

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

KELLY APARECIDA PARIZI

**ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO:
ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DO TEMA, CRÍTICA E LIMITES AO
PROTAGONISMO JUDICIAL TRABALHISTA.**

MARÍLIA

2017

KELLY APARECIDA PARIZI

**ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO:
ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DO TEMA, CRÍTICA E LIMITES AO
PROTAGONISMO JUDICIAL TRABALHISTA.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso

MARÍLIA
2017

KELLY APARCIDA PARIZI

**ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO:
ANÁLISE CONTEMPORÂNEA DO TEMA, CRÍTICA E LIMITES AO
PROTAGONISMO JUDICIAL TRABALHISTA.**

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM (Centro Universitário Eurípedes de Marília), para obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Marília, ____ de _____ de 2017.

A meus pais.

A meu pai Adelino Parizi (*in memoriam*), pelo exemplo deixado de caráter, honestidade e retidão.

A minha mãe Emilia Maria Gargantini Parizi, pelas lições de amor, fé, determinação e incentivo, que fizeram eu chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Muito eu tenho a agradecer.

A Deus, pois sem a possibilidade de minha existência nada teria sido possível em minha vida, inclusive a realização desse sonho.

De modo particular, ao meu orientador, Professor Doutor Ricardo Pinha Alonso, por ter aceito o desafio da orientação, pela paciência e atenção para a elaboração desta investigação.

À minha família.

Minha mãe, a quem eu já dediquei a minha pesquisa, porém agradeço neste momento, todo carinho, amor e por ter me encorajado nos momentos de desânimo e, aos meus irmãos Carlos, Sueli e Ricardo, cunhado (as) e sobrinhas, por terem compreendido as minhas ausências, dois quais foram necessárias para a dedicação desse trabalho.

Ao meu noivo, Eduardo, pela paciência, compreensão e por ter me incentivado a não desistir.

Também gostaria de agradecer aos meus amigos. Os que fiz no curso de Mestrado e aos que me acompanham antes dele, agradeço as palavras incentivo e de força e por terem me aguentado, especialmente, na fase de elaboração do trabalho.

Em especial as amigas, Carolina Fernandes Martins, que além de me encorajar a realizar este sonho, propiciou o acesso de muitas obras dos quais foram fundamentais para pesquisa e as amigas Thaís Dib Rodrigues e Laura Regina Salles Aranha, esta última além de amiga, minha cunhada, que me auxiliaram com tanta dedicação e carinho na fase de revisão.

E sobremaneira, sou muito grata ao escritório de advocacia Pinheiro e D'arce Pinheiro Advogados Associados, a quem eu agradeço na pessoa do Dr. Paulo Eduardo D'arce Pinheiro que me acolheu e desde o início não só possibilitou, mas contribuiu efetivamente para a esta conquista.

E, por fim, aos meus colegas de trabalho, em especial, a equipe da área trabalhista. Todos, cada qual a seu modo, contribuíram para a conclusão desse trabalho.

"Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou mesmo o senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seriam arbitrários, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor...". (Montesquieu, 2000, p. 168)

PARIZI, Kelly Aparecida. **O ativismo judicial na Justiça do trabalho**: análise contemporânea do tema, crítica e limites ao protagonismo judicial trabalhista. Trabalho de Curso. Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

RESUMO

O presente trabalho dedica-se à discussão sobre o ativismo judicial na Justiça do Trabalho e o problema gerado pela postura dos magistrados quando extrapolam seus limites institucionais. Para desenvolver esta investigação, sob o aspecto metodológico, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e *internet*, com apoio do método dedutivo, histórico e comparativo. Seguindo a linha de pesquisa referente à crítica aos fundamentos da dogmática jurídica foi abordado os argumentos contrários à postura proativa judiciária que são: a politização da justiça, a afronta ao princípio da separação dos poderes e a falta de capacidade institucional do Judiciário. Para tanto, abordou-se sobre o poder; realizou-se o estudo da separação dos poderes com viés nas teorias clássicas confrontando-o com a teoria contemporânea e a análise do neoconstitucionalismo e suas consequências. Em seguida estudou-se a posição do Poder Judiciário frente a essa nova perspectiva. Posteriormente, abordou-se o ativismo judicial com comparativo às experiências estrangeiras e as várias nuances de conceituação. Depois, adentrou-se à postura do Judiciário trabalhista a partir da análise de súmulas e decisões judiciais, com crítica à postura dos magistrados com interpretações expansionistas, muitas vezes contrárias a lei, que podem trazer riscos para a realidade democrática, apontando limites de atuação. Concluiu-se que é fundamental a discussão sobre o papel do Judiciário trabalhista e a função da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. De que forma deve ser uma decisão judicial e que a atividade de julgar deve se pautar com justiça, responsabilidade, prudência, para que a atuação jurisdicional não provoque efeitos nefastos e negativos de grande repercussão.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Poder Judiciário. Neoconstitucionalismo e suas consequências. Ativismo judicial. Crítica e limites ao protagonismo judicial trabalhista.

PARIZI, Kelly Aparecida. Judicial activism in Labor Court: contemporary analysis of the theme, criticism and limits to the labor judicial protagonism. Coursework. Master in Law – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília, 2017.

ABSTRACT

This study is devoted to the discussion of judicial activism in the Labor Court and the problem caused by the stance of the magistrates when they extrapolate their institutional limits. In order to develop this research, it was used the methodological method of bibliographical and internet research, with the support of the deductive, historical and comparative method. Following the line of research concerning to the criticism of the foundations of legal dogmas, it was developed the arguments against the judiciary proactive stance posture of the judiciary, which are: the politicization of Justice, the breach of the principle of separation of powers and the lack of institutional capacity of the Judiciary. For that, the power was approached; the separation of powers was object of study according to classical theories confronted to contemporary theory and it was analysed the neo-constitucionalism and its consequences. Next, it was studied the Judiciary's position on this new perspective. Subsequently, the judicial activism was approached in compare with foreign experiences and with the various nuances of conceptualization. Afterwards, the study pointed the position of Labor Court based on the analysis of precedents and judicial decisions, criticizing the position of the magistrates because of their expansionist interpretations, often contrary to the law, which can bring risks to the democratic reality of Brazil, and indicating limits of performance. The conclusion was that the discussion about the role of the Judiciary in Labor Court and the role of constitutional jurisdiction in the Democratic State of Law is fundamental. As well, how should be a judicial decision and that the judging activity should be conducted with justice, responsibility, and prudence, so the jurisdiction does not cause harmful and negative effects of great repercussion.

Keywords: Separation of powers. Judiciary. Neo-constitucionalism and its consequences. Judicial activism. Criticism and limits to the judicial protagonism in Labor Court.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANAMATRA- Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho

CF- Constituição Federal

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

CONFENEN - Confederação - Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino

CPC- Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

EMBRAER - Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A

ENAMAT - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado do Trabalho

HIV- Vírus da Imunodeficiência Humana

MS - Mandado de Segurança

OJ - Orientação Jurisprudencial

PLC - Projeto de Lei Complementar

TRE - Tribunal Regional Eleitoral

TRT- Tribunal Regional do Trabalho

TST - Tribunal Superior do Trabalho

STF- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	17
1.1 Origem e estruturação do Poder Estatal	17
1.2 Histórico e evolução da separação dos poderes	27
1.3 Breve evolução da separação dos poderes no Brasil	41
1.4 A ascensão do Poder Judiciário	49
CAPÍTULO 2 - O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS	52
2.1 Origem, nomenclatura, características e conceito	52
2.2 O Neoconstitucionalismo, as transformações no Direito Constitucional contemporâneo e seus excessos	64
2.3 A constitucionalização do direito	78
2.4 A constitucionalização do direito e o processo de concretização da Constituição.....	81
2.5 Dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico	85
2.6 Judicialização das relações sociais e políticas públicas.....	88
CAPÍTULO 3 - ATIVISMO JUDICIAL.....	94
3.1 A posição do Poder Judiciário no Brasil contemporâneo.....	94
3.2 Experiências estrangeiras de ativismo judicial.....	98
3.2.1 Estados Unidos	99
3.2.2 As experiências europeias: Espanha, Alemanha e Itália	107
3.2.3 África do Sul, Índia	110
3.2.4 As experiências da América Latina: Colômbia e Costa Rica.....	112
3.2.5. Canadá, Israel, Bélgica, Dinamarca e Holanda	113
3.2.6 Conclusão acerca das experiências estrangeiras.....	114
3.3 Conceito e panorama do ativismo judicial no Brasil.....	115
3.4 O ativismo judicial e suas repercussões em causas políticas, relacionadas aos direitos fundamentais, políticas públicas e omissões legislativas	124
3.4.1 Decisões em causas políticas.....	124

3.4.2 Decisões relacionadas aos direitos fundamentais e políticas públicas	130
3.4.3 Decisões relacionadas às omissões legislativas.....	139
3.5 Ativismo judicial nas decisões do STF	144
CAPÍTULO 4 - ATIVISMO JUDICIAL TRABALHISTA.....	153
4.1 Breve histórico da justiça do trabalho e do protagonismo judicial trabalhista.....	153
4.2 Poder normativo da Justiça do Trabalho	156
4.3 Ativismo judicial trabalhista.....	163
4.4 Ativismo judicial no direito sumular trabalhista	170
4.4 Ativismo judicial extraprocessual na magistratura trabalhista	183
4.5 O ativismo judicial nas decisões trabalhistas. Análise de casos e julgados e o caos da interpretação judicial	186
4.6 Críticas e limites à atuação do Poder Judiciário trabalhista: o impacto negativo do ativismo judicial	204
CONCLUSÃO.....	221
REFERÊNCIAS	228
ANEXOS	237

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de dissertação, intitulado **Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho: análise contemporânea do tema, crítica e limites ao protagonismo judicial trabalhista**, apresentado ao curso de pós-graduação em Direito do Univem - Centro Universitário Eurípides de Marília, responde a dois objetivos fundamentais.

O primeiro deles é de caráter formal, no sentido de atender aos requisitos curriculares para conclusão da pós-graduação *stricto sensu* – fase de mestrado -, submetendo-o à publicidade, ao debate e à crítica, essenciais para a verificação do seu mérito.

O segundo deles, de maior importância, com certeza, circunscreve-se à finalidade de contribuir para o debate nacional a respeito do ativismo judicial na Justiça do Trabalho. Como se encontra nos dias atuais a atuação dos magistrados frente as decisões de cunho trabalhista?

Para tanto, será necessária uma breve explanação sobre a Separação dos Poderes, a institucionalização dos poderes do Estado, em especial, a atuação do Poder Judiciário para, posteriormente, adentrar-se ao tema proposto para a discussão neste trabalho, que é o ativismo judicial.

Na maioria das culturas jurídicas e constituições modernas a teoria da separação dos poderes já se encontra enraizada. E isso não poderia ser diferente. Não se pode sustentar um Estado Democrático de Direito, sem que haja, efetivamente, o império da lei e a determinação de limites e atribuições de cada um dos poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Com o surgimento das Jurisdições Constitucionais, o foco de atenção no meio jurídico passa da preocupação com a constituição dos Estados de Direito para a manutenção e consolidação estrutural destes mesmos Estados, conciliando a ideia de ordem (limitação do poder) com o intenso dinamismo que acompanha a organização da sociedade na ânsia por promover e assegurar direitos e garantias fundamentais.

Neste ínterim, ao estudar a institucionalização do poder no Estado, pode-se ter como um dos escopos a busca pela harmonia almejada entre seus Órgãos constitutivos, regulando a forma como se dá a complexa e delicada relação entre os Poderes Executivo, Legislativo e

Judiciário, uma vez que é de grande importância a manutenção de uma democracia equilibrada.

Ocorre, no entanto, que, pela complexidade das relações sociais, a implementação dos direitos fundamentais, a ruptura de paradigmas jurídicos, em razão do acelerado crescimento de litígios, os Poderes Legislativo e Executivo têm grandes dificuldades de acompanhar toda essa evolução.

Por esta razão, a atuação proativa do Poder Judiciário ganhou espaço se tornando uma realidade inafastável da sociedade contemporânea, consolidando uma aceitação de um Judiciário que, muitas vezes, acaba por extrapolar a sua competência originária.

Nos últimos anos tem-se observado um grande debate entre os três Poderes, ante a postura proativa assumida pelo Poder Judiciário na resolução de conflitos judiciais e na busca de efetivação de direitos fundamentais a todo custo. Esta postura proativa de solucionar conflitos denominada de ativismo judicial e, muitas vezes, efetivar direitos e garantias têm, em muitas decisões, recebido críticas no sentido de extrapolar a sua competência típica e esbarrar na competência de outros Poderes.

Não são raras as acusações de falta de critério, de arbitrariedade, de invasão jurídica em decisões meramente políticas em razão deste protagonismo judicial. Não deseja com este trabalho de pesquisa criticar o protagonismo judicial propriamente dito, mas o estudo parte da preocupação com a atuação judicial realizada sem arbitrariedades, sem critérios, violando a separação dos Poderes, perda da hegemonia da lei e falta de segurança jurídica sobre as inúmeras formas de interpretação utilizando a hermenêutica como fundamento.

O Poder Judiciário justifica e fundamenta suas decisões nos abusos e omissões dos demais Poderes (Executivo e Legislativo) e também busca a chamada justiça social. Ocorre que, muitas vezes apoiado nas justificativas apontadas acima (omissões legislativas e justiça social), o magistrado no momento da emissão de uma decisão e, apoiado numa hermenêutica jurídica expansiva, exerce a sua função jurisdicional para além dos limites impostos pela lei, ferindo a separação dos Poderes.

Sob a justificativa de proteção ao trabalhador hipossuficiente e da defesa do crédito trabalhista de natureza alimentar, a Justiça trabalhista através da decisão de seus magistrados vem sendo conhecida, em muitas decisões, por suas práticas ativistas que, muitas vezes, beiram a ilegalidade.

Os magistrados trabalhistas tendem, por vezes deturpando a sua função de dizer o direito no caso concreto, a julgar com o completo afastamento da legalidade vigente e/ou decidir de acordo com as suas convicções pessoais, ou ainda, conforme seu senso particular de justiça. E isto acaba se tornando um problema, pois cada juiz tem o seu próprio senso de justiça.

Em muitas decisões espalhadas pelo País nos 24 TRTs, os magistrados trabalhistas sob o manto da manifestação ativista, agem de acordo com o chamado *results-oriented judging*, cuja expressão significa que o julgador decidiu o resultado da lide que melhor expressaria seu senso de justiça e suas preferências pessoais, buscando justificar e fundamentar a sua decisão, agindo desta forma de maneira totalmente discricionária e, por vezes, extrapolando o seu limite constitucional de atuação.

Mais ainda, em especial, o ativismo judicial na Justiça do Trabalho justifica sua atitude ativista na utilização de princípios para interpretação judicial, inclusive se sobrepondo a lei.

Esquecem os juízes trabalhistas do fato de que se vive no Brasil em um Estado Democrático de Direito, regido pelo império da lei, onde ninguém, nem mesmo um juiz, tem o direito de ignorar os textos legais, sequer pelo fundamento argumentativo utilizado de que estão interpretando princípios constitucionais na tentativa de efetivação de direitos. A maior prova deste esquecimento foi a criação da Instrução Normativa nº 39 de 2015, pela qual o Tribunal Superior do Trabalho simplesmente regulou quais normas do Novo Código de Processo Civil seriam aplicáveis, no todo ou em parte, ou inaplicáveis ao processo do trabalho. Pode simplesmente o Poder Judiciário, neste caso por meio do TST, delimitar o que deveria ou não ser aplicado na resolução de conflitos trabalhistas? Atuando desta forma, o judiciário trabalhista extrapola sua competência originária?

Desta forma, o que se pretende com este trabalho é trazer a discussão como tem sido a atuação do Poder Judiciário. Sua atuação proativa está, de alguma forma, comprometendo o princípio da separação dos poderes? Há exacerbação de poderes por parte do Judiciário?

Atuando na advocacia empresarial trabalhista não é raro se presenciar, em audiências e em decisões judiciais, os magistrados trabalhistas atuando como legislador positivo ou negativo, além dos limites impostos pela Constituição de 1988, invadindo esfera de competência do Legislativo. A atuação do Poder Judiciário Trabalhista será o foco desta

pesquisa por se considerar o Ativismo Judicial Trabalhista, da forma em que se encontra, sua faceta mais prejudicial.

Para melhor explicar sobre o tema proposto, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro, serão apresentadas as origens e a evolução histórica do Princípio da Separação de Poderes: a construção jurídico-filosófica que determinou a divisão de competências como base de um Estado Democrático de Direito, que buscou assegurar uma convivência pacífica e equilibrada entre os três poderes e funções do Estado.

Ainda, neste mesmo primeiro capítulo, com enfoque na experiência brasileira constitucional a partir de 1988, o texto narra a interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação dos outros dois Poderes, mas também a recíproca, de forma sucinta e superficial, na qual os Poderes Executivo e Legislativo acabam por sobrepor-se uns outros, condenando a estrutura estatal e denotando a hodierna instabilidade de instituições representativas brasileiras.

Após a delimitação teórica do modelo estrutural do Estado, com base na Separação de Poderes, e da definição de competência de cada um destes será apresentado, no segundo capítulo, o estudo do chamado neoconstitucionalismo, sua origem e consequências. A constitucionalização do Direito no Brasil e seus mecanismos de atuação prática e a judicialização das relações sociais.

O terceiro capítulo enfocará a tendência ativista praticada pelo Poder Judiciário e o conceito destes novos paradigmas de judicialização da política/politização da justiça. Considerando-se a divergência conceitual no que se refere às novas teorias sobre o Ativismo Judicial, será feita uma análise das mais diversas acepções relacionadas ao termo, tanto cunhado como um fenômeno benéfico de prestação jurisdicional efetiva à grande parte da população, quanto como uma faceta prejudicial no equilíbrio institucional, justificando-se neste trabalho científico a atuação de forma prejudicial dos magistrados a ponto de ferir o equilíbrio institucional.

Tendo em vista tal movimento ter origem e força motriz nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, existe, também, a preocupação com a atuação da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF), que entra neste Século XXI permeado de polêmicas sobre as recentes decisões de caráter político.

Por isso a importância do estudo do tema pela sua dimensão extrajurídica e sua interferência direta na atuação dos três Poderes do Estado, servindo de parâmetro no desenvolvimento de uma separação de Poderes equilibrada (não necessariamente, harmônica) e um Judiciário eficaz. Ainda sobre a repercussão do tema na doutrina, nota-se que vários estudiosos, não somente brasileiros, que serão mencionados neste trabalho procuram alertar a comunidade jurídica ao questionar veementemente a atuação do Judiciário no mundo, e especificamente de Corte Constitucional nacional.

Não obstante, tal relevância acadêmica do estudo, mas quanto a sua importância social, afigura-se que o Poder Judiciário deve estar apto a prestar uma tutela jurisdicional legítima e digna a todos os cidadãos, e, assim, constituir finalidade precípua de contribuição científica no aprimoramento deste importante dever-função no Estado de Direito brasileiro.

No quarto e último capítulo, será apresentado um breve histórico da Justiça do Trabalho e do protagonismo judicial trabalhista. Abordará, também, o Poder Normativo da Justiça do Trabalho e seus limites de atuação, o ativismo judicial no direito sumular trabalhista e extraprocessual na magistratura trabalhista, juntamente com a análise de casos e julgados de ativismo judicial. Por fim, será avaliada a atuação do Poder Judiciário Trabalhista e os limites de sua atuação, propondo limites a tais manifestações, com base na teoria apresentada para a diferenciação entre Direito e Política.

O material utilizado no presente trabalho foi bibliográfico e proveniente da *internet*. Os métodos utilizados foram o dedutivo; o histórico, quando analisada a evolução da separação dos poderes, ascensão institucional do Poder Judiciário e evolução do direito do trabalho; o comparativo, quando visto o tema em outros ordenamentos jurídicos; e o axiológico, quando a conclusão foi formada acerca da limitação da atuação judicial ativista trabalhista.

Urge mostrar que entre os ápices de razão/objetividade e subjetividade/arbitrariedade há um espaço de atuação nos limites saudáveis de interferência entre os Poderes do Estado que devem ser respeitados.

CAPÍTULO 1 - SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para iniciar o estudo do trabalho que está sendo proposto "Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho: análise contemporânea do tema, crítica e limites ao protagonismo judicial trabalhista", será necessário analisar a divisão de poderes do Estado, com um estudo acerca da evolução histórica. Esta abordagem permitirá a compreensão do objeto da pesquisa.

Antes, porém, para consolidar o entendimento dos argumentos que serão expostos para abordar o tema deve-se ater à origem e estruturação do poder estatal com análise da separação dos poderes e a distribuição do Poder Estatal ocorrida no Brasil.

Após a análise da separação dos poderes será abordada a ascensão do Poder Judiciário em razão do surgimento de um novo pensamento constitucional que será estudado no próximo capítulo e, posteriormente o objeto central da pesquisa, que é o ativismo judicial trabalhista numa abordagem crítica, apontando limites necessários ao protagonismo judicial em defesa do equilíbrio de competências dos poderes estabelecidos no Estado Democrático de Direito.

1.1 Origem e estruturação do Poder Estatal

O Estado é constituído por três elementos: povo, território e poder. A falta de qualquer desses elementos descaracteriza o Estado perfeito: é a conjugação deles que torna o Estado dotado de uma força superior que chamada de soberania.

O primeiro elemento que constitui o Estado é o povo. Povo é um conjunto de pessoas que viabiliza a formação do Estado. Não há que se falar em Estado sem população, a sua substância principal. O que determina se alguém faz parte ou não de um Estado é o direito, pois ele dirá a unidade étnica daquele povo, sua nacionalidade.

Outro elemento do Estado é o território, a base física, geográfica do Estado. Base esta determinada no globo terrestre e que está sob sua jurisdição. Em cada Estado vige tão somente sua ordem jurídica, como prevê o princípio da territorialidade, sendo motivo de guerra outro Estado praticar atos coativos dentro do território nacional, ficando evidente assim, a sua importância na Constituição do Estado.

O terceiro elemento de composição do Estado é o poder. Para se falar em origem do Poder Estatal, deve-se ater no que significa a palavra **poder**. Sabe-se que desde o surgimento dos relacionamentos humanos existe a relação de poder. A partir do momento em que o homem começou a viver em comunidade iniciou uma necessidade de se estabelecer normas e regras para serem respeitadas e para tornar possível uma convivência social.

Verifica-se na história dos agrupamentos humanos a existência de pessoas que se destacavam. Esses "líderes" determinavam alguns costumes e regras a serem seguidas e agiam com violência para impor as suas determinações e, por esta razão, a origem do poder manifesta-se sob violência dos mais fortes sobre os mais fracos.

Sobre o poder aborda Francisco Sá Filho (1959, pp. 49-50), que "[...] a origem do poder é um dos mistérios da história" e que a "[...] história é uma luta de poderes".

Miguel Reale (2005, p. 10) aponta em um de seus textos que tanto o poder quanto o direito têm origem no início da vida em conjunto dos seres humanos e que não há como conceituar o poder por que ele resulta da convivência social e por ele se pressupõe à qualquer início de modalidade de vida em comunidade.

Se não se sabe ao certo qual a origem do poder, tarefa mais árdua e difícil será conceituá-lo. Michel Foucault (1989, p. X) em sua obra denominada de "Microfísica do Poder", cuja tradução foi efetuada por Roberto Machado observa que “[...] não existe algo unitário e global chamado poder, mas unicamente formas díspares, heterogêneas em constante transformação”.

Por esta constatação percebe-se a dificuldade de se chegar a uma conceituação do que vem a ser o poder.

Sob o mesmo aspecto Tércio Sampaio Ferraz Júnior menciona a dificuldade de se entender isoladamente o que vem a ser o poder e assevera que:

É impossível adotar o que há de mais central – e oculto – *em seu processo*. Mas dizer-lhe o núcleo essencial é tarefa que esbarra numa sensação de multiplicidade, individual e socialmente dispersa, que nos assalta a cada passo com uma descoberta adolescente. Por isso, o poder se diz na política, na economia, no direito, na cultura, no amor, na ciência, e se vê na força, na violência, na persuasão, no convencimento, na vitória, na resistência, e até na fraqueza e no despreparo. (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 02)

O filósofo Michel Foucault em sua investigação sobre o que vem a ser o poder destacou em seus estudos que o indivíduo é o primeiro efeito do poder e não o poder é o primeiro efeito do indivíduo.

Nesse entendimento, destacou que "O indivíduo é o efeito do poder e, simultaneamente, ou pelo próprio fato de ser um efeito, é seu centro de transmissão. O poder passa através do indivíduo que ele constituiu. (FOUCAULT, 1989, pp. 183-184).

Por esta razão segundo Foucault, é fundamental:

[...] não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras, mas ter bem presente que o poder – desde que não seja considerado de muito longe – não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e lhe são submetidos. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui e ali, nunca está em mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas, os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder, e de sofrer sua ação; nunca são alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles (FOUCAULT, 1989, p. 183).

E a despeito desta linha de raciocínio assevera em outra obra que:

[...] o poder não é algo que se adquire, arrebate ou compartilhe, algo que se guarde ou deixe escapar; o poder se exerce a partir de inúmeros pontos e em meio a relações desiguais e móveis; que as relações de poder não se encontram em posição de exterioridade com respeito a outros tipos de relações [...] mas lhe são imanentes [...]; que o poder vem de baixo; isto é, não há, no princípio das relações de poder, e como matriz geral, uma oposição binária e global entre os dominadores e os dominados, dualidade que repercute de alto a baixo e sobre grupos cada vez mais restritos até as profundezas do corpo social [...]; que as relações de poder são, ao mesmo tempo, intencionais e não subjetivas. Se, de fato, são intelegíveis, não é porque sejam efeito, em termos de causalidade, mas porque atravessadas de fora a fora por um cálculo: não há poder que se exerça sem uma série de miras e objetivos. Mas isso não quer dizer que resulte da escolha ou da decisão de um sujeito, individualmente [...]; que lá onde há poder há resistência e, no entanto (ou melhor, por isso mesmo) esta nunca se encontra em posição de exterioridade em relação ao poder. (FOUCAULT, 1988, p. 104-105).

Foucault ainda argumenta que:

[...] para compreender o que são relações de poder talvez devêssemos investigar as formas de resistência e as tentativas de dissociar essas relações. Ou seja, o poder é uma relação de forças que se encontra presente, e em constante movimento, em todos os espaços sociais, sejam eles públicos ou privados, gerando tensões que se expressam em toda relação. A resistência comparece, então, como parte constitutiva dessa relação, pois ela está sempre presente, e se configura como o grito do descontentamento anunciando o exercício da liberdade. (FOUCAULT, 1989, p. 234)

Como visto, segundo Foucault são essas correlações de força e de desigualdade que induzem a manifestação do poder. Toda relação e em todos os espaços sociais haverá a manifestação da onipotência do poder. Isto significa que o poder não é uma estrutura nem uma instituição e também não pode ser considerado como dom de que alguns sejam dotados, mas “[...] o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada” (FOUCAULT, 1988, p. 103).

Muitos autores buscam traduzir a essência do que vem a ser poder e outros destacam a questão a potencialidade existente dentro do poder. Neste sentido, destaca Hanna Arendt:

O poder é sempre, como diríamos hoje, um potencial de poder, não uma entidade imutável, mensurável e confiável como a força. Enquanto a força é a quantidade natural de um indivíduo isolado, o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no instante em que eles se dispersam. (ARENTH, 1981, p. 212)

Pode-se, então, entender que o poder se apresenta na potência da manifestação de alguém fazer valer a sua própria vontade, com ou sem violência. É a imposição de uma determinada conduta a alguém com intuito de conseguir algum interesse ou vantagem. Há, porém, nesta atitude de imposição de determinada conduta a outrem a atitude do receptor da imposição de evitar que ela se efetive. Neste prisma destaca Norberto Bobbio (2004, p. 38) que o poder é o “[...] modo de controle que determina o comportamento do outro pondo-o na impossibilidade de agir diretamente”.

Em razão desta tentativa de imposição de regras os indivíduos passaram a se organizar para lutar contra essa força impositiva e foi, neste momento, que surgiram as

primeiras organizações sociais, pois juntos poderiam se contrapor à tirania dos que detinham o poder.

Os homens passaram a ver a necessidade de estabelecer um certo domínio - manifestação de poder - para defender sua família, seus bens, seus direitos. Em contrapartida, os receptores de tais imposições passaram a resistir a esta força e também a querer impor a sua própria vontade por meio da resistência.

Neste conflito de forças surgiu a manifestação de outro poder, o poder político. O Estado passou a interferir na vida das pessoas promovendo os direitos dos homens e protegendo-os das imposições particulares na tentativa de se estabelecer um convívio social harmônico. Com isto, o Estado passou a desenvolver seu poder político e a obter o domínio deste poder.

Sobre o poder político assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 40) é uma "[...] energia que flui da sociedade e a direciona". Não se trata, porém, de um fenômeno estritamente público, mas pertence ao Estado e a diversos ramos da sociedade organizada.

O poder político está relacionado tanto ao desenvolvimento de imposições que envolvem as relações humanas quanto à função de mediação de conflitos da política. O monopólio de uso da força pelo Estado e por manifestação de imposições de instituições sociais organizadas.

Pode-se dizer, também, que o poder político configura-se pela exclusividade do uso da força em relação a um conjunto ou grupos que formam um mesmo contexto social. Essa exclusividade foi resultado de um processo ocorrido na sociedade em que toda a manifestação de poder individual deve ser controlada pelo Estado para a satisfação de interesses coletivos e não, apenas, de um ou outro indivíduo.

Importante destacar que há quem considere inserida na noção de poder político a busca do bem comum, mas esclarece-se que o poder político pode buscar o interesse próprio de seus detentores e não só os da coletividade.

Ocorre dentro do próprio Estado através de várias frentes partidárias uma disputa de controle sobre o poder, do qual cada grupo escolhido pelo povo quer determinar suas próprias regras e normas de convivência e lutam para fazer valer suas vontades, suas imposições e determinações de convivência. O poder político é uma força legítima de manifestação de poder, uma vez que legitimados pela população.

Assim, verifica-se que o Estado é a única entidade, que exercendo o poder político, possui o poder genuíno de lançar mão do uso da força como forma de intervenção, caso se verifique a necessidade, nas ações dos sujeitos que estão submetidos à sua jurisdição.

Norberto Bobbio (2004, p. 38) observa que a política distingue duas formas de controle social, a influência e o poder; a primeira seria “[...] o modo de controle que determina a ação do outro incidindo sobre sua escolha”, enquanto o poder, “[...] o modo de controle que determina o comportamento do outro pondo-o na impossibilidade de agir diretamente”.

Avançando no objeto desta pesquisa deve-se ater na investigação de como o poder político se transformou em poder estatal. Para tanto, a leitura de Miguel Reale (2003, p. 84), que entende que o poder político uma vez criado pelo Estado passa a ser limitado por sua própria criatura que é o direito.

O direito passa a ser o limitador do exercício do poder político na medida em que o Estado é constituído. Com isso, nota-se que o poder político é anterior ao próprio direito, sendo este a mola propulsora para a criação do ordenamento jurídico.

Como visto, será necessário, portanto, analisar a forma de constituição estatal, sendo a criação da Constituição o primeiro passo para criação do Estado. O chamado poder constituinte é a manifestação do poder político a partir do qual o Estado rege a comunidade. O poder constituinte é espécie do gênero poder político.

A Constituição, sendo originária do poder constituinte, cria e organiza os poderes do Estado, estabelecendo normas e regras de convívio para toda uma sociedade. Viabiliza quais os projetos devem ser desenvolvidos pelo Estado para proporcionar aos indivíduos o exercício de seus direitos, mas também traz em seu conteúdo os deveres dos quais permitirá uma vida em comum.

Há de se observar que nem sempre os projetos desenvolvidos pelos detentores do poder público serão compatíveis com os anseios da população, mas isso não quer dizer que não exista uma norma (Constituição), somente que ela não se amolda aos interesses sociais e isso é uma questão de legitimidade. Quanto mais os projetos políticos se aproximem dos anseios e desejos da coletividade, mais legítima será a atuação do poder constituinte.

Percebe-se que pode existir o exercício do poder político fundante no poder constituinte sem legitimidade, na medida em que os projetos desenvolvidos se afastam dos

objetivos esperados pela população. Poderá se manifestar com o uso da força, sem qualquer legitimidade ou legitimamente com o clamor social. Assim, o Poder Constituinte Originário pode ser legítimo ou não, porém sempre será a expressão do poder político.

A Constituição, em sua essência, procura ser compatível com os anseios sociais. Para que essa pretensão de eficácia se concretize deverá haver uma conjunção de projetos que é a expressão dos programas políticos dos detentores do poder constituinte com as propostas dos detentores teóricos do poder que é o povo.

Neste contexto, percebe-se que as relações de poder são muito mais complexas do que a simples dicção "todo o poder emana do povo" (art. 1^a, parágrafo único, da Constituição Federal). Já visto a criação do Estado será possível avançar na pesquisa e abordar a definição do poder após a constituição com sistema jurídico.

Conceitua-se, então, o que vem a ser o poder público.

A ideia de poder público engloba todos os poderes que são inerentes ao Estado. Por meio das suas instituições criadas pela carta constitucional, o Estado exerce o poder de criar normas (Poder Legislativo), aplicar as normas (Poder Judiciário) e executar as políticas de governo de acordo com os anseios da população (Poder Executivo), o que permitirá a eficácia da Constituição.

Segundo Benedictus de Spinoza o poder público é:

[...] direito que define o poder do número, e possui absolutamente este poder que, pela vontade geral, cuida de coisa pública, isto é, em a tarefa de estabelecer, interpretar e revogar leis, defender cidades, decidir da guerra e da paz etc. (SPINOZA, 1994, p. 36)

O poder público é intrínseco ao Estado, estando contido nele, no entanto, não devem ser confundidos. Poder público e Estado são coisas distintas, sendo que o poder público é fenômeno do poder instituído na pessoa jurídica de direito público, enquanto o Estado é a própria pessoa que dirige o poder instituído.

O cerne do poder público é a sua institucionalização pelo Estado por meio da imposição de sua vontade à comunidade que estará sendo dirigida, sendo que o exercício do poder instituído ao ente público deverá ser realizado pelos governantes.

No plano da legitimidade do poder, verifica-se que ela (legitimidade) não é intrínseca ao poder, ou seja, não está inserida no poder. Tanto que existem as ditaduras como

exemplos de utilização do poder estatal com o uso da força e as democracias se estabelecem pela legitimação, sendo que o Estado encontra na legitimação a autoridade moral para fazer valer a sua vontade.

O poder político - governantes - não se confunde com o poder público, pois são conceitos distintos. O próprio poder público estabelece regras delimitadas pelo próprio sistema político que instituiu o Estado. Assim, o poder político exercido pelos governantes se submete às regras determinadas quando da manifestação do poder constituinte na promulgação da Constituição. Na visão de Foucault "[...] as regras de direito delimitam formalmente o poder" (1989, p. 182).

Assim, verifica-se que há manifestação de poder estatal e extraestatal, pois o poder político pode se manifestar fora de uma relação estatal ou dentro dela.

Nesse sentido Foucault trabalha com a aceitação da chamada rede de poderes dos quais há manifestação de poder que não seja o poder Estatal. Referidos poderes - estatal e extraestatal se entrelaçam, se complementam e determinam o direcionamento do Estado.

É necessária a compressão do conceito de soberania para o entendimento do fenômeno estatal, mesmo porque a soberania se mostra como uma das formas de expressão do poder político.

A soberania é uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder, pois é una, integral e universal. Todos os poderes designados ao Estado se unificam e transformam-se em um único poder, um poder originário soberano que está sobre todos os demais poderes, não os excluindo, apenas os limitando, ou seja, ninguém mais a partir de então poderia invocar força física para valer-se de seus direitos, mas buscar ajuda ao Estado para que os defenda.

Entende-se por Poder Soberano o poder unificado, legitimado que o Estado detém e que as leis contornam. Poder de se fazer prevalecer para outros sub-poderes, pois a criação do Estado não os elimina, eles continuam a existir dentro da organização estatal, e até mesmo obter o reconhecimento de outros Estados, sua soberania, seu território, criar suas próprias leis, se auto organizar e não tendo o dever de se submeter a nenhuma exigência de outros Estados.

Entende Tércio Ferraz Júnior (2009, p. 15) que "[...] poder soberano é o poder acima do qual não existe, em determinado grupo social, nenhum poder superior que, como tal, detém o monopólio da força".

Com uma visão mais inovadora do que vem a ser soberania Gustavo Zagrebelsky (2007, pp. 10-14) propõe uma nova forma de observá-la. Traz como conceito dessa nova visão do que vem a ser soberania como "[...] entendida originariamente como situação eficiente de uma força material empenhada em construir e garantir sua supremacia e unicidade na esfera pública" e menciona em sua obra algumas noções que permitiram a mudança de definição conceitual do termo:

El Estado soberano no podía admitir competidores. Si se hubiese permitido una concurrencia, el Estado habría dejado de ser políticamente el 'todo' para pasar a ser simplemente una 'parte' de sistemas políticos más comprensivos, con lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión la soberanía y, con ello, la esencia misma de la estatalidad. [...] Frente al Estado soberano no podían existir más que relaciones de sujeción. [...] La ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites, las clases políticas o sociales, etc., de las que la 'persona' estatal no era más que una representación, una pantalla o una máscara¹. (ZAGREBELSKY, 2007, pp. 10-11).

Sobre esta nova noção do que vem a ser soberania, a noção anterior deixa de ser reconhecida, uma vez que a ocorrência de alguns fenômenos tais como o pluralismo político, a institucionalização do poder, a atribuição de direitos aos indivíduos que passam a valer de uma jurisdição internacional que atua a frente ao próprio Estado, atuaram como força para a criação de uma nova soberania: a soberania da Constituição.

Com o passar do tempo o conceito de soberania foi se modificando e se adaptando a nova realidade frente às interferências de várias forças e hoje o significado de soberania deve ser construído. A Constituição não se propõe a estabelecer, segundo Zagrebelsky, "[...] um

¹ Tradução livre: "O Estado soberano não poderia admitir competidores. Se permitisse uma concorrência, o Estado deixaria de ser politicamente o "todo" para se tornar simplesmente uma "parte" de sistemas políticos mais abrangentes, que inevitavelmente teria posto em questão a soberania e, com ela a essência do estadismo. [...] Diante do Estado soberano, não poderiam existir nada mais que relações de sujeição. A ciência política tem desmascarado muitas vezes esta ficção e mostrado as reais forças, os grupos de poder, as elites, as classes políticas ou sociais, etc., dos quais a "pessoa" estatal não era mais que uma representação, uma tela ou uma máscara."

projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de sua própria possibilidade" (ZAGREBELSKY, 2007, p. 13).

Assim, a soberania da Constituição possibilitará um novo centro de emanção de força concreta que assegure a unidade estatal. Nesse sentido ainda o referido autor aborda que:

[...] ya no puede pensarse em la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado em que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La ‘política constitucional’ mediante la cual se persigue esse centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva². (ZAGREBELSKY, 2007, p. 14)

Por outro viés, soberania é também um poder constituído pelo poder político, porém um poder fundante do próprio Estado. Um poder anterior ao poder estatal, mas que busca suas raízes no poder político, cujo conceito é muito mais amplo até mesmo que o de soberania. Assim, admite-se que a soberania passa a ter ares pluralistas, com a participação de diversos atores sociais imbricados no sistema formal de poder soberano.

No entanto, esse poder soberano não pode exercer-se por si próprio, ele possui uma autonomia subjetiva, há de ter algo que o justifique ou o ampare. Para ampará-lo, tem-se, então, o poder jurídico. De fato, o Estado não pode somente usar de força bruta para conseguir seus objetivos, há de se ter algo formal para dar-lhe apoio, alicerce.

É através do poder jurídico que o Estado é legitimado com a criação de leis e normas, que por sua vez, conferem caráter regimental à sociedade, impondo obediência a certos comportamentos e formas de conduta.

Neste breve resumo sobre a origem e estruturação do poder estatal, sendo o poder um dos elementos de constituição do Estado, foi possível identificar que poder político é gênero, do qual são espécies o Poder Constituinte, o poder público ou estatal e, em certa

² Tradução livre: “Já não se pode pensar na Constituição como centro de onde tudo derivava por irradiação, através da soberania do Estado em que se apoiava, mas como um centro em torno do qual tudo deve convergir; ou seja, bem mais como um centro a se alcançar, do que como um centro de onde partir. A “política constitucional” através da qual se busca tal centro não é execução da Constituição, senão a realização da mesma em diferentes equilíbrios onde pode se fazer efetiva.”

medida, a soberania, visto que o primeiro é o poder latente que permeia toda a sociedade, sendo no aspecto público ou no âmbito privado.

Analisadas essas primeiras linhas será possível prosseguir no estudo abordando a divisão do poder dentro do Estado.

1.2 Histórico e evolução da separação dos poderes

Antes de se iniciar o presente capítulo, com o discorrer do histórico e da evolução para a ocorrência da separação dos poderes será preciso informar uma imprecisão técnica, qual seja: a locução separação de poderes.

Na realidade o poder estatal é indivisível, uno e, em sua execução o poder se exerce, não se detém, não se reparte. Por esta razão a expressão correta seria separação do poder do Estado e não de poderes. Apenas retrata uma separação intrínseca do poder estatal em três órgãos: Legislativo, Executivo e Judiciário e em face do uso de referida expressão separação de poderes será utilizada no decorrer desse trabalho, mas tendo a ciência de que, como visto, o poder é uno e indivisível.

A separação dos poderes representa um dos princípios constitucionais mais relevantes à manutenção do equilíbrio da estabilidade institucional do Estado Democrático de Direito.

Ter como base do tema proposto Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho: análise contemporânea do tema, crítica e limites ao protagonismo judicial trabalhista, a Teoria da Separação de Poderes se apresenta como um risco de ser levantada falaciosamente apenas como argumento de autoridade do Estado de Direito ou teoria impenetrável e indiscutível do modelo adotado pelo constituinte de 1988.

No entanto, a separação dos poderes, com toda a sua evolução histórica, deve ser vista e adotada como uma divisão funcional e equilibrada desta atividade tão complexa que é o governo dos povos.

Aristóteles foi o primeiro teórico a esboçar o princípio da Separação dos Poderes e afirmar que em todo governo existem três poderes essenciais dentre os quais o poder que delibera sobre os negócios do Estado; o poder que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado e o poder que abarca os cargos de jurisdição.

Já entendia referido filósofo que atribuir a um único indivíduo o exercício do poder era muito perigoso, pois se corria o risco de uma única pessoa não conseguir ser capaz de prever tudo aquilo que sequer a lei era capaz de prever.

No Século XIV, Maquiavel em sua obra "O príncipe", também contribuiu para a formação do ideal de separação dos poderes instituído na França: o legislativo; representado pelo parlamento, o Executivo; representado pela figura do Rei e o Judiciário como poder autônomo.

Nesse sentido são as palavras de Dalmo de Abreu Dallari:

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas. (DALLARI, 2012, p. 216)

Sob este prisma a separação dos poderes narrada por Maquiavel contribuiu para beneficiar o Rei, uma vez que, não tendo que decidir conflitos ou editar leis, o Rei era poupado de eventual deterioração à sua imagem.

Já no Século XVII, na Inglaterra, ocorreu entre os anos de 1688 e 1689, a chamada "Revolução Gloriosa", onde um golpe de estado articulado pelo Parlamento ocasionou a assinatura de uma declaração de direito que limitavam o poder real denominada de *Bill of Rights*.

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari:

Essa declaração inspirou a edição de declarações e leis semelhante nas colônias inglesas da América do Norte, tendo como resultado final aprovação de um conjunto de dez emendas que foram incorporadas à Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Tal providência atribuiu maior eficácia no tocante, às garantias de liberdade e, dos demais direitos fundamentais nos Estados Unidos. (DALLARI, 2012, p. 205-206).

Referido modelo inglês otimizou a forma na qual a administração do Estado era exercida e foi o sucesso deste modelo que influenciou diversos outros em outros países.

Em 1690, após ter retornado para a Inglaterra do exílio na Holanda, John Locke publicou sua obra "Segundo Tratado Sobre o Governo Civil", a qual aborda sobre a

existência de três poderes que deveriam exercer as funções do governo: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Federativo. Segundo ele ao Parlamento competia o poder legislativo se sobrepondo aos demais; ao Executivo caberia a aplicação das leis e ao Poder Federativo, atribuiu o cuidado das relações internacionais do governo.

Como se vê na tripartição de poderes vista sob a ótica de Locke não havia autonomia entre os poderes. Um poder tinha mais influência do que o outro, havendo submissão de um poder para com o outro. O Legislativo era supremo no governo, porém o Executivo também participava da criação de leis e ambos estavam limitados ao poder da “maioria”.

Diz Locke sobre o Poder legislativo:

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados. (LOCKE, 2003, p. 76)

Na visão de Locke para o bem da liberdade política os poderes Executivo e Legislativo precisavam estar em diferentes mãos, evitando-se assim que eles abusassem de suas funções originárias e cedessem aos caprichos do Poder Executivo, que era o Rei.

Quanto ao Poder Executivo e o Poder Federativo, Locke entendia que ambos eram exercidos pelo Rei, pois tanto um quanto outro exigem o controle sobre a força armada, contudo, são distintos entre si:

Estes dois poderes, executivo e federativo, embora sejam realmente distintos em si, o primeiro compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, e o segundo implicando na administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos, estão quase sempre unidos. (LOCKE, 2003, p.75).

Referido autor menciona ainda a existência de um poder que emanaria do povo caso o Poder Legislativo demonstrasse insuficiência de atuação.

Nesse sentido esclarece que: “Se o poder legislativo não respeitar os limites da duração ou se aqueles que o exercem perderem a autoridade pelas faltas que cometerem, o poder legislativo volta a reverter para o povo”. (LOCKE, 2003, p. 75).

Não podemos desprezar outras contribuições a respeito da teoria da separação dos poderes, tais como a de Thomas Hobbes, em 1651, com sua obra “Leviatã” (2006), que pregou pela existência do contrato social com a prerrogativa de proteger a vida e preservar os bens dos indivíduos e também Jean-Jacques Rousseau, em 1762, escreveu “O Contrato Social”, com viés contrário ao absolutismo reinante.

Em linhas gerais podemos verificar a passagem da soberania absolutista para a soberania popular demonstrando uma crescente busca pela limitação e atuação do poder do estado.

Esta limitação de poderes teve como seu mais famoso defensor Montesquieu (2000), que, em 1748, na obra “O Espírito das Leis”, trouxe novas concepções sobre a teoria da separação dos poderes, incluindo, em sua obra, questões sobre a limitação do poder estatal. Referida teoria foi desenvolvida e incorporada ao constitucionalismo por Montesquieu, redefinindo o poder do Estado de forma que este passasse a ser limitado.

Da mesma forma que a preocupação demonstrada por Locke, em sua obra Montesquieu chamou a atenção sobre a concentração de poder em um único órgão, apontando que seria muito perigoso deixar nas mãos de apenas um único órgão a ingerência e a aplicabilidade do poder.

Ressaltou o mesmo autor que os poderes deveriam ser divididos em funções distintas, atribuídas a órgãos estatais diversos, através da propositura de uma separação de funções equilibrada, destacando que Locke entendia que um poder deveria se sobrepor ao outro. Esta talvez tenha sido a contribuição mais significativa, trazida por Montesquieu ao constitucionalismo: a existência de divisão de poderes do Estado de forma equilibrada.

Montesquieu entendia que para afastar os governos tiranos e evitar a produção de leis e normas insolentes privilegiando somente os poderosos, seria essencial estabelecer a autonomia e os limites para cada um dos poderes, quais sejam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

É primordial que se esclareça que Montesquieu não preconizou uma separação absoluta entre os poderes.

Segundo ele, o Legislativo seria responsável por votar as leis propostas, fiscalizar o Executivo e ainda teria o poder de interferir na atuação do Judiciário quando se tratava de julgar os nobres na concessão de anistia e nos processos políticos que seriam apreciados pela alta cúpula do poder. O Executivo, que era ocupado pelo príncipe ou magistrado da paz e da guerra, tinha a prerrogativa de enviar e receber embaixadores, estabelecer a segurança e prevenir as invasões, reconhecendo que o Executivo tinha o direito de veto e, por fim o Judiciário, que dava ao príncipe ou ao magistrado a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil.

Com isso, verifica-se que Montesquieu reconhecia o balanceamento entre os poderes, sendo que a divisão de poderes antes de ser uma situação jurídica deveria ser vista como uma situação política.

Com esta tese Montesquieu asseverou que não seria viável deixar nas mesmas mãos o poder de legislar, administrar e julgar, pois, segundo ele, a experiência mostrava que todo homem que tem o poder era levado a abusar dele, indo até onde se poderia encontrar limites.

Segundo Ricardo Pinha Alonso duas são as linhas de pensamento da teoria de Montesquieu:

[...] a atribuição de funções próprias a órgãos distintos e a possibilidade de fiscalização recíproca. E, tanto uma quanto a outra estão inseridas na idéia central de limitação do poder, cuja tendência, no exercício pelo homem, é exacerbar-se. (ALONSO, 2012, pp. 73-74).

Também sobre a teoria de Montesquieu de acordo com o entendimento de Dalmo de Abreu Dallari:

O que se verifica é que em sua teoria existe a identificação de funções essencialmente diferentes, do poder público, sendo a função de julgar uma delas, mas também existe o cuidado de fixar limites para a magistratura, afim de que ela não seja poderosa. (DALLARI, 2007, p. 93)

Foi nesse momento que surgiu o sistema de freios e contrapesos, como decorrência da separação dos poderes e da independência das funções desenvolvidas no âmbito do Estado, onde cada poder com a parcela de poder a que lhe foi atribuída deveria limitar os demais poderes com a prerrogativa de equilibrar os poderes entre si.

Segundo Eduardo Cambi:

A tripartição do poder, pelo sistema conhecido como *checks and balances* (freios ou controles e contrapesos), visa evitar que os diferentes órgãos do Estado abusem das competências que lhe foram conferidas. Para tanto, é necessário que cada 'poder' seja separado e corresponda igualmente a outro capaz de condicioná-lo e freá-lo. O princípio da separação dos poderes está, pois, baseado na ideia simples de Montesquieu, segundo o qual somente o poder freia o poder. (CAMBI, 2009, p. 201.)

Leciona Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro:

É inegável a influência da teoria da separação dos poderes, tal como desenvolvida pelo Montesquieu, no modo de perceber o Poder Judiciário e as suas relações com outros Poderes, notadamente o Legislativo. E nessa visão é notório o limitado papel atribuído ao Poder Judiciário, o qual tinha sua atividade reduzida a uma tarefa de aplicação mecânica lógico-silogística do texto legal, cuja consciência deveria ser absoluta. O pronunciamento judicial representava mera reprodução fiel do decidido abstratamente pela lei. Conforme averbado em consagrada doutrina, por razões históricas e ideológicas, o Judiciário podia 'ver-se como autoridade', e não como um verdadeiro e próprio Poder. (PINHEIRO, 2011, pp. 38 a 40)

Nas palavras de Elival da Silva Ramos:

Portanto, o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins, o que, à evidência, está sujeito a toda sorte de condicionamentos históricos, não se podendo, por exemplo, impugnar a cientificidade do modelo concebido por Montesquieu, no século XVIII, tendo em vista a implantação de um Estado democrático-liberal, com os olhos voltados para o *welfare state* de nossos dias. (RAMOS, 2015, p. 115)

E conclui em outro ponto:

Em segundo lugar, propõe-se que essas funções sejam atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si, o que exige dotar-se cada uma delas de determinadas prerrogativas institucionais e os seus titulares de garantias funcionais, estando a eles vedada, por outro lado, a participação em funções estranhas ao aparato orgânico a que se vinculam. (RAMOS, 2015, p. 115)

Assim, através da contribuição de Montesquieu e de autores que o sucederam, foi que o pensamento original evoluiu para a separação de poderes do estado divididos em três órgãos distintos e harmônicos entre si: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Como se vê, a contribuição que Montesquieu deu à história sobre a separação de poderes foi imensa, pois foi através de suas diretrizes sobre a divisão dos poderes do Estado que se deu os contornos específicos a cada um deles lançando as bases daquilo que viria a ser um princípio constitucional da maior importância para as grandes democracias atuais.

Assim, deve ser apontado que a teoria da separação dos poderes desempenhou um papel essencial para o desenvolvimento do Estado no mundo ocidental, sendo elevado a princípio constitucional em diversos países espalhados pelo mundo.

Verificadas as primeiras linhas sobre a tripartição de poderes deve-se então seguir a evolução histórica da separação de poderes no Brasil até chegar nos dias atuais, sabendo-se que os primeiros marcos teóricos para o Constitucionalismo moderno já estavam demarcados.

Os governos absolutistas se expandiam pela Europa e estes regimes foram resultados de uma ideologia onde o poder se concentrava no Rei e na Igreja. A população em formação naquele Estado, onde predominava o Poder, quem era detentor de terras e acumulava riquezas com o comércio, mesmo assim não conseguiam se aproximar do poder e da nobreza que, com o tempo passou a ser sustentada pelo trabalho da burguesia.

Em contrapartida, a população apoiada na burguesia em ascensão promoveu a Revolução Francesa, cujo ideal libertário era superar o regime totalitário do absolutismo, tendo como bases ideias liberais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Desta forma, as Constituições modernas foram sendo enraizadas neste palco onde houve a tomada de poder pelo povo francês, surgindo a Constituição Francesa em 1791 e com ela a soberania da burguesia deu espaço a prevalência de vontade do povo.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, neste momento houve uma modificação do exercício da soberania e aponta que:

A soberania entra aí com aquela roupagem nova. Não como relação direta de poder entre o soberano e o súdito, ligada a um mecanismo de apossamento da terra (princípio da territorialidade), mas como relação mais abstrata, sobre o corpo e a atividade laboral do homem, uma força de poder

contínuo que exige delegação, organização e sistema, e se exerce sobre os cidadãos como todo compacto. (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 12)

Veja-se, no entanto, que a soberania da população ultrapassa todas as expectativas de superação do modelo absolutista anterior ganhando força filosófica, uma vez apoiada pelo Legislativo. O povo subjugado pelo poder Legislativo e apoiado pela burguesia ascendente quando toma o poder passa a ter comportamentos, muitas vezes, radicais sob o argumento de se estabelecer uma nova sociedade.

Neste cenário a Constituição de 1791, embora contivesse norma estabelecendo de que não haveria separação de poderes, na prática, com a interferência da soberania popular, construiu um sistema do qual prevalecia a vontade do Legislativo que se aliou a população. A lei a partir daí passou a se feita para expressar a vontade popular e sua supremacia foi desprestigiando a Constituição como norma soberana.

Foi em razão do enfraquecimento da Constituição frente ao Poder Legislativo que alguns teóricos passaram a discutir o tema, entre eles Kelsen, Schmitt e Lassale trazendo contribuições políticas, sociológicas, econômicas e jurídicas.

Nos Estados Unidos o movimento constitucional da época era a insatisfação com o Legislativo que ressaltava leis que tinham influência da insurgência dos colonos contra a força hostil do Parlamento. A Constituição do Estado da Virgínia em 1787 trouxe, no entanto, uma separação de poderes um pouco mais equilibrada do que a Francesa, embora tenha alguns reflexos de insatisfação do Legislativo, a Constituição em si tinha reconhecimento como norma jurídica máxima, ao contrário do que ocorreu com a França, na Europa.

Nos Estados Unidos, houve um acalorado debate entre os poderes constituídos a partir de um caso famoso, no final de 1803, denominado de caso *Marbury vs. Madison*: o Judiciário na figura do Presidente Thomas Jefferson recusou-se a efetivar *Marbury* no cargo de Juiz Federal, cuja nomeação havia ocorrido no último dia do governo anterior. Em razão desta interferência do Executivo no Judiciário a Suprema Corte passou a determinar a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de leis além de elevar a Constituição como superioridade máxima entre todos os poderes.

No caso acima narrado, foi nada menos do que uma disputa político partidária pelo poder sendo considerado o primeiro grande confronto entre os poderes instituídos.

O surgimento do Estado moderno foi concomitante ao surgimento das Constituições cujas cartas trouxeram a declaração de liberdades e direitos, ao mesmo tempo que fixaram os limites do poder político. E umas das características trazidas nas constituições dos Estados modernos foi a instituição da separação de poderes como princípio constitucional, bem como a busca entre o equilíbrio da atuação de cada poder, de modo que um não se sobrepusesse ao outro para que não houvesse abuso de poder.

Segundo Paulo Bonavides:

A teoria tripartida dos poderes, 'como princípio de organização do estado constitucional', é uma contribuição de Locke e Montesquieu. Este se apóia naquele e, equivocadamente, no que supõe ser a realidade constitucional inglesa: um Estado onde os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) estariam modelarmente separados e mutualmente contidos, de acordo com ideia de que o 'poder detém o poder' (*le pouvoir arrête le pouvoir*). (BONAVIDES, 2001, p. 45)

Viu-se, no entanto, que embora as Constituições tenham se pautado pela separação dos poderes e o equilíbrio entre suas forças não foi este o movimento que se estabeleceu tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, cada qual com suas nuances diferentes, como visto em parágrafos anteriores.

Com o passar do tempo a sociedade e o direito foram evoluindo com interferência de novos valores, princípios e é sob este novo aspecto que a separação dos poderes deve ser estudada:

Segundo Ricardo Pinha Alonso:

[...] tal modelo não resistiria ao surgimento do Estado social, com significativo aumento das funções estatais, à dinâmica social da sociedade de massa, com relações sociais multifacetárias que, se não impõe a inércia ao legislador, certamente provoca a demora na resposta legislativa. Essa mesma dinâmica das relações sociais provoca o envelhecimento precoce das leis produzidas, obrigando o legislador a utilizar conceitos elásticos, flexíveis ou principiológicos. Tudo a exigir novas formas exegéticas. (ALONSO, 2012, p.76)

É sob este novo enfoque que deve ser vista a separação dos poderes, como destaca Inocêncio Mártires Coelho:

[...] cumpre repensar a separação dos poderes sem perspectiva temporalmente adequada, porque sua sobrevivência, enquanto princípio, dependerá da sua adequação, enquanto prática, às exigências da *sociedade aberta* dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição (COELHO, 2002, p. 99).

Assim, no movimento constitucional a separação dos poderes sofreu a influência de muitos fatores durante dois séculos: mudanças socioculturais, políticas, econômicas, tecnológicas, religiosas, jurídicas, não havendo como pensar em separação de poderes levando em consideração apenas as doutrinas clássicas de dois séculos atrás.

Ao longo dos anos, também pode-se perceber a evolução do papel do Judiciário frente ao princípio da separação de poderes. Montesquieu, em sua teoria clássica de separação de poderes, entendia que “[...] os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor”. (MONTESQUIEU, 2000, p. 175).

No livro, “Lições Preliminares de Direito”, Miguel Reale destaca de forma contrária que a atuação do Judiciário na atualidade não se resume a transmitir o que está inserido na lei, destacando que:

O trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação a um texto, *representa um trabalho construtivo de natureza axiológica* [...]. Não pode absolutamente ser contestado o caráter *criador* da Hermenêutica Jurídica nesse árduo e paciente trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei, tanto mais que esse cotejo não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam. (REALE, 2006, p. 291)

O Poder Judiciário deixou de ser somente a "boca da lei" e passou a ser o intérprete da lei fornecendo a norma o seu real valor em concreto. Óbvio que o juiz, ao interpretar a lei, coloca na norma um pouco de si, de sua formação, de seus valores, de seu caráter, e também de sentimentos intrínsecos dos quais são inerentes a todos os seres humanos, inclusive os juízes, tais como: medo, amor, ódio, rancor, paixões e tantos outros sentimentos.

Não se busca neste momento do trabalho o aprofundamento da ascensão do poder Judiciário, mas tão somente a demonstração de que o juiz, ao interpretar a norma para a resolver o conflito no caso concreto, utiliza de seu poder criativo em relação ao texto da lei

posto e que esta atuação proativa se deu em razão da nova roupagem ao sistema constitucional.

No que se refere a separação de poderes na atualidade Dirley da Cunha Junior assevera que:

[...] não é coerente nem factível a manutenção de Poderes independentes e harmônicos dentro de uma estrutura rígida de funções. [...] A separação absoluta entre Poderes não é só impossível [...], mas também indesejada, de tal modo que longe de uma separação de Poderes, o que se tem, de veras, é uma verdadeira coordenação ou colaboração ou coparticipação entre os Poderes [...]. (CUNHA JUNIOR, 2008, pp. 338-339.)

Já Meirelles Teixeira leciona que a participação de um Poder na função típica de outro, de forma subsidiária, completa a noção de separação de poderes, “[...] de modo a coordenar o mecanismo do poder”. (1991, p. 582).

André Castro Carvalho também ousa discordar de que a separação dos poderes deve se pautar em atribuições institucionais. Assevera ele que, segundo Conti:

O sistema de freios e contrapesos (*cheks and balances*) e a adoção de funções atípicas pelos poderes não desnaturam a clássica ideia de repartição de poderes, visto que tal ideário não é absoluto, comportando de veras, uma separação de funções, cujas atividades devem ser harmônicas entre si. (CONTI *apud* CARVALHO, 2010, p. 35)

Já Elival da Silva Ramos estabelece que a distribuição de funções entre os três poderes deve ser realizada de forma a obter uma “relativa especialização funcional”; onde “cada aparato orgânico deve, predominantemente, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado” (RAMOS, 2015, pp. 115, 116)

Nota-se assim que a separação dos poderes na atualidade se mostra da seguinte forma: um entrelaçamento entre funções típicas e atípicas, de modo que haja coordenação, compartilhamento e cooperação entre os poderes de forma subsidiária de um poder com o outro nas suas funções específicas.

Para que um poder exerça integralmente a sua função típica, muitas vezes, é preciso que referido poder exerça, em caráter excepcional, a função típica de outro poder. Nesse

sentido, esclarece Dirley da Cunha Júnior (2008, pp. 338-339): “[...] valer-se, em caráter excepcional e provisório, da função típica de outro Poder. [...] Assim, de forma subsidiária, cada Poder pode exercer função que originariamente pertence aos demais”.

É exatamente desta forma que convivem harmoniosamente as funções típicas e atípicas dos poderes constituídos.

Nessa nova perspectiva de atuação verifica-se uma postura proativa do Judiciário ora agindo como legislador negativo, quando declara alguma norma incompatível com a Constituição, ora editando leis em razão das omissões legislativas para por fim a algum litígio.

Ainda neste tópico será abordado que o princípio da separação dos poderes deve ser analisado levando em consideração outros apontamentos, tais como os princípios constitucionais de modo que a Constituição se apresente como um todo unitário.

Neste novo ponto de vista, dentre os princípios está o da "máxima efetividade da Constituição" que, segundo Canotilho preconiza:

[...] a uma norma constitucional deve ser atribuída o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). (CANOTILHO, 1996, p. 227)

Outro apontamento que se deve levar em consideração é que o Poder Legislativo detém a prerrogativa de "escolher" com discricionariedade como e qual direito deverá ser constitucionalmente determinado e será no campo da omissão legislativa que haverá a criação do direito e a interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo.

É exatamente este o ponto central de debate do presente estudo, que será visto mais a fundo nos capítulos a seguir. Entre a liberdade de conformação do Legislativo e a omissão inconstitucional surge o Judiciário, com toda força e discricionariedade, para escolha de qual direito deve ou não ser efetivado e, sob o manto da necessidade de efetivação de direitos frente a omissão legislativa, fere o princípio da separação dos poderes.

No Brasil, o princípio da separação dos poderes é cláusula pétrea, conforme determina o § 4º do artigo 60, e sendo núcleo imutável da Constituição não se pode permitir a atuação arbitrária de sobreposição de um poder pelo outro.

Atualmente o que se pode visualizar na interpretação do princípio da separação dos poderes é a luta por poder entre os próprios poderes constituídos. De certo modo esta luta pelo poder dentro dos poderes pode ser considerada saudável, na medida em que se busque adaptar o direito aos anseios sociais a que cada poder representa.

Apesar de clássica a expressão "separação dos poderes" pode-se, já neste ponto do trabalho, identificar o princípio como a divisão harmônica do poder em órgãos distintos: Legislativo, Executivo e Judiciário cuja atividade típica é realizada internamente em cada poder e atividade atípica quando, de modo inovador, um poder enfrenta uma atividade de que seria tipicamente de outro.

Tarefa difícil é identificar qual seria o núcleo central de atuação de cada poder (função típica), pois é a Constituição quem determina quais as atividades atípicas que poderão ser realizadas. Não existe um núcleo pré-definido de funções atípicas, pois quem determinará esta atuação é a própria Constituição através do poder constituinte.

O que há, apenas, é um núcleo essencial do próprio princípio que determina a coordenação e divisão de poderes nos moldes que o poder constituinte entende adequados. Nesse sentido estabelece Canotilho:

[...] a sobreposição de linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale em ruptura de divisão de poderes. Estas rupturas ou desvios do princípio da divisão de poderes só são, porém, legítimos na medida em que não interfiram no núcleo essencial da ordenação *constitucional* de poderes. (CANOTILHO, 2003, p.252).

Seguindo o estudo do tema e de maneira contrária a este entendimento pode-se dizer que uma postura mais ativa ou passiva de um determinado poder, no que se refere as competências típicas de outro poder, afronta o que vem a ser definição e como essência da divisão de poderes.

Sob este aspecto há concordância com os apontamentos trazidos por Elival Ramos, que informa que o ativismo judicial seria uma “[...] ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento das principalmente da função legislativa, mas,

também da função administrativa e até mesmo, da função de governo”. (RAMOS, 2015, p. 119).

No entanto, entende-se que não são todas as atuações judiciais que se verificam a ultrapassagem do núcleo essencial da separação dos poderes.

O que se quer aqui, não é simplesmente criticar a atuação jurisdicional, mas encontrar parâmetros de atuação do ativismo judicial, a ponto de não extrapolar o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, a ponto de um poder exercer exaustivamente a função típica que pertença a outro poder, ocasionando a usurpação de poder.

É notório que há legitimidade dos poderes para que um exerça a função típica do outro, pois a própria Constituição determina que cada poder tem legitimidade para exercer funções típicas e atípicas. Sob este aspecto, o ativismo judicial seria exercido de forma legítima, pois atuaria em funções atípicas dentro do estabelecido pelo Poder Constituinte.

A crítica a ser levantada neste trabalho é que o Poder Judiciário não pode ser exercitado de forma ilimitada, com a justificativa de que sua atuação visa a concretização da Constituição. A preocupação é com o grau de legitimidade democrática do Judiciário, no que tange à concentração de competência decisória frente aos demais poderes para que este não seja denominado, como menciona Gabriel Dias Marques da Cruz: "o Judiciário como superego da Sociedade" ou "Juiz herói", ou ainda a expressão "Governo dos Juízes". (CRUZ, 2010, p. 107).

E conclui referido autor:

De fato, muito embora possa trazer benefícios concretos para a efetivação de alguns direitos constitucionais, o ativismo judicial é preocupante pelo fato de desequilibrar a construção da separação dos poderes, pondo em risco, justamente, o respeito ao princípio da legalidade, essência do Estado de Direito. (CRUZ, 2010, p. 108).

Segundo Andréa Elias da Costa:

O grande questionamento é saber até que ponto esta postura ativa do Judiciário pode ser considerada legítima, ou seja, qual o limite para a adoção de posturas criativas do Judiciário em um Estado dito 'Estado de Direito'. Não seria essa posição perigosa, colocando em risco as instituições e, por conseguinte, todo o sistema Constitucional? (COSTA, 2010, p. 48).

Nos capítulos seguintes serão abordados o ativismo judicial propriamente dito, bem como as críticas e indicação dos limites da atuação judicial. Neste tópico, ainda seguirá o estudo da separação de poderes para, na sequência verificar-se como se deu a ascensão do Poder Judiciário.

Até aqui pode-se verificar que o princípio da separação dos poderes, por si só, não legitima uma atuação mais proativa do Poder Judiciário, nem tampouco o deslegitima na configuração do próprio poder, em sua essência.

Para que se possa verificar se a atuação do Poder Judiciário é legítima ou não será necessário investigar de que forma está sendo a sua atuação no momento atual do Brasil, pois somente uma investigação particularizada das decisões judiciais espalhadas pelo país é que se poderá visualizar e concluir se a atuação judicial é legítima ou não. É o que será apresentado no decorrer deste trabalho.

1.3 Breve evolução da separação dos poderes no Brasil

Neste tópico será abordado a evolução do princípio da separação dos poderes, com ênfase na posição do Judiciário frente a este princípio. Aponta-se de que forma se dá atuação dos órgãos institucionais na balança de equilíbrio entre os três Poderes, de forma a identificar se a atuação de um ou outro poder, mais especificamente, se o Poder Judiciário fez com a que balança pendesse mais para seu lado, a ponto de pôr em risco o princípio constitucionalmente consagrado.

A Constituição do Brasil de 1824, embora não retratasse a realidade nacional, já trazia em seu texto em seu artigo 9º a separação dos poderes, porém além do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, incluiu o chamado Poder Moderador delegando-lhe a prerrogativa de organização política e poderes privativos ao imperador tendo este que velar pela manutenção, equilíbrio e harmonia dos demais poderes.

Quanto ao Poder Judiciário, a Constituição de 1824 trouxe-lhe certa independência e algumas inovações com a superação do período colonial, dentre elas: criação de um judiciário nacional; independência do Poder Judiciário frente aos demais poderes; estruturação deste poder definindo suas competências; determinação de que o juiz em sua atuação está vinculado à lei; criação do Supremo Tribunal de Justiça.

Embora tenha trazido nova estruturação judicial, ainda não foi suficiente para afastar práticas nocivas enraizadas na época colonial. Neste contexto, surgiram os primeiros cursos jurídicos em São Paulo e no Recife, que possibilitaram a formação de bacharéis que, posteriormente, eram nomeados para cargos no poder e faziam parte de forma privilegiada da elite política do império.

A atuação judicial nesta época somente era permitida para a preservação dos interesses de quem detinha o poder. Se o juiz suscitasse algo que fosse de interesse público era surpreendido com a interferência de um interventor imperial (poder Moderador), que acabava por afastar a participação do juiz naquele feito.

O Judiciário no império atuava de forma parcial visando somente interesses particulares e não refletia os anseios da população, mas os desejos da elite dominante, que englobava somente os políticos, os fazendeiros e os aristocratas.

Nesta fase imperial o Legislativo não tinha poder algum e havia a concentração de poder no Executivo pois era quem, sobretudo, ditava as regras. O poder Moderador favorecia todo este cenário pois mantinha o controle do Judiciário, impossibilitando-o de ter qualquer independência. No Brasil império o Poder Moderador se sobrepunha aos demais três poderes, formando um sistema original de quadripartição dos poderes do Estado.

Com a Constituição de 1891, quando do início do regime republicano, verificou-se a instalação de um conflito entre os poderes, mas embora tenha sido um período conturbado foi propulsor de um Judiciário mais independente, pois houve a criação de garantias institucionais tais como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimento de seus integrantes.

Para o Poder Judiciário, a Constituição de 1891, trouxe uma evolução institucional, sobretudo em razão da criação de suas garantias institucionais e das divisões de instância, que foram inseridas expressamente no texto constitucional. O poder Moderador foi extinto e com isso o Poder Judiciário deixou de ser controlado.

Embora o Poder Judiciário tenha evoluído neste período, não foi o suficiente para aproximar a sociedade da Constituição, uma vez que não houve efetividade nos anseios da população. Neste período foi criado o Supremo Tribunal Federal e incluído na Constituição os artigos 55 a 59, sendo que a competência de referido órgão era zelar pela autonomia dos Estados.

A partir destas modificações realizadas após a Constituição de 1891, com o início do período Republicano, o Judiciário começou a aparecer como Poder e não mais como órgão auxiliar do Executivo.

A Constituição de 1934 não trouxe grandes modificações a respeito da separação de poderes. Trouxe apenas algumas emendas constitucionais que mencionavam poderes interdependentes. O que, de fato, a promulgação da Carta de 1934 permitiu foi a inserção de medidas direcionadas aos interesses da população e a Constituição passou a se preocupar com um viés mais social. Quanto à política, foi um período muito conturbado, com o desdobramento de muitas crises políticas, golpe de Estado, queda de governo, renúncia de Presidente.

No que se refere a transformação do Estado em Estado Social, Paulo Bonavides menciona:

O Estado social seria, por conseguinte, meio caminho andado, importando, pelo menos da parte da burguesia, o reconhecimento de direitos do proletariado. Desses direitos, os mais cobiçados seriam, no interesse da classe operária e do ponto de vista democrático, os direitos políticos, visto que permitiriam alcançar o poder e utilizar o Estado em seu proveito, operando tranquilamente a almejada transformação social, que a burguesia tanto teme. (BONAVIDES, 2001, p. 185)

Não foi à toa que neste período foi criada a Justiça Eleitoral, a possibilidade de participação feminina no voto, o mandado de segurança e a instituição do voto secreto, permitindo que a população exercesse seu direito de escolha sem qualquer represália.

Assim como as demais Constituições, a Carta Constitucional de 1934 trouxe estampado o princípio da separação dos poderes. O Poder Legislativo ganhou certo destaque, pois passou a exercer uma certa hegemonia com relação aos demais poderes, em razão de ter sido atribuído ao Senado Federal a função de coordenar os Poderes Federais em si, gozando de "atribuições excepcionais de controle da atividade governamental", como destaca Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 336).

No Poder Judiciário a alteração mais importante neste período foi a criação da Justiça do Trabalho, sendo nesta especializada que se encontra o núcleo do presente estudo, ou seja, verificar se, atualmente, o desempenho do judiciário trabalhista extrapola ou não os seus limites de atuação dos poderes atípicos. Isto será visto na sequência.

Retornando à evolução histórica brasileira foi outorgada a Constituição de 1937 por Getúlio Vargas. Sua preocupação foi simplesmente enaltecer o Executivo e o Presidente passou a governar emitindo Decretos-Leis, sendo que muitos deles permanecem vigentes até hoje. Esta Constituição elevou os poderes do Presidente da República, enfraquecendo o Legislativo, que não tinha espaço para atuar, pois o Presidente legislava sozinho através dos Decretos-Leis que ele próprio instituiu.

A Constituição de 1937 não possibilitou qualquer harmonia entre os poderes ocorrendo uma concentração de poder no Executivo, sequer restou definido expressamente a separação dos poderes, mas mesmo que tivesse feito não teria tido qualquer efeito prático, uma vez que Getúlio Vargas governava o que Cunha Júnior chama de "ditadura constitucional". (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 33)

Quanto ao Poder Judiciário até houve a possibilidade que referido órgão exercesse o controle de constitucionalidade, porém com uma ressalva: se fosse declarada a inconstitucionalidade de alguma lei e o Presidente da República entendesse que referida lei fosse necessária a população, ele poderia submeter ao Parlamento que, mantendo a aprovação com dois terços de votos, referida lei passaria a ter eficácia de emenda constitucional. Óbvio de que o governo Getulista tinha poder político para forçar a aprovação do Parlamento e instalou-se um verdadeiro anticonrole de constitucionalidade.

Todo o período da Era Vargas foi marcado pela concentração de poder no Executivo, enfraquecimento do Poder Legislativo, que quase não apareceu, e o Judiciário, embora com alguns poderes, sendo posteriormente controlado pelo próprio Executivo.

Foi a partir da promulgação Constituição de 1946 que novamente a questão social voltou a ser prioridade, como na Constituição de 1934, aliás a base para os direitos sociais foi retirada do texto da Constituição de 1934, que trouxe expressamente a separação dos poderes, porém com nuances diferentes. Houve o fortalecimento do Legislativo e com isso o Executivo passou a ter menos força; iniciou-se um processo tímido de valorização do Judiciário, o que fez com que fossem devolvidas as prerrogativas de controle sem que houvesse, posteriormente, qualquer interferência do Poder Executivo.

Já em 1964 instalou-se o Golpe Militar e neste regime, embora defendidos por alguns, houve uma série de irregularidades contrárias a qualquer regime considerado

democrático: manipulação de lei, desmandos, cometimento de atrocidades, ilegalidades, instalação de censura, limitação aos direitos de liberdade.

Até mesmo as constituições outorgadas durante o período militar, embora com autoritarismo, mantiveram o princípio da separação dos poderes, mas sem que eles pudessem exercer suas funções de forma equilibrada, pois durante a ditadura, o Executivo, regimentado por um governo militar, era sustentado pela força, sendo centralizado e excessivamente intervencionista, sob o manto de defesa de um comunismo que não existiu.

Neste período o Poder Judiciário sofre a rejeição ao projeto que pretendia sua reforma e este foi o argumento para que houvesse intervenção militar no Legislativo, o então Presidente começa a emitir uma série de instrumentos legislativos que alteram o *quorum* de votação das emendas constitucionais e, com isso, passa a ter o controle sobre o Poder Legislativo.

Por força do comando militar, o Supremo Tribunal Federal passou a ter interferência direta em suas decisões, sendo coagido a decidir em favor dos interesses dos militares e aqueles ministros que decidiam contra o regime foram afastados e aposentados compulsoriamente. Por esta razão, a justiça passou a ter manipulação direta do governo e os integrantes da magistratura deixaram de ter independência de suas prerrogativas, pois tinham receio de decidir contra o sistema e, se assim o fizessem, seriam sumariamente retirados de seus cargos.

O Executivo utilizou do Poder Judiciário para estabelecer o seu domínio de mando se sobrepondo aos demais e, embora tivesse nas constituições do regime militar estabelecido a independência dos poderes, não tinham efeito prático e o que se viu foi a manipulação do sistema jurídico como um todo pelos militares.

Através do Ato Institucional nº 2 foram suspensas as garantias constitucionais dos magistrados e acrescentou o número de Ministros do STF para que tivesse o número maior de integrantes do governo militar, acabando assim com a independência do Judiciário. Houve a inserção de lei estabelecendo a impossibilidade de apreciação judicial dos atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 1964.

Com o tempo o golpe militar foi perdendo força. Aliás, Paulo Bonavides define bem as consequências do que vem a ser um golpe, dos quais analogicamente pode-se utilizar para definir as consequências trazidas pelo Golpe Militar "[...] os efeitos de um golpe de Estado,

costumam ser passageiros: normalmente, epidérmicos e superficiais". (BONAVIDES, 2001, p. 208).

Embora tenha sido um período "duro", não se manteve no poder. O regime foi se abrindo e permitiu o retorno do Estado de Direito, retornando à prevalência do regime democrático.

Após a eleição de Tancredo Neves, iniciou-se as discussões para a elaboração de um anteprojeto para elaboração de uma nova Constituição que seria enviado a Assembleia Legislativa em 1987, porém, com sua morte, José Sarney decide não encaminhar o referido documento.

Em 1988, a própria promulgação da Constituição Federal foi o marco da transição do regime autoritário para o regime democrático. As discussões em torno da confecção de seu projeto, as deliberações feitas pela Assembleia Constituinte, a concretização, promulgação e posteriormente a concretização de direitos fizeram parte da transição do regime totalitário para o regime democrático.

A Constituição Federal democrática de 1988 completa no próximo ano 30 anos de existência e percebe-se mudanças substanciais desde que foi promulgada. Os brasileiros foram positivamente invadidos pelo espírito da democracia e, embora existam alguns momentos de crise, verifica-se a existência de uma estabilidade governamental.

O princípio da separação dos poderes foi consagrado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

O texto constitucional determinou a harmonia e independência dos poderes, seguindo essencialmente os preceitos contidos na obra de Montesquieu, do "Espírito das Leis", contudo o que fundamenta a harmonia e independência são os próprios preceitos constitucionais. Com base no fundamento filosófico a separação dos poderes tornou-se a própria garantia do Estado de Direito, dando a mesma importância para cada Poder, cada um com sua própria função e competência.

O que se retira das lições de Montesquieu é que os poderes devem ser harmônicos e independentes, o que significa que um poder deve colaborar com o outro, mantendo relações recíprocas de auxílio e de correção, mas sem que percam a independência do que deve ser inerente a cada poder.

Mas, essencialmente, o que significa "independência" e "harmonia" estampados no artigo 2º da Constituição Federal, quando fala que os poderes devem ser harmônicos e independentes entre si, o que de fato quis dizer o legislador?

Lecionam Rafael de Lazari e Renato Bernardi:

Por independência significa que cada função pode realizar seus próprios concursos, pode destinar o orçamento da maneira que lhe convier, pode estruturar seu quadro de cargos e funcionários livremente, pode criar ou suprimir funções, pode gastar ou suprimir despesas de acordo com suas necessidades, dentre inúmeras outras atribuições. (LAZARI; BERNARDI, 2013, p. 300-301)

E concluem na sequência:

Já por harmonia, significa que cada função deve respeitar a esfera de atribuições das outras funções. Assim, dentro das atribuições típicas, ao Judiciário não compete legislar, p. ex. (caso em que estaria invadindo a esfera de atuação típica do Poder Legislativo), ao Executivo não compete julgar, p. ex., e ao Executivo não compete editar leis, p. ex. (repete-se: em suas esferas de atribuições típicas). (LAZARI; BERNARDI, 2013, p. 301).

Conclui-se que independência e harmonia geram a interdependência, que é o conjunto de relações sem perder sua atuação original.

Antes de prosseguir, há a necessidade de esclarecimento mais apropriado para a "tripartição de poderes", que seria o uso da expressão "tripartição de funções". Neste sentido são as palavras de Volney Zamenhof de Oliveira Silva:

Evidentemente que a unidade de poder pertence ao Estado, no entanto, devido a algumas atribuições peculiares, resolveu-se dividir as funções que o Estado exerce, denominando-as de legislativa, executiva e judiciária. Assim, tecnicamente é imprópria a utilização do termo 'princípio da tripartição de poderes', pelo simples fato de que o poder do Estado é único. O correto seria 'princípio da tripartição de funções' exercidas por entes do Estado. Verifica-se então que a razão fundamental daquele princípio prende-se ao fato de que os órgãos Executivo, Legislativo e Judiciário, devem, pelo menos em tese, exercer suas funções com moderação, observando sempre os seus limites de atuação. (SILVA, 1993, p. 72)

Portanto, a Constituição de 1988 permitiu a consagração do princípio da separação de poderes, sobretudo por ter inserido o campo de atuação de cada poder, sendo autônomos,

independentes, possibilitando, ainda, a intervenção parcial de um poder na esfera de atribuições do outro.

Ao Judiciário, que é o Poder que interessa a este trabalho, cuja ascensão será tratada no tópico seguinte, foi confiado o papel com autonomia constitucional até então não visto em regimes governamentais anteriores, bem como o estabelecimento de novas prerrogativas para atuação dos magistrados.

Surgiram novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos que não se pode deixar de citar: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta por omissão, o mandado de injunção, o *habeas data*, o mandado de segurança coletivo, além do alargamento do âmbito de utilização da ação popular.

O objetivo do constituinte foi o de possibilitar que o cidadão se defenda para assegurar os direitos fundamentais que foram estampados na Constituição de 1988 e, como o Judiciário é o responsável por julgar estas ações a conclusão, o que se entende é que houve uma ampliação de participação do Judiciário nas relações sociais, provocando a judicialização, cujo fenômeno será enfrentado em tópico próprio no capítulo seguinte.

Não se pretende aqui esgotar o estudo da separação dos poderes, mas trazer um panorama do histórico evolutivo do referido princípio como supedâneo para o entendimento dos tópicos que virão a seguir.

No entanto, vale a pena trazer a conclusão de José Filomeno Moraes Filho sobre a separação dos poderes no Brasil pós Constituição de 1988:

[...] o processo político brasileiro, embora enfrente problemas e dilemas, tem caminhado para evitar o conflito disruptivo entre o Executivo e o Legislativo, que foi um dos traços marcantes e perversos da sua evolução político-constitucional anterior a 1988. (MORAES FILHO, 2003, p. 191)

Como se verá logo em seguida, o Judiciário tem se mostrado, ao longo dos anos do processo de democratização, como importante fator de atuação no processo decisório, ajudando a promover o próprio regime democrático.

1.4 A ascensão do Poder Judiciário

Os apontamentos trazidos até aqui neste capítulo permitirão abordar, neste tópico final, a conclusão do capítulo inicial deste trabalho, um panorama de ascensão do Poder Judiciário ao longo dos anos e um novo poder que se descortinou no decorrer dos Séculos XX e XXI.

Nesta análise, verifica-se que a expansão do Poder Judiciário é um fenômeno extremamente notável na experiência democrática brasileira. Esta evolução pode ser vista em dois grandes momentos distintos.

Num primeiro momento, que se iniciou no final do Século XIX e se estendeu lentamente até a promulgação da Constituição de 1988, verificou-se que o Poder Judiciário passou por vários períodos, como visto nos tópicos acima.

Em alguns períodos verificou-se as afirmações de suas funções e garantias definidas e, em outros momentos latentes de crise de legitimidade, houve o enfrentamento do Poder Executivo e dificuldades de atuação, principalmente nos períodos em retração, em momentos ditatoriais (Estado Novo e Ditadura Militar).

Segundo Paulo Bonavides, quanto a oscilação do Poder Judiciário:

Flutua o Judiciário brasileiro diante de pressões cujas ondas o fazem oscilar entre a cidadania e o capital, entre a independência e a submissão, entre a lei e o arbítrio, entre a razão e a vontade, entre o princípio e a regra, entre a democracia e o elitismo.

A Constituição que ele tem por dever guardar perde cada dia que passa legitimidade e juridicidade. Isso acontece porque o País já não confia na retidão dos três Poderes no tocante ao desempenho de suas atribuições constitucionais. A desconfiança gera a crise e a enfermidade do sistema, e esta lhe poderá ser fatal. (BONAVIDES, 2004, p. 138).

Como visto, após a promulgação da Constituição em 1988, com a consagração dos princípios da "separação de poderes" - dos quais já se apontou que o mais apropriado seria "separação de funções", o Poder Judiciário passou a ter autonomia constitucional e garantias definidas para atuação de seus membros.

Intencionalmente, a Constituição Federal de 1988 foi responsável pela reestruturação do Poder Judiciário, tanto atribuindo-lhe novas competências, antes não vistas, como também aumentando a relevância de novos objetos que lhe foram incluídos. A

Constituição de 1988, para o Poder Judiciário, foi um divisor de águas na balança estruturada da tripartição de poderes.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004 criou-se o Conselho Nacional da Magistratura e, diversas escolas de formação de seus magistrados. Foi alterada a competência da Justiça do Trabalho ampliando-a de forma significativa, foi criada a Súmula vinculante e extinguido os chamados Tribunais de Alçada.

Referida Emenda também trouxe previsão quanto a atuação razoável do processo e a celeridade processual como direito fundamental do cidadão e isso fez também com que se modificasse a atuação do Poder Judiciário. A partir daí o Poder Judiciário além de atuar, passou a ter a preocupação de que sua atuação fosse mais célere para entregar a prestação jurisdicional de forma efetiva num menor tempo possível, evitando a morosidade na composição das lides.

Também não se pode deixar de citar as alterações infraconstitucionais que funcionaram como mola propulsora de ascensão do Judiciário, tais como: a criação dos Juizados Especiais, Juizados Federais e Juizados das Fazendas Públicas Estaduais, possibilitando um aumento progressivo de demandas em órgãos judiciais cada vez mais especializados.

Além disso fatores políticos, econômicos, sociais, influenciaram a configuração da separação dos poderes do jeito que ela se encontra, bem como o fortalecimento do Poder Judiciário. O aumento da influência das decisões dos magistrados sobre a vida da população tem sido apontado como uma das tendências mais significativas das últimas décadas. Cada vez mais o judiciário é procurado para resolver conflitos e assegurar direitos constitucionalmente garantidos, mas que não tinham aplicabilidade imediata em razão das omissões legislativas.

Como interventores da resolução de conflitos, os juízes vão muito além do que exercer a atividade jurisdicional *lato sensu*: procuram a pacificação de conflitos com técnicas de conciliação de litígios, interferem em políticas públicas na medida em que efetivam direitos fundamentais, mobilizam-se em questões sociais de grande relevância e participam ativamente em debates e questionamentos sobre temas relevantes da sociedade.

Neste segundo momento analisa-se de que forma está sendo a atuação do Poder Judiciário, no momento histórico atualmente vivido. Essa atuação proativa dos magistrados

provêm da consequência da atuação ou não dos outros poderes ou de um movimento dos próprios juízes acerca do que vem a ser a sua própria função?

O debate a ser enfrentado é saber se a expansão do Poder Judiciário decorreria do ativismo judicial ou se o ativismo judicial é uma manifestação deste novo potencial dos juízes, o de protagonizar não só as decisões judiciais e, com isso atuar além de suas funções estabelecidas e ferir o princípio da separação dos poderes.

Para tanto, segue-se neste estudo e abordam-se quais os caminhos permitiram ao Poder Judiciário expandisse para o seu potencial protagonismo judicial.

CAPÍTULO 2 - O NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

No primeiro capítulo estudou-se a origem e a estruturação estatal com análise da separação dos Poderes, bem como o novo pensar do Poder Judiciário e sua relação com os demais Poderes. Neste segundo capítulo passa-se a análise do fenômeno mundial do neoconstitucionalismo, sua origem e características, abordando a constitucionalização do direito, o processo de concretização da Constituição e a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana para o centro referencial da Constituição, além de se verificar a crescente participação do Judiciário para concretizar os direitos constitucionalmente conquistados.

2.1 Origem, nomenclatura, características e conceito

O primeiro ponto que deve ser abordado para a análise do modelo neoconstitucionalismo está na sua origem.

O tempo presente é marcado por muitas mudanças. A sociedade de consumo e a tecnologia transforma tudo rapidamente. A profusão de ideias, a multiplicação de novidades e a velocidade de transformações demonstram que se está vivendo a perplexidade e a aceleração da vida.

Por tais razões, o direito vive uma crise existencial tendo grandes dificuldades em promover valores essenciais como a justiça e a segurança.

Para ir ao encontro com as transformações desenfreadas sofridas pela sociedade e com o clima de insegurança e injustiça que assola o mundo como um todo, surgiram várias teorias tendentes a renovar o estudo do direito, sendo que a Constituição foi colocada no ápice do ordenamento jurídico, adquirindo força normativa e sendo capaz de fazer a releitura do direito.

Com esta releitura do direito, a partir da Constituição Federal de 1988, buscou-se o estabelecimento de balizas mínimas e de mecanismos para oferecer soluções mais justas e adequadas aos casos concretos.

Assim é que surgiu uma nova concepção ao se falar de constitucionalismo, principalmente nos países que adotam o sistema *civil law*, denominado de neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo.

Com este novo conceito buscou-se a eficiência da Constituição, passando a ser mais efetiva com o objetivo de concretizar direitos fundamentais e com expectativa de se chegar ao constitucionalismo social e, que este, seja integrado ao constitucionalismo fraternal e de solidariedade.

Ao propor uma nova metodologia jurídica a partir das bases constitucionais, o neoconstitucionalismo trouxe novas ideias que permitiram revisar e reavaliar posições tradicionais que antes eram incapazes de modificar a realidade pela via jurídica.

Esta nova sistemática adotada pelo Brasil a partir da Constituição de 1988 de fato rompeu com o período anterior. Possibilitou a positivação de direitos fundamentais de diversas dimensões, conferindo-lhes aplicabilidade imediata e protegendo-os inclusive do próprio poder de reforma; acentuou o papel do Judiciário, ampliou o sistema de controle de constitucionalidade; regulou e retirou uma grande quantidade de assuntos do alcance do legislador infraconstitucional, abrigando em seu texto inúmeros princípios vagos e com acentuada carga axiológica.

Todo esse panorama inaugurou aqui o processo de constitucionalização do Direito, impondo a releitura de toda a ordem jurídica à luz dos valores constitucionais e da judicialização da política, uma vez que o Poder Judiciário passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político.

A partir daí a corte constitucional brasileira passou a proferir, com cada vez mais frequência, decisões sobre questões relevantes para a sociedade brasileira, refletindo diretamente sobre a atuação dos demais Poderes do Estado – fenômeno impulsionado, em parte, pela descrença da população em relação à política majoritária.

Quanto à nomenclatura verifica-se que o próprio termo neoconstitucionalismo pode se referir a vários fenômenos distintos, sendo necessária a fixação clara a respeito do que vem a ser o neoconstitucionalismo.

Enquanto o neoconstitucionalismo pode designar uma nova concepção jurídica que se propõe como uma nova teoria do direito, pós-positivista, também pode significar um movimento ideológico nascido do âmbito jurídico onde se propõe uma alteração no papel de atuação dos juízes na formação do direito.

Numa definição ideológica, este novo conceito de constituição não se instituiu um movimento de rompimento radical com relação ao Estado Liberal, mas sim como um avanço

na doutrina constitucional liberal. Sob o aspecto ideológico o movimento do neoconstitucionalismo propõe uma alteração de comportamento dos operadores do direito como resposta aos desmandos e abusos cometidos por estes operadores decorrentes do comportamento do Estado Liberal formalista.

Este novo modelo constitucional, permitiu não só um avanço, mas também a consolidação de uma doutrina que consagra a supremacia da constituição como norma de maior hierarquia ao sistema jurídico, não só na criação de normas, mas também na atribuição de competências ao poder estatal, permitindo a limitação deste poder.

A lei passou a ser o instrumento para interpretar e aplicar a constituição, limitando o poder e garantindo a manifestação da vontade popular, sendo que a lei no Estado Liberal era vista como fonte hegemônica do direito e exercício de um papel meramente formal à constituição.

O neoconstitucionalismo possui os mesmos objetivos de garantir liberdade aos cidadãos e ao mesmo tempo limitar os poderes como pretendia a lei no Estado Liberal, no entanto, referido movimento propõe uma releitura da constituição como instrumento normativo limitador da própria lei e considera a atividade judicial o equilíbrio entre valores, razão e vontade da maioria.

Sob o aspeto ideológico o neoconstitucionalismo é visto como núcleo de resistência social em confronto com o poder e como garantia para manutenção de valores fundamentais que não podem estar sujeitos a decisões meramente políticas, sendo que, para esta mudança efetiva do direito, não bastava apenas a mudança doutrinária, mas, sobretudo, a mudança de comportamento dos operadores do direito a esta nova aceção e ideia de constituição.

É em torno deste novo comportamento dos operadores do direito frente a constituição que se procurou romper o caráter meramente formal da constituição e atribuir um verdadeiro caráter normativo, não apenas limitando formalmente o poder como antes se via, mas apto a impor deveres e obrigações, tanto aos particulares quanto ao Poder Público.

Portanto, como ideologia, o neoconstitucionalismo apresenta-se ao mesmo tempo como avanço e oposição ao antigo Estado Liberal, onde se imperava o legalismo, o culto à lei e a atividade judicial eram apenas mecânicas, apresentada numa nova forma de encarar a constituição.

Em sua definição terminológica não há unanimidade na utilização do termo **neoconstitucionalismo** para representar esse novo modelo de como os operadores do direito deveriam se comportar frente ao direito. Muitos autores preferem se referir ao neoconstitucionalismo a partir de outras definições, tais como: constitucionalismo contemporâneo e constitucionalismo pós-positivista.

Muitas são as críticas com relação ao prefixo utilizado "neo" pois não se estaria a tratar de um novo modelo de constitucionalismo propriamente dito, mas apenas um modo diferente de interpretar a mesma constituição, no entanto, entende-se que a utilização do prefixo "neo" é correta para denominar este fenômeno jurídico aqui abordado, uma vez que o referido prefixo destaca a distinção entre o modelo de constitucionalismo atual com o modelo de constitucionalismo moderno. Ademais, referido termo já foi amplamente consolidado nas doutrinas específicas sobre referido tema.

Nas palavras de Moller,

Assim, o termo neoconstitucionalismo marca de forma mais acentuada a diferenciação da prática constitucional contemporânea - que privilegia o caráter normativo da constituição, assim como a vinculação material aos direitos fundamentais -, em relação ao modelo liberal de constitucionalismo, o qual reservava uma condição de supremacia meramente formal aos ordenamentos constitucionais. (MOLLER, 2011, p. 28)

E prossegue dizendo que,

Outrossim, destaca o pluralismo e a complexidade que caracterizam as relações da sociedade pós-moderna, em oposição ao modelo social liberal, que privilegiava o 'cidadão médio', não reconhecendo particularidades e distinções de grupos sociais. Por isso o recurso à ponderação e à justiça individual que caracterizam a jurisdição constitucional atual. (MOLLER, 2011, p. 28)

O termo **neoconstitucionalismo** foi utilizado pela primeira vez no final da década de 1990, e foi empregado para dar corpo a uma nova ordem e modelo de interpretação à Constituição. Referido termo é derivado das doutrinas espanhola e italiana, mas a difusão do termo no Brasil se deve principalmente à coletânea do doutrinador mexicano Miguel Carbonell (2003), que a intitulou de *Neoconstitucionalismo (s)*.

Em seu livro, Carbonell utiliza como título o termo neoconstitucionalismo no plural: nada mais coerente, uma vez que o termo não é único, mas representa ideias e pensamentos

de diferentes juristas e filósofos, englobando desde positivistas e não positivistas, resultando da adoção de linhas de pensamento bastante heterogêneas, como as de Alexy, Ferrajoli, Pozzolo, Comanducci, Sanchís, Guastini, dentre outros.

Portanto, trata-se mais de um conjunto de visões teóricas acerca de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, especialmente após o segundo pós-guerra, e que possuem algumas tendências em comum, e não um movimento propriamente dito.

Embora exista um conjunto de visões heterogêneas que se filiam ao movimento do neoconstitucionalismo e à ampla variedade de fenômenos abarcados por esta nova postura jurídica, é possível identificar determinadas características que ajudam a delinear esta nova corrente.

Para Barroso, o neoconstitucionalismo tem como objeto de reflexão:

[...] um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2005, p. 15).

Já para Sarmento, as características deste novo modelo constitucional consistem em:

[...] reconhecimento e valorização da força normativa dos princípios e a preponderância destes no processo de aplicação do Direito; na utilização de técnicas mais “abertas” de interpretação constitucional, tais como ponderação e diversas teorias da argumentação; na constitucionalização do Direito, com releitura de todas as áreas jurídicas à luz dos valores constitucionais; no resgate do debate entre Direito e Moral; e na judicialização da política, com atribuição de grande importância ao Poder Judiciário. (SARMENTO, 2009, pp. 113-114).

Para Eduardo Ribeiro Moreira:

O neoconstitucionalismo aparece como fruto da convergência de duas tradições constitucionais distintas que cada vez mais se aproximam: a

européia (da Alemanha) e a americana (dos Estados Unidos), união que poderia se resumir em um constitucionalismo garantidor do denso conteúdo material de suas normas constitucionais. (MOREIRA, 2008, p. 19).

Ricardo Guastini, citado por Max Moller, afirma que o constitucionalismo pressupõe as seguintes características:

a) constituição rígida; b) garantia jurisdicional da constituição; c) a força vinculante da constituição; d) a sobreinterpretação da constituição; e) a aplicação direta das normas constitucionais; f) a interpretação conforme as leis e g) a influência da Constituição sobre as relações políticas. (GUASTINI *apud* MOLLER, 2011, pp. 30-31)

Nas palavras do próprio Guastini:

Deseo señalar que el concepto de constitucionalización, como yo entiendo, no es un concepto bipolar (verdadero o falso), de forma que un ordenamiento únicamente pueda estar constitucionalizado o no estarlo en absoluto, sin algún punto intermedio. Más bien sostengo que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento³. (GUASTINI, 2003, p. 50)

Por constituição rígida se entende aquela que é escrita num texto próprio e que está ocupando o ponto mais alto do degrau no que diz respeito ao ordenamento jurídico. Ainda se entende por constituição rígida aquela que dependa da previsão de um *quorum* qualificado para que haja sua alteração, não sendo possível se alterar com a mesma facilidade como quando se apresenta uma lei. Isto sem contar as normas contidas em algumas constituições que são imutáveis e não podem estar sujeitas a qualquer modificação, como é o caso das cláusulas pétreas da Constituição de 1988.

No que se refere a característica de garantia jurisdicional da constituição Guastini (2003), destaca a existência da necessidade de um processo de controle de

³ Tradução livre: “Desejo destacar que o conceito de constitucionalização, em meu entendimento, não é um conceito com dois pólos (verdadeiro ou falso), de forma que um ordenamento pode estar unicamente constitucionalizado ou não estar totalmente, sem qualquer ponto intermediário. Porém, defendo que a constitucionalização é uma questão de grau, visto que, um ordenamento pode estar mais ou menos constitucionalizado. E isso depende de quantas e quais condições de constitucionalização estejam satisfeitas no seio daquele ordenamento.”

constitucionalidade que não se limita ao Poder Legislativo, mas que é externo a este. Sugere que a forma mais adequada para a realização deste controle é a existência de um Tribunal Constitucional, pois este não está atrelado a quaisquer dos poderes, nem mesmo ao judiciário, no entanto, a inexistência deste tribunal não é determinante para a deficiência ou inexistência da jurisdição constitucional.

A próxima característica do neoconstitucionalismo trazida pelo mesmo autor é a força vinculante da Constituição, que é a atribuição ao seu caráter normativo que considera como verdadeiras todas as normas nela contida estando aptas a produzir efeitos, bem como o devido posicionamento dentre as fontes do direito.

No que se refere a característica da sobreinterpretação, Guastini (2003) destaca que as lacunas encontradas no interior de uma norma ou num fato não previsto em lei deve ser interpretada pelo juiz, não com discricionariedade como ocorria no positivismo clássico, sobretudo pautada sobre uma solução de acordo com uma norma constitucional, de tal forma a não contrariar nenhum dos valores constitucionais.

Já no que diz respeito à aplicação direta das normas constitucionais, que é mais uma característica do neoconstitucionalismo trazido por Guastini (2003) seria a utilização da norma, não apenas para orientar e limitar o conteúdo da lei, mas fundamentar as pretensões arguidas diretamente em uma norma constitucional. Isso não significa dizer que todos os princípios pressupõem aplicação imediata, mas que a atividade judicial, em caso de omissão, deve aplicar diretamente as normas constitucionais.

Ainda com relação às características do neoconstitucionalismo narradas pelo mesmo autor, está a interpretação conforme a lei de dois pontos que podem ser vistos como antagônicos, mas na verdade se complementam. O primeiro está na possibilidade de um juiz atribuir uma interpretação a uma determinada lei, evitando que esta lei seja declarada inconstitucional. O segundo está no fato do juiz interpretar conforme a lei, o que diferencia do primeiro, no entanto, ambos se completam uma vez que os valores e princípios possibilitam uma gama de interpretação pelos juizes, a solução prevista na lei se apresenta como solução interpretativa a ponto de limitar um pouco a gama de possibilidades de interpretações diversas.

Por outro lado, como se verá em tópico específico, os princípios se convergem com outros princípios, razão pela qual a hermenêutica para resolver a questão estabelece a prevalência das regras diante dos princípios.

Por fim, a última característica do neoconstitucionalismo apontada, ainda, por Guastini (2003) é a influência da Constituição sobre as relações políticas. Esta é a parte da teoria que sofre as maiores críticas em razão da falta de legitimidade dos juízes para resolver conflitos a partir de princípios e é exatamente este ponto que o presente trabalho irá abordar nos capítulos seguintes.

Já para Pozzolo (2006), as características do neoconstitucionalismo são a prevalência dos princípios sobre as regras e a recorrência a valores morais e éticos, o que indicaria a possibilidade de os juízes, em sua atuação judicial, utilizarem destes recursos interpretativos para justificar suas decisões judiciais. A segunda característica apontada pela autora seria a possibilidade da aplicação da ponderação sob a subsunção, que é a possibilidade de inserir algo num contexto mais amplo.

Para a mencionada estudiosa isso não quer dizer que os princípios e regras não devam ser interpretados com cuidado, mas ao contrário, que os juízes precisam ter cautela ao interpretar os princípios para que não haja crítica de que prevalecerá a vontade do intérprete após o resultado de sua interpretação.

E assevera, ainda, Susanna Pozzolo:

Não concordo assim, com a tese daqueles que individualizam um modelo institucional especificamente neoconstitucionalista, senão como produto interpretativo-reconstrutivo à luz de certas posições ideológico-políticas relativas à Constituição. Entretanto, a afirmação de uma certa concepção de Constituição (neste caso, neoconstitucionalista) determina certas exigências e técnicas interpretativas (como por exemplo, a ponderação de valores) que se convertem em uma prática social e assim contribuem para redefinir ou reconfigurar o objeto interpretado (a Constituição). Nesse sentido, essas práticas dão forma ao direito do Estado Constitucional de acordo com sua concepção inicial, ou seja, a concepção termina por determinar uma certa percepção da realidade por parte dos operadores do direito, direcionando a sua prática (práxis) e terminando por reconfigurar a mesma realidade na qual eles atuam. (POZZOLLO, 2006, p. 78).

O modo de interpretar deve ser objetivo, pois é no momento da tomada da decisão que se apresenta uma conexão entre o que se pretende e o objeto da decisão. É exatamente

neste momento que se verifica a responsabilidade do julgador perante a sua manifestação ao decidir um caso concreto.

A perspectiva trazida por Pozzolo a este modelo constitucional é enxergar a Constituição, não apenas como uma norma de autorização ou limite do direito inconstitucional, mas como um programa para agir e uma razão para atuar.

Para tanto, não basta que as razões se sustentem apenas num comando de autoridade trazida pela Constituição. Referidas razões exigem respeito porque apoiam o direito num propósito de realização de justiça social e de efetivação de direitos fundamentais, resguardando a dignidade da pessoa humana.

Para Luis Prieto Sanchís (2003) o neoconstitucionalismo é o resultado de duas grandes tradições constitucionais convergentes que se desenvolveram cada qual isoladamente: a tradição constitucional americana e a europeia. Da tradição norte americana que resultou no neoconstitucionalismo foi herdado o entendimento de que a Constituição é superior as demais normas e que o Poder Judiciário é o responsável por garantir a sua aplicação, por ser dentre os poderes o considerado mais neutro. Suas normas se limitam a fixar regras e há o reconhecimento de que nesta tradição deixou a desejar quanto as normas de proteção de direitos fundamentais.

Segundo o mesmo autor, a tradição europeia entende a Constituição como resultado de um processo político bem elaborado, onde não há apenas a fixação de regras, mas também dispõe sobre a necessidade de atuação do Estado nas decisões que são coletivas. O texto jurídico criado na concepção de constitucionalismo vindo principalmente da Revolução Francesa, tem como base instrumentalizar um programa revolucionário e transformador.

Conclui Sanchís,

Pero, como aproximación general, creo que si es cierto que en el primero caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, em parte también, hasta donde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también, en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál há de ser la orientación de la acción política en numerosas materias⁴. (SANCHIS, 2003, p. 126)

⁴ Tradução livre: “Porém, como abordagem geral, creio que é certo que em primeiro caso a Constituição pretende determinar fundamentalmente quem manda, como manda e, parcialmente também, até onde pode mandar; ao mesmo tempo que, em um segundo momento a Constituição quer também condicionar, na maioria das vezes, em que deve mandar, ou seja, qual deve ser a orientação da ação política em numerosas matérias.”

Ainda importante numerar as características sobre neoconstitucionalismo trazida por Quaresma e Oliveira:

a) a ampliação da fundamentalidade de direitos. Assim, fora os direitos individuais, são previstos outros direitos, como os sociais, que podem vir a ter aplicação direta e imediata, dependendo do teor do dispositivo constitucional; b) a eficácia jurídica de todas as normas constitucionais, inclusive as normas ditas programáticas; c) a revisão da teoria da interpretação constitucional com a disseminação da diferença entre regras e princípios (Alexy, Dworkin); d) uma relevância maior, em função disso da jurisdição constitucional, na balança do equilíbrio dos poderes, com um protagonismo maior do judiciário; e) a compreensão de que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais seriam a ponte entre o direito e a moral; f) a constitucionalização do direito, ou seja, a expansão dos princípios e regras constitucionais não só para a aplicação nos vários ramos do direito público, como também no direito privado, como no direito civil e empresarial. (QUARESMA e OLIVEIRA, 2009, p. 888)

Mazzarese afirma que o neoconstitucionalismo pode ser classificado em três sentidos:

a) em primeiro lugar, neoconstitucionalismo indicaria um traço caracterizador de alguns ordenamentos jurídicos: em particular, o dado positivo pelo qual o ordenamento apresenta uma Constituição que, além de conter as regras de individualização e ação dos órgãos principais do Estado, apresenta um mais ou menos amplo elenco de direitos fundamentais;

b) em segundo lugar, neoconstitucionalismo indica um certo modelo explicativo do conteúdo de determinados ordenamentos jurídicos (os indicados no ponto precedente), ou seja, o termo indicaria um certo paradigma do Direito, de sua forma de aplicação e de conhecimento. Nesse segundo sentido neoconstitucionalismo não indica portanto nada no mundo, senão que mais precisamente representa um modelo teórico;

c) em terceiro lugar, o termo neoconstitucionalismo indicaria um modelo axiológico-normativo do direito, um modelo ideal ao qual o Direito positivo deveria tender. Esse ideal, sem embargo, não seria um objeto externo e separado do Direito concreto, senão pelo contrário seria um mero desenvolvimento e a mera concretização do Direito real, sobre a base dos princípios e dos valores que neste último estão expressamente enunciado. (MAZZARESE, 2009, pp.13-14).

Para Lênio Luiz Streck (2005, p. 159), o fenômeno do neoconstitucionalismo apresenta como premissas a autoaplicação da Constituição, o reconhecimento do caráter normativo dos princípios e a viragem linguística-ontológica, com um novo enfoque sobre a hermenêutica.

Como visto, existem posições heterogêneas de juristas e filósofos, que resultam na adoção de várias linhas de pensamento sobre o que vem a ser o neoconstitucionalismo. A partir das características trazidas pela contribuição teórica de vários autores acerca das transformações no Estado seria possível conceituar o que vem a ser o movimento do neoconstitucionalismo propriamente dito?

É obvio que, com tantas contribuições distintas, existe dificuldade em estabelecer um conceito estrito para o neoconstitucionalismo. Porém, esta diversidade de posições não pode ser um empecilho para que sejam identificados alguns elementos básicos e gerais para se definir o que se chama de neoconstitucionalismo.

A partir das definições trazidas por diversos autores, juristas e filósofos é possível notar um padrão nas considerações e abordagens, pontuados a seguir.

Na busca da definição do que vem a ser o fenômeno jurídico há quem entenda, como Sarmiento (2009, p. 113), que o neoconstitucionalismo se apresenta "como um novo paradigma tanto na teoria como na prática dos tribunais".

Para Carbonell, o que marca o fenômeno do neoconstitucionalismo é a presença de três elementos:

- a) Constituições do pós-guerra que não se limitam a estabelecer as competências estatais e a separar os poderes públicos, mas também contém normas substantivas, como os catálogos dos direitos fundamentais, que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos; b) práticas jurisprudenciais mais complexas a partir da construção de parâmetros interpretativos adequados para lidar com essa axiologia do texto constitucional, como técnicas interpretativas próprias de utilização de princípios - a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a máxima efetividade das normas constitucionais; a irradiação horizontal dos direitos fundamentais etc. - o que acarreta uma explosão da atividade judicial e requer de alguma forma o ativismo judicial; c) desenvolvimentos teóricos novos a partir dos textos constitucionais fortemente substantivos que não pretendem apenas explicar o fenômeno jurídico, mas também contribuir decisivamente na sua modificação. (CARBONELL, 2009, pp. 198-201).

Na definição de Moller:

Parece-nos importante destacar o neoconstitucionalismo principalmente como é um movimento jurídico que abarca grande parte das práticas judiciais do constitucionalismo contemporâneo e que se aproximam

ordenamentos jurídicos do *civil law* de algumas características do direito constitucional próprio do sistema do *common law*. (MOLLER, 2011, p. 43)

E acrescenta o autor:

É muito melhor definido como um movimento próprio do constitucionalismo contemporâneo, que implica, fundamentalmente, a mudança de atitude dos operadores jurídicos, a qual determina consideráveis alterações na prática jurídica. Esse movimento, por sua amplitude de repercussão, está presente em uma série de campos jurídicos, o que é comprovado pela discussão do neoconstitucionalismo por filósofos do direito, por processualistas, por constitucionalistas, na análise de seu conflito com a democracia ou com competências de órgãos de Estado, etc. (MOLLER, 2011, p. 43)

A partir de todas as características apontadas pelos diversos juristas e filósofos e, na tentativa de se conceituar neoconstitucionalismo, verifica-se a existência de alguns elementos considerados comuns em vários estudos sobre o tema, possibilitando a elaboração de um conceito particular e singelo sobre o fenômeno, a partir da reunião das várias ideias apresentadas.

Pode-se concluir que Neoconstitucionalismo é um novo modo de enxergar o direito a partir da interpretação jurídica efetuada pelo Poder Judiciário, tendo como base uma Constituição editada após o restabelecimento do regime democrático, pois o intérprete deve se valer de técnicas especiais, principalmente de ponderação, na tentativa de concretizar os direitos fundamentais trazidos como premissas pelo texto constitucional.

Assim, é com base nos principais pontos de vista sobre o que vem a ser neoconstitucionalismo que se procurou apresentar um conceito inicial a partir das características apresentadas sobre as várias vertentes e a partir daí, será estudado o fenômeno e seus pontos polêmicos de aplicação, sendo o principal deles a vinculação entre o direito e a justiça, procurando recuperar na interpretação judicial os valores morais do direito.

Para uma melhor compreensão deste fenômeno será necessária a análise de três aspectos, tal sejam: histórico, filosófico e teórico. A recepção dessa nova perspectiva no direito brasileiro vem mudar a relação da sociedade contemporânea e com o direito.

Para tanto, a seguir, serão verificadas quais foram as transformações trazidas pelo direito constitucional contemporâneo sob influência deste novo fenômeno capaz de interpretar o direito.

2.2 O Neoconstitucionalismo, as transformações no Direito Constitucional contemporâneo e seus excessos

Após a segunda grande guerra mundial iniciou-se um processo de reestruturação política na Europa, como consequência ao repúdio dos regimes totalitários que se instalavam naquela ocasião, sendo que, paralelamente a esta reestruturação política, iniciou-se uma reestruturação jurídica pautada na reaproximação do Direito com o ideal democrático.

Naquela ocasião, como esperança de surgimento de um novo modelo de Estado e em busca de um novo conceito de justiça, iniciou-se um processo de valorização dos chamados direitos fundamentais da pessoa humana.

O marco histórico inaugural de tal processo foi a Constituição da Alemanha, em 1949, com a Lei Fundamental de Bonn e, logo em seguida, no mesmo país europeu, houve a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951. Já na Itália se destacou naquele novo processo a Constituição de 1947 e a criação da Corte Constitucional em 1956.

Outros países europeus também tiveram as suas constituições, tais como a Espanha e Portugal, porém a Constituição da Alemanha, seguida da Itália, e a criação de seus tribunais são os maiores retratos de momentos sociais que impulsionaram a criação de um novo paradigma jurídico em formação.

Para Luis Roberto Barroso:

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os poderes estatais. (BARROSO, 2009, pp. 354 -355)

Foram esses acontecimentos que possibilitaram a discussão doutrinária e jurisprudencial desde 1948 até os dias atuais e que refletiram na "nova consciência constitucional: o neoconstitucionalismo", assim denominado por Carbonell.

Ao longo de meio século de estudos teve-se uma profunda ascensão do direito constitucional com produções teóricas e jurisprudenciais sobre o tema, propiciando a criação de uma teoria jurídica diferente do modelo anterior que existia, tendo como base as constituições normativas criadas, visando a proteção dos direitos fundamentais e se baseando, principalmente, na dignidade da pessoa humana.

As Constituições criadas nos países da Europa passaram a ser o centro do sistema, cujos textos adquiriram carga jurídica com força normativa sendo vistas não apenas com superioridade formal, mas também material e axiológica, lastreadas no caráter vinculativo e obrigatório de seus enunciados.

A preocupação inicial das novas discussões acerca da evolução do direito constitucional era a proteção de direitos básicos que haviam sido rechaçados e extintos da sociedade no período que havia acabado, possibilitando atribuir a Constituição um modelo que privilegiasse o respeito aos direitos acima mencionados.

Por esta razão, a Europa passou a aproximar-se do modelo norte-americano e, nesta tentativa de atribuir caráter mais normativo, cresceu muito volume às suas constituições fugindo do caráter genérico e simplista dos EUA. Sobre esta questão, aborda Sarmento:

A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis. Só que com uma diferença importante: enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir os traços básicos de organização do Estado e a prever alguns poucos direitos individuais, as cartas europeias foram, em geral, muito além disso". (SARMENTO, 2009, p.12)

Mesmo sendo as constituições européias mais prolixas do que a norte-americana, superaram a ideia de Constituição como documento meramente político e desvestido de eficácia jurídica. Os textos passaram a ter aplicação imediata e, por consequência, ganharam maior significação.

No Brasil, o marco histórico do fenômeno jurídico do neoconstitucionalismo foi a promulgação da Constituição de 1988, que marcou a redemocratização e o fim da ditadura militar. Referido texto constitucional tem possibilitado, ao longo desses quase 30 anos, a estabilidade institucional, a manutenção das liberdades democráticas e o fortalecimento da efetividade dos direitos fundamentais consagrados nos princípios constantes do documento político fundamental.

Como leciona André Ramos Tavares:

Em conclusão, muitas e profundas foram as inovações introduzidas pela Constituição de 1988. Houve, a partir dela, uma verdadeira "revolução" no Direito brasileiro, que, por meio de suas instituições, teve de se adaptar ao novo cenário constitucional, reformulando conceitos, substituindo institutos e implementando o novo regime constitucional. (TAVARES, 2007, pp.112-113).

O texto constitucional de 1988 foi marco inicial para consagrar a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, pois refletiu os anseios de democracia e liberdade, reafirmou os direitos fundamentais e trouxe novos valores a serem conquistados. Foi a partir daí que o Estado passou a ter como objetivo que a lei seria o suporte para alteração efetiva do estado social das pessoas, agregando a função do estado Social com o papel transformador das relações comunitárias.

Para Barroso:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor. (BARROSO, 2005, p. 04).

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil possibilitou o início do processo democrático e consolidou o mais longo período de estabilidade política da história brasileira. No entanto, também não se pode deixar de reconhecer que o processo do neoconstitucionalismo no Brasil ocorreu de forma lenta e com dificuldades próprias de superar o regime autoritário que se instalava antes da Constituição de 1988, a concentração de poderes no Executivo, desequilibrando a balança de separação de poderes, as grandes desigualdades econômicas estabelecidas e a falta de autonomia de Estados e Municípios.

Será necessário abordar os pressupostos que contribuíram para o desenvolvimento do fenômeno do neoconstitucionalismo e, para tanto, analisa-se o marco filosófico que contribuiu para este processo.

No que se refere ao marco filosófico impõe-se destacar o pós-positivismo, situado, entre o jusnaturalismo e o positivismo e considerado uma terceira alternativa entre tais opostas correntes de pensamento.

Segundo Barroso:

[...] não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente (BARROSO, 2009, p. 248).

Antes, no entanto, de analisar o pós-positivismo será feita uma pequena retrospectiva sobre o positivismo jurídico, com o objetivo de possibilitar a compreensão da teoria que o sucedeu: o pós-positivismo.

O Positivismo Jurídico foi desenvolvido durante um longo período graças aos esforços lançados por vários pensadores e filósofos, tais como Hans Kelsen, Jeremy Bentham, John Austin, Herbert Lionel Adolphus Hart e Norberto Bobbio.

O positivismo surgiu da superação do jusnaturalismo, conduzindo a um fenômeno jurídico que identificava o Direito com a lei ao dissociar a ciência jurídica da realidade e dos preceitos de ordem ética.

Segundo Moller:

Veja-se que o iusnaturalismo está preocupado exclusivamente com o estabelecimento de referenciais materiais à validade do direito positivo. Ou seja, a determinar determinados conteúdos do qual o direito não pode afastar. Esses conteúdos seriam o direito natural. Já o positivismo jurídico, por sua vez, tem como preocupação maior imprimir caráter científico ao estudo do direito. Busca critérios para identificação do que é jurídico e, com isso, diferenciar do que é externo ao direito. (MOLLER, 2011, p. 57)

A substituição do Jusnaturalismo por alguma teoria que adote valores materiais como é o caso do Positivismo, pode, por si só, evitar a adoção de regimes de governo de cunho ditatorial.

Ainda importante considerar-se que os partidários ao regime totalitário alemão defendiam a preservação de uma moral que era superior aos preceitos positivos, porém com base em considerações particulares do que seria "moral", marcadas por violência e nacionalismo exacerbado.

O surgimento do positivismo, para Norberto Bobbio, citado por Max Moller, nasceu "cuando Derecho natural' y Derecho positivo no so ya considerados como Derecho en el mismo sentido, sino que sólo se considera derecho en sentido estricto al positivismo". (BOBBIO *apud* MOLLER, 2011, p.75).

Ou seja,

Para o positivismo jurídico, o conceito de direito só admite um objeto: o direito positivado. O direito natural não é concebido como direito, mas algo com pretensão de um dia vir a ser positivado e, somente assim, tornar-se direito. Conforme o professor italiano, a própria denominação "positivismo jurídico" em suas origens no termo positivação, ou seja, de considerar como direito somente aquilo que é positivado através de formas previstas por normas de organização e competência. (MOLLER, 2011, p. 75).

Para Eduardo Cambi:

O positivismo jurídico, incorporando o positivismo filosófico, procurou criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais. Sete características merecem ser salientadas: i) *identificação plena do direito com a lei*; ii) a completude do ordenamento jurídico (*não admittance de lacunas*); iii) *o não reconhecimento dos princípios como normas*; iv) a dificuldade para explicar os *conceitos indeterminados*; v) *a identificação entre vigência e validade da lei*; vi) *o formalismo jurídico*; vii) o não tratamento da questão da *legitimidade* do direito. (CAMBI, 2009, p. 79).

Os positivistas entendiam que as leis criadas pelo Poder Legislativo seriam capazes de disciplinar de maneira geral as relações sociais e que a lei em sentido estrito promoveria uma das funções mais significativas do direito, que é a realização da justiça. Esta interpretação da lei para o caso concreto estaria livre de qualquer valoração subjetiva bem como liberta de qualquer influência moral, política e econômica.

O positivismo jurídico foi desenvolvido para afastar a crise que se instalava no regime anterior, que vinculava estritamente à lei e utilizava ilimitadamente uma razão superior com fundamento em valores morais absolutos e inquestionáveis.

Assim, o pós-positivismo surgiu da convergência entre o Jusnaturalismo e o Positivismo, sendo que esta corrente de pensamento jurídico passou a entender o Direito como um sistema aberto que deve ter sido interpretado através de princípios com o objetivo de adequar a lei a cada caso concreto.

A doutrina do pós-positivismo buscou inspiração nos ideais de justiça e na legitimação democrática, objetivando a consecução de uma leitura moral da Constituição e das demais normas, não desprezando o direito objetivamente posto pelo positivismo, mas, ao mesmo tempo, sem recorrer aos conceitos fluidos e abstratos do jusnaturalismo.

Sobre o tema, o posicionamento de Luís Roberto Barroso:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade escrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais (BARROSO, 2007, p. 22)

Portanto, o pós-positivismo é a corrente que superou o legalismo estrito do Positivismo normativista, com o reconhecimento normativo dos princípios, edificação dos direitos fundamentais com base na dignidade da pessoa humana, reaproximação entre Direito e Ética e maior importância aos valores morais socialmente difundidos.

A partir daí os princípios passaram a ter maior relevância na medida em que ao interpretá-los poderiam se chegar a uma prática jurídica mais efetiva. Um dos principais princípios, que é a Dignidade da Pessoa Humana, passou a ser utilizado de forma gradativa após a segunda guerra mundial, passando a constar nos principais documentos internacionais, tais como a Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, e as Constituições italiana, de 1947, alemã, de 1949, portuguesa, de 1976, e espanhola, de 1978.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos da República em seu art. 1º, III. Referido princípio representou o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais do ordenamento, inspirando a interpretação e aplicação de todos os dispositivos jurídicos; legitimou a ordem jurídica e constituiu valor-fonte do direito, incitando o tratamento de cada ser humano como um fim em si mesmo e priorizando o “ser” ao “ter”, a fim de demarcar a primazia do homem sobre o Estado.

Para Barroso:

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. (BARROSO, 2009, p. 252).

O princípio da dignidade da pessoa Humana passou a servir de norte para a conduta do Estado, uma vez que referido princípio atravessou todos os direitos fundamentais e também representou o valor a ser perseguido para que os direitos fundamentais não fossem violados.

Em sua essência o princípio da Dignidade da Pessoa Humana teve a proteção do chamado mínimo existencial, que era o conjunto de necessidades básicas a subsistência moral e material de todo ser humano. Sem uma renda mínima, educação, saúde, moradia, segurança não haveria dignidade.

Essa nova vertente de pensamento jurídico, sob uma perspectiva principiológica, baseada no princípio maior da Dignidade da Pessoa Humana, foi a responsável por influenciar a elaboração de uma nova hermenêutica constitucional, em substituição ao constitucionalismo clássico.

É essa forte carga axiológica, os princípios, que, como se verá mais adiante no presente trabalho, sofrem influência valorativa e se sujeitam a ser interpretados e aplicados por meio de sua própria argumentação ao decidir um caso concreto.

A partir de estudos realizados por teóricos, o pós-positivismo passou a enxergar os princípios como espécie de norma jurídica, passando a ter força normativa para ser interpretada e aplicada diretamente na resolução de conflitos.

Houve, a partir daí a superação de que princípio não possuía caráter normativo, superando a concepção de que princípio tinha função meramente política.

Portanto o pós- positivismo iniciado na Europa após a segunda guerra mundial foi o marco filosófico do chamado neoconstitucionalismo.

Deve-se abordar, ainda, o marco teórico do neoconstitucionalismo e, para tanto, será necessário analisar as transformações que foram responsáveis pelo processo de constitucionalização: a colocação da Constituição como ápice do sistema jurídico e dotada de normatividade jurídica; o crescimento de uma nova forma de interpretação constitucional e a expansão da jurisdição constitucional. A análise destas três transformações que possibilitaram, no plano teórico, o processo de constitucionalização, será apresentado em seguida.

Ao se falar na primeira grande transformação teórica está o reconhecimento da força normativa da constituição. Até então, a constituição nada mais era que uma reunião de textos políticos, cujo conteúdo não tinha nenhuma aplicabilidade direta e a partir da segunda guerra o texto constitucional passou a ter reconhecimento de força normativa e caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições.

Nesse contexto de reconhecimento da Constituição como norma, ressalta Pedra:

Força normativa da Constituição, normatividade da Constituição ou força vinculante da Constituição são expressões que significam que a Constituição é uma lei vinculativa, dotada de *efetividade e aplicabilidade*. A *força normativa* da Constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a Constituição, sendo uma lei, deve ser aplicada. Afasta-se assim a tese generalizante aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à Constituição um 'valor declaratório', 'uma natureza de simples direção política'; um caráter programático despido de força jurídica. A eficácia é assim o impulso que a Constituição tem para sair da seara abstrata e transmutar-se em fatos. (PEDRA, 2008, p. 50).

Além de sua função normativa, a Constituição passa a ocupar o ápice das demais normas jurídicas, posicionando-a no centro do sistema, condicionando e limitando a interpretação que deve ser empreendida sobre as normas infraconstitucionais que compõe o ordenamento jurídico.

A partir daí todas as demais normas do sistema jurídico devem ser interpretadas tendo como base a Constituição, com a observância de seus fundamentos valores. Ocupa a posição de supremacia sobre as demais normas do ordenamento, hierarquia não apenas formal, mas material e axiológica.

No Brasil, somente com a Constituição de 1988 é que foi possível deixar o modelo de texto constitucional meramente político para trás, deixando de ser uma mera sugestão, para consolidar o *status* de norma jurídica dotada de caráter vinculativo e obrigatório.

A segunda transformação teórica que foi responsável pelo processo de constitucionalização do direito foi a expansão constitucional. A partir do final da década de 40 houve uma evolução constitucional, não só na criação de novos textos, mas também a maior mudança e a criação de um novo modelo, o de supremacia da constituição sobre as demais normas. Com isso restou ultrapassado o modelo anterior de supremacia do poder legislativo e a partir daí o Judiciário ganhou força e destaque com a criação dos tribunais constitucionais da Alemanha (1951) e da Itália (1956).

No Brasil a expansão constitucional deu-se a partir da Constituição de 1988 com a ampliação do direito de propositura no controle concentrado. De modo incidental, o controle concentrado existe desde a primeira Constituição republicana, de 1891, a denominada ação genérica, introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965.

Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988, sendo a causa determinante a ampliação do direito de propositura. Também foram criadas novas formas de controle concentrado com a inclusão da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o que possibilitou à sociedade a utilização dessa ferramenta de legitimação constitucional.

É preciso ainda destacar que essa nova reestruturação Constitucional, implicou num grande impacto na hermenêutica da Constituição. Em razão de sua supremacia, alterou-se o papel das normas e também a forma de interpretação do operador do direito.

Foram surgindo novas teorias ampliando a interpretação do direito com a criação de novos métodos, atribuições e critérios voltados para a elaboração doutrinária destinada a interpretação constitucional.

Para Barroso:

Foram afetadas premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional, inclusive e notadamente quanto ao papel da norma, suas possibilidades e limites, e ao papel do intérprete, sua função e suas circunstâncias. Nesse ambiente, ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucional delineados ao longo do tempo, foram descobertas novas perspectivas e desenvolvidas novas teorias. Nesse universo em movimento e em expansão, incluem-se categorias que foram criadas ou reelaboradas, como os modos de atribuição de sentido às cláusulas gerais, o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais, a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais (BARROSO, 2009, p. 266)

Assim, a nova forma de interpretação constitucional é a terceira marca teórica que transformou o processo de constitucionalização do direito. A Constituição passou a ter influência efetiva na vida privada da sociedade, sobretudo em razão da incidência dos direitos fundamentais entre os particulares, ultrapassando a ideia de que um direito fundamental só poderia ser invocado de um particular em face do Estado. Neste processo de constitucionalização um direito fundamental poderia ser invocado também nas relações de particular para particular.

Essa nova forma de interpretação constitucional deu-se em decorrência da força normativa da constituição. Assim, além da interpretação tradicional de que já se utilizava, lei superior prevalece sobre a inferior; lei posterior prevalece sobre a anterior e lei especial prevalece sobre a geral, a doutrina e a jurisprudência passaram a utilizar uma gama de princípios aplicáveis à interpretação constitucional.

Este novo modelo hermenêutico de interpretação da Constituição a partir de princípios, onde o intérprete torna-se partícipe do processo de criação do direito juntamente com o legislador, atribuindo carga valorativa para normas abertas e a realização de escolhas para soluções normativas possíveis foi o que mais se adaptou no Brasil de acordo com Barroso.

Conforme o autor:

Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. (BARROSO, 2005, p. 10-11)

A essa nova incorporação dos princípios para interpretação constitucional cabe salientar que estes princípios têm maior densidade axiológica que as regras, transferindo ao intérprete uma carga maior de discricionariedade e, por esta razão, terá uma tarefa mais profunda, não só de aplicar o direito, mas de integrar o trabalho do legislador e, ao proferir a solução do conflito, irá imprimir os seus valores e sua experiência. Passa então a trabalhar com outros modelos hermenêuticos antes não vistos: a argumentação e a ponderação nas decisões proferidas através da interpretação dos princípios.

Com a ponderação o intérprete será obrigado a conciliar o conflito entre os próprios princípios e eleger aquele que se adequar mais ao caso concreto, desde que prevaleça a vontade constitucional. Já na argumentação o intérprete terá que encontrar uma solução possível para o caso através de um juízo argumentativo e interpretação razoável para a mesma norma.

Isto significa que se dois princípios constitucionais de mesma hierarquia conflitam entre si, um deles terá que ceder para a solução do caso particular. Isto não quer dizer que

aquele princípio que deixou de prevalecer se torna inválido, o que ocorre é que em determinadas condições um princípio deverá se sobrepor ao outro por uma questão de peso em relação ao caso concreto. Pode-se verificar, por exemplo, o princípio da proteção à intimidade e à vida privada se sobrepõe ao princípio da liberdade de informação, quando da resolução de um caso concreto uma informação transmitida sobre uma determinada pessoa afrontar o seu direito à intimidade de que não tenha aquela informação revelada.

O peso do princípio da proteção à intimidade e à vida privada neste caso é maior do que o princípio de liberdade de informação.

No que se refere ao sopesamento dos princípios, aponta Alexy que "[...] o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto". (ALEXY, 2008, p. 95).

Essa ideia de sopesamento se confunde com a ideia de ponderação, exposto linhas acima. Em ambos o que ocorre é o conflito de princípios na tentativa de resolver o caso concreto e a eleição de apenas um deles de que deverá prevalecer em razão de algumas circunstâncias.

Ocorre, no entanto, que não se pode esquecer que a interpretação tradicional não foi superada como um todo, ao contrário, é no seu âmbito jurídico que continua a ser resolvida boa parte dos conflitos. A questão atual é que os intérpretes do direito passaram a perceber que, em razão da existência de novas relações e conflitos antes não vistos, as normas tradicionais passaram a ser carentes para serem aplicadas na resolução destes novos conflitos e foi a partir daí que se deflagrou um processo de elaboração doutrinária denominada de nova interpretação constitucional.

Como visto, impera quase como unanimidade a prevalência da normatividade de princípios na função interpretativa. No direito do trabalho, ao interpretar a norma a partir de princípios quando em caso de dúvida sobre qual norma deverá ser aplicada, utilizar-se-á a que for mais favorável ao trabalhador.

Deve-se, no entanto, considerar a problemática do uso indistinto de princípios e também a criação indistinta de princípios. Os princípios constitucionais estão previstos na Constituição; já no que tange aos princípios do Direito do trabalho, alguns são extraídos de interpretação e de criações doutrinárias, e ainda jurisprudenciais.

Por esta razão, a concretização dos direitos que se verá no próximo item enfrenta um processo de ponderação de princípios e de subsunção das regras. Se tudo deve ser ponderado na interpretação e aplicação das normas aumenta a subjetividade e, por consequência, se distancia da segurança jurídica.

O sistema atual, em face do processo de ponderação, análise do peso das normas, sua interpretação e aplicação, ganha em justiça, uma vez que se aproxima dos valores sociais objetivados, no entanto, perde em objetividade e se distancia da segurança jurídica. É exatamente aqui que se verifica os excessos e consequências negativas do neoconstitucionalismo: o processo de interpretação das normas nesse novo modelo de interpretação a partir dos princípios.

Não faz nenhum sentido, após terem sido ultrapassados os modelos de autoritarismo surgidos no século XX e neste novo momento de preservação da democracia e discussão do direito, segundo Streck (2009a, p. 447), que "[...] viéssemos a 'depende' da discricionariedade dos juízes na discussão dos assim denominados 'casos difíceis' ou em face das (inexoráveis) incertezas de linguagem".

E acrescenta:

Ora, pensar assim seria substituir a democracia pela 'vontade do poder' (entendido como o último princípio epocal da modernidade) dos juízes ou de uma doutrina que, seguida pelos juízes, substituísse a produção democrática do direito. Essa produção democrática do direito - *plus* normativo/qualitativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito - é um salto para além do paradigma subjetivista. (STRECK, 2009a, pp. 447-448).

Assim, a forma de enxergar o direito precisa ter um "olhar crítico" e sereno dos operadores jurídicos, para que não se permitam os excessos e a corrosão do próprio direito. Segundo Streck (2009a p. 448), "[...] a hermenêutica funciona como uma blindagem contra as interpretações arbitrárias e discricionárias e ou decisionismos por parte dos juízes".

Há, no entanto, que se fazer da distinção do que vem a ser hermenêutica e interpretação. Leciona Delgado:

Distingue-se a *Hermenêutica* (no sentido estrito) da *interpretação*. Esta, como visto, traduz, no Direito, a compreensão e reprodução intelectual de uma dada realidade conceitual ou normativa, ao passo que a *Hermenêutica*

traduz o conjunto de princípios, teorias e métodos que buscam informar o processo de compreensão e reprodução intelectual do Direito. Interpretação é, pois, a determinação do 'sentido e alcance das expressões de direito'. Hermenêutica jurídica, a ciência que busca sistematizar princípios, teorias e métodos aplicáveis ao processo de interpretação - que os absorve e concretiza na dinâmica interpretativa. (DELGADO, 2011, p. 218.)

Ademais, não se pode esquecer que na Constituição vigente predomina a democracia, não cabendo um juiz inquisitivo, que decide conforme suas convicções pessoais e cria um princípio para justificá-las. Há leis que devem ser observadas e um devido processo legal a ser seguido, processo este em que o juiz deve ter uma postura imparcial e não inquisitiva. Além disso, sempre deve ser observado o princípio do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica que possuem previsão legal e constitucional, antes de qualquer outro princípio criado de forma inventiva pelo judiciário.

O direito não é e nem pode ser aquilo que o intérprete quer que seja. De acordo com Streck:

*Não é possível defender a coerência e integridade do direito em um sistema jurídico (re) construído *ad hoc* ou, se se quiser dizer de outro modo, a partir de 'estados de exceção'. Se ao Judiciário é vedado qualquer 'estado de exceção hermenêutico'-através de decisionismos e discricionariedades que acabam em arbitrariedades interpretativas - muito menos se pode falar em quebra do próprio regime democrático. (STRECK, 2009b, p. 328).*

Portanto, é aqui que se sustenta a crítica ao ativismo judicial, que se verá nos capítulos seguintes: o modo expansionista dos juízes de interpretar as normas sob a justificativa de se efetivar o direito e fazer justiça social a partir da ponderação de princípios.

O modo de interpretar deve ser objetivo, pois é no momento da tomada da decisão que se apresenta uma conexão entre o que se pretende e o objeto da decisão. É exatamente neste momento que se verifica a responsabilidade do julgador perante a sua manifestação ao decidir um caso concreto.

Também não se pode fechar os olhos para um verdadeiro "turbilhão de paradigmas" quando se fala em direito e possibilidade de interpretação da norma, bem como os casos inusitados que surgem todos os dias levados a decisão do Judiciário. Desta forma, fica, desde já, a pergunta lançada por Streck (2009b, p. 337) na qual o presente trabalho se propõe a

trazer a discussão: "Como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades, sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente os juízes?)."

Em outra obra o próprio autor entende que o modo de evitar o ativismo judicial (discricionariedade do intérprete) está:

Numa palavra: se o direito é um saber prático, a tarefa de qualquer jurídica, hoje, é buscar as condições para a concretização de direitos - afinal - insisto, a Constituição (ainda) constitui, isto é, a Constituição não perde sua principal característica: a de norma superior e com perfil que ultrapassa paradigmaticamente a noção de direito liberal e social - e, ao mesmo tempo, envidar todos os esforços para evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas. Sendo mais claro: é contraditória qualquer perspectiva jus-interpretativa calcada na possibilidade de múltiplas respostas, porque leva, inexoravelmente, ao cometimento de discricionariedades, fonte autoritária dos decisionismos judiciais. (STRECK, 2008, p. 291).

Revisitados os marcos fundamentais do fenômeno do neoconstitucionalismo e suas consequências, faz-se necessário examinar a constituição do direito e a judicialização da política até se chegar ao ativismo judicial para examinar a postura judicial.

2.3 A constitucionalização do direito

Uma das consequências do processo do neoconstitucionalismo é a constitucionalização do direito e este processo deve ser examinado sob o prisma do próprio texto constitucional em si, que é o conteúdo objetivo, e também sob a perspectiva de quem vai interpretá-lo, que é o conteúdo subjetivo.

No que se refere ao texto constitucional em si (plano objetivo) foram incorporados valores e princípios, cujo conteúdo normativo irradia por todo o sistema jurídico. Notadamente, a incorporação destas formas que antes eram somente infraconstitucionais passaram a repercutir diretamente nos três Poderes e também nas relações entre particulares.

A repercussão no Poder Legislativo foi que o texto constitucional estabeleceu limites para elaboração das leis, tendo o legislativo somente a prerrogativa de elaboração de leis em geral com deveres em atuação para a realização de programas constitucionais. No que se refere a Administração Pública, além de ter limitado a sua discricionariedade também foi

imposto deveres de atuação. Quanto ao Poder Judiciário a constitucionalização serviu de parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade, e passou a ser base para interpretação de todas as normas do sistema ao resolver o caso concreto. Já para os particulares a constitucionalização limitou a autonomia da vontade, subordinando os valores constitucionais e o respeito aos direitos fundamentais.

Com relação ao plano subjetivo, a constitucionalização do direito significou uma mudança de paradigma no que diz respeito à sua interpretação. Houve uma modificação do padrão hermenêutico e as regras clássicas de interpretação antes utilizadas já não são mais suficientes para solucionar conflitos existentes a partir da própria constituição.

Para Barroso⁵ (2006) a constitucionalização do direito se refere a "[...] um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico."

O mesmo autor ainda aponta duas formas para este processo se apresentar. O primeiro deles é que antes algumas questões eram tratadas em normas infraconstitucionais, normas estas que foram deslocadas para dentro da Constituição; o segundo é o deslocamento do *status* da própria constituição, que passou a ser o centro do sistema jurídico e todas as demais normas passaram a ser interpretadas tendo como base a Constituição.

Segundo Virgílio Afonso da Silva:

Quando se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. Mas essa irradiação é um processo e, como tal pode se revestir de diversas formas e pode ser levada a cabo por diferentes atores. (SILVA, 2008a, p. 38).

Nas palavras de Paulo Eduardo D'arce Pinheiro: por "[...] constitucionalização do direito" citando a proposta de Ricardo Guastini: "deve-se entender o processo de transformação do ordenamento ao final do qual esse ordenamento resulta totalmente impregnado por normas constitucionais". (PINHEIRO, 2011, p. 124).

A constitucionalização do direito consiste no processo de propagação por todo o sistema jurídico, do sistema valorativo das normas constitucionais. Desta forma, a superação

⁵ BARROSO, Luís Roberto. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=30. Acesso em 02 de fevereiro 2017.

do positivismo pelo neoconstitucionalismo proporciona a sedimentação da percepção de Constituição “embebedora”, capaz de adequar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos agentes públicos e a dinâmica das relações sociais (STRECK, 2005, p. 161)

No Brasil é certo que a Constituição de 1988 marcou a travessia da supremacia apenas formal, para uma supremacia material, cujo conteúdo passou a ter carga normativa com o ingresso de normas infraconstitucionais e princípios. A partir deste momento o Direito Civil, que antes era visto como o direito geral no Brasil, perdeu destaque e a Constituição passou a não ser mais um sistema em si, mas também passou a ser a origem de interpretação para todos os demais ramos do direito.

Toda interpretação jurídica passou a ser, antes de tudo, interpretação constitucional. Esta talvez seja a característica mais marcante do neoconstitucionalismo, o que Eduardo Cambi chama de "onipresença da Constituição".

Sobre esta onipresença, destaca Cambi:

Por detrás de uma regra legal, há uma norma constitucional que a confirme ou a contradiga. Isto porque as Constituições contemporâneas contêm denso conteúdo material, composto por valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos e aos entes particulares, sendo difícil conceber um problema jurídico que não encontre alguma resposta no texto constitucional e, em certas situações, até diferentes orientações (como, por exemplo, a proteção da propriedade individual e da função social da propriedade). (CAMBI, 2009, p. 59)

Vê-se que, em qualquer operação para a realização do direito, nas palavras de Barroso, envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Segundo ele, aplica a Constituição:

a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI); b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada; (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. (BARROSO, 2005, pp. 27 e 28).

Por conseguinte a supremacia da Constituição é efetivamente reconhecida não só com a reunião de textos formais, mas também com conteúdo material irradiando força normativa para todos os demais ramos do direito e como parâmetro de validade para as normas infraconstitucionais.

Como resultado, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados dos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis.

Da jurisdição constitucional resulta a aplicabilidade da Constituição, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance.

Em suma, a constitucionalização do direito é um fato que ocorre com o ordenamento jurídico, redimensionando a Constituição para o centro de todas as demais normas, sendo que toda a sociedade passou a discutir normas tendo como base a Constituição; referido processo também modificou de forma significativa a separação dos poderes, seus limites e a atuação de cada poder estatal.

2.4 A constitucionalização do direito e o processo de concretização da Constituição

Outro ponto do fenômeno do neoconstitucionalismo, que deve ser enfrentado após a constitucionalização do direito, é a concretização efetiva da Constituição. Os direitos constitucionais efetivados nas normas materiais contidas na Constituição passam a ser uma meta concreta. Meta a ser atingida, alcançada.

Nesse sentido é o pensamento de Walber de Moura Agra (2008, p. 31): o neoconstitucionalismo "[...] tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas à sociedade".

A partir daqui houve uma mudança de paradigma. O foco passa a ser a efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos, principalmente os direitos fundamentais. A constituição não é vista somente como reunião de textos formais e materiais, porém agora seu conteúdo passa a ser a meta a ser atingida, principalmente os direitos fundamentais garantidos.

Este era exatamente o problema das constituições precursoras dos direitos fundamentais, tais como a de Weimar, em 1919, e a do México, em 1917, qual seja: a baixa efetividade de suas normas. Referidas cartas tinham propósito de superação do individualismo arraigado pelo Estado Liberal e tinham como objetivo a busca da reconciliação da sociedade e do indivíduo.

Os chamados direitos fundamentais de segunda geração exigem que o Estado exerça uma atividade prestacional para que haja sua concretização. No entanto, as Constituições acima mencionadas apenas traziam a descrição de programas e objetivos, porém sua aplicabilidade não era imediata.

Para que alguns direitos constitucionais fossem efetivados, seria necessário a interferência do legislador e, portanto, referidos direitos para terem aplicabilidade ficavam na dependência da liberdade da criação do Legislador, da discricionariedade do administrador e ao Judiciário não cabia nenhum papel relevante para a concretização dos direitos fundamentais.

Por essa razão, o novo processo de constitucionalização do direito permitiu que as normas fossem interpretadas com carga de normatividade, o suficiente para regular a vida social. Todas as normas detém eficácia jurídica e, segundo Barroso, "[...] são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado." (BARROSO, 2013, p. 97).

Assim, para resolver a questão da inexistência de efetividade concreta de algumas normas constitucionais surge o princípio hermenêutico da máxima efetividade da Constituição.

Embora sua origem esteja ligada a uma norma programática, segundo Canotilho "[...] a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê" ou seja, por intermédio do princípio de máxima efetividade da norma deve interpretá-la de um modo que lhe seja possível a maior efetividade de que dela se possa extrair. (CANOTILHO, 2003, p. 1224).

No entanto, essa máxima efetividade das normas dependeria da vontade do Poder Público e do clamor da sociedade como um todo para se ter a concretude de determinada

norma. Seria necessário não só a vontade de poder, mas também a vontade de querer praticar a Constituição e extrair dela a máxima efetividades dos direitos ali postulados.

Assim, para se verificar a concretude da Constituição e seus direitos fundamentais ali inseridos seria necessário uma ação conjunta do Legislativo, Executivo, Judiciário e da sociedade em geral.

Aos membros do Legislativo cabe a prerrogativa de não permitir que a capacidade de criação de normas acabe se tornando uma omissão constitucional; ao Poder Executivo, para que se concretize os direitos constitucionais, deve agir no sentido de escolher as políticas públicas necessárias e adequadas para possibilitar a efetivação dos direitos; ao Judiciário, a permanente fiscalização de provável abuso de poder e não se quedando inerte em caso de omissão constitucional na realização de prestações constitucionais; a sociedade como um todo, a efetiva participação comunitária de debates acerca das necessidades mais prementes; a propositura de ações conjuntas de natureza concentrada ou até mesmo propondo denúncias ao Ministério Público, que poderão propor ações em prol da comunidade.

Neste contexto, sendo realizado de fato por cada um e seus pares, permitiria-se a real efetividade dos direitos contextualizados na Constituição e é esta situação de equilíbrio entre os poderes que é o objetivo primordial do neoconstitucionalismo e o que se efetivamente almeja ser alcançado.

A priori tem-se que todas as normas da Constituição possuem eficácia, porém o que se vê é que, embora possuam eficácia, verifica -se a existência de omissão inconstitucional e, por esta razão o neoconstitucionalismo trata do grau de efetividade de cada dispositivo constante no texto constitucional. Referido fenômeno trouxe ao debate que algumas normas possuem maior efetividade que outras, embora todas elas possuam eficácia imediata.

Sobre o grau de efetividade das normas, aponta Ingo Wolfgang Sarlet:

Cuida-se, portanto, de normas, que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou que determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao Legislador. (SARLET, 2012, p. 292).

A omissão constitucional, seja do legislativo por falta de leis efetivas e concretas; seja do executivo por inexistência de políticas públicas adequadas a efetivar tais direitos; seja do judiciário pela inexistência de fiscalização quanto aos abusos e omissões dos demais poderes ou a baixa efetividade de algumas normas, principalmente no que tange ao chamado **mínimo existencial**, permitiu que surgissem ações destinadas a implementação dos chamados direitos sociais, tais como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Os seres humanos necessitam de uma vida minimamente digna. Este é o norte buscado dentro do novo constitucionalismo: a efetividade do chamado mínimo existencial, o que, de fato, sem eles seria impossível viver dignamente.

Cabe ao Estado agir de forma positiva, gerando e implantando condições de igualdade para que os direitos fundamentais sociais sejam concretizados. Por sua vez, é na dignidade da pessoa humana que se encontra o rol de direitos considerados vitais a todos os seres humanos.

Sarlet, embora não tenha adotado diretamente a nomenclatura "mínimo existencial", aponta a essencialidade de algumas prestações materiais previstas nos direitos fundamentais, tais como à saúde, assistência social, previdência social, salário mínimo e à moradia. (SARLET, 2007, p. 330)

E assevera referido autor de que abaixo de um patamar mínimo de saúde, renda e educação não haveria dignidade, destacando que “não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente” (SARLET, 2007, p. 334).

Adotando a expressão "piso mínimo vital", aponta Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Uma vida com dignidade reclama a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento dos tributos, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos indispensáveis ao desfrute de uma vida digna. (FIORILLO, 2007, pp. 67-68).

Quando se trata de mínimo existencial, nas palavras de Cléve:

O conceito de *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde

logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino. (CLÈVE, 2003, p. 27).

Já para Barcellos: “Este mínimo é formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica.” (BARCELLOS, 2002, p. 255).

Dada a particularidade de vários autores do que vem a ser o mínimo existencial, o fato é de que todos corroboram do mesmo entendimento de que este mínimo existencial viabiliza a efetividade dos direitos fundamentais sociais, principalmente os encartados no artigo 6º da Constituição Federal, eis que estão, especialmente, ligados aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Portanto, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está entrelaçado de forma intrínseca à noção de mínimo existencial, tanto que o último ponto substancial da constitucionalização do direito é a colocação do princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo central da Constituição.

2.5 Dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico

O penúltimo ponto substancial do neoconstitucionalismo é a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana para o centro referencial da Constituição. Antes, porém de ser analisado o princípio da dignidade da pessoa humana e sua elevação como princípio constitucional e valor central do ordenamento, será importante mencionar o que vem a ser o termo dignidade.

Para Cleber Francisco Alves:

A palavra DIGNIDADE tem sua origem etimológica no termo latino *dignitas*, que significa 'respeitabilidade', 'prestígio', 'consideração', 'estima', 'nobreza', 'excelência', enfim, indica 'qualidade daquilo que é digno e merece respeito e reverência'. (ALVES, 2001, p. 110).

No que se refere ao ser humano, o termo dignidade segundo o mesmo autor:

Em suma, relativamente ao ser humano é de se lhe reconhecer uma DIGNIDADE fixa e constitutiva mesmo de seu ser, "que lhe corresponde a nível ontológico de uma singular espécie, superior às demais por sua condição original ou inata (todos os homens e mulheres nascemos pessoas, igualmente pessoas, ainda que não pessoas iguais), independentemente de sua cooperação, de seus méritos e seus deméritos. Há que se reconhecer uma 'dignidade adquirida, adventícia, devida a seu comportamento individual ou social'. (ALVES, 2001, p. 110).

Dignidade da pessoa humana em sua conceituação conforme visão kantiana, significa a impossibilidade de redução do homem a um mero objeto. Na obra "Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos declara o filósofo": "Age de tal forma que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio". (KANT, 2008, p. 59).

A partir do pensamento de Kant pode-se concluir de que o ser humano sempre será sujeito de direito e nunca objeto dele. O Supremo Tribunal Federal, na extradição 986, manifestou exatamente este sentido asseverando que: "[...] o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos poderes estatais".

A dignidade da pessoa humana segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que "atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade. (SARLET, 2009, p. 94).

O que a Constituição resguarda não é a dignidade humana em si, mas sim o respeito a ela. Dignidade é algo inerente ao ser humano e o Estado não atribui dignidade a ninguém, mas resguarda, protege e promove, seja por ação, através de prestações que garantam o mínimo existencial, ou por omissão, que é a garantia das liberdades individuais.

Segundo José Afonso da Silva: “A dignidade humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”. (SILVA, 2000, p. 09)

Nas palavras de Barroso:

A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio de realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter. (BARROSO, 2009, p. 250).

Contudo, Alexy informa que mesmo este princípio não é absoluto, até aparenta ser, mas não o é, e em algumas situações deverá ser aplicado com ponderação quando em confronto, como por exemplo, com a preservação da intimidade. Vê-se então que a dignidade em si é absoluta, porém o princípio da dignidade pode ser ponderado se colocado em confronto com outros direitos. É neste contexto que surge o chamado mínimo existencial abordado no item anterior.

Para que todos os cidadãos tenham uma vida digna é necessário que a eles seja garantido, por todos os Poderes em conjunto, ao menos um mínimo necessário, que é a realização dos direitos fundamentais. Nenhum dos poderes tem a prerrogativa de se abster de efetivação destes direitos.

Neste sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no HC 91529:

Evidentemente, não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais, dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos, cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, além de adotar o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio basilar, colocou referido princípio em posição central ao adotar como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Não resta dúvida de que a dignidade da pessoa humana, como princípio basilar que é, contém um valor estrutural para toda a sociedade do qual todos os Poderes devem respeitar. O Estado tendo como fundamento a princípio da dignidade da pessoa humana assume a responsabilidade de reconhecer a pessoa humana como titular de direitos fundamentais que "[...] reconheçam, assegurem, e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade". (SARLET, 2009, p. 106.)

2.6 Judicialização das relações sociais e políticas públicas

Os direitos fundamentais precisam ser protegidos e promovidos pelo Estado. Para tanto é necessário que se promovam ações para proteção de tais direitos ou, muitas vezes, para os mesmos se efetivarem, basta simplesmente que ocorra a omissão estatal. Este é o último ponto crucial do neoconstitucionalismo.

No que se refere às liberdades públicas, denominadas de direito de primeira geração, o Estado precisa apenas se omitir para assegurar a proteção ao bem tutelado. A liberdade de ir e vir será exercida desde que o Estado se omita e não impeça a livre circulação.

Já os direitos de segunda geração, os chamados direitos sociais, seria necessário que o Estado tivesse uma postura proativa para implementar e executar as políticas públicas necessárias para efetivar os direitos relacionados a educação, saúde, seguridade social e os demais direitos sociais.

É óbvio de que as ações relacionadas pelas políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Estado dependem da questão orçamentária. Ao Legislativo cabe aprovar a lei orçamentária e ao Executivo fica a prerrogativa de elaborar e executar as chamadas públicas.

Ao Judiciário, por força da constitucionalização impressa pela Constituição de 1988 cabe a missão de fazer cumprir as finalidades e os propósitos constitucionais, sobretudo, quanto ao tema dos direitos fundamentais.

Assim, a judicialização das relações sociais e das políticas públicas é um fato que deriva do próprio modelo constitucional desenvolvido após a promulgação da Constituição de 1988. Pode-se destacar três grandes causas igualmente relevantes para o crescimento da proatividade do Judiciário.

A primeira delas é a redemocratização, que possibilitou o fortalecimento do espírito de cidadania e o engajamento da sociedade, tanto nas relações sociais quanto na própria consciência e na busca de efetivação de seus direitos, principalmente pela procura da interferência do Judiciário.

A segunda grande causa é o processo de constitucionalização do direito que incorporou inúmeras matérias que até então pertenciam às legislações infraconstitucionais, e incorporou, também, as políticas públicas que antes pertenciam somente ao poder Executivo.

Nas palavras de Barroso:

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. (BARROSO, 2005, p. 44).

Após recuperadas as liberdades democráticas com a Constituição de 1988, o Poder Judiciário passou a ganhar maior espaço e seus membros começaram a desempenhar um papel que antes da Constituição não era visto, como participante efetivo da questão política, deixando de ser apenas um poder técnico.

Esta ascensão do Poder Judiciário frente à nova perspectiva de atuação política, atuando e fazendo valer a vontade constitucional estabelecida pelos direitos fundamentais apregoados na Constituição, fez com que o Judiciário interferisse de forma imperativa em algumas situações no que se refere a definição dos gastos e políticas públicas e, conseqüentemente, nas relações sociais.

Nesse sentido estabelece Ana Paula de Barcellos:

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários e, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição de políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo. (BARCELLOS, 2005, p. 5).

Verifica-se que, embora a definição e desenvolvimento de políticas públicas seja matéria reservada ao Legislativo e ao Executivo, o Judiciário impõe limitação de atuação aos demais poderes, por meio de valores, princípios e direitos fundamentais, ocorrendo o controle judicial das políticas públicas, regras estas que fazem parte do próprio Estado de Direito.

Ocorre, no entanto, que este limite que separa o dever constitucional do Judiciário de controle e o abuso de poder é, todavia, muito tênue. Até que ponto é o limite de atuação do Poder Judiciário de atuar no controle das políticas públicas e interferência das relações sociais sem que haja a violação da regra de separação dos Poderes?

É necessário que haja o estabelecimento de parâmetros objetivos capazes de delimitar a atuação do Judiciário, para que os membros que o compõem possam agir no estrito cumprimento de sua missão a que lhes foi conferido.

A terceira grande causa foi a introdução do sistema de controle constitucional inserido pela Constituição de 1988 e a ampliação ao direito de propositura das ações.

Assim, em razão do aumento das demandas judiciais, o processo de constitucionalização do direito e o crescimento e abrangência de atuação do Poder Judiciário, verificou-se uma expressiva judicialização das relações sociais e políticas, que passaram a ser resolvidos em tribunais superiores.

Importante ilustrar alguns temas e questões que foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na história recente do processo de judicialização, conforme bem apontado por Luis Roberto Barroso⁶:

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal; (iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=23 Acesso em 28 de janeiro de 2017.

coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde. (BARROSO, 2006)

É certo que o Poder Judiciário atua na resoluções de conflitos utilizando argumentos jurídicos, porém não há como negar de que o judiciário acaba por resolver questões políticas o que pode ser comprovado com os exemplos acima citados.

No que se refere a legitimidade democrática dos juízes para resolver questões políticas, aborda Eduardo Cambi:

A vontade política de uma comunidade jurídica deve ser capaz de buscar a construção de um direito que se legitime pela consagração de fins coletivos. Com isto, o direito não se reduz ao direito positivado, incluindo as lutas culturais e sociais, as quais têm influenciado a afirmação histórica dos direitos humanos. (CAMBI, 2009, p. 266).

E, em outro momento de sua obra, prossegue dizendo que:

Direito e política têm, cada um, função própria cabendo, ao direito, a *estabilização de expectativas de comportamento* à política, a *realização de fins coletivos*. Em contrapartida, há *funções recíprocas* entre direito e a política, cabendo-lhes institucionalizar o direito, por parte do Estado, e assegurar os meios de organização política. No Estado Constitucional de Direito, o direito é subordinado à política, na medida em que constituiu o seu produto e instrumento, mas também a política, por sua vez, está submetida ao direito, posto que as escolhas dos governantes estão sob o império das leis e vinculadas às normas constitucionais, devendo-se observar os direitos fundamentais. (CAMBI, 2009, p. 267)

E conclui:

No entanto, isto não significa que o direito e a política sejam o mesmo fenômeno. caso contrário, a questão da legitimidade do direito se resumiria a positivação das normas jurídicas. O direito está na política, mas não se circunscreve a ela. O direito é capaz de questionar a validade e a legitimidade das normas produzidas no processo político. (CAMBI, 2009, p. 267).

Não se pode deixar de registrar que o Poder Judiciário é composto por características diversas, se comparado aos demais poderes. Enquanto no Legislativo e no Executivo seus membros são eleitos pelo povo, os membros do Judiciário não passam por processos eletivos e são escolhidos por meio de análise de reconhecimento de amplo

conhecimento jurídico e processo de investigação social, após realizarem os concursos públicos a que são submetidos ou, em se tratando de membros dos tribunais superiores, após serem indicados pelo Executivo e passado pelo crivo do Legislativo para comporem as suas cadeiras.

Aos juízes cabem decidir de maneira imparcial, baseado em leis e na Constituição Federal. Porém, o poder conferido aos juízes e tribunais é representativo e deve ser exercido em nome do povo e para o povo. Por esta razão e com crescimento vertiginoso da atuação judicial vem se discutindo a sua legitimidade, seus desdobramentos e quais os limites desta atuação.

No que se refere ao controle de constitucionalidade das normas muito já se discute se existe vasta literatura sobre o tema. Com relação ao controle de constitucionalidade de políticas públicas, apenas recentemente o tema vem ganhando destaque e sendo matéria de enfrentamento a ser discutido.

Assim, ao Judiciário cabe não só a aplicação o direito a luz da lei e da Constituição, mas também cabe o papel de assegurar determinados valores e observar os procedimentos de deliberação e participação democrática.

O controle de políticas públicas envolve a delimitação a ser instituída entre a matéria que deve ser submetida a maioria política e o que apregoa a Constituição. Se de um lado a Constituição estabelece a proteção de direitos fundamentais e a garantia da dignidade humana apoiado na efetivação do mínimo existencial determinando a realização de políticas públicas para efetivá-los, de outro lado também estabelece diretrizes sobre o investimento de recurso e as políticas públicas a serem desenvolvidas pelos poderes Legislativo e Executivo.

Ao judiciário, principalmente ao Supremo Tribunal Federal, cabe resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes.

O Poder Judiciário deve julgar com base em fundamentos de políticas constitucionais, sendo que suas decisões devem ser pautadas por valores, princípios e regras contidas dentro do ordenamento jurídico. É óbvio que não se pode e nem se quer neste trabalho negar a legitimidade de atuação democrática do Judiciário, pois cabe aos órgãos judiciais intervir na formação, controle e execução de políticas públicas.

A atuação do Judiciário na efetivação da Constituição Federal é o cerne de discussão deste trabalho. O que se pretende trazer a discussão não é a legitimação ou não do referido órgão, mas sim a forma e limites de sua atuação.

O Poder Judiciário não pode deixar desqualificar sua própria atuação e isto ocorrerá quando atuar abusivamente, exercendo preferências políticas ao invés de realizar os princípios constitucionais.

Sobre esta interferência de forma abusiva esclarece Eduardo Cambi:

Assim sendo, cabe aos órgãos judiciais intervir na formação, controle e execução das políticas públicas. Todavia, tal intervenção não pode ser irrestrita nem irresponsável, devendo ocorrer somente quando há um dever legal ou constitucional violados. Trata-se, pois, de intervenção derivada ou subsidiária. Logo, a liberdade do juiz não é absoluta, estando limitada pela potencialidades de interpretação sistemática da Constituição ou das leis e a solução da situação fática emoldurada no caso concreto. (CAMBI, 2009, p. 271).

Nos demais capítulos será discutida a questão da interferência judicial, por muitos denominado de ativismo judicial e, posteriormente, mais especificamente o ativismo judicial na Justiça do Trabalho.

Verifica-se que, no Brasil, o estudo é recente quanto à preocupação de equilíbrio entre a supremacia da Constituição, a interpretação constitucional por parte do jurisdicionado e o desenvolvimento de políticas públicas efetivas a serem desenvolvidas pelos políticos (Legislativo e Executivo) para efetivar direitos fundamentais constitucionais.

CAPÍTULO 3 - ATIVISMO JUDICIAL

No presente capítulo se inicia a abordagem do tema central deste trabalho: o **ativismo judicial**. Antes, porém, neste tópico será apresentado um breve delineamento de qual é a posição do Poder Judiciário na atualidade.

3.1 A posição do Poder Judiciário no Brasil contemporâneo

Conforme já demonstrado anteriormente, houve uma mudança de paradigma de jurisdição ao longo dos anos, que modificou a posição do Poder Judiciário. A partir da instituição do Estado Social o Judiciário começou a exercer um novo papel, pois era o único órgão a interpretar normas e arbitrar sobre legalidade e aplicar o direito.

Atualmente o princípio da separação de poderes enfrenta novas alterações, pois há modificações de distribuição de poder dentro dos próprios poderes constituídos. A política é que estabelece a valorização ou não de cada poder e é a política contemporânea que vem sobrepondo o Judiciário aos demais poderes.

Na história, sempre houve a preponderância de um poder sobre o outro e, em razão da política atual, do Poder Judiciário vem se sobrepondo aos demais poderes pois a partir de 1988 a Constituição Federal passou a dotar o Judiciário de uma independência de exercício de poder nunca antes vista, para assegurar a eficácia da Constituição.

Segundo Eduardo Cambi:

A principal questão que se coloca no contexto atual de revisão do princípio da separação dos poderes não é retornar ao passado (modelo liberal), impedindo que o juiz controlasse o conteúdo material (legitimidade) da lei para evitar os riscos de politização do Judiciário. Isso não é necessário, nem seria possível, porque os direitos fundamentais não podem mais ser compreendidos apenas como direitos de defesa (direitos de abstenção, ou seja, aqueles que impõem aos seus destinatários não fazer, proíbem destruir, afetar negativamente, etc.), obrigando à atuação positiva do Poder Público e dos particulares (direitos de proteção, que são aqueles que impõem em seus destinatários fazer ou mandados de proteger e promover algo). O desafio atual é o desenvolvimento de técnicas que evitem a manipulação dos juízes pela expansão tecnológica e por todas as formas de poder que se alimenta. (CAMBI, 2009, p. 200).

O Poder Judiciário ao longo da história sempre se manteve alheio às questões políticas e sua função se restringia a de um órgão técnico dotado apenas da função de aplicar a lei e esta atuação adveio das orientações de Montesquieu que dizia: "[...] os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que esta lei não pode moderar nem a força nem o rigor." (MONTESQUIEU, 2000, p. 175)

Porém as transformações e exigências sociais transformaram-se ao longo do tempo e foi necessário que a ciência jurídica assumisse um novo papel perante a sociedade.

Segundo Valle: "A ideia de subsunção abre espaço para a ponderação; a independência da lei cede lugar a onipresença da Constituição e, enfim, a autonomia do legislador democrático é confrontada com a onipotência dos Tribunais Constitucionais". (VALLE, 2009, p. 04).

Esta nova posição do Poder Judiciário se deu em razão de vários fatores, mencionados nos tópicos e capítulos anteriores e que vale a pena repeti-los neste momento do trabalho: houve uma mudança de ideologia constitucional por conta da posição de centralidade da Constituição a partir de 1988 e com ela a vontade de concretização das normas constitucionais com a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana como valor central a ser buscado, tornando-se, o Judiciário, o responsável pela efetivação dos direitos fundamentais.

A expansão da jurisdição constitucional, de acordo com Eduardo Cambi, se deu em razão da expressiva desigualdade social, destacando que:

A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige firmeza do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas contidas na Constituição Federal de 1988. (CAMBI, 2009, p. 181)

Nesse sentido Neal Tate constata que o Judiciário "[...] é utilizado como recurso das minorias parlamentares contra as maiorias, como arma de oposição do jogo político". Fato que desencadeia a participação do Judiciário no cenário político. Outra possibilidade é a não promoção dos direitos das minorias compativelmente com os ditames da Carta, também chamando o órgão julgador a se pronunciar sobre a questão. (TATE; VALLINDER, 1995, p. 30).

Tudo isso possibilitou que o Poder Judiciário se apresente na atualidade em posição de centralidade e relevo se for comparado aos demais poderes, o que não significa necessariamente o fenômeno do ativismo judicial, pois centralidade é uma coisa e ativismo, como será apresentado, é outra e com ela não se confunde.

Não se pretende neste trabalho questionar a tentativa de retirar a centralidade do Judiciário, não é esta a pretensão. Mesmo porque num Estado Democrático de Direito não se pode abrir mão de um Poder Judiciário independente, pois assim não haveria como concretizar direitos fundamentais estampados na Constituição.

O que se pretende com este trabalho é oferecer discussão de como tem sido a atuação do Poder Judiciário frente a esta nova perspectiva. A reflexão que se faz é de que forma tem sido a atuação do Judiciário frente a centralidade da Constituição e a constitucionalização do direito. Sua atuação proativa está, de alguma forma, comprometendo o princípio da separação dos poderes? Há exacerbação de poderes por parte do Judiciário?

Não há dúvida de que com o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social surgiu a necessidade de rediscutir as práticas argumentativas dos operadores dos direitos, principalmente dos integrantes do Poder Judiciário.

O que se pode afirmar é que todas as questões e conflitos levados a juízo são direta ou indiretamente constitucionais, o que afeta, sobremaneira a forma de interpretação judicial. Eduardo Ribeiro Moreira explica que o magistrado ao fazer a interpretação judicial efetuará a vinculação ao texto constitucional podendo ser de forma direta, indireta negativa e indireta finalística. (MOREIRA, 2010, p. 222).

A aplicação de forma direta da Constituição, segundo Moreira, se dá quando o juiz decide aplicando diretamente normas ou princípios constitucionais. A interpretação indireta negativa seria a verificação da constitucionalidade da norma infraconstitucional antes de aplicá-la, fazendo um juízo de compatibilidade com a Constituição e, uma outra forma de interpretação constitucional, a indireta finalística, refere-se a comprovação dos resultados da aplicação concreta da norma constitucional produz os resultados compatíveis com a própria Constituição.

Essa gama de possibilidades interpretativas de algum modo possibilita uma análise extensiva da Constituição de modo a extrair normas implícitas e idôneas para regular a vida social, de forma que não resem espaços vazios na Constituição e sanem as suas próprias

omissões legislativas, permitindo ao Judiciário atuar de maneira legislativa para regular a sociedade.

Este caráter eminentemente criativo quanto ao conteúdo da norma depende de participação do intérprete, juntamente com a inserção de outros métodos interpretativos, levando ainda em consideração os valores morais nela inseridos.

É exatamente neste ponto que se discute a atuação do Poder Judiciário.

Essa nova forma de ver o direito, onde o Judiciário possui liberdade para interpretá-lo das mais variadas formas e de forma expansiva, "criando o direito" - embora o Poder Judiciário seja reconhecido como responsável pela implementação judicial dos direitos fundamentais e realizar o controle de políticas públicas - resultaria sua atuação em ativismo judicial? Se não for ativismo judicial propriamente dito, seria, ao menos, uma forma de incentivá-lo.

A interpretação da norma efetuada pelos integrantes do Poder Judiciário permite inúmeras situações possíveis, pois cada intérprete possui a sua própria maneira de enxergar o mundo, o que reduz substancialmente a objetividade do sistema e a segurança jurídica, pois para o mesmo conflito pode se ter decisões diferentes dada a peculiaridade de cada julgador interpretar. E, segundo Gilmar Mendes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 124), "[...] sem um mínimo de segurança e previsibilidade quanto ao desfecho dos conflitos humanos seria impossível a convivência social".

Será necessário um aprimoramento de interpretação da norma para encontrar mecanismos que preservem sua segurança jurídica e a objetividade, evitando o abuso de poder e limitando a atividade judicial.

E é em razão da necessidade de limitação da atuação proativa do Judiciário que as teorias argumentativas ganham relevância no contexto atual, que serão discutidos nos capítulos seguintes com mais aprofundamento.

Por hora, importante mencionar que, se o sistema de interpretação da norma se mostrar aberto demais, será necessário buscar limitações no seio das teorias de interpretação da norma, do contrário a interpretação expansiva da norma poderá colocar em risco o princípio da separação dos poderes e atribuir ao Judiciário o *status* de "superpoder" ante a concentração de plenos poderes suscetíveis de abusos e desvios.

Sobre a concentração de poder ao Judiciário estabelece Eduardo Cambi:

[...] há de se impedir a criação de um 'superpoder', suscetível de abusos e de desvios. A concentração de *plenos poderes* no Judiciário redundaria no *monismo do poder*, comprometendo a separação dos poderes que, ao lado dos direitos fundamentais, também compõem o núcleo essencial da Constituição Brasileira (art. 60, parágrafo 4, III e IV). O indesejável *governo dos juízes* somente pode ser combatido com a *diferenciação funcional* (legislação, execução e jurisdição), a *delimitação institucional de competências e o controle e a independência recíprocos* entre os diversos órgãos que exercem parcela do poder estatal. (CAMBI, 2009, pp. 200-201).

Portanto, no cenário atual, esta postura mais proativa apresentada pelo Poder Judiciário traz muitos reflexos que podem ser positivos ou negativos, uma vez que a atuação de seus membros se expande a um número cada vez maior de pessoas e objetos.

3.2 Experiências estrangeiras de ativismo judicial

É inegável que o estudo do direito comparado e análise das diferenças dos sistemas jurídicos de outros países contribuirão para o entendimento do ativismo judicial no Brasil. Para tanto, será apresentada uma análise dos sistemas jurídicos de alguns países e da ocorrência do fenômeno do ativismo judicial para, posteriormente, ser analisado o movimento no Brasil.

Sobre a importância do estudo de experiência estrangeiras menciona Elival da Silva Ramos:

Em um mundo integrado como aquele em que vivemos é desnecessário insistir na importância do estudo do Direito Comparado, dada as múltiplas influências entre os diversos sistemas jurídicos. Na temática escolhida, entretanto, é fundamental a visão comparatística, porquanto se a caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário. (RAMOS, 2015, p. 106).

Segundo Elival da Silva Ramos:

[...] deve-se reconhecer que, nos sistemas *civil law*, a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros. (RAMOS, 2015, p. 107).

E continua:

Em sentido inverso, nos sistemas *common law*, como é o caso do direito da Inglaterra e dos Estados Unidos, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, não obstante o impacto sobre o sistema estadunidense da existência de uma Constituição dotada de supremacia formal e da crescente importância da legislação em ambos os ordenamentos. (RAMOS, 2015, p. 107)

E concluiu o referido autor, citando Edward D. Re que neste sistema, "[...] uma decisão judicial desempenha dupla função":

A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, de acordo com a doutrina da *res judicata* as partes não podem renovar o debate sobre as questões já decididas. Em segundo lugar, no sistema da *common law*, consoante a doutrina do *stare decisis*, a decisão judicial também tem valor de precedente. (RE *apud* RAMOS, 2015, p. 107)

A análise de decisões judiciais em países que adotam o *common law* será apresentada em seguida, e também a dos países que adotam o *civil law*, para que seja possível se fazer uma análise comparativa do fenômeno.

3.2.1 Estados Unidos

Os fenômenos constitucionais dos Estados Unidos possuem grande relevância para o Direito em todo o mundo, tendo em vista que suas discussões doutrinárias e jurisprudenciais

irradiam efeitos em todo o sistema jurídico, consoante se infere das lições de Luís Roberto Barroso⁷:

O modelo de constitucionalismo praticado no mundo contemporâneo, tanto nas democracias tradicionais como nas novas democracias, segue, nas suas linhas gerais – ainda que não no detalhe –, o padrão que foi estabelecido nos Estados Unidos ao longo dos últimos duzentos anos: (i) supremacia da Constituição, (ii) controle de constitucionalidade, (iii) supremacia judicial e (iv) ativa proteção dos direitos fundamentais. As três primeiras características remontam à mais notória decisão proferida pela Suprema Corte americana: *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Este foi o marco inicial do reconhecimento da Constituição como documento jurídico, e do Judiciário como o poder competente para lhe dar cumprimento. O quarto aspecto usualmente ligado ao direito constitucional americano – o ativismo judicial – refere-se a um lapso de tempo relativamente reduzido de sua história: os cerca de vinte anos que correspondem à presidência de Earl Warren na Suprema Corte (1953-1969) e aos primeiros anos da presidência de Warren Burger (1969-1986). Depois desse período, a Suprema Corte foi envolvida por uma onda conservadora, com a nomeação de juízes que tinham uma visão severamente crítica do ativismo judicial e dos avanços obtidos. (BARROSO, 2011).

O embate acerca da aplicação dos valores constitucionais nos EUA está baseado na legitimidade e nos limites da atuação do Judiciário e não mais na interpretação e materialização dos valores constitucionais pelo órgão judicante, tendo sido evidenciado inicialmente pelo julgamento “*Marbury v. Madison*”, que lançou os fundamentos da jurisdição constitucional.

O caso *Marbury v. Madison* foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Naquela ocasião a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte procurou demonstrar que esta atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 11 de maio de 2017.

Judiciário na matéria é tida como primorosa. Ao decidir, Marshall expôs em suas razões os três fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade.

Num primeiro momento apontou a supremacia da Constituição. Segundo Barroso: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Num segundo momento, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, num terceiro momento evidenciou o ponto mais controvertido de sua decisão: o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à Constituição a Corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerà a hipótese. E se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do Legislativo, a Constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam. (BARROSO, 2011).

Assim, o caso de *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, foi o marco inicial de reconhecimento da Constituição como documento jurídico e do Judiciário como o poder competente para lhe dar cumprimento.

Brevemente vale a pena relatar o caso: Marbury havia sido nomeado juiz de paz do Distrito de Colúmbia nos últimos dias da Administração de John Adams, mas tivera sua posse recusada por James Madison, então Secretário de Governo, por determinação do novo Presidente, Thomas Jefferson, o qual estava insatisfeito com as nomeações de última hora do Presidente John Adams. Marbury, então, resolve impetrar um *mandamus* contra o ato de James Madison, que deixa o *writ* correr à revelia.

Por ocasião do julgamento e dada a peculiaridade do caso, chegou-se a sugerir o *impeachment* dos juízes que, caso deferissem a medida, ousassem aplicar os princípios da *Common Law* à Constituição. A Suprema Corte, sob a Presidência de Marshall, declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei Judiciária de 1789, que atribuía ao Supremo Tribunal competência para o julgamento do *mandamus* contra ato do Secretário de Governo.

Por ocasião da decisão do caso *Marbury v. Madison* se revelou o primeiro caso de declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal e o primeiro caso de protagonismo judicial que ao longo das décadas foi se expandindo.

O segundo caso de declaração de inconstitucionalidade de lei, segundo Baum, ocorreu anos mais tarde. Assevera:

O segundo caso de declaração de inconstitucionalidade de lei federal ocorreu quase meio século mais tarde, no criticado *Scott versus Sandford*, em 1857, já sob a Presidência do Chief Roger Taney. Enquanto Marshall, o mais longo Chief of Justice da Suprema Corte Norte-Americana, declarou a inconstitucionalidade de uma única lei federal; durante a Presidência de Roger Taney, a Corte exerceu o poder de revisão em mais de uma dúzia de leis estaduais (BAUM, 1987, p. 38)

Por óbvio de que este reconhecimento inicial do protagonismo judicial americano, incitou aos juristas as primeiras discussões e levantamentos: se determinada decisão judicial extrapolava os seus limites, se era ou não antidemocrática, se era ou não excessivamente criativa; se era ou não indesejada pelos legisladores, por fim, se era ou não manifestação propriamente ativista.

Segundo Barroso sobre a atuação do Judiciário americano:

A história do direito constitucional americano é contada pelas decisões da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário, composto por nove membros (Justices). Desde que avocou a condição de intérprete maior da Constituição, sua trajetória é marcada por avanços e recuos, prudências e ousadias, ativismo e autocontenção. A brevidade do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana. (BARROSO, 2009, p. 20)

Curiosamente, os primeiros debates sobre o tema em si "Ativismo Judicial" foram protagonizadas por Arthur Schlesinger, um historiador norte-americano, quando escreveu um artigo em 1947 para a revista **Fortune**, cujo tema central discutia a função judicial dos magistrados que compunham a Suprema Corte norte-americana. Também foi o primeiro a utilizar a expressão "ativismo judicial" para designar a atuação proativa dos integrantes daquela Corte.

No que se refere a utilização da expressão "ativismo judicial" mencionada pela primeira vez pelo historiador Arthur Schlesinger, acertando ou errando a classificação do tema que propunha discutir, o fato é que esta designação ganhou a aceitação dos operadores do direito que, a partir de então passaram a utilizá-la, seja para o viés positivo ou negativo,

nos casos em que o Poder Judiciário atua de forma proativa efetivando direitos fundamentais, ações governamentais e de políticas públicas de competência originária do Legislativo e do Executivo.

A discussão do nobre historiador abordava que alguns integrantes da magistratura eram adeptos a postura ativista para resolver problemas governamentais e outros se pautavam na autocontenção. Para ele, os que defendiam a postura ativista tomavam decisões com base nos resultados e os que defendiam a autocontenção decidiam com base nos valores determinados pelo processo democrático.

Os que tinham postura ativista entendiam que o Judiciário deveria ser visto como um instrumento de realização de justiça social, já os defensores da autocontenção, preocupados o que cada juiz entendia por "justiça", ao prolatarem suas decisões entendiam que a interpretação da lei para julgar o caso concreto não poderia ser misturada com a atividade política ou por escolhas intrínsecas e pessoais de cada julgador, tais como a ética, a moral e as formações de seu caráter e esta postura impediria o impulso da supremacia judicial.

Essa discussão levantada por Arthur Schlesinger contribuiu consideravelmente para a discussão do ativismo judicial. Com esta discussão inicial, proposta pelo historiador, foi possível pela primeira vez levantar assuntos e discutir de que forma ocorriam as decisões judiciais. Verificou-se um embate entre os juízes que não eram eleitos e a vontade dos legisladores que haviam sido eleitos; a tensão entre decisões baseadas em resultados e decisões orientadas pelos princípios democráticos; a ideia sistemática de defender a supremacia da vontade da maioria sem, no entanto, prejudicar interesses legítimos das minorias e, por outro lado, verificar as repercussões políticas de determinadas formas de se aplicar o direito.

Não se falava em ativismo judicial, porém já era possível visualizar posturas de protagonismo judicial que eram avaliadas pelos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo.

Em alguns momentos o Judiciário decidia com base em regras adstritas ao Legislativo, referidas decisões eram qualificadas como legislação judicial. Embora esta seja uma característica do sistema jurídico dos países com tradição da *common law*, como é o caso dos Estados Unidos, não se pode deixar de lado as críticas surgidas sobre as referidas posturas judiciais consideradas abusivas, pois entendiam que havia a usurpação legislativa.

Nas palavras de Barroso: "É certo que o sistema jurídico americano, fundado na tradição do *common law*, dá aos tribunais um amplo poder de criação e adaptação do Direito". (BARROSO, 2009, p. 18), no entanto, já se discutia a atuação da Corte norte americana acerca de sua legitimidade.

Não se pode deixar de registrar a inconsistência do próprio discurso do protagonismo judicial americano. Verifica-se que há pareceres favoráveis e desfavoráveis ao assunto se alternando no discurso político de liberais e conservadores sobre divisão de conceitos e opiniões contrárias e favoráveis do ativismo e da autocontenção. Não era difícil visualizar um magistrado conservador atuando de forma mais proativa ou um ativista pregando autocontenção, mas ambos em algum momento entenderam a necessidade de contestar a autoridade do Congresso Americano.

A depender de quem discursa a expressão ativismo judicial, ora se verifica uma postura de ruptura aos precedentes estabelecidos, ora se verifica a prevalência de uma postura protagonista do judiciário, ora se visualizam decisões que discutem o papel do Judiciário frente aos demais poderes e outras decisões trazem à tona a discussão sobre qual seria o limite de atuação jurisdicional.

Desta forma, nota-se a grande disparidade na doutrina norte-americana sobre a designação do que vem a ser a expressão Ativismo Judicial (*judicial activism*).

Certo é que a postura decisória dos magistrados vem sendo analisada e que uma interferência profunda pode ocorrer não apenas com base no texto constitucional, e este potencial de atuação, a depender de como se manifesta, pode ser visto como prática da denominação dada **ativismo judicial**.

O fenômeno do ativismo judicial norte-americano foi, num primeiro plano, de natureza conservadora e, posteriormente ocorreu de forma mais proativa quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu decisões progressistas em matéria de direitos fundamentais.

Nesse sentido Andréa Elias da Costa:

Registre-se que o ativismo judicial foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral. A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a

vigência de Warren (1953-1969), e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressiva em matéria de direitos fundamentais, em especial em questões envolvendo negros. (COSTA, 2010, p. 53)

Este fenômeno foi o responsável por grandes mudanças sociais nos Estados Unidos, dentre as quais a ampliação dos direitos civis e políticos dos cidadãos americanos, que podem ser exemplificados pela impossibilidade de separação de crianças brancas e negras nas escolas americanas, tida como inconstitucional; instituição de uma política de integração; afastamento do uso de provas obtidas de forma ilícita; e proteção do direito à intimidade.

Barroso aponta a importância do ativismo protagonizado pela Corte Warren:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. (BARROSO, 2012, p. 9).

Segundo Fredie Didier:

Durante a década de 50 a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel significativo na defesa dos direitos civis para as minorias sociais, sobretudo minorias raciais. O expressivo crescimento de programas federais, durante o período do New Deal, demandava uma atenção específica para o impacto das suas ações nos contextos concretos das realidades locais, tornando o Judiciário espaço derradeiro no processo de garantia dos direitos das minorias. (DIDIER JR., 2013, p. 83)

A primeira grande decisão da Corte Warren, data de 1954, quando foi resolvido o caso *Brown v. Board of Education*, que diz respeito a segregação racial ocorrida no ensino público. A Corte julgou inconstitucional a segregação racial ocorrida em escolas públicas, sendo que Warren, ao proceder seu voto, afirmou que segregação racial produzia uma sociedade desigual e, por esta razão, seria inconstitucional, uma vez que confrontava a proposta igualitária trazida pela Emenda XIV. A partir desta decisão qualquer caso de segregação racial seria considerado inconstitucional.

Após este período da Suprema Corte presidida por Warren, o ativismo judicial passou a ver visto de maneira negativa, sendo relacionado a impropriedade do exercício do poder, motivo pelo qual a conduta ativista nos EUA na atualidade é vista de forma contrária a sua Constituição.

Não é à toa que os últimos anos marcaram o início de um período de autocontenção no modelo americano. Segundo leciona Barroso⁸:

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2008).

A autocontenção judicial, tem como fundamento principal o acatamento das decisões do Executivo e interpretação estrita das normas postas, como conclui Barroso⁹:

Paradoxalmente, nos últimos anos, a prática constitucional americana tem percorrido trajetória inversa. Discursos à direita e à esquerda têm procurado restringir o papel da jurisdição constitucional e valorizar o papel do Poder Legislativo. Em curioso processo, vozes representativas têm pregado abertamente a adoção da supremacia do Legislativo e da lei, o que corresponde, em última análise, ao modelo europeu anterior à 2ª Guerra. Como decorrência, o discurso do momento é a favor da interpretação constitucional estrita e contrário ao ativismo judicial. Aliás, em diferentes

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4 Acesso em 2 de abril de 2017.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Interesse Público — IP, Belo Horizonte, v. 12, n. 59, p. 13-55, jan./fev. 2010. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf. Acesso em: 11 de maio de 2017.

momentos, a impressão de um observador externo é de que se desenvolveu juma modalidade de ativismo contrária aos direitos civis. De parte isto, a partidarização manifestada em algumas decisões e a volta da religião ao espaço público também parecem afastar o direito constitucional americano do modelo que encantou o mundo. (BARROSO, 2010)

A experiência dos Estados Unidos mostra a necessidade de reflexão da atuação do Poder Judiciário e da adequação ao seu papel constitucional. Embora o fenômeno do ativismo judicial possibilite a efetivação de direitos fundamentais e demandas de natureza social, que deveriam ser efetivamente cumpridas pelos poderes Executivo e Legislativo, não se pode dissociar da necessidade da coexistência e consolidação dos diferentes poderes, sendo todos eles atuantes e equilibrados entre si. Como já dito, a sobreposição exacerbada de um poder sobre os demais, colocará em risco o sistema da separação de poderes.

Considerando que o progresso da interferência do Judiciário se verifica nos países com experiências jurídicas democráticas, cita-se outros países dos quais o debate do ativismo judicial se intensificou ao longo dos anos. Os exemplos são numerosos e inequívocos.

3.2.2 As experiências europeias: Espanha, Alemanha e Itália

Na Europa verifica-se a existência de um modelo de constitucionalismo que se assemelha entre os seus países, com manifestações semelhantes de ativismo judicial.

Em seguida são apresentados os principais pontos.

Na Espanha a expressão **ativismo judicial** é utilizada quando se verifica a existência de criatividade nas decisões judiciais e quando se verifica a implementação de direitos fundamentais.

Este país também viveu uma instabilidade política, após ter enfrentado uma guerra civil e o regime fascista autoritário. O Tribunal Constitucional Espanhol foi criado em 1978 juntamente com a Constituição.

Assim como na Itália, que será vista a seguir, a Corte Constitucional passou a atuar na lacuna da omissão legislativa, verificando desta forma, posturas de atuação ativista. Esta atuação ativista da Corte Constitucional criou um estado de tensão entre os órgãos políticos, que juntamente com a opinião pública inflamada pelo estado de tensão, passaram a limitar a atuação ativista da Corte Constitucional Espanhola.

Já na Alemanha, o ativismo judicial tem se manifestado na Corte Constitucional Alemã, principalmente quando se refere às decisões relativas a efetivação de direitos fundamentais.

Na Alemanha, o movimento constitucional foi iniciado após o final da segunda guerra mundial, sendo que foi o primeiro país a criar um Tribunal Constitucional, em 1951. O Tribunal criado passou a analisar a Constituição de forma a garantir os direitos fundamentais nela elencados, levando em consideração os valores trazidos pela Constituição.

Isso fez com que as decisões da Corte Constitucional irradiassem para as decisões dos órgãos de direção superior do Estado, os quais são os responsáveis pela vontade política, sendo que, para evitar o impacto político das decisões, o Tribunal passou a utilizar estratégias para não criar conflito com o Poder Legislativo.

Nesse sentido são as palavras de Donald Kommers citado por Valle *et al.*:

São provimentos de cunho admonitório, em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa; ou aqueles em que a Corte sustenta a ainda constitucionalidade da norma, mas adverte o legislador de que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, salvo atuação legislativa retificadora. Ambas são, sem dúvida, estratégias destinadas à construção de um diálogo institucional que permite evoluir a teoria constitucional, sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes (KOMMERS *apud* VALLE *et al.*, 2009, p. 28).

Com esta estratégia criada pelo Tribunal Constitucional Alemão foi possível a realização de um intercâmbio entre as instituições que permitiram uma evolução constitucional sem instalar uma crise no princípio da separação dos poderes.

Essa iniciativa, no entanto, não foi suficiente para se resolver o problema das omissões legislativas, pois embora houvesse declarações de inconstitucionalidade por omissão, na prática, não havia efetividade no cumprimento das decisões por parte do legislativo.

A experiência italiana ocorreu da seguinte forma. Assim como a Alemanha, a Itália foi precursora do novo constitucionalismo pós-guerra. Houve a promulgação da constituição em 1947 e o Tribunal Constitucional foi criado em 1956.

Durante o período fascista verificou-se um longo período de omissões legislativas. Por esta razão, a Corte Constitucional teve que assumir um papel fundamental de reforma política, por vezes, substituindo o legislador na tentativa de democratizar o ordenamento jurídico italiano. Foram pronunciadas inúmeras sentenças com perfil "ativista" para retirar o antigo modelo autoritário e inaugurar um novo regime democrático.

Diferentemente da Alemanha, a Itália sempre evitou os conflitos com os órgãos políticos, porém passou a adotar uma estratégia de expansão da atuação ativista, proferindo sentenças interpretativas e aditivas.

As sentenças proferidas, conforme interpretação da lei, resultavam em duas espécies de decisão: a primeira era a interpretativa que visava a conservação da lei no ordenamento; a segunda era a manipulativa, sendo aquela na qual o Tribunal não se limitava a declarar somente à inconstitucionalidade.

Os juízes italianos, para adequar o velho modelo ao novo, proferiram sentenças das quais extrapolaram a sua própria função, adicionando um novo sentido às leis e interpretando a ponto de manipular o sentido de cada lei, promovendo o que ficou conhecido como sentenças manipulativas.

Foi por meio de uma sentença manipulativa que foi possível a Corte declarar a inconstitucionalidade da lei na parte que deveria prever e não havia previsão alguma, sanando assim a omissão legislativa. O primeiro grande exemplo de ativismo judicial na Corte Italiana foi a sentença 190, proferida em 1970. Em referido caso se discutia a questão da legitimidade constitucional do Ministério Público durante a instrução criminal nos interrogatórios de acusados, porém não previa sequer a participação dos defensores de quem estava sendo acusado (artigo 304, parágrafo 1, CPP de 1930). A Corte constitucional decidiu que houve grande violação ao direito de defesa e, para corrigir esta violação, determinou a inclusão obrigatória da presença do defensor do acusado no interrogatório.

Assim, as sentenças manipulativas eram identificadas como aquelas em que o Tribunal não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas, mas modifica intencionalmente a lei com o objetivo de alinhar a Constituição, atuando como típico legislador. As sentenças manipulativas proferidas na Itália, são exemplos puros de ativismo judicial.

Por outro lado, Vanice do Valle entende que a experiência italiana desenvolveu o que foi chamado de “a doutrina do direito vigente”, que esconde os riscos da excessiva concentração de poderes na Corte Constitucional com a cooperação de todo o Poder Judiciário para a definição da competência deste Corte, pois são os juízes que determinam o que deve ser julgado por ela. (VALLE, p. 2009).

Assim, o direito vigente delimita o ativismo judicial na medida em que estabelece as fronteiras e o objeto da própria atuação do Tribunal Constitucional.

3.2.3 África do Sul, Índia

Na África do Sul e Índia, verifica-se o ativismo judicial quando as decisões se relacionam às questões sociais, sem, no entanto, ofender os valores democráticos de tais países.

A África do Sul é um exemplo no direito comparado no que se refere ao ativismo judicial. A Corte Constitucional daquele país revelou-se como uma força transformadora para a realização da democracia e efetivação de direitos fundamentais.

Historicamente deve-se lembrar que a África do Sul passou por longos períodos de segregação racial e que a modificação para um regime democrático de igualdade racial enfrentou muitos conflitos protagonizados por seus colonizadores holandeses e ingleses. A partir de 1948 viveu a política nacional do *apartheid*, que dominou o país durante décadas. Ocorreram inúmeras manifestações contrárias a esta política de segregação racial e na medida em que cresciam os movimentos negros contrários ao regime aumentava ainda mais a discriminação e os atos de violência contra a população negra.

A insistência da classe negra contrária às represálias possibilitou o processo de democratização tendo como marco, em 1990, a liberação de Nelson Mandela do cárcere e posteriormente sua eleição em 1994.

Neste ínterim, em 1993, foi criada a Corte Constitucional e a atual Constituição foi aprovada em 1996, tendo a Corte Constitucional sido mantida em referida carta constitucional. A formação da própria Corte é um exemplo do processo de democratização da África do Sul, pois é composta de homens e mulheres, brancos e negros, cujo objetivo é salvaguardar o direito à igualdade.

Com relação aos direitos fundamentais a primeira constituição da África do Sul a trazer apontamentos foi a Constituição de 1996, trazendo positivados direitos sociais que usualmente não se vê em outros países, tais como o direito a água, a moradia adequada e a comida.

Um caso emblemático trazido a baila, no que se refere ao direito social de moradia, discutido e decidido pela Corte Constitucional, que foi o caso Grootboom. Numa favela da África do Sul viviam Irene Grootboom e muitos outros, vivendo em condições precárias, para não dizer subumanas. O Judiciário foi provocado a se manifestar na tentativa de concretizar o direito à moradia estampado na Constituição de 1996.

Havia um documento redigido pelo poder Público se comprometendo a resolver o problema habitacional da referida favela, redigido em torno de sete anos. Sem aguentar mais as condições vividas, um grupo liderado por Grotboom invadiu um terreno de propriedade privada, como protesto para exigir a resolução do problema.

O proprietário ingressou com ação de reintegração de posse e os invasores foram expulsos do terreno. Posteriormente, ajuizaram ação perante a Corte Constitucional sul-africana com fundamento na omissão legislativa do direito à moradia, estampado na Constituição de 1996.

A Suprema Corte então teve que se pronunciar e sua decisão foi no sentido de determinar a imediata colocação das famílias em um abrigo. O Estado recorreu da decisão com fundamento na reserva do possível e embora a Suprema Corte tenha reconhecido o direito à moradia não determinou a efetivação do direito de forma imediata, mas determinou que o Estado desenvolvesse uma política pública com alocação de recursos voltados a efetivação deste direito, com a entrega de relatórios acompanhando o desenvolvimento da política pública até a sua efetivação.

Embora a efetivação tenha permanecido nas mãos do Poder Executivo pode-se dizer que atitude ativista da Corte foi a responsável por impulsionar o desenvolvimento da política pública que resolveria o problema. Não houve uma interferência profunda do Judiciário no Legislativo e no Executivo, neste caso, porém o Judiciário não ficou alheio a omissão legislativa.

A Constituição de 1950 da Índia, trouxe estampado o princípio da igualdade, inaugurando a política de que cada homem teria direito a um voto, sendo cada voto de igual

valor para todos os cidadãos. Com esta medida foi possível proteger as liberdades democráticas e os direitos individuais. Foi depositada pela sociedade na Constituição a tarefa de promover os direitos fundamentais e de libertar a Índia do antigo colonialismo inglês.

Dentre o rol de direitos constitucionalmente garantidos estão a não discriminação, a proibição de escravidão; o combate às práticas violadoras dos direitos humanos e proteção de minoria religiosa, que no país predomina a *hindu*.

A Suprema Corte da Índia assumiu o controle sobre a validade das leis, cujas decisões passaram a ter efeito vinculante por todo o Judiciário e, conseqüentemente, a todos os cidadãos. Esta característica demonstra uma concentração do Poder Judiciário no que diz respeito às questões políticas, o que comparado ao Brasil, só se vê nas ações concentradas e súmulas vinculantes.

O controle de constitucionalidade praticado na Índia foi modelo que se expandiu para outros países, tais como o Nepal e o Paquistão.

Uma das questões de grande repercussão enfrentada pela Suprema Corte da Índia foi a declaração de inconstitucionalidade da lei que proibia a relação sexual entre homossexuais, cuja proibição já era mantida há mais de 140 anos. Não se trata de um caso especificamente de ativismo judicial, pois a postura da Corte foi como legislador negativo, porém vale a pena apresentar aqui como uma ilustração neste trabalho, já que referida proibição efetivou direitos fundamentais (liberdade e igualdade).

3.2.4 As experiências da América Latina: Colômbia e Costa Rica

Na América do Sul destaca-se a Colômbia como o país mais ativista, sendo, inclusive, referência para o mundo dada a proporção da atuação proativa do Judiciário. A Corte Constitucional colombiana é bastante ativa em questões políticas e sociais, atuando no controle de políticas públicas e nas ações desenvolvidas pelos Poderes Legislativo e Executivo quando diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais.

A partir da Constituição de 1991, houve a preocupação com o equilíbrio entre os poderes e duas particularidades demonstraram esta preocupação: O controle feito pelo Executivo ao estado de exceção e a reforma constitucional que possibilitou a reeleição presidencial.

Outra preocupação da Corte Colombiana foi a participação na efetividade dos direitos fundamentais e a promoção destes direitos. Foi assegurado pela Corte vários direitos fundamentais dentre os quais podem ser citados: a descriminalização do uso de drogas; a diversidade religiosa e a promoção da igualdade de cada crença; a eutanásia, o reconhecimento do trabalho de prostitutas como lícito assegurando, inclusive, direito trabalhistas; a proibição de se criminalizar todas as espécies de aborto, dentre outros.

No campo social a Corte Colombiana prestigiou a efetivação de direitos a proteção do idoso, à saúde, à previdência social, retirada de tributos dos bens considerados de primeira necessidade.

A Corte Colombiana inovou em suas decisões judiciais declarando sempre que vislumbrava a violação a um direito fundamental: o chamado "estado de coisas inconstitucional", determinando ordens contrárias a estas violações, interferindo sobremaneira na formulação e na implementação de políticas públicas.

Outro exemplo que vale a pena ilustrar entre os países da América Latina onde o ativismo judicial é amplamente difundido é a Costa Rica. A Constituição daquele país passou por uma reforma em 1989, foi adicionado uma Câmara especializada dentro da Corte Suprema denominada de "Sala IV".

Esta Câmara passou a ser responsável por defender direitos fundamentais e resolver questões constitucionais. A atuação desta Câmara é tão relevante de que é considerada uma das cortes constitucionais mais ativistas da América. Dentre as decisões de grande relevância da Sala IV destacam-se: Obrigatoriedade de realização de provas em braile para concursos públicos possibilitando o acesso de deficientes visuais; a igualdade entre gêneros; o direito de morrer sem sentir dor; possibilidade aos deficientes visuais levar seus cães guias nos transportes públicos e taxis. Também importante apontar de que a Sala IV é responsável por uma transformação política na Costa Rica, estabelecendo limites para atuação aos demais poderes.

3.2.5. Canadá, Israel, Bélgica, Dinamarca e Holanda

No Canadá o uso da expressão "ativismo judicial" tem se associado as decisões judiciais da Corte Canadense de Direitos e Liberdades de 1982.

Num Congresso realizado em Portugal em 1991 (IX Congresso Mundial de Direito Judiciário) um representante destacou o incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário para balanceamento do sistema.

Neste mesmo Congresso os países como Israel, Bélgica, Dinamarca e Holanda destacaram o fenômeno da judicialização e por consequência houve debates sobre ativismo judicial. Verifica-se de que há mais de 20 anos discute-se mundialmente a questão do ativismo judicial.

Como se vê neste breve panorama do ativismo judicial nas experiências estrangeiras pode-se apontar que a protagonismo judicial vem sendo discutido há mais de 25 anos e pelo estudo realizado o ativismo judicial trata-se de um fenômeno mundial.

3.2.6 Conclusão acerca das experiências estrangeiras

A experiência estrangeira, tanto nos países que vigoram o *common law* quanto no *civil law*, existe um certo grau de ativismo judicial. Deve-se apontar, no entanto, de que a depender da postura e grau de criatividade do magistrado, poderá demonstrar o ativismo com aspectos negativos, sendo que sua atuação proativa deve ser vista com cautela, excepcionalmente.

O fato é que existe grande proximidade entre essas duas famílias do direito ocidental e isso é verificado pela grande maioria dos comparatistas. No que se refere ao ativismo, Elival da Silva Ramos destaca que:

Em relação ao tema ativismo, Cappeletti chega mesmo a sublinhar que as conclusões por ele alcançadas no estudo *Juízes Legisladores?* ‘sobre a inevitável criatividade da função judiciária, a crescente e aumentada necessidade e a intensificação de tal criatividade em nossa época’, ‘aplicam-se a ambas as famílias jurídicas’, traçando um paralelo entre a atuação criativa das Cortes Constitucionais européias e os órgãos de cúpula do Poder Judiciário nos países do *common law*. Não deixou, contudo, de reconhecer que continua a subsistir uma diferença de grau entre os sistemas jurídicos de uma e outra família no que concerne ao ‘fenômeno da criação judiciária do direito’. (RAMOS, 2015, p. 109).

Também não há como concluir pelos países estudados de quais posturas, ativistas ou não, tenham sido melhores para as sociedades mencionadas. O que se aponta é que em todos os países estudados houve decisões boas e más, em ambas as atuações sejam elas ativistas ou não e que o Poder Judiciário através da atuação nas Cortes Constitucionais teve papel fundamental na promoção dos direitos fundamentais, sem, no entanto, identificar por meio de qual postura judicial.

Com o estudo realizado nas experiências estrangeiras verifica-se que a atuação ativista das Cortes Constitucionais foram necessárias para a superação de regimes autoritários, crises políticas e econômicas, implementação de políticas públicas sanando as omissões legislativas exigidas pelas sociedades em desenvolvimento.

Por outro lado, as experiências estrangeiras também mostram que o Poder Judiciário não pode tornar-se partícipes de inconstitucionalidade, porém não podem atuar de forma ilimitada, a ponto de extrapolar seu poder e romper com o princípio democrático da separação dos poderes, para tanto, será necessária uma autolimitação. Um exemplo clássico de autolimitação a ser seguido foi a experiência da Corte Constitucional sul-africana ao julgar o caso *Grootboom* do qual já mencionamos acima.

Naquele caso, o Poder Judiciário atuou como fiscalizador imediato de uma política pública deficitária. Com sua fiscalização foi possível a efetivação do direito social à moradia pelos demais órgãos, sem a interferência ativista do Judiciário e com respeito ao pacto democrático da separação dos poderes.

Da análise deste caso, ocorrido na Corte Constitucional sul-africana tira-se como exemplo para o Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos judiciais brasileiros de como se deve atuar para a proteção de direitos constitucionalmente garantidos o que, de fato, é seu papel, sem, no entanto, extrapolar a sua função na democracia.

Na sequência, segue o estudo específico do ativismo judicial no Brasil.

3.3 Conceito e panorama do ativismo judicial no Brasil

Neste momento, será necessário resgatar rapidamente as noções já apresentadas, pois essenciais à continuação do trabalho aqui proposto.

O primeiro ponto lembrado se refere ao **princípio da separação dos poderes**, cujo conteúdo móvel foi apresentado no primeiro capítulo. No segundo tópico do primeiro capítulo foi apresentado a estruturação do poder estatal. No terceiro tópico do primeiro capítulo, a teoria tripartida dos poderes como princípio de organização do Estado. Na quinta parte do primeiro capítulo mostrou-se um incremento significativo da atuação do Poder Judiciário, demonstrando de que forma se deu sua ascensão para exercer seu mister constitucional.

O segundo ponto que se resgata diz respeito ao **neoconstitucionalismo**, cujas transformações trazidas por este movimento alteraram substancialmente o Estado e o Direito Constitucional. Este novo cenário favoreceu os fenômenos da constitucionalização do direito e da judicialização da política, levando em consideração a centralidade da Constituição.

Trouxe como fundamento principal a concretização da Constituição e a preservação e efetividade dos direitos fundamentais tendo o Judiciário a prerrogativa de efetuar a guarda da Constituição. Frisou-se neste novo modelo uma nova forma de enxergar o direito a partir da interpretação do Judiciário em face das inconstitucionalidades e omissões dos demais poderes, bem como o debate sobre sua legitimidade de atuação frente ao Estado democrático de Direito e o princípio da separação dos poderes. Outro ponto substancial do neoconstitucionalismo já abordado foi a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana para o centro referencial da Constituição.

Tudo isto foi exposto no segundo capítulo onde foi apontado de que a teoria do neoconstitucionalismo trouxe novos conceitos acerca de justiça e de concretização dos direitos constitucionalmente garantidos. Também é visível a partir deste movimento uma mudança de mentalidade do povo brasileiro requerendo uma atuação do Estado em favor da coletividade e isto fez com que o Judiciário não se mostrasse mais de forma neutra aos anseios e exigências sociais e o por esta razão o Judiciário passou a assumir um novo papel na sociedade.

Para Elival da Silva Ramos esse novo modelo de estado intervencionista trazido com o fenômeno do neoconstitucionalismo permitiu que o Poder Judiciário não só efetuasse o controle jurídico dos demais poderes, mas também atuasse de forma ativista, esclarecendo que:

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio Estado-providência constituiu força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a revelar em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem queimar etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente. (RAMOS, 2015, p. 286).

Segundo Barroso houve uma "virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário" ocorrida após a recuperação das garantias institucionais e das liberdades democráticas deixando de ser um órgão meramente técnico e passando a desempenhar um papel ativo dividindo espaços com os demais poderes do Estado o que se identifica como o fenômeno do **ativismo judicial**.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que essa nova postura do Judiciário de não neutralidade é legítima pois perante os direitos sociais:

[...] não se cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p.18)

Já para outros, como Elival da Silva Ramos, entendem que com esta postura mais ativa do Judiciário, muitas vezes, ocorre uma interferência indevida no Legislativo e conseqüentemente uma quebra de harmonia entre os poderes. Referido autor, citado por Gláucia Milício em "O ativismo judicial é ruim independente do resultado" menciona que "O

Judiciário está na verdade substituindo o Congresso e isto é ruim independentemente do resultado". (MILÍCIO, 2009.)¹⁰

Neste contexto, verifica-se a necessidade de se discutir acerca da extensão dos poderes judiciais, o papel da função jurisdicional e a decisão judicial.

São várias as formas de decidir do Poder Judiciário, indo desde a interpretação gramatical de uma lei, como também decisões extraídas da ponderação de princípios até decisões com alto grau de autonomia, criatividade e impressões personalíssimas do julgador.

Difícil é mensurar o enquadramento de cada decisão aos diferentes níveis de interferência judicial e saber em qual das decisões houve a mera interpretação da lei, em qual houve certo grau de autonomia decisória ou em qual a decisão se mostra irrazoável, desproporcional, fora dos limites de atuação demonstrando uma autonomia judicial excessiva, muitas vezes, autoritária e discricionária.

Segue-se neste capítulo com o estudo do ativismo judicial no Brasil na atualidade.

De um modo geral, o ativismo judicial se encontra na participação mais ativa do Judiciário nas questões políticas e na interpretação constitucional ao proferir suas decisões. Porém nem toda participação Judicial deve ser vista como ativismo judicial. Serão analisadas as duas interferências e, a partir daí será verificada a possibilidade se há ou não uma postura ativista de forma negativa ou não para discutir sobre a legitimidade da forma de atuar.

Será analisada a participação do Judiciário nas questões políticas relacionadas a efetividade de direitos fundamentais e políticas públicas.

Antes, porém, será necessário conceituar **o que é ativismo judicial**.

Vários autores se debruçam sobre este tema de grande relevância, uns a favor e outros contra o movimento ativista.

Luis Roberto Barroso define o ativismo judicial como:

[...] 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 retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as

¹⁰ MILÍCIO, Gláucia. **O ativismo judicial é ruim independente do resultado**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>. Acesso em: 07 de abril de 2017.

demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009, p. 03)

E acrescenta o referido autor: "A idéia 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". (BARROSO, 2009, p. 06)

Para Barroso, o termo "ativismo judicial" trazido em sua origem nos Estados Unidos embora não tenha vindo com uma conotação depreciativa, passou a ter viés negativo após a Corte Warren.

Mauro Cappelletti está entre os juristas que enxergam o ativismo judicial de forma positiva. Referido jurista italiano entende que "a criatividade judicial não somente é um fenômeno inevitável, mas também necessário e recomendável em países democráticos". (CAPPELLETTI, 1999, pp. 13, 103, 116, 133).

Gonet Branco prefere adotar um conceito neutro de ativismo judicial e entende que o ativismo judicial é o mero exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a questões morais e políticas. E finaliza que a expressão "ativismo judicial" assume um "significado tão débil no seu conteúdo quanto forte na sua carga emocional" a ela associada. (BRANCO, 2011, pp. 287 e 392).

Quanto as características da atuação ativista Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro destaca citando Luis Roberto Barroso que "podem ser apontadas como feições marcantes do ativismo":

(i) aplicação direta da Constituição a situações expressamente não contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo 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. (BARROSO *apud* PINHEIRO, 2011, p. 123)

Elival da Silva Ramos menciona sobre o entendimento de Ronald Dworkin sobre ativismo judicial e esclarece que Dworkin "insiste em negar que sua concepção de direito (como integridade) conduza ao ativismo judicial, por pretendê-la mais inflexivelmente

interpretativa do que o convencionalismo (positivismo) ou pragmatismo". (RAMOS, 2015, p.138)

Para Dworkin ativismo judicial:

[...] é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige (DWORKIN, 2011, pp. 451-452).

Entre os autores brasileiros que enxergam o ativismo sob um viés negativo estão: Inocêncio Mártires Coelho, Elival da Silva Ramos e Lênio Luiz Streck Rocha.

Por ativismo judicial, segundo Inocêncio Mártires Coelho¹¹ deve-se entender:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (COELHO, 2010).

Ainda o mesmo autor citando Saul Tourinho Leal, menciona que:

[...] de sua parte, mesmo destacando que há dificuldade em se fixarem critérios objetivos para uma conceituação sobre o termo ativismo judicial, assinala que essa expressão está associada à ideia de exorbitância de competência por parte do Poder Judiciário, razão por que – adverte – chamar-se de ativista a um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional. (LEAL *apud* COELHO, 2010)

Lênio Streck, por sua vez, afirma que o ativismo judicial "ocorre quando o Poder Judiciário ultrapassa os limites previstos na Constituição e passa a fazer “política judiciária”, para o bem ou para o mal". (STRECK, 2012, p. 22).

¹¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo Judicial ou criação judicial do direito?** Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito> Acesso em 09 de abril de 2017.

Elival da Silva Ramos destaca que o ativismo judicial ocorre com a:

[...] descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionais atribuídas a outros poderes. (RAMOS, 2015, p. 119)

E ainda sobre o tema destaca que o:

[...] desenvolvimento teórico até aqui realizado já permite uma conceituação do fenômeno denominado —ativismo judicial, necessariamente amplo por não se atrelar a um específico sistema jurídico, muito embora se revele mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação de Poderes: por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2015, p. 131).

E conclui em outro ponto que:

A expressão ativismo judicial possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais. Para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e a segurança jurídica, ao pluralismo ideológico etc. Em sentido oposto, os defensores da *construction* (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela Hermenêutica contemporânea. (RAMOS, 2015, p. 135).

Destaca referido autor que para a interpretação judicial deve haver "limites substanciais para a atividade típica de interpretação e de aplicação de normas pelo Poder Judiciário". Desrespeitado estes limites a decisão dada pelo juiz para resolver o conflito estaria distanciada do próprio direito.

Portanto, verifica-se de que são múltiplas as significações da expressão *ativismo judicial* e que para estudar referido fenômeno deve-se estudar as decisões judiciais com o cuidado de delimitar, consistentemente, seu modelo do que vem a ser ativismo.

Este trabalho também se posiciona sobre o ativismo judicial com viés negativo, quando se dá pela interpretação da norma de maneira extensiva e conclui que o Ativismo Judicial é fenômeno social que o Poder Judiciário Brasileiro e - também de outros países - em suas decisões utilizam de uma nova hermenêutica constitucional na interpretação com base em princípios e cláusulas abertas, sem, contudo, haver previsão legal expressa, tendo como fundamento a necessidade pujante de eficácia jurídica, ferindo os limites normativos da atribuição jurisdicional.

Lênio Luiz Streck Rocha¹² (2013) revela sua definição de ativismo optando pelo perfil subjetivista do mesmo justificado pelo fato de, na oportunidade em que o juiz interpreta o direito, substitui a vontade do legislador pela própria, assumindo um papel de juiz da moral e da política na sociedade.

Ao investigar o movimento do ativismo judicial no Brasil contemporâneo Elival da Silva Ramos (2015) destaca um certo "voluntarismo" dos juristas em suas decisões judiciais acrescentado pela disparidade das promessas constitucionais de efetividade de direitos com a realidade da maior parte da população brasileira.

Esse "voluntarismo" dos integrantes do Poder Judiciário apontado pelo referido autor teria se fortalecido em razão de se concretizar antecipadamente algum direito garantido constitucionalmente que ainda dependeria de norma de eficácia programada para ser efetivamente garantido, norma esta que dependeria da iniciativa dos demais Poderes.

Outro dado marcante para o crescimento deste "voluntarismo" foi a expansão do controle de constitucionalidade após a EC nº 45/2004, surgindo um espaço antes não visto para uma formulação textual mais abrangente e com maior liberdade para o exercício de uma função hermenêutica a ponto de concretizar direitos.

Segundo Elival da Silva Ramos "textos veiculadores de conceitos jurídicos indeterminados" por possibilitarem a atuação do Poder Judiciário no que o autor chama de "zona de significação dúbia", podem dificultar a atuação dos demais poderes, o que ocasionaria a violação do princípio da separação dos poderes. (RAMOS, 2015, p. 142).

Referido autor ainda aponta outros fatores que contribuíram para a impulsão do ativismo judicial destacando a tendência do STF em exercer uma atividades legislativa

¹² STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros> Acesso em 10 de abril de 2017

através de edição de súmulas vinculantes e do mandado de injunção e, por outro lado a manifestação da vontade do Judiciário (voluntarismo) em resolver conflitos e dilemas institucionais diante das "pressões no sentido de concretizar plenamente a Constituição social-democrática de 1988", "os limites que o nosso sistema jurídico estabelece ao manejo da função jurisdicional", e a "ineficiência dos Poderes representativos na adoção de providências normativas adequadas àquela concretização". (RAMOS, 2015, p. 303).

Diante de todos esses fatores verifica-se que a atuação do Poder Judiciário atualmente no Brasil, em todas as esferas e, inclusive nas justiças especializadas o ativismo judicial tem sido exercido, muitas vezes, fora de sua própria legitimidade.

O ativismo judicial tem se manifestado na atitude e comportamento dos magistrados em realizar a sua prestação jurisdicional - que lhe é inerente - adotando um perfil aditivo com relação ao ordenamento jurídico, regulando e decidindo questões anteriormente não reguladas sem, no entanto, ter tido qualquer interferência legislativa.

Resumindo, o Poder Judiciário tem adotado uma postura de "criação do próprio direito" que não se limita a sua função típica de produção de sua norma jurídica, que é a decisão, a sentença ou o acórdão.

No âmbito do direito Constitucional esta atuação de forma ativa do Poder Judiciário se manifestaria no que Elival da Silva Ramos chama de "[...] menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais". (RAMOS, 2015, p. 143.).

No que se refere a questão da judicialização dos direitos sociais, Virgílio Afonso da Silva destaca que o tema é tratado entre a opção do ativismo judicial e a contenção. Aqueles que entendem a ideia de contenção judicial defendem que os juízes deveriam se manter distantes da efetividade de direitos sociais (decisão sobre políticas públicas), isto não significa, necessariamente, que para ter uma posição ativista tenha que obrigatoriamente defender que os juízes devam resolver sempre questões relacionadas as políticas públicas.

Para o mesmo autor é possível reconhecer uma forma de ativismo judicial que reconheça a legitimidade do Judiciário para resolver políticas públicas, desde que esta atividade seja limitada "por uma série de razões estruturais".

Não se pretende criticar a atuação judicial de forma ostensiva, sem fundamento, mesmo por que optou-se, neste trabalho, pela filiação à corrente de Virgílio Afonso da Silva

quando ele menciona sobre o ativismo na efetividade de direitos sociais, apontando que embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, para sua adequada atuação "depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais para que passe a ser possível tratar de direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva". (SILVA, 2008b, p. 255).

Assim, o presente trabalho comunga o entendimento adotado por Elival da Silva Ramos de que para a atuação jurisdicional deve haver "limites substanciais" para a atividade de interpretação e de aplicação das normas pelo Poder Judiciário. (RAMOS, 2015, p. 110).

Verificados o conceito e visto o panorama atual de atuação do Poder Judiciário na atualidade brasileira e do ponto de vista deste trabalho, extrapolando os seus limites de atuação será possível prosseguir com o referido debate e prosseguir a análise das decisões e atuações onde o ativismo se mostra de maneira irrazoável.

3.4 O ativismo judicial e suas repercussões em causas políticas, relacionadas aos direitos fundamentais, políticas públicas e omissões legislativas

Passaremos a analisar neste item a participação ativa do Poder Judiciário nas questões relacionadas a direitos fundamentais, políticas públicas, omissões legislativas e a repercussão das decisões em causas políticas e, em seguida trataremos brevemente sobre a ocorrência do ativismo judicial nas decisões do STF.

3.4.1 Decisões em causas políticas

Como já visto as constituições contemporâneas, incluindo a Constituição Brasileira de 1988, permitiram o desempenho de um poder político democrático, com o desenvolvimento do chamado governo de maioria e participação da minoria.

Este governo possibilitou segundo Barroso "retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis". (BARROSO, 2009, pp.7 e 8).

Segundo Chester Neal Tate uma das possibilidades que se pode verificar a judicialização da política é a utilização do Judiciário pela minoria parlamentar contra a

maioria, na tentativa de utilizar um recurso de política próprio como arma de oposição no jogo político. (TATE, 1995, p. 30).

Isso se verifica quando grupos ou indivíduos não são contemplados pelas reformas sociais e reivindicam a atuação dos Tribunais em sua defesa contra a vontade da maioria parlamentar, sendo que os interesses da minoria são defendidos pelo judiciário passando a ser este órgão um instrumento de efetividade da democracia.

Nos Estados Unidos no que se refere as questões políticas o Judiciário não pode se manifestar, no entanto, segundo Canotilho:

Em primeiro lugar, não deve admitir-se uma recusa de justiça ou declinação de competência do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e deve ser decidida por instâncias políticas. Em segundo lugar, como já se disse, o problema não reside em, através do controle constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídicos-materiais da Constituição, a constitucionalidade da política. A jurisdição constitucional tem, em larga medida, como objeto, apreciar a constitucionalidade do político. (CANOTILHO, 2003, p. 1309)

O Poder Constituinte de 1988 estabeleceu parâmetros mínimos de controle do processo legislativo e desta forma possibilitou a transferência ao Poder Judiciário de debates acerca de parâmetros constitucionalizados, sob pena de considerar a norma inconstitucional.

Verifica-se que é exatamente neste ponto que se extrai a legitimidade política do Judiciário, desde que sua atuação se assente em limites constitucionais estabelecidos. Antes, porém de falar sobre legitimidade precisamos esclarecer sobre a legalidade da atuação.

No que se refere a legalidade, segundo Luiz Flavio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuolli:

Legalidade, como se sabe, é a forma adotada principalmente desde a Revolução francesa (no nosso entorno cultural) pelo Estado Democrático de Direito. Consiste em reduzir todo o Direito à lei, que todos - incluindo os juízes - deveriam obedecer sem questionar os valores que ela adota, ou seja, sem questionar se está ou não em conformidade com as normas jurídicas superiores. (GOMES; MAZZUOLLI, 2016, p. 43)

Já no que diz respeito a legitimidade referidos autores apontam que:

[...] não basta que o Poder (Político ou Jurídico) seja exercido de acordo com a legalidade, sendo também necessário que ele seja *legítimo*, sem o que ele não se justifica, não é acatado, respeitado e obedecido conscientemente (em outros termos, se faz necessário agir dentro da legalidade e *de acordo* com alguns valores supremos da natureza humana, especialmente o de *justiça*). (GOMES; MAZZUOLLI, 2016, p. 44)

E asseveram que "o paradigma de legitimidade está ancorado na ideia de justiça" concluindo que:

Não basta o respeito às normas; é fundamental o convencimento de todos de que se está atuando justamente. Se surge a desconfiança em relação à autoridade ou ao Direito, cai a sua legitimidade, isto é, do ponto de vista da justiça perde sua *validade*. A função da legitimidade, portanto, é a de *justificar* o exercício do poder, assim como no próprio ordenamento jurídico. (GOMES; MAZZUOLLI, 2016, p. 44)

Neste aspecto uma eventual atuação da minoria feita pelo Judiciário contra a maioria, segundo Barroso¹³ "se dará a favor e não contra a democracia" (BARROSO, 2010, p. 11). E é exatamente neste contexto que o Judiciário se transforma em um guardião da Constituição e defensor da democracia.

Na nossa história política brasileira recente e em todos os dias, nos jornais de circulação nacional são vistos noticiários de que decisões judiciais interferiram em questões políticas onde juízes cassam os mandatos ou suspendem direitos políticos.

Em 2009 o Superior Tribunal Eleitoral cassou o mandato do governador do Maranhão, Jackson Lago (PDT)¹⁴, por abuso de poder político e econômico. De lá para cá somam-se a este caso, inúmeros outros casos em que políticos tiveram os seus mandatos cassados ou suspensos os seus direitos políticos por decisão judicial.

Em 2016, por decisão do Juiz da 7ª Vara Cível de Nova Iguaçu e Mesquita, na Baixada Fluminense foi suspenso os direitos políticos do petista Lindbergh Farias, por 4 anos, por ter permitido o uso promocional de sua imagem entre dezembro de 2007 e o

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=11. Acesso em: 16 de abril de 2017

¹⁴ REVISTA VEJA. **Mandato do governador do Maranhão foi casado pelo TSE**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/brasil/mandato-do-governador-do-maranhao-foi-cassado-pelo-tse/>. Acesso em: 17 de abril de 2017

primeiro semestre de 2008. À época, o referido político era prefeito de Nova Iguaçu e se candidatava à reeleição. (O Estado de São Paulo, 2016)¹⁵.

Em sessão no dia 08 de fevereiro de 2017 o plenário do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro cassou o mandato do governador e do vice-governador do Estado por abuso de poder econômico e político. Com a decisão do TRE, Pezão e Dornelles se tornaram inelegíveis e será necessário realizar uma nova eleição no Estado. O tribunal considerou que o governo fluminense concedeu benefícios financeiros a empresas como contrapartida para doações posteriores à campanha de Pezão e Dornelles, na eleição de 2014¹⁶.

A decisão da Justiça, no entanto, somente produzirá efeito após o trânsito em julgado, ou seja, quando não cabe mais recurso, de acordo com o artigo 257, parágrafo 2º, do Código Eleitoral. Ambos os políticos ingressaram com recurso e permanecerão no cargo até a decisão final.

Outro caso para exemplificar foi a cassação do mandato do governador do Pará. O TRE do Pará cassou no dia 30 de março de 2017 o mandato do governador Simão Jatene e de seu vice, Zequinha Marinho, por abuso de poder político nas eleições de 2014¹⁷, quando foi conduzido ao cargo pela terceira vez em sua carreira – já havia governado o estado entre 2003 e 2006 e de 2011 a 2014. Também recorre da decisão da Justiça sem se afastar do governo.

Esta interferência substantiva dos juízes nas questões de mérito público, que englobam questões políticas e de legalidade, também podem ser vistas neste momento do trabalho de forma exemplificada em outras questões não referentes à cassação de mandatos ou suspensão de direitos políticos, tais como: nas decisões dos juízes decretando portarias que proíbem menores de idade de sair à rua à noite; mandando os órgãos de saúde pública acrescentarem em suas listas de doenças aquelas que serão cobertas pelo orçamento público a custear tratamentos médicos, inclusive no exterior, quando não há o tratamento adequado no

¹⁵ O ESTADO DE SÃO PAULO. **Justiça do Rio suspende direitos políticos de Lindbergh Farias por 4 anos**. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,justica-do-rio-suspende-direitos-politicos-de-lindbergh-farias-por-4-anos,10000095286> Acesso em: 17 de abril de 2017.

¹⁶ AGÊNCIA BRASIL. **Diário de Justiça do Rio publica cassação de mandato de Pezão**. Disponível em <http://exame.abril.com.br/brasil/diario-da-justica-do-rio-publica-cassacao-de-mandato-de-pezao/>. Acesso em 17 de abril de 2017.

¹⁷ REVISTA VEJA. **Justiça cassa mandato de Simão Jatene (PSDB), governador do Pará**. Disponível em <http://veja.abril.com.br/politica/justica-cassa-mandato-de-simao-jatene-psdb-governador-do-para/>. Acesso em 22 de abril de 2017.

Brasil; nas decisões referentes à manutenção do passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual para pessoas carentes portadoras de necessidades especiais; decisões mandando o Poder Público fornecer remédios de alto custo, dentre tantas outras decisões.

Sem dúvida no Brasil, nunca antes foi visto o quadro que se instalou: o judiciário interferindo massivamente nas questões políticas. Esta interferência acentuada do judiciário na política foi denominada por Neal Tate de "judicialização da política" em seus estudos sobre a interferência dos juízes nas questões políticas publicado no livro **A expansão global do Poder Judiciário em 1977**.

Segundo Roberto Basilone Leite judicialização da política é:

[...] um processo sócio-político por meio do qual o poder constituinte ou parlamentar amplia a área de atuação dos tribunais, judicizando setores da vida política, social e econômica que antes não estavam sujeitos ação judicial. (LEITE, 2014, p.180)

O fato dos juízes interferirem em questões políticas por si só não significa que estejam praticando ativismo judicial. A judicialização da política difere do ativismo judicial. Sobre esta diferenciação dos dois institutos assevera, Roberto Basilone Leite:

[...] quanto à judicialização da política, o juiz não a escolhe; não é o juiz que a promove; ela é produtos da alteração do texto constitucional ou legal que amplia a competência dos órgãos judiciais. O ativismo judicial de Tate e Vallinder, por sua vez, implica numa tomada de posição por parte do juiz no sentido de atuar de modo politicamente ativo e implementar linhas de ação destinadas a expandir o campo de decisão judicial ou amplificar o poder político do tribunal. Do juiz ativista, 'por definição, pode-se esperar que aproveite cada oportunidade para usar suas decisões no sentido de privilegiar os valores políticos que ele preza'. (LEITE, 2014, p. 180).

Vários foram os fatores que contribuíram para a judicialização da política, como já mencionado neste trabalho. Novamente nesta oportunidade dada a intensidade de análise em referido capítulo serão apontados quais são os fatores que possibilitam a judicialização da política e, segundo Roberto Basilone Leite citando Tate:

Atuaram, ainda, no sentido de promover a judicialização da política os seguintes fatores: a democracia, a separação dos poderes, a política de proteção dos direitos, o acionamento dos tribunais por grupos de interesse e por partidos de oposição ao governo, a perda da eficácia das instituições majoritárias devido a falhas conjuntivas, a perda da credibilidade nas

instituições políticas e a delegação por parte das instituições majoritárias. (TATE *apud* LEITE, 2014, p. 183).

A judicialização da política também foi incentivada segundo o mesmo autor "pelo uso das cortes judiciais por grupos de interesses que descobriram o potencial utilitário dos tribunais para atingir seus objetivos" (LEITE, 2014, p. 184).

Destacam-se as questões relativas a grupos homossexuais que ingressam na justiça em busca de reconhecimentos de direitos civis, dentre eles a união conjugal, o reconhecimento de gênero do transexual e as mulheres que buscam em juízo o direito ao aborto.

Como exemplo, cita-se o caso trazido por Sumaia Villela da agência Brasil, de uma advogada transexual de Pernambuco, Robeyoncé Lima, que conquistou a utilização do seu nome social na carteira da Ordem dos Advogados do Brasil e para ser reconhecida como mulher entrou com uma ação judicial para mudar o seu nome definitivamente e aguarda a decisão judicial. (VILLELA, 2017¹⁸).

No que se refere a judicialização da política Eduardo Cambi destaca que:

[...] o direito constitucional *judicializou a política* uma vez que a política, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonogados, passaram a ser temas de direito público. Pode-se dizer que há uma *relação de complementaridade* entre o direito constitucional e a política. (CAMBI, 2009, p. 211)

Também como já demonstrado, no Brasil há a participação efetiva do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade da atuação parlamentar, reconhecendo sua competência para julgar o mandado de segurança impetrado por algum parlamentar contra algum ato da mesa ou da presidência que impeçam sua atuação ou que limite as prerrogativas constitucionalmente garantidas.

Segundo Roberto Basilone Leite:

O uso dos tribunais pela oposição parlamentar é um procedimento que se intensifica nos países que adotam o controle abstrato de constitucionalidade, nos quais acaba servindo como instrumento de resistência a iniciativas do

¹⁸ VILLELA, Sumaia. **Advogada transexual destaca luta pelo reconhecimento de gênero**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-03/advogada-transexual-destaca-luta-pelo-reconhecimento>. Acesso em: 21 de abril de 2017

governo que a oposição não conseguiria derrotar pela via do processo majoritário. Assim, parte da classe política, que, por ser minoritária, não consegue fazer valer sua opinião através de mecanismos habituais do sistema político, transfere para as cortes judiciais tais conflitos, muitas vezes lançando mão de denúncias cruzadas através dos meios de comunicação, com o intuito de que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou liquide politicamente. (LEITE, 2014, p. 184)

Muitas vezes, no entanto, o Supremo Tribunal Federal em suas decisões atua de forma ativista. Veremos em tópico próprio que o Supremo Tribunal Federal atua com ativismo judicial quando há a sobreinterpretação dos princípios constitucionais referentes ao processo legislativo e ao processo eleitoral. A postura ativista da Corte se mostra quando são retirados princípios implícitos onde os mesmos não se mostram claramente, ocorrendo a sobreinterpretação de princípios.

Apresentou-se até aqui um panorama sobre as decisões em causas políticas e a interferência da atuação do Poder Judiciário nas questões de ordem política sendo que a legitimidade desta atuação específica será analisada no item 3.4.3.

3.4.2 Decisões relacionadas aos direitos fundamentais e políticas públicas

A centralização da Constituição perante o ordenamento jurídico representou o ingresso de diversos temas em sua esfera de atuação. Instigado pelo princípio da dignidade humana e pelo descrédito do legislador ordinário, o constituinte abarcou uma diversidade de assuntos anteriormente afastados do campo constitucional, com o objetivo primordial de fortalecê-los.

A Constituição de 1988 e o processo de redemocratização foram os responsáveis pela alteração do *status* de simples carta política para ser o papel central de supremacia sobre os demais ramos e a todos os poderes, sendo primordial alcançar a máxima efetividade da constituição, abandonando o caráter apenas retórico arraigado nos modelos anteriores.

Os direitos fundamentais do homem, passaram a permear todas as relações dada a nova perspectiva constitucional na efetivação dos direitos fundamentais elencadas no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Para Sarlet “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse aspecto, tem-se que pela primeira vez uma Constituição pátria tratou com a merecida relevância a seara dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 63).

Segundo Eduardo Cambi no que se refere aos *direitos fundamentais*:

[...] não se reduzem às liberdades públicas. Este termo se refere tão somente, aos direitos tradicionais, de caráter individual, e tem como finalidade prioritária garantir as esferas de autonomia subjetiva. A expressão direitos fundamentais é mais ampla e compreende além das liberdades tradicionais, novos direitos, de caráter econômico, social e cultural. (CAMBI, 2009, p. 366)

José Afonso da Silva estabelece que a expressão "direitos fundamentais é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. (SILVA, 1996, p. 176)

Vale ainda mencionar a tentativa de definição de Vladimir Brega Filho sobre o que vem a ser direitos fundamentais:

[...] poderíamos dizer, inicialmente, que os direitos fundamentais seriam os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas. É o mínimo necessário para a existência humana. Além disso, não podemos nos esquecer do princípio da dignidade humana, que como vimos deve informar a interpretação de todos os dispositivos constitucionais. Os direitos fundamentais, então, seriam, os interesses jurídicos necessários para a existência humana digna, ou como escreve Paulo Bonavides, seriam ‘os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana’. (BREGA FILHO, 2002, p. 66-67).

Na visão de Paulo Gustavo Gonet Branco os direitos fundamentais se subdividem em “direitos de defesa e direitos de prestação”. (BRANCO, 2002, p. 15-152).

Com relação aos chamados “direitos de defesa” estabelecem ao Estado o dever de abstenção ao limite de espaço do indivíduo. Já no que se refere aos direitos de “prestação” ao contrário dos direitos de defesa que exigem inércia e abstenção do Estado, exigem a atitude do Estado para diminuir as desigualdades sociais e para que o indivíduo tenha condições materiais para usufruir de sua liberdade.

Os direitos prestacionais são os direitos sociais elencados no artigo no artigo 6 da Constituição Federal dos quais vale a pena transcrever: "Art. 6. São direitos sociais a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Assevera Eduardo Cambi:

Os direitos fundamentais sociais, previstos no art. 6 da CF (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, e a infância e a assistência aos desamparados), impõem obrigações de fazer do Estado. Tais direitos abrigam a possibilidade de transformação da sociedade a partir do direito. (CAMBI, 2009, p.215)

Segundo Norberto Bobbio os direitos sociais fundamentais são três: a instrução, o trabalho e a saúde justificando que: "[...] O indivíduo instruído é mais livre do que um inculto, um indivíduo que tem um trabalho é mais livre do que um desempregado; um homem são é mais livre que um enfermo [...]" (BOBBIO, 2000, p. 508).

Não se justifica afirmar de que todos os direitos elencados no artigo 6º da Constituição são normas meramente programáticas e dependem do desenvolvimento de políticas públicas para serem efetivadas. Referidas normas possuem força jurídica, algumas com mais ou menos densidade normativa e vinculam os poderes públicos a sua efetivação.

No entanto, alguns direitos sociais com menor densidade normativa precisam do desenvolvimento de políticas públicas para serem efetivados.

A partir desse momento e para estas normas de menor densidade normativa é que surge a obrigação do Estado em efetivar os direitos prestacionais e a responsabilidade dos poderes Legislativo e Executivo para designarem diretrizes que devem ser seguidas para assegurar a aplicação concreta dos direitos fundamentais prestacionais, sendo responsáveis por definirem políticas públicas e a destinar verbas para implementação dessas políticas.

Para tanto, os poderes Legislativo e o Executivo devem promover a criação de leis suficientes para atingir o fim almejado pela Constituição, bem como definir e por em prática as políticas públicas aptas a proteger os direitos fundamentais *prestacionais*, consideradas de menor densidade normativa, já que as de maior densidade terão sua eficácia por si só.

Mas o que vem a ser política pública e de que forma elas são desenvolvidas?

Segundo Maria Paula Dallari Bucci políticas públicas são “[...] programas de ação governamental visando coordenar os meios de disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006, p. 241)

José dos Santos Carvalho Filho destaca que as políticas públicas se relacionam "sem sombra de dúvidas, com o sistema das instituições políticas e das instituições administrativas" (CARVALHO FILHO, 2008, p. 109).

Outra definição importante do que vem a ser políticas públicas é a apresentada por Flávia Piovesan que diz que “O Estado Social se legitima antes de tudo para a realização de políticas, isto é, programa de ação. Essas políticas públicas englobam todo o conjunto de atuações estatais no campo social, mediante as políticas sociais”. (PIOVESAN, 2003, p. 32).

Ainda sobre políticas públicas entende Andréas Krell citando Ingo Wolfgang em sua obra **A constituição concretizada** que:

[...] a essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar com o intuito de realizar a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade. Essas políticas expressam escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal e são limitadas pelas normas programáticas constitucionais". (WOLFGANG *apud* KRELL, 2000, p. 25).

Políticas públicas podem ser conceituadas como o conjunto de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado (Executivo e Legislativo), com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar os direitos sociais, também chamamos de direitos fundamentais prestacionais estabelecidos no artigo 6 da Constituição Federal.

Para Rogério Gesta Leal citando Ingo Wolfgang do que vem a ser políticas públicas:

[...] entendem-se as ações estratégicas (de instituições ou pessoas de direito público) que visam a atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública. Tais ações são marcadas por níveis elevados de racionalidade programática, caracterizados por medidas organizacionais e de planejamento. (WOLFGANG *apud* LEAL, 2005, pp. 157- 178)

Assim, tendo em vista o orçamento público e a disponibilidade de recursos, as decisões sobre a alocação destes recursos ficarão a cargo das decisões discricionárias das

ações governamentais a serem exercidas pelos poderes Legislativo e Executivo para efetivarem os direitos prestacionais através do desenvolvimento de políticas públicas.

Como já dito, todos os direitos fundamentais, sejam eles de defesa ou de prestação possuem um custo financeiro. É óbvio de que os custos para a efetivação dos direitos de defesa já estão incorporados no orçamento público e para que haja a efetividade dos direitos prestacionais é preciso que se desenvolvam as políticas públicas pelo Estado.

Assim, para sua implementação todos os direitos demandam de recursos financeiros, até mesmo o próprio ato administrativo governamental ou a decisão judicial contêm custos para a sua formalização.

Segundo Flavio Galdino "[...] todas as atividades administrativas possuem caráter prestacional, demandando agentes públicos e atos materiais que as corporifiquem, sendo inobjetável que todas elas implicam custos para a sociedade". (GALDINO, 2005, p. 217).

Assim, verifica-se que há uma ilusão que todos os direitos são gratuitos pois para a efetivação de direitos prestacionais de caráter social haverão custos para sua implementação.

Por essa razão, fica evidente a necessidade de se administrar um orçamento público a ser gerido com eficiência, moralidade e honestidade, sendo que a própria Constituição traçará os limites de discricionariedade dos gestores do orçamento público e os seus deveres de atuação para desenvolver e aplicar as políticas públicas em prol da concretude dos direitos fundamentais.

Muitas vezes o que frustra a implementação dos direitos sociais não é o esgotamento de recursos orçamentários, mas sim a opção política de não gastar dinheiro com aquele determinado direito social, ou gastar de forma inadequada.

A decisão sobre a disponibilidade de recurso e a escolha sobre qual direito social vai ser efetivado com determinada política pública fica sobre a campo discricionário das decisões governamentais.

A discricionariedade administrativa consiste numa margem de liberdade, expressa no conteúdo do ato praticado, no cumprimento estrito da lei, que decorre da hipótese prevista na norma ou no comando nela inserido ou na finalidade por ela pretendida.

São nessas situações de discricionariedade (escolha) que caberão um juízo subjetivo dos Poderes Públicos no que diz respeito ao reconhecimento da situação fática; a decisão de

agir ou não; qual a escolha do momento ideal para atuar; qual a medida será a mais adequada para cumprir a finalidade.

Essa discricionariedade permitida no comando da norma tem por objetivo requerer do administrador o cumprimento do dever de adotar a melhor solução. Assim, a liberdade administrativa (critérios de conveniência e oportunidade) é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta.

Alguns autores, como Dirley da Costa Cunha, criticam essa discricionariedade afirmando de que "[...] não existe uma liberdade de não normatização" pelo legislador dos direitos fundamentais, dentre os quais se incluem os prestacionais (CUNHA, 2008, p. 346).

No entanto, o Estado tenta justificar sua ineficiência estatal de efetivação de direitos afirmando que o orçamento público não é suficiente para atender todas as demandas para efetivação dos direitos prestacionais sociais surgindo a justificativa estatal da reserva do possível.

Sobre a reserva do possível assevera Eduardo Cambi que "[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sempre infinitas a serem supridas na implementação dos direitos". (CAMBI, 2009, p. 382)

E concluiu em outro ponto:

[...] pode-se afirmar de que a reserva do possível é um limite jurídico-fático dos direitos fundamentais, mas também uma garantia da máxima eficácia e efetividade destes direitos, para que se possa assegurar, na hipótese de colisão de direitos, recursos necessários à implementação do mínimo existencial ou para salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em conflito. (CAMBI, 2009, p. 382)

Mas o que vem a ser o mínimo existencial ou núcleo de direitos fundamentais a serem garantidos? Menciona o próprio autor que:

[...]o mínimo existencial não é um conceito eminentemente individual (particular), sendo possível afirmar que, sem um padrão mínimo de bem-estar, as pessoas não podem exercer, na sociedade, seu papel de cidadãos, nem tampouco se colocar na posição de igualdade com os demais cidadãos. (CAMBI, 2009, p. 393).

Segundo Ana Paula de Barcellos mínimo existencial se concebe com a junção de quatro elementos: "[...] três materiais e um formal (educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça".) (BARCELLOS, 2002, p. 258).

Verifica-se a dificuldade de conceituação exata do que vem a ser **mínimo existencial**, sendo um campo fértil para a argumentação doutrinária e jurisprudencial.

De qualquer modo, o Estado tem a obrigação de garantir um conjunto de atividades e bens que promovam a dignidade individual e social de cada cidadão, incluindo saúde básica, educação ao menos o fundamental, assistência jurídica e uma renda mínima mensal (ampliação de postos de trabalho), capazes de assegurar ao cidadão o direito a igualdade e o seu bem-estar social.

Assim, a cláusula da reserva do possível só se justifica quando aferida em face de motivo razoável que desculpe a autoridade, de forma fundamentada e ampla, em processo próprio, com transparência e contraditório, faça a prova de impossibilidade de cumprir com o estabelecido.

Por outro lado, a visão de que os limites da ação do Poder Judiciário são impostos pela reserva do possível não se sustenta na sua integralidade, porque não se pode transferir ao próprio agente estatal responsável pela obrigação descumprida a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível ou não em termos de efetivação dos direitos fundamentais, em face de sua não disponibilidade.

Outra razão fundamentada pelos órgãos públicos a não efetivação de direitos fundamentais, além da utilização da cláusula da reserva do possível resulta da escassez relativa aos bens, afirmando de que não há bens suficientes para repartir a todos indistintamente.

Assim, sob estas justificativas os poderes Legislativo e Executivo para o desenvolvimento de políticas públicas realizam escolhas, sendo que a escolha por uma opção política para efetivar um direito prestacional ocasionará no detrimento de outra opção política que deixará de ser efetivada ante a justificativa de escassez de recursos para o desenvolvimento de todas as políticas públicas necessárias para a efetivação de todos os direitos sociais sob o argumento da reserva do possível.

Essas escolhas serão efetuadas após grandes debates políticos bem como com interferência do clamor social dos quais aponta os direitos prestacionais que demandam mais urgência de serem efetivadas.

Segundo Eduardo Cambi "[...] problemas como a efetivação dos direitos fundamentais sociais são próprios de países, como o Brasil, onde o Estado não assegura o **mínimo** essencial ao desenvolvimento das pessoas". (CAMBI, 2009, p. 215).

Mas a atividade administrativa de gerir o orçamento público e proceder escolhas devem sofrer algum controle judicial? Caso o administrador adote alguma medida que conflite com a finalidade da norma, o Judiciário deverá exercer o controle jurisdicional do ato, ou mesmo da omissão do ato, quando for o caso.

Este novo modelo assentado no Estado Democrático de Direito demanda o controle recíproco entre os poderes estatais e sobre seus agentes e também o controle exercido pela sociedade com vistas a fiscalizar as instituições políticas e seus agentes, responsáveis pela concretização dos objetivos, metas e finalidades consignados na ordem constitucional.

Sabe-se que o Poder Judiciário não tem o condão de fazer políticas públicas, mas pode e deve assegurar que as escolhas públicas já tomadas e inseridas na constituição, que demarcam os objetivos e finalidades da República Federativa sejam cumpridas.

Não podemos perder de vista o fato das políticas públicas relacionadas à concretização das prestações sociais ser de caráter coletivo e universais na sua configuração, deste modo, a atuação do Judiciário deve ser cautelosa para não tornar individual o que na sua essência foi estruturado como coletivo o que reflete, de sobremodo os compromissos fixados na Constituição brasileira de 1988.

Assim, a atividade controladora do poder pela jurisdição envolve: a) o controle de constitucionalidade da ação estatal; b) o controle de conformidade dos atos governamentais com a Constituição voltado à função de governo e da administração (controle de políticas públicas), bem como da omissão estatal.

Segundo Eduardo Cambi deve haver o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa asseverando que:

[...] o controle judicial da Administração Pública não deve cingir ao cumprimento das formalidades legais, sujeitando-se a verificação dos aspectos substanciais exigidos pela Constituição (art. 37, *caput*, CF). Em outras palavras, a atuação administrativa não está sujeita apenas a legalidade

em sentido *formal*, mas também em sentido *substancial*. (CAMBI, 2009, p. 237).

Eduardo Ribeiro Moreira, preleciona que:

As possibilidades de exercício de controle material das decisões políticas, com base nos direitos fundamentais, objetivamente considerados, são pequenas, quase reservadas à votação do orçamento público por parte do poder Legislativo, após a sua elaboração por parte do Poder Executivo (MOREIRA, 2008, p. 130).

E acrescenta:

Outra forma é por meio de controle exercido pelo Poder Judiciário, que deve fiscalizar as políticas públicas. O parâmetro de tal controle é material e objetivo, porque deve seguir as pautas constitucionais, também chamadas de políticas que agem na atuação do Poder Judiciário, mas também, em grande escala, os direitos fundamentais, que, como muitas das políticas, têm natureza de princípios [...]. A judicialização da política ganha limites ao lado de um aumento de força, pois não é qualquer política pública, mas aquela com base em metas previstas na Constituição. Os direitos fundamentais são erigidos a fundamentos do controle. (MOREIRA, 2008, pp. 131 e 132).

Portanto, a existência de uma política de direitos e a atuação dos poderes públicos na tentativa de efetivar estes direitos propiciou o crescimento da interferência judicial para fiscalizar a discricionariedade administrativa.

Nesse sentido preleciona Roberto Basillone Leite:

[...] outro fator que estimulou a tendência intervencionista dos juízes foi a existência de uma política de direitos, ou seja, a implementação de um programa político baseado na proteção a um conjunto de direitos fundamentais definidos na Constituição. (LEITE, 2014, p. 184)

Verificada a questão de custos, densidade normativa das normas e da justificativa estatal da reserva do possível e, em razão da hipertrofia do Executivo e do Legislativo que não conseguem atender a todas as demandas para efetivar direitos constitucionalmente garantidos e a Constituição que se submerge numa formalização de conteúdos de cunho meramente programáticos, se chega a inconstitucionalidade toda vez que um direito não é implementado.

Pode-se dizer que a Constituição sofre um pouco do mal do processo de constitucionalização do direito na medida em que os direitos se tornam inexecutáveis quando não implementados.

Ao Judiciário cabe assegurar a supremacia da Constituição, sendo que ao magistrado compete realizar dentre outras funções, dar máxima efetividade aos direitos fundamentais do indivíduo. Nessa esteira, surge o Judiciário para implementar ou efetivar um direito que não foi realizado através da política pública, transformando nesse momento num verdadeiro órgão político, o que de sobremodo, atuando desta forma, está usurpando competência de outro poder.

Assim, de acordo com Marcelo Rebello Pinheiro "[...] o Judiciário não deve ser o protagonista na formulação de direitos fundamentais, nem tampouco ficar na platéia a assistir o negligenciamento dos demais Poderes, por isso é preciso encontrar um ponto de equilíbrio". (PINHEIRO, 2008, p. 148).

A dificuldade, portanto, reside em saber a medida de intensidade da intervenção judicial.

Ademais, alguns aspectos gerais devem ser levados em consideração: o Judiciário não tem poderes para realocação de orçamentos públicos, isto significa que não pode remanejar as verbas públicas; mesmo nos casos excepcionais em que se verifica a legitimidade de sua atuação não será na má gestão pública que o Judiciário poderá atuar mas quando houver nítida e expressa omissão comprovada ou imperfeição do próprio projeto de política pública.

3.4.3 Decisões relacionadas às omissões legislativas

Como visto anteriormente, as políticas públicas são afetas à política por isso existe uma certa discricionariedade do legislador em escolher a melhor forma de implementar os direitos fundamentais, inclusive os sociais e aqueles direitos sociais não implementados por hipertrofia estatal transformam-se em omissões legislativas constitucionais.

Assim, ocorrerá a omissão inconstitucional toda vez que o legislador permanecer inerte ao dever de proteção estatal ou mesmo agindo não conseguir concretizar os direitos constitucionalmente garantidos.

No que se refere aos direitos prestacionais, muitas vezes, o legislador simplesmente ultrapassa a liberdade de conformação de que não consegue e não tem recursos para efetivar tal direito fundamental a acaba por permitir a chamada inconstitucionalidade por omissão.

Canotilho tece algumas recomendações que podem ser promovidas para sanar a omissão inconstitucional:

1) em se tratando de arbitrária inatividade do legislador (inconstitucionalidade por omissão), os cidadãos podem dirigir-se ao Judiciário a fim de obterem uma recomendação ao legislador para que concretize a imposição constitucional de legislar; 2) no caso de particulares situações sociais de necessidade, justificadores de uma imediata pretensão de cidadãos a partir do princípio da defesa de condições mínimas de existência inerente à dignidade da pessoa humana, seria possível o deferimento de ordem judicial concreta; 3) no caso, do legislador intervir restritivamente da legislação social existente sacrificando o mínimo de existência do cidadão, caso em que a ação legislativa daria espaço a uma pretensão jurídica subjetiva às pessoas afetadas. (CANOTILHO, 2003, p. 403.)

É o quadro que se mostra.

Um estado democrático de direito; o princípio da separação de poderes; a liberdade discricionária defendida pelo legislador constitucional e os direitos fundamentais sociais que carecem de efetivação.

Todo esse conjunto informado no parágrafo anterior precisa ser sopesado por todos os órgãos do Judiciário quando acionados para analisar uma omissão constitucional e/ou efetivar um direito fundamental. Caberá ao Poder Judiciário averiguar se a omissão do Poder Estatal é ou não inconstitucional para então promover a preservação da supremacia da Constituição.

Desta forma poderá ocorrer um controle abstrato de inconstitucionalidade quando a jurisdição é acionada mediante uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de acordo com o artigo 102, I, a e artigo 103, § 2º da Constituição Federal onde se dá a ciência ao órgão Estatal para a adoção de medidas necessárias para sanar a omissão, ou ainda através da arguição de preceito fundamental (artigo 102, parágrafo primeiro, da Constituição Federal).

Além do controle abstrato exercido pelo Poder Judiciário é possível ainda que ocorre o controle concreto da omissão constitucional poderá ser feito por meio de mandado

de injunção, mandado de segurança, ação civil pública e ação popular. Ocorrerá, então, o controle difuso de constitucionalidade onde o Judiciário irá declarar a omissão inconstitucional e determinar que o Estado através de seus órgãos proteja o direito fundamental que fora violado.

É nesse cenário que se verifica a ampliação da atuação judicial, pois diante das omissões constitucionais legislativas e da inércia do Executivo que não efetuou o controle da atuação do Legislativo, houve um acréscimo de demandas judiciais possibilitando maior intervenção judicial, com problemas que, em tese, deveriam ser resolvidos de forma administrativa, sem a necessidade de processo judicial.

Quanto à legitimidade de atuação judicial no que se refere as omissões legislativas Eduardo Cambi entende que:

[...] não há invasão de competência, mas apenas suprimento da prestação de dever de proteção do Estado (das medidas de controle necessárias) em razão da omissão do órgão que, inicialmente deveria tê-lo feito. Não há violação ao princípio da separação dos poderes, posto que não se está transferindo a competência do exercício do poder de polícia do Executivo ao Judiciário. (CAMBI, 2009, p. 254)

Mais cauteloso em suas considerações sobre a intervenção judicial o Juiz Federal Sérgio Fernando Moro afirma que "se é certo a Constituição Brasileira não autoriza expressamente o juiz eventualmente a suprir eventual omissão legislativa, não é menos certo que também não proíbe tal atividade". (MORO, 2001, p. 84).

Há que se discordar, dessas duas considerações generalizadas. Quanto à consideração feita pelo doutrinador Eduardo Cambi não há como concordar que, de certo modo, a atuação jurisdicional não esteja invadindo competência típica legislativa, já que, muitas vezes, o órgão judiciário legisla no lugar do legislador e essa postura, de sobremodo, viola o princípio institucional da separação dos poderes.

Já, com relação à consideração feita pelo juiz Sérgio Fernando Moro mencionado que a Constituição não autoriza, expressamente, o magistrado a suprir omissão legislativa também, discorda-se. Monstrou-se que a Constituição Federal autoriza o Judiciário expressamente com dois instrumentos processuais capazes de suprir a omissão constitucional, sendo eles: o mandado de injunção (controle abstrato de inconstitucionalidade), que possibilita numa delegação expressa do constituinte ao Judiciário que no exercício de função

atípica supra uma omissão normativa inconstitucional no caso concreto posto à sua apreciação e; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (controle concreto de constitucionalidade).

Não se quer negar a impossibilidade de atuação judicial, mesmo porque ela é autorizada pela Constituição, nem tampouco defender de que a atuação judicial como se encontra não extrapola os seus limites de atuação, mas sim defender que a atuação judicial deve ser ponderada por limites. A dificuldade, portanto, reside em saber a medida de intensidade da intervenção judicial.

Para Elival da Silva Ramos:

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio Estado-providência constituiu força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a revelar em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem queimar "etapas", concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente. (RAMOS, 2015, p. 286).

E ainda sobre a intervenção judicial em outro ponto argumenta o doutrinador:

Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas efetivamente vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever- se constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa) e que se deve ter presente na interpretação -aplicação do Texto Magno, pois como ensina Konrad Hesse, "a interpretação adequada ;e aquela que consegue concretizar, de forma excelente o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.(RAMOS, 2015, p. 288)

Assim, diante de tudo o que foi exposto, em face da democracia estabelecida dentro do Estado, frente ao princípio de separação dos poderes, juntamente com certa liberdade de conformação do Legislativo e diante da inércia de controle do Executivo, a margem de legitimidade de atuação judicial em caso de políticas públicas deve ser de forma excepcional,

desde que a decisão judicial seja fruto de uma interpretação da norma concisa, adequada e que não extrapole os seus limites de poder conformador.

Uma ação judicial para efetivar políticas públicas só será legítima se forem conjugados os seguintes fatores: o direito do qual se funda a ação tratar-se de necessidade de sobrevivência ou ser enquadrado como fator de mínimo existencial à dignidade humana; for verificada a omissão constitucional do legislador, bem como a hipertrofia do executivo na fiscalização do legislativo e que de alguma forma, o Judiciário enxergue a questão em linhas gerais cuja decisão efetiva esteja dentro do limite de interpretação de sua atuação.

Ademais, insta salientar que não é toda liberdade de conformação (discricionariedade) que será uma omissão legislativa. Esta verificação dependerá da ponderação de princípios e é só onde for efetivamente constatada que caberá a legitimidade de atuação judicial dentro dos limites invocados.

Há de ser considerada ainda a demanda de política pública que embora se identifique a omissão estatal não se justifica a flagrante violação de direito fundamental a ponto de ser tutelado através de uma ação judicial. Neste caso a atuação judicial será no sentido de impor ao legislativo um prazo para o suprimento da criação da lei para sanar a omissão constitucional, sendo que estas sentenças representam um papel importante para representar as reivindicações da sociedade, sem, no entanto, extrapolar os seus limites de atuação.

Essa última solução demonstra um "diálogo" entre os poderes constituídos, permitindo uma evolução constitucional, sem, no entanto, infringir o princípio da separação dos poderes e, sobretudo, sem que o Judiciário deixe de fazer o seu papel e ao mesmo tempo na tentativa de resolver o caso que lhe foi posto não se aproxime da autosuficiência, da arrogância e da prepotência se valendo de uma hermenêutica jurídica expansiva.

Nesse sentido estabelece Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro:

[...] não é correto crer que o Juiz assumirá o papel de 'senhor do Direito', antes ocupado pelo legislador, quando, praticamente, houve uma equiparação entre Direito e lei. Na Verdade, entre o Estado Constitucional e qualquer 'senhor do Direito', há manifesta incompatibilidade. Preocupação constante deve ser a manutenção da independência e harmonia entre os poderes (CF, art. 2), afora a preservação da legitimidade democrática. (PINHEIRO, 2011, pp. 122, 123).

Portanto, verifica-se a necessidade premente da procura pelo equilíbrio entre o sopesamento da interpretação de regras e princípios e a busca da justiça pelos magistrados nos casos levados para sua decisão, principalmente no que se refere a preencher as lacunas da omissão constitucional legislativa.

Nas palavras do doutrinador Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro "[...] tal equilíbrio não dependerá somente da existência de princípios e regras, mas da adequada utilização pelos operadores do sistema". (PINHEIRO, 2011, pp. 123-124).

Para finalizar este tópico do presente capítulo acrescentamos as palavras de Elival da Silva Ramos:

Cabe à crítica doutrinária auxiliar o Poder Judiciário a encontrar o equilíbrio entre a ousadia e a criatividade, imprescindíveis à tarefa de concretização de uma Constituição social-democrática, e a observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se pretende ver transformado em realidade. (RAMOS, 2015, p. 289).

Na sequência, será analisada a presença do ativismo judicial nas decisões do STF e, posteriormente, ao se ingressar no tema principal deste trabalho que é o ativismo judicial na justiça do trabalho e serão abordadas as possíveis formas de interpretação judicial e a aplicação de uma hermenêutica expansiva na tentativa do Judiciário em justificar o desvio metodológico de atuação judicial.

3.5 Ativismo judicial nas decisões do STF

No que se refere ao tema ativismo judicial nas decisões do STF embora instigante, no presente trabalho não será objeto de profundidade científica, pois o que interessa em particular, neste estudo, são as decisões tomadas pela Corte Constitucional Trabalhista: O Tribunal Superior do Trabalho.

O Supremo Tribunal Federal que é o órgão de cúpula do Judiciário Nacional tem como atribuições a guarda da Constituição, exerce o papel de tribunal constitucional, atua como solucionador de conflitos entre tribunais superiores, unificador de jurisprudência, além de possuir algumas competências originárias nos casos de conflitos que envolvem autoridades federais.

Segundo Edinilson Donisete Machado:

Ao Supremo Tribunal Federal cabe a guarda da Constituição, processando e julgando originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, I, a). É, portanto, a função que decidirá em primeira e última instância sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal. (MACHADO, 2012, p. 103).

Em linhas gerais, embora se reconheça que a última palavra sobre o que é a Constituição seja do Judiciário, especificamente da alta Corte Constitucional, tal fato não legitima decisões que se afastam do raciocínio jurídico, com métodos interpretativos adequados e ingressam nos domínios do que deveria ser a atividade legiferante do legislativo, da especulação e agem para atender ao clamor público e a imprensa tendenciosa.

A atividade normativa atípica do Supremo Tribunal Federal foi outro elemento impulsionador do ativismo judicial.

Não haverá uma análise profunda quanto às opções hermenêuticas escolhidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, mas apenas a menção de algumas decisões que deixam claro que cometem o desvirtuamento de suas funções originais e a prevalência do ativismo judicial com viés negativo, usurpador de competência.

Pode-se apontar a decisão do Mandado de segurança MS 32.033/DF, em que o Ministro Gilmar Mendes deferiu liminar para impedir a tramitação de projeto de lei complementar sob o argumento de que o mesmo era inconstitucional.

No início da decisão, de forma preliminar, destacou o nobre Ministro, que a jurisprudência do STF admite o controle de constitucionalidade dos atos administrativos, não obstante o seu caráter político, justificando que:

“[...] sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional”. (MENDES, MS 32.033/DF, 2013)

Com este discurso inicial verifica-se que o Poder Judiciário interfere em questões políticas, no que se refere ao controle dos atos legislativos, mesmo o nobre Ministro

admitindo de que "[...] também é verdade que isso somente tem sido admitido em situações excepcionais, em que há flagrante desrespeito ao devido processo legislativo ou aos direitos e garantias fundamentais".

Na prática o que se verifica é que a interferência do Judiciário, principalmente na Corte Constitucional não é nada excepcional. Ao contrário, rotineiras. Neste caso em particular e na concessão dessa liminar não houve sequer a fundamentação quanto ao procedimento do processo legislativo, a liminar apenas foi deferida para suspender a sua tramitação por que o Ministro não concordou com o teor o projeto de lei.

Pois bem.

Na concessão da liminar neste mandado de segurança, eis o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Ressalte-se que a urgência para a aprovação do referido projeto está relacionada à noticiada mobilização de setores do cenário político para a formação de novas legendas visando à participação no pleito eleitoral de 2014. Tais mobilizações, que levam tempo, devem estar concluídas antes de outubro do corrente ano, para se cumprir o princípio da anualidade eleitoral, de modo que a tramitação do PLC 14/2013, em si, já se afigurava suficientemente desmotivadora e, assim, desconstrutiva dos anseios de boa parte dos atores políticos nacionais. Isso sobejamente revela o caráter antidemocrático, contrário aos direitos das minorias, bem como discriminatório e ofensivo ao princípio da igualdade do referido projeto, nos termos e circunstâncias em que seria aprovado. (MENDES, 2012, p. 102)

Ao se analisar o voto, nota-se em sua essência que o seu discurso revela preferências quanto a matéria de fundo, que não caberia ser tratada com um julgamento precário que é a concessão da liminar.

Ao conceder a medida ao seu final deixou firmado que:

Ante o exposto, considerando (i) a excepcionalidade do presente caso, confirmada pela extrema velocidade de tramitação do mencionado projeto de lei – em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear tamanha modificação na organização política nacional; (ii) a aparente tentativa casuística de alterar as regras para criação de partidos na corrente legislatura, em prejuízo de minorias políticas e, por conseguinte, da própria democracia; e (iii) a contradição entre a proposição em questão e o teor da Constituição Federal de 1988 e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4430; vislumbro possível violação do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional e defiro o pedido de liminar para suspender a tramitação do

PLC 14/2013, até o julgamento de mérito do presente mandado de segurança. (MENDES, MS 32.033/DF, 2013).

Virgílio Afonso da Silva ao expressar sua opinião no *Jornal Valor Econômico*¹⁹ de 03/05/2013 mencionou que:

Ao bloquear o debate sobre as novas regras partidárias, Gilmar Mendes simplesmente decidiu que o Senado não poderia deliberar sobre um projeto de lei porque ele, Gilmar Mendes, não concorda com o teor do projeto. Em termos muito simples, foi isso o que aconteceu. Embora em sua decisão ele procure mostrar que o STF tem o dever de zelar pelo "devido processo legislativo", sua decisão não tem nada a ver com essa questão. Os precedentes do STF e as obras de autores brasileiros e estrangeiros que o ministro cita não têm relação com o que ele de fato decidiu. Sua decisão foi, na verdade, sobre a questão de fundo, não sobre o procedimento. Gilmar Mendes não conseguiu apontar absolutamente nenhum problema procedimental, nenhum desrespeito ao processo legislativo por parte do Senado. O máximo que ele conseguiu foi afirmar que o processo teria sido muito rápido e aparentemente casuístico. Mas, desde que respeitadas as regras do processo legislativo, o quão rápido um projeto é analisado é uma questão política, não jurídica. Não cabe ao STF ditar o ritmo do processo legislativo.

A conclusão que se chega com a decisão do Ministro é que ela foi, no mínimo, desarrazoada, uma ingerência indevida por que não existe a possibilidade de controle prévio de constitucionalidade feito pelo Judiciário.

Não há como admitir de que o Judiciário decida qual a pauta a ser discutida pelo legislativo em flagrante violação ao princípio constitucional da separação dos poderes. É, portanto, uma decisão que invade a esfera do legislativo e o mais alarmante ainda é que essa decisão produz efeitos concretos e imediatos.

Paulo Henrique Amorim em seu *blog Conversa afiada* definiu a decisão do Ministro Gilmar Mendes e tituló seu artigo como A pré-inconstitucionalidade é um Golpe do Gilmar²⁰.

¹⁹ Silva, Virgílio Afonso da. **A emenda e o Supremo**. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniao/3109808/emenda-e-o-supremo>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

²⁰ AMORIM, Paulo Henrique. **A pré-inconstitucionalidade é um Golpe do Gilmar**. Disponível em: <https://www.conversaafiada.com.br/brasil/2013/05/03/a-pre-inconstitucionalidade-e-um-golpe-do-gilmar>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

Essa decisão segundo a opinião de Virgílio Afonso da Silva se não fosse revista poderia abrir caminho para que o STF pudesse bloquear qualquer debate do Legislativo sempre que não gostasse do conteúdo do projeto que estaria sendo discutido.

Dito e feito.

Dias depois a esta decisão do Ministro Gilmar Mendes o ministro Dias Tóffoli exigiu explicações da Câmara dos Deputados sobre o que estava se discutindo na Comissão de Constituição e Justiça, como se referido órgão devesse alguma explicação ao Judiciário.

Na mesma semana no STF viu-se o Poder Judiciário tomar duas decisões que afrontam o princípio da separação dos poderes de forma inequívoca. Carlos Velloso, ex-ministro do STF ao mencionar sua opinião sobre a decisão de Gilmar Mendes não poderia ser mais apropriada para ilustrar a gravidade do ocorrido: "No meu tempo de Supremo, eu nunca vi nada igual"!

Em outra decisão no Mandado de Segurança 26915/DF, que foi impetrado por deputados federais para questionar ato do presidente da Câmara cujo fundamento era a falta de observância do devido processo legislativo.

Neste caso, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, por entender que o STF não pode adentrar em questões referentes exclusivamente à interpretação e à aplicação dos regimentos internos das casas legislativas, que constituem matéria interna corporis, da alçada exclusiva da respectiva casa, sendo, portanto, imunes ao controle judicial, em homenagem ao princípio da separação dos poderes.

No entanto, novamente em decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes²¹ indeferiu o pedido liminar. Embora Gilmar Mendes reconheça nesta decisão que a jurisprudência do STF só permite que atos das casas legislativas sejam analisados em “[...] situações excepcionais, em que há flagrante desrespeito ao devido processo legislativo ou aos direitos e garantias fundamentais”, novamente se verifica, com esta decisão, a interferência do judiciário em questões políticas, efetuando controle político, sem qualquer fundamentação adequada e exigida para este tipo de controle, verificando, mais uma vez a interferência de um poder sobre o outro.

²¹ MENDES. Gilmar. **Indeferido pedido de liminar contra aprovação da CPMF por comissão da Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=74300>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

Outro exemplo citado neste trabalho é o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 132/RJ que discutia sobre a união homoafetiva. Em seu voto o Ministro apontou que o julgamento do STF, por decisão unânime, não poderia ser qualificado como postura de "*ativismo judicial*", mas como um comportamento ativo do Judiciário frente a omissão legislativa.

Referido Ministro quis antecipadamente justificar que a decisão do STF seria alvo de críticas sobre a postura ativista e, já sabendo que seria alvo de críticas, revolveu no próprio voto tentar justificar de que não se tratava de ativismo judicial.

Asseverou em seu voto que o STF ao suprir, de forma criativa, a omissão constitucional não estava fazendo nada além de "cumprir a sua missão constitucional". Referido voto até reconhece a ocorrência de ativismo judicial, porém afirma que somente ocorre de forma moderada em situações excepcionais quando "os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos".

Pode-se citar a título de exemplos outras decisões com postura ativista sem adentrar em seus conteúdos para não tornar este trabalho prolixo. (STF, ADPF n. 54/DF), delimitação de terras indígenas (STF, Petição n. 3.388/RR), experimentação com células-tronco embrionárias (STF, ADI n. 3510/DF), uso de algemas (STF, Súmula Vinculante n. 11), união homoafetiva (STF, ADI n. 4277).

Esses exemplos são suficientes para demonstrar a atitude ativista da Corte Constitucional Brasileira com viés negativo, seja nas decisões ou nos pronunciamentos de seus votos de modo que se verifica o perigo do Judiciário em ultrapassar os limites de atuação no regime democrático estabelecido e o princípio da separação de poderes.

Nesse sentido destaca Jurger Habermas em sua obra:

[...] a corte Constitucional deve entender a si mesmo como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem supra positiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação de opinião e da vontade política de tipo inclusivo, ou seja, em que possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político. (HABERMAS, 2003, p. 99)

É interessante notar no discurso dos Ministros do STF, bem como ao proferir seus votos que sua atuação dá, muitas vezes, "fora do processo". Em 2008, o Ministro Gilmar

Mendes chegou a propor a criação de uma comissão no Congresso Nacional para tratar de temas constitucionais que ainda não tinham sido regulamentadas, tendo como justificativa de que o Judiciário não poderia se omitir de omissões constitucionais.

A ideia do Ministro era que o STF se posicionasse de forma expressa quando verificasse a omissão e a partir daí o Legislativo teria que seguir um procedimento especial para solucionar casos desta natureza.

Este comportamento institucional de ativismo judicial tem sido reconhecido nas decisões e votos do Ministro Gilmar Mendes, sendo que o nobre ministro, em um ciclo de debates realizado pelo Senado Federal em novembro de 2008, mencionou à época de que o ativismo judicial não seria uma interferência irregular ou "[...] uma manifestação de despreço com o Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição Federal". (Consultor Jurídico, 2008).

Recentemente em 23/02/2017 o Ministro Gilmar Mendes declarou: "**o ativismo judicial acontece apenas de forma localizada em determinados casos**", porém na mesma declaração afirma que diante do protagonismo judicial do STF nos últimos anos, pode ter se verificado **um certo exagero em alguns momentos. "Isso não é incomum"**, disse ele.²².

Ora, Gilmar Mendes reconhece o exagero das decisões do STF e mesmo assim as profere conforme se verificou nos exemplos acima citados. É, no mínimo, uma incoerência do Ministro, se não fosse uma típica atuação jurisdicional com afronta aos demais poderes institucionais do Estado.

Muitas outras decisões poderiam ser mencionadas para se verificar o desregramento da conduta do Supremo Tribunal Federal, caracterizadora de desvio funcional e ativismo judicial sem limites e com viés negativo.

Como já afirmado não é este ativismo que se defende.

O Poder Judiciário e mais ainda o STF sendo a Suprema Corte Constitucional não deve perder o foco contramajoritário de suas decisões em defesa dos direitos individuais e das minorias, bem como a busca pela prevalência da opinião majoritária e a atuação democrática, no entanto sua atuação de controle judicial e guarda da Constituição não pode e não deve ser exercida afora suas próprias limitações constitucionais.

²² AGÊNCIA BRASIL. **Gilmar Mendes diz que ativismo judicial pode ter sido exagerado em alguns casos.** Disponível em <http://agenciabrasil.etc.com.br/politica/noticia/2017-02/gilmar-mendes-diz-que-ativismo-judicial-pode-ter-sido-exagerado-em-alguns>. Acesso em 08 de maio de 2017.

Nas lições de Elival da Silva Ramos:

Sucedee, porém, que controlar a constitucionalidade dos atos emanados do Poder Legislativo ou do Poder Executivo não é atividade que se possa exercer com total liberdade, pois a própria missão que lhe é assinalada (a preservação da Constituição) já aponta para a existência de limites. (RAMOS, 2015, p. 27).

Segundo Lênio Luiz Streck em seu artigo **O que é isso, ativismo judicial, em números²³?**, esclarece que o Supremo Tribunal Federal possui a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de lei. Nem toda declaração de inconstitucionalidade se verifica a atitude ativista. Nesse sentido:

O STF (ou outros tribunais) podem declarar a inconstitucionalidade de leis em alto índice e ainda assim, necessariamente, tal atitude não poderá ser epitetada como ativista/judiciopolítica. Se as leis forem inconstitucionais, é bom para a democracia — ou, diria, condição de possibilidade da democracia — que sejam assim declaradas. Ativismo ou judicialização não se capta a partir do código ‘constitucional-inconstitucional’ e tampouco do código ‘ação deferida-ação indeferida’. Os conceitos de ativismo e judicialização que explicito na sequência vão deixar isso bem claro. (STRECK, 2013)

Restou demonstrado no decorrer deste trabalho que são várias realidades que se autorizam a interferência judicial, porém não é possível permitir a flagrante usurpação do Judiciário nos demais poderes.

O Judiciário, incluindo a Suprema Corte, não possui legitimidade para juízos em processos sobre atos internos do Poder Legislativo. Também não se fundamenta a tentativa do Judiciário em querer decidir sobre se o Legislativo deve ou não colocar em pauta para discussão e querer ditar o curso do processo legislativo.

Sobre a atividade normativa atípica do STF destaca Elival da Silva Ramos que

[...] no exercício pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro de competências normativas que, se não confrontam com o princípio da separação dos Poderes, dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para o seu fortalecimento, ao contrário, provocam uma certa tensão em relação ao conteúdo prescritivo de seu núcleo essencial. (RAMOS, 2015, p. 309)

²³ Streck, Lênio Luiz. **O que é isso, o ativismo judicial, em números?** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em 08 de maio de 2017

Por outro lado, verifica-se que também é desproporcional a atuação do Judiciário quando assume o papel de "defensor irrestrito de causas populares" na defesa dos menos favorecidos somente com fundamento nas pressões de algum setor da sociedade.

A atuação do Supremo Tribunal Federal, embora se reconheça sua função de guardião da Constituição, não pode ser presidida sem limites com decisões ativistas ou contra-majoritárias, com fundamento somente no clamor público e na orientação popular, de modo que sofrerão críticas severas se forem ultrapassados os seus limites de atuação.

Nesse sentido são as considerações de Elival da Silva Ramos:

Ora, se é certo, por um lado, que o Supremo Tribunal Federal há de ocupar lugar de destaque em qualquer reestruturação dos Poderes estatais que se pretenda promover, haja vista a centralidade da função de guardião da Constituição que lhe compete exercer no modelo de Estado Constitucional de Direito, de outra parte, não há como torná-lo imune a críticas deslegitimadoras da parte dos Poderes por ele fiscalizados se não forem claramente estabelecidos os marcos dentro dos quais sua atuação é constitucionalmente autorizada. (RAMOS, 2015, pp. 28 e 29).

Visto algumas situações de ativismo judicial com viés negativo no STF com desvios metodológicos de atuação judicial e alternância de momentos de maior ou menor ativismo. Em seguida será abordado o tema central do presente trabalho que é o ativismo judicial na justiça do trabalho.

CAPÍTULO 4 - ATIVISMO JUDICIAL TRABALHISTA

Neste capítulo, examinar-se-á o ativismo judicial na Justiça do Trabalho à luz dos capítulos 1, 2 e 3 que se dedicaram, respectivamente: a) a origem e estruturação do poder estatal com a análise da separação dos poderes e a ascensão do poder judiciário; b) o fenômeno do neoconstitucionalismo, a constitucionalização do direito e o processo de concretização da Constituição com a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento jurídico, bem como a judicialização das relações sociais; c) a análise do que vem a ser o ativismo judicial, visitando sua forma de ocorrência nas experiências estrangeiras e a ocorrência de ativismo judicial no Brasil e suas repercussões em causas políticas, relacionadas a direitos fundamentais, políticas públicas, omissões legislativas, e também a postura ativista nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Feitos esses esclarecimentos passa-se a abordar o ativismo judicial trabalhista trazendo um breve histórico sobre a Justiça do trabalho, com análise do poder normativo desta justiça especializada e a análise de casos e decisões dos quais se verifica o ativismo judicial com o caos da interpretação judicial e, por fim, aborda-se as críticas e limites da atuação jurisdicional trabalhista.

4.1 Breve histórico da justiça do trabalho e do protagonismo judicial trabalhista

Como visto em capítulos anteriores, houve um crescimento da atuação judicial por várias razões já apontadas (fragilidade do movimento neoconstitucionalista, judicialização das relações sociais, omissões legislativas) ampliando significativamente o controle estatal sobre todas as relações de modo geral.

O Direito do Trabalho talvez seja o verdadeiro símbolo desse novo modelo de atuação do Judiciário, na medida em que a interferência da vida pelo Direito pode ser compreendida se observados as origens e o desenvolvimento dos institutos jurídicos trabalhistas.

Quanto mais se intensificou o processo de constitucionalização do direito, mais o Direito do Trabalho se tornou distinto como ramo próprio e mais ainda suas próprias

determinações passaram a interferir nas relações entre trabalhadores e empregadores, condições de trabalho, bem como regramento de formas alternativas de prestação de serviços.

A Justiça do Trabalho sofreu ao longo do tempo grandes transformações, principalmente no que se refere a atuação de seus integrantes, garantias e sua independência institucional.

Durante a chamada primeira República, a única jurisdição especial do trabalho foi constituída pelos Tribunais Rurais, criados em São Paulo, através da Lei nº 3.548 dos quais eram compostos pelo juiz de direito da comarca e por dois outros membros, brasileiros ou naturalizados, indicados livremente pelas partes cuja competência era julgar questões decorrentes da interpretação e execução dos contratos de locação de serviços.

Com a revolução de 1930 e instauração do Governo Provisório, iniciou-se o cumprimento das chamadas "promessas de campanha", sendo criado o Ministério do Trabalho, que legislou abundantemente sobre matéria social. Outra promessa de campanha foi a criação da chamada Comissão Mista de Conciliação para a solução dos dissídios coletivos e as Juntas de Conciliação e Julgamento para dirimirem os dissídios individuais.

Às Comissões Mistas de Conciliação foram originadas pelo Decreto nº 21.396/1932, sendo que incumbia dirimir os dissídios coletivos entre empregadores e empregados. A Comissão Mista era composta por representantes de empregados e de empregadores, e mais um presidente, estranho aos interesses profissionais, todos nomeados pelo Ministro do Trabalho; propunham o estabelecimento de um acordo e, caso o acordo não fosse possível o conflito era encaminhado para o Ministro do Trabalho, que poderia nomear uma comissão especial para arbitrar sobre o conflito posto em discussão.

Às Juntas de Conciliação e Julgamento foram criadas pelo Decreto nº 22.132/1932, a elas competia dirimir os litígios individuais em que fossem partes os empregados sindicalizados e que não afetassem a coletividade a que pertencessem os litigantes. Também tinham composição paritária, bem como um presidente, nomeado pelo Ministro do Trabalho, estranho aos interesses profissionais.

Tanto a Comissão Mista quanto as Juntas de Conciliação e Julgamento não eram órgãos judiciais por que de suas decisões cabiam recurso para o Ministério do Trabalho que poderia modificar por completo as decisões tomadas por referidos órgãos, sendo que em caso de execução da decisão, esta seria processada perante a Justiça Comum.

Verifica-se de que, inicialmente, a Justiça do Trabalho não tinha caráter jurisdicional e que era subordinada ao Poder Executivo, portanto não era um órgão independente e seus membros não gozavam de garantias institucionais.

Em meio a estas restrições de atuação e em razão das pressões da sociedade, surgiram propostas legislativas para a estruturação do órgão com o objetivo de estruturar sua composição e definir sua função jurisdicional.

Nesta época eram travados grandes debates entre o deputado Waldemar Ferreira, responsável pela Comissão de Constituição e Justiça e Oliveira Viana, sociólogo que defendia a outorga de poder normativo à Justiça do trabalho, a qual era veementemente criticada pelo deputado sob o argumento de que o poder Legislativo não poderia delegar a outro órgão o poder de editar normas. Já Oliveira Viana defendia que as normas editadas pela própria Justiça do Trabalho seriam muito mais eficientes do que aquelas editadas pelo Legislativo.

Como se pode verificar o projeto inicial para criação da Justiça do Trabalho consistia em afastar o formalismo jurídico, tornar mais célere, amparada pela oralidade processual e que fosse eficiente a ponto de equilibrar na balança a desigualdade econômica entre empregados e empregadores.

Neste contexto, com a Carta Constitucional outorgada de 1937, sob o governo de Getúlio Vargas foi aprovado o projeto de lei que estruturou a Justiça do Trabalho, mantendo a sua natureza administrativa, o que só foi alterado em 1946 quando a Justiça do Trabalho foi incorporada ao Poder Judiciário.

Ao longo destes 70 anos de existência a Justiça do Trabalho sofreu outras grandes transformações que brevemente serão apontadas.

A primeira delas é a grande expansão da Justiça do Trabalho com a criação de vários órgãos que cresceram para acompanhar o desenvolvimento econômico e industrial do País. A segunda delas foi a extinção dos chamados órgãos classistas cuja modificação foi trazida pela Emenda Constitucional nº 24 de 1999, já sob a vigência da Constituição de 1988. A terceira e grande modificação da Justiça do Trabalho foi a ampliação de sua competência com a Emenda Constitucional nº 45, quando a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar não só os litígios oriundos da relação de emprego, mas também alcançar as controvérsias decorrentes das relações de trabalho, incluindo os acidentes de trabalho, antes resolvidos pela Justiça Comum.

Este breve panorama histórico da Justiça do Trabalho é necessário pois contribuirá para o entendimento do objeto deste trabalho e permitirá levantar alguns pontos relevantes do desenvolvimento da Justiça do Trabalho até os dias atuais onde se verifica o protagonismo judicial trabalhista.

O primeiro ponto é que a Justiça do Trabalho foi criada durante um período de expropriação de conflitos e a criação de uma justiça ligado ao poder executivo para resolver problemas entre o capital e o trabalho apresentou um avanço sem retrocesso.

O segundo ponto é que desde os debates travados entre os deputados e representantes da sociedade para a instituição do poder normativo da justiça do trabalho era suscitava sobre a preocupação com os limites dessa função normativa, o que, para muitos ocasionaria a usurpação do Poder Judiciário trabalhista pelo Legislativo.

O terceiro ponto abordado com a breve evolução histórica da Justiça do Trabalho é que ela foi criada inicialmente sem o caráter judicial, porém já revelava os atributos de uma posterior justiça que já prezava pela celeridade na resolução dos conflitos, oralidade, sem apego ao formalismo jurídico e dando ênfase a possibilidade de conciliação entre as partes. Assim, a partir do momento em que a Justiça do Trabalho foi incorporada como órgão do Judiciário em 1946 esses atributos já existiam e se fortaleciam ainda mais.

Consideradas estas características nota-se que a Justiça do Trabalho já apresentava, ainda que timidamente, um protagonismo judicial trabalhista, antes mesmo da Constituição de 1988. E essa força do Judiciário trabalhista está associada ao crescimento de teses jurídicas produzidas pela Corte Suprema Trabalhista.

Esse potencial protagonismo judicial na Justiça do Trabalho foi identificado desde a criação das Comissões Mistas de Conciliação para resolução dos dissídios coletivos, pelo exercício do chamado poder normativo da Justiça do Trabalho que se verá na sequência do trabalho e pela força de criação do Judiciário com teses jurídicas que foram sumuladas, cujas súmulas trabalhistas serão abordadas a seguir, em tópico próprio.

4.2 Poder normativo da Justiça do Trabalho

Verificou-se no último parágrafo do item anterior que o protagonismo judicial trabalhista também foi impulsionado pelo chamado Poder Normativo da Justiça do Trabalho.

Como visto, com a constitucionalização do direito fortificou o intervencionismo estatal nas relações de trabalho como meio de solução dos conflitos trabalhistas individuais.

No que se refere aos chamados conflitos coletivos - conflitos de massa da classe trabalhadora - há formas de solucioná-los sem que haja a interferência estatal como a autotutela (greve e locaute), a negociação coletiva (acordo e convenções coletivas realizadas pelos sindicatos de empregados e empregadores) e a arbitragem.

Num conflito coletivo, quando se busca a conciliação entre as partes através de negociação prévia e ela não é alcançada é possível o ajuizamento de um dissídio coletivo de natureza econômica por uma entidade sindical.

Dissídio Coletivo, segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, citando Nascimento:

[...] dissídios coletivos são relações jurídicas formais, geralmente de competência originária dos Tribunais, destinadas à elaboração de normas gerais. Confia-se, assim, à jurisdição, a função de criar direito novo, como meio de resolver as controvérsias dos grupos. (NASCIMENTO *apud* LEITE, 2010, p.1116).

Nas lições de Mauro Schiavi (2016, p. 1346) “é uma ação de rito especial, proposta perante a Justiça do Trabalho, tendo por objeto solucionar o conflito coletivo de trabalho”.

E conclui em outro ponto que:

Se o conflito for econômico ou de interesse, o dissídio coletivo terá por objeto criar novos direitos no âmbito das categorias profissional e econômica, exercendo a Justiça do Trabalho o chamado *poder normativo*. (SCHIAVI, 2016, p. 1346).

Por esta razão, se o conflito for econômico ou de interesse, o dissídio coletivo terá por objeto criar novos direitos no âmbito das categorias profissional e econômica, exercendo a Justiça do Trabalho o chamado poder normativo.

Assim, mesmo na esfera coletiva, prevalecia a solução estatal do conflito coletivo por meio do chamado **Poder Normativo da Justiça do Trabalho**, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Para exprimir a posição do STF²⁴ antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, será transcrita uma decisão que já conferia limites ao poder normativo:

EMENTA: Dissídio coletivo. Recursos extraordinários providos para excluir as cláusulas 2ª (piso correspondente ao salário mínimo acrescido do percentual) e 24ª (estabilidade temporária), por contrariarem, respectivamente, o inciso IV (parte final) e I do art. 7º da Constituição, este último juntamente com o art. 10 do ADCT, bem como a cláusula 29ª (aviso prévio de 60 dias), por ser considerada invasiva da reserva legal específica, instituída no art. 7º, XXI, da Constituição. Recursos igualmente providos, quanto à cláusula 14ª (antecipação para junho, da primeira parcela do 13º salário), por exceder seu conteúdo a competência normativa da Justiça do Trabalho, cujas decisões a despeito de configurarem fonte do direito objetivo, revestem o caráter de regras subsidiárias, somente suscetíveis de operar no vazio legislativo, e sujeitas à supremacia da lei formal (art. 114, § 2º, da Constituição). Recursos de que não se conhece no concernente à cláusula (reajuste salarial), por ausência e pressupostos de admissibilidade, e, ainda, no que toca às cláusulas 52ª (multa pela falta de pagamento de dia de trabalho), 59ª (abrigo para a proteção dos trabalhadores), 61ª (fornecimento de listas de empregados), 63ª (fixação de quadro de aviso), visto não contrariarem os dispositivos constitucionais contra elas invocados, especialmente o § 2º do art. 114.

Hoje, o Poder Normativo da Justiça do Trabalho encontra fundamento no § 2º do artigo 114 da Constituição, com nova redação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004²⁵.

Sobre o poder normativo Amador Paes de Almeida (2007, p. 412) entende que é "[...] a faculdade atribuída a Justiça do Trabalho de estabelecer, nos dissídios coletivos de natureza econômica, normas e condições de trabalho".

Já Wagner Giglio:

[...] a competência normativa causa espécie entre os doutrinadores, pois confere à Justiça do Trabalho o poder de ditar normas gerais modificadoras das condições de trabalho, numa atribuição de poderes legislativos a um órgão jurisdicional. (GIGLIO, 2007, p. 41).

²⁴ STF, Recurso Extraordinário 197.911-9, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU 7.11.1997.

²⁵ Art. 114 [...] § 2º da Constituição Federal. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Renato Saraiva conceitua o poder normativo:

O poder normativo da Justiça do Trabalho consiste na competência constitucionalmente assegurada aos tribunais laborais de solucionar conflitos coletivos de trabalho, estabelecendo, por meio da denominada sentença normativa, normas gerais e abstratas de conduta, de observância obrigatória para as categorias profissionais e econômicas abrangidas pela decisão, repercutindo nas relações individuais de trabalho. (SARAIVA, 2012 p. 893.).

Leciona Mauro Schiavi:

O poder normativo constitui uma intervenção do Estado nas relações de trabalho e máxime no conflito coletivo para solucioná-lo, substituindo a vontade das partes, e submetendo-as, coativamente, à decisão judicial. Trata-se de uma competência anômala conferida à Justiça do Trabalho para, uma vez solucionando o conflito de interesse, criar normas que irão regular as relações entre as categorias profissional e econômica. Não se trata apenas de aplicar o direito pré-existente, mas de criar, dentro de determinados parâmetros, normas jurídicas. Por isso, se diz que o poder normativo da Justiça do Trabalho atua no vazio da lei, ou seja: quando não há lei 5 dispondo sobre a questão. Em razão disso, a Justiça do Trabalho detém a competência constitucional para criar normas por meio da chamada sentença normativa. (SCHIAVI, 2016, p. 1342).

O mesmo autor aponta alguns argumentos favoráveis ao Poder Normativo destacando que:

[...] podemos apontar: a) Acesso à Justiça do Trabalho; b) garantia de efetividade dos direitos trabalhistas; c) garantia de equilíbrio na solução do conflito coletivo, máxime quando uma das categorias é fraca; d) tradição dos países de terceiro Mundo em solucionar o conflito por meio do Poder Judiciário; e) não impede que trabalhadores e empregadores criem consciência de classe e regulem seus próprios interesses; f) redução da litigiosidade e pacificação social; g) sindicalização por categoria e unicidade sindical; h) fragilidade do movimento Sindical Brasileiro i) tendência universal do acesso à Justiça para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos i) tendência universal do acesso à Justiça para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (SCHIAVI, 2016, pp. 1343- 1344).

E quanto aos argumentos desfavoráveis destaca:

a) interferência indevida do Poder Judiciário na atividade legislativa; b) morosidade do judiciário trabalhista; c) falta de efetividade da sentença normativa, pois muitas vezes divorciada da realidade [...] d) despreparo

técnico dos juízes em conhecer efetivamente o conflito coletivo e a realidade da categoria; e) engessamento da negociação coletiva; f) acomodação das categorias profissional e econômica. (SCHIAVI, 2016 p. 1344).

A Constituição Federal, em seu artigo 114, §2º, estatui que ajuizado o dissídio de natureza econômica poderá a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Assim, a análise dos limites do Poder Normativo deve levar em conta dois aspectos: o limite mínimo e o limite máximo. Com o limite mínimo determina-se a observância e a manutenção das condições legais e convencionais mínimas de proteção ao trabalho, bem como proteger as disposições convencionadas anteriormente, as chamadas "cláusulas já anteriormente ajustadas".

Segundo Mauro Schiavi²⁶: "[...] as disposições mínimas de proteção ao trabalho não devem estar dissociadas da efetiva proteção da dignidade da pessoa humana do trabalhador".

E acrescenta o mesmo autor que:

Mesmo em época de flexibilização do Direito do Trabalho, de altos índices de desemprego e globalização da economia, cresce o movimento de valorização do seu princípio protetor, que é a razão de ser do Direito do Trabalho, como medida de efetividade da proteção dos direitos fundamentais da pessoa, da realização do princípio da igualdade real entre os atores sociais partícipes da relação jurídica de trabalho e da dignidade da pessoa humana do trabalhador. (SCHIAVI, 2015).

Ainda destaca e concluiu sobre os limites mínimos do poder normativo:

[...] temos que os limites mínimos do Poder Normativo, ou seja, os limites que não podem ser ultrapassados pelo Poder normativo, são as garantias mínimas de proteção ao trabalho, englobando o chamado piso vital mínimo de proteção dos direitos do trabalhador e as normas anteriormente convencionadas. (SCHIAVI, 2015).

No que se refere ao limite máximo de atividade jurisdicional do Poder Normativo sempre foi objeto de grandes discussões e divergências com relação ao assunto. Há limite para a atividade inventiva do judiciário trabalhista? E, se há, qual é esse limite?

²⁶ SCHIAVI, Mauro. **ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS DO DISSÍDIO COLETIVO NA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO TST.** Disponível em http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/mauro_schiavi/mauro_schiavi_aspectos_polemicos_dissidio.pdf. Acesso em 23 de julho de 2017.

Verifica-se pela redação do artigo 114, § 2º, da Constituição Federal, que o texto constitucional não autoriza a Justiça do Trabalho através do poder normativo a criar normas ou condições de trabalho não existentes na legislação e nos acordos ou convenções coletivas e este é o primeiro limite a ser respeitado.

Continuando o raciocínio, verifica-se que a redação do citado artigo 114 da CF, suprimiu a expressão "**estabelecer normas e condições**" por "**decidir o conflito**".

O legislador que antes da EC nº 45/2004 tinha conferido ao Judiciário a possibilidade de **estabelecer normas e condições**, na nova redação do artigo conferiu poderes para **resolver o conflito**. A expressão "**estabelecer**" propiciava a atividade inventiva, de criação normativa, entretanto, a expressão "**decidir**" limita a questão propugnada pelas partes, às disposições mínimas legais e às cláusulas pré-existentes, ou seja, as cláusulas já ajustadas anteriormente, desde que o conflito coletivo seja fundado em seu conteúdo e não na existência de cláusulas.

Assim, não há como considerar que o Poder Normativo permaneça intacto após a EC nº 45/2004, pois o texto constitucional atual excluiu os poderes de criação das normas e condições de trabalho, que antes eram atribuídos ao Judiciário limitando assim a sua atuação, reduzindo a possibilidade de ativismo judicial.

Por certo, o legislador não excluiria a expressão "**estabelecer normas e condições**" se quisesse manter o poder criativo do Judiciário.

Portanto, o poder normativo está esvaziado e não poderá invadir matérias que já estão reguladas na lei, nem tampouco querer legislar onde a Constituição determina que seja regulamentado por lei ordinária.

Outro limite do ponto de vista deste trabalho é que as atividades do Poder Normativo devem se pautar em decisões de razoabilidade, cujas sentenças normativas privilegiem um equilíbrio entre o que espera a categoria de empregados e as possibilidades dos empregadores.

Também entende-se como limite ao poder normativo a inaplicabilidade do princípio da *rebus sic stantibus* à sentença normativa, preconizado no artigo 873 da CLT²⁷, tendo

²⁷ Art. 873 - Decorrido mais de 1 (um) ano de sua vigência, caberá revisão das decisões que fixarem condições de trabalho, quando se tiverem modificado as circunstâncias que as ditaram, de modo que tais condições se hajam tornado injustas ou inaplicáveis

tornado este dispositivo inconstitucional. Segundo Mauro Schiavi²⁸: "[...] exceção se faz pela via negocial direta entre as partes. Isto porque, há evidente limitação de atuação da Justiça do Trabalho em revisar cláusulas preexistentes, sobretudo para criar novas normas e condições de trabalho".

Ainda, não se pode perder de vista que o empregador possui o poder regulamentar de organizar a sua atividade, sendo que as decisões de sentenças normativas não podem e não devem interferir na própria organização da empresa, diante dos princípios constitucionais estampados no artigo 170 da CF.

Segundo Sérgio Pinto Martins²⁹:

No exercício do poder normativo, deve-se assegurar a propriedade privada, a sua função social, a livre iniciativa, a livre concorrência, a busca do pleno emprego, a valorização do trabalho humano e os ditames da justiça social (art. 170, II, III, IV e VIII), pois a empresa exerce a referida propriedade, assegurando empregos aos trabalhadores, devendo ser preservada a sua existência e continuidade, sem que haja intervenções excessivas do Poder Público no seu empreendimento, de maneira que possa haver justiça social. Se o poder normativo for estabelecido em contrariedade a tais hipóteses, haverá incompatibilidade com a Constituição. (MARTINS, 1997).

Não se pode deixar de considerar que o poder normativo é uma ferramenta para solução de dissídios coletivos, desde que seja utilizado de forma razoável, sem que haja interferência do Poder Público na atividade empresarial, para que não sejam cometidos abusos fundados em ativismo judicial.

O texto constitucional do artigo 114, de acordo com a redação dada pela EC nº 45/2004, não conferiu ao Judiciário a atribuição de ampliar os direitos dos trabalhadores por meio do julgamento de cláusulas de dissídio coletivo. O poder normativo não pode e não deve ser o antídoto para as reivindicações coletivas cuja satisfação implique na criação de normas.

²⁸ SCHIAVI, Mauro. **ASPECTOS POLÊMICOS E ATUAIS DO DISSÍDIO COLETIVO NA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO TST.** Disponível em http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/mauro_schiavi/mauro_schiavi_aspectos_poleMICOS_dissidio.pdf. Acesso em 23 de julho de 2017

²⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Disponível em Repertório IOB de Jurisprudência, RJ/2, 1ª quinzena de fevereiro/97, nº 3/97, caderno 2. Acesso em 23 de julho de 2017.

Portanto, o exercício do Poder Normativo deve ser limitado pelo ordenamento jurídico pois, do contrário, estará o Poder Judiciário invadindo a competência legislativa e promovendo ativismo judicial.

4.3 Ativismo judicial trabalhista

Como visto no decorrer deste trabalho a teoria da separação dos poderes como condição de liberdade social se encontra enraizada na maioria das constituições modernas e não poderia ser diferente. Não se pode sustentar a existência de um Estado Democrático de Direito sem que haja o império da lei e a determinação das atribuições e limites de cada um dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Também como visto, diversos foram os fatores que contribuíram para a ascensão do poder judiciário, tais como o alto custo para implementação de direitos fundamentais e desenvolvimento de políticas públicas; as omissões legislativas, o crescimento dos conflitos sociais, a ruptura de conceitos constitucionais clássicos.

Neste contexto o ativismo judicial foi ganhando espaço e até mesmo apoio por muitos, sob justificativas de omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como pela busca de justiça social, sem, no entanto, se preocupar com a manutenção da independência e harmonia entre os poderes.

Como já visto o fenômeno do ativismo judicial pode ocorrer de diversas formas, podendo se apresentar na interpretação de uma lei, na ponderação de princípios ou ainda em decisões com grau elevado de criatividade e suplementação.

Leciona Rafael Tomaz de Oliveira³⁰:

[...] o ativismo liga-se a um desejo do órgão judicante com relação à possibilidade de alteração dos contextos político-sociais. Pode ser conservador ou progressista. No final, o resultado é o mesmo: o Judiciário agindo por motivos de convicção e crença pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da comunidade política. (OLIVEIRA, 2012).

³⁰ OLIVEIRA Rafael Tomaz de. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acessado em 09 de abril de 2016.

Na Justiça do Trabalho, talvez mais do que em qualquer outra justiça, o ativismo judicial ocorre com mais frequência e com viés muito mais negativo, pois o magistrado trabalhista no momento da emissão de uma decisão e através de uma hermenêutica jurídica expansiva, exerce sua função jurisdicional para além dos limites impostos pela lei, ferindo fortemente teoria da separação dos poderes.

Adota o Judiciário Trabalhista de prerrogativas para intervir e modificar o estado das coisas, por meio de uma interpretação criativa, ora valorizando os princípios trabalhistas - já protetivos - e ora adotando critérios mais abertos de hermenêutica jurídica.

Os magistrados trabalhistas ao proferirem uma decisão judicial sob o manto da hipossuficiência do trabalhador atuam de forma ativista, deturpando a sua função de dizer o direito no caso concreto e julgam com o completo afastamento do princípio da legalidade estampado no artigo 5, inciso II, da Constituição Federal.

Muitos apontam a Justiça do Trabalho como modelo de justiça Robin Hood - um paralelo feito entre o herói inglês que roubava da nobreza para dar aos pobres – que se equipara à justiça do trabalho que retira do capital em prol dos trabalhadores considerados como hipossuficientes.

Em várias decisões dos magistrados trabalhistas e em manifesta atuação ativista agem de acordo com o chamado *results-oriented judging*, expressão que significa as situações em que o julgador resolve o conflito e profere a decisão que melhor expressa sua convicção de justiça e suas preferências pessoais (sentimentos implícitos), buscando uma maneira de justificar a sua decisão juridicamente.

Aqui cabe uma indagação: Porque a Justiça do Trabalho é acusada de excesso de ativismo judicial?

A Justiça do Trabalho tem como pauta de atuação quase que, exclusivamente, os princípios e a interpretação dos mesmos, inclusive sobrepondo os princípios em face da lei. Lênio Luiz Streck critica esta forma de interpretação judicial baseada em princípios e menciona o chamado "panprincipiologismo" é uma "fábrica de princípios"³¹ onde se vulgariza a sua utilização para a interpretação judicial e esclarece que:

³¹ Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. **Entrevista ao Professor Lênio Luiz Streck**. Outubro/novembro/dezembro 2011, v. 81, n. 4, ano XXIX. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1302.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2016

[...] equivocadamente se pensa que princípios são valores. É como se os valores flutuassem, fossem uma espécie de “ontologia”, da qual se retirasse uma essência. Os princípios seriam uma espécie de manifestação valorativa dessa ontologia. É um retorno a uma espécie de “realismo moral”. Isso é pernicioso, porque enfraquece a autonomia do direito. (STRECK, 2011).

Num Estado Democrático de Direito onde se rege pelo império da lei, ninguém, nem mesmo o juiz pode ignorar os textos legais e decidir com base em razões pessoais fundamentando pela interpretação de princípios.

Há ainda, uma peculiaridade do Processo do Trabalho que fortalece ainda mais a atuação ativa do magistrado que é a possibilidade de se aplicar subsidiariamente dispositivos processuais de outros diplomas legais, permitidos pelo artigo 769 da CLT.

Em seguida serão analisados alguns casos de ativismo judicial com viés negativo na opinião deste trabalho.

O primeiro caso de maior destaque de ativismo judicial na Justiça do Trabalho ou que pode ser considerado o de maior repercussão foi o caso da EMBRAER em São José dos Campos, ocorrido em 2009.

Eis a decisão que será analisada:

CRISE ECONÔMICA. DEMISSÃO EM MASSA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCAÇÃO COLETIVA. ABUSIVIDADE. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Européia (Directiva 98/59), Argentina (Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei n.º. 223/91), México (Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente - última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de

demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva - o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente. (TRT15ª Região. Dissídio coletivo nº 30900-12.2009.5.15.0000. Rel. José Antônio Pancotti)

Em razão da grande repercussão do caso, vale a pena analisar pormenorizadamente alguns momentos relevantes da decisão e do processo para identificar a existência de manifestações com perfil **ativista**.

A Embraer demitiu em 19 de fevereiro de 2009 aproximadamente 4.200 funcionários, sob o fundamento de que a crise mundial da época teria afetado diretamente seus contratos com compradores estrangeiros, diminuindo consideravelmente a produção de aeronaves e trens de pouso e, em razão do comprometimento da sua capacidade financeira, não teria outra alternativa senão efetuar a demissão de aproximadamente 4.200 funcionários.

Em prol dos trabalhadores o sindicato da categoria ingressou com um dissídio coletivo ajuizado no TRT da 15ª Região, sustentando de que as demissões estariam associadas as perdas sofridas pela empresa com especulação financeira ante as investidas desastrosas na Bolsa de Valores e que após a dispensa em massa estaria submetendo seus empregados a jornadas de trabalho excessivas demonstrando não ter havido queda de faturamento, nem tampouco a afirmada redução nas encomendas de aeronaves.

Postulou-se na ação de dissídio coletivo, a título de antecipação de tutela, a suspensão das rescisões contratuais e, posteriormente em caráter definitivo a declaração de nulidade das dispensas que foram realizadas.

É certo de que a CLT não possui dispositivos que proíbam a dispensa coletiva imotivada e só a partir da conjugação de princípios é que se poderia extrair as limitações para o direito de demitir.

No mesmo dia em que foi proposto o dissídio coletivo a Justiça do Trabalho decidiu em sede liminar suspendendo todas as demissões realizadas no dia 19 de fevereiro de 2009. O acórdão foi prolatado de modo inovador.

A decisão em sede liminar foi fundamentada numa série de referências normativas, calcadas nos fundamentos da Constituição tais como o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, função social da empresa, intervenção sindical nas questões coletivas.

Além disso ao fundamentar a medida também se pautou em princípios infraconstitucionais, principalmente a boa fé objetiva e ainda argumentou de que diante da omissão do artigo 7, inciso I, da Constituição (relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa), não poderia deixar o Judiciário de analisar o caso diante da lacuna apresentada e da omissão do legislativo que ainda não havia regulamentado nada neste sentido. A decisão considerou inválida as demissões reconhecendo a ilicitude da dispensa coletiva sem "prévia negociação sindical".

Analisando os fundamentos da decisão verifica-se que ao fundamentar sob o argumento da **impossibilidade de demissão ante a inexistência de negociação coletiva**, sem a existência de qualquer norma neste sentido praticou a Justiça do Trabalho em sua decisão **uma postura ativista criativa atuando além de suas prerrogativas** e ainda uma atuação contramajoritária pela insurgência da omissão legislativa no que diz respeito a inexistência de regulamentação quanto a dispensa coletiva.

Com a decisão, embora não se tenha determinado a reintegração dos funcionários, considerou a dispensa coletiva irregular e determinou o pagamento de indenizações adicionais a cada trabalhador demitido, bem como a manutenção do plano de saúde por 12 meses para as famílias de todos os trabalhadores envolvidos. Estabeleceu ainda, que em caso de reativação dos postos de trabalho deveria a empresa dar prioridade para a seleção dos que foram demitidos.

Verifica-se outra postura ativista do Poder Judiciário Trabalhista neste caso: A indenização adicional estabelecida na liminar para os casos de demissão em massa não decorre de textos legais, sendo que a solução derivou de construção jurídica criativa baseado na interpretação dos princípios constitucionais já mencionados.

Mas não é só.

A demanda foi recepcionada como "dissídio coletivo de natureza jurídica" tendo sido afastadas as preliminares arguidas que poderiam extinguir o processo sem julgamento de mérito. Foram alegadas matérias de não cabimento do referido dissídio uma vez que se tratavam de conteúdo condenatório e o poder normativo conferido não poderia impor referidas obrigações.

O relator responsável pelo caso fundamentou a decisão liminar afirmando que, por se tratar de decisão efetuada com atividade "inventiva", não poderia se submeter a um procedimento específico ou condições de admissibilidade da ação, diversos dos dissídios coletivos de natureza econômica. Com esta decisão, o Tribunal desconsiderou a OJ nº 7 da Seção de Dissídios Coletivos, segundo a qual determina que “[...] o dissídio coletivo de natureza jurídica não se presta à interpretação de normas de caráter genérico”.

Mais uma vez, na mesma decisão, o TRT **praticou ativismo judicial**, pois decidiu conforme suas impressões pessoais e deixou de aplicar a OJ nº 7³² do TST cuja construção também é oriunda de ativismo judicial. Referido ativismo judicial não é de interpretação hermenêutica, mas ativismo judicial em face de precedente.

Nesta decisão o Poder Judiciário Trabalhista, especificamente o TRT da 15ª Região por intermédio de seus desembargadores, considerou de modo inovador de que um dissídio coletivo pudesse ser o mecanismo do Judiciário para interferir num conflito privado de ordem coletiva com a justificativa de ser em prol da paz social.

Ao decidir que um dissídio de natureza jurídica possa ser utilizado para interpretar aos normas existentes asseverou que seria o momento ideal para se avançar na construção jurisprudencial da OJ nº 7 da SDC e agregar requisitos antes não previstos para a admissibilidade da ação.

³² **OJ-SDC-7 DISSÍDIO COLETIVO. NATUREZA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO DE NORMA DE CARÁTER GENÉRICO. INVIABILIDADE.**

Inserida

em

27.03.1998

Não se presta o dissídio coletivo de natureza jurídica à interpretação de normas de caráter genérico, a teor do disposto no art. 313, II, do RITST

Por todos os lados que se analisa a decisão desta liminar verifica-se que foram buscados vários subsídios, tantos quanto foram necessários para se deferir a liminar a qualquer custo.

A EMBRAER ingressou com recurso ordinário e a decisão foi mantida pelo TST. Importante citar que alguns ministros em seus votos manifestaram de que se trata de reclamação trabalhista na forma de dissídio individual plúrima e, por esta razão dariam provimento ao recurso e anulariam o processo, no entanto prevaleceu o entendimento do relator e a decisão foi mantida.

Até hoje a questão não foi resolvida e pendente de análise de Recurso Extraordinário pelo STF sob o número 64765. O argumento da empresa é que a decisão do TST violou vários dispositivos constitucionais sendo que o TST ao criar condições para a dispensa em massa atribuiu poder normativo da Justiça do Trabalho, e esta matéria está reservada a lei complementar (artigo 7º, inciso I, da CF) e, com isso o TST invadiu a esfera da competência do Poder Legislativo.

O STF através do Relator Ministro Marco Aurélio admitiu o agravo de instrumento, e validou o entendimento de que o assunto tratado no recurso extraordinário não apenas é constitucional, como também detém repercussão geral. Desde abril de 2013 aguarda-se a decisão do Supremo.

Algumas reflexões conclusivas sobre o caso.

Primeiro aponta-se que referido caso trouxe para discussão tantos outros processos onde se discute os chamados conflitos de interesse público; segundo que os litígios coletivos poderiam assumir várias conotações jurídicas; em terceiro lugar qual é a repercussão que a decisão dará pois provavelmente terão várias outras decisões de juízes de primeiro grau pautadas no caso EMBRAER; e ainda quais seriam os limites de atuação judicial nos casos de análises de litígios coletivos para não ocorrência de quaisquer das modalidades de ativismo.

Como se nota, o caso exemplificado é que maior repercussão se deu em razão de suas nuances, identificada a incidência de várias formas de ativismo judicial, embora se costume afirmar que o poder normativo da justiça do trabalho não configuraria ativismo judicial *strictu sensu*.

Certo é que o caso ora examinado possui em vários pontos visualizados, claramente o protagonismo judicial trabalhista, seja na decisão de modo inovador; seja na interpretação extensiva de princípios e da adoção de uma hermenêutica expansiva; seja a não aplicação de precedente jurisprudencial.

Por outro lado, deve-se reconhecer o novo perfil do Judiciário com seus aspectos positivos, sem perder de vista os perigos que rondam essa nova concepção, notadamente a sua intervenção injustificada na atuação das outras funções legislativas e executiva, como ocorreu no caso citado.

O ponto de partida é a sugestiva observação de Luis Roberto Barroso³³ (2008, p. 9): “[...] o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir”. E duas ideias destacadas pelo Ministro e Constitucionalista servem para guiar a verificação da existência, ou não, de justificativa para a intervenção do Poder Judiciário, quais sejam: i) a de capacidades institucionais e a de ii) efeitos sistêmicos

O caso analisado nos permite identificar e denunciar a ocorrência de ativismo judicial de várias formas com nítida afronta ao Poder Legislativo sem qualquer preocupação com a manutenção da independência e harmonia entre os poderes (CF, artigo 2º) e a preservação da legitimidade democrática.

4.4 Ativismo judicial no direito sumular trabalhista

Verificado o ativismo judicial na justiça do trabalho como um todo será abordado o protagonismo judicial trabalhista no direito sumular desenvolvido pelo Tribunal Superior do Trabalho e os seus Tribunais Regionais.

Comparando-se o Tribunal Superior do Trabalho com os demais tribunais superiores - Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – constata-se que o TST supera os demais na criação de teses jurídicas.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=9. Acessado em 03 de maio de 2017.

Apenas como informação quantitativa existem no TST³⁴ existem 1241 precedentes judiciais, sendo 463 súmulas, 120 precedentes normativos, 658 orientações jurisprudenciais emitidas pelo Pleno, Órgão Especial da Seção de Dissídios Individuais I e II e da Seção de Dissídios Coletivos, enquanto no Supremo Tribunal Federal³⁵ têm o total de 792 súmulas, incluindo as vinculantes.

Atualmente o Supremo Tribunal Federal conta com mais de sessenta súmulas de cunho trabalhista, e em relação as súmulas vinculantes, até o presente momento a justiça especializada trabalhista conta com seis.

Só pela análise quantitativa se percebe a nítida aptidão da Justiça do Trabalho na criação de teses jurídicas citando somente o Tribunal Superior do Trabalho sem contar a capacidade inventiva dos 24 Tribunais regionais do Trabalho espalhados pelo país. O ativismo judicial no direito sumular trabalhista ocorre com a criação de teses jurídicas com extrema força persuasiva que buscam uma padronização do modo de decidir.

Com o propósito de analisar os desvios de rota da atuação judicial identificados na criação e cristalização das jurisprudências editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho e seus regionais, serão analisadas, pormenorizadamente, algumas súmulas.

O estudo se inicia com a análise da Súmula nº 443 do TST que foi publicada em setembro de 2012 por meio da Resolução nº 185³⁶:

A fundamentação utilizada para a criação jurisprudencial foi a aplicação por analogia da Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Referida lei diz respeito a inibição de práticas discriminatórias atentatórias de direitos individuais sendo que no artigo 1º, foram enumeradas as situações se ensejaria a proteção estatal, apesar da garantia de emprego ao portador de HIV não estar inserida dentre estas situações.

Verifica-se que a utilização da Lei 9.029/95 como base para a construção jurisprudencial da Súmula nº 443 do TST, deu interpretação extensiva, pois alargou o objeto

³⁴ Precedentes judiciais do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em <http://www.tst.jus.br/> Acesso em 19 de julho de 2017.

³⁵ Súmulas do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 19 de julho de 2017.

³⁶ Súmula nº 443 do TST **DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO A REINTEGRAÇÃO** - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

das situações que previam a proteção estatal sendo que a criação ativa judicial incluiu na Súmula nº 443 os indivíduos portadores do vírus HIV, sequer previsto na Lei nº 9.029/95.

O Tribunal Superior do Trabalho ao editar a Súmula nº 443 o fez ampliando o entendimento da Lei nº 9.029/1995 e ao agir desta forma atuou de forma ativista, criando uma outra modalidade de proteção estatal em casos de dispensa arbitrária infringindo o princípio da reserva legal, uma vez que a Constituição Federal em seu artigo 7º, §1º, diz que é competência do Poder Legislativo a criação de lei complementar para a regulamentação das dispensas arbitrárias.

Verifica-se que, ainda que se fizesse uma leitura constitucional da Lei nº 9.029/1995, fazendo um esforço na tentativa de constitucionalizar o direito e efetivar o princípio da igualdade estampado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal e a promoção do bem de todos, que está elencado no artigo 3º, inciso IV do mesmo diploma, ainda assim se chega à conclusão de que a criação da Súmula pelo Judiciário Trabalhista, em nítida atuação ativista, extrapolou os limites de interpretação da norma.

As normas constitucionais possuem um caráter aberto e programático que indicam um norte a seguir pelo legislador ordinário, no entanto, isso não quer dizer que as normas infraconstitucionais, como é o caso da Lei nº 9.029/1995, devam ter seus limites prescritivos sempre alargados em face de um princípio que as informam.

Há também que ser discutido os aspectos práticos da editada súmula, principalmente no que diz respeito a teoria geral da prova e o ônus da prova. Quando se menciona na Súmula “presume-se” discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV, presume-se” quer dizer aquilo que é verdadeiro, submetendo o empregador a fazer prova que não discriminou o trabalhador portador do vírus HIV ao proceder a sua dispensa.

Todos conhecem o fato de que o portador de HIV não possui alterações estéticas externas de modo a ficar visível para ser reconhecida e ensejar preconceito por ocasião da dispensa.

De que forma então o empregador vai fazer prova de que a dispensa não foi discriminatória se sequer tinha conhecimento da doença? Como fazer prova negativa do desconhecimento da doença? De que forma comprovar o que não se tem conhecimento.

Nota-se a gravidade da construção jurisprudencial da Súmula nº 443, que admite a reintegração, presumindo discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV

ou de outra doença grave, mesmo que o empregador não tenha tido conhecimento de que o empregado era portador do vírus HIV ante a dificuldade de se fazer prova negativa de que de fato, não tinha conhecimento da doença.

Como, de fato, provar o que se desconhece? Se está diante de uma determinação juridicamente impossível, uma vez que o desconhecimento não tem como ser provado.

Afinal, quais direitos teria o empregador diante da Súmula nº 443 do TST, se é que o teria? Poderia exercer algum tipo de prevenção a respeito da admissão de empregados com doenças graves?

Sabe-se de que Ministério do Trabalho e Emprego veda aos empregadores que se faça testes a respeito de HIV, visto os direitos dos empregados a respeito a não discriminação. Verifica-se de que a discriminação da referida doença na súmula é presumida, o empregador é proibido de fazer qualquer teste antes do empregado ser contratado ante o seu direito a respeito da discriminação e, após contratá-lo se o empregado informar de que é portador do vírus HIV o empregador tem tolhido o seu poder diretivo de dispensa e não poderá dispensá-lo sob pena de caracterizar a discriminação.

Como já visto, pode ocorrer que o empregador sequer tenha conhecimento de que seu empregado é portador do vírus HIV e ao dispensá-lo tenha que fazer prova de que não tinha conhecimento da doença. É, no mínimo, uma incoerência.

E mais, o efeito representativo da referida súmula em termos sociais é a transferência da responsabilidade de um problema de ordem social para a iniciativa privada. A proteção social da vítima acometida de doença, no caso específico do portador do vírus HIV, deve ser encargo da previdência social e não de responsabilidade dos empregadores, sendo incabível de se aceitar que a redistribuição desta tarefa seja feita por meio de uma decisão judicial ativista.

Por outro lado, há que se reconhecer de que o princípio constitucional da livre iniciativa deve ser compatibilizado à valoração do trabalho humano, sem, no entanto, sobrecarregar a livre iniciativa empresarial, muito menos atribuir maior densidade aos valores sociais do trabalho.

A estabilidade do portador soropositivo tem sido concedida em muitas decisões de forma temerária, com fundamento na presunção da discriminação e cuja medida judicial tem caráter definitivo, como se pode demonstrar na decisão mencionada neste trabalho³⁷.

Cabe mencionar que a súmula não indica quais doenças seriam consideradas graves além do portador do vírus HIV para considerar presumida a dispensa discriminatória e ensejar o direito a estabilidade no emprego.

O fato de não descrever quais as doenças poderiam ser caracterizadas como “graves” além do soropositivo, deixa o campo livre para atuação ativista do magistrado, pois ao analisar o caso posto a juízo poderá entender o magistrado com seus valores pessoais de que a doença apresentada nos autos se enquadraria como grave, mesmo não sendo, a ponto de ensejar a reintegração.

Ademais, é importante destacar que caso se exija prova de que o empregado foi dispensado por reestruturação ou sua própria ineficiência, a decisão do magistrado estará criando uma categoria de empregados diferenciados, que mesmo sem previsão constitucional ou legal precisam de um tratamento diferenciado em razão de sua condição de enfermidade se for comparado aos demais empregados. Referida decisão, afrontaria, de sobremodo, o princípio da igualdade.

Por todo o exposto, a construção jurisprudencial editada pela Súmula nº 443 do TST instituiu uma modalidade de estabilidade sem que haja previsão legal, ferindo o princípio da legalidade e contribuiu para o estabelecimento da insegurança jurídica, pois o empregador se vê a mercê de limites delimitadores de sua administração gerencial, deixando de exercer o

³⁷ **RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EXAME DEMISSIONAL. OBRIGAÇÃO DA EMPRESA. SÚMULA 443 DO C. TST.** A jurisprudência desta Corte, com base no princípio fundamental do artigo 3º, IV, da Constituição Federal (promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação) orientou-se no sentido de que a prova da dispensa não discriminatória, especialmente em casos de empregado portador do vírus HIV, recai sobre o empregador. Nessa esteira, presume-se discriminatória, nos termos da Súmula 443 do c. TST, a dispensa de empregado infectado pelo vírus HIV. Recurso de revista conhecido e provido. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. GERENTE. EXCEÇÃO DO ART. 224, § 2º, DA CLT. O eg. TRT, com base nas provas dos autos, registrou que o reclamante atendeu aos requisitos do § 2º do art. 224 da CLT, pois exercia funções que exigiam maior responsabilidade, típicas do cargo de confiança, e recebia - gratificação de função bastante superior a um terço de seu salário-. Verifica-se, pois, que o entendimento do eg. TRT está em consonância com o item II da Súmula nº 102 do c. TST. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 1675006120055020026 167500-2005.5.02.0026, Relator Aloysio Corrêa da Veiga, Julgamento: 18/06/2013, 6ª Turma)

poder diretivo a que lhe é inerente, com possibilidade de comprometer a vida financeira da empresa. Por conta de decisões com base na Súmula nº 443 do TST o Judiciário vem ditando de certa forma, o controle gerencial empresarial a despeito do poder patronal consagrado.

Também não há como o magistrado decidir a questão levando em consideração aspectos emocionais, em que pese a relevante questão social já debatida, deve a lide ser resolvida de acordo com a lei e com as provas trazidas aos autos.

A Súmula nº 443 do TST e seus desdobramentos, conforme verificado a partir de sua análise, se desdobra num quadro de ativismo judicial trabalhista, afrontando o princípio da separação dos poderes.

A seguir a análise de outra Súmula editada pelos órgãos judiciários trabalhistas.

Várias são as situações em que a construção jurisprudencial através da capacidade criativa do Poder Judiciário com atuação eminentemente ativista tenha trazido força a ponto de transformar uma súmula em lei, como ocorreu com a Súmula nº 90 do TST editada em 25.04/2005³⁸.

Foi em razão da Súmula nº 90 do TST que se alterou a redação do artigo 58, §2º, cujo parágrafo foi incluído pela Lei nº 10.243, de 19/06/2001, passando o artigo ter a seguinte redação:

Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução

³⁸ Súmula nº 90 do TST. **HORAS IN ITINERE. TEMPO DE SERVIÇO** (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978). II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere". (ex-OJ nº 50 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995) III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas *in itinere*. (ex-Súmula nº 324 - Res. 16/1993, DJ 21.12.1993) IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 - Res. 17/1993, DJ 21.12.1993) V - Considerando que as horas *in itinere* são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

A partir deste momento o pagamento de horas *in itinere*, desde que preenchidos os requisitos impostos pelo §2º do artigo 58 da CLT, passou a ser devido pela imposição da lei. Nota-se de que uma construção jurisprudencial tenha se transformado em lei, por impulso do Poder Judiciário.

Como se vê, não é raro, o TST por meio de súmula, aproveitar da justificativa da omissão legislativa para regulamentar situações e adentrar na esfera do Poder Legislativo.

Assim, na tentativa de defesa das ingerências judiciais, empregadores representados por seus sindicatos passaram a iniciar tratativas com os sindicatos dos empregados das categorias, apoiados no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal que valoriza as negociações coletivas como forma de solução de conflitos, admitindo a convenção da forma de pagamento das horas *in itinere*, sem importar em infringência ao artigo 58, § 2º, da CLT ou violação a princípio constitucional.

Os Tribunais trabalhistas para fazerem frente as convenções coletivas que estabelecem a forma de pagamento das horas *in itinere*, passaram a adotar o critério da proporcionalidade e razoabilidade para considerar válida ou não a norma coletiva que estabelece um tempo médio gasto no transporte como horas *in itinere*.

Recentemente, em 18/10/2016, de modo inovador, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região de forma criativa e ativista editou a Súmula 39³⁹.

Assim, com supedâneo nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade os Tribunais trabalhistas têm deixado de validar uma norma coletiva efetuada após negociações coletivas com fundamento na edição da Súmula nº 39 do TRT da 9ª Região de atuação ativista trabalhista.

São inúmeros os processos que estão em andamento e a espera de serem resolvidos no Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que as empresas embasadas no princípio da legalidade e da autonomia privada defendem a validade das normas coletivas - que

³⁹ SÚMULA 39 DO TRT DA 9 REGIÃO. **HORAS IN ITINERE FIXADAS EM NORMA COLETIVA. VALIDADE CONDICIONADA À PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.** Considera-se válida a disposição prevista em convenção ou acordo coletivo que estabelece o pagamento de número fixo de horas *in itinere*, desde que o tempo previsto na cláusula normativa corresponda a, no mínimo, 50% do tempo efetivamente gasto pelo empregado no trajeto, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Exemplificativamente, se a norma coletiva fixa 1 hora diária *in itinere*, considera-se válida desde que o tempo efetivamente despendido pelo empregado no trajeto não exceda 2 horas diárias. (ex-Tese Jurídica Prevalente 3)

estabelecem a forma de pagamento das horas *in itinere* - e de outro lado, de modo inovador estão as decisões de primeiro grau e as súmulas dos tribunais regionais atuando de forma ativista e criando a condição de validade da norma coletiva condicionada ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

De acordo com o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O que se extrai do dispositivo é um comando do qual somente a lei poderá criar direitos, deveres e vedações, ficando os indivíduos vinculados aos comandos legais, disciplinadores de suas atividades.

O princípio da legalidade é uma verdadeira garantia constitucional, pois através dele, procura-se proteger os indivíduos contra os arbítrios cometidos pelo Estado e até mesmo contra os arbítrios cometidos por outros particulares.

Decisões judiciais pautadas na Súmula nº 39 do TRT 9ª de criação inventiva do próprio Tribunal Regional infringem expressamente o disposto no artigo 5º, inciso II, da CF, pois não há lei que determine a validade da norma coletiva levando-se em consideração o princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Não existe preceito legal estabelecendo a exigência de proporcionalidade e razoabilidade para que um instrumento coletivo seja considerado válido ou não.

O princípio da proporcionalidade e razoabilidade, consubstanciados na Súmula nº 39 do TRT da 9ª Região, para afastar a validade da norma coletiva acerca das horas *in itinere* nela fixadas, trata-se de criação da jurisprudência em atuação eminentemente ativista.

Com a invalidação da norma coletiva, levando em consideração o princípio da proporcionalidade e razoabilidade estampado na Súmula nº 39 do TRT da 9ª Região, está o Judiciário atuando como legislador positivo, em afronta ao princípio da legalidade e autonomia privada coletiva e, de modo inovador, cria norma proibitiva inexistente no ordenamento.

Mesmo que se admita a viabilidade da intervenção judicial, seja para efetivar direitos fundamentais, seja para suprir omissões legislativas, não se pode perder de vista os perigos que rondam essa nova concepção, notadamente a sua intervenção injustificada na atuação das outras funções legislativas e executiva.

Inegavelmente, a edição da Súmula nº 39 do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região de criação através de postura ativista, põe em evidência a afronta ao artigo 5º, inciso II, e artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal.

Mais uma vez, impende destacar que não há lei que determine a validade ou não da norma coletiva levando em consideração o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a invalidação de instrumentos normativos coletivos de trabalho, pois significam verdadeira afronta à Democracia e à Constituição Federal.

Por outro lado, a Constituição Federal valoriza as negociações coletivas como forma de solução de conflitos, admitindo a convenção da forma de pagamento das horas *in itinere*, sem importar em infringência ao artigo 58, § 2º, da CLT ou violação a princípio constitucional.

Assegurado o pagamento de horas *in itinere*, a fixação do tempo por meio de negociação coletiva, não justifica a intervenção do Poder Judiciário, que representaria a alteração de regime jurídico já estabelecido pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Por outra banda, os fatores da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos não recomendam que o Estado Juiz interceda, indicando que, os Poderes Legislativo e Executivo estão mais habilitados a produzirem acerca da matéria. E inexistente ato normativo proibindo a validade da norma coletiva levando em consideração o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, não se justifica a intervenção do Poder Judiciário e a exigência desta ordem (proporcionalidade e razoabilidade) esbarra no estabelecido em Lei, pois a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso II, determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime proferida no julgamento do Recurso Extraordinário 590.415, destacou a importância de se prestigiar os acordos e negociações coletivas e o quão pernicioso a toda sociedade pode se tornar as declarações de nulidade de suas cláusulas pela Justiça do Trabalho⁴⁰.

José Pastore, em recente artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, sob o título "A desvalorização da Negociação coletiva", ressaltou que a anulação de cláusula dos

⁴⁰ STF, RE 590.415, Relator Ministro Roberto Barroso, data do julgamento 30/04/2015.

instrumentos normativos coletivos de trabalho significam verdadeira "afrenta a Democracia e à Constituição Federal"⁴¹.

Asseverou no mesmo artigo que:

O Brasil é um país intrigante. No campo trabalhista domina a idéia de se ampliar e fortalecer a negociação coletiva na solução de divergências entre empregados e empregadores. A Constituição de 1988 valorizou a negociação coletiva. Sindicalistas e empresários desejam a negociação coletiva. Ironicamente, os magistrados da área trabalhista, com honrosas exceções, se colocam como obstáculo à negociação coletiva. Súmulas, orientações jurisprudenciais, instruções normativas e até mesmo sentenças têm anulado o esforço feito pelos sindicatos de trabalhadores e pelos empresários no sentido de encontrar solução para os seus problemas com base no seu entendimento e vontade. (PASTORE, 2016).

Além de não existir previsão legal para tanto (artigo 5º, inciso II, da CF/1988), não se pode transformar a validade da negociação em simples média aritmética. Se assim fosse, também se estaria diante da afronta de dois importantes princípios: o do conglomeramento e o da segurança jurídica.

Além disso, corre-se o risco de criar regras distintas (proporcionalidade aleatória) com forte carga de subjetivismo, o que sem dúvida, traz consequência nefasta ao ordenamento pátrio. Este entendimento foi prestigiado pelo C. TST, inclusive em decisões proferidas após a inclusão do § 2º ao art. 58 da CLT. O Ministro Ives Gandra Martins Filho declina com propriedade inigualável sobre o tema.

HORAS *IN ITINERE*. LIMITAÇÃO. NORMA COLETIVA. VALIDADE. SÚMULA 90 DO TST E ARTS. 4º E 58, § 2º, DA CLT E 7º, XIII, XIV E XXVI, DA CF.

1. O reconhecimento do direito à percepção das chamadas Horas *in itinere* decorreu de construção jurisprudencial, cristalizada na Súmula 90 do TST, a partir da exegese do art. 4º da CLT, que dispõe constituir tempo de serviço o período em que o empregado permanece à disposição do empregador. Entendeu-se que o tempo de deslocamento até o local de trabalho, quando a condução era fornecida pelo empregador, seria tempo à disposição do empregador.

2. O verbete sumulado, em sua redação original, impactou as relações trabalhistas, na medida em que, generalizando a vantagem, onerava uma liberalidade patronal: a empresa fornecia o transporte ao empregado,

⁴¹ PASTORE, José. **A desvalorização da negociação coletiva**. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-desvalorizacao-da-negociacao-coletiva>. Acesso em: 14 de maio de 2017

liberando-o do gasto que teria e facilitando-lhe a vida, e acabava punida com a transformação do tempo de transporte em tempo de serviço. O desestímulo ao transporte empresarial gratuito foi total.

3. A Súmula 90 do TST, em sua redação original, não sobreviveu 2 meses, recebendo nova redação em 10/11/78, que matizava as situações em que as horas *in itinere* seriam efetivamente devidas, ou seja, quando o fornecimento do transporte pelo empregador era indispensável para levar os empregados ao local de trabalho. A partir de então, a jurisprudência foi se tornando casuística, sobre quando eram, ou não, devidas, as horas *in itinere*, de acordo com outras circunstâncias que especificavam as condições do local de trabalho (Súmulas 324 e 325 e Orientação Jurisprudencial 50 da SDI-1, todas do TST).

4. A Lei 10.243, de 19/06/01, veio a transformar em lei a jurisprudência pacificada pelo TST em 2 verbetes (a Orientação Jurisprudencial 23 da SDI-1 sobre minutos residuais e a Súmula 90 sobre horas *in itinere*), acrescentando ao art. 58 da CLT os §§ 1º (OJ 23) e 2º (Súmula 90). No dia seguinte ao da edição da lei, o TST consolidava jurisprudência que extraía a consequência lógica da consideração legal das horas *in itinere* como tempo de serviço, em caso de extrapolação da jornada de trabalho, editando a Orientação Jurisprudencial 236 da SDI-1, pela qual seriam tidas como horas extras. Finalmente, em 2005, o TST aglutinava todos os verbetes de sua jurisprudência dominante que tratavam das horas *in itinere*, transformando-os em itens da Súmula 90.

5. Assim, da análise histórica, bem como da observação topográfica da inserção desse direito na CLT, verifica-se que se trata de norma afeta à -duração do trabalho- (Capítulo II do Título II, referente a Normas Gerais de Tutela do Trabalho) e não à -medicina e segurança do trabalho- (Capítulo V do mesmo Título). E, tratando-se de norma referente à jornada de trabalho, não está infensa à negociação coletiva, em face do que dispõe textualmente a Constituição Federal em seu art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, ao prestigiar as convenções e acordos coletivos e referir as matérias passíveis de flexibilização (salário e jornada de trabalho).

6. Nesse contexto, a tarifação das horas de transporte em negociação coletiva, até com o fito de evitar as variações decorrentes de trânsito e pontos distintos de trabalho, burocracias de marcação de tempo e dificuldades inerentes à prova da duração real e variável das horas, tem se tornado expediente normal, tido como salutar por patrões e empregados, mormente em face das vantagens compensatórias que os sindicatos obtêm em face da flexibilização da norma legal.

7. A proporcionalidade e razoabilidade na fixação do número de horas *in itinere* a ser pago é juízo valorativo a ser feito pelas partes na negociação coletiva, em face das vantagens compensatórias, acessibilidade maior ou menor do local de trabalho, ponderando se a comodidade do transporte já não é vantagem suficiente, que justifique a não oneração maior da empresa.

8. Ademais, não cabe ao Poder Judiciário ser legislador positivo, pecado no qual incorreria se quisesse estabelecer regra de proporcionalidade aleatória, estimulando o subjetivismo judicial, quer adotando o critério de não se permitir fixação de valor inferior à metade das horas efetivamente transportadas, quer estabelecendo variação não superior a uma hora das efetivamente prestadas.

9. Nesses termos, válida se apresenta a norma coletiva que fixa em uma hora diária o tempo a ser computado como de transporte, não obstante a prova aponte para uma realidade de mais de 2 horas diárias de condução. Embargos desprovidos. Processo: E-RR - 471-14.2010.5.09.0091 Data de Julgamento: 15/03/2012, Redator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Fonte: DEJT 20/04/2012.

Assim, a ideia de proporcionalidade criada pelo desenvolvimento jurisprudencial construtivo permitiu um leque de escolhas com grande discricionariedade dos magistrados trabalhistas o que facilita a atuação ativista.

O princípio da proporcionalidade está implicitamente previsto na Constituição Federal, podendo ser extraído especialmente do §2º do artigo 5º, onde dispõe sobre os direitos e garantias: “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”.

O princípio da proporcionalidade possibilita um mecanismo de resolução de conflitos e quando o magistrado possui um conflito a ser resolvido onde há a colisão de dois princípios, utiliza o princípio da proporcionalidade para resolver a lide.

No entanto, embora o princípio tenha grande importância na proteção dos direitos fundamentais, é alvo de diversas críticas pela doutrina. Nesse sentido Paulo Bonavides:

O emprego do princípio da proporcionalidade, derivado do sistema de direitos fundamentais, representa quase sempre uma decisão, em última análise, difícil de fundamentar, que corresponde unicamente ao desejo e à vontade de quem toma a decisão, e por isso não pode pleitear reconhecimento geral. (BONAVIDES, 1997, p. 390)

Portanto, o princípio da proporcionalidade foi alçado com status de super princípio, possibilitando os devaneios dos magistrados ao proferir suas decisões, gerando uma insegurança jurídica, pois possibilita que o Poder Judiciário julgue todo e qualquer caso, com fundamentos genéricos e imprecisos, contribuindo para o fenômeno do ativismo judicial.

Nota-se nas teses sumulares, as que foram acima mencionadas e tantas outras, a expressão nítida do ativismo judicial criativo. É o caso da Súmula nº 291⁴², que instituiu

⁴² Súmula nº 291 do TST **HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO.** (nova redação em decorrência do julgamento do processo TST-IUJERR 10700-45.2007.5.22.0101) - Res. 174/2011,

indenização em caso de supressão total ou parcial de serviço suplementar prestado com habitualidade, sem nenhuma previsão legal.

Tamanha é a discussão sobre a valorização das negociações coletivas e a necessidade de frear o ativismo judicial com a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais que um dos principais pontos da chamada Reforma Trabalhista aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República Michel Temer, publicada no Diário Oficial no dia 14 de julho de 2017, possibilita que negociações entre trabalhadores e empresas se sobreponham à legislação trabalhista, o chamado "**acordado sobre o legislado**".

O Projeto de Lei nº 6.787 aprovado, sancionado e cuja vigência começa a vigorar 120 dias após sancionada a lei, incluiu o item 611-A⁴³ na CLT. Segundo esse dispositivo, uma convenção ou acordo coletivo tem prevalência sobre a lei, sendo que esta prevalência passa a ser regra e não exceção.

Tanto se verifica a postura ativista ao interpretar o § 2º do art. 58 da CLT e os critérios de pagamento levando em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), para coibir o ativismo judicial, suprimiu o direito às horas *in itinere* com a alteração da redação do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, o qual passou a dispor:

Art. 58 § 2o O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 13/07/2017).

Nesse exercício jurídico em busca de compreender o ativismo judiciário aqui investigado através das súmulas jurisprudenciais verifica-se a prática de ativismo judiciário com viés negativo pelo Poder Judiciário Trabalhista, ao demonstrar, por suas posições que, se

DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

⁴³ “Art. 611-A. A convenção ou o acordo coletivo de trabalho tem força de lei quando dispuser sobre relações do trabalho, exceto quando se tratar de segurança e saúde no trabalhador”.

de um lado é aceita a ampliação do seu raio de atuação, doutro lado se identifica uma atuação além de seus limites institucionais comprometendo a ordem institucional, o princípio da separação dos poderes e a democracia constitucional.

4.4 Ativismo judicial extraprocessual na magistratura trabalhista

O tema sobre ativismo judicial tem sido bastante abordado entre os magistrados trabalhistas, seja em seus discursos pessoais, entrevistas concedidas ou em discussões e debates sobre o assunto em congressos espalhados por todo o Brasil.

Em 2010, no 15º Congresso Nacional dos Juízes do Trabalho organizado pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) seus integrantes concluíram nos debates realizados durante o evento de que a classe jurídica perfilhava o mesmo pensamento referente a atuação do Judiciário.

Um dos painéis de referido congresso teve como tema **O Judiciário não é a boca inanimada da lei**, tendo como subtítulo que “O ativismo judicial é imprescindível, necessário e positivo para a democracia”

Dentre as conclusões as quais chegaram nos debates do referido Congresso vale a pena destacar as que dizem respeito ao ativismo judicial: a) que o poder Judiciário teve suas funções ampliadas e por esta razão justifica-se a sua atuação política; b) que a omissão do Poder legislativo compromete o Estado Democrático de Direito sendo necessário a interferência Judicial para efetivação de direitos fundamentais; c) que cabe ao judiciário determinar obrigações aos demais poderes para assegurar a efetividade de decisões judiciais, ainda que não tenham sido requeridas d) que o Judiciário em sua atuação na decisão no caso concreto nada mais está fazendo do que garantir a plena aplicação de princípios e valores estabelecidos na Constituição.

Como se vê, as conclusões a que chegaram as comissões com integrantes da magistratura naquele Congresso foram todas no sentido de que possuem legitimidade para atuar de forma ativista, seja por omissões legislativas, seja para dar efetividade a direitos fundamentais, seja para obrigar demais poderes a cumprir decisões judiciais; que nada mais estão fazendo do que sua própria função e que de acordo com seus membros sua função foi ampliada pela própria constituição.

Num outro painel de debates no mesmo congresso foi discutido a atuação do juiz do Trabalho em relação a direitos econômicos, sociais e culturais e o assunto ativismo judicial mais uma vez foi abordado sobre a postura do Judiciário Trabalhista frente as dispensas coletivas.

Neste Congresso no que se refere a questão das dispensas coletivas o desembargador Gustavo Alkmin (TRT-1ª Região) demonstrou o seu "descontentamento com a atuação do Tribunal Superior do Trabalho, em relação aos direitos do trabalhador, asseverando de que o magistrado tem como função construir meios de defesa ao pleno emprego do trabalhar e a permanência dos postos de trabalho em prol da paz social".

Destacou a importância do ativismo judicial para a efetivação de direitos e proteção aos direitos dos trabalhadores e que a não ocorrência de interferência judicial nestas questões importaria o que ele denominou de "ativismo judicial as avessas", que segundo ele já estaria ocorrendo no TST com a edição de determinadas súmulas que estabelecem a prevalência do negociado sobre o legislado, da proteção da mulher, da restrição de estabilidade do gerente sindical, todas restringindo direitos do trabalhador.

Foi destacado o caso da dispensa coletiva da EMBRAER defendendo de que a decisão do caso até então teria sido inovadora, por ter estabelecido a exigência de negociação prévia para proceder a dispensa em massa, destacando de que o ativismo judicial através de interpretação principiológica e, com lacuna da legislação atuou o magistrado de forma ativista a assegurar o direito ao emprego de centenas de trabalhadores.

Vale lembrar que a época em que ocorreu o caso EMBRAER foi publicado um manifesto de repúdio as demissões em massa, sendo que referido manifesto foi assinado por dezenas de integrantes da Magistratura do Trabalho.

Em 2016 num Congresso da AMATRA (Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região (Amatra-2), o assunto ativismo judicial novamente foi objeto de discussão entre os magistrados.

Dentre os temas destaca-se **Efetividade dos Direitos Sociais e Judiciário Independente** dos quais foram discutidas questões sobre ativismo judicial, direitos socioeconômicos, separação de poderes e independência judicial.

Em todos os eventos citados, congressos e debates, os magistrados se mostraram com o mesmo pensamento: de que o ativismo judicial, seja com interpretação expansiva; seja

para suprir a lacuna da lei, seja para efetivar direitos fundamentais se faz necessário para a manutenção do emprego e em prol da paz social.

Numa perspectiva mais crítica sobre ativismo judicial a Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, do TST, numa palestra realizada no III Fórum de Sustentabilidade - Cidadania e Justiça promovido pelo TRT-PR⁴⁴, em Curitiba destacou que:

O ativismo judicial baseado em teorias de interpretação abstratas, derivadas de diversas escolas de pensamento filosófico e político, tornou-se um problema sistêmico que cria ambiente imprevisível, afastando a magistratura de seu foco de atuação, que é solucionar casos concretos de conflito. (PEDUZZI, 2015).

Em 2016, no curso de formação inicial dos magistrados promovido pela ENAMAT, a ministra do TST, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, foi a palestrante e o tema de sua conferência foi Entre a Consciência e a Lei – Ativismo judicial no século XXI.

O tema da palestra teve origem num artigo publicado pela Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi na Revista LTr nº 79, de julho de 2015.

A Ministra enfatizou na palestra que a segurança jurídica é imprescindível à economia e a proteção aos direitos dos trabalhadores, asseverando que "[...] um Judiciário trabalhista instável tem o potencial de criar um ambiente microeconômico incerto, no qual as empresas passam a serem mais conservadoras e a assumir menos riscos". (PEDUZZI, 2016).

Fez críticas ao ativismo judicial destacando que "[...] mudanças constantes decorrentes de uma postura judicial ativista podem trazer incertezas prejudiciais às relações obrigacionais e ao próprio convívio social". (PEDUZZI, 2016).

Por fim asseverou sobre o importante papel do Judiciário, que deve ter limite de atuação para preservar os demais poderes institucionais finalizando em sua fala que

É importante ter em mente a missão institucional do Judiciário de solucionar conflitos concretos, não lhe competindo interferir demasiadamente em questões políticas nem tampouco imiscuir-se em debates filosoficamente complexos sem necessidade. Preserva-se, assim, sua função institucional, sem deixar de respeitar os demais poderes políticos. (PEDUZZI, 2016).

⁴⁴ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Em lugar de ativismo judicial, ministra defende foco na solução de conflitos.** Disponível em: http://www.trt9.jus.br/internet_base/noticia_crudman.do?evento=Editar&chPlc=5209048. Acesso em: 17 de maio de 2017.

Verifica-se que existe o ativismo judicial extraprocessual na Justiça do Trabalho e isto vem sendo abordado e discutido entre os magistrados e Ministros e em sua grande maioria a magistratura trabalhista privilegia a atuação ativista, ainda que extrapole seus próprios limites institucionais.

Raras são as posições de magistrados, tal qual a da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi que, embora privilegie a missão institucional do Judiciário, critica uma postura audaciosa que interfere nas questões políticas e especialmente na abrangência da interpretação de princípios constitucionais abstratos que acabam por fragilizar o princípio da segurança jurídica que é indispensável para o Estado Democrático de Direito.

Finaliza a Ministra no artigo publicado que "uma sociedade democrática livre, regida pelo direito, somente é possível caso seus cidadãos tenham perspectivas normativas estáveis a respeito de seus direitos e deveres". (PEZUZZI, 2015, p. 800)

4.5 O ativismo judicial nas decisões trabalhistas. Análise de casos e julgados e o caos da interpretação judicial

Neste momento do trabalho serão analisados alguns exemplos ilustrativos de postura ativista que tem prevalecido nos mais variados segmentos do Poder Judiciário Trabalhista.

Iniciaremos com o estudo da aplicação do artigo 523⁴⁵, § 1º, do CPC (artigo 475-J do CPC 1973) nas decisões de cunho trabalhista.

Referido artigo diz respeito a previsão da multa de 10%, incidente sobre o valor devido, após o decurso do prazo para pagamento sem a concretização integral deste.

Pela redação do artigo verifica-se que mediante requerimento das partes pode ser determinado o cumprimento definitivo da sentença em relação à quantia certa já fixada em liquidação.

⁴⁵ Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

§ 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante.

§ 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

A multa de 10% (dez por cento) é uma reedição do art. 475-J, do antigo Código de Processo Civil, que foi repudiada por parte da Justiça do Trabalho que atua com isenção e assim, expurgado do processo do trabalho.

Adeptos à postura ativista do judiciário defendem ser perfeitamente compatível a aplicação do artigo 523 do CPC nas decisões trabalhistas e o fazem com fundamento numa interpretação expansiva de princípios como "a razoável duração do processo" e a "celeridade processual".

Neste sentido foi a recente decisão dos autos nº 0000745-93.2014.5.15.0115⁴⁶ da comarca de Presidente Prudente, 2º Vara do Trabalho, que aplicou o artigo 523 do Novo Código de Processo Civil.

Verifica-se que referida decisão determinou que a reclamada depositasse o montante de R\$ 35.000,00 (Trinta e cinco mil reais) no prazo de 15 dias, sob pena de aplicação da multa de 10% sobre o total atualizado e acrescido de juros.

Nota-se que a multa prevista no § 1º do artigo 523 assume um caráter de obrigar o empregador ao pagamento da obrigação de forma voluntária, sob pena da sanção estipulada pelo Código, para que não haja uma motivação ao descumprimento do título judicial. Não há qualquer fundamento para a aplicação da multa a não ser utilizá-la como meio coercitivo para a satisfação do crédito do credor.

Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, era rotineiro muitos juízes aplicarem a sistemática trazida no artigo 475-J (multa de 10%), uma vez que havia aceitação doutrinária neste sentido, embora o Tribunal Superior do Trabalho, em inúmeras decisões, se manifestou contrário à aplicação da multa do artigo 475-J, do CPC/1973, haja vista que a CLT não é omissa em relação à matéria de execução.

⁴⁶ **CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO DA SENTENÇA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 523, CAPUT, DO CPC/2015.** O artigo em destaque tem plena aplicabilidade ao Processo do Trabalho, por força do artigo 769, da CLT. A CLT é lacunosa quanto à matéria, que é totalmente compatível com o Processo do Trabalho.

Aliás, referida regra vem ao encontro do estabelecido no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal (que deve ser a fonte primeira de todo direito), que, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, assim dispõe: 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação'.

Dessa forma, se a regra do artigo 523, *caput*, do CPC/2015 visa a agilizar a tramitação processual, impondo ao devedor uma sanção para o caso de não cumprimento voluntário da obrigação, com mais razão é ela aplicável ao Processo do Trabalho – que cuida, em geral, de créditos alimentares privilegiados – que ao Processo Civil.

Destarte, com fundamento no dispositivo legal citado, considerando-se a condenação ao pagamento de quantia certa, o não cumprimento voluntário da sentença, com a satisfação do débito no prazo de 15 (quinze) dias, importará no acréscimo de multa no percentual de 10% (dez por cento) sobre o total atualizado e acrescido de juros.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a discussão ainda se mantém sobre a aplicabilidade ou não do artigo 523, que deu nova redação ao artigo 475 do CPC de 1973. Não há nenhuma determinação legal expressa no processo do trabalho que seja, ao menos, semelhante ao disposto no artigo 523 do Código de Processo Civil.

A execução trabalhista encontra fundamento no artigo 880 da CLT, segundo o qual “requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora”.

A Consolidação das Leis do Trabalho aponta a Lei das Execuções Fiscais como fonte subsidiária, eis que após a liquidação da sentença, deve o executado ser citado para pagar a dívida em 48 horas ou oferecer bens que garantam a execução, sob pena de penhora de bens disponíveis e desembaraçados.

Portanto, entendimento contrário e decisões no sentido de aplicar a multa estabelecida no artigo 523, § 1º, do CPC, está o magistrado em situação ativista, colocando-se num ambiente de ilegalidade com atuação proativa progressista com o fundamento de dar efetividade ao processo.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho, em atuação eminentemente ativista, criou a Instrução Normativa nº 39 de 2015, através da qual simplesmente regulou quais normas do Novo Código de Processo Civil seriam aplicáveis, no todo ou em parte, ou inaplicáveis ao processo do trabalho.

Consignou em referida instrução normativa que a aplicação do artigo 523 do CPC encontra-se *sub judice* e a possibilidade de imposição de multa pecuniária ao executado e de liberação de depósito em favor do exequente na pendência de recurso, o que obsta, de momento, qualquer manifestação da Corte sobre a incidência no Processo do Trabalho das normas dos arts. 520 a 522 e § 1º do art. 523 do CPC de 2015.

Embora o TST tenha se manifestado, *a priori*, que a aplicação do artigo 523 no processo do trabalho ainda está sob análise de compatibilidade, o Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região editou também de forma ativista a Súmula nº 75 que dispõe: "MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC. A multa de que trata o artigo 475-J do CPC é

compatível com o processo do trabalho, e a definição quanto à sua aplicação efetiva deve ocorrer na fase de cumprimento da sentença".

Referida súmula é expressa no sentido de que “[...] a multa de que trata o artigo 523, § 1º, do CPC é compatível com o processo do trabalho, e a definição quanto à sua aplicação efetiva deve ocorrer na fase de cumprimento da sentença”.

Assim, verifica-se de que os Tribunais do Trabalho e as Varas do trabalho, no que se refere a aplicação do artigo 523, §1º, do CPC, têm em suas decisões judiciais atuado de forma ativista fundamentando a decisão na interpretação expansiva de princípios constitucionais tais como a "celeridade processual", "duração razoável do processo", "efetividade do processo" e "hipossuficiência do trabalhador".

Na decisão trazida a este trabalho acadêmico para discussão percebe-se uma decisão imoderada no Processo 0000745-93.2014.5.15.0115 da 2º Vara do Trabalho de Presidente Prudente, pois determinou a aplicação do referido artigo, de ofício, sem qualquer manifestação da parte.

Ora, o próprio artigo 523 do CPC é expresso ao determinar a exigência de manifestação da parte para executar a sentença em definitivo.

Nesta decisão em particular, além de ter aplicado o artigo 523 do CPC o que já aponta a atuação ativista, ainda determinou a execução de ofício o que sequer menciona o referido artigo atuando ainda mais de forma ativista, convertendo-se o judiciário como um "produtor de insegurança", como menciona Eros Roberto Grau em sua obra "Porque tenho medo dos juízes". (GRAU, 2016, p. 18).

Impende destacar de que a discussão do referido caso trazido a este trabalho visa evidentemente, a análise puramente acadêmica, não tendo o objetivo de desqualificar, agredir ou criticar o agente estatal prolator da decisão, mas sim, trazer à tona a crítica sobre a decisão judicial prolatada sob o manto do ativismo judicial progressista.

Decisões como a da magistrada nos autos nº 0000745-93.2014.5.15.0115 da 2º Vara do Trabalho de Presidente Prudente, vêm ocorrendo por outros magistrados, conforme julgados: (TRT Região, 1. Recurso Ordinário nº 0052500-89.2008.5.01.0008, Relator: Desembargador Federal do Trabalho Enoque Ribeiro dos Santos. Acórdão 5ª Turma, 28 de junho de 2016) – (ANEXO 1) e (TRT 1ª Região. Recurso Ordinário nº 00017864720145010451. Órgão julgador: quinta turma. Publicação 23/02/2016). (ANEXO 2)

Como visto, as decisões no sentido de aplicar o artigo 523 do CPC ao Processo do Trabalho possuem posições doutrinárias divergentes. Há os que defendem sua aplicabilidade sob o argumento da celeridade e efetividade na prestação jurisdicional atuando a magistratura trabalhista de forma ativa e progressista em suas decisões judiciais.

Em que pesem as opiniões doutrinárias que se levantam a favor da aplicação da multa de dez por cento, bem como as decisões judiciais neste sentido, sob o fundamento principalmente, que essa penalidade diminuiria a interposição de recursos com efeito protelatório e que daria mais celeridade a efetividade do processo, entendemos não ser possível essa aplicação.

A justificativa é de que há sistema próprio de execução no processo trabalhista, que atribui ao devedor a faculdade de realizar o pagamento ou garantir a execução para efeito de oposição de embargos, e não apenas pagar espontaneamente sob pena da incidência de multa.

E este já tem sido o entendimento dado por alguns Tribunais Regionais. Tanto que recentemente em 01 de junho de 2017, o Tribunal Regional da 15ª Região editou a Súmula nº 104⁴⁷, colocando fim a esta controvérsia dentro do próprio Tribunal citado.

Também não se pode perder de vista que a oposição de embargos é um direito do devedor trabalhista, pois está expressamente estabelecido na CLT. Impedir o devedor de utilizá-lo para se opor à execução representa violação ao princípio do devido processo legal, insculpido no artigo 5º, inciso XXXVI da CF.

O devido processo legal é a base legal para aplicação de outros princípios de direito processual, como o do contraditório e da ampla defesa, ambos dispostos no inciso LV do mencionado artigo, além do princípio da legalidade, insculpido no inciso II do referido artigo e que preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

Como não há lei na esfera trabalhista, norma que determine a aplicação de multa pelo não cumprimento espontâneo da obrigação, parece evidente que a imposição da multa de

⁴⁷ Súmula 104. TRT15 REGIÃO. **MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC DE 1973 E NO ART. 523, § 1º, DO CPC DE 2015. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO.** É incompatível com o processo do trabalho a multa prevista no art. 475-J do CPC de 1973 e no art. 523, § 1º, do CPC de 2015, porque a execução se processa nos termos dos artigos 876 e seguintes da CLT." (RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 19/2017, de 26 de maio de 2017 - Divulgada no D.E.J.T. de 30/5/2017, pp. 01-02; D.E.J.T. De 31/05/2017, pp. 01-02 D.E.J.T. de 01/06/2017, pp. 01-02.

10% preceituada pelo artigo 523, §1º, do CPC (475-J do CPC 1973) nas ações trabalhistas viola o princípio do devido processo legal, mais especificamente o princípio da legalidade.

Também há ainda que se destacar que no Processo do Trabalho há a figura do depósito recursal, o qual submete o conhecimento dos recursos ao depósito prévio de determinada quantia. Em casos em que a dívida trabalhista não é vultosa e o próprio depósito recursal já garante a execução - considerando a possibilidade de depósito recursal para interposição de Recurso Ordinário cujo valor do depósito recursal a partir do dia 1º de agosto deste ano é de R\$ 9.189,00 e de Recurso de Revista que é de R\$ 18.378,00⁴⁸ - a aplicação da multa de 10% esbarra na necessidade de efetuar depósito para recorrer, pois não se pode cogitar dessa incidência sobre valor que já se encontra garantido, como por exemplo numa execução de R\$ 25.000,00.

Portanto, verifica-se uma ilegalidade manifesta na aplicação de multa sobre valor que o devedor pretende discutir em sede de embargos. Para Manoel Antônio Teixeira Filho "[...] ele estaria sendo punido por exercer um inequívoco direito". (TEIXEIRA FILHO, 2011, p. 343).

A penalidade pecuniária em questão está estritamente vinculada à mudança estrutural da execução de títulos judiciais no processo civil e não se coaduna com o estabelecido na CLT acerca do processamento da execução. Além disso, a exigência de plena garantia patrimonial para exercer o direito de opor embargos, por si só, já desencoraja a procrastinação.

Deve-se ainda mencionar o impacto econômico da aplicação do artigo 523 e seus parágrafos aos processos trabalhistas, uma vez que a aplicação da multa de 10% em atuação eminentemente ativista do jurisdicionado acarreta num dispendioso acréscimo na situação financeira do empregador trazendo instabilidade econômica para atividade empresarial e por consequência negativa da instabilidade a diminuição efetiva dos postos de trabalho.

Assim, conclui-se este trabalho que a aplicação da multa do artigo 523, §1º, do CPC (475-J do CPC 1973) é, de sobremodo, atuação ativista com viés negativo.

Outro exemplo a ser discutido neste trabalho é sobre a legalidade do exercício da atividade de provador de cigarros, discutido no julgamento ocorrido nos Embargos da Seção

⁴⁸ TST reajusta valores dos limites de depósitos recursal. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jul-15/tst-reajusta-valores-limites-deposito-recursal> Acesso: em 20 de julho 2017.

de Dissídios Individuais oriundos de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público, cujo processo é TST E-ED-RR 120300-89.2003.5.01.0015, SBDI-01, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DEJT 13/09/2013⁴⁹.

Em referido processo a discussão gerava em torno da validade da profissão de provador de cigarros, uma vez que não resta dúvida sobre os efeitos nocivos do fumo para a saúde humana, tanto para os fumantes ativos como para os fumantes passivos.

A Ação Civil Pública foi originada por uma ação individual promovida por um ex-empregado de uma grande empresa de cigarros que pleiteou uma indenização por problemas de saúde decorrentes de vários anos no "painel sensorial". A decisão de primeira instância condenou a empresa a deixar de contratar os provadores, a garantir assistência médica durante 30 anos, bem como pagar indenização por danos morais difusos e coletivos.

Após o ingresso de recurso o TRT da 1ª Região manteve a decisão de origem proibindo a contratação de empregados para tal atividade (provador de cigarros), afastando,

49 EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INDÚSTRIA TABAGISTA. PROVADORES DE CIGARROS EM 'PAINEL DE AVALIAÇÃO SENSORIAL'. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. VEDAÇÃO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL. LIVRE EXERCÍCIO DE QUALQUER OFÍCIO OU PROFISSÃO. ART. 5º, XIII, CF. NOCIDADE INERENTE À EXPOSIÇÃO DE SERES HUMANOS A AGENTES FUMÍGENOS. ATIVIDADE LÍCITA SUSCETÍVEL DE CAUSAR DANOS. DIREITO A INDENIZAÇÃO.

1. Inconteste, à luz das regras da experiência ditadas pela observação do que ordinariamente acontece, a grave lesão à saúde advinda da exposição de empregados a agentes fumígenos, de forma sistemática, mediante experimentação de cigarros no denominado 'Painel de Avaliação Sensorial'.

2. O labor prestado em condições adversas ou gravosas à saúde não justifica, contudo, a proibição de atividade profissional. Tanto a Constituição Federal quanto o próprio Direito do Trabalho não vedam o labor em condições de risco à saúde ou à integridade física do empregado. Inteligência dos artigos 189, 193 e 194 da CLT, NR 9, NR 15, Anexos 13 e 13-A, do MTE. [...].

7. Relativamente à atividade de 'provador de cigarros', diante do panorama atual de vácuo normativo, cabe à Justiça do Trabalho, se instada a tanto, velar pela observância dos direitos fundamentais dos empregados em harmonia com as normas constitucionais, impondo às empresas a obrigação de adotar medidas que minimizem os riscos daí decorrentes e desencorajá-las na adoção de práticas nocivas à saúde.

8. Infundada, assim, a imposição de condenação à empresa que implique inviabilizar o exercício de uma atividade empresarial lícita e implique igualmente tolher o exercício de atividade profissional lícita, sob pena de, a pretexto de tutelar determinados direitos, vulnerarem-se outros de igual hierarquia constitucional, inclusive o Princípio da Separação dos Poderes.

9. Em que pese a licitude em si do ofício de 'provador de cigarros', desenvolvido em favor de atividade econômica também lícita, é manifestamente pernicioso e lesivo à saúde dos empregados a referida atividade, em 'Painel de Avaliação Sensorial', ainda que voluntariamente desempenhada. O desenvolvimento de tal atividade acarreta lesão a direitos personalíssimos fundamentais (saúde e vida). Conquanto não se possa proibi-la judicialmente, da conduta patronal emerge inequivocamente responsabilidade civil, pela prática de ato ilícito, com a correlata obrigação de indenizar os danos morais perpetrados à coletividade indeterminada de empregados potencialmente sujeitos à atividade de experimentação de cigarros. Responsabilidade civil que se reconhece mediante a fixação de indenização por danos morais coletivos, também em caráter pedagógico, com o escopo de desestimular o prosseguimento de atividade prejudicial à saúde humana. [...] (TST E-ED-RR 120300-89.2003.5.01.0015, João Oreste Dalazen, Min. Relator; Brasília, 21/02/2013).

porém, a indenização. Tanto o Ministério Público quanto a empresa ingressaram com embargos à SDI- I, a empresa requerendo a suspensão da proibição da contratação e o Ministério Público requerendo o restabelecimento da indenização.

A decisão proferida pelos Ministros do TST no julgamento dos embargos foi um típico caso de inovação judicial que afetou diretamente a atividade econômica. A decisão foi revertida tendo considerado a atividade lícita com fundamento no artigo 5, inciso XIII, da Constituição Federal que preceitua sobre a liberdade profissional, sendo que o Relator Ministro João Oreste Dalazen considerou que proibir a atividade através de uma decisão judicial ultrapassaria os limites impostos de atuação do Poder Judiciário e violaria o princípio institucional da separação dos poderes e segundo o próprio relator ocasionaria "ativismo judicial exacerbado e injustificável".

Ocorre, no entanto, que embora a decisão tenha considerado a atividade de provador de cigarros lícita, no julgamento por maioria dos embargos apresentados pelo Ministério Público decidiram, por maioria, de maneira inovadora que seria devida a indenização por danos morais aos trabalhadores no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

O judiciário ao proceder desta forma trouxe enormes consequências econômicas às indústrias do ramo, pois embora tenham tido reconhecimento de que a atividade de provador de cigarros é lícita, paguem seus impostos e recolhimentos segundo a legislação tributária, adicionais legais pela atividade prejudicial à saúde, ainda assim são obrigadas a pagar indenização.

Outro exemplo emblemático de ativismo judicial que vale a pena trazer a discussão é a recente alteração da redação da Súmula nº 277⁵⁰ do Tribunal Superior do Trabalho.

Em 16 de outubro de 2016, em sede de medida cautelar o Ministro Gilmar Mendes Supremo Tribunal Federal suspendeu a modificação efetuada na Súmula nº 277 do TST sob o seguinte argumento: “[...] da análise do caso extrai-se indubitavelmente que se tem como

⁵⁰ Súmula nº 277. **CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE** (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em 21 de maio de 2017.

insustentável o entendimento jurisdicional conferido pelos tribunais trabalhistas ao interpretar arbitrariamente a norma constitucional”. (MENDES, 2016)⁵¹

Eis o que foi mencionado na decisão pela Revista Consultor Jurídico)⁵².

Que suspende todos os processos e até efeitos de decisões na Justiça do Trabalho que discutiam a aplicação da ultratividade³ de normas de acordos e de convenções coletivas. A controvérsia envolve súmula do Tribunal Superior do Trabalho que reconhece cláusulas coletivas nos contratos individuais mesmo quando elas já deixaram de vigorar, até que novo acordo seja firmado. A decisão ainda deve ser referendada pelo Plenário do STF.

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confen) afirma que a jurisprudência — reconhecida pela Súmula 277 do TST ‘despreza’ o fato de que essa regra existia na Lei 8.542/1992, que tratou do tema, mas foi revogada. Para o ministro, ‘parece evidente’ que o assunto desperta dúvida sobre o cumprimento dos princípios da legalidade, da separação dos Poderes e da segurança jurídica.

Até 2012, o enunciado da corte do Trabalho dizia o extremo oposto. O posicionamento foi revisto na chamada ‘Semana do TST’, que reavaliou a jurisprudência e o regimento interno da corte, em setembro daquele ano. ‘Da noite para o dia, a Súmula 277 passou de uma redação que ditava serem as normas coletivas válidas apenas no período de vigência do acordo para o entendimento contrário, de que seriam válidas até que novo acordo as alterasse ou confirmasse’, afirma Mendes.

Ele considera ‘no mínimo exótico [...] que um tema que tenha sido mais de uma vez objeto de análise pelo Poder Legislativo – em amplo processo democrático de elaboração de leis – retorne ao cenário jurídico por meio de simples reunião interna de membros do Tribunal Superior do Trabalho’.

O ministro reconhece que a suspensão do andamento de processos ‘é medida extrema que deve ser adotada apenas em circunstâncias especiais’, mas considerou que o tema exigia a medida. A decisão monocrática tem 57 páginas, com referências ao Direito alemão e uma série de palavras duras.

Para que se possa entender o caso e as idas e vindas de interpretação do Judiciário com típica atuação ativista, de modo a comprometer a segurança jurídica, a separação dos poderes e ocasionando os efeitos sistêmicos trazidos pela alteração da redação da Súmula, deve-se inicialmente apontar de que forma e como ocorreu as alterações de interpretação.

⁵¹ Mendes, Gilmar. **Ministro suspende efeitos de decisões da Justiça do Trabalho sobre ultratividade de acordos**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327394>. Acesso em: 21 de maio de 2017

⁵² Consultor Jurídico: **Todos os processos trabalhistas sobre ultratividade de acordos são suspensos**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-15/stf-suspende-todos-processos-trabalhistas-ultratividade-acordos> Acesso em: 21 de maio de 2017

Originalmente a súmula tinha a seguinte redação:

Sentença normativa. Convenção ou acordo coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho

I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II - Ressalva-se da regra enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001.

Como se vê o texto da Súmula previa que as condições fixadas em sentenças normativas, em acordos ou convenções coletivas não se integrariam aos contratos de trabalho após passado a vigência de referidos instrumentos normativos.

Em setembro de 2012, o posicionamento da Súmula foi revisto, durante o que foi chamado de "Semana do TST" pela mais alta do Corte Constitucional do país, o STF, cuja revisão ocorreu sem qualquer fundamento jurídico e sem precedentes.

A partir da revisão em 2012 a Súmula nº 277 passou a ter a seguinte redação:

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Do dia para a noite a Súmula passou a ter entendimento totalmente contrário ao texto original sendo que os direitos previstos em acordos e convenções coletivas passaram a se incorporar definitivamente nos contratos de trabalho, excetuando se houvesse outra negociação coletiva prevendo o contrário.

Assim, antes as normas coletivas só seriam válidas apenas no período de vigência do acordo ou da convenção coletiva e a partir da decisão do Judiciário que alterou a redação da súmula, as normas coletivas passaram a ter validade por tempo indeterminado, mesmo após a vigência dos acordos e das convenções firmados, até que outro acordo alterasse ou confirmasse o conteúdo das normas.

Diante da inovadora decisão do TST, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) arguiu a inconstitucionalidade da alteração da súmula por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 323, questionando a Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), uma vez que referida alteração teria interpretado o art. 114, § 2º, da Constituição Federal instituindo o princípio da ultra-atividade e, assim, seria possível considerar que as cláusulas normativas incorporam-se ao contrato de trabalho individual até que novo acordo ou convenção coletiva viesse a ser firmado.

O fundamento básico da CONFENEN para arguição de inconstitucionalidade da nova versão da Súmula nº 277, do TST, foi a equivocada interpretação da norma constitucional e a usurpação de poder judiciário ao introduzir, sem qualquer suporte legal um princípio (ULTRATIVIDADE) que já fora objeto de legislação específica apontando, inclusive, a violação ao princípio da separação dos poderes (arts. 2º e 60, § 4º, inciso III, CF) e o da legalidade (art. 5º, *caput*, CF).

Como se vê no relato do caso a decisão do TST em alterar o texto da súmula é típico ativismo judicial progressista, usurpador e sem precedentes. Primeiro por que houve ofensa nítida a separação dos Poderes institucionais, pois indevida a atuação do Judiciário que, ao interpretar o artigo 114, § 2º, da Constituição Federal, instituiu o princípio da ultratividade das normas coletivas de trabalho e, ao criar a referido princípio, atuou como típico legislador, usurpando as funções que são típicas do Poder Legislativo.

Segundo porque a referida decisão liminar ofendeu o princípio da legalidade, uma vez que essa nova interpretação dada a Súmula nº 277 teria ressuscitado um dispositivo legal que já havia sido revogado, trazendo novamente a aplicação da chamada teoria da ultra-atividade, regra não prevista na norma celetista em vigor.

Terceiro por que a ação interpretativa realizada pelo TST se desapegou de qualquer parâmetro legal, baseando-se somente em suas próprias convicções cujo resultado trouxe uma situação completamente diversa daquela em que deve se pautar um Estado Democrático de Direito, gerando instabilidade e insegurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica é o alicerce de um Estado Democrático de Direito. Embora não esteja expresso na Constituição Federal está implicitamente ligado em várias passagens no texto constitucional quando diz respeito ao ato jurídico perfeito, o direito

adquirido e a coisa julgada. Observa-se a preocupação constitucional com a estabilidade das relações jurídicas.

Para que se possa compreender o princípio da segurança jurídica é importante se destacar em que contexto referido princípio se revela. Nas palavras de DELGADO⁵³:

A segurança jurídica, para bem ser compreendida, deve ser examinada como: a) garantia de previsibilidade das decisões judiciais; b) meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais; c) veículo garantidor da fundamentação das decisões; d) obstáculos ao modo inovador de pensar dos magistrados; e) entidade fortalecedora das súmulas jurisprudenciais (por convergência e por divergência), impeditiva de recursos e vinculante; f) fundamentação judicial adequada. (DELGADO, 2007).

José Afonso Silva menciona que a segurança jurídica é um “[...] conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da Liberdade conhecida”. (SILVA, 2001, p. 431).

O princípio da segurança além de se apresentar como um dos pilares estruturantes do Estado de Direito está intimamente ligado a estabilidade da própria sociedade, não sendo admitido que o Poder Judiciário ou qualquer outro Poder do Estado pratiquem atos contrários que a reneguem.

Nesse sentido são as palavras de Luiz Guilherme Marinon⁵⁴:

A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’. [...] A doutrina considera a segurança jurídica como expressão do Estado de Direito, conferindo àquela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. A Constituição brasileira refere-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no *caput* do artigo 5º como direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade.

⁵³ DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciais e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. STJ, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/74120> Acesso em: 23 de maio de 2017.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na Dimensão da Segurança**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 23 de maio de 2017

Ainda que não fale de um direito fundamental à segurança jurídica, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) do artigo 5º. O Estado brasileiro, além de ter o dever de tutelar a segurança jurídica, deve realizar as suas funções de modo a prestigiá-la, estando proibido de praticar atos que a reneguem. O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo, o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e tem o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades. (MARINONI, 2014)

Lênio Streck em entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico⁵⁵, afirma que "[...] o cidadão tem sempre o direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor, mas simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição", valorizando assim a estabilidade e a segurança jurídica das decisões.

Na mesma entrevista critica a atuação ativista que se amolda perfeitamente ao caso concreto ora analisado. Dispõe Lênio Luiz Streck Rocha sobre a atuação judicial:

Cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou convicções pessoais. A moral ou a política não corrigem o Direito. Juiz nenhum pode pensar assim. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. Aí sim estará assegurada a integridade do Direito. (STRECK, 2009).

⁵⁵ Streck, Lênio Luiz. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>> Acesso em: 21 de maio de 2017.

Ainda sobre o princípio da segurança jurídica destaca José Augusto Delgado⁵⁶:

Segurança jurídica representa confiabilidade no Sistema Legal aplicado. Este deve traduzir ordem e estabilidade, com base na observância dos princípios da igualdade, da legalidade, da moralidade, da irretroatividade de leis, de respeito aos direitos adquiridos, da inexistência de julgamentos parciais, da não mudança injustificada de orientação jurisprudencial, de respeito à coisa julgada quando não inconstitucional, ao ato jurídico perfeito, à concessão de ampla defesa e do contraditório, da aplicação da justiça social, da independência do Poder Judiciário, da valorização dos direitos da cidadania e da dignidade humana. (DELGADO, 2007).

Segundo Miguel Reale “[...] certeza e segurança formam uma ‘díade’ inseparável”, pois:

[...] se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina ‘espírito de revolta’. (REALE, 1994, p. 86).

Portanto, verifica-se que a obtenção da segurança jurídica está intimamente ligada à limitação da atividade judicial, que se extrapolada trará conseqüentemente a instabilidade jurídica. Assim, o protagonismo judicial marcado pela ânsia do julgador em conceder uma proteção, muitas vezes de modo super protetcionista ao trabalhador gera para a sociedade um cenário de insegurança jurídica e insatisfação geral.

É bem verdade que a alteração da Súmula nº 277 do TST "supostamente preocupada" com a segurança jurídica determinou que o entendimento somente seria aplicável às situações ocorridas a partir da publicação do novo entendimento. Porém há que se destacar que a alteração de entendimento da súmula "do dia para noite", desprestigiou a

⁵⁶ DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. STJ, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/74120> Acesso em: 23 de maio de 2017.

segurança jurídica alicerçada no Estado de Direito e a nova interpretação dada a referida súmula promoveu um caos jurídico inimaginável.

Importante asseverar que a insegurança jurídica se revela a partir do momento em que, diante de julgadores com atuação ativista, o resultado da decisão ao invés de ser pautado na lei passe a depender da sorte, pois caso seja distribuído para este ou aquele membro do Poder Judiciário poderá trazer interpretações diversas daquela que se tinha previsibilidade.

Cabe mencionar que a previsibilidade da decisão se refere a uma estimativa feita com base nas normas existentes que versam sobre o que está sendo discutido. É óbvio que não se tem como prever exatamente como será a decisão judicial, porém já tem uma estimativa de como ela será e o que se refuta é a total “incoerência”, a “criatividade”, o “invencionismo” verificado nas decisões judiciais, principalmente nas de cunho trabalhista. E é exatamente o que se viu na interpretação judicial da alteração da Súmula nº 277 do TST.

Sobre a previsibilidade da decisão destaca COELHO⁵⁷:

Antecipar a decisão provável de um processo judicial sempre foi uma empreitada arriscada. Os advogados sérios, quando solicitados pelos clientes a avaliarem as chances de sucesso de certa demanda, normalmente ressalvam a impossibilidade de estimativas absolutamente seguras. Havia, contudo, num passado não muito distante, maior percentual de acertos nessas avaliações. De uns tempos para cá, o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais parece ter aumentado bruscamente e os profissionais da área cada vez mais se surpreendem com o resultado das demandas; lamentando-o ou comemorando-o, são surpreendidos porque, pelo conhecimento da lei e dos precedentes jurisprudenciais e pela experiência profissional que tinham, nutriam expectativa diversa para o caso. Quem não é profissional da área também estranha. À maioria das pessoas será, hoje, familiar a notícia de dois processos idênticos decididos de modo oposto. Em suma, certa margem de imprevisibilidade nas decisões judiciais é suportável; até mesmo, inevitável. Mas se o grau de imprevisibilidade se acentua em demasia, põe-se em risco a segurança jurídica. (COELHO, 2006).

No que se refere as relações de trabalho a manutenção do princípio da segurança jurídica se revela ainda mais importante, uma vez que o desprestígio a este princípio trará consequências diretas para os empregadores, repercutindo diretamente a economia.

⁵⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo Judicial ou criação judicial do direito?** Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito> Acesso em: 29 de maio de 2017.

Assim, ainda resta perquirir que a alteração do verbete (Súmula nº 277 do TST) trouxe instabilidade não só da própria decisão judicial, mas também trouxe enorme instabilidade econômica e corporativa na medida em que alterou um entendimento que estava pacificando há anos no meio jurídico e suas consequências foram imediatas na saúde financeira das empresas.

De acordo com Maria Cristina Irigoyen Peduzzi:

A mudança de entendimento teve efeitos dinâmicos claros. Antes, os empregadores poderiam fazer concessões a seus trabalhadores nos momentos de crescimento econômico porque tinham consciência de que seus benefícios teriam duração delimitada no tempo. Após a mudança na Súmula, é previsível que as empresas se tornem mais cautelosas na concessão de benefícios, porque deverão honrá-los ainda que em momentos de crise econômica. Assim, se a alteração do verbete teve por intuito a preservação dos direitos trabalhistas, o efeito concreto pode ser o oposto, pois a racionalidade econômica impõe a adoção de medidas concretas para diminuir o risco financeiro. (PEDUZZI, 2015, p. 808)

Com este breve estudo podemos constatar que ocorreu verdadeiro ativismo judicial com a interpretação dada na alteração da redação da Súmula nº 277 do TST, com afronta aos princípios da segurança jurídica, legalidade e ao princípio da separação dos poderes, além dos efeitos econômicos imediatos a partir da alteração da súmula efetuada em 2012.

Como se pode notar no estudo trazido da interpretação da Súmula nº 277 do TST para este trabalho acadêmico, o critério subjetivo de justiça do julgador não pode prevalecer e nem contrariar os comandos normativos presentes no sistema jurídico, não se admitindo que o Poder Judiciário decida fora dos seus limites constitucionais e legais.

Com relação a esta decisão do Ministro Gilmar Mendes, em sede de medida cautelar, suspendendo a ultratividade da Súmula nº 277, cabe acompanhar os desdobramentos e discussões acerca de tão controvertido tema até que o Plenário do STF decida definitivamente a questão, o qual possui manifesta relevância para o desenvolvimento das relações entre empregados e empregadores.

A recentíssima aprovação do Projeto de lei 6.787/2016, publicada no Diário Oficial no dia 14 de julho de 2017, colocará um ponto final a esta questão e acabará por frear o ativismo judicial, uma vez que será alterado o artigo 614 da CLT proibindo a ultratividade da norma estampado na atual redação da Súmula nº 277 do TST.

Outra decisão que vale a pena trazer a discussão para demonstrar o ativismo judicial é o caso da estabilidade da gestante nos contratos a prazo determinado.

O Supremo Tribunal Federal em decisão do Recurso Extraordinário decidiu que em contratos a prazo determinado todas as trabalhadoras teriam direito a estabilidade até 05 meses após o parto e licença maternidade de 120 dias.

O entendimento trazido com a interpretação efetuada pelo Supremo Tribunal Federal contraria norma legal expressa da CLT que possibilita a contratação por prazo determinado nas hipóteses trazidas pelo artigo 443, §2º, da CLT, uma vez que reconhece a estabilidade da gestante e ignora o fato de que a concepção da gravidez pode ocorrer após a celebração do contrato a prazo determinado.

Com suporte em decisão do Supremo Tribunal Federal, o TST, em sua Sessão plenária de 14/9/2012, fez mais uma mudança radical em sua jurisprudência sumulada atuando de forma ativista, alterando a redação do item III de sua Súmula nº 244⁵⁸.

O mais curioso da alteração é constatar que a partir da atuação ativista do TST as empregadas contratadas a prazo determinado passaram a ter direito a estabilidade prevista no artigo 10, II, *b*, do ADCT, sendo que referido dispositivo condiciona a garantia de estabilidade a ocorrência de dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Nota-se que a mudança de entendimento do TST após a decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, DF/Distrito Federal nº 634093, datado de 07/12/2011, modificou o entendimento anterior através de uma interpretação extensiva de princípios estabelecendo de que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art.10, inciso II, alínea *b*, do ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato a termo. Diz o artigo 10, II, *b* do ADCT:

Artigo 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição:

⁵⁸ Súmula 244 do TST. **GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.** (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27/09/2012) I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no artigo 6º, *caput* e §1º, da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966;

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) omissis;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Nota-se que a garantia de emprego da gestante se opõe a toda e qualquer dispensa arbitrária ou imotivada, que ocorre por meio de ato unilateral do empregador.

No entanto, a contratação de determinada empregada por meio de alguma das poucas modalidades de contrato a prazo determinado admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro elencadas no artigo 443 da CLT não poderia dar ensejo à estabilidade em decorrência de gravidez, pois não há demissão.

Ora, nos contratos a prazo determinado não há dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas apenas extinção do contrato pelo decurso do tempo. Então o TST considera que a extinção pelo decurso do prazo seria uma dispensa discricionária ou imotivada?

Veja-se que a decisão judicial ativista, que estendeu o direito a estabilidade da gestante em contratos a prazo determinado, além de inibir a contratação por parte de empregadores nas modalidades de contrato a termo, ainda inovam, pois passam a considerar de que os contratos com pactuação regular de prazo haveria dispensa arbitrária ou imotivada, o que desconfigura este tipo de contratação que passariam a ter tratamento de contratos a prazo indeterminado.

Importante mencionar que não há qualquer lei que ampare a extensão do contrato de experiência por superveniência de gravidez. Ao contrário, este entendimento ofende o disposto no artigo 468 da CLT, pois “[...] só é lícita a alteração das respectivas condições do contrato de trabalho por mútuo consentimento entre as partes”.

Portanto, a alteração da Súmula nº 244, III, promovida pelo TST através de uma decisão ativista, ofende direta e literalmente o disposto no artigo 5º, incisos II e XXXVI, da Constituição Federal, artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e artigos 443, *caput* e §1º e 2º, e 445, parágrafo único, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Exemplos de julgamentos ativistas, principalmente na justiça do Trabalho não faltam e a título meramente ilustrativo foram analisados acima algumas decisões de cunho ativista.

No dia a dia da advocacia trabalhista e nas mais variadas situações, até mesmo em audiências ou no acolhimento de uma antecipação de tutela, o magistrado promove decisões de forma ativista, movido por sentimentos subjetivos e pela ânsia de promover a chamada justiça social, distanciando completamente da lei sem respeitar os demais poderes do Estado.

4.6 Críticas e limites à atuação do Poder Judiciário trabalhista: o impacto negativo do ativismo judicial

Ao longo deste trabalho foi possível verificar que a "judicialização da vida" permitiu a evolução do ativismo judicial, ainda mais enraizada nos últimos anos. Neste momento do trabalho revela-se pertinente a análise crítica das consequências decorrentes do protagonismo judicial, especificamente na atuação do Judiciário Trabalhista.

Não há como negar que o ativismo judicial tem grande aceitação social, pois permite que o Judiciário efetive direitos sociais, dentre os quais a preservação do direito ao trabalho e a proteção ao trabalhador em todas as suas nuances e formas, respeitando a condição de hipossuficiente do trabalhador. Isso não é o que se discute e nem o que se critica neste trabalho.

Embora este trabalho assumira uma posição crítica sobre o ativismo judicial principalmente na ordem trabalhista, é importante asseverar de que o movimento encontra adeptos que são favoráveis a esta atuação proativa e exagerada do Poder Judiciário.

Na opinião de GARAPON: "[...] o ativismo judicial não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo de uma transformação da democracia". (GARAPON, 2001, p. 39).

Já para Cittadino⁵⁹, a judicialização da política decorre da junção da democracia e do ativismo judicial, razão pela qual entende que o ativismo judicial não seria a forma distorcida da judicialização que se sustenta neste trabalho asseverando que:

Afinal, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação de poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político- representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos. (CITADDINO, 2004).

Outros, ainda compartilhando a atuação ativista do Poder Judiciário, entendem que seria uma forma de "efetivação de justiça".

Em que pesem todas as opiniões contrárias e o respeito a que se tem a elas, ao debruçar sobre o estudo do fenômeno do ativismo judicial tem-se entendimento a diferenciar o ativismo judicial do que vem a ser a judicialização e o que se objetiva neste trabalho é analisar os efeitos negativos decorrentes da ampliação de horizontes de atuação do Poder Judiciário para a sociedade como um todo, sobretudo no que diz respeito entre a relação empregados e empregadores e dificuldade da manutenção da atividade empresária com os desmandos dos juízes trabalhistas.

Assim, a crítica que se faz ao ativismo judicial é sob o ponto de vista jurídico e neste aspecto o protagonismo judicial precisa ser encarado com reservas.

A atuação do Poder Judiciário deve se dar de forma excepcional e não como regra, como estamos presenciando em todas as instâncias e decisões espalhadas diariamente pelo Brasil.

O protagonismo judicial de forma desmedida, principalmente pelo Judiciário trabalhista, pode acarretar um desequilíbrio do sistema econômico e político do país e ser o gerador de efeitos nefastos e negativos para toda uma nação e é aqui que se sustenta a segunda crítica trazida neste trabalho sobre a atuação do poder Judiciário: a inexistência de

⁵⁹ CITADDINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Alceu, v.5, n.9, pp. 105 a 113, jul. /dez, 2004. Disponível em: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso em: 28 de maio de 2017.

preservação institucional do princípio da separação dos poderes e a extrapolação da decisão judicial com atividade nitidamente legiferante.

A violação ao princípio da separação de poderes tem sido a consequência mais visível do ativismo judicial, uma vez que se verifica a intromissão funcional do Judiciário nas funções legislativas e executivas.

Como já visto neste trabalho, e novamente se resgata a questão da preservação da separação de poderes, para Piçarra o princípio da separação de poderes:

[...] pressupõe uma distinção material das funções estaduais, devendo o desempenho de cada uma caber a um órgão ou grupo de órgãos específico independente dos demais; que esta distinção material das funções estaduais e a separação orgânico-pessoal nela fundada se pautam não só por preocupações de ordem jurídico-dogmática, mas também ou, sobretudo, por preocupações garantistas: pretende-se que nenhum desses órgãos chegue a controlar, por si só, a totalidade do poder do Estado; que a entrega de cada uma das fracções em que o poder político seja dividido a diversos órgãos há de fazer com que cada um constitua perante o outro um freio e simultaneamente um contrapeso, prevenindo-se assim a concentração e o abuso de poder, a favor da liberdade individual. (PIÇARRA, 1989, p.12).

Não há dúvidas quanto a complexidade deste princípio, pois suas atribuições não se resumem à fixação de suas competências. Sabe-se da possibilidade do exercício de uma função típica a ser efetuada por outro poder de forma atípica.

Neste sentido pondera Piçarra:

Ressalva-se, contudo, que, porque uma separação orgânico-funcional rígida não é viável na prática, a independência entre os vários órgãos não pode ser absoluta, antes devendo existir entre eles mecanismos de coordenação e interdependência – o que em última análise, reforçará a fiscalização e o controle recíproco. (PIÇARRA, 1989, p. 12).

Porém o que se vislumbra na atualidade é a desconsideração desmedida de referido princípio, isto porque é cada vez mais comum, decisões judiciais marcadas pelo subjetivismo por sentimentos e emoções pessoais que se distanciam da lei e da sua própria interpretação.

É certo, no entanto, a possibilidade de compartilhamento das funções estatais, não sendo permitida à usurpação e à desnaturação dessas funções, conforme se apreende da lição de RAMOS:

É de se acrescentar, ainda, que a afetação das funções aos órgãos deve ser feita de modo a se obter uma relativa especialização funcional ou seja, cada aparato orgânico deve, *predominantemente*, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado. (RAMOS, 2015, p. 115).

Embora exista a possibilidade de compartilhamento de funções, manifestado no exercício atípico das funções, cada Poder Estatal possui um núcleo essencial que não é passível de delegação, e é justamente esse núcleo essencial que é violado por meio das práticas ativistas verificadas no dia a dia da atuação da advocacia trabalhista, conforme mencionado nos exemplos trazidos neste trabalho.

A partir do momento em que o julgador se incumbe da função legislativa, por meio da criação de normas para a resolução do caso concreto, verifica-se a nítida violação ao princípio da separação dos poderes, embora se reconheça a função normativa atribuída a Justiça do Trabalho que não pode e não deve ser ilimitada.

Nesse sentido é o entendimento de Elival da Silva Ramos, que já foi mencionado neste trabalho e vale a pena novamente destacar:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se esta a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa, e até mesmo da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, alias, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuído a outros Poderes. (RAMOS, 2015, p. 119).

Quando o Judiciário invalida atos próprios dos demais poderes ou cria direitos e obrigações não previstas no ordenamento jurídico com o fundamento de efetivar direitos, não resta dúvida de que adentra a esfera de outro poder. Quando, por exemplo, o magistrado numa decisão judicial efetiva um direito a saúde com o fornecimento de um remédio, acaba

por substituir o juízo de conveniência e oportunidade do administrador e cria despesas extraordinárias no orçamento público, em detrimento da coletividade.

Em se tratando de exemplos ligados à Justiça do Trabalho, quando um magistrado, numa decisão judicial, determina em sede liminar que reintegre um empregado com suporte no Súmula nº 443 do TST sob o fundamento de que o mesmo está acometido de doença grave (câncer) tendo conhecimento de que o empregado foi diagnosticado com a doença há mais de 4 anos, realizou tratamento e encontra-se trabalhando normalmente, impossibilitando que o empregador deixe de exercer o poder diretivo e promova a dispensa sem justa causa, compromete a vida financeira da empresa.

Não cabe ao magistrado transferir a responsabilidade de um problema social - existência de assistência médica elencada o artigo 6º da Constituição Federal - para a iniciativa privada.

Mais uma vez, é importante ressaltar que o presente trabalho não se presta a se posicionar como alheio as mazelas da população, nem é desprovido de qualquer sentimento de solidariedade referente as questões de efetividade de direitos fundamentais.

O que se pretende é trazer a discussão que determinadas decisões judiciais individuais fundamentadas na efetivação de políticas públicas - nos dois exemplos acima dizem respeito ao direito a saúde - não desenvolvidas pela omissão dos poderes Executivo e Legislativo, causam desequilíbrios no orçamento público dos quais não havia previsão de gastos e retira parte do orçamento para ser redirecionado para o atendimento de uma decisão judicial e, em contrapartida outras necessidades sociais coletivas tão urgentes e importantes quanto a decisão judicial ficarão descobertas, pois o orçamento público não será suficiente para atender a todas as demandas.

Quanto ao segundo exemplo sobrecarrega e onera a empresa e a proteção social da vítima acometida de doença, seja ela qual for deve ser encargo da previdência social, ou seja, do Estado e não de responsabilidade dos empregadores, sendo incabível de se aceitar que a redistribuição desta tarefa seja feita por meio de uma decisão judicial ativista.

O Poder Judiciário ao proferir uma decisão tem conhecimento da realidade Estatal do mesmo modo que tem conhecimento o gestor público? A resposta efetivamente é negativa, uma vez que esta não é a função típica do Judiciário e ao decidir segundo a sua própria convicção de justiça e justificando a sua atuação na efetividade de direitos

fundamentais corre um sério risco de causar mais prejuízos do que benefícios tanto para a sociedade quanto para os empregadores, pois ao efetivar o direito fundamental de forma isolada desmerece a coletividade que almeja o mesmo direito e onera a empresa por um encargo que não é dela e sim da previdência social.

Sobre a falta de visão institucional do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional destaca Luiz Guilherme Marinoni:

A dificuldade em priorizar o fim institucional faz com que as vontades individuais preponderem, como se o alcance do fim da instituição bastasse o exercício das funções de cada um de cada um, ou seja, como se não importasse a ordenação de várias vontades e funções para o atingimento dos escopos institucionais. (MARINONI, 2016, p. 91)

Há que se fazer uma crítica sobre a legitimidade do Poder Judiciário ao proferir suas decisões ativistas: aqui então será mencionada a terceira crítica ao ativismo exposta neste trabalho.

Como amplamente debatido, o Poder Judiciário não possui competência para criar leis, muito menos para um caso em particular, afinal, os julgadores carecem de representatividade, característica esta pertencente aos legisladores.

Como já visto neste trabalho, vale a pena trazer novamente à tona a questão da legitimidade e, para tanto, mencionam-se as lições de Santos, Marques e Pedroso⁶⁰ que lecionam sobre legitimidade, capacidade e independência dos tribunais, conforme se vê:

A questão da legitimidade só se põe em regimes democráticos e diz respeito à formação da vontade da maioria por via da representação política obtida eleitoralmente. Como, na esmagadora maioria dos casos, os magistrados não são eleitos, questiona-se o conteúdo democrático do intervencionismo judiciário sempre que este interfere com o Poder Legislativo ou o Poder Executivo. A questão da capacidade diz respeito aos recursos de que os tribunais dispõem para levar a cabo eficazmente a política judiciária. A capacidade dos tribunais é questionada por duas vias. Por um lado, num quadro processual fixo e com recursos humanos e infraestruturais

⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 30, ano 11, 1999. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>. Acesso em: 28 de maio de 2017.

relativamente inelásticos, qualquer acréscimo ‘exagerado’ da procura da intervenção judiciária pode significar o bloqueio da oferta e, em última instância, redundar em denegação da justiça. Por outro lado, os tribunais não dispõem de meios próprios para fazer executar as suas decisões sempre que estas, para produzir efeitos úteis, pressupõem uma prestação ativa de qualquer setor da administração pública. Nesses domínios, que são aqueles em que a ‘politização dos litígios judiciais’ ocorre com maior frequência, os tribunais estão à mercê da boa vontade de serviços que não estão sob sua jurisdição e, sempre que tal boa vontade falha, repercute direta e negativamente na própria eficácia da tutela judicial. A questão da independência dos tribunais está intimamente ligada com a questão da legitimidade e com a questão da capacidade. A independência dos tribunais é um dos princípios básicos do constitucionalismo moderno, pelo que pode parecer estranho que seja objeto de questionamento. E em verdade, ao contrário do que sucede com a questão da legitimidade, o questionamento da independência tende a ser levantado pelo próprio Poder Judiciário sempre que se vê confrontado com medidas do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que considera atentatórias a sua independência. A questão da independência surge assim em dois contextos. No contexto da legitimidade, sempre que o questionamento desta leva o Legislativo ou o Executivo a tomar medidas que o Poder Judiciário entende serem mitigadoras da sua independência. Surge também no contexto da capacidade, sempre que o Poder Judiciário, carecendo de autonomia financeira e administrativa, se vê dependente dos outros poderes para se apetrechar dos recursos que considera adequados para o bom desempenho das suas funções. (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1999).

Nota-se assim que o ativismo judicial é capaz de provocar efeitos nefastos e negativos de grande repercussão, seja na ordem jurídica, social, econômica e política. Em muitas decisões judiciais revela-se a ilegitimidade de seu prolator, verificada na falta de representatividade popular, sua ineficiência em fazer cumprir todas as demandas diariamente apresentadas bem como de cumprir os seus próprios mandamentos, já que o judiciário depende dos demais poderes para fazer valer suas decisões.

A discussão atua, no Brasil, sobre os principais problemas nacionais está efetivamente ligada ao equilíbrio institucional entre os Poderes da República. A harmonia entre os poderes é a questão fundamental para a superação da imensa crise política, econômica, social e moral que o País atravessa.

Há que se reconhecer o desprestígio dos membros do Poder Executivo e Legislativo com os escândalos de corrupção que se têm visto nos principais noticiários, seja pela imprensa falada ou escrita, com as investigações trazidas desde o chamado "Mensalão" e mais recentemente com as investigações de desvios de recursos públicos na Petrobras com o

envolvimento de vários integrantes do Poder Legislativo, desdobrando em várias operações tais como a "Lava Jato", além das delações premiadas efetivamente homologadas e sem contar as denúncias de desvios de dinheiro público dos quais ainda estão em fase de investigação e cujas delações premiadas ainda não forma homologadas.

É nítida a perda acelerada do crédito da população com relação a uma grande maioria dos integrantes do Legislativo e alguns integrantes do Poder Executivo que foram eleitos. A corrupção sem limites que está assolando o país tem contribuído para que os magistrados se sintam aptos a definir por meio de decisões judiciais políticas públicas e efetivar direitos fundamentais que, segundo sua visão, estão contempladas na Constituição, mas não são implementadas por negligência do governo e do Congresso.

No entanto, na prática, a crítica que se faz é que o ativismo judicial tem transformado juízes proativos em "justiceiros sociais", pois utilizam da justificativa de que os demais poderes (legislativo e Executivo) não estando cumprindo os seus papéis cabendo ao Judiciário ocupar o lugar que seria tipicamente do governo e dos legisladores.

Em recente artigo publicado pelo jornal O Estado de São Paulo⁶¹ intitulado como "O impacto do ativismo Judicial" foi apontado que o:

Ativismo judicial produz assim uma situação mais grave que a gerada pela ausência de certas leis e medidas administrativas. O ativismo propicia a criação arbitrária de direitos que não estão previstos em lei ou contrato, por meio de decisões muitas vezes monocráticas, cujo impacto na ordem social, política e econômica do País é geralmente danoso. (ESTADO DE SÃO PAULO, 2017)

Referida reportagem, dos quais se compartilha o entendimento, assevera que a Justiça do Trabalho tem se destacado no fenômeno dos impactos do ativismo judicial trazendo a afirmação do ex-ministro da fazenda Maílson da Nóbrega que "O Brasil é o único país em que a Justiça trabalhista pode fazer leis. Ela é geradora de conflitos e reduz a produtividade e a competitividade da economia nacional em vez de proteger trabalhadores".

A efetividade da "justiça social" não é e não deve ser prerrogativa do Judiciário pois esta é tarefa típica da discussão efetiva da sociedade que só será obtida por meio de seus

⁶¹ O ESTADO DE SÃO PAULO. **O impacto do ativismo judicial**. Disponível em: <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,o-impacto-do-ativismo-judicial,70001696829>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

representantes legítimos escolhidos através de eleição para compor o Congresso Nacional e os cargos destinados ao Poder Executivo.

Se este debate for transferido para o Judiciário como está acontecendo e, aponta a reportagem exibida pelo referido jornal, ocorrerá o que Gustavo Loyola chamou de “apequenamento da política”, com claras consequências negativas para a própria democracia. (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2017⁶²).

Com efeito, a postura do Poder Judiciário de desencadeador de Justiça Social é passível de crítica, uma vez que se verifica a violação a preceitos como o da ilegitimidade representativa, da segurança jurídica, da autonomia privada e demais pilares do Direito, entre eles o princípio institucional da separação dos poderes.

Para Barroso em artigo publicado por Mariana Ito intitulado como "**Judicialização é fato, ativismo é atitude**"⁶³ "[...] o Judiciário pode decidir em muitas questões, mas talvez não deva" e menciona que "[...] no contexto de judicialização, em que o Judiciário pode muito, às vezes é preciso uma gota de humildade para saber se, embora podendo, deve. Porque pode ser que aquela decisão tenha como autoridade competente mais qualificada outra que não o juiz". (BARROSO *apud* RIOS, 2009).

A quarta crítica que se faz, e do ponto de vista acadêmico a ser abordado neste trabalho, o mais prejudicial da atuação do Poder Judiciário, é o modo de interpretação da norma exposta na decisão judicial.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, cujo entendimento é compartilhado neste trabalho:

A Constituição, dada a sua natureza de lei suprema de caráter quase que sagrado, deveria ser aplicada literalmente, sem abrir oportunidade para o Judiciário aplicar regra com ela conflitante. Porém, quando surgem indícios de dúvidas interpretativas se faz presente a lógica da autoridade dos precedentes da Suprema Corte, até porque o controle de constitucionalidade das leis possui, intrinsecamente, a força unificadora do direito, na exata medida em que, num sistema de recíproco controle entre os poderes - checks and balances -, não se pode conceber fragmentação do que é dito

⁶² O ESTADO DE SÃO PAULO. **O impacto do ativismo judicial**. Disponível em: <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,o-impacto-do-ativismo-judicial,70001696829>. Acesso em: 29 de maio de 2017

⁶³ RIOS, Mariana. **Judicialização é fato, ativismo é atitude**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

pelo Poder Judiciário - decisões judiciais variadas sobre a validade das leis. (MARINONI, 2016, p. 73).

E acrescenta o referido autor:

No Brasil, muitos juízes ainda imaginam que podem atribuir significados aos textos que consagram direitos fundamentais a seu bel-prazer - como se a Constituição fosse uma válvula de escape para a liberação dos seus valores e desejos pessoais - e, assim, decidir sem qualquer compromisso com os precedentes constitucionais, numa demonstração clara de ausência de compreensão institucional. (MARINONI, 2016, pp. 73-74)

Importante consignar de que as decisões judiciais possuem certa dose de criatividade na medida em que admite certa interpretação da norma para a resolução do caso concreto submetido a juízo. Nesse sentido, Elival da Silva Ramos destaca que:

As decisões judiciais, portanto, são, [...], necessariamente criativas e inovadoras, não apenas porque geram a denominada norma de decisão (ponto culminante do processo de concretização normativa), mas, principalmente, porque esta não se limita a reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição. (RAMOS, 2015, p. 122).

E sobre a interpretação da norma exposta na decisão judicial, concluiu o referido autor que “[...] a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor que aquela reservada ao Poder Legislativo ou ao órgão que com ele compartilhe a função legislativa”. (RAMOS, 2015, p. 122).

No que se refere a justiça trabalhista é, de sobremodo, utilizado os princípios para interpretação da norma. Princípios estes que são diversos e buscam diversas proposições, e à medida que o ramo se desenvolve, novos princípios são inferidos do conjunto sistemático de sua cultura, regras e institutos peculiares (DELGADO, 2011, p. 192).

A CLT em seu artigo 8º, determina a utilização de princípios nos casos onde faltarem disposições contratuais e legais. A legislação trabalhista consagra os princípios na função interpretativa, sendo que em caso de dúvida para resolver o caso concreto, o juiz em

caso de dúvida em qual norma deve ser aplicada, utilizar-se-á a que for mais favorável ao trabalhador.

É de conhecimento que os princípios trabalhistas são exaltados no ordenamento, mas deve-se considerar a problemática do uso indistinto de princípios, bem como, a criação indistinta de princípios, uma vez que os princípios constitucionais estão previstos na Constituição, porém os trabalhistas são extraídos de interpretação e de criação doutrinária e jurisprudencial. É exatamente aqui que reside o problema central exposto neste trabalho: a atuação judicial para dizer o direito não pode ser aquilo que o intérprete da norma quer que seja.

Em se tratando de Justiça do Trabalho, além da utilização de princípios já conhecidos é possível verificar inúmeras decisões com utilização de princípios específicos do direito do trabalho, inclusive princípios recém-criados sendo utilizados como justificativa teórica na tentativa de fundamentar a decisão.

Ao interpretar a legislação e a partir dela criar uma norma, o Judiciário, principalmente o trabalhista, investe na função de legislador o que não se pode conceber. Em contrapartida a vontade popular é manifestada por normas jurídicas que são elaboradas pelos seus representantes - Legislativo- e, sancionadas pelo poder Executivo, sendo os mesmos investidos por meio do voto popular.

Verifica-se uma total incongruência tanto na criação de um princípio sem qualquer sustentação histórica, filosófica, quanto na justificativa de sua utilização.

Na Constituição vigente predomina a ideia de democracia, não cabendo um juiz inquisitivo, que decide conforme suas convicções pessoais e cria um princípio para justificá-las, há leis a serem observadas e um processo legal a ser seguido, processo este em que o juiz deve ter uma postura imparcial e não inquisitiva, além disso, não fora observado o princípio do contraditório, princípio este com arraigado significado histórico e com manifesta previsão legal e constitucional.⁶⁴

Um exemplo claro é a criação do chamado princípio da conexão. No dia 15 de junho de 2015 foi publicada uma notícia no *site* do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

⁶⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Graças ao princípio da conexão, encomendarei um kit de (tecno) verdade.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-18/senso-incomum-gracas-principio-conexao-encomendarei-kit-tecnoverdade>> Acesso: em 16 de julho de 2017.

(MG) intitulada de **Princípio da conexão liga o processo ao mundo de informações virtuais**.

Referido princípio criado viabiliza que o juiz possa obter informações em outras fontes fora do processo na busca da verdade real para proferir sua decisão, sendo muito mais inquisitivo e atuante.

Segundo Streck este princípio:

[...] permite ao magistrado (ou a sua assessoria, sob o seu comando), por meio de um simples *click*, obter as mais variadas informações (distâncias, endereços, convenções coletivas, consulta a redes sociais e etc), com o intuito de promover justiça sob o primado da busca pela 'verdade virtual'. Bingo. É a verdade real-virtual. Um misto de metafísica clássica e pós-modernidade. (STRECK, 2015).

E destaca referido autor que:

[...] princípio da conexão **não é um princípio**. E por uma razão muito simples: princípios não nascem de um grau zero de sentido, nem são psicografados em uma sessão mística, tampouco estão boiando pelo limbo até serem descobertos pela inteligência sobrenatural de juízes iluminados. Não. Definitivamente não. Ou não descendemos filosoficamente dos gregos. (STRECK 2015).

E conclui que:

[...] os princípios possuem profundo enraizamento fenomenológico, porquanto têm a aptidão de atribuir à regra o alcance do seu real significado. Os princípios contêm, em si, uma carga histórica, uma razão de ser e servir. É por meio dos princípios que se torna possível obter respostas mais adequadas, ligadas ao mundo da compreensão e não da mera argumentação-fundamentação. (STRECK, 2015).

Verifica-se que inúmeros princípios foram criados invadindo o universo da interpretação e aplicação do direito, fragilizando sobremodo o grau de autonomia do direito. Sob a justificativa de se buscar a "verdadeira justiça" há uma proliferação desenfreada de princípios, que não o são, na tentativa de justificar a resolução de problemas concretos, muitas vezes, distante da legalidade constitucional.

E conclui Streck que, analisando a decisão em acórdão exarado em 25.06.2012 (autos 0001653-06.2011.5.03.0014) (ANEXO 3), ao "[...] dar destaque ao 'princípio da conexão', o desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior acaba por criar apenas

um *novo álibi teórico*, uma nova desculpa, um meio de instrumentalizar *que o magistrado decida de acordo com a sua própria intuição, consciência, vontade, etc.* Sem tirar, nem por. Simples assim".

As normas criadas mesmo aquelas que de cunho protecionista passam previamente por um processo legislativo de grande complexidade, de inúmeras discussões em suas comissões especiais, bem como a análise de utilidade e necessidade da norma, como é o caso do Projeto de Lei 6.787 que acaba de ser aprovado, cuja publicação no Diário Oficial ocorreu no último dia 14 de julho de 2017; o que não se verifica quando o Judiciário cria uma norma por ocasião do julgamento.

Quando um Juiz decide um caso concreto com a criação de uma norma não há qualquer discussão se a norma criada pelo Juiz é necessária, pertinente ou não.

A legitimidade do Judiciário se destaca no cumprimento da sua função típica que é a resolução de conflitos no ordenamento legal que está a sua disposição. Assim, qualquer atividade inovadora por parte do julgador deve ter assento no ordenamento jurídico e não no seu senso subjetivo de justiça.

Nesse sentido:

A legitimidade dos juízes não esta assentada em sua origem popular, em seu caráter representativo, uma vez que existem sistemas institucionais que procuram o recrutamento constitucional, legal, concursal e burocrático da magistratura. A legitimidade dos mesmos deve ser orientada, então, para o grau de adequação do comportamento judicial e os princípios e valores que a soberania nacional considera como fundamentais. Sua legitimidade democrática encontra-se assentada na exclusiva sujeição dos juízes às leis emanadas da vontade popular. (BARACHO, 1995, p. 27).

J. Waldron, citado por Maria Cristina Peduzzi, sobre o ativismo judicial afirma que:

[...] um Poder Judiciário mais ativista deve ser criticado por duas razões centrais. Em primeiro lugar, ao se substituírem à sociedade nos debates públicos sobre o significado de direitos controversos, os juízes se distraem das questões centrais que deveriam ser discutidas e, em segundo lugar, o Judiciário não tem legitimidade para representar as posições políticas dos cidadãos. (WALDRON *apud* PEDUZZI, 2015, p. 806.)

Assim, o que se critica veementemente neste trabalho é a atuação do Judiciário Trabalhista movido por paixões pessoais e, ao mesmo tempo, desconectado do sistema no qual está inserido sobre o pretexto de se praticar a "justiça social".

Em inúmeras ações desta justiça especializada, com o condão de proteção ao trabalhador, constatam-se diversas atrocidades jurídicas, que desfavorecem o desenvolvimento econômico do país em razão da atuação judicial de modo ativista, subjetiva, desarrazoada.

Portanto, em observância ao princípio da separação de poderes, a liberdade jurisdicional deve ser limitada pelo próprio ordenamento jurídico, tendo em vista que o exercício dessa função de modo desconectado ao sistema e inundado pelo subjetivismo do julgador atenta, em última análise, contra a própria liberdade do cidadão e do trabalhador.

Por todos os ângulos que se analise a questão, o ativismo judicial, - seja pela atuação do Judiciário como regra o que deveria ser exceção, seja pela usurpação de seu poder na criação da lei afrontando o princípio da separação dos poderes, seja pela ilegitimidade de atuação, seja pelo modelo de interpretação da normas e por fim, movido por um senso de justiça pessoal - tem o condão de afrontar a própria organização de uma nação esculpida no primado da separação de poderes que é inerente ao Estado Democrático de Direito.

Segundo Georges Abboud, o malefício do ativismo judicial no sistema brasileiro é um problema sem precedentes.

O ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo escrito ou subsunção do fato ao texto normativo [...]. Em suma, ativismo, em termos brasileiros, deve ser considerado o pronunciamento judicial que substitui a legalidade vigente pelas convicções. Daí nossa crítica à discricionariedade judicial, uma vez que é por meio dela que, atualmente, legitima-se a utilização das convicções pessoais do julgador em vez das fontes normativas. (ABBOUD, 2014, p. 421)

Lênio Luiz Streck, em artigo publicado por Aline Pinheiro⁶⁵ com o título “Ativismo Judicial não é bom para a democracia”, destacou que, para ele “um dos grandes problemas hoje do Judiciário, a histórica morosidade da Justiça, é causado pela ânsia do juiz de ir além do que diz a lei e fazer prevalecer a sua consciência”. (PINHEIRO, 2009)

Para Streck, o ativismo judicial é um problema de comportamento, através do qual o juiz, por ocasião da prolação de uma decisão, utiliza de seus valores morais e políticos para resolver a questão. O magistrado ao proferir uma decisão, no seu íntimo, entende que esta é a mais justa, equânime e correta, ainda que isso justifique ignorar a lei e a sua competência constitucional.

Destaca ainda o referido autor que “[...] os juízes, que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer a filtragem das leis inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos da estagnação para o ativismo”.

E ainda destaca Lênio Streck que para ele "o ativismo é ruim" afirmando que é o ativismo "que leva o Judiciário a emitir tantas decisões contraditórias".

A crítica que se faz é o que Lênio Streck chama de "justiça lotérica", pois a atuação judicial do jeito que se encontra está totalmente afastada do Comprometimento com as determinações constitucionais e, ainda, com a integridade e a coerência do Direito.

No que diz respeito a interpretação da norma e a atuação judicial, nas palavras de Eros Roberto Grau "O poder Judiciário aqui, hoje, converte-se num produtor de insegurança jurídica". (GRAU, 2016, p. 18).

O Poder Judiciário, especificamente o trabalhista tem emitido decisões com a desculpa que existem termos vagos, abertos e ambíguos, utilizando-se de princípios criados por eles próprios, possibilitando a emissão de uma decisão por sua própria conveniência com base em argumentos pautados pela chamada justiça social.

Acabam por confundir a era dos princípios e a abertura semântica, que sempre existiu, com autorização para uma livre atribuição de sentido, como se existisse um grau zero de sentido e, desta forma, verifica-se que em muitas decisões acabam por interferir demasiadamente em questões políticas, promovem a insegurança jurídica, criam um ambiente

⁶⁵ PINHEIRO, Aline. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

macroeconômico incerto, desrespeitam os demais poderes institucionais e acabam por praticar ativismo judicial com viés negativo.

Deve o Poder Judiciário, por expressa competência constitucional solucionar conflitos concretos, zelando pelo cumprimento e observância das normas jurídicas, bem como dos princípios e valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico, ao invés de pretender criar normas jurídicas em franca atuação ativista.

Segundo Elival da Silva Ramos, cujo entendimento é compartilhado aqui:

[...] nos Estados Democráticos, a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica em deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes. (RAMOS, 2015, p. 123)

Ao proferir uma decisão deve o magistrado se pautar no conjunto de leis que formam o ordenamento jurídico pátrio. Nos casos em que o texto legal se amolda perfeitamente ao caso concreto é preciso deixar de lado os ímpetos pessoais e reconhecer de que não há espaço para interpretação criativa pois se assim o fizer a norma criada irá colidir com o preceito legal. Por outro lado, se houver algum espaço para interpretação da norma, deve o julgador atuar com prudência e despido de motivações subjetivas, do contrário estará substituindo a legalidade por suas próprias convicções pessoais.

Somente dessa forma, estará o Judiciário observando às competências legalmente instituídas, em observância ao princípio da separação de poderes e no equilíbrio institucional entre eles possibilitando assim a manutenção do regime democrático de uma nação.

Não se pode deixar de mencionar sobre a reforma trabalhista. No ultimo dia 12 de julho de 2017, em palestra realizada intitulada "Reforma Trabalhista traz segurança jurídica e freia ativismo judicial", Alessandro Medeiros de Lemos⁶⁶ destacou que são inúmeras as razões pelas quais a reforma está sendo realizada, entre elas a rigidez do sistema normativo, que causa insegurança jurídica e econômica, a necessidade de modernização da legislação e o

⁶⁶ Lemos, Alessandro Medeiros de. **Palestra destaca: reforma trabalhista traz segurança jurídica e freia ativismo judicial**. Disponível em: <https://couromoda.com/noticias/ler/reforma-trabalhista-traz-seguranca-juridica-e-frea-ativismo-judicial/>. Acesso em: 16 de julho de 2017.

chamado ativismo judicial, que impõe perdas às empresas devido a decisões favoráveis de juízes às demandas dos reclamantes.

Destaca referido palestrante que “[...] os tribunais não podem se aventurar a legislar”, destacando que a reforma é benéfica a ambas as partes (empregadores e empregados), e não a apenas uma delas, como muitos erroneamente afirmam.

E finaliza sua palestra destacando que: “[...] acreditamos que, se aprovada, a reforma trabalhista garantirá a segurança jurídica, estimulará a solução extrajudicial do conflito, estabelecerá algum risco decorrente do ingresso da ação, fortalecerá a negociação coletiva e freará o ativismo judicial”.

Segundo Ives Gandra Martins Filho⁶⁷ a “[...] Reforma Trabalhista é reação a ativismo do TST”. Segundo ele, entre 2011 e 2012, o TST legislou ao alterar 34 precedentes para criar e estender direitos aos trabalhadores, sem que houvesse mudança na lei. Essa ação do TST gerou reação do Supremo Tribunal Federal e do Congresso, disse o Ministro durante evento em Washington, Estados Unidos O primeiro reduzindo a jurisdição da corte trabalhista. “Perdemos jurisdição sobre servidores públicos, sobre pensões complementares, sobre greves de trabalhadores públicos. A cada cinco anos, a nossa jurisdição está caindo e não fazemos relação entre as causas e os efeitos”.

Segundo o Ministro a reação do Congresso veio pela reforma trabalhista. Durante sua exposição, Ives Gandra apresentou um gráfico mostrando que, devido a esse ativismo judicial do TST, os direitos trabalhistas são maiores que os previstos na legislação. Com a reforma trabalhista, o gráfico fica mais próximo do tamanho da legislação

Assim, compartilhando do mesmo entendimento que o palestrante citado e o Ministro do TST, este trabalho destaca de que a Reforma Trabalhista já aprovada pelo Congresso Nacional, sancionada pelo Presidente da República Michel Temer e publicada no Diário Oficial do último dia 14 de julho de 2017, dentre outros objetivos da reforma, garantirá a prevalência do princípio da segurança jurídica, permitirá frear o ativismo judicial trabalhista afastando a ocorrência de inúmeras decisões judiciais distintas para casos similares e providas de motivações subjetivas.

⁶⁷ Martins, Ives Gandra. **Reforma trabalhista é reação a ativismo do TST**, diz Ives Gandra, presidente da corte. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-14/reforma-trabalhista-reacao-ativismo-tst-ives-gandra>. Acesso em: 16 de julho de 2017.

CONCLUSÃO

A pesquisa teve início com o estudo do poder. Demonstrou-se sua origem, estruturação e as formas de determinação da vontade alheia, asseverando que só haverá poder à medida em que ele for exercido.

Na tentativa de impor suas convicções por aqueles que detinham o poder, viu-se que houve a organização de grupos sociais para se contrapor às imposições dos que detinham a força. Neste conflito de forças surgiu a manifestação do poder político para efetuar a mediação entre as várias manifestações de força, cujo exercício foi feito pelo Estado.

Abordou-se as várias concepções de poder destacando que o poder público é intrínseco ao Estado, que está contido nele, porém com ele não se confunde, uma vez que poder público é instituído na pessoa jurídica de direito público, enquanto o Estado é a própria pessoa que dirige o poder instituído.

Sobre o poder jurídico verificou-se que o Estado é legitimado para exercê-lo com a criação de leis e normas, impondo regras à sociedade com o estabelecimento de obediência a determinados comportamentos e formas de conduta.

O princípio da separação dos poderes representa um dos princípios constitucionais mais relevantes à manutenção do equilíbrio da estabilidade institucional do Estado Democrático de Direito, cuja acepção tornou-se clássica através da sistematização moderna trazida por Montesquieu.

Destacou-se na teoria da tripartição de poderes a necessidade de atribuições de funções distintas em cada um dos poderes do Estado e a possibilidade de fiscalização recíproca, o que possibilitou a limitação do exercício de cada poder em decorrência do sistema de freios e contrapesos.

Viu-se que, embora as Constituições tenham se pautado pela separação dos poderes harmônica e o equilíbrio entre suas forças, com o passar do tempo a sociedade e o direito foram evoluindo com interferência de novos valores, princípios e a separação de poderes precisou se adaptar a essas novas nuances destacando a evolução do Poder Judiciário frente a esta nova sistemática.

Em razão da ascensão do Poder Judiciário e sua nova forma de atuação, o princípio da separação dos poderes, na atualidade, mostra-se um entrelaçamento entre funções típicas e

atípicas, de modo que haja coordenação, compartilhamento e cooperação entre os poderes de forma subsidiária de um poder com o outro nas suas funções específicas, sendo que nesta nova sistemática pode-se perceber que o núcleo essencial deste princípio não é estático, mas sim dinâmico, pois varia de acordo com cada momento histórico, cada interferência da sociedade e a cada modificação do direito.

Revelou-se a evolução da separação do Poderes, como princípio constitucional, tendo estado presente em todas as Constituições, exceto na Constituição de 1937. Ao longo da história brasileira não houve uma divisão equilibrada do poder, ora prevalecendo a vontade do Executivo, ora o Legislativo tentando aparecer e se sobrepor aos demais.

Com relação ao Judiciário verificou-se ao longo do tempo um ganho de independência e uma crescente ascensão de atuação em face aos demais poderes, sendo que o Poder Judiciário teve sua solidificação com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que além de valorizar referido poder, ampliou consideravelmente sua competência, possibilitando com isso maior aceitação da sociedade e da opinião pública.

Ante a atuação mais proativa do Judiciário este trabalho preocupou-se com o grau de legitimidade democrática de referido poder frente aos demais poderes. Verificou-se que a manifestação em potencial do Judiciário não ocorreu somente em protagonizar as decisões judiciais a que lhe são inerentes, mas ir além de suas funções estabelecidas de modo a ferir o princípio da separação dos poderes.

Foram abordados os caminhos pelos quais permitiram ao Judiciário expandir o seu potencial protagonismo judicial. Dentre os caminhos que possibilitaram o crescimento de atuação do Judiciário está o fenômeno do neoconstitucionalismo, sendo este uma releitura do direito a partir da Constituição de 1988, com a finalidade de ser mais efetiva e tendo objetivo de concretizar direitos fundamentais com expectativa de se chegar ao constitucionalismo social e, que este, seja integrado ao constitucionalismo fraternal e de solidariedade.

O neoconstitucionalismo surge como uma nova forma de adaptação do direito a uma nova ordem mundial, cuja pretensão era deixar de vivenciar as barbáries vividas anteriormente a guerra, pretendendo impor justiça a todos, indistintamente, por meio do direito.

Referido fenômeno baseou-se num conjunto de visões teóricas, filosóficas, ideológicas, metodológicas, sendo que o marco teórico foi o desenvolvimento do pós-

positivismo, cujas características do neoconstitucionalismo consistiam basicamente em: reconhecer a força vinculante da constituição, aplicação direta das normas constitucionais, a Constituição como centro do ordenamento jurídico e a principal fonte de interpretação de princípios e, em razão desta última característica a utilização de técnicas mais abertas de interpretação tais como a argumentação e a ponderação, o que influenciou a mudança de foco do Legislativo para o Judiciário.

Este novo modelo constitucional, com base na interpretação de princípios para concretizar o direito, elevou o princípio da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, constitucionalizando o direito, estabelecendo assim o Estado Democrático de Direito.

Todo este conjunto de mudanças e características trazidas pelo neoconstitucionalismo proporcionou a modificação do centro das atenções do Legislativo para o Judiciário. Os direitos fundamentais estampados na Constituição precisavam ser protegidos e promovidos pelo Estado, cabendo ao Legislativo aprovar leis para o desenvolvimento de políticas públicas e o Executivo de executá-las. Ao Judiciário coube a missão de fazer cumprir as finalidades e os propósitos constitucionais, sobretudo no que diz respeito a efetivação de direitos fundamentais.

Diante da dificuldade e inércia dos demais poderes em concretizar a Constituição, o Judiciário passou a ter destaque na perspectiva de atuação política ganhando uma independência de atuação jamais antes vista e um aumento significativo das competências do Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, o Brasil vive num ambiente de centralidade da Constituição, constitucionalização de direitos e a judicialização das relações sociais e políticas públicas, o que intensifica a atuação proativa do Judiciário, favorecendo o ativismo judicial, sendo que a atuação ativista depende da postura de seus integrantes e não necessariamente na ascensão do Poder Judiciário.

O estudo trouxe a discussão de como tem sido a atuação do Poder Judiciário frente a esta nova perspectiva e se este novo comportamento do Judiciário, especificamente o trabalhista está, de alguma forma, afrontando o princípio da separação dos poderes e invadindo esfera do Legislativo, comprometendo o princípio da segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito.

Uma situação que se relaciona com esse cenário descrito acima refere-se ao espaço de interpretação criativo do conteúdo da norma através dos princípios. A interpretação da norma efetuada pelos membros do Poder Judiciário permite inúmeras situações possíveis, pois cada intérprete possui sua própria maneira de enxergar o mundo, o que reduz substancialmente a objetividade e previsibilidade das decisões judiciais afastando-se do princípio da segurança jurídica. Sem o mínimo de previsibilidade e segurança quanto aos desfechos dos conflitos humanos é impossível a convivência social.

Através dos estudos sobre a interferência judicial acerca das experiências estrangeiras, tanto nos países que vigoram o *common law* quanto o *civil law* verifica-se que existe um certo grau de ativismo judicial.

No Brasil, verifica-se que o novo modelo intervencionista do Poder Judiciário possibilitou não só o controle jurídico dos demais poderes, mas também tem atuado de forma ativista, pois verifica-se que, nas decisões judiciais, o excesso de interferência judicial, cujo resultado tem se mostrado em decisões irrazoáveis, desproporcionais e fora dos limites, demonstrando uma autonomia judicial excessiva, muitas vezes, autoritária e discricionária.

O discurso e o debate sobre ativismo judicial evoluíram nos últimos anos dada a excessividade de interferência judicial. A discussão acerca dessa atitude proativa do Judiciário vai muito além da consciência do magistrado sendo que a questão se tornou fundamental para compreender o próprio papel institucional do Poder Judiciário. Não se trata somente de trazer a discussão se o magistrado, tomado individualmente por sentimentos pessoais, pode ou não decidir contrário a lei, mas de analisar se cabe ou não ao magistrado julgar, tendo como base teses filosóficas de interpretação de princípios, temáticas de natureza política, com fundamento na efetividade de direitos fundamentais.

A investigação do tema permitiu concluir que o ativismo judicial é um fenômeno social que o Poder Judiciário Brasileiro, e também em outros países, em suas decisões utilizam e uma hermenêutica constitucional na interpretação de princípios e cláusulas abertas, sem, contudo, haver previsão legal expressa, tendo como fundamento a necessidade pujante de eficácia jurídica, ferindo os limites normativos da atribuição jurisdicional.

Na abordagem do ativismo judicial foi investigada, verticalmente, sua ocorrência nas seguintes hipóteses: nas decisões de causas políticas; nas decisões relacionadas aos

direitos fundamentais e políticas públicas; nas decisões relacionadas as omissões legislativas e nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

No que tange a Justiça do Trabalho, a investigação deste trabalho foi realizada por meio de seleção de situações e decisões judiciais em que houve a incidência do ativismo judicial, com ênfase ao primeiro caso de grande repercussão de atuação proativa da magistratura trabalhista, que envolveu a dispensa coletiva dos trabalhadores da EMBRAER em 2009.

Outros casos analisados estão relacionados à tutela de direitos sociais previstos na Constituição de 1988, tais como a dispensa do portador de HIV e a extensão da interpretação da Súmula nº 443 do TST, para considerar ilegal a dispensa quando empregados estão acometidos de outras doenças consideradas graves no entender criativo do magistrado; e a proteção da maternidade com o entendimento ativista de conceder estabilidade a gestante nos contratos a prazo determinado.

Também não se deixou de lado a análise investigativa do ativismo judicial no direito sumular trabalhista trazendo a discussão algumas súmulas de maior repercussão ativista. A primeira diz respeito a Súmula nº 90, criada pelo Poder Normativo da Justiça do Trabalho, que trata do direito ao trabalhador ao pagamento de horas *in itinere*. Referida Súmula foi a responsável pela alteração do artigo 58, §2º, da CLT e os empregadores na tentativa de barrar a ingerência judicial iniciou tratativas apoiados no artigo 7º da Constituição Federal, que valoriza a negociação coletiva como forma de solução de conflitos.

O Judiciário, para fazer frente as convenções coletivas que estabelecem a forma de pagamento das horas *in itinere*, de forma ativista passaram a adotar a proporcionalidade e razoabilidade para considerar a norma coletiva que estabelece um tempo médio gasto no transporte válida ou não, sendo que alguns tribunais, como o TRT da 9ª Região, que editou a Súmula nº 39 que cria norma proibitiva inexistente no ordenamento em afronta ao princípio da legalidade e da autonomia privada.

Outra súmula analisada para visualizar o ativismo judicial e o caos da interpretação judicial foi a Súmula nº 277 do TST, sobre a ultratividade de acordos e convenções coletivas dos quais se verificou as idas e vindas de aplicabilidade ou não da referida súmula, bem como a afronta aos princípios da segurança jurídica, legalidade, afronta a separação de poderes, além dos efeitos econômicos imediatos.

Esses e outros exemplos foram mencionados para ilustrar a tese central de que cada decisão judicial trabalhista de modo ativista, não tem impacto somente entre as partes, pois ainda que indiretamente, os Tribunais firmam orientações jurisprudenciais dessas decisões que serão futuramente utilizadas em outros casos.

Não se pretendeu, nesta investigação, negar que o ativismo judicial tem grande aceitação social, pois permite que o Judiciário efetive direitos sociais, principalmente a preservação do Direito ao Trabalho e a proteção ao trabalhador, respeitando, inclusive sua condição de hipossuficiente.

A tese pretendeu trazer a discussão de como tem sido a atuação judicial frente a necessidade de efetivação de direitos e demonstrar os efeitos negativos da ampliação de horizontes de atuação do Poder Judiciário, seja na edição de súmulas, seja na interpretação extensiva de princípios trabalhistas que, diga-se de passagem, já são protetivos, seja na intromissão funcional do Judiciário nas funções legislativas, seja afrontando o princípio da separação dos poderes ou ainda desprestigiando o princípio da segurança jurídica e causando instabilidade econômica.

A sociedade tem nas decisões judiciais passadas um parâmetro a respeito de como devem ser as atuações judiciais quando decidem os conflitos e aplicam o direito. Um judiciário trabalhista instável cria um ambiente econômico incerto, pois as empresas acabam sendo mais conservadoras e deixam de assumir riscos.

Outras decisões individuais fundamentadas na efetivação de direitos fundamentais podem causar desequilíbrio no orçamento público, do qual não havia previsão de gastos e retirado parte do orçamento público para ser direcionado ao atendimento de apenas uma decisão judicial, desprestigiando-se assim o coletivo.

Examinar de perto as decisões judiciais trabalhistas possibilitou reconhecer, nesta investigação, que o ativismo judicial é capaz de provocar efeitos nefastos e negativos de grande repercussão, seja na ordem social, política, jurídica ou econômica. Foi possível verificar que em muitas decisões judiciais prevaleceu a ilegitimidade de seu prolator, sua ineficiência em querer fazer cumprir todas as demandas sociais e o desequilíbrio institucional entre os poderes institucionais do Estado.

A prática ativista trabalhista tem transformado os juízes trabalhistas em verdadeiros "justiceiros sociais" na medida em que suas decisões propiciam a criação arbitrária de

direitos que não estão previstos em lei, nos contratos de trabalhos ou em acordos e convenções coletivas, amplamente negociadas.

A efetividade da justiça social não é e não deve ser a prerrogativa do Judiciário, pois esta é uma tarefa de discussão de toda uma sociedade, que deverá ser feita por meio de debates e obtida por meio de representantes legítimos escolhidos para compor o Congresso Nacional ou as cadeiras do Executivo.

Verificou-se, também, nesta investigação que é certo que as decisões judiciais possuem um certo grau de criatividade, porém o judiciário trabalhista ao interpretar a legislação e criar uma norma investe na função de legislador, o que não é concebível. A liberdade jurisdicional deve ser limitada pelo próprio ordenamento jurídico, uma vez que a decisão fundada pelo subjetivismo do julgador atenta contra a própria organização de uma nação esculpida no primado da separação dos poderes, que é inerente ao Estado Democrático de Direito.

Na resolução de conflitos, ao proferir uma decisão judicial, não pode e não cabe ao magistrado ir além do que diz a lei ou contrário a ela e querer fazer prevalecer a sua consciência do que vem a ser justiça.

Essas considerações auxiliam a conclusão que o Poder Judiciário tem confundido a era de princípios e a abertura semântica que sempre existiu, com autorização para uma livre manifestação de sentido, com intuito de efetivar direitos. Isso não significa que não se tem a sensibilidade com as mazelas do trabalhador e a negação do valor da pessoa humana, ao contrário, acredita-se um projeto humanístico de efetivação de direitos sem que se apresente a atuação exacerbada do Judiciário.

É preciso ter em mente a missão institucional do Poder Judiciário de solucionar conflitos concretos, não lhe competindo interferir demasiadamente em questões de ordem política, zelando pelo cumprimento e observância das normas jurídicas, sem, no entanto, deixar de respeitar os demais poderes políticos.

O que se espera com essa investigação é que possibilite a discussão sobre como deve ser uma decisão judicial e que a atividade de julgar seja efetuada com justiça, responsabilidade, prudência, desprovida de convicções pessoais, motivações subjetivas e arbitrariedades.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso prático de Processo do Trabalho**. 17º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ALONSO, Ricardo Pinha. **Os Direitos fundamentais sociais e o controle judicial das políticas públicas**. Tese apresentada no Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC, 2012.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro. Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, FGV, Rio de Janeiro, v. 240, 2005.

_____. **A reconstrução democrática no Direito Público do Brasil**. Luís Roberto Barroso (Org.). São Paulo: Renovar, 2007.

_____. Curso de Direito Constitucional contemporâneo. **Os Conceitos Fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial, **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, v. 16.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, nº 21, jan-jun. 2012.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo: **os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BAUM, Lawrence. A Suprema Corte Americana: **uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 1987

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Do estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista de Estudos Avançados, Instituto de Estudos Avançados da USP**, nº 18 (51), São Paulo, USP, 2004.

_____. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos/Norberto Bobbio**. Michelangelo Bovero (Org.). Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *In*: MENDES *et. al.* **Hermenêutica Constitucional e Direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. *In*: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2014

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003

_____. Neoconstitucionalismo: elementos para una definição. *In*: MOREIRA, E. R.; PUGLIESI, M. **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, André Castro. O impacto Orçamentário da Atuação do Poder Judiciário. *In*: **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord). São Paulo: QuartierLatin, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. *In*: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Políticas públicas: possibilidade e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, jul./dez. 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COSTA, Andréa Elias da. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle das Omissões do Poder Público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetividade da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. *In*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos Juízes**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo e versão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. V. 1. A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001

GIGLIO, Wagner D; CORREA, Cláudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 16º ed. rev. ampliada, atualizada e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O juiz e o Direito**. O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação de direito e os princípios). 7. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação /aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUASTINI, Ricardo. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel (org.) **Neoconstitucionalismo** (s). Madrid: Trotta, 2003.

HABERMAS, Junger. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **A Constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LAZARI, Rafael de; BERBNARDI, Renato. **Ensaio escolhido de direitos constitucional**. Brasília: Kiron, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

LEITE, Roberto Basillone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político vs. ativismo judicial jurisdicional**. 500 anos do autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos precedentes**. Justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZARESE, T. Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. 2ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES FILHO, José Filomeno. Separação dos poderes no Brasil Pós-88: Princípio Constitucional e Práxis Política. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al.* **Teoria da Constituição**: estudo sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: o sistema de direito político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo. Método, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e a teoria da interpretação. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro et al. (Org.) **Hermenêutica Constitucional**: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceitual, 2010.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo. Max Limonade, 2001.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização do direito e o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário. *In*: Agra, Walber de Moura et al (org.). **Constitucionalismo**: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Entre a consciência e a Lei: ativismo Judicial no século XXI, **Revista LTr**, 79-07/800 de julho de 2015.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e efetividade dos direitos Fundamentais de Caráter Prestacional**: em busca da superação e obstáculos. Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília. 2008.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. **Poderes executórios do Juiz**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIRRAÇA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1998.

_____; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Neoconstitucionalismo: contextualização e perspectivas. *In*: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de *et al* (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Espaço, tempo e cultura. *In*: TÔRRES, Heleno Távora (Coord.). **Direito e poder**: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Barueri: Manole, 2005.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SÁ FILHO, Francisco. **Relações entre os poderes do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In*: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo** (s). Madrid: Trotta, 2003.

SARAIVA, Renato. **Processo do Trabalho**. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e Direito Privado: apontamentos sobre Algumas Dimensões da Possível Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais no Âmbito das Relações Jurídico-Privadas. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 88**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos de Possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do Trabalho, 11º ed. De acordo com o novo CPC – São Paulo: LTR, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder popular** (estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **A constituição do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008a.

_____. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais:** fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b.

SILVA, Volney Zaminhof de Oliveira. **Lineamentos do mandado de injunção.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SPINOZA, Benedictus de. **Tratado político.** Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1994.

STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista. *In*: DIMOULIS Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.) **Teoria do Direito Neoconstitucional:** superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

_____. **Verdade e Consenso.** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

_____. **Hermenêutica Jurídica em crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b.

_____. **O que é isto:** decido conforme minha consciência? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Org.). **The global expansion of Judicial Power.** New York: New YorkUniversity Press, 1995.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Execução no Processo do Trabalho.** 10. ed. São Paulo: LTr 75, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio (Org.) **Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal:** laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ANEXOS

ANEXO 1

AGRAVO DE PETIÇÃO DA SEGUNDA EXECUTADA. EXECUÇÃO. SALDO REMANESCENTE. CESSAÇÃO DA APURAÇÃO DOS JUROS DA MORA. EFETIVO PAGAMENTO DOS CRÉDITOS DEVIDOS. SÚMULA Nº 4 DO TRT1.

Incidem juros de mora sobre os valores atualizados do crédito exequendo até a data do efetivo pagamento, independentemente de ter sido feito depósito para garantir a execução, conforme dispõe a Súmula nº 4 deste Regional. Recurso desprovido. MULTA DO ART. 523, § 1º, DO NCPC (ART. 475-J DO CPC/73). COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. CABIMENTO. A CLT não acompanhou as inovações do Processo Civil, que tiveram como tônica a efetividade e celeridade processual, com intuito de se atingir o fim colimado no mandamento insculpido no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Republicana, segundo o qual -a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação-. Por tal razão, a aplicação da multa estabelecida no art. 523, § 1º, do novo Código de Processo Civil, na esfera trabalhista, é salutar ao direito processual do trabalho, até porque as verbas pleiteadas nesta Justiça Especializada têm natureza alimentícia, e a forma serôdia dispensada à execução trabalhista pelo Texto Consolidado não se ajusta aos valores e garantias essenciais preconizados na Constituição Cidadã, levando-se em conta, ainda, o disposto em seu artigo 7º, X, que, além de proteger o salário, na forma da lei, reconhece sua natureza alimentar. Acrescente-se que o art. 523, § 1º, do NCPC (art. 475-J do CPC/73) tem aplicação plena no Processo do Trabalho porque não apenas se coaduna com os princípios trabalhistas - em especial, o informalismo (pagamento espontâneo) e a proteção ao trabalhador hipossuficiente - mas também o subsidia e complementa (interpretação do art. 15º do NCPC). Nesse passo, perfeitamente cabível a aplicação subsidiária da norma processual civil empreendida pelo Juízo de Origem, considerando-se a natureza alimentar do crédito trabalhista e o anclamento das normas celetistas atinentes ao caso concreto. Oportuno ressaltar que, mesmo antes do novo Código de Processo Civil, este Relator sempre se posicionou pela aplicabilidade da presente multa ao Processo do Trabalho. Atualmente, o faz com ainda mais convicção, na medida em que o dispositivo mencionado acima, além de vir em contraposição ao entendimento outrora prevalecente no STJ, encontra guarida no art. 520, § 2º, do novo CPC. ('O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: [...], § 2º A multa e os honorários a que se refere o § 1º do art. 523 são devidos no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa'), que abrange o cumprimento provisório da sentença. Esse dispositivo, sob a égide do conceito de sentença sincrética, veio a valorizar a sentença de primeiro grau, fazendo com que ela não mais seja vista simplesmente como mero rito de passagem para um exame mais aprofundado no segundo grau de jurisdição. Recurso a que se nega provimento. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. Região, 1. Recurso Ordinário nº 0052500-89.2008.5.01.0008, Relator: Desembargador Federal do Trabalho Enoque Ribeiro dos Santos. Acórdão 5ª Turma, 28 de junho de 2016)

ANEXO 2

RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA RECLAMADA (PETROBRAS). DONO DA OBRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. POSSIBILIDADE.

A figura do dono da obra de que trata a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI-1 do C.TST, além de exigir que a tomadora dos serviços não desenvolva atividade de construção ou incorporação, tem como pressuposto um contexto de transitoriedade com relação à obra (como o acréscimo de dependências ou reforma do estabelecimento), a qual não deve se inserir na atividade fim da empresa, ou seja, os benefícios trazidos pelo contrato celebrado como de construção civil não podem redundar, diretamente, em lucro para a contratante. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ATUAL ARTIGO 523, § 1º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, AO PROCESSO DO TRABALHO. Há entre o artigo 475-J do Código de Processo Civil, atual artigo 523, § 1º, do novo Código de Processo Civil de 2015 e o artigo 880 da Consolidação das Leis do Trabalho estreita complementaridade, vez que a norma celetista prevê o prazo de 48 horas para pagamento, sem qualquer cominação decorrente de injustificada ausência de pagamento, ao passo que a norma processual comum, embora estabeleça prazo diverso para pagamento (15 dias) contém cominação quando o devedor não satisfaça a obrigação em tempo certo. Recurso Ordinário da segunda ré parcialmente conhecido e não provido. (TRT 1ª Região. Recurso Ordinário nº 00017864720145010451. Órgão julgador: quinta turma. Publicação 23/02/2016)

ANEXO 3

PRINCÍPIO DA CONEXÃO - OS AUTOS ESTÃO NO MUNDO VIRTUAL.

Na atual era da informação em rede, na qual o "poder dos fluxos (da rede) é mais importante que os fluxos do poder" (CASTELLS), já não pode mais vigorar o princípio da escritura, que separa os autos do mundo. A Internet funda uma nova principiologia processual, regida pelo novo princípio da conexão. O chamado princípio da escritura - quod non est in actis non est in mundo - encerrou no Código Canônico a fase da oralidade em voga desde o processo romano e até no processo germânico medieval. Com advento das novas tecnologias de comunicação e informação e as possibilidades ampliadas de conectividade por elas proporcionadas, rompe-se, finalmente, com a separação rígida entre o mundo do processo e o das relações sociais, porquanto o link permite a aproximação entre os autos e a verdade (real e virtual) contida na rede. O princípio da conexão torna naturalmente, por outro lado, o processo mais inquisitivo. A virtualidade da conexão altera profundamente os limites da busca da prova. As denominadas TICS passam, portanto, a ter profunda inflexão sobre a principiologia da ciência processual e redesenham a teoria geral tradicional do processo, a partir desse novo primado da conexão. (TRT 3ª Região – Recurso ordinário nº 0001653-06.2011.5.03.0014. Órgão julgador: primeira turma. Publicação 29/06/2012)