

**CENTRO UNIVERSITÁRIO**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**  
**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**A (I)LEGITIMIDADE DAS DECISÕES NA JUSTIÇA TRABALHISTA: ATIVISMO E  
O CAOS HERMENÊUTICO**

Thaís Dib Rodrigues

Presidente Prudente/SP  
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**  
**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**A (I)LEGITIMIDADE DAS DECISÕES NA JUSTIÇA TRABALHISTA: ATIVISMO E  
O CAOS HERMENÊUTICO**

Thaís Dib Rodrigues

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Renato Tinti Herbella.

Presidente Prudente/SP

2016

# **A (I)LEGITIMIDADE DAS DECISÕES NA JUSTIÇA TRABALHISTA: ATIVISMO E O CAOS HERMENÊUTICO**

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do Grau em Bacharel em  
Direito.

---

Renato Tinti Herbella

---

Sérgio Tibiriçá Amaral

---

Fábio Dias da Silva

Presidente Prudente, 23 de novembro de 2016.

“A justiça extrema é injustiça”.  
(Marcus Cícero)

## **AGRADECIMENTOS**

O primeiro agradecimento é dirigido a Deus. Sem o suporte, a força e o discernimento que Ele me propiciou não teria chegado até aqui.

Agradeço à minha família, que são responsáveis pela minha formação como pessoa. Em particular agradeço minha mãe, pelas lições de amor, de honestidade e de dedicação, e ainda por ter me proporcionado todas as condições para que eu conseguisse ultrapassar as agruras surgidas no decorrer da vida.

A construção deste trabalho, com certeza, tornou-se menos árida e solitária por meio da presença de determinadas pessoas que ao longo desta trajetória, contribuíram muito de inúmeras maneiras: certas vezes com um abraço, ou em outras com um olhar de cumplicidade, ou cedendo os seus ouvidos pacientemente, ou ainda, com uma conversa amigável e palavras de incentivo, mas que em todas as ocasiões, sempre foram participações estabelecidas com muita alegria.

Desta forma, não poderia deixar de agradecer meu namorado Bruno Reis, pelo companheirismo e compreensão, que com sua alegria radiante fez dessa trajetória mais agradável. E aos meus amigos, fica o meu sincero agradecimento pela amizade e apoio de sempre.

Rendo minhas sinceras homenagens ao meu orientador Prof. Renato Herbella que desde os primórdios deste trabalho devotou a preciosidade de seu tempo e de sua inteligência para apontar os caminhos a serem trilhados e aperfeiçoados ao longo do estudo, pela paciência, ajuda e incentivos constantes.

A toda equipe dos escritórios de advocacia Renata Moço e Pinheiro e D'arce Pinheiro, lugares onde tive o privilegio de estagiar e que foram de extrema importância para minha formação profissional, desse modo, agradeço a todos que colaboraram para meu crescimento.

Por fim, gostaria de agradecer a Faculdade Toledo pela competência e dedicação, aspirando sempre a excelência no ensino. E esse agradecimento se estende a todos os professores que sempre foram inspiração para meu desenvolvimento acadêmico e intelectual.

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre a transformação histórica do Estado Democrático de Direito, o qual proporcionou com que a ciência jurídica e o Direito avançasse para impedir, ou dificultar, que atrocidades contra a dignidade da pessoa humana se repetissem. Dessa forma as Constituições passaram a adotar como fundamento um conceito amplo de democracia, destinado à efetivação de direitos e garantias fundamentais. No Brasil não foi diferente, pois a Constituição Federal prevê fundamentos objetivos e direitos, todos em prol da concretização dos direitos fundamentais. Não obstante, com a apreciação demasiada de princípios e a extensiva interpretação dos direitos fundamentais, passamos a nos deparar com abusos cometidos pelo Poder Judiciário, que na busca incessante da efetivação destes direitos, por vezes, acaba por transgredir a atividade estatal de outro Poder. O problema, porém, não se limita apenas a (i) legitimidade do uso desenfreado, indistinto e inadequado de "princípios" e "normas gerais", ele também causa uma enorme insegurança jurídica. Assim, buscou-se analisar com o presente trabalho diversos temas complexos e conexos ao ativismo judicial e a judicialização, voltados especialmente para a Justiça do Trabalho, justiça que contempla diversos princípios e normas gerais e possui diversas fontes de direito, que se apresentam instáveis e supostamente passíveis de mudanças de acordo com o subjetivismo do Magistrado. Todavia, esta volatilidade não pode ser autorizada em uma sociedade democrática, organizada em um Estado Democrático de Direito cujas decisões ou atos de cunho subjetivos e pessoais não encontram fundamento.

**Palavras-chave:** Princípios. Hermenêutica. Direito do Trabalho. Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial.

## ABSTRACT

This paper deals with the historical transformation of the Democratic State of Law which provided that the legal science and the law progressed to prevent or impede that atrocities against the dignity of the human person repeated. Therefore the Constitutions started to adopt as a ground, a broad concept of democracy destined to the realization of fundamental rights and guarantees. In Brazil was no different, as the Federal Constitution provides objective foundations and rights all for the sake of achieving the fundamental rights. Nevertheless, with the excessive appreciation of the principles and the broad interpretation of the fundamental rights, we encounter abuses committed by the Judiciary that in constant pursuit of the the realization of these rights sometimes ends up breaking the state activity of another Power. The problem, however is not limited to (i) legitimacy of the rampant, indistinct and inadequate use of "principles" and "general rules" it also causes a huge legal uncertainty. Thus, we sought to analyze through the present work several complex and related issues to judicial activism and legalization geared especially to the Labour Court, justice which includes several general principles and standards and has several sources of law, which appear to be unstable and supposedly susceptible to changes according to the subjectivism of the Magistrate. However, this volatility can not be allowed in a democratic society organized in a Democratic State of Law whose decisions or acts of subjective and personal mark found no basis.

**Keywords:** Principles. Hermeneutics. Labour Law. Neoconstitutionalism. Legal Activism.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 O QUE É ISTO? (NEO)CONSTITUCIONALISMO. PREMISSAS NECESSÁRIAS PARA A COMPREENSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO</b> .....	12
2.1 Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo, Aproximação e Distanciamentos .	15
2.2 Judiciário trabalhista é neoconstitucionalista? Afinal, o que é ser neoconstitucionalista? .....	18
<b>3 PARADIGMAS TRACIONAIS DE PENSAMENTO E O MUNDO CONTEMPORÂNEO</b> .....	22
3.1 Jusnaturalismo e Juspositivismo .....	22
3.2 <i>Civil law</i> e <i>Common law</i> .....	26
3.3 Hermenêutica Filosófica: Direitos Fundamentais Como Vetor Interpretativo .....	29
<b>4 PRINCÍPIOS OU LEI? COMO SE DÃO AS RESPOSTAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO</b> .....	32
4.1 Princípio da Proteção do Trabalhador .....	38
<b>5. ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO</b> .....	42
5.1 A Ideia de Proporcionalidade (para justiça trabalhista) .....	45
5.2 Segurança Jurídica, Direitos Fundamentais e Economia .....	48
5.2.1 Reflexos econômicos de decisões (i)legítimas: o mito da proteção do trabalhador .....	53
<b>6. SÚMULAS, ORIENTAÇÕES E JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA: O CAOS HERMENÊUTICO</b> .....	58
<b>7. CONCLUSÃO</b> .....	64
<b>8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	66

## 1 INTRODUÇÃO

Em meados do século XX houve uma superação de paradigmas na ciência jurídica que, com a pretensão de aperfeiçoar, sobreveio uma evolução cultural e social no que tange às teorias da norma, da fonte e da interpretação.

Assim a noção de direito marcada pelo positivismo jurídico, em conjunto com a não completude do ordenamento jurídico, fez emergir uma nova forma de interpretação como uma aparente solução dada à falência do positivismo jurídico, surgindo com isso, um Poder Judiciário mais ativo, fenômeno denominado Ativismo Judicial.

O pós-positivismo identifica-se, pela superação do paradigma estritamente formal, e perfaz como marco filosófico para o neoconstitucionalismo, que tem como premissas a Centralidade da Constituição na ordem jurídica e a normatividade de princípios jurídicos.

Nesse cenário, no segundo Capítulo, tencionou uma análise constitucional com base nos referenciais teóricos do constitucionalismo e neoconstitucionalismo, buscando a associação com a Justiça do Trabalho.

Em seguida, no terceiro capítulo adentrou-se nos paradigmas tradicionais, como jusnaturalismo e juspositivismo, e ainda realizou-se uma análise dos sistemas jurídicos vigentes *civil law* e *common law*. Para que se pudessem extrair as influências destes institutos para a ciência jurídica atual.

Buscou-se uma análise constitucional, pois com promulgação da Constituição Federal de 1988, passou-se a exaltar direitos fundamentais e princípios gerais do direito, que a partir de então, passaram a ser dotados de imperatividade.

Intimamente ligado aos direitos fundamentais contemplados está o Direito do Trabalho. Ramo especializado que se trata de um composto de normas idealizado com uma determinação social frente às relações capitalistas de trabalho, direitos que instituem uma estrutura de normas essencialmente protetivas.

No Brasil, a incidência da constitucionalização do Direito do Trabalho se apresentou com a Constituição Federal de 1988, que em um extenso rol previu diversos direitos e garantias ao obreiro.

Nesse estudo, nos preocupamos em analisar todo o conjunto de fontes do direito do trabalho correlacionado aos princípios fundantes do Direito,

principalmente em relação à segurança jurídica e a previsibilidade das ações estatais.

Desta forma, no quarto capítulo demonstrou-se como se efetivam tais princípios específicos da Justiça do Trabalhista e ainda como são contemplados em decisões.

Com a busca incessante da sociedade por uma justiça célere e que produza decisões de qualidade, surge um Judiciário mais ativo, em favor da sociedade e dos direitos fundamentais, fenômeno intitulado ativismo judicial, que se apresenta de diversas formas, tais como, uma interpretação de uma lei, uma solução resultado da ponderação de princípios, e ainda em decisões com elevado grau de complementação do ordenamento jurídico.

Desta forma o Judiciário se reveste de prerrogativas para intervir e modificar o estado das coisas por meio de uma interpretação criativa e com isso aparecem decisões arbitrárias, ou então baseadas em subjetividades dos magistrados.

Conforme demonstrado no quinto capítulo, o ativismo judicial trouxe consequências nefastas à aplicação do Direito.

Os fundamentos edificadores de uma sentença no que tange a uma resposta constitucionalmente correta assume extrema relevância, pois é este o meio para que se consiga chegar a uma resposta correta. E em razão do que foi apresentado, se defendeu que a sentença não se trata de um simples ato de silogismo.

E, assim, como nos demais ramos do direito, o ativismo judicial também está presente na Justiça do Trabalho, por se tratar de um complexo de normas edificado com fundamento em princípios abstratos e normas gerais. Desde sua origem, antes mesmo da vigência da Constituição Federal de 1988, essa justiça já apresentava sinais do ativismo judicial. Podendo ser notado na força do direito sumular trabalhista e no modelo de um juiz trabalhista ativo que frente a questões trabalhistas decide pautado em princípios.

Destarte, buscou-se com o presente trabalho, analisar o fenômeno do ativismo na Justiça Trabalhista, e demonstrá-lo com casos concretos onde foi possível verificar uma postura ativa do Poder Judiciário.

Em seguida, no sexto capítulo, buscou trazer à tona, exemplos da instabilidade que paira nesta justiça em decorrência das diversas fontes que contempla.

Em diversos aspectos desse ramo especializado, foi possível verificar o caos hermenêutico instaurado, demonstrado quando adentramos nas oscilações das fontes da Justiça do Trabalho, causando uma insegura jurídica imensurável e resultando em um desestímulo a atividade empresaria.

Importante salientar que as críticas apresentadas no presente trabalho, se prestam tão somente a uma análise acadêmica, sem qualquer caráter pessoal, e ainda, os problemas levantados não representam o desmerecimento de qualquer magistrado ou tribunal.

Os percalços encontrados na elaboração do trabalho foram sendo superados gradativamente mediante pesquisa. Todavia, dada à complexidade do estudo proposto, é certo que diversos assuntos quedaram-se inexplorados. O texto não se destina a esgotar todos os questionamentos que circundam o assunto da interpretação constitucional como instrumento de efetividade dos direitos sociais trabalhistas, mas estima uma análise conjunta com diversos fenômenos que permeiam a sociedade atual.

Foram utilizados os seguintes métodos científicos: o histórico, porque que se fez uma breve abordagem histórica e o método dedutivo, valendo-se de pesquisa bibliográfica e textos legais. Foram utilizados tanto obras nacionais, como também algumas obras internacionais relacionadas ao tema.

## 2 O QUE É ISTO? (NEO)CONSTITUCIONALISMO. PREMISSAS NECESSÁRIAS PARA A COMPREENSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A expressão neoconstitucionalismo tem sido utilizada principalmente por doutrinas italianas para ressaltar relevantes transformações metodológicas, teóricas e ideológicas sucedidas no contexto do Direito Constitucional depois de findo o evento histórico da segunda guerra mundial. Inúmeros ordenamentos jurídicos pactuaram com uma modificação na dimensão histórico-positivo que ecoaram em pressupostos metodológicos e filosóficos, principalmente no âmbito de direitos fundamentais e democracia.

Nesse sentido explica Miguel Carbonell (2007, p. 9):

*El neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas <materiales> o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.<sup>1</sup>*

Assim, entende-se por neoconstitucionalismo uma nova concepção sobre Estado de Direito, uma proposta de reformulação da teoria jurídica onde há um efeito no direito refletido de ideologia e filosofia política (SANCHIS, 2003, p. 101-102).

Possuindo agora uma Constituição que limita os poderes do Estado e busca um Estado ideal almejado pelos cidadãos por ela afetados, mas a forma de conquista e interpretação desta foi o que passou por alterações, dispondo de uma expectativa de concretização de direitos fundamentais, e não mais apenas a finalidade de organização estatal (HERBELLA, 2014, p. 17).

Ou seja, compreende-se por neoconstitucionalismo uma nova maneira de compreender, interpretar e aplicar o direito, de fato, por força desse movimento, a

---

<sup>1</sup> Tradução livre: O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir após a Segunda Guerra Mundial, e especialmente desde os anos setenta do século XX. Trata-se de Constituições que não se limitam a estabelecer competências ou separar os poderes do Estado, mas contêm altos níveis de normas <materiais> que determinam e condicionam o desempenho do Estado por meio de algumas metas e objetivos.

Constituição deixou de ser “Carta Política”, cujo preceito era apenas um convite à atuação dos poderes públicos. Assim, a Constituição não mais se destinou a apenas limitar a atuação de poderes para então positivar diversas garantias fundamentais estabelecendo, desse modo, novos limites para atuação do poder judiciário, passando a ter um enfoque primordial na consagração de direitos e garantias fundamentais.

Para Eduardo Ribeiro Moreira (2008, p. 19):

O neoconstitucionalismo aparece como fruto da convergência de duas tradições constitucionais distintas que cada vez mais se aproximam: a europeia (da Alemanha) e a americana (dos Estados Unidos), união que poderia se resumir em um constitucionalismo garantidor do denso conteúdo material de suas normas constitucionais.

E em razão da referida mudança na maneira de interpretação, a doutrina e a atuação dos tribunais sofreram alterações, devido às novas técnicas interpretativas, com o advento da Constituição de 1988, que em seu bojo, prestigiou, dentre várias coisas importantes, a democracia e a proteção demasiada dos direitos e garantias fundamentais.

Conceitua Miguel Carbonell (2003, p. 83):

*El constitucionalismo, como teoría del Derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de esse proceso que há comportado una modificación de los grande sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existestes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una Constitución <<invasora>>, por la positivización de um catálogo de deretchos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y la aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional.*<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Tradução livre: O constitucionalismo, como teoria do Direito, deseja descrever os feitos da constitucionalização, é dizer que, esse processo que vem carregando uma modificação dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos através aos existentes antes do desdobramento do mesmo processo. O modelo do sistema jurídico que emerge da reconstrução do neoconstitucionalismo está caracterizado, além de uma constituição (invasora), pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela omnipresença na constituição de princípios e regras, e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação das normas constitucionais através da interpretação e a aplicação da lei. Como teoria, o neoconstitucionalismo representa, portanto, uma alternativa através da teoria iuspositivista tradicional.

Max Möller (2011, p. 23) define (neo)constitucionalismo da seguinte forma:

Enquanto o neoconstitucionalismo pode significar um movimento ideológico nascido no âmbito jurídico, que propõe alguns câmbios de atitude na aplicação das normas constitucionais e de alteração do papel dos juízes na formação do direito; também pode ser encontrado o uso do mesmo termo para designar uma concepção jurídica que se propõe como uma nova teoria do direito, capaz de suceder ao positivismo jurídico.

Desta forma, tendo uma nova maneira de interpretação à Constituição vigente, passa a gerar consequências práticas e teóricas. Contando como principal mudança o poder dado ao judiciário, visto que anteriormente a Constituição de 1988 o judiciário permanecia inerte, pois a lei tinha carga vinculativa muito maior que a Constituição, ficando sujeito aos ideais dos políticos eleitos no processo eleitoral democrático.

Com o neoconstitucionalismo, o poder judiciário tornou-se verdadeiramente independente e, por esta razão, foi o maior alvo de mudanças, já que passou a se vincular à Constituição e não mais dependendo dos avanços do poder legislativo, ocorrendo uma ampliação constitucional, em razão da inércia dos demais poderes para a concretização de direitos fundamentais mínimos fazendo surgir um magistrado proativo, responsável por tutelar os valores constitucionais.

Em contrapartida, trouxe uma eterna discussão no que tange a legitimidade do poder judiciário, uma vez que sua atuação deveria ocorrer excepcionalmente e o que se vê na prática é uma atuação cada vez maior.

Nesse sentido, o trabalho é de complementação interpretativa para a descoberta da norma, e ainda que a atual realidade autorize a intervenção judicial, não pode ser permitido uma usurpação das funções de outros poderes, pois, o judiciário não possui legitimidade para fazer juízos em processo judicial sobre atos *interna corpori* e nem mesmo ditar a marcha do processo legislativo.

## 2.1 Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo, Aproximação e Distanciamentos

Faz-se necessária uma breve explanação histórica sobre a evolução da ciência jurídica até o momento atual, para que se pontue a origem do neoconstitucionalismo e seu elo com os direitos fundamentais.

Em meados do século XX, no continente europeu, ocorreram grandes mudanças na maneira de interpretar a Constituição, tendo como marco histórico, o fim da Segunda Guerra Mundial, conforme analisado acima.

Anteriormente a Constituição era considerada apenas uma carta de intenção, carta política, que não possuía força normativa ampla, baseando-se em programas norteadores do parlamento.

Conforme explica Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p. 26):

A expressão constitucionalismo, ao que se nos afigura, incorpora dois sentidos essenciais. Primeiro o de movimento, o de organização, de pessoas em torno de um ideal de um objetivo. Segundo, o de constituição. Parece-nos que é isso, constitucionalismo é movimento político, jurídico e social, pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial será o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de suas deliberações.

Ainda em relação à origem do constitucionalismo, Eduardo Ribeiro Moreira (2008, p. 130) preleciona que:

A origem do constitucionalismo representou uma necessidade: a da limitação dos poderes. Sempre repetida entre as Constituições, a limitação dos poderes encontrou-se aperfeiçoada pelo sistema de freios e contrapesos, constitucionalmente estabelecida. Tal possibilidade de freios e contrapesos é formalmente prevista e age até sob a crise institucional máxima. A sobrevivência da Constituição identifica-se com a saída de uma crise pelos meios constitucionais previstos. Nenhuma decisão política pode superá-la. As possibilidades de exercício de controle material das decisões políticas, com base nos direitos fundamentais, objetivamente considerados, são pequenas, quase reservadas à votação do orçamento público por parte do poder Legislativo, após a sua elaboração por parte do Poder Executivo.

Após o evento supramencionado, a Constituição passou a ter uma diferente perspectiva, ocorrendo uma aproximação de ideias democráticas surgindo

assim, o Estado Democrático de Direito, com a consequência de redefinir a Constituição principalmente em relação a sua influência e aplicação.

No Brasil, o renascimento do direito constitucional com estas características se deu na promulgação da Constituição Federal de 1988, uma Constituição “cidadã”, Constituição normativa, democrática e com um efetivo controle de constitucionalidade. Uma grande evolução para um país que tem em sua história períodos golpistas e ditaduras, onde não existia Constituição normativa e um fraco controle de constitucionalidade.

Para André Ramos Tavares (2013, p. 112 -113):

Em conclusões, muitas e profundas foram às inovações introduzidas pela constituição de 1988. Houve a partir dela, uma verdadeira “revolução” no Direito brasileiro, que, por meio de suas instituições, teve de se adaptar ao novo cenário constitucional, reformulando conceitos, substituindo institutos e implementando o novo regime constitucional.

Conforme visto, com as constituições advindas posteriores à guerra, deixando de ser apenas uma carta de intenção, que se prestava em limitar os poderes do Estado, e assumindo um posicionamento de pilar estrutural totalmente garantista, e dotadas de um grau elevado de interpretabilidade feita pelo poder Judiciário, passou a afetar o ordenamento jurídico como um todo, ocorrendo com isso uma avalanche principiológica.

Dessa forma, o poder judiciário no anseio de efetivar a justiça e aplicar a Constituição conforme casos concretos acabaram por criar técnicas de hermenêutica constitucional como, por exemplo, a utilização da ponderação do princípio da proporcionalidade (HERBELLA, 2014, p. 25).

A citada proporcionalidade aplicada levou a uma crise jurídica, gerando uma insegurança nas decisões. Podendo assim o judiciário interpretar e prolatar decisões completamente diferentes em casos iguais e fundamentar sua decisão em princípios.

Conforme disciplina Rafael Tomaz de Oliveira (2012, s. p.):

Ora a judicialização da política representa um conjunto de coisas sob as quais o Judiciário, simplesmente, não possui. São fatores preexistentes em relação a sua atividade e atuação. São na verdade, razões de ordem político-sociais que podem ser pensadas de diversas maneiras. A aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas, deve-se, por exemplo, ao aumento da litigiosidade e de uma peculiaridade que pode ser

observada em maior ou menor medida nos mais diversos países, das mais diversas origens.

Já o ativismo possui uma raiz completamente diversa. Este, sim, liga-se a um desejo do órgão judicialmente com relação à possibilidade de alteração dos contextos políticos- sociais. Pode ser conservador ou progressista. No final, o resultado é o mesmo: o Judiciário agindo por motivos de convicção e crença pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da comunidade política.

Com ligação ao ativismo em tela, há o uso interessante e desenfreado dos princípios, de forma a ocorrer uma ponderação de regras e os princípios justificarem qualquer situação fática, devido a serem amplos e abrangentes em sua essência.

A despeito de o ativismo receber inúmeras críticas, é inegável que impede a violação dos direitos fundamentais decorrentes da inoperância da administração pública. Devendo haver um equilíbrio ao poder dado ao Judiciário de forma que as duas extremidades não afetem a democracia, para que o juiz possa interpretar e decidir levando em conta as particularidades do caso concreto e não ser um mero aplicador da lei, mas não decidir conforme suas convicções subjetivas, pois se assim for, haverá uma situação extrema de insegurança jurídica.

Cumprir destacar que o ativismo tem como finalidade controlar o abuso dos demais poderes e a excessiva morosidade destes. Ou seja, visam garantir direitos fundamentais, ainda que o legislador não tenha estabelecido leis para tanto. E nesse cenário se utiliza de normas gerais e princípios legais para se justificar legalmente, e não haver questionamentos no que tange a separação de poderes. Dessa forma, conflitos que aguardavam uma atuação legislativa passam a ser resolvidos de forma mais rápida e prática.

O constitucionalismo conforme verificado acima, sofreu inúmeras mudanças na maneira de ser classificado e interpretado, de forma que posterior a Segunda Guerra Mundial, com as atrocidades praticadas durante esse período histórico, houve uma avalanche de princípios constitucionais, uma forma garantista voltada a direitos fundamentais e ainda com respaldo contra o arbitrário poder do Estado.

Alude sobre essa transformação de cunho paradigmático no campo jusfilosófico, segundo delinea Streck (2005, p. 179):

Do papel plenipotenciário assumido pela lei, produto do modelo liberal-burguês, passa-se a uma nova concepção acerca das fontes do direito; do

mesmo modo, da velha teoria da norma, salta-se em direção aos princípios e tudo o que eles representa(ra)m para o direito a partir do advento do neoconstitucionalismo. Com isso, as relações privadas, antes protegidas/encasteladas na norma jurídica codificada que as protegiam contra os “indevidos” ataques do direito público, passam a estar submetidas ao público (leia-se, à Constituição), fragilizando-se, em boa hora, essa velha dicotomia.

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

## **2.2 Judiciário Trabalhista é Neoconstitucionalista? Afinal, O Que é Ser Neoconstitucionalista?**

Ocorrendo uma superação da perspectiva do positivismo normativista sobreveio uma reformulação no que tange a Teoria da Constituição, pois não adiantaria instituir a competência constitucional com postulados ligados à proteção da pessoa humana sem que lhes fosse conferida força normativa.

Assim, a superação do positivismo jurídico pressupõe a existência de um fato ligado a um valor e norma da qual resultará o Direito. Requer ainda, que seja dado caráter imperativo aos os valores reunidos na Constituição.

No tocante ao avanço histórico constitucional, a Constituição Federal de 1988 representou um incontestável avanço no que diz se refere à proteção da pessoa humana, trazendo um analítico e extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

Compreende então que a Constituição tem como papel central a instituição de um Estado Democrático de Direito, construído com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais, sociais, de liberdade, o bem-estar coletivo, a igualdade, a justiça e a fraternidade. Desta forma, o texto iniciativo da Constituição demonstra compromisso constituinte em implementar a dignidade da pessoa humana em seu viés multidimensional, proporcionando a afirmação da pessoa humana como sujeito de direitos na sociedade circundante (DELGADO, 2006, p. 79).

Em seguida, em seu artigo 1º, a Constituição expõe que o Estado brasileiro tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa.

Em relação à cidadania, Delgado (2006, p. 52) defende que o entendimento moderno da cidadania na esfera do Estado Democrático de Direito é entendida como a capacidade do indivíduo de “adquirir direitos, prerrogativas e proteções da ordem jurídica, aptos a qualificá-lo como igual a seus semelhantes no contexto da sociedade local, regional ou internacional.”

Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana tem como valor central a sociedade, ou seja, o ser humano é o centro convergente dos direitos fundamentais (DELGADO, 2006, p. 79).

Nesse sentido, cumpre apresentar a definição proposta por Sarlet (2007, p. 60):

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Também aponta como fundamento da ordem constitucional instituída o princípio da valorização social do trabalho e da livre iniciativa. Para Gomes (2009, p.147) afirma que tal previsão resguarda a própria democracia. Na mesma linha Delgado (2007, p. 29) sustenta que o trabalho em especial o trabalho regulado, por garantir direitos mínimos ao indivíduo, se identifica como instrumento importante de afirmação socioeconômica de grande parte da sociedade, sendo, portanto, determinante para a afirmação da democracia.

Nesse sentido aponta Delgado (2006, p. 29):

Se o trabalho é um direito fundamental, deve-se pautar na dignidade da pessoa humana. Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, implicitamente já está compreendendo que o trabalho valorizado pelo texto constitucional é o trabalho digno. Primeiro, devido ao nexó lógico existente entre direitos fundamentais (direito fundamental ao trabalho, por exemplo) e o fundamento nuclear do Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana. Segundo, porque apenas o

trabalho exercido em condições dignas é que é instrumento capaz de construir a identidade social do trabalhador.

Evidente a partir da análise das normas constitucionais precursora da ordem jurídica brasileira, que a tutela do trabalho está intimamente ligado a concretização da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Delgado (2004, p. 43):

A ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante. Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego.

Não podendo se olvidar da centralidade que goza o trabalho na sociedade contemporânea, possuindo uma relevância social. Salienta por consequência a necessidade de estipular novos parâmetros hermenêuticos para o exame do Direito do Trabalho. Ao atribuir força normativa ao trabalho digno, é necessário que as normas trabalhistas sejam efetivadas em conformidade com os anseios da coletividade, regulamentados como princípios.

Reis (2010, p. 127) aduz que a proteção cedida à pessoa, na perspectiva econômica, social e cultural, exige um constante desenvolvimento, sem supressão das garantias já asseguradas pela ordem jurídica nacional ou internacional. Na esteira desse raciocínio, a autora assim discorre (p. 149):

Por esta razão, muito embora a literalidade do art. 60, §4º da CF/88 tenha imantado de inderrogabilidade os direitos e garantias individuais, os direitos sociais consagrados também não de ser considerados cláusulas pétreas, não sendo de se admitir como válida a emenda constitucional, bem como tratado internacional que venha a ser ratificado pelo Brasil e que venha abolir ou até mesmo precarizar as condições de trabalho já sagradas como direitos fundamentais.

Desta forma, verifica-se que o trabalho está posicionado como alicerce do pacto constituinte, e a supremacia do trabalho na ordem social expressa sua excelência em relação a outros valores também relevantes. Assim, no que tange aos

direitos sociais trabalhistas, a nossa atual Constituição, consagrou a ideia de valorização do trabalho, consoante pronunciam seus artigos 6º a 11º. Em relação aos direitos coletivos, estimulou a atuação sindical e a negociação coletiva, já no tocante aos direitos individuais, firmou-se como a mais significativa carta de direitos da história do Brasil (DELGADO, 2011, p. 115-120).

Levando em conta esse conjunto de dispositivos, pode se concluir a intensa preocupação da Constituição em promover como ditame de justiça social, a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, sobretudo por intermédio da valorização do trabalho, com uma busca pela justiça social, acabou por desenvolver, uma teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego. Desta forma, as relações de emprego estão vinculadas aos direitos fundamentais em sentido amplo, restando claro evidências neoconstitucionalista no âmbito desta justiça especializada.

### 3 PARADIGMAS TRACIONAIS DE PENSAMENTO E O MUNDO CONTEMPORÂNEO

Considerando as informações levantadas, a análise das tradições jurídicas é necessária para compreensão do futuro tratamento do objeto da pesquisa. E por isso, se faz imprescindível uma explanação histórica, não apenas pela cientificidade de um trabalho, mas para propiciar um suporte para o entendimento dos capítulos posteriores.

#### 3.1 Jusnaturalismo e Juspositivismo

O modelo Jusnaturalista predominou até metade do século XIX e gerou impacto principalmente na cultura ocidental. Talvez, sua primeira manifestação tenha ocorrido em peça teatral Antígona. Posteriormente teve influências filosóficas de Sócrates, Platão, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, segundo eles, o Direito Natural é a “lei eterna”, produzida por Deus e colocada no coração dos homens (HERBELLA, 2014, p. 31). Desta forma a igreja tinha forte influência no Direito Positivo, pois representava um guardião da “lei eterna”.

Toda ideia de direito natural adota um conceito no qual compreende por direito tudo aquilo que no ceio do convívio humano, ocorre de acordo com uma ordem pressuposta, isto é, uma ordem natural, entendendo como algo que provem de uma lei divina. (BARRETO, p. 145).

Sobre as características preponderantes do modelo Jusnaturalista ensina Orlando Luiz Zanon Junior (2013, p. 35):

A característica mais marcante de tal paradigma da Ciência do Direito consiste em afirmar a existência de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo Estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão. Nesta linha de raciocínio, o Direito natural seria anterior hierarquicamente mais elevado do que a legislação, cabendo apenas ser racionalmente reconhecido e incorporado ao sistema positivo para fins sancionatórios.

Historicamente, o pensamento de direito natural recebeu diversas tratativas que se justificam em termos filosóficos e históricos. Desta forma, é possível identificar formações específicas do jusnaturalismo (BOBBIO, 1997, p. 28).

Nesse sentido, Norberto Bobbio, ao examinar as diversas perspectivas do jusnaturalismo, conclui que este, em uma visão genérica, pode ser conhecido como uma doutrina que adota a existência de um “Direito Natural”, que se submete a um conjunto de normas intersubjetivas (BOBBIO E MATTEUCCI, 2000, p. 655).

A princípio, o direito natural possuía fundamento cosmológico e teológico, e ainda apresentava duas intenções fundamentais: uma filosófica, que preconizava o conhecimento essencial e absoluto, e ainda pela elucidação de seus fundamentos constitutivos, e outra normativa, que determinava os princípios de um sistema de norma que se constituía tanto em um modelo “regulativo” quanto em um critério de validade de uma ordem histórica de convivência prática. (ABBOUUD, CARNIO, TOMAZ DE OLIVEIRA, 2013, NEVES, 2003).

Conforme Luís Roberto Barroso (2013, p. 349) o direito natural passou a ter um aspecto mais moderno a partir do século XVI, procurando superar dogmatismo medieval e evitando o ambiente teológico no qual se desenvolveu. Assim, a razão passa a ser o último fundamento do direito e o conceito de natureza recebe um novo sentido, sendo considerada a natureza racional ou humana, e não uma natureza do mundo ou uma natureza divina, e com isso o jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do direito e se associa ao iluminismo. Deste modo o direito natural racionalista estabelece abstratamente um sistema cerrado de normas que passa a existir como uma espécie de direito ideal.

Conforme retrata Norberto Bobbio, a teoria do jusnaturalismo vem ao encontro de nossa exigência de mudar, de aperfeiçoar ou, conforme o caso, de justificar o direito vigente e com isso nasce o juspositivismo.

O positivismo foi desenvolvido por três renomeados autores: Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus e Norberto Bobbio. Nascendo uma nova ideia em decorrência de críticas ao jusnaturalismo, de forma que seria difícil estabelecer quais são esses direitos ditos superiores e naturais com base apenas em valores, conseqüentemente haveria problema com relação à fundamentação judiciária resultando em um estado de insegurança jurídica. De maneira que a solução seria positiva-los, e se assim o fizessem, esquivar-se-iam da lógica do jusnaturalismo.

Nesse sentido explica Zanon Junior (2013, p. 37):

Nesse cenário de crise paradigmática, a teoria decorrente dos estudos de, principalmente, Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen e Hebert Lionel Adolphus Hart, lastrada na prevalência ou unicidade da Regra positiva como padrão de julgamento, aplicável mediante subsunção, assumiu o status de matriz disciplinar preponderante, haja vista que superava as principais anomalias da rede lógica anterior, que eram justamente a baixa previsibilidade da conduta aceitável pela Norma e a reduzida sindicabilidade das decisões jurisdicionais.

Bobbio (1995, p. 232) mostra a versão jusnaturalista e juspositivista extremada da lei:

O Jusnaturalismo e o positivismo extremista (isto é, o positivismo ético) identificam ambas as noções de validade e de justiça da lei, mas, enquanto o primeiro deduz a validade de uma lei da sua justiça, o segundo deduz a justiça de uma lei de sua validade.

No que tange ao objeto o positivismo jurídico exclui de sua análise qualquer conteúdo que não está no direito positivo, limitando-se a descrever e organizar apenas o direito idealizado pelo convívio humano.

Desta forma, passaram a concluir que os direitos naturais existiam, mas necessitavam de positivação para sua eficácia, principalmente com a finalidade de uma maior segurança jurídica, e na previsibilidade de atos estatais, conforme discorre Bobbio (2006, p.40), “A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: segurança jurídica do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme a lei”.

Entende-se por positivismo reduzir-se ao fiel cumprimento da lei, ou seja, tudo baseado na Constituição e juntamente vem à mítica ideia de completude do ordenamento jurídico.

Nesse sentido explica Afonso de Miranda (1999, p. 52):

Geralmente, o que se entende por “positivismo” jurídico, nesse caso, é simplesmente uma atividade que consiste unicamente no estudo do direito positivado, posto na experiência histórico social, ou seja, no estudo do direito positivo.

Nesse sentido é que se compreendem os limites epistemológicos impostos pela teoria juspositivista, conforme pontuado por Lourival Vilanova (2003, p. 315):

Resumidamente: o direito/objeto de conhecimento científico é o direito positivo, despojado de qualquer conexão com o direito natural ou a ética, e a política do direito; o direito é norma de conduta, ou conduta como conteúdo de norma, mas o fator qualificante decisivo é a norma: o direito é norma. A norma é a forma lógica de vincular um pressuposto de fato a uma consequência - se o vínculo requer uma tomada-de-posição axiológica (qualificação axiológica do pressuposto, relação valorativamente feita entre o pressuposto e a consequência, valoração do quantum e da espécie de consequência), o conhecimento positivo do direito toma essa valoração como mero dado, sem emitir uma sobrevaloração positivamente feita pelo legislador, ou pelo juiz, ou pela comunidade.

Desta forma, para o juspositivismo só é considerado direito aquilo que está positivado no ordenamento, assim, o que não estiver não é direito. Tendo como principais características: (i) a separação entre o direito e a moral; (ii) a formação de um ordenamento jurídico exclusivamente positivo; (iii) a hierarquia das regras em um sistema escalonado; (iv) a aplicação mediante subsunção, e por fim, (v) a emblemática questão da discricionariedade judicial (HERBELLA, 2014, p. 36).

Nesse sentido explica Kelsen sobre o que é e como se forma o direito, (1976, p. 48) sendo um sistema escalonado e gradativo de normas, as quais atribuem sentido objetivo aos atos de vontade. Essas normas se apoiam umas nas outras, formando um todo coerente:

Recebem uma das outras a sua vigência e validade, dependendo todas de uma norma fundamental, que vem a ser o suporte lógico da integralidade do sistema. As normas jurídicas não são comandos ou imperativos, mas sim, enunciados lógicos que se situam no plano do dever ser.

E completa (1998, p. 247):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas do lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com a outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade de último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Percebe-se que surgem dois problemas, um em relação à ambiguidade do texto normativo e outro em relação a não completude do ordenamento jurídico. O princípio gerador do juspositivismo, foi a segurança jurídica, e este fica prejudicado, já que um caso concreto igual, pode ter decisões diversas. Já no que tange as lacunas, na busca de alternativas para a integração de sua completude passa a se valer de princípios gerais do direito, recordando ideias jusnaturalistas, não proporcionando a segurança jurídica almejada.

### **3.2 Civil law e Common law**

Há a existência de duas grandes tradições de direito no presente, sendo elas: *Civil Law* e *Common Law*. A primeira desenvolvida no direito Romano, e a segunda no direito inglês.

O direito inglês foi constituído pelo respeito indubitável às decisões judiciais, de maneira que, o que era dito pelos tribunais era considerado como direito. E é possível observar que a *common law* pode ser definida como uma forma de Direito escrito, não advindas de um legislativo ou executivo, previsto em leis, códigos, mas sim, do judiciário, levando em conta suas decisões.

E com isso tornou-se sabido a reverência aos precedentes, consequência de uma preocupação com a resposta dada aos casos concretos, sem fundamentação com base legislativa, de modo que o ideário de segurança jurídica é atingido tendo como base os julgados pretéritos (STRECK, 2013, p. 20).

Na tradição do *common law*, o precedente tem extrema importância, pois ele confere certeza e estabilidade para os jurisdicionados, na medida em que a fonte primordial do direito é o *case law*, ou seja, o caso concreto, que servirá de amparo para decisões futuras a respeito da mesma matéria

Mas com o passar do tempo, foi necessário que houvesse uma sistematização dos precedentes para que houvesse um maior cuidado por parte dos julgadores ao decidir, havendo uma certeza de que os casos se repetiriam posteriormente. Assim a principal finalidade do precedente era a possibilidade de trazer continuidade, previsibilidade, segurança e certeza ao sistema, enquanto fonte primária do direito.

Importante salientar que nos diversos sistemas jurídicos presentes, esses sistemas ostentam suas correspondentes peculiaridades, tradições que desde os primórdios, não estavam totalmente alheias às recíprocas influências.

A tradição jurídica da Inglaterra, que é o berço da *common Law*, expõe algumas particularidades que merecem ser estudadas: (i) a ausência de legislação escrita não procede, mas sim ocorre uma prevalência do costume judicial, visto que direito para esta tradição jurídica é aquilo que os tribunais dizem. (ii) a magistratura se dá pelo ingresso de advogados experientes. Assim explica MacCornick (2006, p. 13-14):

Outra peculiaridade que distingue os sistemas com os quais estou lidando basicamente dos sistemas do continente europeu, é a ausência de uma magistratura de carreira. Enquanto na tradição “do direito romano” – deixando-se de lado sistemas “mistos” como o dos escoceses – é normal que homens e mulheres jovens e altamente qualificados entrem direto para o quadro de juízes do Estado após a conclusão de sua formação básica em direito (geralmente mais prolongada do que é comum entre nós), a tradição do Reino Unido e do mundo do “direito consuetudinário” é a que a magistratura seja recrutada entre os que tiverem se estabelecido com sucesso no exercício da profissão de advogado; e entre esses, de modo predominante, se não total, aqueles que tiverem se especializado como advogados atuantes nos tribunais. Na Inglaterra, no país de Gales e na Escócia, é tipicamente o advogado maduro e bem-sucedido, admitido na Ordem e atuante nos tribunais superiores, que, na meia idade é alçado à magistratura.

Nota-se que a diferença não está presente apenas na origem do direito, mas também em sua aplicação, pois no Brasil, o ingresso de advogado na magistratura apenas é possível por meio do quinto constitucional. Sendo possível apenas em segunda instância, ou nos Tribunais superiores, em primeira instância o ingresso se dá por concurso público.

Em se tratando do sistema *Common Law*, tem-se a figura do magistrado valorizada, uma vez que, juízes são considerados detentores de amplo e notório saber jurídico, e o fato de ser coroado com a magistratura seria como um reconhecimento pela excepcional atuação profissional. Para Lênio Streck (2013, p.26):

[...] Na realidade, a razão pela qual a tradição common law incorporou a independência decisória como um princípio jurídico constitui interessante questão. Patrick Glenn ensina que o princípio da independência dos juízes em sua forma é característico da tradição common law, é produto de sua própria evolução histórica, que, desde a conquista normanda, passou a conferir especial importância à atuação e às decisões dos magistrados.

O contato entre juízes e advogados, é algo que causa constrangimento ético aos seus integrantes, e isso contribui ao controle interno exercido pela associação profissional. Pois esse modelo de comportamento não seria tolerado. Dessa forma em razão dessa organização hierarquizada e formal é que a cultura do precedente tem substrato para sobreviver e manter-se durante anos. Este grau de eticidade é necessário e, caso não fosse respeitado, os precedentes poderiam ser forjados em acordos de advogados e magistrados. Por isso, o precedente judicial é tão importante na tradição *common law*, já que através destes são criados direitos.

Para Roscoe Pound (1999, p. 183) que crê na prática judicial como forma de obter o direito:

[...] A doutrina da *common law* é uma razão aplicada à experiência. Assume que a experiência vai proporcionar a base mais satisfatória para os padrões de ação e os princípios da decisão. Ela sustenta que a lei não é para ser feita arbitrariamente por um fiat da vontade soberana, mas é para ser descoberta pela experiência judicial e jurídica das regras e princípios que, no passado, realizaram ou não conseguiram realizar a justiça.[...]

Em relação ao *civil law*, observa-se que o direito sobressai, no sentido de que a norma legal positivada prevalece em relação as demais fontes do direito. Mas em decorrência ao processo de globalização, ocorreu uma interferência muito grande do sistema *common law* para o *civil law*, interferência essa que tornou a jurisprudência muito mais importante e um poderoso instrumento na aplicação do direito.

Segundo Osmar Mendes Paixão Côrtes (p. 137):

[...] a regra de direito do sistema romano-germânico tem pretensão de regular a sociedade no futuro, de perdurar no tempo, sem a preocupação imediata de resolução de um único caso concreto. Nesse contexto, observa-se que a fonte primária do direito, no sistema romano-germânico, é o direito positivado, que é interpretado e influenciado pelos juristas [...].

Desta forma, não havia vinculação de precedentes judiciais antes da vigência do novo Código de Processo Civil, e diferentemente da dinâmica jurisprudencial, a função do magistrado não é de criar leis a partir de julgados anteriores, por meio de raciocínio dedutivo, o papel do Poder Judiciário é de aplicação das normas já consolidadas.

Explica Lênio Streck (2013, p. 29) a diferença entre as duas tradições:

Além da posição ocupada pela legislação em cada um dos sistemas, outro fator diferenciador a ser apontado é o modelo de aplicação do direito de cada um desses sistemas, *case law* vs. *code law*. As técnicas de interpretação do direito escrito estão fundadas em uma tradição histórica muito antiga, e, dessa forma, elas recorriam às instituições jurídicas para solucionar seus casos. O *common law*, por sua vez, elabora suas decisões em função das *casuísticas* dos tribunais de Justiça e não sobre as instituições jurídicas, frutos de longa tradição histórica e da *dogmática jurídica*.

E ao contrário do que se possa parecer, as duas tradições desde o princípio não estavam totalmente alheias às recíprocas influências. Ainda que tenha sofrido fortes influências, nota-se o *civil law* como eminentemente centrado na lei.

### **3.3 Hermenêutica Filosófica: Direitos Fundamentais Como Vetor Interpretativo**

Houve uma irremediável superação da concepção do positivismo, em decorrência da necessidade surgida pela não completude do ordenamento positivo. Desta forma na base do pós-positivismo, o Estado democrático de direito fez-se como paradigma apto a suprir as necessidades sociais produzidas, “dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerâncias, bem como, pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências” (SARLET, 2007, p. 58).

No mesmo sentido esta Silva (2002, p. 117) que descreve Estado democrático de direito como o que pretende “realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana”. Desta forma, a envergadura se presta aos valores essenciais à democracia, que reflete por todos os elementos constitutivos do Estado.

Esta qualidade democrática de direito expressa que os direitos sociais não são mais idealizados como um regimento abstrato e são consagrados como um dever ser, e englobam o conjunto de normas de modo decisivo.

O sentido está na aplicabilidade dos direitos constitucionalizados, especialmente os fundamentais, e segundo o atual pensamento constitucional todas as normas possuem eficácia jurídica, nessa perspectiva explica Barroso (2007, p.23) “são dotadas de imperatividade que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”. E é nesse cenário que surge o princípio hermenêutico da máxima efetividade da Constituição.

Esses progressos provocaram a expansão da participação da justiça constitucional, responsável por operar o controle de constitucionalidade das normas, isso em decorrência da força normativa da Constituição bem como o seu papel dirigente, assim, de forma permanente passou a ter um vínculo direto a atuação da justiça constitucional na tutela dos direitos fundamentais previstos (STRECK, 2009, p. 23).

A constitucionalização do direito é um fenômeno incessante e dinâmico, que consiste no processo de propagação por todo o sistema jurídico, do sistema valorativo das normas constitucionais. Desta forma, a superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo proporciona a sedimentação da percepção de Constituição “embebedora”, capaz de adequar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos agentes públicos e a dinâmica das relações sociais (STRECK, 2005, p. 161).

Por conseguinte os princípios enquanto valores fundamentais comanda a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não sendo apenas lei, mas Direito em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência (BONAVIDES, 1994, p. 260).

Esse fenômeno prospera por intermédio do amadurecimento das instituições constitucionais, e ainda através da consciência forense dos operadores do Direito, pois a eles incumbem a tarefa de promover a Constituição. Ou seja, os direitos fundamentais vinculam e interferem diretamente na atividade dos operadores do direito e do legislador originário. E a partir do reconhecimento constitucional de todos esses direitos fundamentais o legislador infraconstitucional somente pode atuar os respeitando.

O ideário dos direitos humanos intensifica o papel substancial dos direitos fundamentais para o constitucionalismo, visto que sustenta a construção teórica e jurisprudencial que se desenvolveu sobre estes nas mais variadas experiências jurídicas. E os conceitos básicos de direito constitucional vem sendo sucedido em ampla dimensão no poder Judiciário, notadamente pela jurisprudência dos tribunais.

Nesse sentido é notória a restrição infraconstitucional no que tange a limitação de direitos fundamentais, a não ser que essa limitação esteja previamente prevista constitucionalmente, ou seja, a produção legislativa infraconstitucional deve obedecer preceitos constitucionais. Assim, a produção normativa é balizada pela ponderação dos direitos fundamentais.

#### 4 PRINCÍPIOS OU LEI? COMO SE DÃO AS RESPOSTAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O termo “princípio” possui diversas funções no ordenamento jurídico. Dentre os significados, podemos considerar como verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico, dando estrutura e coesão ao edifício jurídico (NUNES, 2002, p. 37). Ou ainda uma proposição ou diretriz geral que conforme o fundamento do direito serve para inspirar o legislador na edição de uma norma e o interprete em sua aplicação (ROMITA, 2003, p. 23).

Referindo-se a noção de princípios de forma plural, conforme retrata Dworkin (2002, p. 57) ao discorrer sobre regras e princípios, sustenta que apenas as regras ditam resultados e que ao haver um resultado contrario, essa regra foi abandonada ou mudada. Em contrapartida os princípios não funcionam desta maneira, visto que, inclinam uma decisão a uma direção, embora de maneira não conclusiva, sobrevivem quando não prevalecem.

Além disso, esse termo é utilizado aleatoriamente, de maneira a gerar uma gama de conceito, conforme demonstra Carrió (197, p. 33-34) que elenca sete sentidos atribuídos ao conceito de princípios no linguajar jurídico:

*Com las ideas de “parte o ingrediente importante de algo”, “núcleo básico”, “característica central”: (II) Com las ideas de “ reglas, guía, orientación o indicación generales”: (III) Con las ideas de “fluente generadora”, “causa” u “origen”: (IV) Com las ideas de “finalidad”, “objetivo”, “propósito” o “meta”: (V) Con las ideas de “premisa”, “inalterable punto de partida para el razonamiento”, “axioma”, “verdad teórica postulada como evidente”, “esencia”, “propiedad definitiva”: (VI) Con las ideas de “regla Práctica de contenido evidente”; “verdad ética incuestionable”; (VII) Con las ideas de “máxima”, “aforismo”, “proverbio”, “pieza de sabiduria práctica que nos viene Del pasado y que trae consigo el valor de La experiencia acumulada y el prestigio de la tradición.”<sup>3</sup>*

<sup>3</sup> Tradução livre: Com as ideias de “parte ou ingrediente importante de algo”, núcleo básico”, característica central”; (II) Com as “origem”; (III) Com as ideias de “fonte geradora”, “causa” ou “premissa”, “inalterável ponto de partida para a razão”, “axioma”, “verdade teórica postulada como evidente”, essência”, “propriedade definitiva”; (IV) Com as ideias de “finalidade”, “objetivo”, “propósito” ou “meta”; (V) Com as ideias de ideias de “regras, guia, orientação ou indicações gerais”; (VI) Com as ideias de “regra prática de conteúdo evidente”; “verdade ética inquestionável”; (VII) Com as ideias de “máxima”, “aforismo”, “provérbio”, “peça de sabedoria que nos vem do passado e traz consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição”

Observando o entendimento acima, podemos concluir a existência de uma obscuridade quanto a real posição ocupada pelos princípios no ordenamento jurídico: princípios são postulados a partir do qual todas as normas podem ser deduzidas? Ou são ideias gerais induzidas da norma? Podem ser consideradas normas jurídicas? Alexy explica a função de cada um no ordenamento (1997, p. 87):

O traço distintivo entre regras e princípios aponta para uma característica desses que é de se destacar, sua relatividade. Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa – digamos, individual – termina por infringir uma outra – por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um princípio de necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um “princípio de proporcionalidade” para que se possa respeitar normas, como os princípios - e, logo, também as normas de direitos fundamentais que possuem o caráter de princípios tendentes a colidir.

Em se tratando da Justiça do trabalho, há princípios especiais do Direito Individual do Trabalho, que são diversos e buscam diversas proposições, e à medida que o ramo se desenvolve, novos princípios são inferidos do conjunto sistemático de sua cultura, regras e institutos peculiares (DELGADO, 2012, p. 192). O Direito do trabalho em sua contextualização pela doutrina clássica, na sua dimensão teórica, corresponde a um conjunto necessário subordinado, dependente ou por conta alheia, para o equilíbrio das relações jurídicas por ele tutelados (SIQUEIRA, 2010, s.p.).

Em nossa atual legislação trabalhista no artigo 8º, determina a utilização de princípios nos casos onde faltarem disposições contratuais e legais. Assim desenvolvem plenamente todas as funções apontadas, quais sejam: função de auxiliar na interpretação e na elaboração das leis, ao lado da função de integração da norma jurídica. (MARTINS, 2001, p. 167)

Carlos Garcia Oviedo (1952, p. 9) discorre sobre a Justiça do Trabalho, em relação aos complexos elementos da justiça especializada:

[...] a) é um Direito Limitativo da vontade individual no contrato de trabalho; b) encerra-se nele como um propósito primordial a tutela do trabalhador; c) desbordando o mundo dos trabalhadores, estende sua ação tutelar a todos os seres economicamente débeis e inclusive pretende constituir-se num vasto sistema de normas e instituições de assistência nacional; d) é um Direito que ordena todo o domínio do trabalho, segundo razões de dignidade humana, de economia pública e de paz social.

Observa-se acerca do item (b), que as jurisprudências e as legislações, vêm consagrar os princípios na função interpretativa, quando, em caso de dúvida sobre qual norma deverá ser aplicada, utilizar-se-á a que for mais favorável ao trabalhador.

É cediço que os princípios são exaltados no ordenamento, mas deve-se considerar a problemática do uso indistinto de princípios, bem como, a criação indistinta de princípios. Pois, princípios constitucionais estão previstos na Constituição, já no que tange aos princípios do Direito do trabalho, alguns são extraídos de interpretação e de criações doutrinárias, e ainda jurisprudenciais. E o grande problema disso, é que o direito não é e nem pode ser aquilo que o intérprete quer que seja.

A hermenêutica é algo muito complexo, e em decorrência do desdobramento da interpretação jurídica, é possível verificar o pamprincipiologismo, em especial utilizado pelo Judiciário para justificar toda e qualquer decisão. Streck, em seu livro Verdade e Consenso, apresenta trinta e nove princípios, dos quais são utilizados tão somente como auxílio retórico, servindo apenas como justificativa teórica, não possuindo nenhuma efetividade.

No que se refere à Justiça do Trabalho, por sua natureza é uma Justiça que aprecia um grande número de princípios específicos, e além daqueles que são reconhecidos por grande parte da doutrina, é possível verificar em decisões, outros princípios recém-criados para justificar decisões, utilizados tão somente como álibis teóricos.

Conforme deixa claro em diversas decisões:

CRISE ECONÔMICA - DEMISSÃO EM MASSA – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA – ABUSIVIDADE – COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Européia (Directiva 98/59), Argentina

(Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei nº. 223/91), México ( Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente - última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva - o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente. (TRT15º Região. Dissídio coletivo nº 30900-12.2009.5.15.0000 rel. José Antônio Pancotti)

No caso em tela, apesar de afastada a hipótese de reintegração, a decisão expôs vasta fundamentação para sustentar a “abusividade” da “prática de dispensa coletiva sem nenhuma negociação prévia com as entidades sindicais, nem instituições de programa de demissão voluntária incentivada”.

O protagonismo judicial se fez presente, se verificando na rejeição de questões preliminares que poderiam levar a extinção do processo sem exame do mérito, e ainda ao afastar orientação de OJ nº7 da SDC do TST, segundo a qual “o dissídio coletivo de natureza jurídica não se presta à interpretação de normas de caráter genérico”.

Reconhecida a lacuna por parte do tribunal, levaram a aplicação do artigo 8º da CLT que permite a aplicação de outras fontes em casos de lacunas e ainda buscaram subsídios decisórios no direito comparado. E decidiu no sentido de não proceder à reintegração dos empregados, mas, instituiu o direito de cada empregado demitido a uma compensação financeira independentemente das verbas rescisórias e ainda, determinou a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores demitidos e seus familiares por doze meses. Exigências feitas sem qualquer fundamento legal.

E ainda, no dia 15 de junho de 2016 foi publicada uma notícia no site do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG) que anuncia o nascimento de uma nova principiologia construída e aplicada por este tribunal a partir das grandes transformações sobrevivendo da utilização da internet e do processo eletrônico. Criando assim, o princípio da conexão, defendendo que o juiz possa obter informações em outras fontes fora do processo na busca da verdade real, tornando-se ainda mais atuante e inquisitivo. Características estas citadas em notícia, demonstrando ser uma das finalidades da criação do princípio da conexão.<sup>4</sup>

E ainda em outras diversas decisões:

EMENTA: INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CONDIÇÃO DE BANCÁRIA - Instituições financeiras não desenvolvem todas as atividades inerentes às entidades bancárias, mas apenas parcelas destas, tendo, inclusive, sua atuação regulamentada pelo Banco Central do Brasil. Assim, seus empregados não podem ser considerados como bancários, pois não desenvolvem todas as atividades inerentes à categoria. DESVIO DE FUNÇÃO - A realização, de forma eventual, de cobranças para os clientes inadimplentes, não tem o condão de alterar qualitativamente a estrutura básica contratual e, por corolário, não caracteriza o desvio de função alegado. PRINCÍPIO DA CONEXÃO DOS AUTOS COM O MUNDO - O juízo pode, amparado no Princípio da Conexão, valer-se de informações e conhecimentos que não constam expressamente nos autos para proferir decisão, tendo por contexto o ambiente virtual e o processo judicial eletrônico. PRINCÍPIO DA IMEDIAÇÃO. VALORAÇÃO DA PROVA - Valorando a prova testemunhal dos presentes autos e as demais provas emprestadas, o juízo a quo levou em consideração os depoimentos colhidos em outra reclamação trabalhista para fundamentar sua decisão no tocante aos pedidos de salário "extra folha" e horas extras, atitude esta possível em razão da aplicação do Princípio da Conexão dos Autos com o Mundo e do Princípio da Imediação. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Não restou caracterizada, nitidamente, a existência do dano moral, pois a reclamante não trouxe aos autos provas suficientes, que pudessem comprovar suas alegações, ônus que lhes competiam por força dos artigos 818, da CLT, c/c art. 333, I, do CPC. DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS - A obreira não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar o fato constitutivo do seu direito, pois não trouxe qualquer documento que comprovasse que os descontos na produção, comissão ou salário fixo foram efetuados e, ao analisar os contracheques juntados à inicial, não verificamos qualquer desconto a esse título, nem mesmo qualquer contracheque zerado, como afirmou a reclamante. DIFERENÇA DE PISO SALARIAL - Tendo em vista que a reclamante não se desincumbiu do seu ônus de provar a identidade de funções entre ela e a paradigma, não merece prosperar o pedido de pagamento de diferença de piso salarial. Recurso conhecido e não provido. (TRT-16 0017464-05.2013.5.16.0004, Recurso ordinário. Relator: ILKA ESDRA SILVA ARAUJO, Data de Publicação: 26/10/2015)

PRESCRIÇÃO BIENAL - AVISO PRÉVIO INDENIZADO - A prescrição total começa a fluir no final da data do término do aviso prévio, ainda que este

---

<sup>4</sup>NJ Especial - Princípio da conexão liga o processo ao mundo de informações virtuais. Disponível em <[http://as1.trt3.jus.br/noticias/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=12476&p\\_cod\\_area\\_noticia=ACS&p\\_cod\\_tipo\\_noticia=1](http://as1.trt3.jus.br/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=12476&p_cod_area_noticia=ACS&p_cod_tipo_noticia=1)> Acesso em 27 de julho de 2016.

tenha sido indenizado, pois o período do aviso prévio integra contrato de trabalho para todos os efeitos legais, a teor do art. 487, § 1º, da CLT.

INTEIRO TEOR: Ademais, é possível verificar, mediante consulta processual na rede de computadores, se a ação transitou em julgado, em face do princípio da conexão, cuja observância é pacífica na jurisprudência desta d. Primeira Turma. (...). Em consulta ao sítio do C. TST, verifica-se que a ação coletiva transitou em julgado em 09/09/2013, sendo que a presente ação trabalhista foi proposta em 27/03/2014. (TRT 3 Nº 0010200-83.2014.5.03.0061 RO - Disp:13/10/2014. DEJT/TRT3/ Cad.Jud. P. 266. Órgão Julgador: Primeira Turma Redator: Lucas Vanucci Lins)

GRUPO ECONÔMICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. O autor não se desincumbiu de seu ônus probatório, não havendo nos autos indícios claros e inequívocos da existência de grupo econômico entre a 3ª reclamada e as demais empresas que compõem a lide, pelo que ela deve ser excluída do polo passivo da demanda.

INTEIRO TEOR - O juízo a quo entendeu que a 3ª reclamada integra o grupo econômico da primeira e da segunda, fundamentando o seu entendimento nos seguintes termos: "Amparado pelo princípio da conexão, que permite ao julgador a busca de informações alienígenas aos autos, mas presentes, em ligeira pesquisa, em outras fontes, a primeira e segunda reclamadas compõem a divisão de energia dos negócios do grupo Bertin, cuja gama de atuação no mercado é diversificada. A terceira reclamada, por sua vez, integra outra divisão de negócios do aglomerado, também encabeçada pelo grupo Bertin." (Id 957909 - p. 02) (TRT 8, 0010258-44.2013.5.03.0151. Recurso Ordinário. Órgão Julgador: Sexta Turma; Relator: Rogerio Valle Ferreira - Data 22 de julho de 2014.)

E ainda em consulta<sup>5</sup>:

"...Também integrante da 1ª Turma, a desembargadora Cristiana Maria Valadares Fenelon, utilizou a internet para consultar o endereço de uma unidade da empresa reclamada. Ao confirmar que o local foi levado em consideração na citação da ré para integrar a reclamatória, reconheceu a má-fé da empresa. Para a relatora, a ré alterou a verdade dos fatos e opôs resistência injustificada ao andamento do processo. Nesse contexto, a Turma de julgadores reputou válida a citação, rejeitando a possibilidade de nulidade. Os julgadores aplicaram à ré, de ofício, a multa de 1% sobre o valor da causa, por litigância de má-fé (TRT 3ª Região– Processo nº 0010139-47.2014.5.03.0087 – 18/08/2014)."

Nesta ocasião, nota-se total incongruência tanto na criação de um princípio sem qualquer sustentação histórica, filosófica, quanto em sua justificativa. Na Constituição vigente predomina a ideia de democracia, não cabendo um juiz inquisitivo, que decide conforme suas convicções pessoais e cria um princípio para justificá-las, há leis a serem observadas e um processo legal a ser seguido, processo este em que o juiz deve ter uma postura imparcial e não inquisitiva, além

---

<sup>5</sup> Princípio da conexão liga o processo ao mundo de informações virtuais. Disponível em <<http://internet-legal.jusbrasil.com.br/noticias/215669243/principio-da-conexao-liga-o-processo-ao-mundo-de-informacoes-virtuais>> Acessado em 28 de julho de 2016.

disso, não fora observado o princípio do contraditório, princípio este com arraigado significado histórico e com manifesta previsão legal e constitucional.<sup>6</sup>

#### 4.1 Princípio da Proteção do Trabalhador

A proteção do trabalhador é atributo predominante no Direito do Trabalho brasileiro, em decorrência de sua hipossuficiência frente à relação com empregador. Esse princípio apresenta uma compensação jurídica, em decorrência da presunção de desvantagem econômica e social do empregado perante o empregador se revelando como uma manifestação de justiça social. Considerado inspirador de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo especializado.

Em relação a esse princípio Mauricio Godinho Delgado (2012, p.194), e outros diversos doutrinadores conceituados, o apontam como cardeal do Direito do Trabalho, pois influi em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado.

Para Martins (2000, p. 848):

O princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente, que está na própria raiz do Direito do Trabalho e justifica a existência desse ramo da ciência jurídica, retira seus fundamentos das superioridades econômica e jurídica do empregador, uma vez que tal princípio é justificado pela natural desigualdade na qual se encontram os contratantes da relação de emprego: o trabalhador, subordinado e hipossuficiente, e o empregador, com maiores poderes econômicos e de mando.

Em sentido contrário ao fundamento da proteção do trabalhador está Antunes (1943, p. 206):

[...] Se determinado estado adota o sistema de produção, o trabalho subordina-se então à iniciativa, à direção e à organização do capital, não podendo contrariar as bases fundamentais do regime econômico e político, devendo, então, o interprete, atentar para a conservação da vida empresarial e não sacrificá-la na defesa de interesses imediatos e exclusivos do capital ou do trabalho.

---

<sup>6</sup> STRECK, Lênio. **Graças ao princípio da conexão, encomendarei um kit de (tecno)verdade.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-18/senso-incomum-gracas-principio-conexao-encomendarei-kit-tecnoverdade>> Acessado em 25 de julho 2016.

É perceptível pelos fundamentos imediatos deste princípio que se justificam na desigualdade de cunho jurídico e econômico, e busca-se pela igualdade material, de forma a suprir as desigualdades com um favorecimento legal. Inegável é a importância deste princípio para esta justiça especializada, pois o trabalhador em tudo depende do empregador, não só no que tange a tarefa que executa, mas também economicamente para sua subsistência.

Importante salientar que o presente trabalho não se inclina a criticar este princípio, mas sim, a forma como é usado pelo judiciário, isso porque se trata de um princípio genérico, que na prática é usado de forma imprecisa e nebulosa. Conforme é possível verificar em diversas decisões:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DAS RECLAMADAS. RECURSO ÚNICO. RECURSO DE REVISTA. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A negativa de prestação jurisdicional foi suscitada tão somente na minuta do agravo de instrumento, configurando-se inovatória a alegação, o que não autoriza o conhecimento do recurso de revista por esta Corte. Agravo de instrumento desprovido. 2) SALÁRIO POR FORA. O Regional proferiu decisão em consonância com o princípio do livre convencimento motivado do juiz (artigo 131 do CPC), com base nas provas e circunstâncias constantes no processo. Desse modo, a matéria em discussão está assente no conjunto fático-probatório e se esgota no duplo grau de jurisdição, pois a instância a quo é soberana na apreciação das provas. Incólumes, pois, os artigos 333 do CPC e 818 da CLT. Agravo de instrumento desprovido. 3) QUILOMETROS RODADOS. O Regional proferiu decisão em consonância com o princípio do livre convencimento motivado do juiz (artigo 131 do CPC), com base nas provas e circunstâncias constantes no processo. Desse modo, a matéria em discussão está assente no conjunto fático-probatório e se esgota no duplo grau de jurisdição, pois a instância a quo é soberana na apreciação das provas. Incólumes, pois, os artigos 333 do CPC e 818 da CLT. Agravo de instrumento desprovido. 4) RECONVENÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 940 DO CC AO DIREITO DO TRABALHO. Não se aplica o art. 940 do CC ao Direito do Trabalho, primeiro porque existem regramentos específicos - os arts. 16 a 18 do CPC - a serem aplicados nas hipóteses em que se busca coibir a conduta desonesta das partes. Segundo, porque o art. 940 do CC é norma do direito comum incompatível com o Direito do Trabalho, haja vista que, enquanto o Direito Comum tem por base a igualdade das partes envolvidas na relação jurídica, o Direito do Trabalho, norteado pelo princípio da proteção ao trabalhador, destina uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia. Desse modo, a aplicação do art. 940 do CC às relações trabalhistas implicaria impor ao empregado um ônus desproporcional, em confronto com o princípio tutelar que rege as relações trabalhistas. Agravo de instrumento desprovido.

(TST – Agravo de instrumento em recurso de revista: 720004220095150033 72000-42.2009.5.15.0033, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 29/02/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/03/2012)

Conforme se depreende da leitura do artigo 940 do Código Civil, são possíveis duas situações: (i) o credor pretender receber dívida já paga, hipótese em que responderá pagando ao suposto devedor o dobro do que lhe houver cobrado e (ii) o credor que pretende receber mais do que lhe é devido, caso em que responderá pagando ao suposto devedor o excesso cobrado.

Nesta ocasião, não acatar o artigo citado, significa dizer que se exclui a má-fé do trabalhador, que já tenha recebido e invoque em juízo dívida já paga, para aquele que fizer isso, nada acontecerá, em favor a proteção do trabalhador. Isso na prática gera inúmeras consequências das quais podemos citar: (i) prejuízos ao empregador que tem altos custos em decorrência de verbas processuais; (ii) excesso e acúmulo de ações indevidas e infundadas em andamento, (iii) locupletamento dos litigantes de má-fé, em caso de procedência da ação.

E nesse sentido, vem decidindo inúmeras vezes:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA. PENALIDADE DO ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA NO DIREITO DO TRABALHO. A norma inscrita no artigo 940 do Código Civil, a qual prevê a condenação daquele que exige dívida já quitada ao pagamento de indenização em valor correspondente ao dobro da importância exigida, é norma de direito comum, cunhada sobre a presunção de igualdade dos sujeitos da relação jurídica, cuja aplicação no direito do trabalho implicaria impor ao trabalhador ônus excessivo e desarrazoado. Assim, em face do que determina o art. 8º, parágrafo único, da CLT, é inaplicável como fonte subsidiária do direito do trabalho que, orientado pelo princípio da proteção, rege relações jurídicas nas quais é notória a hipossuficiência econômica dos empregados perante os empregadores, conferindo tratamento mais benéfico aos obreiros. Ademais, mesmo reconhecendo a inaplicabilidade do art. 940 do Código Civil no âmbito do Direito do Trabalho, a finalidade de coibir a atuação desonesta das partes no processo pode ser perfeitamente alcançada pelos julgadores por meio das normas inscritas nos artigos 16 a 18 do Código de Processo Civil, que preveem sanções para a litigância de má-fé. Precedente. Recurso de embargos conhecido e não provido. (Processo: E-ED-RR - 27400-45.2009.5.03.0137 Data de Julgamento: 03/11/2011, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 11/11/2011).

EMBARGOS. PENA PREVISTA NO ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (ARTIGO 1.531 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916). APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO DE EMPREGO. INCOMPATIBILIDADE. -A norma inscrita no artigo 940 do Código Civil, a qual prevê a condenação daquele que exige dívida já quitada ao pagamento de indenização em valor correspondente ao dobro da importância exigida, é norma de direito comum, cunhada sobre a presunção de igualdade dos sujeitos da relação jurídica, cuja aplicação no direito do trabalho implicaria impor ao trabalhador ônus excessivo e desarrazoado. Assim, em face do que determina o art. 8º, parágrafo único, da CLT, é inaplicável como fonte subsidiária do direito do trabalho que, orientado pelo princípio da proteção, rege relações jurídicas

nas quais é notória a hipossuficiência econômica dos empregados perante os empregadores, conferindo tratamento mais benéfico aos obreiros- (Ministro Augusto César Leite de Carvalho). Imperioso ressaltar que o Código de Processo Civil prevê meios para coibir eventual má-fé no processo (artigos 17 e 18), inclusive com a responsabilização da parte por perdas e danos (artigo 16). Recurso de embargos conhecido e não provido. (TRT 2º Região. Embargos em Recurso de Revista nº 187900-45.2002.5.02.0465, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, SBDI-1, DEJT 10/12/2010).

Desta forma, não há qualquer inibição aos litigantes de má-fé em decorrência do princípio da proteção do trabalhador. Contudo, o litigante de má-fé, em qualquer circunstância não merece proteção.

Conforme sabido, as ações têm alto custo para aqueles que não se beneficiam com a justiça gratuita, e o empresário para se defender de tais ações, dispõem de altos valores. Inclusive no que tange ao alto valor gasto, ocorreu um aumento dos valores para interposição de recursos junto à corte, e passou a ser de R\$8.959,63 para a interposição de recurso ordinário e de R\$ 17.919,26, para recurso de revista, embargos, recurso extraordinário e recurso em ação rescisória.<sup>7</sup>

Resta demonstrado, o desrespeito à legislação e a parte de boa-fé decidindo em nome do princípio da proteção ao trabalhador. Princípio que em sua essência deve ser respeitado, no entanto, de forma cuidadosa, a fim de não desvirtuar e banalizá-lo.

---

<sup>7</sup>Depósitos recursais têm novos valores a partir de 1º de agosto. Disponível em <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/depositos-recursais-tem-novos-valores-a-partir-de-1%C2%BA-de-agos-1?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fnoticias%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_89Dk%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-2%26p\\_p\\_col\\_count%3D2%26\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_advancedSearch%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_keywords%3D%26\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_delta%3D10%26\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_cur%3D18%26\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_andOperator%3Dtrue](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/depositos-recursais-tem-novos-valores-a-partir-de-1%C2%BA-de-agos-1?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2%26_101_INSTANCE_89Dk_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_89Dk_keywords%3D%26_101_INSTANCE_89Dk_delta%3D10%26_101_INSTANCE_89Dk_cur%3D18%26_101_INSTANCE_89Dk_andOperator%3Dtrue)> Acessado em 07 de agosto de 2016.

## 5. ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O ativismo é um ato do magistrado que ao analisar um determinado caso concreto e realizar uma prestação jurisdicional, faz isso de forma em complementar o ordenamento jurídico.

Este fenômeno pode se apresentar de diversas formas, que se pode verificar em uma interpretação gramatical de uma lei, ou em soluções resultantes de uma idealização extraída da ponderação de princípios, e ainda em decisões com elevado grau de suplementação.

Conforme ensina Rafael Tomaz de Oliveira<sup>8</sup> (2012, s. p.):

Já o ativismo liga-se a um desejo do órgão judicante com relação à possibilidade de alteração dos contextos político-sociais. Pode ser conservador ou progressista. No final, o resultado é o mesmo: o Judiciário agindo por motivos de convicção e crença pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da comunidade política.

Isto posto, no tocante ao ativismo, o poder judiciário se reveste de prerrogativas para intervir e modificar o estado das coisas, por meio de uma interpretação criativa, ora adotando critérios mais abertos na hermenêutica jurídica ora valorizando os princípios. Os juízos de ponderação e a constitucionalização do direito são tidos como características substanciais do ativismo (SARMENTO, 2009, p. 109).

No que tange à vinculação excessiva da Constituição ressalta Daniel Sarmento (2012, s. p.):

[...] o reconhecimento da vinculação dos particulares à Constituição suscita um risco que não pode ser ignorado: o de imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, de comportamentos e estilos de vida que elas próprias rejeitam, em detrimento da sua liberdade existencial. Para dar um exemplo bem tosco, seria terrível se o Direito, em nome do princípio da solidariedade social, pudesse impor às pessoas que demonstrassem afetos e sentimentos que elas não possuem genuinamente. Ou se, em nome da isonomia, pretendesse interferir nas escolhas subjetivas e emocionais que os indivíduos fazem nas suas vidas privadas. A constitucionalização, neste sentido, poderia converter-se num pretexto para o exercício de um paternalismo anti-liberal, em que as pessoas seriam

---

<sup>8</sup> Tomaz, Rafael de Oliveira. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acessado em 09 de agosto de 2016.

forçadas a conformarem-se às expectativas sociais forjadas a partir de pautas de ação “politicamente corretas”, com apoio na Constituição.

José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 51) traz um conceito de constitucionalismo, fenômeno que submete toda e qualquer norma a Constituição Federal:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder para fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Torna-se preocupante esse fenômeno com a aplicação dos princípios gerais na argumentação jurisdicional, pois, tais institutos permitem uma manipulação dos valores constitucionais de acordo com sua preferência de cada intérprete. O que faz com que a atividade jurisdicional se torne discricionária. E ainda, através da constitucionalização do direito, transfigurando todas as questões de direito em questões constitucionais, oportuniza ao magistrado excluir normas jurídicas que discorram do conteúdo.

No que se refere ao papel da função jurisdicional Edinilson Donisete Machado (2012, p. 113) destaca que:

A autonomia judicial não pode ser excessiva, posto que poderá vir a exteriorizar apenas a vontade individual do julgador, da mesma maneira que nunca poderá ser excessiva a adesão aos princípios constitucionais, em sua aplicação, haja vista que derogariam todas as regras do sistema que promovem a autonomia necessária ao cumprimento do controle da vontade política substancial, consolidada no ordenamento, via Constituição. A autonomia judicial, assim, ao se limitar aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios, evita a arbitrariedade.

Conforme pondera Elival da Silva Ramos (2010, p. 285):

Como já foi dito, a maior parte dos escritos nacionais associados ao ideário do neoconstitucionalismo contemplam manifestações de um difuso moralismo jurídico e, nesse sentido, constituem fator de impulsão ao ativismo judicial. (...) A principiologização do direito (...) desponta como a face mais visível desse pretensão “pós-positivismo” tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípios e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam

de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolatores.

O resultado prejudicial das teses neoconstitucionalistas é a perda de parâmetro, ocasionando uma situação em que os juízes acreditam que qualquer interpretação judicial é admissível. Sobrepondo as razões dos magistrados pelas razões jurídicas, já que, qualquer argumentação valorativa é válida. Mas isso representa uma integral descaracterização do uso de normas jurídicas como parâmetros decisórios, afastando uma perspectiva de compreensão racional de argumentos judiciais por parte dos cidadãos, vulnerando-se, assim, a ideia de Estado de Direito (GALVÃO, 2012, p. 190).

Um aspecto muito criticado desse fenômeno é no que tange a legitimidade das decisões proferidas por um Poder não representativo, ignorando sua legação institucional.

Nesse sentido explica André Ramos Tavares (2012, p. 22):

O legislador pode temer o juiz por estar a magistratura a pretender atuar como um legislador paralelo, numa espécie de revisor universal da justiça das leis e, conseqüentemente criador do Direito a ser aplicado. Esse tipo de situação pode originar-se de inclinações ideológicas da magistratura, mas não apenas isso. Pode ser também uma espécie de reação da própria magistratura à fraqueza e estagnação legislativa (o que, mesmo assim, não deixará de causar temor aos legisladores).

Tal situação se dá em decorrência do déficit representativo que existe entre os políticos eleitos e a população, que é demonstrado por um “vácuo” na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo (MEDEIROS, 2013, p. 539). Com a idealização de facilitar mecanismos procedimentais, garantir direitos, de forma que creem estar efetivando direitos em defesa dos valores previstos na Constituição Federal.

A Justiça do Trabalho foi criada com finalidade social, e é um ramo que se situa em um cenário muito abrangente de transformações contínuas na função judicial (MANCUSO, 2009, s. p.), do mesmo modo que o ativismo judicial se estabelece nos demais ramos do direito, também se estabelece nesta justiça especializada. A proposta de instituição, com fundamento em princípios abstratos e regras gerais desde a origem já despertou preocupações com os limites da função normativa.

Essa justiça especializada antes mesmo da vigência da Constituição de 1988, já apontava sinais do ativismo judicial. Quando esse fenômeno passou a ser visto no Judiciário como um todo, a Justiça do Trabalho já se mostrava pioneira nesse aspecto. O que podia e pode ser visto na força do direito sumular trabalhista, nos dissídios coletivos e no modelo de um juiz trabalhista ativo que, frente a questões trabalhista, resolve pautado em princípios.

No decorrer do tempo, vários precedentes foram criados pelo TST e reconhecidos por seu caráter criativo, uns sem efeito vinculante e outros que serviram como base para a criação de normas, sendo fonte formal do direito. Tais enunciados, sempre possuíram potencial persuasivo e se faziam presentes para integrar lacunas normativas, onde indicavam um caminho para casos parecidos futuros.

Além dos enunciados, há normas que permitem a uma postura ativa do magistrado, como é o caso do artigo 769 da CLT, que permite a aplicação de dispositivos processuais de outros diplomas legais. No entanto, há dificuldade de identificar quais as lacunas que permitem a aplicação de outro diploma legal, e ainda o que é ou não incompatível com as normas da CLT, dando total poder ao juiz para defina essas questões e aplicar outros dispositivos da maneira que quiser e achar cabível.

Desta forma, restará demonstrado nos tópicos a seguir, a instabilidade causada por essa atuação ativa do judiciário. Causando uma prejudicialidade a todos que estão submetidos a esta justiça especializada.

### **5.1 A Ideia de Proporcionalidade (Para Justiça Trabalhista)**

A ideia de proporcionalidade foi criada pela jurisprudência do tribunal alemão, com fulcro na interpretação de disposições de uma Constituição que oferece uma lista de direitos fundamentais instituídos como resposta às vivências totalitárias do passado. E por se tratar de noções vagas dessas disposições protetivas, houve uma necessidade de defini-las, o que poderia implicar em uma redução ou ampliação, a depender do intérprete. (VÍRGILIO AFONSO, p. 45)

No exercício desse poder tendo potencial de ampliar ou reduzir esses direitos, a Corte Constitucional escolheu por ampliá-los. Essa disposição foi determinada como forma de propiciar tutela a todas as situações que houvesse o envolvimento de direitos fundamentais não protegidos explicitamente.

Assim, ao longo desse desenvolvimento jurisprudencial construtivo, surgiu a ideia de proporcionalidade para ajustar a premissa constitucional de que, posto que não há direitos absolutos, o legislador poderia limitá-los.

Com isso a ideia de proporcionalidade se fortaleceu, já que a maior parte dos casos compreendendo direitos fundamentais passou a ser decidido com base nessa orientação, com destaque na ponderação das escolhas, o que dá grande discricionariedade aos magistrados e concede oportunidade ao potencial protagonismo judicial.

Nessa lógica explica Santos (2004, p. 109):

Eles fazem do princípio da proporcionalidade um teste, através do qual se verifica qual dos direitos apresentados sob a forma de princípio deve prevalecer ou como os direitos em colisão devem se comportar no caso concreto, medindo a constitucionalidade de atos estatais.

Este princípio está previsto na Constituição Federal de forma implícita, podendo ser extraído especialmente do §2º do artigo 5º, onde dispõe sobre os direitos e garantias: “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Portanto, o princípio da proporcionalidade se designa como mecanismo de resolução de conflitos de princípios. Assim, quando o magistrado se depara com uma situação na qual há dois princípios colidindo, o meio usado para solucionar o problema é o princípio da proporcionalidade (NUNES, 2002, p. 41)

No Direito do Trabalho não é diferente e a doutrina e a jurisprudência desde os primórdios adotam esse princípio. Conforme explica Plá Rodriguez (2004, p. 411):

Ninguém pode negar o direito do empregador de complementar e respaldar o seu poder diretivo com a faculdade de sancionar os infratores. É o que lhe dá eficácia e efetividade. Mas essa possibilidade de aplicar sanções não significa carta branca para atuar de qualquer maneira. Tem-se que se basear em critérios de razoabilidade. Deve existir uma razoável proporcionalidade entre sanções aplicáveis e a conduta do trabalhador,

tanto no que se refere à natureza da falta, com sua reiteração, como também no que concerne aos demais antecedentes do trabalhador punido.

E ainda sobre a aplicação deste princípio na Justiça do Trabalho explica Giglio (2000, p. 16):

Manda o bom-senso e o ideal de justiça, já consubstanciados no princípio geral de direito - que recomenda atribuir a cada um seu quinhão (suum cuique tribuere) -, deva existir uma proporcionalidade entre o ato faltoso e sua punição, aplicando o empregador as penas menos severas para as infrações mais leves e reservando o despedimento para as mais graves.

Tal princípio é usado corriqueiramente em ações trabalhistas, conforme é possível verificar nos seguintes julgados:

JUSTA CAUSA - PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA PUNITIVA - O princípio da proporcionalidade manda que a medida punitiva adotada seja proporcional à falta praticada pelo agente. Assim, é exagerada a dispensa por justa causa do empregado pelo simples fato de ele ter se recusado a continuar laborando em um determinado dia, no qual deixou o serviço após desentendimento episódico e ocasional com sua chefia. Tanto mais quando se trata de trabalhador com alguns anos de casa, nos quais não se comprovou qualquer antecedente na prática de falta dessa natureza. (TRT 3º Região. Recurso Ordinário. nº 0000359-35.2011.5.03.0040, Relator: Jorge Berg de Mendonça, órgão julgador: sexta turma, publicação 17/10/2011)

JUSTA CAUSA. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ATO DO EMPREGADO E O PREJUÍZO SOFRIDO PELO BANCO. A relação causa-efeito entre a ação do empregado e o prejuízo sofrido pelo banco deve estar suficientemente demonstrada para fundamentar a ruptura do contrato de trabalho, com justa causa, pelo empregador. In casu, o recorrido cometeu uma irregularidade administrativa, todavia, a penalidade aplicada não guardou a devida proporcionalidade com a falta aplicada (TRT 11ª Região, Recurso ordinário. Nº 230/98, Pleno).

Embora este princípio mantenha enorme importância na proteção dos direitos fundamentais, é alvo de diversas críticas pela doutrina. Nas palavras de Bonavides (1997, p. 390) apud Schmidt declara que:

O emprego do princípio da proporcionalidade, derivado do sistema de direitos fundamentais, representa quase sempre uma decisão, em última análise, difícil de fundamentar, que corresponde unicamente ao desejo e à vontade de quem toma a decisão, e por isso não pode pleitear reconhecimento geral.

Desta forma, auferiram ampla relevância este postulado da proporcionalidade, no entanto, mesmo com boa intenção dos magistrados, a aplicação desse princípio gerou uma insegurança jurídica nas decisões, pois permite que juízes julguem todo e qualquer caso, com fundamentos genéricos e imprecisos, contribuindo para o fenômeno do ativismo judicial.

## 5.2 Segurança Jurídica, Direitos Fundamentais e Economia

A importante problemática constitui em desvendar os valores com o qual julgam os juízes, visto o confronto que há entre textos e o contexto das decisões.

Conforme já explanado, o modelo positivista já há muito tempo se encontra fracassado, contudo, o modelo “decisionista” está destinado ao insucesso frente à impossibilidade de conservação de um Estado pautado no livre-arbítrio de uma autoridade tirânica.

A ação interpretativa realizada pela autoridade julgadora, que se desapega absolutamente de qualquer parâmetro, gera-se uma casuística onde o juiz passa a interpretar a lide considerando exclusivamente o caso concreto e suas próprias convicções, resultando em uma situação completamente diversa daquela que prevê o ordenamento jurídico de um Estado de Direito.

A segurança jurídica é sustentáculo de um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, Lênio Streck em entrevista concedida à Revista Conjur<sup>9</sup>, afirma que “o cidadão tem sempre o direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor, mas simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição”.

José Afonso Silva (2001, p. 431) traz que a segurança jurídica compõe-se diretamente de um “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o

---

<sup>9</sup>Streck, Lênio. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>> Acessado em 22 de setembro de 2016

conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da Liberdade conhecida”.

Para Reale (1994, p. 86) “certeza e segurança formam uma ‘díade’ inseparável”, pois:

[...] se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta”.

Nas palavras José Augusto Delgado (2003, p. 246) apud Pedro J. Frias, corrobora o entendimento de estrita relação entre o Estado de Direito e a Segurança Jurídica da seguinte maneira:

A segurança é o contexto dentro do qual se tomam as decisões individuais e as interações dos atores sociais; para eles, é a expectativa de qual o marco legal é e será confiável, estável e previsível. Para que assim seja, é indispensável que as decisões dos atores políticos se tomem segundo a “lógica das regras” e não segundo a “lógica da discricionariedade”. A segurança jurídica influi no crescimento econômico, porque a decisão de seus atores depende de suas expectativas a respeito do futuro, em primeiro lugar, e de suas expectativas a respeito das expectativas dos outros, em segundo lugar. Os problemas que surgem da incerteza, ações não cooperativas ou inconsistência temporal se resolvem dentro da lógica das regras.

Osmar Mendes Paixão Côrtes defende que (2002, p. 221):

Em síntese, tem-se que a segurança jurídica é valor principal do sistema, obtido por meio da garantia de que determinada lei preexistente será aplicada por magistrado que, prolatando sentença, exaure a sua função e a situação objeto da decisão não mais poderá. Ser alterada. Ou seja, pela positividade, decidibilidade e, por fim, recrudescimento da decisão, é trazida segurança jurídica às relações sociais, e obtida a paz, objeto da jurisdição, como expressão de poder do Estado. É um processo, com início na edição da lei, meio com o julgamento pelo Poder competente, e fim com a imutabilidade da decisão – aí todos se conformam e a paz social enfim é obtida.

Desta forma, a obtenção de segurança jurídica estaria subordinada à limitação da atividade judicial, de modo que a falta da noção de previsibilidade da

decisão, poderia ocasionar a formação de distintas soluções adequadas a acontecimentos parecidos, resultando em uma multiplicação de processos, e um caos jurídico, de forma que não haveria como saber o que é ou não direito.

O Ministro José Augusto Delgado<sup>10</sup>, em sucinta análise acerca do Estado de Direito e sua ligação com a segurança jurídica, apontou:

O Estado de Direito surgiu na metade do Século XIX em face dos movimentos doutrinários e políticos para a sua consagração. A partir desse momento, passou a se considerar, em sede e expansão conceitual, que a atuação do Estado, embora voltada para proporcionar o bem comum ou a felicidade da vida, a segurança, a saúde, a educação e a prosperidade dos seus administrados, além de proteger os seus direitos individuais, devia seguir a linha determinada pelo ordenamento legal positivo que ele próprio criou, impondo a si mesmo essas regras, auto limitando-se, o que significou o afastamento do Estado com Poder totalitário.

Os reflexos dessas mudanças impõem considerar que o Estado de Direito está sustentado em dois fundamentos: a segurança e a certeza jurídica. Esses princípios são absolutamente necessários para que a função estabilizadora do Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal lhe concede a competência para de julgar os litígios, seja desenvolvida com estabilidade e credibilidade.

E no mesmo sentido, defende MacCormick (2008, s.p.), que aduz que o sistema de normas “estabelece uma moldura capaz de proporcionar a previsibilidade na vida das pessoas e razoável proteção contra intervenções arbitrárias tanto de agentes públicos como de cidadãos providos”.

É fundamental que o cidadão compreenda o que o Estado espera dele, e também, prever como deve se portar diante deste, sendo capaz de adequar suas condutas ao ordenamento, ou ainda, ter a noção de que caso proceda em desconformidade com as normas, saiba o que esperar do Estado correspondente a resolução deste descumprimento.

E aí está a dificuldade da Justiça do Trabalho, deixar claro as normas que regem as relações submetidas a essa Justiça. Isso porque, conforme visto, há além das leis que regem tal relação, um grande numero de súmulas, e além disso nos deparamos com súmulas que modificam normas - conforme já se verifica o caos jurídico -, e para piorar a instabilidade, há magistrados que decidem exclusivamente de acordo com princípios afastando súmulas, julgados e normas, ou ainda atuam de maneira ativa legislando sobre determinado assunto.

---

<sup>10</sup> DELGADO, José Augusto. **O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional.** Disponível em: <bdjur.stj.jus.br/jspui/.../O\_Princípio\_da\_Segurança\_Jurídica.pdf>. Acessado em: 15 de setembro de 2016.

Observa-se por essas constatações, que são imprecisas as condutas determinadas aos cidadãos. Em consonância a isso, esta uma liminar assinada pelo ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal:

Que suspende todos os processos e até efeitos de decisões na Justiça do Trabalho que discutiam a aplicação da ultratividade<sup>11</sup> de normas de acordos e de convenções coletivas. A controvérsia envolve súmula do Tribunal Superior do Trabalho que reconhece cláusulas coletivas nos contratos individuais mesmo quando elas já deixaram de vigorar, até que novo acordo seja firmado. A decisão ainda deve ser referendada pelo Plenário do STF.

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) afirma que a jurisprudência — reconhecida pela Súmula 277 do TST “despreza” o fato de que essa regra existia na Lei 8.542/1992, que tratou do tema, mas foi revogada. Para o ministro, “parece evidente” que o assunto desperta dúvida sobre o cumprimento dos princípios da legalidade, da separação dos Poderes e da segurança jurídica.

Até 2012, o enunciado da corte do Trabalho dizia o extremo oposto. O posicionamento foi revisto na chamada “Semana do TST”, que reavaliou a jurisprudência e o regimento interno da corte, em setembro daquele ano. “Da noite para o dia, a Súmula 277 passou de uma redação que ditava serem as normas coletivas válidas apenas no período de vigência do acordo para o entendimento contrário, de que seriam válidas até que novo acordo as alterasse ou confirmasse”, afirma Mendes.

Ele considera “no mínimo exótico [...] que um tema que tenha sido mais de uma vez objeto de análise pelo Poder Legislativo – em amplo processo democrático de elaboração de leis – retorne ao cenário jurídico por meio de simples reunião interna de membros do Tribunal Superior do Trabalho”.

O ministro reconhece que a suspensão do andamento de processos “é medida extrema que deve ser adotada apenas em circunstâncias especiais”, mas considerou que o tema exigia a medida. A decisão monocrática tem 57 páginas, com referências ao Direito alemão e uma série de palavras duras.

Para o entendimento do caso em 16 de novembro de 2009 a súmula 277 tinha a seguinte redação:

A Súmula 277 passou a ter, então, a seguinte redação: “Nº 277 Sentença normativa. Convenção ou acordos coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho

I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II - Ressalva-se da regra enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001”

E sem qualquer amparo a precedentes, foi revista, na “semana do TST”, realizada em 2012, com objetivo de modernizar e rever as jurisprudências,

---

<sup>11</sup> Revista Consultor Jurídico: **Todos os processos trabalhistas sobre ultratividade de acordos são suspensos** . Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-out-15/stf-suspende-todos-processos-trabalhistas-ultratividade-acordos>> Acessado em 16 de outubro de 2016.

alterando e criando outras diversas súmulas e orientações do TST. Dessa forma, passou a ter a seguinte redação:

“CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”.

A CONFENEN, que arguiu a inconstitucionalidade da súmula, alega que tal alteração foi feita sem precedentes jurisprudenciais, fundamentado no artigo 114 §2º da Constituição Federal, que teria “instituído o princípio da ultratividade. E sintetiza:

168. Não há como instituir a ultra-atividade às cláusulas normativas, vez que, primeiramente, o texto original do artigo 114, parágrafo segundo da CF não previu tal instituto; pelo contrário, restou reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 2081-DF, Relator Ministro Octávio Gallotti, que a regulamentação da matéria estaria no plano infraconstitucional; segundo, a única exceção à regra de eficácia limitada das condições negociadas ao termo do respectivo instrumento normativo decorreu de expressa previsão legal contida na Lei nº 8542/92. Tendo sido tal diploma revogado, inexistente suporte legal determinativo da ultra-atividade dos efeitos das cláusulas; terceiro, os acordos ou convenções coletivas, diferentemente de uma lei, são efêmeros, possuem prazo de validade, caráter contingente, valem apenas por um período certo e determinado pela legislação trabalhista e, ainda assim, podem ser revistos.

169. O artigo 613 da C.L.T. obriga as convenções a conter: prazo de vigência (inc. I); condições de trabalho durante o prazo de vigência (inc. IV); processo de prorrogação e de revisão total ou parcial (inc. VI).

170. No § 3º, o art. 614 proíbe convenção ou acordo por prazo superior a 02(dois) anos.

171. A convenção resulta de uma delegação legal aos sindicatos para estabelecer normas temporárias de aplicação apenas às categorias, por prazo certo, criando condições não previstas em lei, mas, evidentemente, com respeito a elas e aos ditames constitucionais.

172. Portanto, por determinação expressa de lei, a convenção tem prazo certo de vigência e é revisada” (eDOC, p.61).

Nota-se total congruência no alegado, pois houve a criação de um princípio, sem qualquer embasamento legal, e ainda, o que torna mais agravante, tal súmula previa de forma diversa de disposição legal realizando um verdadeiro “zig-zague” jurisprudencial, ora entendendo a possibilidade de algo, ora negando de forma a comprometer severamente a segurança jurídica.

Inegável o prejuízo trazido ao estado e as partes em decorrência de tais constatações. Esse prejuízo além de intervir no sistema jurídico como um todo,

esta intimamente ligado a questões econômicas, já que condenações, em sua grande maioria, significam dispêndio financeiro.

E ainda que sejam considerações genéricas e hipotéticas, se verifica nos processos trabalhistas que a grande maioria dos empregados gozam de justiça gratuita, não sendo o cabimento diante da maioria das empresas que figuram no polo passivo de ações, ou até mesmo, no polo ativo. O que expressa, que em relação ao prejuízo trazido pela insegurança jurídica, esse atinge a todos, mas no que tange aos prejuízos econômicos, é notório que as empresas dispõem de altos valores em discussões no judiciário.

O valor dos recursos aumenta consideravelmente, há depósitos judiciais que devem ser feitos durante a tramitação dos processos, e ainda multas elevadas, isso tudo, além do valor devido ao empregado. Importante ressaltar que não se defende a inadimplência do pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado.

Portanto, diante do cenário exposto, onde há uma total instabilidade e insegurança jurídica, onde não é possível saber precisamente qual a conduta correta com base em uma análise superficial, sendo necessário um estudo complexo e composto entre todas as fontes dessa justiça para que se conclua o procedimento preciso e adequado em relação a determinados assuntos, quando combinado com a questão econômica, resulta em um total desestímulo a atividade empresária, prejudicando o sistema econômico estatal como todo, e ainda, indiretamente passa a prejudicar o empregado.

### **5.2.1 Reflexos econômicos de decisões (i)legítimas: o mito da proteção do trabalhador**

Na maioria das ações desta justiça especializada, com o condão de proteção ao trabalhador, constata-se diversas atrocidades jurídicas, que desfavorecem o desenvolvimento econômico do país.

Tanto é assim que em fevereiro de 2016, o presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ministro Ives Gandra Filho, deu uma declaração do qual afirmou que a justiça trabalhista precisa ser menos paternalista para ajudar a tirar o

país da crise. E ainda, que o governo deveria flexibilizar mais a legislação trabalhista, para que assim pudessem ocorrer acordos fora da CLT. No mesmo sentido, defende a aprovação do projeto que trata da aprovação da terceirização, para que dessa forma, pudesse “dar um folego” às empresas.<sup>12</sup>

Ainda que não concordemos em sua totalidade com a declaração dada, já que não é defensível um retrocesso aos direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo dos anos, direitos que merecem ser respeitados e obedecidos em sua integralidade.

Apenas a teor de tal declaração podemos extrair o quanto há uma prejudicialidade de uma das partes em demandas trabalhistas, resultando em um desestímulo a atividade empresarial como um todo, pois ainda que o empresário acredite estar agindo conforme os ditames legais, se esbarra em sumulas, orientações e ainda jurisprudências que mudam o sentido da lei tornando instável todo um sistema.

E com o fenômeno do ativismo já estudado acima, torna ainda pior a catástrofe desta justiça especializada. E isso é fácil de ser notado em diversas ações. Em recente decisão dos autos nº 0000745-93.2014.5.15.0115 da comarca de Presidente Prudente, 2º Vara do Trabalho, foi aplicado o artigo 523 do Novo Código de Processo Civil. Este artigo preceitua:

Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

§ 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante.

§ 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

Constata-se pela redação do artigo, que mediante requerimento das partes pode ser determinado o cumprimento definitivo da sentença em relação à quantia certa já fixada em liquidação. Em relação às demais ações não pertencentes

---

<sup>12</sup>**Presidente do TST defende flexibilização das leis trabalhistas.** Disponível em <<http://oglobo.globo.com/economia/presidente-do-tst-defende-flexibilizacao-das-leis-trabalhistas-18766412#ixzz41VdS1f7m>> Acesso em 17 de junho de 2016.

ao ramo da justiça do trabalho, trata-se de grande evolução ao direito trazendo benefícios aos credores.

Mas sua aplicação em ações trabalhista seria totalmente lesivo ao empresário, que teria grande prejuízo, em decorrência de um capital de giro ficar imobilizado em depósito judicial, isso se conseguir custear tal valor a ser depositado de maneira integral. Pensando em grandes empresas que possuem amplo volume de ações, seria financeiramente impossível manter a atividade empresarial desta forma.

Em decisão supra citada, percebe a imoderação da Juíza, que de ofício determinou a aplicação do aludido artigo, sem quaisquer requerimento da parte. Indispensável frisar que evidentemente, a análise é puramente acadêmica e não visa desqualificar ou criticar o agente estatal prolator da decisão, mas sim, o ato em si que foi justificado da seguinte forma:

**CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO DA SENTENÇA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 523, CAPUT, DO CPC/2015.**

O artigo em destaque tem plena aplicabilidade ao Processo do Trabalho, por força do artigo 769, da CLT. A CLT é lacunosa quanto à matéria, que é totalmente compatível com o Processo do Trabalho.

Aliás, referida regra vem ao encontro do estabelecido no inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal (que deve ser a fonte primeira de todo direito), que, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, assim dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Dessa forma, se a regra do artigo 523, caput, do CPC/2015 visa a agilizar a tramitação processual, impondo ao devedor uma sanção para o caso de não cumprimento voluntário da obrigação, com mais razão é ela aplicável ao Processo do Trabalho – que cuida, em geral, de créditos alimentares privilegiados – que ao Processo Civil.

Destarte, com fundamento no dispositivo legal citado, considerando-se a condenação ao pagamento de quantia certa, o não cumprimento voluntário da sentença, com a satisfação do débito no prazo de 15 (quinze) dias, importará no acréscimo de multa no percentual de 10% (dez por cento) sobre o total atualizado e acrescido de juros.

Tal sentença determina que a empresa deposite o montante de R\$ 35.000 em quinze dias sob pena de acrescer 10% sobre o total atualizado e acrescido de juros. Ainda cabendo recursos contra decisões, deve o empresário depositar o citado valor, e ainda arcar com as despesas de possível recurso.

E isso, vem ocorrendo em diversas outras decisões, conforme se verifica:

AGRAVO DE PETIÇÃO DA SEGUNDA EXECUTADA. EXECUÇÃO. SALDO REMANESCENTE. CESSAÇÃO DA APURAÇÃO DOS JUROS DA MORA. EFETIVO PAGAMENTO DOS CRÉDITOS DEVIDOS. SÚMULA Nº 4 DO TRT1.

Incidem juros de mora sobre os valores atualizados do crédito exequendo até a data do efetivo pagamento, independentemente de ter sido feito depósito para garantir a execução, conforme dispõe a Súmula nº 4 deste Regional. Recurso desprovido. MULTA DO ART. 523, § 1º, DO NCPC (ART. 475-J DO CPC/73). COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. CABIMENTO. A CLT não acompanhou as inovações do Processo Civil, que tiveram como tônica a efetividade e celeridade processual, com intuito de se atingir o fim colimado no mandamento insculpido no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Republicana, segundo o qual -a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação-. Por tal razão, a aplicação da multa estabelecida no art. 523, § 1º, do novo Código de Processo Civil, na esfera trabalhista, é salutar ao direito processual do trabalho, até porque as verbas pleiteadas nesta Justiça Especializada têm natureza alimentícia, e a forma serôdia dispensada à execução trabalhista pelo Texto Consolidado não se ajusta aos valores e garantias essenciais preconizados na Constituição Cidadã, levando-se em conta, ainda, o disposto em seu artigo 7º, X, que, além de proteger o salário, na forma da lei, reconhece sua natureza alimentar. Acrescente-se que o art. 523, § 1º, do NCPC (art. 475-J do CPC/73) tem aplicação plena no Processo do Trabalho porque não apenas se coaduna com os princípios trabalhistas - em especial, o informalismo (pagamento espontâneo) e a proteção ao trabalhador hipossuficiente - mas também o subsidia e complementa (interpretação do art. 15º do NCPC). Nesse passo, perfeitamente cabível a aplicação subsidiária da norma processual civil empreendida pelo Juízo de Origem, considerando-se a natureza alimentar do crédito trabalhista e o ancilamento das normas celetistas atinentes ao caso concreto. Oportuno ressaltar que, mesmo antes do novo Código de Processo Civil, este Relator sempre se posicionou pela aplicabilidade da presente multa ao Processo do Trabalho. Atualmente, o faz com ainda mais convicção, na medida em que o dispositivo mencionado acima, além de vir em contraposição ao entendimento outrora prevalecente no STJ, encontra guarida no art. 520, § 2º, do novo CPC § 2º A multa e os honorários a que se refere o § 1º do art. 523 são devidos no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa' "), que abrange o cumprimento provisório da sentença. Esse dispositivo, sob a égide do conceito de sentença sincrética, veio a valorizar a sentença de primeiro grau, fazendo com que ela não mais seja vista simplesmente como mero rito de passagem para um exame mais aprofundado no segundo grau de jurisdição. Recurso a que se nega provimento.

(TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. Região, 1. Recurso Ordinário nº 0052500-89.2008.5.01.0008 – Relator: Desembargador Federal do Trabalho Enoque Ribeiro dos Santos Acórdão 5a Turma – 28 de junho de 2016)

RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA RECLAMADA (PETROBRÁS). DONO DA OBRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. POSSIBILIDADE.

A figura do dono da obra de que trata a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI-1 do C.TST, além de exigir que a tomadora dos serviços não

desenvolva atividade de construção ou incorporação, tem como pressuposto um contexto de transitoriedade com relação à obra (como o acréscimo de dependências ou reforma do estabelecimento), a qual não deve se inserir na atividade fim da empresa, ou seja, os benefícios trazidos pelo contrato celebrado como de construção civil não podem redundar, diretamente, em lucro para a contratante. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ATUAL ARTIGO 523, § 1º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, AO PROCESSO DO TRABALHO. Há entre o artigo 475-J do Código de Processo Civil, atual artigo 523, § 1º, do novo Código de Processo Civil de 2015 e o artigo 880 da Consolidação das Leis do Trabalho estreita complementaridade, vez que a norma celetista prevê o prazo de 48 horas para pagamento, sem qualquer cominação decorrente de injustificada ausência de pagamento, ao passo que a norma processual comum, embora estabeleça prazo diverso para pagamento (15 dias) contém cominação quando o devedor não satisfaça a obrigação em tempo certo. Recurso Ordinário da segunda ré parcialmente conhecido e não provido.

(TRT 1º Região. Recurso Ordinário nº 00017864720145010451. Órgão julgador: quinta turma. Publicação 23/02/2016)

Como visto no código anterior o artigo 475-J, possuía o mesmo texto do atual artigo 523. E em relação a esse artigo, há divergências no que tange a sua aplicação, os que não defendem justificam que no que tange a execução trabalhista, não é omissa a CLT, aos que defendem apostam na celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional.

Entretanto se esquecem do quão contraproducente seria a aplicação deste artigo para empresas no aspecto financeiro, a tal ponto que inúmeras empresas quebrariam.

## 6. SÚMULAS, ORIENTAÇÕES E JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA: O CAOS HERMENÊUTICO

Cabe destacar que, considerando-se que o direito processual do trabalho seja formado por um conjunto de normas jurídicas, possui outras fontes de direito. Em se tratando da Justiça do Trabalho, revelam-se como fonte a Constituição Federal, leis, decretos, convenções e acordos coletivos de trabalho, súmulas vinculantes, costume, doutrina, princípios gerais e ainda princípios específicos, entre outras.

Ainda que a lei seja a principal fonte do Direito, a jurisprudência tem ocupado lugar de destaque no que tange à forma criadora do direito. Entretanto, ainda encontra barreiras na doutrina sobre ser fonte ou não de direito.

Nas palavras de Cândido Dinamarco (2001, p. 82) apud Mauro Cappeletti assevera que a jurisprudência não é fonte de direito:

A jurisprudência não é fonte de direito, tanto quanto o juiz não é legislador e a jurisdição não é atividade criativa de direitos. Um dos mais prestigiosos critérios objetivos para a diferenciação entre a atividade jurisdicional e a legislativa consiste propriamente na referibilidade da primeira a casos concretos, sendo legislação preordenada à criação de normas gerais e abstratas.

Ao contrário, José Frederico Marques (1997, p.30) elucida que, a jurisprudência é fonte de direito alegando:

A 'súmula' contém o enunciado de uma regra jurídica, construída com base em decisões que se apresentam como "jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.(...) os tribunais estão exercendo função normativa", semelhante à do legislador, visto que não estão aplicando *hic et nunc* o direito objetivo, e, sim promulgando preceitos que neste se enquadrarão como normas a vigorar em casos futuros.

E a posição de Lenio Luiz Streck (2000, p. 84) está em conformidade com o visto acima de que a jurisprudência é sim, fonte de direito. Dá o autor duas razões para defender sua posição:

[...] uma, porque influencia na produção de normas individuais; outra, porque participa da produção do fenômeno normativo, apesar de sua maleabilidade. [...] A jurisprudência acaba impondo ao legislador uma visão nova dos institutos jurídicos, forçando o processo de criação das leis na

direção da orientação construída pelos tribunais. Assim, é indubitável que a jurisprudência no Brasil se constitui, além de fonte de normas jurídicas gerais, em uma fonte subsidiária de informação ao sistema de produção de normas jurídicas.

A súmula surgiu em 1963, proposto pelo Ministro Victor Nunes Leal, preocupado com o grande número de processos, e a fim de simplificar a análise de assuntos rotineiros, poderia ocorrer verbetes ou enunciados de tais questões apontando um caminho a seguir nas decisões. Ainda que tenha encontrado barreiras e outros ministros tenham discordado, foi editada uma emenda ao Regimento Interno em 28.08.1963 surgindo à súmula no Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente foi dado o efeito vinculante a ela, com a Emenda constitucional nº 45', que alterou o §2º do artigo 102 da Constituição Federal.

Em especial se tratando da Justiça do trabalho, contamos com diversos episódios em que jurisprudência se tornou lei, conforme se verifica em súmula 94 do TST. Nesse aspecto, a sumula foi editada em 1980, através de uma Resolução Administrativa nº43 e publicada no DJ em 15.05.1980, o TST cancelou, e em edição da Lei nº10.218/01, incluiu no artigo 487 §5º, com idêntico teor, conforme se verifica:

SUM-94 HORAS EXTRAS (cancelada) – Res. 121/2003 DJ 19,20 e 21.11.2003 O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado. Histórico: Redação original – RA 43/1980 DJ 15.05.1980 – Republicada Res. 80/1980 DJ 04.07.1980

Artigo 487 –

[...] §5º O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado.

Nota-se que um verbeta jurisprudencial sumulado tenha se transformado em lei, por impulso do Poder Judiciário. E é dessa forma que o Poder Judiciário se justifica e acredita fazer com que o anseio da sociedade sedenta por uma justiça célere e justa, seja saciado.

E ainda outras situações que o mesmo ocorreu:

Súmula nº 90 do TST - HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também

gera o direito às horas "in itinere". (ex-OJ nº 50 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995)

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". (ex-Súmula nº 324 – Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 – Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)

V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

E neste sentido, a lei em seu artigo 58 §2º, em 2001, pacificou:

Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

Nessa perspectiva, nota-se que diversos julgados e súmulas, serviram como subsídios para a criação de uma lei. Atualmente o Supremo Tribunal Federal conta com mais de sessenta súmulas de cunho trabalhista, e em relação as súmulas vinculantes, até o presente momento contamos com seis que discorrem sobre temas pertinentes à Justiça do Trabalho.<sup>13</sup>

Importante frisar o conteúdo trazido na súmula vinculante nº 4 a qual dispõe que “salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”

Desta forma refletindo em súmula nº228 do TST que previa que o adicional seria calculado sobre o salário mínimo vigente, e ainda, indo contra o artigo 192 da CLT:

Nº 228 Adicional de insalubridade. Base de cálculo. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula nº 17. Redação original - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 e 24, 25 e 26.09.1985.

Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a

<sup>13</sup>Súmulas vinculantes. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>> Acessado em 18 de setembro de 2016.

percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

A partir da súmula vinculante nº 4, acreditou estar estabilizada tal questão em relação ao adicional de insalubridade. Mas não ocorreu, mantendo os tribunais em constante alteração. Ocorreu que, o Tribunal Superior do Trabalho tentou manter a súmula 228, contestando não ter ocorrido a pronúncia de nulidade do ato. De relatoria do Ministro Ives Gandra Martins Filho, a 7ª Turma do TST:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO (CLT, ART. 192) - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE ("UNVEREINBARKEITSERKLARUNG") - SÚMULA 228 DO TST E SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF.

1. O STF, ao apreciar o RE-565.714-SP, sob o pálio da repercussão geral da questão constitucional referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula Vinculante 4, reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo, mas vedando a substituição desse parâmetro por decisão judicial.

2. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade ("Unvereinbarkeitserklärung"), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria.

3. Nesse contexto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, razão pela qual, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional, salvo a hipótese da Súmula 17 do TST, que prevê o piso salarial da categoria, para aquelas categorias que o possuam (já que o piso salarial é o salário mínimo da categoria).

Recurso de revista provido.

( TRT 15ª Região. Recurso de Revista nº 95500-41.2006.5.15.0099 Data de Julgamento: 14/05/2008, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 16/05/2008.)

A pergunta que restou neste momento é: qual seria a base de cálculo para a aplicação do adicional insalubridade? Em meio às mudanças citadas poderia o empregador pagar menos e correr o risco da demanda posterior. Ou pagar mais e ter de impetrar uma possível ação posterior para requerer a diferença paga. Observa-se que nenhuma das alternativas parece adequada, em que pese, há um ordenamento a ser seguido, e busca-se uma segurança jurídica embasada em tal ordenamento, não podendo ocorrer das partes participarem de episódios como o

supramencionado, ficando totalmente a mercê do Poder Judiciário e suas próximas decisões.

Atualmente, tem-se levado em conta para a base de cálculo para a incidência do adicional de insalubridade, é o salário base ou salário profissional negocial. Mas para concluir tal orientação, vê-se a total insegurança jurídica que pairou por anos.

Em que pese determinados momentos, a interpretação dada pelo Poder Judiciário tenha sido sumulada e trazido bons direitos aos trabalhadores. Em contrapartida, traz um caos hermenêutico onde a segurança jurídica fica seriamente comprometida.

Entre os órgãos julgadores desta justiça especializada também está presente a orientação jurisprudencial. A respeito delas, explica Flávio Calichman (2002, p. 63):

Tais orientações (ou precedentes) identificam de maneira clara e unívoca o entendimento dominante na Corte superior trabalhista acerca de determinada matéria, entendimento este que, contudo, ainda não foi objeto de sumulação propriamente dita. Proporcionam às partes e aos juízes uma referência segura acerca do posicionamento interpretativo vigente no Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, as orientações assumem uma posição intermediária, servindo como base para alguns casos até a eventual sumulação. No mesmo sentido explica Valentin Carrion (2002, p. 762):

As Orientações Jurisprudenciais podem também ser tidas como uma espécie de pré-Enunciado de Súmula, ou seja, como um estágio intermediário no processo de uniformização de jurisprudência, sob cuja forma as matérias ali compendiadas amadurecem e aguardam o momento propício para a sua sumulação.

Há uma comissão de três ministros e um suplente que constituem a Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos, que são responsáveis pela edição, revisão e cancelamento das orientações jurisprudenciais. Enquanto as súmulas pelo Pleno do Tribunal, que exige que todos os Ministros estejam presentes para a deliberação e edição da jurisprudência sumulada.

Em relação as orientações, contamos com uma média de 500 enunciados com a junção das SDI-1 e SDI-2. Restando claro uma total instabilidade no que tange às normas trabalhistas, apresentado diversas fontes a serem

observadas, e ainda variados órgãos responsáveis pela edição de súmulas, orientações jurisprudenciais e jurisprudência.

Demonstrando ser uma justiça onde a mudança não está dependente do Poder Legislativo, resultando em uma total insegurança jurídica, pois não é possível controlar tantas mudanças, e sua legitimidade, e até constatar a ilegitimidade ou ilegalidade, já foram geradas inúmeras consequências.

## 7. CONCLUSÃO

A finalidade do trabalho foi oferecer ideias no sentido de que não se desprezasse as concepções modernas e inovadoras do direito. No entanto foi proposta a superação de decisões que se fundam em discricionariedades judiciais.

O direito deve ser entendido como completo, pois existe um sistema jurídico que não pode ser ignorado e o ato da decisão deve estar pautado principalmente em leis, em outros julgados sobre a mesma questão, manifestações doutrinárias e princípios, e não apenas um ou outro. Para então, a partir de uma análise complexa, possa encontrar uma resposta adequada. E é nesse aspecto que a fundamentação é indispensável e essencial, para que todo o embasamento da decisão seja demonstrado.

No que se refere à Justiça do trabalho, o presente estudo realizou-se pela seleção de fatos emblemáticos da incidência do ativismo judicial, com ênfase no liame que perfaz com os princípios previstos constitucionalmente e os previsto em legislação especial.

Podendo concluir que a Justiça do trabalho se destaca em relação ao ativismo judicial, por diversos motivos: (i) há a contemplação de princípios constitucionais, (ii) além deles, há os princípios previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, (iii) e ainda é um ramo especializado dotado de conceitos jurídicos indeterminados. No que tange aos princípios, e conceitos jurídicos indeterminados, passaram a ser utilizados para justificar toda e qualquer decisão infundada do magistrado, resultando em um puro voluntarismo retórico.

Importante salientar que em relação a todo este trabalho, a crítica não perfilha uma posição contrária aos Direitos trabalhistas, e mais, reconhece tais direitos como uma conquista, da qual o desmantelamento implicaria em um total desrespeito com a história, que em um cenário de anomia trabalhista, vivenciou um sofrido cotidiano. Dessa forma, desconsiderar toda a luta empregada na busca pela proteção do hipossuficiente é legitimar mais uma vez a exploração desumana que outrora se cometeu.

Portanto, a crítica é feita à forma com que a justiça tem sido aplicada, principalmente pelo Poder Judiciário, que diversas vezes afasta normas vigentes e decide conforme sua (in)consciência.

Em se tratando de uma justiça que envolva empregador e empregado, acredita-se que deva ser uma justiça sólida e dotada de normas claras, para que assim, o empregado tenha total ciência dos seus direitos enquanto vigente um contrato de trabalho e o empregador saiba com clareza que postura deve tomar frente a sua equipe.

O que restou demonstrado ao decorrer da pesquisa, é que o sistema vigente à essas relações se posiciona contrário a solidez e clareza, demonstrando um “zigue-zague” sumular e jurisprudencial, resultando em circunstâncias que levam a uma absoluta insegurança jurídica, contando com a imprevisibilidade das decisões.

Tal insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões, não são admitidas em um sistema democrático de Direito, pois, um sistema onde há uma real democracia, há uma total previsibilidade do resultado das ações, e pressupõe que o conjunto jurídico foi observado e respeitado.

A Constituição Brasileira prevê inúmeros direitos e garantias, entretanto, se permanecermos estudando o direito a partir de uma lei de introdução, que até pouco tempo não possuía força normativa e se destinava a introduzir a legislação, nunca será conquistado um Estado Democrático de Direito com a devida segurança jurídica.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Discrecionariade Administrativa e Judicial. O ato administrativo e a decisão judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo, (coords). **Dicionário de Filosofia Política.** São Leopoldo: Unisinos, 2010.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** RDE. Revista de Direito do Estado, 2006.

BIM, Eduardo Araújo. **A jurisprudência trabalhista e sua importância ao jurisdicionado.** São Paulo, 2012. Tese de Mestrado em Direito.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito.** Tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. **Locke e o Direito Natural.** E-book. Brasília, ed. UnB, 1997

\_\_\_\_\_;MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** E-book. Brasília, ed. UNB. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 5.452. Consolidação das do Trabalho.** Brasília: Senado, 1943.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.105/2015. Código de Processo Civil.** Brasília: Senado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior do Trabalho.** Súmula nº 277. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em 12 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior do Trabalho.** Súmula nº 94. HORAS EXTRAS (cancelada) – Res. 121/2003 DJ 19,20 e 21.11.2003 O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado. Histórico: Redação original – RA 43/1980 DJ 15.05.1980 – Republicada Res. 80/1980 DJ 04.07.1980. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em 13 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior do Trabalho.** Súmula nº 90. HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere". (ex-OJ nº 50 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995)

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". (ex-Súmula nº 324 – Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 – Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)

V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001).

Disponível em < <http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em 15 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 228. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula nº 17. Redação original - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 e 24, 25 e 26.09.1985. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/sumulas>> Acesso em 17 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Dissídio Coletivo nº 30900-12.2009.5.15.0000. Relator José Antônio Pancotti**. Disponível em <<http://portal.trt15.jus.br/numeracao-unica>>

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. **Recurso Ordinário nº 0017464-05.2013.5.16.0004, Relator: Ilka Esdra Silva Araújo**, Data de Publicação: 26/10/2015.

<[https://pje.trt16.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p\\_num\\_pje=6924&p\\_grau\\_pje=2&p\\_seq=17464&p\\_vara=4&dt\\_autuacao=12%2F01%2F2015&cid=357868](https://pje.trt16.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=6924&p_grau_pje=2&p_seq=17464&p_vara=4&dt_autuacao=12%2F01%2F2015&cid=357868)>

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário nº 0010200-83.2014.5.03.0061. Relator: Lucas Vanucci Lins**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em 13/10/2014. Disponível em < [https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p\\_num\\_pje=100468&p\\_grau\\_pje=1&p\\_seq=10200&p\\_vara=61&dt\\_autuacao=27%2F02%2F2014&cid=44698](https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=100468&p_grau_pje=1&p_seq=10200&p_vara=61&dt_autuacao=27%2F02%2F2014&cid=44698)>

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. **Recurso Ordinário nº 0010258-44.2013.5.03.0151. Relator: Rogerio Valle Ferreira.** Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: 28 de julho de 2014. Disponível em <[https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p\\_num\\_pje=16876&p\\_grau\\_pje=1&p\\_seq=10258&p\\_vara=151&dt\\_autuacao=08%2F04%2F2013&cid=44728](https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=16876&p_grau_pje=1&p_seq=10258&p_vara=151&dt_autuacao=08%2F04%2F2013&cid=44728)>

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário. Processo nº 0010139-47.2014.5.03.0087.** Publicação 18/08/2014. Disponível em <[https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p\\_num\\_pje=91753&p\\_grau\\_pje=1&p\\_seq=10139&p\\_vara=87&dt\\_autuacao=31%2F01%2F2014&cid=44668](https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=91753&p_grau_pje=1&p_seq=10139&p_vara=87&dt_autuacao=31%2F01%2F2014&cid=44668)>

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de instrumento em Recurso de Revista nº 72000-42.2009.5.15.0033. Relator: Mauricio Godinho Delgado.** Data de Julgamento: 29/02/2012. 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/03/2012. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21335481/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-720004220095150033-72000-4220095150033-tst>>

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração em Recurso de Revista. nº 27400-45.2009.5.03.0137. Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho.** Data de Julgamento: 03/11/2011. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 11/11/2011. Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;subsecao.especializada.dissidios.individuais.1:acordao;e:2011-11-03;27400-2009-137-3-0>>

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº 187900-45.2002.5.02.0465. Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, SBDI-1,** DEJT 10/12/2010. Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;subsecao.especializada.dissidios.individuais.1:acordao;e:2010-11-11;187900-2002-465-2-0>>

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 3<sup>o</sup> Região. **Recurso Ordinário nº 0000359-35.2011.5.03.0040. Relator: Jorge Berg de Mendonça.** Órgão julgador: sexta turma, publicação 17/10/201. Disponível em <[http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm?conversationId=4379470](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=4379470)>

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 1<sup>o</sup> Região. **Recurso Ordinário nº 0052500-89.2008.5.01.0008. Relator: Desembargador Federal do Trabalho Enoque Ribeiro dos Santos.** Acórdão 5a Turma. Data da publicação: 28 de junho de 2016. Disponível em <<http://consulta.trtrio.gov.br/portal/processoListar.do;jsessionid=0a01403630d54f1f41891af74a05bc08b36f1afa3cd4.e3uMb3eNbxaoe34Oax0QaxeOb350n6jAmljGr5XDqQLvpAe>>

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 1<sup>o</sup> Região. **Recurso Ordinário nº 00017864720145010451. Órgão julgador: quinta turma.** Publicação 23/02/2016. Disponível em < <http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/308319859/recurso-ordinario-ro-17864720145010451-rj>>

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 15<sup>o</sup> Região. **Recurso de Revista nº 95500-41.2006.5.15.0099. Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho.** 7<sup>a</sup> Turma. Data de Julgamento: 14/05/2008. Data de Publicação: DJ 16/05/2008. Disponível em <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1448027/recurso-de-revista-rr-955004120065150099-95500-4120065150099>>

CALICHIMAN, Flávio. **Enunciados de súmula do Tribunal Superior do Trabalho: Considerações gerais, formatação e aplicação.** São Paulo: Faculdade de Direito – USP, 2002. Dissertação de Mestrado.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 6<sup>a</sup> Ed. Coimbra- Portugal: Almedina, 2002.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2002.

CASTELVETRI, Laura. **Diritto del lavoro delle origini**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTr, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

\_\_\_\_\_. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

**Depósitos recursais têm novos valores a partir de 1º de agosto**. Disponível em <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/depositos-recursais-tem-novos-valores-a-partir-de-1%C2%BA-de-agos-1?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fnoticias%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_89Dk%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-2%26p\\_p\\_col\\_count%3D2%26\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_advancedSearch%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_keywords%3D%26\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_delta%3D10%26\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_cur%3D18%26\\_101\\_INSTANCE\\_89Dk\\_andOperator%3Dtrue](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/depositos-recursais-tem-novos-valores-a-partir-de-1%C2%BA-de-agos-1?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2%26_101_INSTANCE_89Dk_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_89Dk_keywords%3D%26_101_INSTANCE_89Dk_delta%3D10%26_101_INSTANCE_89Dk_cur%3D18%26_101_INSTANCE_89Dk_andOperator%3Dtrue)> Acesso em 07 de agosto de 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

GARCÍA, Carlos Oviedo. **Tratado Elemental de Derecho Social**. Madrid: E.I.S.A., 1952.

GRIMM, Dieter. “**L’activisme judiciaire**”, in: BADINTER, Robert; BREYER, Sepsen. **Les Entretiens de Provence: Le juge dans société contemporaine**. Paris, Sorbonne: 2003.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Traduzido por Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Retórica e estado de direito**. Tradução Conrado Hüber Mendes. Rio de Janeiro: Elvier, 2008

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

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução de conflitos e a função social no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. P. 30.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **Ativismo, delegação ou estratégia? A realização inter poderes e a judicialização no Brasil**. In: FELLET, André Luiz Fernandes. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador Juspodium, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

MERRYMAN, John Henry, PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

**NJ Especial - Princípio da conexão liga o processo ao mundo de informações virtuais.** Disponível em

<[http://as1.trt3.jus.br/noticias/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=12476&p\\_cod\\_area\\_noticia=ACS&p\\_cod\\_tipo\\_noticia=1](http://as1.trt3.jus.br/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=12476&p_cod_area_noticia=ACS&p_cod_tipo_noticia=1)> Acesso em 27 de julho de 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>. Acesso em 13 de abril de 2016.

\_\_\_\_\_. **Decisão Judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PINHEIRO, Aline. **Ativismo judicial não é bom para a democracia.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul> Acesso em 22 de setembro de 2016

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. **Poderes Executórios do Juiz.** São Paulo: Saraiva, 2011.

POUND, Roscoe. **The spirit of the common Law.** New Brunswick: Transaction Publishers, 1999.

**Princípio da conexão liga o processo ao mundo de informações virtuais.** Disponível em <<http://internet-legal.jusbrasil.com.br/noticias/215669243/principio-da-conexao-liga-o-processo-ao-mundo-de-informacoes-virtuais>> – Acesso em 28 de julho de 2016.

**Presidente do TST defende flexibilização das leis trabalhistas.** Disponível em <<http://oglobo.globo.com/economia/presidente-do-tst-defende-flexibilizacao-das-leis-trabalhistas-18766412#ixzz41VdS1f7m>> Acesso em 17 de junho de 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

\_\_\_\_\_. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação ao retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidade**. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iures, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional Positivo**. 20. ed. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **"O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais"**, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Siqueira, Marcos Antônio Calheiros de. **A sistematização dos princípios de direito do trabalho e a reelaboração do seu princípio protetor: Para uma análise crítica da "flexisegurança"**. Dissertação de Mestrado – 2010.

SOARES, Guido. **Common Law – Introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. XX Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio Grande do Sul: Livraria do advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Graças ao princípio da conexão, encomendarei um kit de (tecno)verdade**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-18/senso-incomum-gracas-principio-conexao-encomendarei-kit-tecnoverdade>> – Acesso em 25 de julho 2016

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Tomaz, Rafael de Oliveira. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acessado em 09 de agosto de 2016

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do direito.** Documento eletrônico. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.

\_\_\_\_\_. **Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais.** Documento eletrônico. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, v.2, 2012.