19.

E o questionamento é óbvio: em que medida o processo estrutural e a decisão estrutural no processo do trabalho podem invadir a seara de outros poderes entendidos e discrepar da clássica construção normativa do mestre austríaco?

Dentro desse escopo foi situado o problema e adotado um enfoque verticalizado no âmbito laboral, notadamente para a análise das situações onde se geram demandas estruturais na justiça especializada e se há eventuais choques com a abordagem positivista da Teoria Pura do Direito.

¹ Também na Alemanha o debate assume importância, a partir do caso *Lüth*, do ano de 1958, julgado pela Corte Constitucional.

Num recorte ainda mais preciso, voltou-se a indagação para a figura da “moldura normativa”, notadamente se é possível compatibilizar as noções de práticas de processo estrutural dentro dos limites da teoria kelseniana.

A importância da abordagem é significativa na doutrina e na jurisprudência laboral no país considerando a progressiva evolução da política judiciária na resolução de conflitos massificados e a necessidade de concreção da promessa constitucional de acesso a jurisdição, de um devido processo legal justo, adequado e em duração razoável. Adotou-se como técnica de pesquisa o método de abordagem indutiva e o método de procedimento de análise de conteúdo e jurisprudência.

1 KELSEN, TEORIA PURA DO DIREITO E POSITIVISMO

O papel de Hans Kelsen (1881-1973) para a teoria do direito assume inequívoca preponderância em debates que se travam até hoje acerca do cerne da aplicação da norma e do desenvolvimento da ciência jurídica.

A primeira edição da Teoria Pura do Direito, do ano de 1934, embora revisitada com importantes acréscimos em 1960 e, antecedida e intercalada por importantes estudos do jurista austríaco sobre diversas vertentes, emprestou as bases para um novo olhar sobre o direito, compreendido a partir da intenção do autor de apresentar uma teoria geral, não apenas uma construção para um ordenamento jurídico específico².

Entendendo o direito como descrição (para o reconhecimento) e visando libertar a ciência jurídica de todos os elementos que a ela são estranhos, em visão Neokantiana, Kelsen centraliza a abordagem normativa na preposição de que o direito encontra sua força em si mesmo – o fundamento de validade de uma norma inferior seria a norma superior - e tem como objeto uma legalidade própria. A questão central seria reconhecer o direito a partir da teoria, construída como uma purificação metodológica do direito.

Nesse aspecto, em abordagem epistemológica, Kelsen confere à norma uma nova leitura, apontando uma verdadeira diferença categorial entre o ser (*sein*) e o dever ser (*sollen*). Ao mundo dos fatos pertenceria a primeira classificação, reservando ao direito o dever ser.

É ponto nevrálgico da asserção teórica de Kelsen a noção de prevalência formal na aplicação do direito e da noção de imputação, afastando do direito o raciocínio de causalidade. Também investe na ideia de categoria cognitiva, distanciando o direito

2 Salienta Kelsen (1998, p. 1): “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais”.

da moral e do aspecto valorativo³.

Nesse aspecto, o reconhecimento da norma jurídica derivaria de construção de raciocínio jurídico hipotético e a dimensão dos fatos não assume a responsabilidade de validação do dever ser. A lei como ato de vontade ocorre no mundo dos fatos enquanto que à seara jurídica interessa o esquema de interpretação hipotético próprio do mundo do dever ser – ato de conhecimento. A norma assumiria um papel de categoria de pensamento, diverso do mundo dos fatos.

O modelo teórico de Kelsen entende o direito como parte de sistema dinâmico, em esquema de normas superiores e normas inferiores, sendo corrente na doutrina a consolidação interpretativa piramidal, tendo a Constituição no ápice dela, e, acima, a norma fundamental hipotética, qual seja, a primeira constituição histórica.

Maior detalhamento da correção entre a “moldura normativa” e o processo estrutural será feita em sequência após a retomada de conceitos essenciais de deste último no tópico subsequente.

2 PROCESSO ESTRUTURAL LABORAL E ATIVISMO

É atribuído ao julgamento do denominado caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, série de decisões prolatadas pela Suprema Corte Norte Americana a partir de 1954, se não o surgimento, mas ao menos o fortalecimento de nova vertente jurisprudencial e de teoria do direito de efetivação de direitos através de mudanças complexas no tecido social, promovidas a partir de decisões judiciais.

Sobre o tema, pontua Owen Fiss (2017, p. 25):

A structural injunction não foi herdada de uma hierarquia superior. Surgiu quando os juízes federais procuraram implementar a decisão da Suprema Corte de 1954, em *Brown v. Board of Education*, impondo a transformação do sistema nacional de ensino dividido em dois – uma escola para negros e outra para brancos – em um sistema unitário não racial. Pressionado pelas forças das circunstâncias, o judiciário federal transformou a medida liminar tradicional em uma ferramenta para gerenciar esse processo reconstrutivo.

A implementação, por meio de decisões judiciais, de soluções estruturais para problemas complexos enfrentados pela sociedade tem sido alvo de profundos

3 O distanciamento da teoria pura de concepções ou preocupações morais é objeto de críticas, notadamente no que tange à possibilidade de sustentar governos ditatoriais. É importante lembrar que em outras obras a preocupação moral e a noção de justiça são objeto de estudo e preocupação por parte de Kelsen, mas não integram a pureza do direito na acepção teórica aqui examinada.

debates nos ordenamentos jurídicos da era moderna.

A ideia de se conceber soluções judiciais que ataquem as raízes dos problemas, e não apenas os seus galhos⁴, embora tenha sido apenas recentemente estudada pelos direitos constitucional e processual brasileiro, tem encontrado eco na doutrina e na jurisprudencial, notadamente após a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

O Supremo Tribunal Federal tem valorizado essa concepção, assumindo substancial destaque a paradigmática análise da ADPF 347, afeta ao sistema prisional brasileiro, em que pela primeira vez, em 2015, em decisão do Ministro Marco Aurélio, admitiu-se o denominado estado de coisas inconstitucional e se determinou, através da determinação de inúmeras e complexas medidas de intervenção, a mudança da condição de vida de presos nas unidades carcerárias.

Citando precedente de memória mais recente, por meio da chamada “ADPF das Favelas” – ADPF 635, de 2020, a mesma Excelsa Corte, em feito da Relatoria do Ministro Edson Fachin, deferiu medida liminar para determinar ao Estado do Rio de Janeiro que elaborasse e encaminhasse ao STF, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, um plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminense⁵.

Destarte, é possível identificar que existem demandas que surgem de situações sociais estruturadas em descompasso com a ordem jurídica ou mesmo posturas e culturas corporativas específicas que geram litígios continuados.⁹ Assim, o processo estrutural é um tipo de processo coletivo que busca implantar uma reforma estrutural, a fim de concretizar um direito fundamental, realizar uma política pública, solucionar litígios complexos ou interesses socialmente relevantes, partindo da premissa de que o afastamento da lesão perpassa a indução de mudanças comportamentais ou estruturas de incentivos para além da mera adjudicação ou imposição do pagamento de danos.

Com efeito, pontua-se até mesmo que se trata de uma situação de litígio onde o Poder Judiciário deve fazer uma tomada de consciência de que a ordem abstrata de abstenção de uma conduta lesiva pode não ser suficiente para alterar uma realidade

4 No tema, é clássica a remissão ao romance transcendentalista “Walden”, em que Henry David Thoreau salienta: *“There are a thousand hacking at the branches of evil to one who is striking at the root, and it may be that he who bestows the largest amount of time and money on the needy is doing the most by his mode of life to produce that misery which he strives in vain to relieve.”* (Cap. 1, p. 57).

5 BARROSO (2017.p.2207), ao comentar o que denominou papel iluminista das Cortes Constitucionais, pontua: “Além do papel representativo, descrito no tópico anterior, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, um papel iluminista. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade¹³². A abolição da escravidão ou a proteção de mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas, por exemplo, nem sempre pôde ser feita adequadamente pelos mecanismos tradicionais de canalização de reivindicações sociais. A seguir, breve justificativa do emprego do termo iluminista no contexto aqui retratado.”

de conflito social instalado. Perdem prestígio, destarte, situações de meras “vitórias de papel” em que a prestação jurisdicional entrega decisões primorosas, arrebatadoras em seu texto, das quais não resulta benefício concreto para os destinatários.

Situações de litígios estruturais demandam a expansão subjetiva da lide para compreender que, para além do conflito de interesses dos autos, determinadas situações possuem efeitos que avançam do litígio concreto em exame e que somente se consegue sanar determinados ilícitos com participação mais ampla de outros atores sociais. Assim, diferentemente do litígio clássico, existe o que se pode falar de uma maior permeabilidade democrática para as discussões do conteúdo da decisão e a imparcialidade e inércia do juiz em face das partes abre espaço para uma parcialidade pela efetividade da jurisdição amplamente considerada e pela busca da real pacificação social.

Tanto a análise da casuística da Corte Constitucional brasileira quanto a própria conceituação dogmática do processo estrutural a partir de suas características próprias permitem concluir que o problema estrutural pode surgir em diversas áreas da nossa complexidade social.

A seara laboral não é excludente do surgimento de situações amplas cuja solução não pode advir apenas de definições de vencedor e vencido, devedor e credor em litígios judiciais. Há igualmente circunstâncias que demandam soluções mais complexas e que invadem ciclos muito mais alargados que mera relação entre patrão e empregado.

Nessa ordem de ideias, de longa data se tem uma peculiaridade da Justiça Laboral através da resposta jurisdicional a dissídios coletivos, nos quais a sentença não só julga o caso concreto como também cria disposições “legais” entre os litigantes, nascidas de uma necessidade muito prática do estabelecimento de regras para permitir o funcionamento do processo produtivo de empresas e setores econômicos durante determinado tempo (Vilhena, 1961, p. 39).

A própria incorporação da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário com a Constituição de 1946, trouxe algo que antes era uma medida administrativa (executiva) de ajuste de relações econômicas e sociais para o bojo de um atuar jurisdicional (Stürmer, 2014, p. 10). Assim, a questão dos dissídios normativos é um espécime claro de um atuar jurisdicional que se substitui efetivamente à medidas de gestão administrativa, muito próximas inclusive de condução de políticas públicas setoriais e medidas regulatórias⁶.

6 A Emenda Constitucional n.º 45/2004 impôs restrição ao poder normativo ao conferir nova redação ao § 2º do artigo 114 e fixar como pressuposto processual intransponível o mútuo consenso dos interessados para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica.

Muito embora hoje se identifique clara intenção estatal intervencionista na possibilidade de o Poder Judiciário ditar normas para regulamentar relações trabalhistas em determinado segmento econômico, ainda que de forma temporária, é evidente que o poder normativo da Justiça do Trabalho e as sentenças normativas, produtos desse mandamento, avançam em temas como combate à assédio, todas as formas de discriminação e até na implementação de canais de denúncias e formas de apuração.

Nessa ordem de ideias, veja-se o teor de cláusula normativa acolhida pela Seção de Dissídios Coletivos – SDC do Tribunal Superior do Trabalho ao apreciar Dissídio Coletivo de Greve envolvendo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (processo TST-DC-6535-37.2011.5.00.0000, julgado em 11/10/2011):

Cláusula 22 - DISCRIMINAÇÃO RACIAL - A ECT continuará implementando políticas de orientação contra discriminação racial, em sintonia com as diretrizes do Governo Federal. § 1º - A ECT apurará os casos de discriminação racial ocorridos em seu âmbito e também os praticados contra os seus empregados no cumprimento das suas atividades, sempre que a ela forem denunciados. § 2º - A denúncia aqui referida deverá ser dirigida, pelo próprio empregado, por escrito, à área de gestão das relações sindicais e do trabalho, para análise e encaminhamento;

Ademais, a natureza dos acordos e convenções coletivas de trabalho, mesmo que produto de negociação sindical e, portanto, longe da intervenção judicial, também reforça essa percepção, conforme pontua Godinho Delgado (2001, p. 79-98), ao tratar da principiologia inerente às negociações coletivas de trabalho:

1. Princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva O princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva traduz a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva do trabalho) têm real poder de criar norma jurídica (com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a estas), em harmonia com a normatividade heterônoma estatal. Tal princípio, na verdade, consubstancia a própria justificativa de existência do Direito Coletivo do Trabalho. A criação de normas jurídicas pelos atores coletivos componentes de uma dada comunidade econômico-profissional realiza o princípio democrático de descentralização política e de avanço da autogestão social pelas comunidades localizadas. A antítese ao Direito Coletivo é a inibição absoluta ao processo negociai coletivo e à autonormatização social, conforme foi tão característico ao modelo de normatização subordinada estatal que prevaleceu nas experiências corporativistas e fascistas européias da primeira metade do século XX.

No Brasil, a tradição justralhista sempre tendeu a mitigar o papel do Direito Coletivo do Trabalho, denegando, inclusive, as prerrogativas mínimas de liberdade associativa e sindical e de autonomia sindical aos trabalhadores e suas organizações. Com a Carta de 1988 é que esse processo começou a se inverter, conforme se observam de distintos dispositivos da Constituição (ilustrativamente, art. 7º, VI e XIII; art. 8º, I, III, VI; art. 9º).

Na análise desse princípio é pertinente retomar-se importante diferenciação - às vezes não suficientemente ponderada na doutrina: a que separa norma jurídica de cláusula contratual.

Em nossa obra Introdução ao Direito do Trabalho já ressaltávamos não ser meramente acadêmica a distinção, mas fundamental: “é que o direito confere efeitos distintos às normas (componentes das fontes jurídicas formais) e às cláusulas (componentes dos contratos). Basta indicar que as normas não aderem permanentemente à relação jurídica pactuada entre as partes (podendo, pois, ser revogadas - extirpando-se, a contar de então, do mundo jurídico). Em contraponto a isso, as cláusulas contratuais sujeitam-se a um efeito adesivo permanente nos contratos, não podendo, pois, ser suprimidas pela vontade que as instituiu. A ordem jurídica confere poder revocatório essencialmente às normas jurídicas e não às cláusulas contratuais. Trata-se, afinal, de poder político-jurídico de notável relevância, já que as normas podem suprimir do mundo fático-jurídico até as cláusulas (além das próprias normas precedentes, é claro), ao passo que o inverso não ocorre (excetuada a prevalência de vantagem trabalhista superior criada pela vontade privada no contrato).

No mesmo texto, completávamos acerca do contrato (assim como figuras a ele equiparadas pela jurisprudência trabalhista, a saber, o regulamento empresarial): o contrato de fato “não se qualifica como diploma instituidor de atos-regra, de comandos abstratos, gerais, impessoais; ao contrário, compõe-se de cláusulas concretas, específicas e pessoais, envolvendo apenas as partes contratantes. Não se configura, assim, como fonte de normas jurídicas, mas como fonte de obrigações e direitos específicos, concretos e pessoais, com abrangência a seus contratantes”.

Desse modo, a negociação coletiva trabalhista, processada com a participação do sindicato de trabalhadores, tem esse singular poder de produzir normas jurídicas, e não simples cláusulas contratuais (ao contrário do que, em geral, o direito autoriza a agentes particulares).

Dessa forma, emerge claro que o poder normogenético da Justiça Laboral evidentemente pode adentrar searas que avancem para além de fixar meras condições

de trabalho de categorias.

Igualmente, não só a natureza processual do litígio mas a própria amplitude do objeto podem situar a demanda na complexidade estrutural.

Sob outra vertente, a doutrina sempre remete à possibilidade de causas individuais suplantarem problemas sociais complexos. A temática da acessibilidade de pessoas com deficiência, a título de exemplo, pode sustentar pleito individual de trabalhador de determinado segmento econômico, como supermercados, e o provimento jurisdicional eventualmente obtido deve ocasionar mudanças em todo segmento no tocante a sinalização, implantação de rampas dentre outras medidas, que trarão benefícios não só a empregados e trabalhadores daqueles empregadores, mas a todos que façam uso daqueles estabelecimentos.

O fenômeno constitucional 1988, seguindo tendência iniciada com a Lei. 7.347/85⁷ somou a esse cenário uma nova esfera de tutela de direitos, de natureza metaindividual, que também se espalhou para as relações de trabalho.

O fortalecimento dos sindicatos e a nova conformação do Ministério Público do Trabalho principalmente a partir também da Lei Complementar 75/93 trouxeram a tutela coletiva como fonte e vocação natural para a construção de soluções estruturais provenientes de decisões da Justiça do Trabalho.

Temas como precarização de mão de obra, inclusão no mercado de trabalho ou combate aos assédios sexual ou o moral, ao trabalho infantil ou em condições análogas à escravidão, abrem o leque para problemas que demandam as denominadas decisões em cascata tão próprias das injunções estruturais.

É o que se verifica na análise do Tema 1.118 do Repertório de Repercussões Gerais do Supremo Tribunal Federal, que trata da responsabilidade subsidiária da administração pública em caso de inadimplemento da empresa contratada. Eventual litígio sindical ou do próprio Ministério Público do Trabalho envolveria necessariamente pleitos como a adoção de conta vinculadas dos trabalhadores para pagamento de faturas, medidas de fiscalização e o papel da ordem jurídica em prover incentivos claros para estes comportamentos positivos⁸.

7 Merece destaque, nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, que conceitua o microsistema de tutela coletiva no Brasil.

8 Apesar de se tratar de hipótese envolvendo terceirização em situação de contratação privada, em julgamento ocorrido em 27/04/2022, em sede de ação civil pública a 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho condenou a MRV Construções e o Parque Moradas da Serra Incorporações ao pagamento de indenização por dano moral coletivo decorrente de dumping social pela contratação de empresas prestadoras de serviços com capital social incompatível com o número de empregados, violando assim o artigo 4º-B, inciso III, alíneas “a” a “e”, da Lei 6.019/1974 (RR-10709-83.2018.5.03.0025).

Outro mecanismo exatamente relevante de construção espaços para influxos democráticos é a utilização de audiências públicas, demonstrando a preocupação do judiciário com a ampliação da análise consequencial dos impactos das decisões para além das partes⁹.

Dessa forma, encontrar o fino ajuste entre soluções complexas, espaço democrático, invasão do Legislativo, ativismo judicial e autocontenção também é dilema presente na Justiça do Trabalho.

A expressão “ativismo judicial” remonta à publicação nos Estados Unidos em janeiro de 1947, de artigo na revista *Fortune*, de autoria de Arthur Schleizeinger Júnior, em que analisou a composição e as decisões então recentes da Suprema Corte, referindo a magistrados ativistas e adeptos da autocontenção.

Doutrinariamente não tem sido fácil conceituar ativismo, mas talvez o seu reconhecimento tenha relação com a legislação trabalhista, no momento em na chamada Era Lochner (1905-1937) a Suprema Corte Norte Americana rechaçou legislação protetiva trabalhista.

Paulo Gonet Branco (2020, p. 593-600), embora se referindo a jurisdição constitucional aponta que

Em termo amplos, cabe a censura de ativismo quando a jurisdição constitucional se substitui, sem competência para tanto, a uma decisão que, no sistema de separação de poderes, é esperada que seja estabelecida pelos poderes dotados de representação democrática.

Nesse sentido, é preciso dissociar processo estrutural de eventual ativismo judicial no âmbito da Justiça do Trabalho, sob qualquer vertente. Por isso, essencial fixar as balizas da intervenção, o seu caráter excepcional, prazos e medidas de imperioso diálogo social e dentre os poderes no mento da injunção estruturante¹⁰.

Assim, é exatamente neste ponto de divergência entre Processo Estrutural e Ativismo Judicial que é interessante tecer algumas considerações aparentemente elucidativas sobre a Teoria Pura de Kelsen, especificamente a ideia da “moldura normativa” para também dissociar as duas situações.

9 Como exemplo, é possível citar recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho convocando audiência pública para discutir o cumprimento das cotas para pessoas com deficiência no setor aeroportuário, inclusive para orientar até mesmo a própria atuação propositiva de conciliação. Ref: <<https://www.tst.jus.br/-/tst-far%C3%A1-audi%C3%Aancia-p%C3%BAblica-para-discutir-cota-depessoas-com-defici%C3%Aancia-em-servi%C3%A7os-aeroporto%C3%A1rios>>.

10 No Brasil, a crítica faz uma associação do ativismo ao movimento do *neoconstitucionalismo*, na expressão cunhada por Suzana Pozzolo (1998, p. 339-353).

3 MOLDURA AXIOLÓGICA: APARENTE PARADOXO ENTRE A TEORIA PURA DO DIREITO E PROCESSOS ESTRUTURAIS NO PROCESSO DO TRABALHO

A preocupação com a indeterminação do ato de aplicação do direito figura como relevante na doutrina de Kelsen, considerando que busca eliminar elementos exógenos ou juízos morais que poderiam restringir hipóteses interpretativas para uma determinada situação jurídica. Com efeito, a inexistência de única interpretação correta decorre, para Kelsen, do que alcunha de indeterminação não-intencional não perseguida pelo legislador, corolário lógico das múltiplas situações fáticas possíveis na vida humana.

Assim, *a priori*, inexistente uma interpretação única correta, mas todas as possíveis decorrentes da aplicação, vindo daí a noção da moldura normativa kelseniana. Nas palavras do próprio Kelsen (1998, p. 247):

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.

Destarte, a análise da decisão judicial e do papel do Magistrado, segundo a Teoria Pura, segue o mesmo referencial teórico hermenêutico centrado na norma, a partir da formulação da chamada moldura em que o Juiz teria ação ao prolatar a sua decisão dentro de uma gama de possibilidades ofertadas pela lei. Ressalta Kelsen que:

A jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função - e tem tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta(ajustada), e que a “justeza”(correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecto, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma

escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo. (Kelsen, 2006, p. 247-248).

Trata-se de visão que é objeto de severas críticas por parte da doutrina por legar ao juiz um papel com grande margem de discricionariedade no momento da prolação de decisão. Nessa linha, também podemos recorrer à Norberto Bobbio que identifica na teoria de Kelsen, que existem abordagens teóricas distintas no estudo da Teoria do Direito, quais sejam: a estruturalista e a funcionalista. Tais elementos teriam tido atenção desigual:

(...) enquanto a análise estrutural introduziu e elaborou um conceito como o de ordenamento dinâmico, o qual nenhuma teoria do direito, burguesa ou proletária, pode dispensar, a análise funcional permaneceu estacionada no conceito de ordenamento coativo, isto é, em um conceito que não parece de todo adequado para representar a complexidade e a multiplicidade de direções do direito em uma sociedade moderna, parecendo não se dar conta das grandes transformações que uma sociedade industrial implica, inclusive em relação às várias formas de controle social. (Bobbio, 2007, p. 60)

É, exatamente nesta perspectiva mais funcionalista, que a abertura criada pelo elemento da “moldura normativa” permite um certo grau de indeterminação na forma de caracterização da subsunção normativa. Nesse particular, Kelsen é claro que a ação interpretativa da norma gera uma gama de soluções possíveis, igualmente válidas, embora somente aquela que se aperfeiçoa no ato decisório se integra ao direito positivo. Nesse sentido, convém destacar a lição diretamente:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que -na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. (Kelsen, 1998, p. 247)

No particular, é possível afirmar que o legislador é mais livre para criar o Direito

de acordo com sua posição enquanto originário ou derivado, enquanto o aplicador do Direito possui apenas uma liberdade relativa, dentro daquelas interpretações possíveis da norma jurídica. Notadamente, se a escolha da possibilidade decorre de ato de vontade, é exatamente o conjunto de questões morais, sociais, e outras, que vão orientar o interprete jurídico.

Entende-se que a figura da moldura normativa de Kelsen é elemento interessante para a correta inteligência do que se preconiza atualmente por processo estrutural.

Nesse sentido, importante destacar que a lógica do processo estrutural é exatamente trabalhar de forma criativa dentro do leque de medidas processuais possíveis para ampliar o escopo subjetivo de cognição dos valores e interesses envolvidos em determinada demanda para que se alcance uma decisão socialmente mais útil, porém sempre dentro da possibilidade outorgada pelo próprio ordenamento jurídico.

Assim, em linhas gerais, seria possível dizer que a Teria do Processo Estrutural encontra supedâneo num encadeamento lógico de escolhas dentro da moldura normativa para que a cadeia de aplicação do direito se faça de tal modo a que reflita proceduralmente a influência de múltiplos aspectos sociais na hora da decisão. Tal como defendeu Bobbio no aspecto funcional do Direito, seria advogar que dentro da moldura normativa, devem ser escolhidas aquelas possibilidades que melhor refletem a condensação dos múltiplos interesses individuais e sociais legítimos percebidos no curso do processo.

Assim, verifica-se que a discussão sobre a relação entre a Moldura Normativa Kelsiana e o Processo Estrutural é complexa e multifacetada, mas uma análise cuidadosa revela que as aparentes incompatibilidades entre esses dois conceitos são, em muitos aspectos, mal-entendidos ou falsas incompatibilidades. Ao contrário do que se pode pensar inicialmente, o Processo Estrutural, ao adotar múltiplas medidas para solucionar situações de estados de coisas inconstitucionais e ilegais, opera efetivamente dentro da moldura de possibilidades estabelecida por Hans Kelsen, buscando soluções judiciais adequadas ao caso concreto para produzir uma decisão estrutural.

Retomando o raciocínio deste tópico, dentro da premissa de que a “moldura normativa” de Kelsen sugere que há um espaço de interpretação e aplicação das normas jurídicas, mas esse espaço é limitado pelas próprias normas e de que o Processo Estrutural é uma abordagem judicial que busca resolver não apenas o litígio entre as partes, mas também enfrentar as causas estruturais e sistêmicas que levam a violações de direitos, podemos elencar os aspectos das falsas incompatibilidades:

a) Interpretação Dinâmica vs. Rigidez Normativa: Pode parecer que o Processo Estrutural, com sua abordagem dinâmica e adaptativa, entra em conflito com a rigidez da moldura normativa de Kelsen. No entanto, essa percepção ignora o fato de que

a própria teoria kelseniana admite um grau de interpretação e flexibilidade dentro de sua estrutura normativa.

b) Soluções Inovadoras vs. Legalidade Estrita: O Processo Estrutural frequentemente exige soluções inovadoras e criativas, o que pode parecer estar em desacordo com a aderência estrita à legalidade proposta por Kelsen. Contudo, essas soluções inovadoras não necessariamente violam a moldura normativa; elas podem ser vistas como uma exploração do espaço de possibilidades dentro do sistema legal.

c) Foco no Caso Concreto: O Processo Estrutural enfatiza a importância de soluções adaptadas ao caso concreto, o que está em harmonia com a visão de Kelsen sobre a aplicação da lei. Kelsen reconhece que a aplicação da lei envolve um elemento de interpretação e adaptação ao caso específico.

Firma-se assim o entendimento de que ao invés de serem incompatíveis, o Processo Estrutural pode ser visto como uma extensão lógica da teoria de Kelsen. Ele opera dentro da moldura normativa kelseniana, explorando o espaço de interpretação e aplicação das leis para encontrar soluções judiciais que sejam não apenas legais, mas também justas e eficazes no tratamento de questões estruturais e sistêmicas.

CONCLUSÕES

Diante dos elementos colacionados ao longo do artigo, é possível perceber que as práticas e medidas que convergem para a formação do que se entende por processo estrutural diverge da noção de ativismo judicial, ainda que dentro da concepção mais estrita de criação normativa originária. Com efeito, é possível conciliar a percepção do processo estrutural dentro da noção das hipóteses possíveis de interpretação normativa.

Assim, não há incompatibilidade entre o modelo Kelseniano e processo estrutural. A associação da demanda e da decisão estrutural, inclusive no processo do trabalho brasileiro, a desvios de subjetividade e distanciamento de texto legal, derivam de opções processuais preexistentes e dentro das possibilidades normativas dos operadores jurídicos.

A moldura kelseniana de interpretação, se por lado não é antagônica a processos estruturais, de outro não se afigura fundamento de decisões que descaracterizem a natureza excepcional, pontual e temporária da intervenção estrutural, sob pena de desnaturação da ideia de hierarquia, unidade e coesão do sistema jurídico, cernes da construção kelseniana¹¹.

11 Nessa toada, válida a constante advertência da doutrina de Jeremy Waldron (2009) acerca da importância da separação de poderes e de riscos institucionais de se prescrever ativismo judicial como solução para omissões ou problemas em outros poderes.

Logo, antes de um determinismo absoluto, a Teoria Pura do Direito reconhece a amplitude de possibilidades de decisão, porém restringe a possibilidade de decisões que não sejam orientadas pelos critérios interpretativos da própria Teoria Pura do Direito.

Assim, é possível dizer que o Processo Estrutural pode ocorrer dentro da moldura normativa kelseniana, sendo funcionalizada, nas linhas de Bobbio, por critérios de eficiência e efetividade de pacificação social, mediante o reconhecimento de que medidas que ampliam o senso de participação social tendem a ter maior adesão e atingem melhores níveis de pacificação social, tão necessárias à nossa sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Ed. Manole. São Paulo. 2007.

CANON, Brandon C. **Judicature**. Vol. 66, numero 6, Dezembro-Janeiro – 1983.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 67, n. 2, 2001, p. 79-98.

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma Verdade Viva. Quatro Conferências sobre a *structural injunction*. Conferência Um. A Autoridade do Juiz. Tradução de Arthur Ferreira Neto; Hannah Alff e Marcos Félix Jobim. **Processos Estruturais**. Organizadores: Sérgio Cruz Arenhart e Marcos Félix Jobim. Juspodium. 2017.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Breve nota sobre ativismo judicial na concretização de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais em Processo**. Org: Carlos Vinicius Alves Ribeiro et al. Brasília. ESMPU. 2020. p. 593-600.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOTTMAN, Michael S. *Paper victories and hard realities*. In: BRADLEY, Valerie;

CLARKE, Gary. ***Paper victories and hard realities: the implementation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled***. Washington, D.C.: The Health Policy Center of Georgetown University, 1976, p. 93-105

POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo y Especificidad de La Interpretación Constitucional*. **Doxa**. N. 21, vol. 2 ,1998. pp. 339-353.

STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Da sentença normativa**. Belo Horizonte, 1961.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, Brasília, v. 284, n. 43, p. 333-369, out. 2018.

WALDRON, Jeremy. Separação de poderes no pensamento e na prática?. **Rev. Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 17-53, set/dez 2020.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *Internacional Journal of Constitutional Law*, Volume 7, número 1, janeiro de 2009.

Publicado originalmente na Revista Trabalho, Direito e Justiça, Curitiba-PR, v. 3, n. 3, p. e133, 2025.