

O ATIVISMO JUDICIÁRIO NEGATIVO INVESTIGADO EM SÚMULAS EDITADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO*

Ana Paula Tauceda Branco¹

“A força da jurisprudência ‘é mais do que um conselho e menos do que uma ordem’”.

(MOMMSEN, *apud* DINAMARCO, 2008, p.129)

Resumo:

A constitucionalização do Direito é tema de destaque jurídico contemporâneo a ponto de deflagrar, inclusive, algumas crises de modelo teórico pela qual vem passando o Direito. Utilizando como ponto de partida exatamente as bases dessa nova configuração da Ciência Jurídica no Estado Democrático de Direito, esse estudo se propõe a analisar criticamente, sob um enfoque neoconstitucionalista, algumas jurisprudências sumuladas pelo Tribunal Superior do Trabalho, a fim de verificar o modo de compreensão do TST acerca do fenômeno jurídico do *ativismo judiciário*, especialmente quando a mais alta corte do Judiciário Trabalhista é desafiada pelo seu inafastável dever de concretizar a Constituição conforme os valores republicanos, como contrapartida à extensão do seu espectro de atuação.

Palavras-Chave: neoconstitucionalismo - tripartição de poderes - Estado Democrático de Direito – efetivação dos direitos humanos fundamentais de índole sociotrabalhistas - ativismo judiciário negativo.

Índice dos Temas: 01. Introdução; 02. O neoconstitucionalismo no Estado Democrático de Direito. 03. A tripartição de poderes e o ativismo judiciário. 04. A posição jurisprudencial sumulada pelo TST: análise à luz do neoconstitucionalismo e do fenômeno do *ativismo judiciário*. 05. Conclusão: *ativismo judiciário negativo*.

1. Introdução

Neste ano de 2009, verificamos as mais diversas e distintas formas de comemoração dos 150 anos da Teoria da Evolução. Nesse contexto, uma das nuances que mais nos intrigaram foi a extensão e a transdisciplinariedade científica que a proposta darwiniana alcançou em relação aos ditames categóricos do evolucionismo. A título ilustrativo, pode-se argumentar que até mesmo o vírus da gripe está no auge de seu processo evolutivo - prova disso encontra-se na constatação da árdua luta travada pelo vírus da gripe em prol da manutenção de sua sobrevivência, através de inúmeras mutações que lhe conferem inusitados meios de resistência a um verdadeiro arsenal de vacinas, contra ele aplicadas a cada ano que se passa. Tudo para se manter vivo e atuante!

¹ Ana Paula Tauceda Branco é Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Advogada Especialista em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Constitucional do Trabalho. Professora da FDV na Graduação e Pós-Graduação em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direitos e Garantias Fundamentais. Professora da UFES. Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – IHJ.

Ora, se os movimentos evolucionistas fazem parte de todo ser vivo observado pelas Ciências Naturais, entendemos que também o Direito – a despeito de compor as ciências sociais e, desta forma, ser fruto da cultura humana, constituindo-se, assim um produto sujeito a nossa total interferência diante do papel regulamentador das relações socialmente entabuladas, cada vez mais complexas e diversificadas - não poderia deixar de também buscar na teoria de Charles Darwin um toque de inspiração para encontrar soluções para a necessidade de um constante aprimoramento do seu arcabouço jurídico. O desafio consiste, de um lado, em valorizar a cientificidade e identidade do Direito e, de outro, em propor soluções aos intérpretes e aplicadores da norma jurídica ante os desafios sociais que lhes são apresentados, possibilitando assim uma verdadeira evolução de suas teorias jurídicas, especialmente aquelas atreladas à hermenêutica jurídica - como o são as da teoria das normas e das fontes formais -, mas sem jamais perder de vista a efetividade dos valores constitucionais e direitos humanos fundamentais; verdadeiros termômetros da legitimidade do Direito.

Na esteira dos contornos que as transformações sociais cobram da Ciência Jurídica, entendemos que seja enorme o desafio imposto aos profissionais do Direito e, em especial, ao Tribunal Superior do Trabalho, que se depara com práticas econômicas nitidamente liberais e, noutro giro, vê-se perante uma sociedade plural, complexa e marcada por graves desrespeitos aos direitos fundamentais sociotrabalhistas. Acreditamos que são justamente esses momentos de crise e impasse os aptos a fazerem as pessoas e as instituições se transformarem e permanecerem vivas, movidas pelo prisma da inquietude.

Nesse quadro, por certo que em sendo o Tribunal Superior do Trabalho a mais alta Corte Trabalhista do Estado Democrático de Direito brasileiro, as apontadas transformações lhe impõem uma revisão e, quiçá, um redimensionamento de seu papel e atribuições, inclusive aquelas atinentes à sua construção jurisprudencial, que devem ser justificadas não somente pelo princípio democrático, mas também – e, principalmente -, pelos valores éticos e políticos do Estado brasileiro, devidamente compostos no texto constitucional, mas passíveis de concretização exatamente pela atuação do TST.

Para tanto, o que pretendemos por meio deste estudo é - pela investigação do conteúdo de algumas súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho -, diagnosticar, sob os enfoques do neoconstitucionalismo e do *ativismo judiciário*, qual a relação mantida entre tais jurisprudenciais sumuladas pelo TST e o respeito aos direitos fundamentais sociotrabalhistas do Estado Democrático de Direito positivado constitucionalmente.

Aliás, em função dessa análise voltada à ampliação do raio de atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito e conseqüentemente ao *ativismo judiciário*, faz-se oportuno registrar que, para nos desincumbirmos do objetivo ao qual nos propusemos, entabularemos uma interlocução entre os pensamentos de alguns doutrinadores que compõem o norte desse estudo, passando inicialmente por Dworkin (na concepção da “comunidade de princípios” vinculada à moral, ao direito e à política), para em seguida aproximarmo-nos de Habermas (no ideal de político de associação de cidadãos que se reconhecem livres, iguais, autores e destinatários

do Direito) e enfim, desembocaremos na proposta de Häberle (na “concepção da comunidade aberta de intérpretes” da Constituição).

Adiantamos, nessas notas introdutórias, que tal objetivo será perseguido sem abandonarmos cinco vieses: **a)** a cristalização dos entendimentos do TST na forma de súmulas como não sendo um problema; **b)** a fundamentação jurídica pormenorizada, nos moldes da exigência contida no inciso IX do art. 93 da Carta Constitucional, devendo fazer parte das súmulas editadas pelo TST, como órgão do Poder Judiciário que é e, portanto, adstrito a esse dever constitucional; **c)** as posições sumuladas pelo TST têm o dever republicano de zelar pelo respeito aos direitos fundamentais sociotrabalhistas como verdadeiros patrimônios da sociedade; **d)** o TST, na condição de órgão do Poder Judiciário, tem a atribuição institucional de concretizar a Constituição; **e)** na qualidade de normas jurídicas, as súmulas do TST não têm o poder de prever todas as hipóteses de aplicação prática.

2. O neoconstitucionalismo² no Estado Democrático de Direito brasileiro

Se há uma expressão, no interior da Teoria do Direito, que pode ser associada diretamente ao neologismo *neoconstitucionalismo*, por certo que é *hermenêutica constitucional* que, segundo BARROSO (2007, p.207), constitui-se como a própria base filosófica do novo constitucionalismo, juntamente com a filosofia analítica.

Com efeito, o tão propagado *novo constitucionalismo* teórico é, na verdade, o atual paradigma do Direito construído sob uma teoria jurídica – que representa a superação tanto do positivismo quanto do jusnaturalismo -, em que a pedra angular é a própria Constituição e que, portanto, refere-se, em síntese, a uma propugnação alicerçada no compromisso de interpretar e aplicar as normas jurídicas sempre sob a lente dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Ademais, nessa corrente de pensamento, a Constituição também significa a retomada do elo entre a Política e o Direito, visto que nesse novo padrão do Direito o hermeneuta é chamado no sentido de expor-se à dialética do necessário no contato com a realidade social, que não tolerará somente o aspecto da literalidade dos textos jurídicos como fundamento à solução dos casos concretos, além do que lhe exigirá a adoção de uma postura comprometida com o método dialético-fenomenológico-existencial-hermenêutico³, ou seja, comprometida com o aqui, com

² Para uma análise mais profunda sobre a temática, sugerimos a leitura da magistral obra coletiva *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano, Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2003), na qual consta inserido – dentre tantos outros de merecido destaque -, estudo da autoria de Santiago Sastre Ariza, intitulado *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, cujo conteúdo é especialmente rico em sua contribuição científica.

³ O método de abordagem (base epistemológica) dialético-fenomenológico-existencial-hermenêutico - que finca as suas raízes no paradigma (matriz) filosófica da fenomenologia existencial -, traduz uma compreensão científica assimilada a partir de algumas bases teóricas já construídas, mas com seus conceitos, premissas e teses, agora confrontados com a realidade experimentada pela sociedade, com as práticas dominantes, enfim com o mundo concreto. Dito confronto exige uma postura científica de incessante reflexão e constantes exercícios de imbricamentos travados entre o arcabouço teórico formulado com “o aqui e o agora” do mundo em que o homem está inserido e atua como sujeito ativo de sua história, inclusive, propondo novas formas de solução dos conflitos advindos da convivência humana, inclusive capazes de transcender os argumentos conformistas dogmáticos do Direito.

o agora e com o universo em que aquele indivíduo⁴ ou comunidade estão inseridos, ousando pelo menos propugnar por novos modos de solução dos conflitos advindos da convivência humana, da vida em sociedade, especialmente no tocante à interpretação e à aplicação do Direito como doutrina capaz de compreender a condição humana a partir de sua facticidade e dos dados de sua experiência individual e social⁵, e sempre pautada numa técnica jurídica firmada pela subordinação aos princípios do Estado Democrático e de Direito, numa postura de cooperação com a realização tanto dos direitos de liberdade quanto dos direitos sociais, pautando-se no compromisso de efetivar a Constituição.

Importante, contudo, atentarmos que, a despeito de haver no neoconstitucionalismo uma superação da metodologia jurídica positivista clássica, isso não significa que se está trabalhando com um sistema jurídico composto de normas de categorias metafísicas, típicas do jusnaturalismo. Como já afirmado, o neoconstitucionalismo trabalha normas jurídicas positivadas.

A diferença do positivismo clássico é que para o neoconstitucionalismo os princípios também constituem normas jurídicas e, em assim sendo, a discricionariedade dos atos de interpretar e aplicar a norma jurídica é um pouco mais ampla, não obstante o hermeneuta se veja limitado em suas atividades aos princípios constitucionais, considerados como o fio-condutor da nova hermenêutica, eis que constituem genuínos valores exegéticos adotados pela sociedade e voltados para a devida compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais (SARMENTO, 2003, p.54).

Portanto, a legitimidade do neoconstitucionalismo está fundada, sem sombra de dúvida, no princípio da legalidade que vincula o intérprete e aplicador da norma constitucional. Contudo, a grande novidade é que as normas constitucionais passaram a englobar também os princípios cujo sentido não é meramente descritivo, mas sim deontológico.

Isso significa afirmar que o Direito contemporâneo se ocupa em transformar a realidade social, de modo a dar vida ao projeto jurídico-político-estatal de país almejado pela sociedade, a partir da promulgação da Constituição de 1988. E, para tanto, socorre-se dos princípios que também gozam da condição de normas jurídicas, exigindo intervenções à luz da realidade fática e jurídica existente, distinguindo-se assim das regras, que são normas que se limitam a proibir, permitir ou obrigar determinada conduta, em termos definitivos, conforme ensina o mestre lusitano José Joaquim Gomes Canotilho devidamente pautado nas lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy (CANOTILHO, 2003, p. 1255).

⁴ A expressão *indivíduo* é aqui utilizada em homenagem ao instigante texto científico – Indivíduos, pessoas e direitos da personalidade: reflexões (no prelo) -, da autoria da notória colega professora Dra. Eneá de Stutz de Almeida, ao advertir acerca da necessidade da utilização da correta terminologia “indivíduo” em respeito aos direitos da personalidade, à luz do Direito Civil constitucionalizado e, assim, como uma postura de resistência e preservação para que o ser humano seja tido e visto pelo Direito como, de fato, um indivíduo – e não somente um *sujeito* ou *pessoa*, cujos significados se adéquam perfeitamente aos interesses da sociedade de consumo -, portadores de biografias e projetos de vida que dizem respeito, tão somente, à própria condição humana.

⁵ Cf. meu **A colisão de princípios constitucionais no Direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, 2007, p. 30 e 66.

E, quase que numa perspectiva sincrônica e arrematadora de reflexões e debates instaurados pelas naturais angústias geradas pela proposição do “novo” no Direito e pelo Direito, é que num ápice de lucidez analítica – especialmente no que concerne ao aspecto da importância que a segurança tem para o Ordenamento Jurídico -, Gordillo Cañas (1988, p.484-515), batiza os princípios como verdadeiras “válvulas de segurança”, introduzidas no mais alto nível de normatização no direito positivo e, portanto, no sistema, com a finalidade de “estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”, e assim exigir que tanto o legislador quanto o juiz reencontrem a legitimidade de suas funções nas normas principais.

Feitas tais considerações, sob a égide de nosso padrão constitucional, por certo que o novo hermeneuta não poderá, em hipótese alguma, interpretar e aplicar as normas jurídicas somente segundo a sua consciência⁶; cumprindo-lhe fazer valer os princípios constitucionais - sintetizadores expressos dos valores republicanos -, aos quais está adstrito e obrigado a se balizar. Noutras palavras: a nova hermenêutica passa suas decisões não mais pela simplista subsunção dogmática, mas pelo filtro essencial que é a Carta Constitucional, plenamente comprometida com a realização dos direitos fundamentais⁷.

Portanto, todo e qualquer desconforto advindo da mudança de paradigma pautado na interpretação principiológica ante a sua carga de subjetividade, para longe de ser um problema é, na verdade, uma solução na busca por decisões mais justas e legitimadas socialmente, visto que respaldadas pela lente dos valores republicanos do Estado Democrático de Direito. E, nesse quadrante, o que se constata é que o resultado da hermenêutica jurídica no neoconstitucionalismo é o estabelecimento – para além de somente a consciência do julgador e de um mero exercício exegético -, de outros três novos e fundamentais critérios de interpretação e aplicação das normas jurídicas pelos magistrados e tribunais brasileiros: **a)** que a decisão judicial esteja adstrita e balizada pelos valores da república; **b)** que a decisão judicial tenha por fundamento uma norma jurídica interpretada e aplicada à luz dos princípios constitucionais fundamentais; **c)** que por meio da decisão judicial proferida se busque a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Aliás, essa atitude enseja, na verdade, uma constatação do óbvio que precisa sempre ser reafirmado, sob pena de tornar-se uma abstração: num mundo globalizado, em que as relações sociais, nas suas mais diversas nuances e cada vez mais competitivas, reinventam-se a todo o instante⁸, a ponto de ser o atual

⁶ O termo “consciência” é aqui utilizado com o fim de salientar que ao juiz contemporâneo, como agente político de um Estado Democrático de Direito, não mais é recomendável que julgue vinculado, unicamente, aos seus sentimentos particulares, ou seja, às suas convicções sócio-políticas, mas para além disso – num exercício democrático pautado pelo indeclinável compromisso de busca constante pela legitimidade axiológica de suas decisões -, ao analisar o caso concreto e examinar as provas produzidas, o juiz (Estado) profira, em nome desse mesmo Estado Democrático de Direito, um julgamento capilarizado pelas aspirações sociais e, portanto, pelos valores republicanos.

⁷ A indicação do caminho de abertura apresentado por uma hermenêutica fundada nos fundamentos axiológicos (valores) constitucionais é muito bem lecionado por DINAMARCO (1990, p. 18), ao afirmar que: [...] Sair do método puramente exegético constitui um passo indispensável. Uma interpretação que gramaticalmente talvez possa ser aceitável vai deixando de sê-lo na medida em que o intérprete vai ao contexto do direito positivo (interpretação sistemática), vai à Constituição e sobretudo vai aos valores que estão à base e legitimam a vigência do dispositivo interpretado. [...]

⁸ Cf. meu **Pela (RE)Humanização da práxis constitucional trabalhista**. vol.70, in Revista LTr, n.12, São Paulo, dez.2006, esp. p. 1500-1502.

momento da humanidade reconhecido como a *hipermodernidade*⁹, ante a velocidade dos acontecimentos, a neurose encontrada na pressa das pessoas que carregam em si a sensação de que o tempo é a cada dia mais curto e, ainda, na busca pela maximização do prazer a qualquer preço; num país de extensão continental - marcado, inclusive, por trazer em si realidades destoantes, que ora mais se identificam com a era pré-industrial e, ora se apresentam como uma típica era pós-industrial -, seria no mínimo ingênuo, acreditar que a produção de novas normas pelo Legislativo pudesse dar conta de regulamentar as relações que se proliferam no seio da sociedade civil.

E é justamente diante desse contexto sociopolítico do mundo globalizado que tanta influencia exerce quanto à dinâmica da sociedade brasileira, que surge o neoconstitucionalismo propondo uma adaptação a essa nova ordem, na forma de uma revisitação do fenômeno constitucional – revisão constitucional a ser feita principalmente pela reafirmação da força normativa da Constituição, que vincula os atos de interpretar e aplicar às normas jurídicas aos casos concretos, ao seu texto, valores e princípios, de modo a realizar as pretensões do Estado Democrático de Direito, conforme proclamado e fundado pela Carta Constitucional brasileira de 1988.

Portanto, pelas lentes do neoconstitucionalismo, não mais se admite, em relação ao Texto Constitucional, a prevalência do argumento de que seria simplesmente uma carta de intenções, recomendações e, nem que se caracterize, tão somente, como norma jurídica programática na qualidade de norma superior, eis que já não há mais dúvidas de que suas normas são dotadas de plena eficácia (imediate e direta) e que a finalidade maior de uma Constituição é justamente a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos e, em especial, daqueles de índole social, cuja efetivação exige uma co-participação ainda mais intensa do Poder Público na dimensão de suas três funções estatais precípuas: legislativa, executiva e judiciária.

3. A tripartição dos poderes e o ativismo judiciário

Num giro histórico-político, percebe-se, com efeito, que o atual Estado Democrático de Direito brasileiro foi erguido à luz dos pilares e da conciliação dos múltiplos interesses que compõem tanto o Estado de Direito como o Estado Democrático, mas sempre de modo que toda a sua dinâmica social sempre estivesse inserida no modelo de produção capitalista.

⁹ Essa expressão foi sabiamente cunhada e utilizada por Gilles Lipovetsky, *in Os tempos modernos*, para se referir e analisar o atual momento histórico e experiencial da humanidade nas sociedades capitalistas ocidentais, em divergência à expressão “pós-modernidade”, tendo em vista que o filósofo francês defende que nesses tempos estaríamos vivendo o auge, a potencialização absoluta de comportamentos que ditaram o estilo de vida comum e global na modernidade, quais sejam: pressa, exagero, efemeridade, dentre outros similares; todos eles adotados comportamentalmente, como ferramentas para viabilizar a cultura “do mais” que permeia a vida da humanidade contemporânea, amplamente dedicada ao **culto do espetacular** e da **lógica do excesso**, enfim, do **hiper**: hiperautonomia, hiperproteção, hipervitaminado, hiperfacilidade, hiperprodução, hiperconsumo, hipercorpo, hiperpoder, hiperlongevidade, hipersalário, hipermercado, hiper corrupção, hiperdescanso, hiperbeleza, hiperviolência, hiperdemocracia, hiperdireito, etc.

Daí, sem dúvida, exsurge a proposta de inauguração de um molde de Estado absolutamente desafiador, eis que voltado a compatibilizar as características regimentais dos modelos do Estado Liberal e do Estado do Bem Estar Social – ambos instituídos nas bases de uma Democracia -, mas conformados aos interesses e articulações do sistema econômico capitalista, de modo a exigir inevitavelmente uma redefinição das funções e relações travadas pelos poderes públicos entre si e deles com os particulares que, ao mesmo tempo que viabilizasse a superação das contradições estruturais existentes entre o sistema econômico e o novo perfil institucional estatal (OFFE, 1984, p. 131-139), também fosse apta à realização dos anseios e fins, sociais e políticos, desse Estado Democrático de Direito brasileiro, anunciado como ente nascido e dotado de todas essas características, através da Magna Carta de 1988.

O desafio de conciliar interesses diversos e incongruentes nos sentidos político, econômico e jurídico, com poder de gerar efeitos nas estruturas organizacionais, funcionais e jurídicas do Estado - como nunca dantes cogitado -, segundo Claus Offe (1984, p.270-278), também trouxe uma alteração na sua estrutura normativa, pois outrora sua atuação pautada no distanciamento entre os setores econômico e político, passa a dar lugar a um perfil cada vez mais gerenciador das relações estabelecidas sob a sua égide, o que inevitavelmente acabou por inaugurar a vigência de normas jurídicas não mais voltadas a regras estritamente processuais, formais e comprometidas com a liberdade de acumulação de capital pelos particulares, mas dotadas de um conteúdo material mínimo que viabilizasse o gerenciamento dos anseios sociais.

Diagnostica-se, nessa nova realidade, uma Ordem Jurídica que fora violentamente alterada em relação àquela erigida no Estado Liberal, já que o atual Estado Democrático de Direito, conforme lições de FERRAJOLI (1997, p. 856-857), é caracterizado por 02 (dois) princípios: o princípio da legalidade (no aspecto formal) e o princípio da garantia, expressado pela funcionalização de todo Poder Público para a garantia dos direitos humanos fundamentais individuais, sociais e prestacionais dos indivíduos ou grupos de indivíduos (no aspecto substancial).

É nesse horizonte que se torna particularmente interessante a análise da adaptação ao Estado Democrático de Direito da teoria liberal tripartite, expressa no princípio constitucional da separação de poderes¹⁰, que traduz relação de independência e harmonia estabelecida entre três funções essenciais do governo: administrar (executar), legislar e julgar.

Nesse sentido, é oportuno salientar que essa adequação do princípio da separação dos poderes sempre ocorreu no curso da história político-estatal das democracias do mundo ocidental, já que: **a)** no Estado Liberal, observava-se uma intensificação e prevalência de atuação por parte do Legislativo, na produção de fontes formais, ante o distanciamento que o mercado capitalista impõe ao Executivo em relação ao aspecto social; **b)** no Estado do Bem-Estar Social, era o Executivo quem tinha uma atuação mais intensa e predominante, por conta das necessárias, céleres e constantes intervenções que a sociedade exigia do Estado, que começa a encontrar meios de dar respaldo à sua atuação, passando à frente do Legislativo que não

¹⁰ Art. 2º da CR/88.

conseguiu ter essa velocidade suficiente na sua tarefa de produção e edição de normas formais; e, **c)** no atual Estado Democrático de Direito, a atuação do Judiciário acabou por ganhar destaque ante a possibilidade, pela via das mais distintas ações judiciais que lhe são apresentadas (garantias processuais), de dar efetividade e concretizar os direitos fundamentais individuais, coletivos e transindividuais, ao passo que paralelamente o Executivo passou a ter que dar conta de administrar os seus recursos de modo a viabilizar os anseios constitucionais relativos à realização também dos direitos sociais, e, o Legislativo, de sua parte – no que se refere à produção da estrutura normativa -, teve sua atuação condicionada e restrita à edição de fontes formais que guardassem coerência com o texto constitucional, bem como sua produção normativa sujeita ao controle de constitucionalidade por parte do Judiciário¹¹.

Portanto, no seio do Estado Democrático de Direito, preserva-se de certa forma a independência de seus poderes, necessariamente condicionada a uma atividade de harmonia, de cooperação entabulada por esse seu corpo funcional, agora comprometida com as amplas, extensas e complexas obrigações positivas do Estado, inclusive na órbita dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, bem como na dos direitos de índole transindividual.

Afora uma série de outros entendimentos, complementarmente, CITTADINO (2004, p.106) aponta algumas outras perspectivas que justificaram a redefinição e ampliação da ação judicial no Estado Democrático de Direito, afirmando, inclusive que diante deles se pode vislumbrar tal preeminência do Poder Judiciário como um fenômeno legítimo e fortalecedor do jogo democrático:

[...] o fenômeno da normatização dos direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas – seja em países europeus ou latino-americanos – e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular. Se considerarmos qualquer uma dessas chaves interpretativas, podemos compreender porque a expansão do poder judicial é vista como um reforço da lógica democrática. Com efeito, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como “judicialização da política”.

É nesse relacionamento travado entre indivíduo, sociedade e Estado, todos vinculados ao respeito e à efetivação das normas constitucionais fundamentais (neoconstitucionalismo), que os órgãos do Poder Judiciário - ainda que relutantes¹²,-

¹¹ Cf., por todos, BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 5.ed. São Paulo: Del Rey, 1993, esp. p. 74-76, 126-127 e 200; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, esp. p. 380-381 e 586-587.

¹² Fazemos tal inferência para uma melhor inflexão sobre a temática, tomando por base os ensinamentos de CITTADINO (2002, p.27), ao lecionar que cultura jurídica constitucional brasileira

a partir do Estado Democrático de Direito, alteraram a tradição da função jurisdicional, para assentá-la sobre a estrita observância da Carta Constitucional e centralizá-la na observação dos princípios e valores soberanamente tidos por fundamentais, de modo a se aproximarem sobremaneira da sociedade civil e conseqüentemente passarem a um certo protagonismo em relação ao Executivo e ao Legislativo, já que em tempos de cultuação global à valorização econômica, os indivíduos descobriram, também pela atuação do Judiciário, alguma possibilidade de afetar as escolhas públicas e privadas, com base na necessidade de respeito aos seus direitos fundamentais, individuais e coletivos, bem como aos valores e princípios constitucionais republicanos.

Do sobredito, verifica-se que o Poder Judiciário, anteriormente dedicado a uma interpretação jurídica reduzida à exegese do texto, tão comumente constatada pelas vias das operações de uma simplificada subsunção dogmática, a partir do Estado Democrático de Direito inaugurado e proclamado pela Carta Republicana de 1988, redefine, o seu papel à luz do conteúdo do texto magno, de modo que suas decisões passam a se mostrar marcadas por posições jurídicas e argumentações voltadas a uma atuação comprometida com a efetivação dos direitos humanos fundamentais assegurados - inclusive os de índole sociotrabalhista - dando vida à Constituição brasileira, através das respostas apresentadas às demandas dos cidadãos formuladas perante os tribunais judiciários¹³.

Nesse quadrante do neoconstitucionalismo, tanto os particulares como também os entes públicos - que ora representam os legisladores, ora os administradores -, viram-se, pelas vias das decisões exaradas pelo Poder Judiciário, contrariados em seus abusos e proibidos de praticarem atos e omissões voltados a desrespeitar as normas constitucionais, tendo sido compelidos a assumirem as suas obrigações positivas e negativas, dependendo da natureza do direito em relação ao qual eram provocados pelo indivíduo que buscava uma tutela jurisdicional.

suas raízes no privatismo e no positivismo, na medida em que a tradição do pensamento constitucional no Brasil foi estabelecida sob a forte influência dos constitucionalismos português e espanhol, e de suas respectivas Cartas Constitucionais de 1976 e 1978. Daí advém, um costume jurídico constitucional pautado na defesa de um Sistema mais ocupado com os direitos civis e políticos e com a autonomia privada dos indivíduos, e, aliado a uma concepção menos participativa de democracia, bem representam a experiência histórica dos mencionados países que, como o Brasil, tiveram as suas estruturas normativas altamente influenciadas pelos regimes totalitários aos quais foram submetidos, razão pela qual se observa na cultura jurídica desses três países, uma priorização lógico normativa voltada à implementação e consolidação da democracia.

Para fins de leitura voltada à temática atinente à história da magistratura, do Poder Judiciário, do constitucionalismo e do pensamento jus-filosófico nacional, ler WOLKMER, Antonio Carlos, **História do Direito no Brasil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, e. p. 115-138, 145-148, 176-181.

¹³ No contexto do Estado Democrático de Direito, oportuno é aprofundar a reflexão sobre essa revisitação da atuação do Poder Judiciário e a criação jurisprudencial focada na Constituição, formuladas por CAPPELETTI, *in* **Juizes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, e. p. 20-27, 40-42, 66-69.

Do esposado nesse particular, vale dizer que a expressão *ativismo judiciário*¹⁴ designa nada mais nada menos que essa espécie de destaque atual do Poder Judiciário em relação ao Executivo e Legislativo, em muito por conta daquelas decisões judiciais prolatadas de modo compatível com as bases do constitucionalismo contemporâneo – tão bem delineadas nas propostas e ensinamentos de juristas do Direito Constitucional como: Dalmo de Abreu Dalari, Paulo Bonavides e José Afonso da Silva -, ou seja, voltadas a concretizar o sistema de direitos humanos fundamentais, e que têm suscitado temor pelo desrespeito à lei, aos fundamentos democráticos e também à ampliação do leque de ações por parte do Judiciário.

Aprofundando a reflexão, destaque-se que o *ativismo judicial* deflagrado por meio do neoconstitucionalismo não pretende impor riscos às bases da sociedade democrática. Ao contrário, trata-se de uma conseqüência natural a essa ampliação do raio de atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito – caracterizado, conforme perspectiva ferrajoliana, pelos princípios da legalidade e da garantia (FERRAJOLI, 1997, p. 856-857) -, voltada essencialmente ao propósito de estabelecer, pelas vias judiciárias, uma vinculação vigorosa e indeclinável das três principais competências (poderes) – legislativa, executiva e judiciária - do ente estatal com a sua vocação originária: a concretização da Constituição.

Em outras palavras: **o *ativismo judiciário* somente se justifica pelo compromisso de efetivação dos direitos humanos fundamentais.**

Nesse desfecho, alinhavamos ser essa a razão pela qual denominamos – num embrionário exercício metodológico que busca tão somente demonstrar as semelhanças e diferenças do objeto em estudo -, de ***ativismo judiciário negativo*** a conduta jurisprudencial que, inserida no contexto do Estado Democrático de Direito, atua no sentido da limitação e não da efetivação dos direitos humanos fundamentais, já que, apesar de adepta à lógica de ampliação do raio de atuação do Poder Judiciário, ocupa-se essencialmente em contrariar a plataforma emancipatória maior do neoconstitucionalismo, que consiste na plena concretização eficácia normativa da Constituição.

4. A posição jurisprudencial sumulada pelo TST: análise à luz do Neoconstitucionalismo e do fenômeno do Ativismo Judiciário

Com o propósito de analisar eventuais desvios de rota em relação aos fundamentos do Direito Constitucional do Trabalho, identificados na cristalização de jurisprudências através da edição de súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho, de plano, ocupar-nos-emos na análise da **Súmula n.º 221**, cuja redação é a seguinte:

221. RECURSOS DE REVISTA OU DE EMBARGOS. VIOLAÇÃO DE LEI. INDICAÇÃO DE PRECEITO. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL. *(Incorporada à Orientação Jurisprudencial 94 da SDI-1 – Res. 129/2005, DJ 20.4.2005)*

¹⁴ A expressão *ativismo judiciário* é comumente utilizada pela doutrina como sinônimo de outra expressão batizada como *judicialização da política*.

Contudo, como o objetivo do presente estudo não nos permite que nos atenhamos, mais detidamente, sobre as nuances referentes à temática, sugerimos a leitura de VIANA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

I. A admissibilidade do recurso de revista e de embargos por violação tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição tido como violado. (*ex-OJ 94 – Inserida em 30.5.1997*)

II – Interpretação razoável de preceito de lei, ainda que não seja a melhor, não dá ensejo à admissibilidade ou ao conhecimento do recurso de revista ou de embargos com base, respectivamente, na alínea c do art. 896 e na alínea b do art. 894 da CLT. A violação há de estar ligada à literalidade do preceito. (*ex-Súmula 221 – Res. 121/2003, DJ 21.11.2003*) [Nota: o art. 894 recebeu nova redação da Lei 11.496/2007.]

Do sobredito, qual não é a nossa surpresa ao nos depararmos com uma das súmulas de Direito Processual do Trabalho mais usadas pelo TST em que a mais alta Corte Trabalhista brasileira dá uma demonstração de ser a favor da prática do *ativismo judiciário*, ao aceitar várias interpretações para um mesmo preceito legal, inclusive em sede de uniformização de jurisprudência.

Na verdade, por meio da leitura exclusiva da Súmula n.º 221, depreende-se que nela o TST se enverga ao caráter de subjetividade que permeia a interpretação da norma jurídica, chegando ao ponto de admitir expressamente que existem várias interpretações possíveis ao texto legal – e, inclusive, assumindo o caráter valorativo dos atos de interpretação, a partir do instante em que afirma que alguns deles podem ser “melhores” ou “piores” -, razão pela qual em dadas circunstâncias declina da obrigatoriedade de uniformização de jurisprudência. Assim, surpreendentemente reconhece que cada Tribunal Regional poderá pensar em posições razoáveis - mas também pouco comuns e inovadoras acerca de determinada matéria -, não necessitando em tais situações que o TST intervenha na sua obrigação de uniformização de jurisprudência, nos milhares casos que lhe são diariamente submetidos à apreciação.

Desta feita, o que pode ser concluído em relação ao entendimento cristalizado pelo TST, unicamente por meio da súmula em cotejo, é que pelo menos em relação ao Direito Processual do Trabalho, e no que concerne ao Recurso de Revista – tão amplamente utilizado, especialmente pelas grandes instituições econômicas -, é que referida Corte Superior, no que se refere às propugnações advindas do *ativismo judiciário*, está disposta ao seguinte: **a)** a romper com a subsunção dogmática de modo a prestigiar os atos de interpretação e da aplicação do disposto no art. 896 da CLT à luz do caso concreto; **b)** a estabelecer uma conexão entre o Direito e a cidadania, a partir do momento em que permite que um Regional interprete uma norma jurídica conforme o olhar da comunidade em relação à qual está circunscrito na sua jurisdição; **c)** a admitir práticas processuais de argumentação jurídicas aptas a apresentarem várias interpretações para uma norma jurídica; **d)** e, a atuar como um “co-legislador”¹⁵, soprando vida no texto oriundo do Legislativo, a partir do

¹⁵ Aqui, ao utilizarmos a expressão “co-legislador”, não estamos, de forma alguma, a defender condutas indicadoras do intento de usurpação das competências políticas do Legislativo pelo Judiciário. Ao contrário, estamos certos que o neconstitucionalismo não endossa ditas práticas. Mas

instante em que o Judiciário Trabalhista - na condição de último intérprete da norma -, mostra como há de ser lida, interpretada e aplicada a redação o dispositivo processual vigente.

Todavia, o confronto do supra entendimento sumulado, por outro lado, acaba também por deixar clara a resistência do TST em proceder a leitura de um dispositivo legal (art. 896 CLT) à luz do princípio constitucional, já que mesmo tendo aderido às propostas do *ativismo judiciário*, não se mostra disponível a interpretar e aplicar o dispositivo legal, no caso, através das lentes do princípio constitucional fundamental de acesso à ordem jurídica justa.¹⁶

De toda feita, apesar de tal dificuldade, o Tribunal Superior do Trabalho demonstra ter aderido – mesmo que inconsciente ou involuntariamente -, às propugnações do *ativismo judiciário*, pelo menos em matéria de Recurso de Revista.

Ante tais constatações acerca da Súmula n.º 221, por meio de duas outras posições jurisprudenciais do TST em sede de direito material (individual e coletivo) - também dotadas de alta utilização prática -, observaremos, a partir de agora, se a mais alta Corte Trabalhista do país vem adotando as premissas lógicas do *ativismo judiciário*, ante a necessidade de efetivação de uma Ordem Jurídica comprometida com os valores republicanos e voltada à concretização dos direitos humanos fundamentais de índole-social trabalhista, ou..., quiçá, se o surpreendente *ativismo judiciário* praticado pelo TST e diagnosticado através do entendimento jurisprudencial em cotejo pode ter sido mera atitude de conveniência destinada simplesmente a limitar a significativa quantidade de Recurso de Revista - um remédio jurídico de caráter excepcional, utilizado num momento processual em que a missão do processo já fora completa -, que lhe é diariamente apresentada, e que trouxe como saldo a inevitável postura de uma suposta abertura em relação à possibilidade de construção de várias interpretações sobre uma mesma norma jurídica, tão somente para dar seguimento a uma pretensão puramente política-jurídica-institucional pautada no objetivo de estreitar, ao máximo, seus canais de recorribilidade.

Porém, suposto intento só poderá ser descortinado pelo aprofundamento da análise da jurisprudência sumulada pelo TST, na hipótese de se constatarem reiteradas contradições em sua prática jurisprudencial capazes de negar as plataformas do *ativismo judiciário*, acima apontadas.

sem dúvida que acreditamos que a posição consubstanciada na Súmula n.º 221 do TST, abre espaço àquilo que DINAMARCO (2008, p.232-233), tão bem leciona acerca da atuação e da missão do juiz, ao interpretar fatos e provas e aplicar as normas jurídicas ao caso sob análise, tornando-se: [...] um autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico, cabendo-lhe a positivação do poder mediante decisões endereçadas a casos concretos. Tanto como o legislador, ele é agente estatal e tem a missão de decidir segundo as escolhas da sociedade.” [...]

¹⁶ O termo “ordem jurídica justa” foi cunhado por WATANABE (1985, p. 161), é aqui utilizado por se adequar muito bem aos ideais do neoconstitucionalismo, bem como pelo fato de não considerarmos justa a inadmissão do Recurso Especial – e, no caso do Processo do Trabalho, o Recurso de Revista -, quando se está diante de dispositivo ou de matéria de direito que comporta várias interpretações sobre o seu teor e fora devidamente prequestionado.

Nesse sentido, esse é mais um estímulo para que persigamos o nosso objetivo, razão pela qual damos seguimento ao nosso estudo por meio da investigação da **Súmula n.º 331**, abaixo transcrita:

331. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

I. A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalhador temporário (Lei 6.019, de 3.1.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II da CF/88).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20/06/1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive, quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei 8.666, de 21.6.1993). *(Alterada pela Resolução 96/2000, DJ 18.9.2000)*

Com efeito, convém registrar que, diversamente do pontuado no início da análise da súmula anterior, de pronto constatamos, por meio dessa posição sumulada pelo TST sobre o fenômeno da exteriorização de serviços, a infidelidade do Judiciário Trabalhista em relação às propostas desenhadas pela Nova Hermenêutica Constitucional.

Muitos são os recortes de análise da jurisprudência do TST sobre os contratos de emprego envolvidos no processo de subcontratação no Brasil. Nesse espectro, sob o enfoque do *ativismo judiciário*, verificamos por meio da Súmula n.º 331, que o TST adota as seguintes condutas: **a)** rompe com a subsunção dogmática de modo a adotar atos de interpretação e aplicação referentes às Leis n.º 6.019/74, 7.102/83 e ao *caput* do art. 7 da CR, a despeito dos casos concretos que venham a ser apresentados ao Judiciário Trabalhista; **b)** corta a conexão entre o Direito e a cidadania, a partir do momento em que impõe que o fenômeno da exteriorização não seja encarado sob a ótica da valorização do trabalho humano; **c)** admite as práticas processuais de argumentação jurídica aptas a estabelecer determinadas formas de interpretações para as normas existentes, como no caso, para as Leis n.º 6.019/74 e 7.102/83 e, ainda, para o *caput* do art. 7 da CR; **d)** procede à leitura dos dispositivos legais infraconstitucionais e constitucional, de modo a guiar-se, tão somente, pelo princípio constitucional fundamental da livre iniciativa, como obrigação genérica e abstrata para os casos de relação de emprego entabuladas pelas vias de contratos de terceirização; **e)** presta-se a atuar como um legislador e, substituindo o Legislativo, criar fonte formal dedicada a determinar, de modo absoluto e genérico, como deve ser compreendido o fenômeno da exteriorização das atividades da empresa por terceiros.

No que se refere à linha de argumentação adotada no entendimento sumulado sob análise, o que se observa é que a anteriormente rejeitada intermediação de mão-de-

obra pela Súmula n.º 256, é agora aceita por mesma Corte Superior, que se inclina e se enverga diante do propósito de adequar o Direito do Trabalho às novas formas de organização empresarial, por meio de um explícito empenho de conseguir a flexibilização do Princípio Protetor; fenômeno, aliás, que nasceu de dentro do chão da fábrica para o seio do Direito e, por conseguinte, para os Tribunais, pela via da fixação das formas de leitura, interpretação e aplicação das parcas e antigas leis brasileiras que tratam do fracionamento da empresa (Leis n.º 6.019/74 e 7.102/83) - bem como texto constitucional - de modo a viabilizar, desde 18.09.2000, que a pactuação de um contrato comercial de exteriorização de serviços firmado entre empresas, seja também capaz de protegê-las e eximi-las das indesejáveis consequências jurídicas advindas da contratação de trabalho subordinado.

Para tanto, o TST, num ato de estímulo à irresponsabilidade social e de inexplicável abertura interpretativa, “abre a porteira” de possibilidades para que a subcontratação - antes somente autorizada nas atividades relacionadas ao trabalho temporário e de vigilância -, para também atingir as de conservação e limpeza, bem como os “serviços especializados ligados a atividade-meio” da empresa tomadora - expressão esta cujo poder semântico é de se destacar ante sua tamanha amplitude e adaptabilidade às mais distintas realidade empresariais que se apresentem -, com o claro fim de contribuir para a obtenção de uma maior produtividade, com o aumento da rentabilidade dos detentores do capital e consequentemente a limitação da efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores¹⁷.

Nessa mesma quadra, por meio da súmula em comento, o TST aproveita-se da omissão do Poder Legislativo em regulamentar o fenômeno flexibilizador de exteriorização das atividades empresariais e, mesmo carente de normas jurídicas claras no espectro constitucional e às custas de uma meia-solução, propõe também, no que se refere à temática da responsabilidade civil, um posicionamento sumular dissociados dos princípios da função social do contrato e da propriedade -, afoito por ampliar o leque de possibilidade para o trabalho terceirizado no Brasil e minimizar eventuais riscos para o setor econômico na pessoa de empresas que cometam ato ilícito contra o patrimônio dos trabalhadores.

Ante tais considerações, por certo que a entendimento constante da Súmula n.º 331, em nada se assemelha ao *ativismo judicial* proposto pelo neoconstitucionalismo como uma consequência natural a essa ampliação do raio de atuação do Poder Judiciário, eis que a mais alta Corte Trabalhista do Judiciário brasileiro atrapalha-se e confunde Direito com Política - eis que não se comunica, mas ingere diretamente em uma das atividades políticas -, de modo a alargar a sua discricionariedade e confeccionar prescrição normativa ilegítima sob o aspecto da ausência de compromisso no sentido de buscar a transformação da sociedade conforme os ditames constitucionais, atuando abusivamente no exercício de suas competências, conforme lição de CANOTILHO (2003, p.251) a respeito da tripartição de poderes no Estado contemporâneo:

O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos,

¹⁷ Cf. meu **A colisão de princípios constitucionais no Direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, 2007, p. 112-117.

executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem *pode ser feito* e é feito de forma legítima[...].

Sob o enfoque doutrinário acima transcrito, a agressão do TST contra a Carta Constitucional é demonstrada pela sua intenção legiferante, pela finalidade de usurpar competência do Poder Legislativo – que há muito se demonstra desinteressado em legislar sobre a matéria da “terceirização” no Brasil -, e ainda por buscar inovar e modificar a Ordem Jurídica por meio do texto sumulado em evidência, em nada compatível com as propostas do neoconstitucionalismo, no sentido de concretizar os direitos humanos fundamentais sociotrabalhistas, caracterizando-se, assim como o típico **ativismo judiciário negativo**.

Arrematamos nossa análise jurisprudencial, firmando o olhar sobre o entendimento constante da **Súmula n.º 423 do TST**, que assim dispõe sobre jornada de trabalho em regime de turno ininterrupto de revezamento:

423. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. (*Conversão da Orientação Jurisprudencial 169 da SDI-1 - Res. 139/2006, DJ 10.10.2006*)

Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento das 7.ª e 8.ª horas como extras.

A propósito e antes de seguir adiante, deter-nos-emos em questionar um aspecto intrigante: porque o TST, quando colocado ombro a ombro com os demais Tribunais Superiores brasileiros, é uma Corte Judicial que não se intimida em ditar aquela que entende ser a melhor interpretação a se adotar, inclusive de matéria constitucional? Seria por conta da delegação que lhe foi conferida por meio da Súmula n.º 401 do STF¹⁸? Ou será porque grande parte das normas trabalhistas, desde a Carta Constitucional de 1988, alçou o nível constitucional? Bem, seja qual for a justificativa que move o TST, o certo é que dito comportamento também lhe traz um sério ônus, qual seja, o de dominar, como nenhum outro Tribunal Superior brasileiro, o amplo universo do Direito Constitucional.

Nessa linha, não obstante a permissividade em relação à jurisprudência construída pelo TST constante da Súmula n.º 401 do Supremo Tribunal Federal, o certo é que o princípio de Direito Coletivo do Trabalho, cujo entendimento fora cristalizado pela mais alta Corte Trabalhista deste país, reveste-se do caráter de matéria constitucional, o que, portanto, já tornava desaconselhável a edição da presente súmula, eis que extrapola o leque de competência da instância em questão.

Assim, a leitura do teor do posicionamento sumulado em cotejo, sob o enfoque do *ativismo judiciário*, suscita que nos detenhamos em cinco aspectos de análise neoconstitucionalista, verificados na Súmula n.º 423: **a)** a intenção do TST de

¹⁸ A respeito, observar o inteiro teor da Súmula n.º 401 do STF: “Não se conhece do recurso de revista nem dos embargos de divergência, no processo trabalhista, quando houver jurisprudência firme do Tribunal Superior do Trabalho no mesmo sentido da decisão impugnada, salvo se houver colisão com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.”

romper com a subsunção dogmática de modo a prestigiar os atos de interpretação e da aplicação do disposto no *caput* e no inciso XIV do art. 7º c/c o inciso VI do art. 8º, todos da CR/88; **b)** o descompromisso em estabelecer uma conexão entre o Direito e a cidadania, a partir do momento em que propõe uma interpretação jurídica sem a fixação de um referencial constitucional e que viabiliza uma verdadeira renúncia aos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores; **c)** a inaptidão para proceder à leitura dos dispositivos legais dissociados dos princípios constitucionais que fundamentam a República, a Ordem Social e a Ordem Econômicas do Estado brasileiro; **d)** a admissão, pelo TST, de práticas processuais de argumentação jurídicas aptas a apresentarem várias interpretações para uma norma jurídica; **e)** a atuação do TST como um “contra-legislador”, deformando, no exercício da sua jurisdição, o Princípio da Autonomia Coletiva emanado do Constituinte Originário, através de sua proposta de interpretação e aplicação de dispositivo constitucional simplesmente comprometido com a possibilidade de reconhecer a ampla possibilidade, pelas vias da Negociação Coletiva, de derrogação de direitos humanos fundamentais dos trabalhadores.

Ante o sobredito, muito oportuna é a advertência de SILVA (2009, p.13), ao afirmar que referido posicionamento jurisprudencial, “conduz a um ‘abstencionismo judicial’ que pode estimular o esvaziamento dos direitos constitucionais, contribuindo para uma percepção de que a negociação coletiva seria um espaço para flexibilização e perda de direitos”, numa clara viabilização de renúncia quanto aos direitos trabalhistas e não de uma real negociação advinda do Princípio Constitucional da Autonomia Coletiva, capaz de fortalecer o sistema constitucional de garantias.

Frise-se, nesse sentido, que a limitação da jornada diária estabelecida pelo legislador constituinte para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento foi a de seis horas diárias¹⁹, em respeito à vida digna, à higidez do trabalhador, ante a nocividade que o trabalho em condições de tamanha perversidade física, psicológica e social lhe submete. Portanto, o reverso desse zelo constitucional somente poderá ser admitido em situações excepcionalíssimas, ponderosas, ou seja, que suscitem a necessidade da pactuação de outra jornada em tal regime, unicamente em caráter precário e emergencial.

Desta feita, pela Súmula n.º 423, o TST apresenta interpretação alterando uma situação tida como de exceção pelo legislador constituinte, eis que pela via do dito entendimento referida Corte anula um mecanismo de proteção especial destinada aos trabalhadores em turno, transformando-os em trabalhadores comuns sujeitos, portanto, à jornada de trabalho habitual de oito horas diárias, inclusive no labor vinculado ao regime de turnos ininterruptos de revezamento.

Note-se, ainda, que a posição adotada pelo TST ao admitir como possível a ampliação da jornada de trabalho de 06 horas diárias nos regimes de turno de revezamento, por si só, já é configuradora de uma postura descomprometida com a efetivação dos direitos humanos fundamentais sociotrabalhistas, sendo ainda mais

¹⁹ Endossando a nossa posição, por meio dos métodos histórico e teleológico de interpretação do inciso XIV do art. 7º da CR/88, sugerimos que a respeito do conteúdo dos debates travados na Assembléia Nacional Constituinte sobre a limitação da jornada de seis horas diárias para o regime de trabalho submetido a turnos ininterruptos de revezamento e a derrota da proposta política mais conservadora que pretendia admitir o negociado sobre o legislado, leia-se SILVA (2009, p.08-09).

ofensiva ao Texto Constitucional quando também, para além de admitir a tal ampliação de jornada, o TST o faz sem exigir a devida necessidade da contraprestação pelas horas extras laboradas após a sexta, transformando em regra o que é exceção, eis que permite, em caráter habitual, tal sobrejornada em regime de trabalho absolutamente gravoso para a condição humana e de modo a desobrigar os empregadores do pagamento das 7.^a e 8.^a horas suplementares, num raciocínio lógico estabelecido conforme as leis do mercado e dissociado do compromisso de concretizar a Constituição.

Tal ponto de vista agasalhado por meio da Súmula n.º 423, portanto, mais uma vez, denuncia a prática, pelo TST do **ativismo judiciário negativo**, em explícita redução de direitos fundamentais sociotrabalhistas e na perda de noção de seu papel como Corte Superior do Judiciário Trabalhista brasileiro, sem querer assumir a sua contrapartida à ampliação de seu raio de atuação.

Nesse exercício jurídico em busca de compreender o *ativismo judiciário* aqui investigado através das súmulas jurisprudenciais sob análise, sem dúvida que por demais séria é a verificação, mais uma vez, da prática de *ativismo judiciário negativo* pelo TST, ao demonstrar, por suas posições que, se por um lado aceita a ampliação do seu raio de atuação, doutro lado se apresenta exercendo um *ativismo negativo* – este sim, capaz de desequilibrar o sistema político e a democracia constitucional! -, visto que fundado na sua desconexão com a garantia dos direitos humanos fundamentais dos cidadãos trabalhadores, eis que ditas prescrições normativas, são amplamente comprometidas com não com a efetivação, ou melhor, com a diminuição e eliminação de direitos trabalhistas, através da elaboração de interpretações construídas em prol dos interesses do empregador²⁰ e portanto, desreguladoras de direitos.

5 Conclusão: ativismo judiciário negativo

No Estado Democrático de Direito, o jogo institucional estabelecido entre as competências do Poder Público, encontra zonas de tensão nas mais distintas áreas - que atualmente são diagnosticadas no âmbito da concretização, também pela vias judiciárias - dos direitos humanos fundamentais, inclusive os sociotrabalhistas.

Contudo, essa expansão de atuação do Judiciário nos processos decisórios, típica dos Estados de Direito das democracias contemporâneas, reflete uma nova postura de participação política dos indivíduos e da sociedade em busca não mais somente do reconhecimento, mas sim da efetivação dos seus direitos individuais e coletivos, como instrumento social de mudança da realidade existente à luz dos anseios constitucionais.

Assim, os direitos humanos fundamentais são como que diretrizes de ingerência e de limitação de cada poder (função).

²⁰ A esse respeito das formas de flexibilização dos direitos dos trabalhadores, muito elucidativa é a classificação formulada por Oscar Ermida Uriarte, in **A flexibilidade**, São Paulo: LTR, 2002, esp. p.14: "Num plano analógico a esse, tem-se também postulado a existência de uma *flexibilidade jurisprudencial*, quando na falta de uma mudança normativa, a jurisprudência modifica sua orientação para interpretações desreguladoras ou mais favoráveis ao empregador."

De toda feita, o certo é que, em nossos dias, espera-se mais do Judiciário. Quer-se mais do Judiciário Trabalhista. E, nesse contexto, o Judiciário Trabalhista somente reforçará o seu papel institucional, pela via do *ativismo judiciário*, se disposto a concretizar a Constituição.

É preciso depreender que os princípios – normas reconhecidamente jurídicas conforme o nosso texto constitucional -, à luz do neoconstitucionalismo conferem sim ao hermeneuta jurídico a possibilidade de estabelecer um processo analítico e crítico que reconheça a eficácia jurídica dessas normas-principiais, mas sempre de modo absolutamente atrelado e adstrito ao referencial ético imposto pelos valores constitucionais, o que rechaça, de plano, todas as espécies de arbitrariedades e de decisionismos interpretativos.

Nessa linha, não há mais dúvida de que o *ativismo judiciário* não representa qualquer incompatibilidade com o regime político democrático, mas por certo que essa expansão de competência só se legitima e justifica sem violar o equilíbrio do sistema político e de modo compatível com as bases da democracia, ou seja, caso se mantenha adaptada à realidade imposta pelo modelo de Estado brasileiro e, preferencialmente, limite-se aos casos concretos analisados e julgados pela devida instância judiciária, restringindo, dentro do possível, a produção de posições estratificadas em súmulas que, aliás, tão pouco combina com o sistema de direito jurídico romano-germânico.

Noutra face, a caracterização do *ativismo judiciário negativo*, proposta neste ensaio, é apresentada diante do quadro de intensa influência que as súmulas do TST exercem no espírito e na conduta dos indivíduos, da sociedade e dos profissionais do Direito, razão pela qual tais posturas interpretativas e aplicativas da norma jurídica voltadas à limitação e à diminuição de direitos, que não se justificam pelo compromisso de efetivação dos direitos humanos, ou que denotem abuso do uso do poder nas atividades jurisdicionais, são graves, são ilegítimas, em nada endossáveis pela lógica do neoconstitucionalismo, razão por que devem ser duramente corrigidas por meio da utilização dos devidos remédios jurídicos aos órgãos competentes.

Aliás, é exatamente por conta da enorme influência que a jurisprudência sumulada pelo TST gera na *práxis* forense, acadêmica e jurisdicional do universo de aplicação do Direito Constitucional do Trabalho, como uma espécie de advertência repressora que sobrepára indivíduos, entidades e profissionais do Direito, que o seu compromisso institucional de firmar posições na forma de súmulas, há de ser totalmente vinculado ao seu dever de concretizar a Constituição – inclusive no sentido de vencer a sua resistência em ler os dispositivos legais à luz dos princípios constitucionais, devidamente constatado pelo teor das Súmulas n.ºs 331 e 423.

Portanto, é relevante destacar que, verificada disposição pró-ativa do TST em relação ao *ativismo judiciário* no que concerne à Súmula n.º 221, há também que permear todos os seus demais entendimentos sumulados por essa mesma linha de enfoque, para, então, indicar um caminho de abertura hermenêutica firmada nos fundamentos axiológicos constitucionais, que há de necessariamente ser pautado

pelo respeito à exigência constitucional de fundamentação jurídica das decisões do Poder Judiciário, inclusive, em sede de jurisprudência sumular.

Afinal, nesse itinerário hermenêutico-racional, não há espaço para posicionamentos dúbios, arbitrários, contraditórios e convenientes por parte do TST ao editar suas súmulas – como aqueles identificados no teor das de n.º 331 e n.º 423 -, pois se por um lado, a interpretação de normas jurídicas reconhecidas como princípios é mais subjetiva e abre a oportunidade para construções jurídicas mais elaboradas; por outro lado, as balizas desse novo modelo hermenêutico têm limites claros e rigorosos, refletidos nos valores republicanos e na efetividade dos direitos humanos fundamentais, ambos somente compatíveis com os ideais de respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador, de igualdade substancial e de soberania popular mediante participação política dos cidadãos.

Referências

ALMEIDA, Eneá de Stutz e. **Indivíduo, pessoa e direitos da personalidade: reflexões**. 2009 [no prelo?].

ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil). A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 5.ed. São Paulo: Del Rey, 1993.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Pela (RE)Humanização da *práxis* constitucional trabalhista. **Revista LTr**. São Paulo, vol.70, n.12, p. 1492-1507, dez.2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2002.

CAÑAS, Antonio Gordillo. *Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*. **Anuário de Derecho Civil**. Madrid, tomo LXI, fascículo 2, abr./jun. 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu (PUC/RJ)**. Rio de Janeiro, vol.05, n.09, p. 105-113, jul./dez, 2004.

_____. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro:IUPERJ/FAPERJ, 2002.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Fragmentos do ativismo da magistratura**. São Paulo: LTR, 2006.

COPETTI, André; MORAIS, José Luiz Bolzan de. A (Re)Construção Jurisdicional da Constituição de 1988. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - RIPE**. Bauru, vol.01, n.46, p. 135-167, jul./dez.2006.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem justa. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.59, p.14-21, julho/setembro,1990.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Rázon**. 2.ed. Madrid: Trota, 1997.

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarola, 2004.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. 4.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. 386p.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Relações coletivas de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

_____. Decisões Judiciais e (des)construção dos Direitos: Revistando a interpretação dos direitos coletivos pelos Tribunais Superiores. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes et al (Coord.). **Leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. (Coleção O Mundo do Trabalho, v.1.).

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção. Porto Alegre: Livraria do Advogados, 2000.

_____. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: LTr, 2002.

VIANA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas. In: _____ (coord.). **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: RT, 1985.