

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

PAULO MARÇAL LUSVARGHI

O ATIVISMO JUDICIAL NA ESFERA DO DIREITO DO TRABALHO

MARÍLIA
2014

PAULO MARÇAL LUSVARGHI

O ATIVISMO JUDICIAL NA ESFERA DO DIREITO DO TRABALHO

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora:
Prof^a. M^a. Andrea Antico Soares

MARÍLIA
2014

Lusvarghi, Paulo Marçal.

O ativismo judicial na esfera do direito do trabalho / Paulo Marçal Lusvarghi; orientadora: Andrea Antico Soares. Marília, SP: [s.n.], 2014.
50 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

1. Ativismo Judicial. 2. Separação dos Poderes. 3. Direito Positivo. 4. Direito do Trabalho.

CDD: 341.6

PAULO MARÇAL LUSVARGHI

O ATIVISMO JUDICIAL NA ESFERA DO DIREITO DO TRABALHO

Banca Examinadora...

Resultado:

ORIENTADORA: _____
Prof^ª. M^a. Andrea Antico Soares

1º EXAMINADOR: _____
Prof.

2º EXAMINADOR: _____
Prof.

Marília, _____ de _____ de 2014.

*À minha família, pelo incentivo;
Aos meus amigos, pela companhia;
Aos meus professores, pelo conhecimento.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço as manifestações positivas de carinho e apreço recebidas de todos os colegas da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, de minha família e amigos, os quais foram os artificios e luz inspiradora para o sucesso deste estudo.

*Agradeço, de modo particular, à
Profa. Ma. Andrea Antico Soares, o auxílio seguro e oportuno na orientação,
aliado à experiência intelectual e profissional, imprescindíveis ao
desenvolvimento e conclusão de mais esta etapa.*

“Não existe nada de completamente errado no mundo, mesmo um relógio parado consegue estar certo duas vezes por dia” (PAULO COELHO).

LUSVARGHI, Paulo Marçal. **O ativismo judicial na esfera do direito do trabalho**. 2014. 50 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

A presente monografia tem, como objeto de estudo, o Ativismo Judicial na esfera do Direito do Trabalho, praticado principalmente pelo Tribunal Superior do Trabalho, mediante a publicação de entendimentos pacificados que, devido à omissão à injustiça ou à inaplicabilidade de uma lei desatualizada, servem como norte para dirimir conflitos oriundos das relações de trabalho. Para tanto, foi necessário pesquisar o contexto histórico da formação do ser humano desde sua forma mais primitiva até os dias de hoje, para esclarecer o porquê de vivermos em um estado democrático de direito, bem como conhecer os modelos governamentais anteriores, desencadeadores da democracia que hoje conhecemos. Tudo isso, à primeira vista, parece distante do que é o Ativismo Judicial, mas seu estudo não seria prazeroso se não fosse possível compreender a divisão dos poderes de um estado, conhecimento indispensável à compreensão do Ativismo, bem como se faz necessária a compreensão do positivismo jurídico e a necessidade imperiosa de o aplicador do direito dele se esquivar e, de uma maneira mais humana, buscar soluções com base em um direito subjetivo, uma alternativa ao positivismo, que nada mais determina do que somente aplicar a lei escrita.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Separação dos Poderes; Direito Positivo; Direito do Trabalho.

LUSVARGHI, Paulo Marçal. **El activismo judicial en el ámbito del derecho del trabajo**. 2014. 50 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMEN

Esta monografía tiene como objeto de estudio, el activismo judicial en el ámbito del derecho del trabajo, practicado principalmente por el Tribunal Superior de Trabajo, por la publicación pacificado entendimiento de que, debido a la omisión de la injusticia o la inaplicabilidad de una ley obsoleta, sirven cómo resolver los conflictos que surgen al norte de las relaciones laborales. Por lo tanto, era necesario investigar los antecedentes históricos de la formación del ser humano desde su forma más primitiva hasta la actualidad, para explicar por qué vivimos en un Estado democrático de derecho, y saber que el gobierno anterior desencadenante modelos de democracia que hoy conocemos. Todo esto, a primera vista, parece muy lejos de lo que es el activismo judicial, pero su estudio no sería divertido si no fuera posible entender la división de los poderes de un estado, los conocimientos esenciales para la comprensión del activismo, y es necesario entender la positivismo jurídico, y la urgente necesidad de que el aplicador de su derecho a esquivar y, de una manera más humana, buscar soluciones sobre la base de un derecho subjetivo, una alternativa al positivismo, que determina nada más que aplicar la ley escrita.

Palabras clave: Activismo Judicial; Separación de Poderes; El derecho positivo; Derecho del Trabajo.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CF: Constituição Federal

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

INSS: Instituto Nacional do Seguro Social

MPT: Ministério Público do Trabalho

OIT: Organização Internacional do Trabalho

TRT: Tribunal Regional do Trabalho

TST: Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – ESTUDO SOBRE AS LEIS	12
1.1 Da Criação e da Necessidade das Leis	12
1.2 Do Papel da Lei na Democracia	14
1.3 Sobre a Composição das Leis.....	16
CAPÍTULO 2 – A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL	19
2.1 Noções Introdutórias e Explicativas	19
2.2 Das Competências	20
2.3 Do Poder Legislativo	21
2.4 Do Poder Judiciário	23
2.5 Do Poder Executivo.....	24
2.6 Do Ativismo e do Positivismo.....	25
CAPÍTULO 03 – DO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO DO TRABALHO.....	29
3.1 O Direito do Trabalho.....	29
3.2 Competência da Justiça do Trabalho	31
3.2 Do Tribunal Superior do Trabalho	33
3.3 Do Ativismo praticado pelo TST	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Este estudo proporcionará ao leitor um significado pertinente ao Ativismo Judicial, especificamente no que diz respeito ao ativismo praticado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Para tanto, foi utilizado o método dedutivo de pesquisa para atingir sua finalidade.

Outrossim, cabe ressaltar que o resultado almejado somente será possível graças a um estudo realizado sobre a competência da Justiça do Trabalho, principalmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº45/2004, que passou a definir a competência deste órgão julgador em razão da matéria, e não mais em razão das pessoas.

Sendo assim, a relação de trabalho é a palavra chave para se desvendarem os mistérios e incógnitas sobre o que é e o que não é de fato competência deste órgão, que procura analisar cada caso com um olhar humano, atento para o real interesse da sociedade e simplesmente não se prende ao texto de lei, resistindo ao que se conhece por positivismo jurídico.

Não se pode perder de vista que o Tribunal Superior do Trabalho é a instância julgadora norteadora deste estudo. Consta, nele, portanto, uma pesquisa sobre sua composição, o que certamente irá auxiliar no entendimento desta matéria tão escassa na doutrina e de mesmo modo, tão complexa, conhecida pelo nome de Ativismo Judicial.

Vale ressaltar, então, que a leitura será de fácil compreensão, pois os resultados da pesquisa devem contribuir para ampliar o conhecimento de interessados sobre tema, pelo conhecimento proporcionado por doutrinadores tão bem requisitados e conceituados.

CAPÍTULO 1 – ESTUDO SOBRE AS LEIS

1.1 Da Criação e da Necessidade das Leis

Neste capítulo, Serão estudadas a origem das leis e a evolução do ser humano desde sua forma mais primitiva até o que hoje se conhece por estado democrático de direito. Dessa forma segue a pesquisa:

Com base na obra “O Espírito das Leis” infere-se que “as Leis, no significado mais amplo, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas, e, neste sentido, todos os seres têm as suas Leis:” (MONTESQUIEU 2013, p. 21).

Neste trecho, Montesquieu, teórico do iluminismo, considera que todos os seres existem, pois possuem leis que permitem sua existência. Vale dizer, então, que as leis podem ser de caráter subjetivo, como são as do ser humano. Cada indivíduo se comporta de um determinado modo, pois criou leis subjetivas que lhe permitem ser como é. Não se trata de leis naturais, uma vez que a lei natural pressupõe o homem primitivo, ou seja, o homem antes de se organizar em sociedade.

Ainda, segundo a doutrina de Montesquieu, uma lei subjetiva tem como requisito a inteligência, pois seu criador, sem ela, não terá consciência de sua criação. Quando uma lei é criada de forma inconsciente, não há dúvidas de que sua fonte é o instinto. O instinto, por sua vez, é a engrenagem das Leis Naturais.

A respeito das Leis Naturais, deve-se ressaltar a interpretação de Thomas Hobbes sobre o direito natural. Em sua obra “O Leviatã”, ele assim dispõe:

O direito natural, que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada um possui de usar seu próprio poder, de maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida. Conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a este fim (HOBBS, 2006, p. 101).

Retornando às palavras de Montesquieu, pode-se dizer que, de um lado, as leis do mundo físico são irrevogáveis, inalteráveis e em hipótese alguma permitem desobediência, de outro, as leis do mundo inteligente não possuem as mesmas virtudes. Por mais que possuam, em sua natureza de criação, a característica de invariabilidade, são passíveis de desobediência.

Tão logo os homens se vêem em sociedade, perdem o sentimento de fraqueza, cessa a igualdade que havia entre eles e começa o estado de guerra. Cada sociedade particular vem a sentir sua própria força: o que produz um estado de guerra de nação contra nação. Os particulares, em cada sociedade, começam a sentir a sua própria força; procuram reverter em seu favor as principais vantagens dessa sociedade, o que cria um estado de guerra entre eles. Esses dois tipos de estado de guerra faz com que sejam estabelecidas as leis entre os homens (MONTESQUIEU, 2013, p. 25).

Em todos os lugares, onde os homens viviam em pequenas famílias, roubar e espoliar uns aos outros sempre foi uma ocupação legítima. E longe de ser considerada contrária à lei natural, quanto maior era a espoliação conseguida, maior era a honra adquirida. Nesse tempo os homens tinham como únicas regras as leis da honra, ou seja, evitar a crueldade. Quer dizer, deixar aos outros suas vidas e seus instrumentos de trabalho (HOBBS, 2006, p. 128).

Corroborando as idéias de Hobbes no parágrafo anterior, vale ressaltar que o diferencial do ser racional é justamente ter o conhecimento de que seu oponente não tem a menor chance de proporcionar um confronto em pé de igualdade. O mesmo conhecimento é aplicado aos seres irracionais que agem instintivamente para se proteger.

Assim como faziam as pequenas famílias, também fazem hoje as cidades e os reinos, que não são mais do que famílias maiores, para sua própria segurança, ampliando seus domínios e, sob qualquer pretexto de perigo, de medo de invasão ou assistência que pode ser prestada aos invasores, legitimamente procuram subjugar ou enfraquecer seus vizinhos, por meio da força ostensiva e de artifícios secretos, por falta de qualquer outra segurança. No futuro, isso é recordado com honra (HOBBS, 2006 p. 128).

De acordo com Hobbes, as sociedades não possuem a mesma força, a sociedade mais forte busca dominar a sociedade mais fraca, com a finalidade de eliminar a concorrência e garantir a sobrevivência de seus integrantes. Isso acontece de forma natural, principalmente quando as sociedades se organizam em um mesmo território e nesse realizam suas atividades, como a caça por exemplo.

Fica claro, então, que, embora exista a devida obediência às leis que permitem o convívio entre indivíduos e que, por conseqüência, permitem o convívio em sociedade, o ser racional ainda não evoluiu ao ponto onde se possibilita o convívio entre sociedades. Desta forma, pode-se falar que, internamente, a reunião de pessoas deu um passo importante para a evolução do ser humano, todavia seus integrantes não estavam preparados para administrar suas relações com outra.

Desse modo, “não poderia subsistir uma sociedade sem um governo. A reunião de todas as forças particulares, diz muito bem Gravina, forma o que chamamos de Estado Político” (MONTESQUIEU, 2013 p. 25).

Como a evolução caminha por etapas, não se pode esperar que o ser humano transite de seu estado instintivo para o estado racional com todas as instruções sobre como viver e conviver. Tendo ciência das limitações do homem quanto ao seu desenvolver, natural que este tenha aceitado a criação de um ente, cujo nome se conhece por governo, que tem como função organizar as relações humanas e possibilitar a existência de um convívio social.

Vale aduzir, portanto, que a formação de um estado político pressupõe a criação de um governo que administre as relações naturais da reunião de forças particulares.

Montesquieu divide as formas de governo em três. No modelo republicano, uma aristocracia detém o poder soberano, ou seja, parte do povo ou determinadas famílias concentram o poder de voto e decisão. Na monarquia o príncipe detém o poder soberano, mas este deve exercer sua soberania segundo Leis estabelecidas. No caso do modelo despótico, o governante governa com soberania ilimitada, ao contrário do monarca que tem sua soberania limitada pela Lei.

Ao conhecer esses modelos políticos de governo, é possível buscar o entendimento do que se conhece pelo nome de democracia.

1.2 Do Papel da Lei na Democracia

A lei, aplicada em uma democracia, tem a finalidade de garantir a igualdade entre seus cidadãos, no sentido de que todos tenham, ao alcance, as mesmas oportunidades e demais outros gozos que, em sentido amplo, garantem a felicidade comum.

O amor da democracia é também o amor da frugalidade. Como nela cada qual deve ter a mesma felicidade e as mesmas vantagens, cada qual deve experimentar os mesmos prazeres e formar as mesmas esperanças, algo que só se pode esperar da frugalidade geral (MONTESQUIEU, 2013, p. 60).

Nas palavras do autor, o amor à igualdade deve respeitar seus próprios limites, pois, caso acontecesse de a igualdade ser instalada de forma absoluta, o sistema democrático seria corrompido. Ou seja, não se fala em igualdade ou frugalidade sem Lei anterior que as garanta. Neste sentido, é bem ressaltar que, mesmo perante uma filosofia política tão bela quanto a que prega a felicidade de todos, os membros de uma democracia devem prestar obediência às

Leis, pois, sem isso, fica claro que o instinto animal do homem buscará a qualquer custo garantir a própria felicidade, o que resulta em uma medida de forças entre aquele que é mais forte e aquele que é mais fraco.

Montesquieu enfatiza que uma medida de força descaracteriza completamente o estado democrático de direito, podendo até transgredir modelos políticos, como o republicano, monarca e até mesmo despótico. Todavia, em respeito ao princípio da eventualidade, não se pode descartar a possibilidade de existir um estado anarquista, recheado com pessoas rebeladas com qualquer forma de modelo governamental e que regrediriam ao ponto que Hobbes define como o homem lobo do homem.

O mesmo autor complementa que “o amor da igualdade e da frugalidade é extremamente estimulado pelas próprias igualdade e frugalidade, quando se vive numa sociedade em que as Leis estabeleceram uma e outra” (MONTESQUIEU, 2013, p. 61).

Portanto, nada mais correto do que dizer que a felicidade de outrem reflete na nossa, uma vez que pessoas infelizes são aquelas que foram infectadas pelo mal que corrompe uma democracia. Não se trata de algo burocrático, mas sim do próprio homem que com toda sua capacidade, busca os extremos da moeda. De um lado da face, tem-se a igualdade absoluta, do outro, tem-se o que se pode chamar de desigualdade absoluta.

Corrompe-se o princípio da democracia, não só quando se perde o espírito de igualdade, mas também quando se assume o espírito de igualdade extrema a cada qual quer ser igual aos que escolheu para comandá-lo. O povo, então, não podendo suportar o próprio poder que delega, quer tudo fazer por si mesmo, deliberar em lugar do senado, executar em lugar dos magistrados e destituir todos os juízes (MONTESQUIEU, 2013, p. 127).

Antes de se buscar a compreensão dos aspectos que corrompem o princípio da democracia, se faz-se necessário buscar o entendimento do que é uma democracia, ainda que não seja uma tarefa fácil.

Para chegar à compreensão do que seja democracia, seria irracional descartar as tão popularmente conhecidas palavras de Abraham Lincoln, segundo as quais definem que democracia não é somente um governo do povo, mas também para o povo. É com base nessas palavras que, a princípio, o prof. Dr. Ednilson Donizete Machado apresenta o conceito de democracia: “Ao se indagar, então, o que seria democracia, em um primeiro momento é possível assentar que é o governo da maioria, ou, se preferir, do povo pelo povo” (MACHADO, 2011, p. 12).

Sendo assim, nota-se que a democracia implica um governo composto por pessoas e que para pessoas governam.

É preciso, pois, que se regulem com esse fim os dotes das mulheres, as doações, as sucessões, os testamentos; enfim, todas as maneiras de contratar. Pois, se fosse permitido dar os bens a quem se quisesse e como quisesse cada vontade particular perturbaria a disposição da Lei fundamental (MONTESQUIEU, 2013, p. 63).

Para que a igualdade seja atingida, é preciso que se aplique o princípio da frugalidade, doutrinado por Montesquieu. Significa aludir que a manutenção da igualdade depende da erradicação do desperdício e controle do excesso. Em outras palavras, as pessoas devem, a princípio, comportar-se de forma consciente, adquirindo para si aquilo que lhe for útil e consumir o que lhe for necessário, fórmula direcionada à garantia de sobrevivência, sendo o viver excluído desta tese. A nosso ver o viver não precisa ser necessariamente esbanjador, mas que seja o suficiente para que a felicidade comum seja alcançada.

1.3 Sobre a Composição das Leis

Vale dissertar que uma lei passa a gerar seus efeitos a partir do momento em que é efetivada. Esses efeitos podem ser benéficos para toda a coletividade, sem distinção de quem será favorecido, ou pode causar efeitos desejáveis especificamente a um público alvo.

Em vista disso, não se pode perder de vista que a legislação não somente traz benefícios, como também pode trazer consigo malefícios para determinadas pessoas. O exemplo prático desta afirmação se da com a relação de trabalho, em que de um lado, temos aquele que presta um serviço com sua força de trabalho e, de outro, aquele que utiliza essa mão de obra para atingir finalidades mercantis.

Nesse caso, quando se elabora uma lei com a finalidade de proporcionar melhores condições de trabalho ao empregado, conseqüentemente é o empregador que arca com o ônus de suportar a mudança. Caso nenhuma das partes mencionadas aceitarem sofrer qualquer tipo de dissabor em prol da outra, eis a razão pela qual o legislador deve sempre prestar obediência ao princípio da razoabilidade ao elaborar uma lei.

Nesse sentido, Montesquieu (2013, p. 591) aduz que “O espírito de moderação deve ser o do legislador; o bem político, como o bem moral, sempre se acha entre dois limites”; e

continua, “o estilo das Leis deve ser simples; a expressão direta sempre é mais entendida do que a expressão elaborada” (2013, p. 601).

Com base nessas palavras, o que se compreende é que a lei deve ser simples, pois é para o povo que ela é direcionada. O povo é quem detém o poder em uma democracia e não seus eleitos. Do contrário, estaríamos falando de qualquer outro modelo governamental e não do modelo democrático.

Sendo assim, a lei deve ser elaborada de forma que sua compreensão seja possível, bem como todos aqueles que tenham um mínimo de discernimento possam interpretá-la sem encontrar maiores dificuldades. Nas palavras de Montesquieu (2013, p. 601), “é essencial que as palavras das leis despertem em todos os homens as mesmas ideias”.

Assim, conforme referido autor, não basta a lei ser facilmente interpretada, quem for interpretá-la deve concluir o mesmo que demais pessoas abstraem. Deste modo o legislador deve atentar-se para que sua lei não seja ambígua e que para não desperte em seus interpretadores entendimentos diferentes. Nestes termos segue mais um trecho extraído da mesma obra: “As leis não devem ser sutis; são feitas para pessoas de entendimento mediano; não são uma arte de lógica, mas a razão simples de um pai de família” (MONTESQUIEU, 2013, p. 603).

Uma lei não nasce sem um motivo, e o motivo que desencadeia a necessidade de legislar não pode ser fútil, tem que ter embasamento lógico e ser útil.

Quando se tenta dar a razão de uma lei, é preciso que tal razão seja digna dela. Uma lei romana decide que o cego não pode advogar, porque não vê os ornamentos da magistratura. Devem ter dado de propósito uma razão tão má, quando se apresentavam tantas outras boas (MONTESQUIEU, 2013, p. 603).

“Como as leis inúteis enfraquecem as leis necessárias, as que se podem eludir enfraquecem a legislação. A lei deve ter o seu efeito, e não se deve permitir que seja derogada por uma convenção particular” (MONTESQUIEU, 2013, p. 604).

As leis devem ter certa candura. Feitas para punir a maldade dos homens, devem estas mesmas ter a máxima inocência. Podemos ver na lei dos visigodos esta exigência ridícula pela qual se obrigavam os judeus a comer todas as coisas que se preparam com porco, contanto que não comessem o próprio porco. Era uma grande crueldade: eram submetidos a uma lei contrária à deles; não deixavam que conservassem de sua senão o que podia ser servil de sinal para reconhecê-los (MONTESQUIEU, 2013, p. 605).

Pois bem, o que se extrai da lição de Montesquieu é que, a partir do momento em que o ser humano tem consciência do quanto importante é um estado que se preocupe com o bem estar de seus governados, este buscará o bem estar comum, exigindo leis razoáveis e necessárias à manutenção do convívio social.

É com base neste pensamento que as seguintes palavras concluem o propósito deste tópico:

O brilhantismo da teoria de Montesquieu (1879) reside no princípio que estruturou um sistema de divisão de poderes entre os papéis da sociedade da época. Enfatiza que o poder político não deveria se assentar em mãos de uma única classe social. Em momento algum Montesquieu (1979) se atribui a criação dessas concepções. Pelo contrário, refere-se à existência de distribuição de poder na Inglaterra (onde, em sua opinião, melhor se expressava a liberdade política) e na Roma antiga (MACHADO, 2011 p. 85).

Por fim, com fulcro nos argumentos até aqui expostos, passa-se a discutir o tópico seguinte, qual seja o “Ativismo Judicial”.

CAPÍTULO 2 – A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Noções Introdutórias e Explicativas

Faz-se fundamental analisar o tema sob o prisma da teoria da repartição dos poderes cuja sistemática é desencadeada por Montesquieu, em sua obra, “O Espírito das Leis”, durante a Revolução Francesa, no século XVIII, estudada no capítulo anterior.

Mas não somente Montesquieu, Pedro Lenza, também discorre que as primeiras bases teóricas para a tripartição de poderes foram lançadas na antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra “Política”, em que o pensador vislumbrava três formas distintas exercidas pelo poder soberano, classificadas da seguinte forma:

Função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais no caso concreto (LENZA, 2011, p. 433).

Desta forma, com o que foi analisado no primeiro capítulo, pode-se afirmar que repartição dos poderes tem como norte a concretização de um estado democrático de direito, em que a organização político-social é administrada por três poderes distintos e autônomos.

Entretanto, apesar de gozarem de autonomia, esses poderes são dotados de isonomia, ou seja, não há hierarquia entre eles, assim, por exercerem suas competências de forma igualitária, um não pode interferir nos limites do outro, sob pena de afronta ao estado democrático de direito.

Buscou-se, com este modelo de organização estatal, o bem comum de todos, conhecido como o *welfare state*, cuja tradução significa, “estado de bem estar social”.

Vale ressaltar, nas palavras de Ramos (2010, p. 112), em sua obra “Ativismo Judicial”, o seguinte disposto: “Portanto, o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado para a consecução de seus fins, [...]”.

As funções de que trata este autor referem-se a atingir o bem comum de todos de forma que seja possível atender às necessidades mais importantes de cada indivíduo, efetuando a manutenção do estado democrático de direito.

Ademais, conforme Ramos (2010, p. 115-119), é possível abstrair que as atividades estatais articulam-se entre si, o que resulta na interferência indevida de um poder na esfera de outro poder, embora, excepcionalmente, esta interferência não resulte em prejuízo ao princípio da separação dos poderes, como é o caso do Ativismo Judicial, cuja aplicação beneficia o sistema de repartição de poderes, tapando as lacunas deixadas pela omissão do poder Legislativo em cumprir com suas prerrogativas.

Denota-se, então, que o Ativismo Judicial ultrapassa as linhas demarcatórias da função jurisdicional, interferindo, principalmente, na esfera de competência do poder Legislativo, caracterizando uma função atípica do poder Judiciário, visto que não cabe ao Judiciário criar normas, mas sim executá-las, sendo reservado ao poder Legislativo a criação delas.

Não obstante, salienta-se que, devido à evolução ocorrida no âmbito da Hermenêutica Jurídica, pode-se afirmar que cada aplicador do direito possui sua forma de interpretar uma norma e aplicá-la a um caso concreto. Nessa mesma esteira, corre o entendimento de Silva Ramos, que ressalta o seguinte:

As decisões judiciais, portanto, são, como já foi visto, 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. Entretanto, não se pode negar que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico aos aplicadores oficiais do direito é significativamente menor do que aquela reservada ao poder Legislativo ou ao órgão que com ele compartilhe a função legislativa (RAMOS, 2010 p. 119).

Deste modo, ainda que o poder judiciário goze de liberdade criativa para fundamentar suas decisões, não se pode perder de vista que esta atribuição reside com maior reconhecimento na moradia do poder legislativo.

Pois bem, concluída esta etapa, continua-se a pesquisa com o intuito de analisar cada repartição do poder e suas funções.

2.2 Das Competências

A competência atribuída a cada função do Estado divide-se em legislativa, executiva e judicial, senão veja-se:

[...]

A competência exclusiva é atribuída a um só órgão, é capacidade jurídica de exercer unicamente certas atribuições em determinado campo. Já a competência concorrente é atribuída, a título igual, a vários órgãos, ou seja, a capacidade jurídica de exercer determinadas atribuições, com outras entidades, em certa atividade. A competência quadro ou complementar é atribuída, quanto à definição, a um órgão e, quanto à execução, a outro (MACHADO, 2011, p. 97).

Todavia, no exercício de suas atribuições, cada função não está limitada ou estanke à sua competência exclusiva, exercendo, por vezes, as funções de outro Poder, qual seja, a competência concorrente. É que, como exemplo, à função judiciária compete, além da jurisdição, a administração de seu pessoal e seu orçamento. À função executiva compete, além da função governamental e administrativa, a função de julgar administrativamente. À função legislativa compete, além de sua função específica, a administrativa de seu pessoal e a orçamentária, além da função de julgar, em determinados casos (MACHADO, 2011, p. 98).

Complementando os trechos anteriormente citados, Machado, ainda, conclui: “não é permitido a qualquer função usurpar a competência da outra. Portanto, a competência exclusiva não poderá ser delegada ou usurpada, sob pena de ferir a independência e a harmonia previstas no artigo 2º da Constituição” (MACHADO, 2011, p. 99).

Diante destas considerações, cumpre ressaltar que o ato de um órgão usurpar a competência de outro, caracteriza uma afronta direta à repartição de poderes, bem como ao Estado democrático de direito.

2.3 Do Poder Legislativo

Para melhor compreensão deste tema de pesquisa, entende-se ser necessário um estudo sobre qual a competência do poder legislativo, cuja omissão abre portas para a atuação do Ativismo judicial. Para isso, é mister analisar, ainda que de forma pouco aprofundada, este ramo do poder estatal. Sendo assim, vale transcrever as palavras do ilustríssimo Professor Machado (2011, p. 91), que assim dispõe:

Modernamente o poder legislativo em regra é o que aparece em primeiro lugar na estrutura da divisão de funções da maioria das constituições, não como poder que exerce a supremacia sobre os demais, mas por ser o poder cuja função é de fazer, de emendar, de alterar e de revogar leis, que vinculam a todos. Este é o motivo pelo qual se atribui à sua função a ação primária do poder soberano do Estado. A estrutura de execução de suas funções é exercida por meio de órgãos, que podem ser o congresso ou o parlamento, dependendo do regime de governo que cada Estado adota (bicameral ou unicameral).

Dessa forma, continua o referido autor: “Na constituição de 1988 encontramos, no artigo 44: O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mantendo assim o sistema bicameral” (MACHADO, 2011, p. 91).

Como será citado em seguida, o sistema bicameral no continente americano é utilizado com maior frequência por aqueles países de origem latina, enquanto o sistema unicameral é utilizado pelos países de origem anglo-saxônica, que é o caso da Inglaterra e de suas antigas colônias, como os Estados Unidos, por exemplo.

Nesse diapasão, segue o entendimento transcrito:

Nos dias atuais, a forma como se exerce o poder executivo em suas relações com a legislatura deu origem a duas espécies básicas de regime: o governo parlamentar e o governo presidencial. Esta última espécie de regime popularizou-se na América Latina, inclusive no Brasil (MACHADO, 2011, p. 92).

Necessário frisar que no nosso ordenamento jurídico, o poder legislativo é exercido por um mecanismo denominado como sistema bicameral, onde a aprovação de Leis ou Emendas constitucionais, por exemplo, são votadas em dois momentos, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Diferente do sistema americano, onde as medidas são votadas em um único momento. Assim, diz-se que no Brasil vigora o bicameralismo federativo, no âmbito federal. Ou seja, o Poder Legislativo no Brasil, em âmbito federal, é bicameral, isto é, composto por duas casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, a primeira composta por representantes do povo e a segunda representando os Estados Membros e o Distrito Federal, adjetivando, assim, o nosso bicameralismo, que é do tipo federativo, como visto (LENZA, 2011, p. 439).

Ratificando as palavras de Lenza (2011), segue-se transcrição dos seguintes artigos da Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988):

Art. 45 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

Art. 46 - O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

Obviamente, referidos artigos diferenciam as classes de Deputados e Senadores, sendo que enquanto os deputados representam o povo, os Senadores representam os estados, respectivamente.

Levando em consideração o sistema bicameral e que o congresso nacional é composto pela câmara dos Deputados e Senado Federal, vale ressaltar o seguinte disposto: “O

art. 48 e seus incisos tratam das atribuições conferidas ao Congresso Nacional. Tais matérias dependerão de sanção presidencial para se aperfeiçoarem” (LENZA 2011, p. 445).

Nas palavras de Lenza (2011, p. 445), “convém lembrar que a EC n. 32, de 11.09.2001, com sua nova redação, conferiu novas determinações aos incisos X e XI do referido art. 48”, todavia esse não é o objeto desta pesquisa, que diz respeito ao Ativismo Judicial.

Como se depreende, as atribuições conferidas ao Congresso Nacional estão contidas no artigo 48 da CF/88. Da mesma forma sabe-se que Poder Legislativo da República Federativa do Brasil é regido pelo sistema bicameral, ou seja, dois momentos de exercício legislativo, sendo a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Resta saber quais são as competências privativas destes órgãos. As matérias de competência privativa dos Deputados Federais estão previstas no art. 51 da CF /88 e não dependerão de sanção presidencial, nos termos do artigo 48, *caput*. Tais atribuições, como veremos ao tratar das espécies normativas, são materializadas por meio de resoluções, devendo o candidato ler o art. 51 e incisos com atenção (LENZA, 2011, p. 447).

As matérias de competência privativa do Senado Federal estão previstas no art. 52 da CF/88 e não de Sanção presidencial, conforme estatui o art. 48, *caput*, para a sua maturação. Tais atribuições, como veremos ao tratar das espécies normativas, são materializadas através de resoluções, recomendando-se a leitura do art. 52 para as provas (LENZA, 2011, p. 448).

Com o conceito, ainda que superficial, das prerrogativas do Congresso Nacional e das atribuições privativas de suas casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), prosseguir-se-á o estudo sobre a competência de cada função do estado.

2.4 Do Poder Judiciário

De acordo com a doutrina de Hobbes, não se pode perder de vista que o poder judiciário do estado tem a função de dirimir conflitos entre as partes. Na hipótese de inexistência do poder judiciário, o homem resolveria seus conflitos de uma forma primitiva, embasando-se em sua força, agindo como um verdadeiro animal.

Assim, “a função judiciária concorre para a harmonia e para o equilíbrio da sociedade. Seu objetivo é traduzir a realidade efetiva do Direito, aplicando a justiça nas relações humanas, além de ser a guardiã dos direitos previstos constitucionalmente” (MACHADO, 2011, p. 94).

Como já pudemos observar, o Poder Judiciário tem por função típica a jurisdicional, inerente à sua natureza. Exerce, ainda, funções atípicas, de natureza executivo-administrativa (organização de suas secretarias – art. 96, I, ‘b’; a concessão de licença e férias a seus membros, juízes e servidores imediatamente vinculados – art. 96, I, ‘f’), bem como funções atípicas de natureza legislativa (elaboração do regimento interno – art. 96, I, ‘a’) (LENZA, 2011, p. 629).

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 do ato normativo federal (art. 102, I, a). É, portanto, a função que decidirá, em primeira e última instância, sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou de ato normativo federal (MACHADO, 2011, p. 103).

Cabe à função jurisdicional o dever de julgar os conflitos mediante provocação das partes legítimas.

Assim, a função judiciária é o guardião supremo da vontade do povo, ao passo que lhe compete a guarda da Constituição, das liberdades e dos direitos, e, em especial, dos direitos fundamentais a serem observados, inclusive pelo próprio Estado, uma vez que seu limite é a Constituição (MACHADO, 2011, p. 103).

Pode-se conceituar a jurisdição como sendo

[...] uma das fontes do estado, mediante a qual se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a perfeição do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizado no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada) (LENZA, 2011, p. 629).

Como se pôde ver, o judiciário tem a função de buscar a harmonia e o equilíbrio da sociedade, impedindo que os indivíduos resolvam seus conflitos com base na força e ignorância, regredindo ao ponto em que Hobbes classifica como o “homem lobo do homem”.

2.5 Do Poder Executivo

No poder executivo, popularmente conhecido como aquele exercido pelos chefes de governo (prefeito, governador e Presidente), ainda que tecnicamente esses não ocupem uma

função superiormente hierárquica às demais funções do estado (Legislativo e Judiciário), eles são vistos, aos olhos do povo, como hierarquicamente mais importantes que os demais.

A função executiva, em nosso regime de governo, por intermédio do Presidente da República, exerce a chefia do Estado e a chefia de Governo. Esta última inclui o comando e a fiscalização da Administração Pública e a elaboração de políticas que serão por ela executadas (MACHADO, 2011, p. 101).

O sistema de governo adotado pela CF/88, mantido pelo plebiscito previsto no art. 2º do ADCT, é o presidencialista, influenciado, historicamente, pela experiência norte-americana. Trata-se, inclusive, de tradição do direito constitucional pátrio, vivenciado durante toda a república, com exceção do período de 1961 a 1963. Como se recorda, a Emenda Constitucional n.4, de 02/09/1961, à Constituição de 1946, instituiu o parlamentarismo, sendo revogada pela emenda n.6, de 23/01/1963, restauradora do regime presidencialista, tendo em vista o resultado do referendo realizado em 6 de janeiro de 1963, que decidiu pelo retorno ao presidencialismo (LENZA, 2011, p. 589).

Corroborando o exposto por Lenza, Machado (2011, p. 102) aduz que “dessa forma, a função executiva tem como competência constitucional a chefia do Estado e de Governo. Desempenha, na prática, a exteriorização do poder estatal, externa e internamente”.

Como se pode notar, o poder executivo exerce a função de chefia de estado, de manifestar o poder estatal. Enfim, após o estudo realizado sobre o três poderes, segue o estudo a respeito do Ativismo Judicial e do positivismo Jurídico.

2.6 Do Ativismo e do Positivismo

A esta altura, deve-se ter o conhecimento de que o positivismo é uma das fontes do direito e que, por sua natureza, não possibilita a aplicação do Ativismo Judicial, visto que o positivismo segue à risca as determinações legais, ao passo que o Ativismo Judicial se apresenta diante de uma lacuna ou omissão legal, tendo como principal combustível o direito subjetivo, que por sua vez, não segue à risca a literalidade da Lei.

A constatação feita no parágrafo anterior somente foi possível devido à seguinte citação:

No tocante às fontes do direito, o positivismo estrito afirma a predominância da legislação sobre as demais fontes, como o costume e a jurisprudência [...] a tônica dessa característica do positivismo está na preponderância do direito

estatal (direito posto pelo estado, direito positivo) em relação ao direito não estatal, como o originário do costume (RAMOS, 2010, p. 38-39).

Ainda, nas palavras de Ramos, pode-se notar que o direito positivo pressupõe hierarquia quanto aos demais ramos do direito, sendo o próprio direito positivo o mais importante de todos.

Como o direito positivo não permite interpretações subjetivas, que analisam caso a caso com o olhar humano, ele determina que o aplicador do direito se baseie na literalidade da lei ao decidir um conflito. Decorrem daí três perguntas relativas a esse conhecimento:

No caso de omissão legal, qual o remédio judicial cabível?

Caso a literalidade da Lei esteja desatualizada com o atual contexto social, qual a melhor forma de se aplicar o direito ao caso concreto?

Caso a lei vigente venha acarretar decisões injustas, qual a saída do operador do direito?

Segue, então, a resposta extraída da Revista do Advogado, da qual segue trecho citado, da autora Maria Cecília Máximo Teodoro (2013, p. 150-151):

Por ativismo entende-se a atuação de um juiz que incorpora as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes desenvolvidas, a própria evolução do Poder Judiciário e tem por fim a realização de direitos fundamentais [...] Pelo ativismo judicial o magistrado se mostra um protagonista judicial se sua decisão criar a norma adequada para o caso concreto. Ressalta-se somente um juiz com formação ética humanista e que busca a justiça desenvolverá o ativismo para efetivar direitos trabalhistas, podendo ser que para isso tenha que até mesmo negar a lei, caso esta venha a acarretar decisões injustas.

Ainda, aproveitando a leitura da mesma revista, importante citar o seguinte entendimento:

Alessandro Santos de Miranda, concedendo ao juiz a mesma dimensão extraordinária de poderes, diz que ele deve guardar e proteger os direitos fundamentais mediante uma postura de interpretação intervencionista e transformadora das relações sociais, sem grande apego ao Direito Positivo; afirma que o ativismo judicial responsável para a afirmação dos direitos sociais está legitimado na própria essencialidade desses direitos, devendo rechaçar quaisquer omissões intoleráveis ou abusivos do governo ou do legislativo, bem como os comportamentos desviados de suas finalidades constitucionais...

E arremata a autora:

[...] a função específica do Poder Judiciário, cujo poder estatal lhe é conferido, é a de assegurar exigibilidade dos direitos em clima de interdependência dos poderes. Somente quando o sistema de freios e contrapesos funciona adequadamente é que se pode fazer menção à separação de poderes (MIRANDA, 2013, p. 159-161).

Em acordo aos conceitos ora relacionados, necessário citar a seguinte doutrina, a qual reitera a necessidade da aplicação do direito alternativo, do humanismo na esfera do trabalho, bem como da flexibilização do Direito do Trabalho.

Que é flexibilização do direito do trabalho? É, portanto, o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante das situações que a exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir as condições de trabalho. Mas a flexibilização desordenada do direito do trabalho faria dele mero apêndice da Economia e acabaria por transformar por completo a sua fisionomia originária, uma vez que deixaria de ser uma defesa do trabalhador contra a sua absorção pelo processo econômico, para ser preponderantemente um conjunto de normas destinadas à realização do progresso econômico, atritando-se com a sua finalidade, que é a proteção do trabalhador diante de sua inferioridade econômica no contrato de trabalho (NASCIMENTO, 2011, p. 70).

Quanto ao direito alternativo, Nascimento (2011, p. 71) afirma que:

Uma concepção revolucionária é a proposta pela corrente denominada direito alternativo, visão progressista segundo a qual a aplicação dos direito do trabalho deve tender para a proteção dos oprimidos, até mesmo, para alguns, pela interpretação *contra legem*, como forma de defesa dos hipossuficientes, em função da realização da justiça social.

Já, quanto ao humanismo aplicado no âmbito do Direito do Trabalho, o referido autor menciona que:

O direito do trabalho é expressão de humanismo jurídico e arma de renovação social pela sua total identificação com as necessidades e aspirações concretas do grupo social diante dos problemas decorrentes da questão social [...] Desse modo, o direito do trabalho cumpre uma função tutelar e coordenadora das relações individuais e coletivas de trabalho.

Por fim, embora se saiba que seja difícil encontrar um conceito de Ativismo Judicial comum, o seguinte conceito foi formulado, a nosso ver, de forma impecável, por Ramos (2010, p. 129):

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 interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

É possível concluir, então, que, para existir ativismo, é necessária a existência da repartição dos poderes e, a não como não aceitação, a priori, do positivismo jurídico. Do contrário, o Ativismo Judicial não seria possível.

CAPÍTULO 03 – DO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO DO TRABALHO

3.1 O Direito do Trabalho

No capítulo anterior, foi estudada a distinção entre direito positivista e o direito subjetivo, para uma melhor compreensão do Ativismo Judicial. Entretanto, no capítulo presente, será estudado o Ativismo Judicial aplicado no direito do trabalho.

Para compreender essa matéria, algumas matérias correlatas são indispensáveis à manutenção deste estudo, tais como os conceitos que a doutrina oferece sobre o que é o Direito do Trabalho.

Dessa forma, segue o estudo com as seguintes citações:

No aspecto pertinente ao mundo do trabalho, o que se tem dito é que o Direito do Trabalho tradicional não se encontra adaptado ao novo modelo de produção. O Direito do Trabalho, como se diz, foi pensado e concebido para dar respostas jurídicas ao fordismo, que se baseava na “standartização” das relações de trabalho, favorecida pela adoção do sistema de “linhas de produção”, na qual cada trabalhador era especializado na fabricação de uma parte muito precisa do produto final, proporcionando uma delimitação muito estreita do conflito capital-trabalho, a tal ponto de ter surgido a noção de “massa trabalhadora”, embrião da classe operária (MAIOR, 2011, p. 21).

Diz-se, com freqüência, que o Direito do Trabalho surgiu quando o Estado, diante das péssimas condições impostas aos trabalhadores (longas jornadas de trabalho, baixos salários, exploração do trabalho infantil, exploração do trabalho da mulher, número elevado de acidentes do trabalho etc.) no período de formação da denominada Revolução Industrial e em razão das crescentes reivindicações dos trabalhadores, que se encontravam, na época, necessitados e desorganizados (MAIOR, 2011, p. 26).

De outra forma, Delgado (2010, p. 47) tem o seguinte entendimento sobre o que é o direito do trabalho contemporâneo: “O direito do trabalho é ramo jurídico especializado, que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea”.

Delgado utiliza a palavra “especializado” para definir o Direito do Trabalho, pois, como será estudado posteriormente, o direito do trabalho tem como atividade específica dirimir conflitos decorrentes das relações de trabalho. Não compete a esta justiça, tratar de assuntos criminais, civis ou tributários, por exemplo, mas somente assuntos que estejam correlacionados às relações de trabalho.

Outro conceito de direito do trabalho pode ser compreendido da seguinte forma:

Direito do trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas (MARTINS, 2013, p. 18).

O conceito formulado por Martins pontua princípios, regras e instituições, que têm a finalidade de assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, desta forma, se torna indispensável conhecer alguns desses princípios, os quais seguem:

O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume a essência do Direito do trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente (DINIZ, 2007, p. 177).

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas tem por finalidade fortalecer as conquistas conferidas pelo ordenamento jurídico diante da fragilidade do trabalhador, que poderia abrir mãos destas, realçando a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, sem, contudo, recusar a possibilidade de transações (NASCIMENTO, 2011, p. 127).

O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica (DINIZ, 2007, p. 182).

Quanto ao princípio da continuidade da relação de emprego, segue o entendimento de Martins (2013, p. 74):

Presume-se que o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado, ou seja, haverá a continuidade da relação de emprego. A exceção à regra são os contratos por prazo determinado, inclusive o contrato de trabalho temporário. A idéia geral é a de que se deve preservar o contrato de trabalho do trabalhador com a empresa, proibindo-se, por exemplo, uma sucessão de contratos de trabalho por prazo determinado.

Segundo Delgado (2010, p. 187; 196), no tocante a princípio, seguem o da Condição mais Benéfica e do *in dubio pro operário*, respectivamente:

E) Princípio da Condição mais Benéfica – Este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88). Ademais, para o princípio, no contraposto entre dispositivos contratuais concorrentes, há de prevalecer aquele mais favorável ao empregado (DELGADO, 2010, p. 187).

A) Princípio *in dubio pro operário* – Uma das mais antigas referências doutrinárias a princípios justralhistas está na diretriz *in dubio pro misero*. Trata-se de transposição adaptada ao ramo justralhista do princípio jurídico penal *in dubio pro reo* (e réu na relação processual trabalhista), adaptou-se o princípio à diretriz *in dubio pro misero* (ou pro operário). (DELGADO, 2010, p. 196).

Após conhecer tais princípios, surge à baila a necessidade de se conceituar o que é um princípio. Segue, portanto, o conceito de Martins (2013, p. 64):

Princípio vem do latim *principium, princippi*, com o significado de origem, começo, base. Num contexto vulgar, quer dizer o começo da vida ou o primeiro instante. Na linguagem leiga, é o começo, o ponto de partida, a origem, a base. São normas elementares, requisitos primordiais, proposições básicas.

Uma vez que o direito do Trabalho é um ramo jurídico especializado, que atua no sentido de dirimir conflitos decorrentes da relação de trabalho, bem como tem como norte proporcionar assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador passa-se, neste momento a estudar a competência deste órgão julgador.

3.2 Competência da Justiça do Trabalho

Para se conhecer a atuação do Tribunal Superior do Trabalho, nada mais indicado do que conhecer a Justiça do Trabalho e suas competências, que estão classificadas no art. 114 da Constituição Federal de 1988, quais sejam:

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Alterado pela EC-000.045-2004)

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

obs.dji.grau.5: Competência - Processo e Julgamento - Ação Possessória - Exercício do Direito de Greve - Trabalhadores da Iniciativa Privada - Súmula Vinculante nº 23 – STF;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o";

obs.dji.grau.1: Art. 102, I, "o", Supremo Tribunal Federal - CF

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

obs.dji.grau.5: Competência - Processo e Julgamento - Ação Indenizatória Proposta por Viúva e Filhos de Empregado Falecido em Acidente de Trabalho - Súmula nº 366 - STJ

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, "a", e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; obs.dji.grau.1: Art. 195, I, "a", e II, Disposições Gerais - Seguridade Social - CF

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

A redação original do art. 114 da Constituição Federal, tratava da competência da justiça do trabalho em razão das pessoas. Agora, nos incisos I e seguintes do art. 114 da Lei Maior, há um arrolamento de matérias: relação de trabalho, exercício de direito de greve, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, execução de contribuição previdenciária etc. A relação de trabalho era um critério secundário, dependendo da previsão da lei para estabelecer a competência da Justiça do Trabalho. Agora, com a Emenda Constitucional nº 45, passou a ser o critério principal (MARTINS, 2008, p, 91).

Ademais, ante os ensinamentos do autor, “a competência em razão da matéria (*ex ratione materiae*) vai dizer respeito aos tipos de questões que podem ser suscitadas na Justiça Laboral, envolvendo a apreciação de determinada matéria trabalhista” (MARTINS, 2008, p. 103).

Mister ressaltar, para melhor esclarecimento, o que é uma relação de trabalho e o que é uma relação de emprego. Desta forma, segue a doutrina:

Trabalho é esforço decorrente da atividade humana visando à produção de uma utilidade. É um fator da produção. É o fim da atividade econômica, tendo por objetivo gerar riquezas. Relação de trabalho é gênero que envolve a relação de emprego como espécie. Tem sentido mais amplo. Compreende o trabalho humano (MARTINS, 2008, p. 103).

O autor afirma, ainda, que “a Justiça do Trabalho é competente para analisar relação de trabalho e não qualquer relação jurídica” (MARTINS 2008, p. 103), concluindo que o elemento essencial para a caracterização da relação de trabalho na Justiça do Trabalho é o trabalho do prestador de serviços ser feito por pessoa física e não por pessoa jurídica. Os demais elementos são relativos e deverão ser examinados em cada caso concreto (MARTINS, 2008).

Portanto, após a promulgação da Emenda Constitucional nº45/2004, a competência da Justiça do trabalho passou a adotar o critério da matéria a ser discutida, aposentando a redação original do artigo 114 da CF que tratava da

competência da justiça do trabalho em razão das pessoas (MARTINS, 2008, p. 108).

Não obstante, insta salientar sobre o que não compete à Justiça do Trabalho, e, neste diapasão, segue a doutrina a respeito da matéria:

É incompetente para apreciar: a) questões de acidentes de trabalho e moléstias profissionais, que são apreciadas na via administrativa pelo Instituto Nacional do Seguro Social e, na esfera judicial, pela Justiça Comum; b) lides de natureza previdenciária, que são solucionadas na via administrativa pelo Instituto Nacional do Seguro Social e na instância Jurisdicional pela Justiça Federal (CF, art. 109, I); porém, julgar-se-ão na Justiça Estadual, no foro de domicílio do segurado ou beneficiário, as causas contra o INSS e cujo objeto for benéfico de natureza pecuniária, sempre que a comarca não seja sede de Vara da Justiça Federal, cabendo recurso para o Tribunal Regional Federal (CF, art. 109, parágrafo 3º). Tem competência, no entanto, para executar contribuições previdenciárias oriundas das sentenças e conciliações (salários são base de incidência de contribuições previdenciárias).

Quanto à Jurisdição da Justiça do Trabalho, cumpre ressaltar o seguinte entendimento:

A Jurisdição da Justiça do Trabalho é exercida sobre todo o território nacional, pois a Justiça do Trabalho é órgão do Poder Judiciário Federal. Assim, os Estados-Membros não podem decidir judicialmente as questões trabalhistas.

[...]

A jurisdição trabalhista é contenciosa, quando lula processos nos quais há contraditório entre as partes, e voluntária, quando os órgãos trabalhistas agem na administração pública de interesses privados e sem o contraditório. A característica da Jurisdição voluntária é, portanto, a ausência de litúgio e de coisa julgada (NASCIMENTO, 2011, p. 522).

Com o devido conhecimento sobre a competência da Justiça do Trabalho, passa-se a conhecer o Tribunal Superior do Trabalho, órgão de reconhecimento incontestável, quando lhe é atribuído o título de um dos maiores ativistas do país se não o maior.

3.2 Do Tribunal Superior do Trabalho

Antes de se analisar o Ativismo Judicial praticado pelo TST, é necessário, em primeiro lugar, conhecer este tribunal, sendo assim, segue a pesquisa quanto a sua composição:

Necessário conhecer, portanto, quais são os órgãos da Justiça do Trabalho, definidos no artigo 111 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Art. 111 - São órgãos da Justiça do Trabalho:

I - o Tribunal Superior do Trabalho;

obs.dji.grau.4: Tribunal Superior do Trabalho

II - os Tribunais Regionais do Trabalho;

obs.dji.grau.4: Tribunais Regionais do Trabalho

III - Juízes do Trabalho (Alterado pela EC-000.024-1999).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o art. 111-A à Constituição, estabelecendo que o TST é composto de 27 membros, restaurando o número anterior após a saída dos classistas (MARTINS, 2008, p. 86).

Assim, reza o mencionado dispositivo:

Art. 111-A - O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (Acrescentado pela EC-000.045-2004)

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

obs.dji.grau.1: Art. 94, Poder Judiciário - CF

II - os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

§ 1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 2º Funcionará junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira;

II - o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante (BRASIL, 1988).

São ministros escolhidos entre brasileiros com mais de 35 anos e menos de 65 anos, nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, onde são sabatinados. Não há Necessidade de que os ministros sejam brasileiros natos, podendo ser naturalizados, podendo ser naturalizados. [...] Em relação aos ministros do TST, a Lei Magna não faz menção de que tenham de ter reputação ilibada e notório saber jurídico, mas pode-se entender que tal orientação está implícita no parágrafo 1º do art. 111 da Lei Suprema, como ocorre com os ministros do STJ E STF (MARTINS, 2008, p. 86).

Nas palavras de Martins (2008, p. 86), dos 27 membros, a escolha dos 21 ministros de carreira do TST será entre juízes do trabalho de carreira e não entre os provenientes do quinto constitucional que compõe os tribunais regionais do trabalho. Os demais ministros serão escolhidos de acordo com o quinto constitucional.

No que diz respeito ao quinto constitucional, na sistemática anterior quem os nomeava era apenas o Presidente da República, sem que houvesse indicação por lista. No sistema atual a OAB federal indica lista sêxtupla, o TST faz lista tríplice e encaminha a escolha de um pelo Presidente da República. O mesmo procedimento é feito em relação aos membros do Ministério Público do Trabalho. Os membros do Ministério Público do Trabalho deverão ter mais de dez anos de carreira, e os advogados deverão possuir notório saber jurídico e reputação ilibada, bem como mais de dez anos de efetiva atividade profissional (art. 94 da Constituição) (MARTINS 2008, p. 86).

Para melhor complementar, segue a transcrição do artigo:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação (BRASIL, 1988).

Já o artigo subsequente determina quais são os órgãos do TST, veja-se:

Art. 59. São órgãos do Tribunal Superior do Trabalho:

I - Tribunal Pleno;

II - Órgão Especial;

III - Seção Especializada em Dissídios Coletivos;

IV - Seção Especializada em Dissídios Individuais, dividida em duas subseções; e

V - Turmas;

Parágrafo único. São órgãos que funcionam junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

I - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT; e

II - Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT (BRASIL, 1988).

Sobre a composição do TST, seguem, abaixo, as palavras de Martins (2008, p. 87):

O pleno do TST funciona com, no mínimo, 14 ministros. O órgão especial é composto de 17 ministros, sendo o Presidente, o Vice

Presidente, o Corregedor, os sete mais antigos e sete eleitos pelo pleno. Substitui as funções do Pleno, como de julgar inconstitucional determinada norma. O quórum de funcionamento é de oito ministros. [GRIFO NOSSO]

Outrossim, referido autor discorre sobre a Seção de Dissídios Individuais:

A seção de dissídios individuais é dividida em duas subseções. A SDBI – I funciona com oito julgadores. Compõe-se de 14 ministros. É integrada pelo presidente do Tribunal, Vice Presidente, Corregedor e mais onze ministros, preferencialmente, pelos presidentes de turma. Funciona a SDBI – 2 com seis julgadores. É composta de dez ministros, e integrada pelo Presidente do Tribunal, pelo Vice Presidente, corregedor e por mais sete ministros integrantes das turmas.

[...]

A seção de dissídios coletivos é composta de nove ministros. Funciona com cinco ministros. É integrada pelo Presidente do Tribunal, Vice-Presidente, Corregedor e mais seis ministros. As turmas são compostas de três ministros devendo funcionar com quórum integral. O TST tem oito turmas. Nos processos submetidos a julgamento haverá um ministro relator. Os juízes que compõem os tribunais trabalhistas são vitalícios desde a posse (MARTINS 2008, p. 87). [GRIFO NOSSO]

Vista a composição do TST, no tópico seguinte será exposto um exemplo prático do Ativismo Judicial do TST, bem como seu funcionamento.

3.3 Do Ativismo praticado pelo TST

Até então se estudou como se desenvolveu a racionalidade do ser humano, bem como sua evolução social e política, o que permitiu compreender o presente momento, em que estamos diante de um sistema de governo desconcentrado em três poderes distintos e reguladores entre si.

Conhecer estes três poderes, assim como os limites de atuação de cada um deles, possibilita a compreensão do Ativismo Judicial em sua esfera prática.

Neste capítulo, o foco será dado ao Ativismo praticado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) um dos maiores ativistas deste país, se não o maior. Sendo assim, segue, enfim, um exemplo de Ativismo Judicial praticado por este Tribunal, por meio de uma notícia por ele publicada:

TST dá adicionais de periculosidade e insalubridade de forma acumulada.

Decisão desconsiderou artigo da CLT que diz que empregado deve optar por um único benefício. Advogados temem tribunal cada vez mais "protecionista", mas afirmam que caso é "isolado".

De forma inédita, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) concedeu a um empregado os adicionais de periculosidade e insalubridade de forma acumulada. Até então, estava pacificada tese de que era preciso optar por um dos benefícios.

Na decisão, o ministro Cláudio Brandão determinou que a fabricante de vagões ferroviários Amsted Maxion pagasse ambos os adicionais a um empregado. No caso, o funcionário estava exposto a solventes e ruídos (insalubridade) e a produtos inflamáveis (periculosidade).

Para fundamentar a decisão, o ministro desconsiderou trecho da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O artigo 193, no segundo parágrafo, diz que "o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido".

Mas para ele, como a Constituição não faz qualquer ressalva quanto à acumulação dos benefícios, o dispositivo da CLT não teria validade. Ele também fundamentou sua decisão em convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificadas pelo Brasil.

Segundo o ministro, a cumulação dos adicionais não implica pagamento em dobro. Enquanto a insalubridade diz respeito à saúde do empregado em condições nocivas do ambiente de trabalho, a periculosidade "traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador".

Surpresa

Segundo advogados ouvidos pelo DCI, a decisão proferida pela Sétima Turma do TST, contra a Amsted Maxion, vai na contramão do entendimento do próprio tribunal. Até então, estava pacificado o entendimento de que os benefícios não são cumulativos, conforme estabelece a CLT.

A Quarta Turma do TST avaliou, em maio de 2013, que "o dispositivo celetista [artigo 193 da CLT] veda a cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, podendo, no entanto, o empregado fazer a opção pelo que lhe for mais benéfico". O processo envolvia a fabricante de máquinas agrícolas Agco do Brasil.

A Quinta Turma do mesmo tribunal, também em maio do ano passado, seguiu a mesma tese. No caso, o TST reverteu decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, que obrigava a empresa Nazca Participações a pagar ambos os adicionais ao trabalhador.

"A decisão da Sétima Turma é isolada por divergir da construção jurisprudencial sobre a matéria, a exemplo das recentes decisões do próprio TST", afirma o sócio da área trabalhista do Demarest Advogados, Antonio Frugis. Para ele, a decisão "inovadora" deriva de uma "corrente minoritária".

A avaliação de Bruno Araújo, sócio da Marcelo Tostes Advogados, vai no mesmo sentido. Num primeiro momento, ele afirma que se considerou a hipótese de que o entendimento da Sétima Turma poderia sinalizar uma nova tendência dentro do TST. "A decisão pegou a área trabalhista de surpresa. Mas concluímos que foi totalmente aleatória", acrescenta.

Para Frugis, a ação mostra que o TST vem se tornando "menos legalista e mais protecionista", pois se afasta do que diz a lei para proteger os empregados. "Isso é perigoso. O tribunal serve para apaziguar decisões distorcidas, que fogem da legalidade. Mas atualmente o TST tem emitido decisões contrárias à lei", diz ele.

Norma internacional

A valorização crescente dos acordos trabalhistas internacionais é outro fator que se mostrou presente no caso contra a fabricante de vagões ferroviários.

Para fundamentar sua decisão, o ministro Claudio Brandão fez uso de duas convenções da OIT, a 148 e 155. Segundo ele, a Convenção 148 "consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho", enquanto a 155 determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes".

Brandão diz que os acordos "têm status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal", conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). Por essa razão, ele diz que "não há mais espaço para a aplicação" do artigo 193 da CLT.

Na visão de Frugis, a interpretação do ministro é "extensiva", pois usa recomendações genéricas das convenções internacionais para revogar artigo específico da CLT. "Nenhuma das convenções fala que o país ratificador precisa pagar ambos os adicionais."

Impacto financeiro

De acordo com Araújo, o pagamento dos dois adicionais teria um impacto significativo para as empresas. Normalmente, o trabalhador é obrigado a escolher e optar pelo de periculosidade, de 30% do salário base. No caso de cumulatividade, caberia ainda adicional de 10% a 40% sobre o salário mínimo, o que equivale a bônus de R\$ 72,4 a R\$ 289,6.

Isso traria grande impacto para alguns segmentos, diz Araújo. No ramo de segurança, por exemplo, já é obrigatório o adicional de periculosidade para os vigilantes. Para os que estão expostos a agentes prejudiciais à saúde, caberia o segundo adicional. "Isso geraria uma confusão tremenda. Cremos que o entendimento não deve permanecer", afirma (DUMKE, 2014, p. 01).

Resta clara a aplicação do Ativismo Judicial, pois, como foi dito na notícia, o TST está, com esta decisão, adotando uma postura mais protecionista do que legalista, o que caracteriza uma forte resistência ao positivismo.

E o ministro fundamenta, ainda, que não há mais espaço para a aplicação do art. 193, uma vez que o texto legal menciona a possibilidade que o trabalhador tem de optar entre os adicionais, todavia não está expressa qualquer vedação quanto à aplicação cumulativa dos mencionados.

Não seria possível concluir esta pesquisa sem, ao menos, trazer à baila o que se entende pelos mencionados adicionais, a fim de facilitar a compreensão sobre o tema. Neste sentido, segue a doutrina:

E- ADICIONAL DE INSALUBRIDADE:

- a) é devido ao empregado que presta serviço em ambiente considerado insalubre e é de 10%, 20% ou 40%, conforme o grau de insalubridade, mínimo, médio ou máximo, de acordo com o art. 192 da CLT, com a nova redação decorrente da Lei n. 6514, de 1977;
- b) integra a remuneração base do empregado para todos os fins;
- c) depende de perícia técnica comprovando a insalubridade do trabalho; cessada a insalubridade mediante comprovação técnica, cessa o seu pagamento.

F – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE:

- a) é devido ao empregado que presta serviços em contato permanente com explosivos ou inflamáveis em condições de risco acentuado (art. 193 da CLT);
- b) pressupõe as atividades enumeradas em portaria do Ministério do Trabalho;
- c) é de 30% sobre o salário contratual e integra a remuneração do empregado, salvo para fins de gratificações, prêmios e participação nos lucros. O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico, e não sobre este, acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial (TST nº 191) (NASCIMENTO, 2011, p. 360).

Já nas palavras de Marins (2013, p. 266), têm-se os seguintes entendimentos:

O adicional tem sentido de alguma coisa que se acrescenta, do ponto de vista trabalhista, é um acréscimo salarial decorrente da prestação de serviços do empregado em condições mais gravosas. Pode ser dividido em adicional de horas extras, noturno, de insalubridade, de periculosidade, de transferência.

E, por fim, conclui o autor, respectivamente:

O adicional de periculosidade é o acréscimo devido ao trabalhador que presta serviços em condições perigosas, na forma da lei.

[...]

Taxa de insalubridade é denominação incorreta, pois taxa é espécie de tributo. Não se trata de taxa, mas de adicional, de algo que se acrescenta. Insalubre é o prejudicial à saúde, que dá causa à doença (MARTINS, 2013, p. 279; 269).

Uma característica marcante no Direito do Trabalho, que é grande responsável pela incidência de Ativismo Judicial, é a existência e aplicação do humanismo nesse órgão julgador.

Nas palavras de Nascimento (2011, p. 71), uma lição do conceito de *direito do trabalho*: O direito do trabalho é expressão de humanismo jurídico e arma de renovação social pela sua total identificação com as necessidades e aspirações concretas do grupo social diante dos problemas decorrentes da questão social.

Não se pode perder de vista que a OIT foi um dos fundamentos utilizados para sustentar a decisão tomada de acordo com a notícia transcrita.

A respeito da OIT, transcreve-se o seguinte disposto:

A Organização Internacional do Trabalho é um organismo internacional criado pelo tratado de Versalhes (1919), com sede em Genebra, ao qual

podem filiar-se todos os países membros da Organização das Nações Unidas – ONU. Destina-se à realização da Justiça Social entre os povos, condição básica para a manutenção da paz internacional (NASCIMENTO, 2011, p. 137).

Outrossim, outros exemplos de Ativismo podem ser conhecidos, de acordo com entendimentos pacificados, que permitem a criação e publicação de Súmulas e OJ's pelas Seções de Dissídios Individuais e Coletivos, e que, assim, seguem:

Súmula n° 244 do TST

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012)-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 art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado (BRASÍLIA, 2013). [GRIFO NOSSO]

Segue, então, outra notícia extraída do Tribunal Superior do Trabalho, acerca de seu Ativismo Judicial, todavia, diz respeito à matéria contida na Súmula 244 do TST:

Grávida admitida por prazo determinado faz jus à estabilidade provisória

Uma trabalhadora grávida de sete semanas, contratada pela Germani Alimentos Ltda para contrato de experiência e dispensada após o fim do prazo contratual, será reintegrada às funções e receberá os salários devidos pelo período do afastamento. A Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em sessão realizada na última quarta-feira (6), manteve a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), por considerar que ela está de acordo com a nova redação do item III da súmula 244 do TST, que garante à gestante em contrato por prazo determinado a estabilidade e provisória prevista do artigo 10, inciso II, item 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Súmula 244 do TST

A redação do item III da súmula 244 do TST, até o início de setembro de 2012, não garantia à empregada gestante a estabilidade provisória quando admitida através de contrato por prazo determinado. No entanto, após a 2ª Semana do TST, realizada entre os dias 10 e 14 de setembro de 2012, a Corte alterou o teor desse item, para garantir à empregada gestante o direito à estabilidade provisória prevista constitucionalmente, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Entenda o caso

A empregada foi contratada pelo prazo de 30 dias, a título de experiência, e, quando da admissão, ela já se encontrava na sétima semana de gestação.

Durante o vínculo de emprego, ela precisou se afastar por diversas vezes por causa de complicações na gravidez, razão pela qual teve o contrato suspenso e recebeu benefício previdenciário. Três meses após o início do vínculo, quando completados os 30 dias contratuais, a empresa a dispensou em decorrência da extinção do contrato de experiência. Inconformada, a empregada ajuizou ação trabalhista e afirmou a nulidade da dispensa, já que possui garantia provisória no emprego em razão do seu estado. Assim, pleiteou sua reintegração ou o pagamento de indenização substitutiva. A empresa se defendeu e afirmou que a despedida foi legal, já que, por se tratar de contrato de experiência, não existe direito à estabilidade provisória da gestante. A 3ª Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul (RS) considerou correta a dispensa após o decurso do prazo contratual e indeferiu os pedidos da gestante. Para o juízo de primeiro grau, qualquer tipo de estabilidade é incompatível com os contratos por prazo determinado.

A empregada recorreu ao TRT-4, que acolheu o apelo e determinou sua imediata reintegração, com o pagamento de todas as verbas devidas pelo período do afastamento. Considerando o estado gravídico da empregada no momento da admissão, o Regional concluiu que a garantia no emprego não poderia ter sido afastada pelas cláusulas excepcionais do contrato de experiência, pois ela já se encontrava em situação especial a fazer jus à estabilidade provisória da gestante, prevista no artigo 10, II, b, do ADCT.

"Não obstante se conheça jurisprudência expressiva no sentido de que incompatível o contrato por experiência com a garantia de emprego em face da gravidez, no caso em tela impõem-se considerar o relevante fato de que a empregada já se encontrava grávida por ocasião da admissão. Não se pode dizer que aquela gestação, já iniciada, estivesse ao desabrigo da proteção", esclareceram os desembargadores.

A Germani interpôs recurso de revista no TST e afirmou ter havido violação à Constituição Federal e à súmula 244 do TST, pleiteando, assim, a reforma da decisão Regional.

O relator do caso, ministro José Roberto Freire Pimenta, explicou que a nova redação do item III da súmula 244 do TST garante à empregada gestante estabilidade provisória no emprego, mesmo nos contratos por prazo determinado. Como a decisão Regional está em sintonia com referida jurisprudência, o apelo não pode ser admitido, nos termos da súmula 333 do TST, que dispõe que decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do TST não ensejam recurso de revista.

A decisão foi unânime.

(Letícia Tunholi/MB)

Processo: RR - 403-82.2011.5.04.0733

TURMA

O TST possui oito Turmas julgadoras, cada uma composta por três ministros, com a atribuição de analisar recursos de revista, agravos, agravos de instrumento, agravos regimentais e recursos ordinários em ação cautelar. Das decisões das Turmas, a parte ainda pode, em alguns casos, recorrer à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1) (BRASÍLIA, 2013, p. 01).

Sobre esse assunto, seguem os seguintes julgados:

EMENTA: ESTABILIDADE GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado (SÃO PAULO, 2014a).

EMENTA: Estabilidade gestante. A interpretação do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deve ser no sentido de que a garantia de emprego surge quando a empregada pode atestar (ter certeza) para ela mesma de seu estado gestacional, o que ocorre, evidentemente, quando contar com exame clínico e/ou ambulatorial que indique a gestação (SÃO PAULO, 2014b).

Sobre a questão da gestante, Nascimento afirma em sua doutrina (2011, p. 397):

G – GESTANTE.

Uma das medidas de proteção à gestante é a estabilidade no emprego, a que tem direito por força da Constituição Federal de 1988 (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, II, b), ao declarar que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa ‘da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto’.

Apenas completando as palavras de Nascimento, vale transcrever a lição de Martins (2008, p. 469):

O TST entende que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por prazo determinado.

Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

[...]

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

[...]

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Pelo que se pode observar, não está expressa a hipótese relativa à estabilidade da gestante quando se trata de contrato por prazo determinado. Da mesma forma, não há entendimento contrário. O TST, em nome dos princípios norteadores do direito do trabalho, tais como a proteção ao trabalhador, decidiu, portanto, pela estabilidade da gestante inclusive quando se tratar de contrato de trabalho por prazo determinado.

Outra matéria passiva do Ativismo Judicial praticado pelo C. TST é a Terceirização. Este instituto, segundo conceitua Maria Helena Diniz, tem o objetivo de “diminuir os custos e melhorar a qualidade do produto ou do serviço”.

O Tribunal Superior do Trabalho pratica seu Ativismo por meio da elaboração e publicação de entendimentos pacificados, que possuem a nomenclatura de Súmula ou OJ.

Deste modo, segue abaixo um exemplo prático de como o TST pratica seu ativismo, aplicado à matéria de terceirização no direito do trabalho.

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral (BRASÍLIA, 2014).

A respeito desta Súmula, seguem os comentários da doutrina:

Verifica-se no item I da Súmula n. 331, que a contratação por empresa interposta continua sendo ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, excetuada a hipótese de trabalho temporário. O TST continuou, portanto, considerando inadmissível delegar tarefas canalizadas para a atividade fim da empresa, salvo o trabalho temporário.

[...]

No tocante ao item II da Súmula n.331, exclui-se a possibilidade de relação de emprego entre o trabalhador e os órgãos da Administração direta ou indireta, quando aquele lhe presta serviços, por meio de contratação irregular, sem concurso público. O TST visou, principalmente, a coibir os apadrinhamentos no serviço público e a dar efetividade ao comando do art. 37 da Constituição da República de 1988 (DINIZ, 2007, p. 443).

No item III, a Súmula n.331 do TST, limita-se a permitir que o usuário recorra ao contrário da natureza civil apenas quando se tratar de serviços de vigilância, conservação e limpeza, ou de serviços especializados, ligados à atividade meio do tomador e, ainda assim, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta, pois, presentes esses dois pressupostos, a relação jurídica se estabelecerá com o tomador dos serviços.

Na hipótese ventilada no item IV da Súmula n. 331 do TST, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, ou seja, do fornecedor de mão de obra, implica responsabilidade subsidiária do tomador quanto àquelas obrigações, inclusive se for órgão da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (DINIZ, 2007, p. 444).

No tocante à matéria de terceirização no direito do trabalho, segue um caso prático publicado pelo Ministério Público do Trabalho do Estado do Pará:

Transbrasiliana é condenada em R\$ 500 mil por terceirização ilegal

Marabá (PA) - O Ministério Público do Trabalho (MPT) obteve na Justiça a condenação da Transbrasiliana em R\$ 500 mil por terceirização ilegal da atividade-fim. A empresa de transporte rodoviário foi processada pela unidade do MPT em Marabá (PA) em junho de 2014, após investigações feitas em 2013 comprovarem que a companhia cometeu fraude ao utilizar-se de intermediação de mão de obra contratada por outras empresas para realizar serviços ligados ao seu objeto social. A sentença, dada pela 1ª Vara do Trabalho de Marabá, também obriga a Transbrasiliana a abster-se de praticar a terceirização ilícita, sob pena de multa de R\$ 100 mil, acrescida de R\$ 10 mil por trabalhador encontrado em situação irregular.

A terceirização da execução dos serviços e atividades essenciais à existência de uma empresa é uma violação aos artigos 1º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e contrário ao ordenamento jurídico que admite a terceirização unicamente nas hipóteses de serviços como vigilância, limpeza ou conservação, trabalho temporário, ou, ainda, segundo entendimento da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em atividade-meio, desde que inexista pessoalidade e subordinação.

A terceirização ilícita traz consequências graves para o trabalhador, para o Estado, para o movimento sindical e para a sociedade, como precarização das relações de trabalho, fragmentação da categoria profissional; redução da base de cálculo de aprendizes e de pessoas com deficiência; discriminação em relação a trabalhadores terceirizados; elevação dos índices de acidentes de trabalho; descumprimento da legislação trabalhista pelas empresas contratadas; sonegação de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), contribuições previdenciárias e fiscais, dentre outras.

A decisão está sujeita a Recurso ao Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (MINISTÉRIO, 2014, p. 01).

Em face destas considerações, mister se faz incluir, neste estudo, um conceito para a palavra *terceirização* extraída da seguinte doutrina:

A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora de cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa (DELGADO, 2010, p. 414).

A respeito da jurisprudência trabalhista, Delgado (2010, p. 414) elaborou o seguinte trecho:

A jurisprudência trabalhista digladiou-se desde a década de 1970 em torno do tema da terceirização (embora esse epíteto, como visto, tenha se consagrado apenas posteriormente na tradição jurídica do país). O laconismo de regras legais em torno de tão relevante fenômeno sóciojurídico conduziu a prática de intensa atividade interpretativa pela jurisprudência, em sua busca de assimilar a inovação sociotrabalhista ao cenário normativo existente no país.

Inobstante, segue julgado, a respeito da terceirização na esfera do Direito do Trabalho:

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA DE SERVIÇOS NA TERCEIRIZAÇÃO. A empresa tomadora deve fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa escolhida. É o desdobramento da responsabilidade civil quanto às relações do trabalho, através da culpa in eligendo e in vigilando. Deve solicitar, mensalmente, a comprovação quanto aos recolhimentos previdenciários, fiscais e trabalhistas. Pondere-se, ainda, que o crédito trabalhista é superprivilegiado (art. 186 do CTN e art. 449 da CLT). A responsabilidade subsidiária é aplicável, quando ficar evidente que a empresa prestadora é inadimplente quanto aos títulos trabalhistas de seus empregados. É comum, pela experiência forense, quando se tem a rescisão do contrato de prestação de serviços entre a tomadora e a prestadora não haver o pagamento dos títulos rescisórios dos empregados. Diante desta situação de inadimplemento, pela aplicação decorrente da responsabilidade civil - culpa in eligendo e in vigilando, a tomadora deverá ser responsabilizada. Há situações nas quais, mesmo não havendo a participação direta na relação jurídica controvertida, tem-se a responsabilidade. Pode haver a responsabilidade, enfatize-se, mesmo sem a titularidade - débito/crédito, como é o caso da responsabilidade civil objetiva indireta em face da terceirização. A responsabilidade subsidiária abrange todas as verbas postas na condenação, na medida em que todas são decorrentes do contrato de trabalho. Se a segunda ré é a tomadora, como não observou os seus deveres de fiscalização e de escolha, poderá vir a ser responsável em execução, devendo, a sua responsabilidade abranger todos os direitos (SÃO PAULO, 2014c).

Resta evidente que o Tribunal Superior do Trabalho aplica o Ativismo Judicial de forma muito expressiva, principalmente quando o que se leva em consideração é o princípio protecionista do direito do trabalho, o qual se esquia do positivismo jurídico, e busca dar ao conflito uma solução humanista, tendo em vista, inclusive, o princípio da isonomia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo proporcionou ao leitor um significado pertinente ao Ativismo Judicial, especificamente, no que diz respeito ao ativismo praticado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Foi utilizado o método dedutivo de pesquisa, para atingir esta finalidade.

Cabe ressaltar que o resultado deste estudo somente foi possível graças a uma pesquisa, realizada sobre a competência da Justiça do Trabalho, principalmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº45/2004, que passou a definir a competência deste órgão julgador em razão da matéria, e não mais em razão das pessoas.

Sendo assim, a relação de trabalho é a palavra chave para se desvendar os mistérios e incógnitas sobre o que é e o que não é, de fato, competência desse órgão que procura analisar cada caso com um olhar humano, atento para o real interesse da sociedade, e não simplesmente se prende ao texto de lei. Ao contrário, resiste à aplicação do que se conhece como positivismo jurídico.

Visto, que o Tribunal Superior do Trabalho é a instância julgadora norteadora deste estudo, expôs-se aqui uma pesquisa sobre sua composição, o que certamente auxiliou o entendimento desse tema tão escasso na doutrina e do mesmo modo tão complexo, conhecido pelo nome de Ativismo Judicial.

Vale ressaltar, portanto, que foi um enorme prazer realizar este trabalho de pesquisa, uma vez que é uma matéria pouco conhecida no meio jurídico, todavia muito importante para a vida prática de qualquer aplicador do direito.

Meus sinceros agradecimentos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Planalto. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.sht>. Acesso em: 20 set. 2014.

BRASÍLIA. **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. Superior Tribunal do Trabalho. **Grávida admitida por prazo determinado faz jus à estabilidade provisória**. Publicado em: 08 de março de 2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3808708>. Acesso em: 10 out. 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

DUMKE, Roberto. **TST dá adicionais de periculosidade e insalubridade de forma acumulada**. Publicado em: 01 out. 2014. Disponível em: <<http://www.amodireito.com.br/2014/10/tst-da-adicionais-de-periculosidade-e.html>>. Acesso em: 10 out. 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MAIOR, Jorge Luis Souto. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013.

MINISTÉRIO Público do Trabalho. **Transbrasiliana é condenada em R\$ 500 mil por terceirização ilegal.** Publicado em: 03 nov. 2014. Disponível em: <http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/comunicacao/noticias/conteudo_noticia!/ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cjA88QU1N3L7OgMC93I_2CbEdFAAovLRY!/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/mpt/portal+do+mpt/comunicacao/noticias/transbrasiliana++condenada+em+rs+500+mil+por+terceirizac+ao+ilegal>. Acesso em: 05 nov. 2014.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis.** São Paulo: Martin Claret, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2011.

O ATIVISMO judicial do TST na edição de súmulas. **Revista LTr**, São Paulo, mar. 2014, p. 320.

RAMOS, Erival. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Súmulas do TST: avanço ou retrocesso? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 43, 2013, p. 95-115. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_art.5/790f07b2-7255-42e6-86e8-300f58d94f4d>. Acesso em: 10 out. 2014.

SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região)**. 17ª Turma. Acórdão nº 70004670071. Processo nº 0002632-39.2013.5.02.0009. Relator: Álvaro Alves Nôga. São Paulo, 11 de setembro de 2014. Publicado em: 19 set. 2014a. Disponível em: <<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?viewPdf=&id=2452782>>. Acesso em: 15 out. 2014.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região)**. 6ª Turma. Acórdão nº 20140756226. Processo nº 00008430920145020061 A28. Relator: Ricardo Apostólico Silva. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Publicado em: 10 set. 2014b. Disponível em: <<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?viewPdf=&id=2392543>>. Acesso em: 15 out. 2014.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região)**. 14ª Turma. Acórdão nº 20140766078. Processo nº 00004696420145020005 A28. Relator: Francisco Ferreira Jorge Neto. São Paulo, 04 de setembro de 2014. Publicado em: 12 set. 2014c. Disponível em: <<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?viewPdf=&id=2408785>>. Acesso em: 15 out. 2014.

SÚMULAS do TST – aspectos positivos e negativos do ativismo judicial. **Revista do Advogado**, São Paulo, nov. 2013, p. 166.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.