
**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
501: ATIVISMO JUDICIAL TRABALHISTA OU JUDICIALIZAÇÃO DO
DIREITO FUNDAMENTAL AS FÉRIAS REMUNERADAS?**

***ARGUMENT OF NON-COMPLIANCE WITH FUNDAMENTAL
PRECEPT N. 501: JUDICIAL LABOR ACTIVISM OR
JUDICIALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO
REMUNERATED VACATIONS?***

LIDIA MARIA RIBAS

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora permanente no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: lidia.ribas@ufms.br

ELISAIDE TREVISAM

Doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Professora permanente no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: elisaide.trevisam@ufms.br

THIAGO ANDRÉ SILVA GONÇALVES

Especialista em Direitos Humanos na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). analista Jurídico do Ministério Público Estadual do Estado de São Paulo. Mestrando em Direitos Humanos na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). E-mail: thiago.uems@gmail.com



RESUMO

Objetivo: O objetivo deste artigo é analisar os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 501 (ADPF), na qual julgou inconstitucional a Súmula 450 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) configura ativismo judicial ou judicialização do direito às férias.

Metodologia: Adotou-se o método hipotético-dedutivo, com metodologia de pesquisa exploratória e descritiva, bibliográfica e documental, para alcançar os resultados esperados.

Resultado: Com o entendimento sumular proferido pelo Superior Tribunal do Trabalho, de que era devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), o ministro-relator, em seu voto, asseverou que a interpretação conferida pelo TST fere o princípio da legalidade e da separação de poderes, tornando o poder judiciário em legislador positivo. A partir deste entendimento, analisou-se se a decisão da Suprema Corte está adequada à Constituição Federal, levando em conta a distinção entre ativismo e a judicialização do direito fundamental às férias remuneradas.

Contribuições: Com base na configuração do fenômeno da judicialização de um direito fundamental, ao declarar a inconstitucionalidade do entendimento sumular, o Supremo Tribunal Federal fragilizou o direito social fundamental às férias remuneradas, expressamente previsto na Constituição.

Palavras-chave: Direito fundamental de Férias; Ativismo judicial; Judicialização.

ABSTRACT

Objective: The purpose of this article is to analyze the arguments used by the Brazilian Federal Supreme Court in the judgment of the Argument of Non-compliance with Fundamental Precept n. 501 (ADPF), in which Precedent 450 of the Superior Labor Court (TST) was deemed unconstitutional, configures judicial activism or judicialization of the right to vacations.

Methodology: The hypothetical-deductive method was adopted, with exploratory and descriptive, bibliographical and documentary research methodology, to achieve the expected results.

Result: With the summary understanding issued by the Superior Labor Court, that the payment of double the vacation remuneration, including the constitutional third, was



due, based on the art. 137 of the Consolidation of Labor Laws (CLT), the minister-rapporteur, in his vote, asserted that the interpretation given by the TST violates the principle of legality and separation of powers, making the judiciary a positive legislator. From this understanding, it was analyzed whether the decision of the Supreme Court is adequate to the Federal Constitution, taking into account the distinction between activism and the judicialization of the fundamental right to paid vacation.

Contributions: *Based on the configuration of the phenomenon of judicialization of a fundamental right, by declaring the unconstitutionality of the summary understanding, the Federal Supreme Court weakened the fundamental social right to paid vacation, expressly provided for in the Constitution.*

Keywords: *Fundamental right of vacation; Judicial activism; Judicialization.*

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo, a partir da crítica hermenêutica do Direito, analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 501 e os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, que ocasionaram na invalidação da Súmula 450 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Parte substancial dos fundamentos jurídicos utilizados pelo STF consiste na premissa que a corte superior trabalhista, ao confeccionar a referida súmula, estaria legislando. Nesta medida, propõe-se analisar se o TST, ao formatar o texto sumular 450, extrapolou os limites constitucionais da interpretação, desaguando no ativismo judicial (tese do STF) ou houve uma judicialização do direito fundamental às férias?

Na primeira seção, apresenta-se os fatos que ensejaram o ingresso da APDF. Em seguida, esclarece-se os principais argumentos lançados pelo ministro-relator destacando-se o conceito de separação dos poderes, que está umbilicalmente ligada a ideia do princípio da legalidade, na medida em que estaria o TST legislando.

Ainda na apresentação dos argumentos invocados pelo STF, exhibe-se também, que segundo a Corte Suprema, o TST utilizou-se indevidamente do recurso hermenêutico da analogia para confeccionar a súmula em questão.



Já na terceira seção, é abordado a distinção entre ativismo e judicialização e em continuação, os argumentos do STF que acabaram por revogar a súmula do TST, destacando-se duas frentes dogmáticas: (i) o direito fundamental às férias remuneradas (art. 7, inciso XVIII da Constituição Federal), entendida como uma obrigação complexa (arts. 134 e 145, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho), na qual o valor social do trabalho (art. 1, inciso IV da Constituição Federal) é um importante vetor interpretativo? (ii) na perspectiva da teoria do direito e das normas introdutórias ao direito brasileiro (art. 4 do Decreto-Lei nº 4.657/1942), o raciocínio aplicado pelo TST possui respaldo jurídico, ou houve uso indevido da analogia?

Utilizando-se o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa exploratória e descritiva, bibliográfica e documental, conclui-se que a Súmula 450 do Tribunal Superior do Trabalho não pode ser classificada como ativista, mas como um caso paradigmático de judicialização do direito fundamental as férias remuneradas.

2 O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL CONTRA ENUNCIADO DE SÚMULA DO TST 450

Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Constitucional e trabalhista. Súmula 450 do Tribunal Superior do Trabalho. Pagamento da remuneração de férias em dobro quando ultrapassado o prazo do art. 145 da CLT. Impossibilidade de o poder judiciário atuar como legislador positivo. Ausência de lacuna. Interpretação restritiva de norma sancionadora. Ofensa à separação de poderes e ao princípio da legalidade. Procedência.

No ano de 2017, o Governador do Estado de Santa Catarina, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), alegou que a súmula 450 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)¹, maculava os preceitos fundamentais consubstanciados no princípio da Separação dos Poderes e os princípios da

¹ É devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal.



legalidade e da reserva legal, violando normas da Constituição Federal, em especial, por ecoar nas finanças públicas estaduais, cujo pagamento da folha salarial depende universalmente do tesouro público.

O entendimento sumular estabelecia que era devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no artigo 137 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no artigo 145 do mesmo diploma legal.

A Suprema Corte, por maioria de votos, declarou inconstitucionalidade da Súmula 450 do TST, com o argumento de lesão ao princípio da legalidade e a separação de poderes, julgando procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para: (a) declarar a inconstitucionalidade da Súmula 450 do Tribunal Superior do Trabalho; e (b) invalidar decisões judiciais não transitadas em julgado que, amparadas no texto sumular, tenham aplicado a sanção de pagamento em dobro com base no art. 137 da CLT (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). O voto do relator (ministro Alexandre de Moraes) foi acompanhado pelos ministros Dias Toffoli, André Mendonça, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Nunes Marques.

De acordo com o ministro relator, embora seja imprescindível a efetivação dos direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal, a atividade interpretativa do Tribunal Superior do Trabalho ultrapassou as matrizes da separação dos poderes, já que originou “sanções jurídicas não previstas na legislação vigente”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022, p. 8).

Em contrapartida, o ministro Edson Fachin votou pela improcedência da ação constitucional, visto que para ele, a interpretação realizada no Tribunal Superior do Trabalho, não é incompatível com as interpretações possíveis. Ademais, o direito fundamental ao trabalho, expressamente “reconhecido no texto constitucional de 1988, exige concretização, em sua máxima efetividade, no contexto do Estado Social e Democrático de Direito” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)



Continua o ministro Fachin em seu voto:

De todo modo, no mérito, tampouco compreendo haver violação à legalidade e à separação dos Poderes quando a Justiça do Trabalho, sobretudo seu Tribunal de cúpula, interpretando a base legal infraconstitucional existente, fórmula entendimento, especialmente à luz da CLT, adotando interpretação possível dentre mais de uma hipótese de compreensão sobre a matéria (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

Seguiram o entendimento vencido as ministras Carmen Lúcia, Rosa Weber e o ministro Ricardo Lewandowski.

Em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes alegou que o entendimento sumular do TST, em face dos parâmetros hermenêuticos extraídos da Constituição Federal – separação de poderes e sistema de freios e contrapesos –, não poderia a súmula criar “sanções jurídicas não previstas na legislação vigente, ante a impossibilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022, p. 08).

Prossegue afirmando que há uma “clara preocupação de contenção na prestação jurisdicional, resguardando a delicada estrutura política de intervenções desarrazoadas na típica função de outros agentes estatais” (2022, p. 08), e que em certa medida, não se pode conferir ao magistrado essa anômala função jurídica de criar normas jurídicas.

Sob o enfoque do princípio da legalidade, o ministro entendeu que há uma ausência de um “adequado patamar de juridicidade para assentar uma obrigação (entre as quais figura a sanção) evidencia uma situação violadora do princípio da reserva legal” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022, p. 10).

Elucidou (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022, p. 11) que o Supremo Tribunal Federal tem repellido, em argumentos próximos, atitudes corretivas que não “encontram guarida em normas construídas pelo Poder Legislativo, como na: a) impossibilidade de o STF tipificar delitos e cominar sanções de Direito Penal (ADO 26, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJe de 6/10/2020)”.



No que tange ao recurso da interpretação analógica (que permitiu a consolidação da súmula ora discutida), alegou o ministro relator que esta técnica integrativa pressupõe a existência de uma lacuna da própria Consolidação das Leis do Trabalho, que “assentou sanção cabível para infrações ao que fora determinado no seu Capítulo IV, dentro do qual se encontra a obrigação de pagar as férias com antecedência de dois dias” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022, p. 13).

Por fim, concluiu que, ainda que suplantados os empecilhos pertinentes à legalidade e ao emprego da analogia, mostra-se igualmente impraticável “transportar a cominação fixada em determinada hipótese de inadimplemento para uma situação distinta, ante a necessidade de conferir interpretação restritiva a normas sancionadoras” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022, p. 13).

Em resumo, os argumentos do ministro estão relacionados com dois grandes grupos: (i) de um lado a ideia de separação dos poderes, que está umbilicalmente ligada a ideia do princípio da legalidade, na medida em que estaria o TST “legislando” (ii) e de outro, o uso inapropriado do recurso da analogia.

Em seguida será apresentada uma análise sobre as distinções entre ativismo judicial e judicialização para ao fim, atingir os resultados esperados na presente pesquisa.

3 DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Embora o ministro, em nenhum momento tenha se referido ao termo “ativismo judicial”, em epítome, ao afirmar que o TST rompeu com a separação de poderes, acabou por declarar que houve ativismo. Porém, para pesquisar devidamente a questão, e avaliar se a interpretação realizada pelo TST, por meio da súmula 450, seria ou não um caso de ativismo ou de judicialização, é preciso compreender estes conceitos e distingui-los, sob pena de incompreensões.



Segundo Georges Abboud (2022, p. 99), o ativismo “na perspectiva estrutural da democracia, é um abalo a separação de poderes, que caracteriza uma indevida invasão do Judiciário em face do legislativo”.

Julio Grostein (2019, p. 49) em estudo comparativo entre o ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos, informa, por exemplo, que no debate americano a ideia de controle de constitucionalidade abarca a problemática do ativismo, onde alguns juristas americanos associam de forma direta a prática ativista com a ideia de controle de constitucionalidade.

No Brasil, a expressão não está ligada necessariamente a esta ideia, já que existe uma longa tradição de controle de constitucionalidade, inclusive devidamente positivado na Constituição Federal e em diversas leis. Ou seja, no Brasil o ativismo pode se manifestar por meio do controle de constitucionalidade, mas não há uma relação de causa e efeito entre ambos. Em verdade, havendo decisão judicial, é possível se ter a prática ativista.

Grostein (2019, p. 51) também demonstra que no Brasil há pouco rigor técnico na definição do que vem a ser ativismo judicial, porém é possível identificar três posturas dentro da doutrina nacional, sendo elas: (i) aberturas dos alcances “impostos ao Judiciário pelo próprio ordenamento jurídico, sobretudo quando a função jurisdicional ultrapassa suas balizas para invadir a função legislativa” (2019, p. 53), (ii) “julgamento com base em proposições valorativas ou ideológicas do julgador” (2019, p. 53) e (iii) “criação judicial do direito” (2019, 54). Cada uma destas definições guarda algumas peculiaridades a depender do país que serão analisadas e em certa medida podem ser reduzidas à “vontade do juiz”.

O vocábulo “ativismo judicial” é de origem norte americana, surgindo no ano de 1947, publicada na Revista Fortune, pelo historiador Arthur Schlesinger Jr, que denominou de ativista (judicial activists) os magistrados que no exercício na jurisdição, buscavam políticas de bem-estar (TASSINARI, p. 2013). Embora a expressão tenha surgido no vocabulário jurídico e político em 1947, não significa que a discussão em torno deste tema tenha se iniciado no século passado. A ideia de



controlar as leis por meio do Poder Judiciário, o que viria a ser chamado de “controle de constitucionalidade”, permeia o debate público americano há muitos anos.

O ativismo judicial é uma atitude dos juízes nos exercícios de suas funções. Embora a expressão assuma características diferentes a depender do país em que se analisa a questão, é plausível afirmar que o ativismo é o julgamento por convicções pessoais do julgador, sejam elas morais, políticas ou ideológicas (GROSTEIN, 2019).

Ativismo judicial, como o próprio nome indica, ocorre quando o magistrado, ultrapassa os limites semânticos, legislando no caso concreto, de acordo com suas convicções pessoais de justiça.

Conforme explica Furtado; Lima e Macei (2017):

Pretende-se asseverar nesta oportunidade não uma crítica ao magistrado em si, mas ao sistema atual que direta ou indiretamente modulou um novo poder de julgamento e, por conseguinte, demonstrar que a figura *a priori* consubstanciada a presidir/organizar/defender a justiça perdeu um tanto quanto sua “identidade”.

Por outro lado, a judicialização é um fenômeno com profundas raízes históricas, e os principais fatores históricos são: surgimento das Constituições dirigentes, o nascimento dos tribunais constitucionais, crise da democracia e o redimensionamento da questão do acesso à justiça.

Na política, de certo modo, observa-se a desídia na concretização destes direitos, e por conta do seu reconhecimento normativo, o Poder Judiciário foi sendo provocado para efetivar direitos fundamentais. Tais vieses acabam levando a excessiva judicialização, induzindo o polo de tensão para a jurisdição constitucional.

Pode-se afirmar que a judicialização é um fenômeno inevitável, não sendo um problema exclusivamente jurídico. As estratégias para o seu enfrentamento dependem da articulação institucional entre os poderes, ou seja, não depende exclusivamente da atuação dos juízes. A judicialização também é estudada no ramo da ciência política.



O termo “judicialização da política” foi desenvolvido C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, ocasião em que a terminologia “judicialization fo politics” foi utilizado para compreender a expansão do Poder Judiciário. Para Tate o processo de judicialização possuía alguns sentidos, mas o primeiro deles diz respeito:

[...] the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives [...] (TATE, 1995, p.28).²

O autor prossegue afirmando que são vários fatores que contribuem para a judicialização, e para fins de delimitação do objeto deste artigo e por estar ligado diretamente relacionado com a temática desenvolvida, destaca-se dois deles: democracia e a separação dos poderes.

É difícil que a judicialização se desenvolva em regimes autoritários, sendo o regime democrático uma condição de possibilidade para que ocorra tal fenômeno, embora esclare que “*the presence of democratic government thus appears to be a necessary, though certainly not a sufficient, condition for the judicialization of politics*”³.

Como consequência, para o autor, a judicialização só ocorre onde há separação de poderes, na medida em que o poder judiciário, possui a posição – e no caso Brasil, expressamente autorizada na Constituição Federal – de efetivar políticas públicas (TATE, 1995, p. 28).

Em síntese, o ativismo pode ser compreendido em duas dimensões: (i) decisória (micro), ocorrendo a cessação da legalidade por critérios metajurídicos, e (ii) macro ou estrutural, caracterização pela “juristrocacia ou da própria Supremacia Judicial” (ABBOUD, 2022, p. 75).

² “[...] políticas públicas que já haviam sido feitas (ou, acredita-se amplamente, deveriam ser feitas) por outras agências governamentais, especialmente legislativos e executivos” – Tradução nossa.

³ “[...] a presença de um governo democrático parece, assim, ser uma condição necessária, embora certamente não suficiente, para a judicialização da política” Tradução nossa.



Já a judicialização é “contingencial, e até necessária muitas vezes para realização de direitos fundamentais”, porém, sua “má absorção, no entanto, culmina em indesejado ativismo judicial” (ABBOUD, 2022, p. 49).

Para uma maior compreensão do caso em tela, faz-se necessário analisar os argumentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental 501.

4 ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme já elucidado, o ministro relator Alexandre de Moraes decidiu que o entendimento fixado na súmula 450 afrontaria a esfera de atribuição do legislador. Em síntese existiria, por parte do Tribunal Superior do Trabalho, ativismo judicial, na medida em que se ultrapassaram as balizas normativas fixadas pelo poder legislativo, aplicando um critério de justiça não prevista na norma.

Salienta-se que não há concordância com esta fundamentação, já que o Tribunal Superior do Trabalho realizou verdadeira *judicialização* de um direito fundamental. Analisa-se então se a Suprema Corte se equivocou em inúmeros aspectos, na qual, destaca-se dois deles, para os fins perseguidos neste trabalho.

4.1 DA SEPARAÇÃO DE PODERES, LEGALIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL ÀS FÉRIAS REMUNERADAS

De início, constata-se o uso do argumento da “separação de poderes” de forma retórica e hiperbólica, situação em que o ministro relator afirma em seu voto que “as práticas de “guerrilhas institucionais”, acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022, p. 07).



Ainda que se possa discordar da solução conferida pelo TST ao confeccionar a súmula 450, ela está dentro do alcance possível de interpretação. Utilizar o argumento da separação de poderes e por consequência o princípio da legalidade da forma como foi empregado, equivale em não reconhecer que há um aumento da dimensão hermenêutica do direito (STRECK, 2014, p. 272) na Constituição Federal de 1988, em especial sobre os direitos sociais.

Da mesma forma que não é permitido ao intérprete ultrapassar os limites semânticos da norma, construído por meio da linguagem pública do direito, também não é dado se apegar a exegetismos, incompatíveis com a proteção dos direitos trabalhistas.

A Súmula 450 do TST é proveniente do convertimento da OJ 386 da SBDI-1, onde se construiu a interpretação de que as férias deveriam ser compreendidas como *obrigação complexa*. O direito fundamental ao gozo das férias com *remuneração* e o pagamento do *terço salarial*, tem assento na Constituição da República (artigo 7º, XVII⁴), e desta forma devem ser interpretados.

Já no Preâmbulo Constitucional, malgrado a tese da não eficácia jurídica, deixa expresso que o Estado Democrático de Direito deve assegurar o exercício dos direitos sociais, na qual os direitos trabalhistas, estão interligados. No artigo 1º da Constituição Federal, além da dignidade humana ser um fundamento da República Federativa do Brasil, há previsão dos valores sociais do trabalho.

Cláudio Mascarenhas Brandão (2020, p. 296), explica que ao elencar os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República, a Constituição, embora tenha feito a opção pelo modelo capitalista, somente encontrará abrigo se for cumprida pelo que ela “possa conter de socialmente justo, sobretudo diante da inexorável correlação a ser feita com o art. 170, que enumera os princípios fundadores da ordem econômica, entre os quais se inclui, mais uma vez, a valorização do trabalho humano”.

⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.



Deste modo, o valor social do trabalho não é apenas um vetor filantrópico, mas uma ideia principiológica que exprime sua capacidade de transformação das relações trabalhistas, reafirmando a instrução para a “[...] inserção social e de afirmação do ser humano, condições imprescindíveis para que se possa atingir o ideal da dignidade humana” (BRANDÃO, 2020, p. 296).

Nesta linha de raciocínio, as férias não podem ser entendidas apenas como descanso, mas também como o retorno financeiro que possibilite usufruir de alguma atividade de lazer, ou seja, as férias têm uma composição obrigacional múltipla, ou seja, obrigação de fazer do “empregador, ao determinar a data de férias do obreiro, dispensando-o dos demais compromissos contratuais; a obrigação empresarial de dar, através do pagamento antecipado do salário do período de férias” (DELGADO, 2019, p. 1161).

Extraíndo como premissa básica a construção das férias como obrigação complexa, a jurisprudência do TST, passou a interpretar que na circunstância fática do empregador não realizar o pagamento nos termos do artigo 145⁵ da CLT, ele deveria ser penalizado, nos mesmos termos da não fruição de férias de forma extra temporânea, conforme os artigos 134⁶ e 137⁷, ambos da CLT.

Conforme visto, este entendimento, uniu a sustentação das férias como obrigação (constitucionalmente) complexada, aliada à analogia, para aplicar pena de pagamento em dobro ao empregador. Esta interpretação conferida pelo TST, possui assento constitucional no direito fundamental das férias remuneradas e com o pagamento do terço salarial, extraíndo o vetor interpretativo dos valores sociais do trabalho como máxima expressa.

⁵ Art. 145. O pagamento da remuneração das férias e, se for o caso, o do abono referido no art. 143 serão efetuados até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977).

Parágrafo único. O empregado dará quitação do pagamento, com indicação do início e do termo das férias.

⁶ Art. 134. As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977).

⁷ Art. 137. Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.532, de 13.4.1997).



Não poderia o legislador deixar a situação posta sem a necessária proteção (já sedimentada constitucional), sob pena, de violar o princípio da igualdade. Desse modo, situações semelhantes (férias extemporâneas e pagamento da remuneração das férias em até dois dias), não podem ser versadas pelo legislador de forma distinta e isoladas, justamente em razão do direito fundamental ao gozo de férias anuais remuneradas.

Foi neste contexto, e levando em conta a dimensão hermenêutica dos direitos trabalhistas, que o ministro Edson Fachin (2022, p. 7), em seu voto divergente, assim se manifestou “a CLT prevê, de fato, preceitos primários em seções distintas: o arts. 134-138 referentes àquele e o arts. 142-145 referentes a estes, mas isso não afasta a *unidade constitucional do direito*”.

Em um dos julgados paradigmas da questão (TST-RR-996/2005-041-12-00.6, 1ª Turma) o ministro Vieira de Mello Filho, afirmou que na aplicação do princípio da legalidade, o intérprete deve se nortear a partir do que está exposto na Constituição Federal (artigo 7, inciso XVII), alcançando assim:

[...] o **princípio da legalidade substancial**. Portanto, a exegese que leva em consideração a superveniência da norma constitucional, instituidora da gratificação antecipada de 1/3 das férias, **interpretada conjuntamente com a norma da legislação ordinária que assegura a época própria do pagamento das férias, retira a possibilidade de se concluir pela caracterização de mera infração administrativa** (FILHO. TST-RR-996/2005-041-12-00.6, 1ª Turma, DJ de 24/11/2006) – Sem grifos no original.

Com efeito, entender que a súmula 450 é inconstitucional, equivale a interpretar a Constituição Federal com base na CLT, quando o correto, é o contrário. Dessa maneira, houve uma afronta à força normativa da Constituição, já que a “dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade” (HESSE, 1991, p. 27) sob pena de protrusão no sistema jurídico vigente.

Em outros termos, adveio a *baixa constitucionalidade*, entendida como a convivência:



[...] de há muito com normas inconstitucionais, sem que a jurisdição constitucional tenha sido acionada para a devida filtragem hermenêutico-constitucional. Mais do que isso, muitas vezes, a Constituição é interpretada de acordo com os Códigos ou de acordo com as súmulas. Essa “baixa constitucionalidade” tem sido fator preponderante para a inefetividade da Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A falta de uma pré-compreensão (Vorverständnis) – no sentido hermenêutico da palavra – acerca da revolução copernicana pela qual passou o constitucionalismo contemporâneo engendrou uma tradição inautêntica acerca do valor representado pela Constituição (STRECK, 2014, p. 85). Sem grifos no original

Ademais, conforme se observa, a súmula não tem caráter meramente sancionatório, como compreendeu o ministro relator do caso em tela. Logo, não cabe o argumento de que normas sancionatórias devem ser interpretadas de forma restritivas, pois a interpretação conferida pelo TST, possui caráter indenizatório.

Sendo assim, como decidiu o ministro Edson Fachin, a natureza “indenizatória permite que a jurisprudência quantifique o dano ao mesmo bem jurídico – direito a férias remuneradas – a partir do mesmo parâmetro legal. Trata-se, afinal, de função típica do judiciário” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

Neste interim, embora não tenha sido mencionado pelo ministro, a argumentação de que houve ofensa a separação de poderes, não coaduna com a ideia de inafastabilidade da jurisdição⁸, pois, ainda que a súmula não fosse confeccionada, o trabalhador poderia demandar na justiça trabalhista, em face do ilícito (material e/ou moral).

Em todo caso, oportuno mencionar, que o ministro relator sustenta que o Supremo Tribunal Federal tem repellido, em argumentos próximos, atitudes corretivas que não “encontram guarida em normas construídas pelo Poder Legislativo”, como por exemplo, a criação de tipos penais.

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;



Além de ser indevida essa comparação⁹, a ideia se contradiz a própria decisão mencionada pelo ministro na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, já que sob o argumento de “superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar” (MORAES. 2019, p. 12), criminalizou-se a prática de homofobia e da transfobia, com a aplicação da Lei do Racismo (7.716/1989).

Sem adentrar nas especificidades do julgado em questão, avulta-se, apenas para fomentar a contradição com os argumentos invocados (interpretação restritiva) na APDF n. 501, já que o ministro relator votou favoravelmente à interpretação de estender os efeitos penais da Lei do Racismo para casos de homofobia/transfobia.

De tudo exposto, nota-se que o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da súmula n. 450, na dimensão hermenêutica do Estado Democrático de Direito, (aliado ao conteúdo concretizador dos direitos sociais), interpretou a CLT na dimensão do direito fundamental as férias remuneradas. Readequou-se à CLT as balizadas constitucionais da legalidade, ou seja, “intervenções que impliquem uma alteração na situação da comunidade” (MORAIS; STRECK. 2003, p.92).

Nesse prisma, não ocorreu qualquer interferência indevida na atividade legislativa, visto que o órgão de cúpula do judiciário trabalhista, não agiu por impulsos voluntaristas ou solipsistas, mas alcançou interpretação conforme a Constituição, visto que “a proteção jurídica ao trabalho é considerada como direito fundamental social, de modo que a interpretação deve assegurar-lhe proteção eficiente” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

Em outras palavras, a súmula 450 não pode ser caracterizada como ativista, mas como um caso de judicialização, já que tornou efetivo – por meio do Poder Judiciário – o direito fundamental às férias remuneradas, devidamente reconhecido no âmbito do Poder Constituinte Originário.

⁹ A dogmática do Direito do Trabalho não se assemelha com a dogmática do Direito Penal.



4.2 DA CORRETA UTILIZAÇÃO DO RECURSO DA ANALOGIA

Segundo assinalado, a Suprema Corte entendeu que o TST aplicou o recurso da analogia indevidamente. Embora a questão da interpretação constitucional da CLT já afaste eventuais refutações sobre o uso da analogia¹⁰, entende-se que é importante pontuar a utilização deste recurso, também sobre o prisma da teoria do direito e da legislação infraconstitucional.

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), estabelece em seu artigo 4 que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

A analogia é entendida com técnica de interpretação na qual existe “caso não regulado, da mesma disciplina, de um caso regulado de maneira semelhante” (BOBBIO. 2010, p. 303). Partindo deste conceito, não prospera o raciocínio concluído pela Suprema Corte, ou seja, a lei foi omissa, autorizando assim, o uso da analogia.

Observa-se da leitura do artigo 145 da CLT, em comparação com o artigo 134, que as situações são análogas. Porém, na situação fática do artigo 145, não houve a fixação de sanção de caráter indenizatório, conforme está expresso no artigo 137, ou seja, houve uma omissão por parte do legislador. Neste sentido, o artigo 153 da CLT, aplica-se para os dois episódios: as férias extemporâneas e o não recebimento da remuneração.

Assim sendo, este dispositivo não pode ser utilizado como critério interpretativo para sustentar que não há omissão, pois sua normatividade regulamenta todos os casos. Não sem razão, topograficamente o artigo 153 está situado no capítulo “das penalidades”. De qualquer modo, as condutas ilícitas relacionadas ao capítulo “das férias”, deverão ser punidas com multas.

Nestes termos, a omissão em nada se relaciona com o artigo 153, mas com o caráter indenizatório, que possui regulamentação no caso do artigo 134, ocorrendo

¹⁰ A contenda principal não é sobre o uso (in)devido da analogia, mas como interpretar as regras da CLT com base no direito constitucional as férias remuneradas. A questão da analogia é secundária.



omissão na situação fática do artigo 145. Neste sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr pontua que:

O uso da analogia, no **direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes**. Segue daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, **supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças**. Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro (FERRAZ JR., 2007, p. 317). Sem grifos no original

Nos dizeres de Norberto Bobbio (2010, p. 305), os casos devem possuir uma semelhança relevante, ou seja, uma qualidade em comum a ambos. Na questão posta, verifica-se que os dois episódios envolvem as férias, havendo a necessidade de expandir o alcance normativo de uma situação (caráter indenizatório das férias extemporâneas) para outra hipótese de incidência relevantemente semelhante (férias sem remuneração), pois houve uma omissão.

Essas observações permitem avaliar, que mesmo em uma perspectiva da teoria do direito e das normas introdutórias ao direito brasileiro, o raciocínio aplicado pelo TST possuía respaldo jurídico. Ora, no próprio plano infraconstitucional, a questão seria facilmente resolvida, não encontrando qualquer fundamento a suposta ofensa a separação de poderes e/ou a legalidade.

Em verdade, é possível afirmar que o Tribunal Superior do Trabalho, conferiu a analogia de dimensão constitucional, já que não se pode pensar em férias trabalhistas sem a regular remuneração ao trabalhador, conforme preceitua o artigo 7, inciso XVII, da Constituição Federal.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática norteadora deste artigo, partindo da distinção entre ativismo e judicialização, foi responder se os argumentos levantados pelo Supremo Tribunal Federal, ao revogar a Súmula 450 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), foram constitucionalmente válidos.

Na primeira parte da pesquisa, além de apresentar os fatos que levaram a propositura da APDF, também foram elencados os principais argumentos do STF para revogar o texto sumular, sendo eles: lesão ao princípio de legalidade/separação de poderes, bem como, o uso indevido da analogia.

Apresentando argumentos a estes dois vetores argumentativos, o artigo procurou avaliar que a súmula do TST prestigiou o direito fundamental as férias remuneradas e o valor social do trabalho, ambos normatizados na Constituição Federal.

Em conclusão, a súmula não poderia ter sido superada, já que não se trata de uma postura ativista perante a legalidade trabalhista. Em outros termos, o TST praticou o fenômeno da judicialização de um direito fundamental.

A Constituição Federal de 1988, após inúmeras contendas políticas e incalculáveis disputas, positivou inúmeros direitos trabalhistas, representando um marco na questão laboral. Ao declarar a inconstitucionalidade do entendimento sumular, o Supremo Tribunal Federal, a partir de uma interpretação exegética da CLT, tornou enfraquecido o direito social fundamental às férias remuneradas, expressamente previsto na Constituição.

REFERÊNCIAS

ABBOUD. Georges. **Ativismo Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2022.

BOBBIO. Noberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2010.



BRANDÃO. Cláudio Mascarenhas. Art. 1º, IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. RJ, Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm . Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4º de maio de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. RJ, Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm . Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 501**. Voto do ministro Alexandre de Moraes. DJE nº 186, divulgado em 16/09/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5322450> . Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Supremo invalida súmula do TST que prevê pagamento em dobro por atraso na remuneração de férias**. Brasília, 12 de ago. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=492245&ori=1> . Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 501**: Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5322450> . Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 501**. Voto do ministro Edson Fachin. DJE nº 186, divulgado em 16/09/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5322450> . Acesso em: 02 out. 2022



BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 450**. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-450 . Acesso em: 02 out. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 996/2005-041-12- 00.6**, 1ª Turma, relator Vieira de Mello Filho. Disponível em: www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/1965606/inteiro-teor-10326506 . Acesso em: 02 out. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18ª ed. São Paulo: LTr. 2019.

FURTADO, Heloysa V.; LIMA, Prescipla L. S. de; MACEI, Demetrius N. Da compreensão do ativismo judiciário como um desafio do Constitucionalismo contemporâneo à luz do princípio da Tripartição dos poderes: experiência brasileira. **Revista Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 1, n. 20, 2017.

GROSTEIN. Julio. **Ativismo judicial**: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina. 2019.

HESSE. Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1991.

JR. Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito**. 5 ed. São Paulo: Altas. 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de. STRECK. Lenio Luiz. **Ciência Política e teoria geral do estado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

STRECK. Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

STRECK. Lenio Luiz. **A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis**. Revista Sequência, n. 69. 2014.

TASSINARI. Clarissa. **Judicialização e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

