

TONIA RUSSOMANO MACHADO

**CONDIÇÕES FACILITADORAS DO ATIVISMO JUDICIAL NA
JUSTIÇA DO TRABALHO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Doutor Nelson Mannrich

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

TONIA RUSSOMANO MACHADO

**CONDIÇÕES FACILITADORAS DO ATIVISMO JUDICIAL NA
JUSTIÇA DO TRABALHO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito do Trabalho e Seguridade Social, sob a orientação do Professor Titular Doutor Nelson Mannrich.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Machado, Tonia Russomano.

Condições facilitadoras do ativismo judicial na Justiça do Trabalho. São Paulo, 2018.

253 fls.

Orientador: Professor Titular Doutor Nelson Mannrich.

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Área de concentração: Direito do Trabalho e Seguridade Social, 2018.

1. Ativismo judicial. 2. Constituição Federal de 1988. 3. Princípios constitucionais. 4. Dignidade humana. 5. Justiça do Trabalho. I. Machado, Tonia Russomano. II. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Tonia Russomano Machado

Título: Condições facilitadoras do ativismo judicial na Justiça do Trabalho.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora

Professor Titular Doutor Nelson Mannrich (Orientador)

Instituição: FADUSP Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Instituição: FADUSP Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Professor Doutor _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de dedicar meus mais sinceros agradecimentos ao meu orientador, Professor Nelson Mannrich, por ter propiciado meu ingresso a esse Programa de Pós-Graduação, por ter se mostrando incansável no decorrer da orientação e por ter insistido na necessidade de um olhar multidisciplinar para a evolução de qualquer estudioso. Sem ele, nada disso teria sido possível.

À Professora Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux, que além de ter sido responsável por ministrar minha primeira aula do curso, teve presença determinante durante toda a trajetória percorrida até aqui. Para além dos Direitos Humanos, é um notável exemplar de ser humano. Certamente uma das pessoas mais educadas, generosas e admiráveis com quem tive oportunidade de conviver durante a vida. Seus ensinamentos foram determinantes para minha evolução não só acadêmica, como pessoal.

Ao Professor Celso Fernandes Campilongo pela generosidade demonstrada durante o Exame de Qualificação. Suas contribuições foram decisivas para o enriquecimento da pesquisa.

Aos Professores Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Elival da Silva Ramos, por terem plantando em mim o interesse pelo estudo do tema relacionado ao ativismo judicial.

A todos os professores com quem me deparei ao longo do curso. A lição de cada um deles está presente nesse trabalho e me acompanhará por toda a vida.

Aos meus colegas de escritório, por terem propiciado minha necessária imersão para o enfrentamento dessa jornada.

À minha família, pelas minhas incontáveis ausências.

RESUMO

MACHADO, Tonia Russomano. **Condições facilitadoras do ativismo judicial na Justiça do Trabalho**. 2018. 253 fls. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

A notável ascensão do Poder Judiciário na era moderna propiciou o surgimento de um fenômeno bastante relevante, o do ativismo judicial. Especificamente no Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 teve um importante papel para o seu incremento. Destacam-se, nesse contexto, o formato e o modelo adotados pela Carta, as controvérsias em torno da previsão de aplicação imediata dos direitos fundamentais, o alargamento dos poderes concedidos ao Supremo Tribunal Federal, o papel exercido pelo Poder Judiciário no controle de políticas públicas, a consagração do ideário dos direitos humanos e, por fim, a contemporânea valorização dos princípios constitucionais. Notadamente a posição de destaque conferida ao princípio da dignidade humana acabou por proporcionar uma importante expansão do campo destinado à atividade jurisdicional, na medida em que seu praticamente ilimitado campo de abrangência permite sua invocação nos mais diversos contextos e com vistas a buscar emprestar legitimidade aos mais variados resultados, inclusive àqueles que contornam o teor do regramento legal aplicável ao caso. A adoção de práticas ativistas pode ser diferenciadamente percebida no âmbito da jurisdição trabalhista, em razão das raízes históricas do Direito do Trabalho e das inúmeras especificidades inerentes a esse ramo jurídico tornarem especialmente propícia a incorporação de uma postura mais “ativa” por parte do julgador. Foram notadamente esses particulares e ricos contornos que conduziram o encaminhamento do objeto do presente estudo para a análise das condições facilitadoras do ativismo judicial na Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Constituição Federal de 1988. Princípios constitucionais. Dignidade humana. Justiça do Trabalho.

ABSTRACT

MACHADO, Tonia Russomano. *Condições facilitadoras do ativismo judicial na Justiça do Trabalho (Judicial activism-facilitating conditions in labor courts.)* 2018. 253 pgs. Master's Thesis. Law School, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

The judiciary's remarkable rise in the modern age allowed for quite a relevant phenomenon to emerge, i.e. judicial activism. Specifically in Brazil, the enactment of the 1988 Federal Constitution played an important role in its expansion. A few aspects stand out in such backdrop. For instance, the format and model adopted by the Constitution, the controversies regarding the provision for fundamental rights to be immediately enforced, the increasing powers given to the Brazilian Supreme Court, the role played by the judiciary in public policy control, human rights ideas taking firm root, and finally, the great value placed on constitutional principles nowadays. Notably, the prominent position given to the principle of human dignity has led to a significant expansion of the field in which judges operate. That is because their nearly endless scope of work allows them to be called upon in a wide variety of backdrops in an effort to lend legitimacy to a vast array of results, including to those which circumvent the contents in laws applicable to a case. The adoption of activist practices can be detected in different ways in labor courts. That is because labor laws' historic roots and the myriad particularities inherent to this legal branch make it that much easier for judges to take on a more "active" stance. Such were the particularities and content-rich outlines which notably set the course for this study to analyze the conditions which facilitate judicial activism in labor courts.

Key words: Judicial activism. 1988 Federal Constitution. Constitutional principles. Human dignity. Labor courts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ERA MODERNA	19
2. O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NO FORTALECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO	35
2.1 Contexto histórico, formato e modelo.....	35
2.2 A polêmica previsão de aplicação imediata dos direitos fundamentais.....	41
2.3 Alargamento dos poderes concedidos ao Supremo Tribunal Federal.....	48
2.4 Controle jurisdicional de políticas públicas.....	54
2.5 Consagração do ideário dos direitos humanos	64
2.6 Valorização dos princípios constitucionais	77
3. NEOCONSTITUCIONALISMO	91
3.1 Origem, características e dificuldades	91
3.2 Riscos do moralismo.....	99
3.3 A (des)necessidade de uma nova hermenêutica	111
4. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL	119
4.1 Judicialização da política.....	119
4.2 Ativismo Judicial.....	128
4.3 Dificuldades inerentes à identificação do ativismo judicial	139
4.3.1 Os problemas em torno da discricionariedade judicial	139
4.3.2 Especificidades envolvendo a hermenêutica constitucional.....	146
4.3.3 A questão das lacunas e a introdução da equidade.....	151
4.3.4 As fragilidades dos parâmetros usualmente propostos.....	155
5. ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO	163
5.1 Breves apontamentos sobre a evolução histórica do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho	163
5.2 Especificidades inerentes ao Direito do Trabalho e ao Processo do Trabalho	170
5.3 Ativismo judicial na Justiça do Trabalho	177
6. ANÁLISE CRÍTICA DE DECISÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO	187
6.1 Reforma Trabalhista.....	187
6.2 Terceirização de caráter geral.....	193
6.3 Terceirização de <i>call centers</i> de empresas de telefonia	200
6.4 Aplicação da responsabilidade objetiva nas ações indenizatórias	203
6.5 Dispensas coletivas	207
CONCLUSÕES	211
REFERÊNCIAS	219

INTRODUÇÃO

Especialmente no decorrer dos séculos XX e XXI, é facilmente perceptível uma significativa alteração no papel desempenhado pelo Poder Judiciário.

Paulatinamente, a aplicação mecânica dos textos legais que caracterizou a postura adotada pelo julgador nos séculos anteriores é substituída por um notável aumento de participação do intérprete no que toca à construção da norma de decisão.

Um dos fatores que contribuíram decisivamente para tanto foi o advento do *Welfare State* ou Estado do Bem-Estar Social, consolidado ao redor do mundo como resposta à histórica crise proporcionada pela eclosão da Grande Depressão, havida no ano de 1929.

Esse novo modelo foi concebido com o propósito de assegurar um maior intervencionismo do Estado no contexto social, econômico e político de cada país.

Para propiciar sua consecução, as constituições passaram a contemplar direitos e garantias que demandam a adoção de uma postura estatal positiva, tais como saúde, educação, moradia, entre outros.

Apesar de a adoção das providências necessárias à sua efetiva concretização incumbirem originariamente aos Poderes Executivo e Legislativo, o sistema criado torna possível a intensa participação do Poder Judiciário na hipótese de omissão daqueles, notadamente no âmbito da jurisdição constitucional.

Outro marco histórico relevante diz com a Segunda Guerra Mundial.

Por certo, as atrocidades cometidas à época contribuíram decisivamente para a conclusão quanto à necessidade de um ordenamento supralegal que assegurasse um patamar mínimo de civilidade para todos os povos.

Visando a propiciar o alcance desse objetivo, tem início, a partir do pós-guerra, o desenvolvimento do ideário internacional dos direitos humanos, com base no pressuposto da necessária proteção à dignidade humana, em qualquer contexto, em qualquer local do mundo e em qualquer época.

Com isso, gradativamente o discurso dos direitos humanos foi sendo incorporado não só pelos principais diplomas internacionais, como também pelas normas constitucionais das democracias ocidentais.

A Constituição Federal de 1988 não foge a esse formato. Além de ter abraçado a dignidade humana como sua espinha dorsal, albergou em seu texto diversos outros valores expressos sob a forma de princípios.

Não é por outra razão que o Direito Constitucional pátrio tem atualmente centrado nas normas de natureza principiológica, seu principal foco de atenção.

A contemporânea valorização dos princípios levou ao desenvolvimento de um movimento denominado “neoconstitucionalismo”, que pretende estabelecer um novo modelo de atuação para o Poder Judiciário, com base no argumento de que o positivismo jurídico não seria compatível com a introdução de elementos valorativos à tarefa de interpretação judicial.

Essa almejada vinculação entre Direito e moral, no entanto, traz consigo algumas consequências dignas de atenção.

Merece especial destaque, nesse contexto, o fato de os desacordos morais sabidamente verificados nas complexas sociedades modernas dificultarem imensamente que seja assegurada a desejável previsibilidade do ordenamento jurídico.

Com efeito, a vinculação da validade da norma jurídica a critérios de ordem moral, associada à subjetividade inerente aos princípios, facilita sensivelmente o alargamento do campo de atuação destinado ao intérprete.

Todos esses aspectos colaboram para a ascensão do Poder Judiciário, que modernamente, com o advento do Estado Democrático de Direito, que alia o caráter promocional próprio ao Estado do Bem-Estar Social com a defesa dos direitos fundamentais, passa a centralizar as expectativas de concretização da transformação social ardorosamente aguardada pela sociedade brasileira desde o restabelecimento do ambiente democrático, coroado com a promulgação da Carta de 1988.

De fato, a falta de concretização de grande parte dos direitos e das garantias abarcados pela Lei Maior propiciou que o Poder Judiciário, pouco a pouco, passasse a preencher os espaços deixados pelos poderes políticos.

O exercício de um papel político por parte do Poder Judiciário se mostrou determinante para o surgimento do fenômeno conhecido como ativismo judicial, que se caracteriza por algum grau de extrapolação dos limites desenhados para a tutela jurisdicional.

A adoção desse novo modelo de atuação faz surgirem inúmeros questionamentos, especialmente em relação ao cenário de insegurança jurídica por ele propiciado, ao risco de violação ao princípio da separação de Poderes e, igualmente, ao próprio ambiente democrático, tendo em vista que os integrantes do Poder Judiciário são os únicos não subordinados à eleição popular.

Apesar de o ativismo judicial se constituir em fenômeno da maior relevância, já que implica a alteração da concepção histórica acerca do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, a doutrina ainda não logrou oferecer parâmetros definitivos que permitam sua adequada identificação e, conseqüentemente, seu indispensável controle.

A aludida lacuna favorece um incremento ainda maior de decisões com viés ativista, na medida em que os atuais diplomas nacionais e internacionais fornecem o arcabouço necessário para a justificação dos mais variados resultados construídos pelo intérprete.

O ativismo judicial fica, dessa forma, oportunamente encoberto sob o alargado manto conferido à atividade interpretativa legitimamente exercida pelo julgador.

Disso resulta a importância atinente à análise das condições facilitadoras do ativismo judicial, que diz com o objeto do presente estudo.

Em razão das singularidades presentes no cenário nacional, notadamente no que toca aos os elementos ofertados pela Constituição Federal de 1988, optou-se pelo direcionamento da pesquisa ao contexto verificado no âmbito da realidade brasileira.

Dentro desse universo, há um ramo do Poder Judiciário no qual a adoção de práticas ativistas pode ser diferenciadamente percebida: a Justiça do Trabalho.

Com efeito, a origem histórica do Direito do Trabalho e as especificidades inerentes a esse segmento jurídico tornam especialmente propícia a incorporação de uma postura mais “ativa” por parte do julgador.

Foram exatamente os particulares e ricos contornos que envolvem a prática do ativismo judicial no âmbito da jurisdição trabalhista que conduziram o encaminhamento do trabalho nessa direção.

Na busca por tentar contribuir, de alguma forma, para o enfrentamento das intrincadas questões que envolvem a temática, pareceu-nos relevante primeiramente contextualizar o fenômeno do ativismo judicial.

Nesse sentido, o Capítulo I apresenta algumas breves considerações históricas acerca da ascensão do Poder Judiciário na era moderna.

O capítulo seguinte é dedicado à avaliação do papel da Constituição Federal de 1988 no fortalecimento do Poder Judiciário, no qual é abordado o contexto histórico em que promulgada a Carta, o formato e o modelo por ela adotados, as polêmicas em torno da previsão de aplicação imediata dos direitos fundamentais, o alargamento dos poderes concedidos ao Supremo Tribunal Federal, o papel exercido pelo Poder Judiciário no controle de políticas públicas, a consagração do ideário dos direitos humanos e, por fim, a valorização dos princípios constitucionais.

Ao longo do Capítulo III, são investigadas a origem, as características e as dificuldades próprias ao fenômeno do neoconstitucionalismo, assim como os riscos advindos da vinculação do Direito à moral e a real necessidade de ser criada uma nova hermenêutica.

No Capítulo IV, passa-se ao enfrentamento da questão relacionada à judicialização da política, ao ativismo judicial propriamente dito e às inúmeras dificuldades que envolvem sua identificação.

Ao longo do Capítulo V, é propiciado o estudo acerca das raízes históricas do Direito do Trabalho, das diversas especificidades que envolvem esse ramo jurídico e da forma pela qual elas favorecem o incremento da prática do ativismo judicial.

O Capítulo VI tem por objeto a análise crítica de decisões oriundas do Judiciário Trabalhista que demonstrem algum tipo de extrapolação dos limites esperados da atividade jurisdicional¹.

Finalmente, as conclusões proporcionam o fechamento do trabalho.

¹Importante consignar que as decisões analisadas refletem a realidade verificada à época da elaboração e da entrega do presente estudo, que diz com o mês de janeiro de 2018. As constantes alterações de posicionamento observadas no âmbito da jurisdição trabalhista não permitem assegurar quais serão os futuros tratos conferidos às matérias apontadas.

1. ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ERA MODERNA

O surgimento e a consolidação do chamado Estado Democrático de Direito desencadearam significativas modificações no que diz com a atuação do Poder Judiciário.

Os primeiros traços do constitucionalismo coincidem com o advento do Estado Liberal, verificado no final do século XVIII, após a Revolução Francesa de 1789.

O movimento revolucionário, como sabido, surgiu como uma exigência de limitação do poder usufruído pela monarquia². A classe burguesa, na condição de detentora do poder econômico, já não mais admitia ser subordinada e discriminada pelo autoritário regime monárquico. Sua origem é atrelada, portanto, à ideia de conquista do poder político, do Estado, por essa nova classe dominante³.

Nesse contexto, a adoção de uma postura negativa por parte do Estado, tal como aquela propalada pelo Estado Liberal, se mostrava a mais propícia possível, haja vista o manifesto interesse da classe burguesa em impedir a intervenção estatal na economia.

Como à época a liberdade dos cidadãos era inversamente proporcional à quantidade de vedações impostas pelo Estado, era exigido o máximo de precisão das proibições legais, haja vista que qualquer ambiguidade poderia propiciar o alargamento do poder estatal na aplicação da legislação⁴.

A consolidação do Estado Liberal faz surgir os direitos de primeira geração, ligados fundamentalmente à liberdade, à propriedade e à vida. Tais direitos representam a fase inicial do constitucionalismo ocidental⁵.

O direito, naquele período, via-se dividido entre duas espécies: o natural e o positivo⁶.

²BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 15-6.

³BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 151.

⁴MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade orfã’”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos – CEBRAP*. São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 188.

⁵BONAVIDES, Paulo. “Os direitos fundamentais e a globalização”. In LEITE, Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais*. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 165.

O direito natural, embora possa ser encontrado nas manifestações mais remotas da civilização ocidental, foi especialmente desenvolvido pelos pensadores gregos, como uma exigência ética, superior àquela determinada pelo direito positivo. A ideia encontra-se muito presente nos pensamentos de Sócrates e Platão, mas foi fundamentalmente com Aristóteles que adquiriu “plenitude sistemática”⁷.

O jusnaturalismo tinha por base a crença de que as regras fundamentais da conduta humana poderiam ser extraídas da própria natureza do homem. A lei natural era concebida como um complexo de normas posicionadas acima do ordenamento positivo⁸.

O direito natural clássico era tido por “absoluto”, “universal” e “supra-histórico”, ou seja, tinha validade acima do direito positivo, para todos os homens e em todos os tempos⁹.

A limitação de poder preconizada pelo jusnaturalismo parte da ideia de observância a princípios não positivos, ligados à ideia de justiça, sendo essas condições para a obediência ao Direito¹⁰. O condicionamento da validade da norma à ideia de justiça, portanto, fazia com que nem todo o direito existente fosse reconhecido como válido, já que nem todo ele se mostrava justo¹¹.

O direito positivo, por sua vez, resulta de criação humana. O foco de estudo do positivismo é o direito legislado, o qual, uma vez posto pela autoridade competente, passa a possuir validade¹².

Paulo Gustavo Gonet Branco diferencia as duas correntes da seguinte forma: enquanto para os jusnaturalistas os direitos do homem são anteriores e superiores à vontade do Estado, para os positivistas, eles são faculdades outorgadas e reguladas pela legislação¹³.

⁶BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 25.

⁷REALE, MIGUEL. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 312-313.

⁸BOBBIO, Norberto. 2006, pp. 42 e 176.

⁹KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014, p. 37.

¹⁰SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003(a), p. 24.

¹¹BOBBIO, Norberto. 2006, p. 137.

¹²DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2006, p. 68.

¹³MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 113.

Durante todo o século XVIII, o direito natural permanece vivo e florescente, especialmente nas hipóteses de lacunas da lei, tendo grande influência na formação da Constituição americana e das Constituições da Revolução Francesa¹⁴.

No decorrer do século XIX, no entanto, percebe-se certo esgotamento do jusnaturalismo, em grande parte propiciado pelo desenvolvimento de inúmeras teorias positivistas, valendo citar a *Teoria Geral do Direito*, ocupando-se dos aspectos formais do direito; a *Jurisprudência dos Conceitos*, que considerava possível a dedução puramente lógica com base em conceitos abstratos e superiores; o *Positivismo empirista*, que desembocou na *Jurisprudência de Interesses*, a qual pregava a compreensão do direito a partir de “constelações de interesses da vida real”; o *Movimento do Direito Livre*, que conduzia o juiz a uma “livre descoberta do direito” e a *Sociologia do Direito*, que buscava inferir exigências jurídicas de fatos jurídicos¹⁵.

Esse movimento em prol do positivismo teve por principal objetivo a atribuição de um caráter *científico* ao direito, a fim de que fossem superadas as incertezas causadas pela aplicação da teoria do direito jusnaturalista¹⁶, utilizada como alternativa jurídico-moral visando à contenção dos excessos cometidos pela monarquia à época¹⁷. Seu objetivo precípuo era garantir rigor científico ao Direito, expurgando-o de qualquer subjetividade¹⁸.

¹⁴BOBBIO, Norberto. 2006, pp. 42-43.

¹⁵KAUFMANN, Arthur. 2014, pp. 43-45.

¹⁶Norberto Bobbio destaca seis argumentos utilizados contra o direito natural: “1) El Derecho natural no es un derecho con el mismo título que el derecho positivo porque carece del atributo de la eficacia. 2) El derecho natural no llega a alcanzar el objetivo que corresponde a los sistemas jurídicos positivos porque no garantiza ni la paz ni la seguridad. 3) El derecho positivo ha ido extendiéndose poco a poco por todos los campos que antes se atribuían al Derecho natural. 4) La noción de ‘naturaleza’ es de tal modo equívoca que se han llegado a considerar como igualmente naturales derechos diametralmente opuestos. 5) Incluso si fuese unánime el acuerdo sobre lo que es natural, de ello no cabría derivar un acuerdo sobre lo que es justo o injusto. 6) Incluso se hubiera sido unánime el acuerdo sobre lo que es justo por el hecho de ser natural, de ello no se derivaría la validez de este acuerdo para el momento actual”. (KELSEN, H.; BOBBIO, N. y otros. *Crítica del Derecho Natural*. Introdução e tradução de Elias Díaz. Madrid: Taurus Ediciones, 1966, pp. 236-237).

¹⁷MOREIRA, Eduardo Ribeiro. “O momento do positivismo”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008(b), pp. 233-234.

¹⁸AGRA, Walber de Moura. “Neoconstitucionalismo e superação do positivismo”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008, pp. 432-433.

O século XIX é tido como o século do “Estado de direito”¹⁹. O direito natural, tido por “metafísico” e “anticientífico”, é superado pela “onipotência” positivista²⁰.

Hans Kelsen é tido como o “clímax” do movimento juspositivista. A teoria do ordenamento jurídico por ele proposta se baseia em três caracteres fundamentais: a unidade, a coerência e a completitude, sendo esta, para Norberto Bobbio, a característica mais importante, por estar estreitamente ligada ao princípio da “certeza do direito”, que consiste na ideologia fundamental do movimento jurídico²¹.

Segundo as ideias de Kelsen, a justiça se encontra na própria lei. O direito positivado é o justo. A vinculação entre direito e justiça seria uma tendência meramente política, não científica. Como a ideia de justiça não se revela uniforme em nenhuma sociedade, o jurista e filósofo austríaco chega a qualificá-la como “irracional”, fundamentalmente por não estar sujeita à cognição. Logo, somente o direito positivo poderia ser “objeto da ciência”²².

Não é por outra razão que Gustavo Zagrebelsky tem o positivismo como a “ciência da legislação positiva”, que pressupõe a concretização da produção jurídica na instância legislativa²³.

Dimitri Dimoulis define como juspositivistas as abordagens sobre a validade e a interpretação do direito que consideram o ordenamento jurídico como o conjunto de normas formuladas por seres humanos com poderes específicos para tanto e que, além disso, não condicionam a validade das normas jurídicas e sua interpretação a valores morais ou políticos²⁴.

¹⁹ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 21.

²⁰BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “A nova interpretação constitucional dos princípios”. In LEITE, Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais*. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

²¹BOBBIO, Norberto. 2006, pp. 198 e 207.

²²KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016, pp. 8-9 e 19.

²³ZAGREBELSKY, Gustavo. 2011, p. 33. Sobre o ponto, Norberto Bobbio afirma que o positivismo jurídico “nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação”. (BOBBIO, Norberto. 2006, p. 119).

²⁴DIMOULIS, Dimitri. “Positivismo jurídico e senso comum”. In DIMOULIS, Dimitri (org.). *A relevância prática da teoria do direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 4.

O positivismo, portanto, parte da concepção ideológica de que as regras do direito positivo devem ser obedecidas “não porque são justas, mas porque são o Direito”²⁵.

É importante ter em conta que até o final do século XIX, as constituições geralmente eram limitadas a disposições gerais de caráter organizatório ou jurídico-processual, sendo fundamentalmente dirigidas aos poderes constituídos, incumbindo ao Legislativo sua interpretação e sua implementação²⁶. A atividade dos juristas se limitava à busca da vontade do legislador²⁷, inexistindo um efetivo controle de constitucionalidade pelo Judiciário²⁸. Vigoravam as ideias de centralidade da lei e de supremacia do Parlamento²⁹. Não havia busca por parâmetros de justiça. Os julgamentos eram imunes a qualquer valoração moral. O julgador deveria sempre buscar a intenção do legislador e a ela se ater com “disciplina férrea”. Consequentemente, verificava-se o predomínio do método gramatical na atividade de interpretação judicial, complementado pelo histórico, pois “a letra da lei” era o indicativo mais seguro da vontade do legislador. O Poder Judiciário recusava a possibilidade de contribuir para a criação do direito³⁰.

Esse cenário é profundamente alterado ao longo do século XX.

²⁵ARCELO, Adalberto Antonio Batista. “Condições de possibilidade do discurso do positivismo jurídico no paradigma do Estado Democrático de Direito”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008, p. 22.

²⁶BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14.

²⁷ZAGREBELSKY, Gustavo. 2011, p. 33.

²⁸Merece destaque, contudo, o fato de que a primeira manifestação do controle de constitucionalidade ocorreu nos Estados Unidos, no ano de 1803, no emblemático caso *Marbury versus Madison*, que consagrou a força do Poder Judiciário e de cuja decisão prolatada pela Suprema Corte (presidida pelo juiz John Marshall), Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca os seguintes pontos: (i) a apreciação da constitucionalidade está na esfera normal de atuação do Judiciário; (ii) em razão da hierarquia das leis, a norma da Constituição deve prevalecer sobre a norma infraconstitucional; (iii) assim, o controle de constitucionalidade não se distingue do controle da legalidade de um ato qualquer frente à lei. De acordo com a doutrina que segue o posicionamento de Marshall, a questão é posta da seguinte forma: o juiz, ao aplicar a lei constitucional em detrimento da lei ordinária, não invalida esta última, apenas não a aplica no caso concreto, fazendo prevalecer a lei mais alta. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011(a), p. 210).

²⁹BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 227.

³⁰RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010(a), p. 69.

Logo nas primeiras décadas do século passado, verifica-se certo esgotamento das teorias liberais, especialmente como resposta ao seu postulado de omissão estatal em relação à esfera individual dos cidadãos.

Com isso, começam a surgir inúmeros questionamentos em relação aos efeitos advindos da expansão do capitalismo propiciada pelo liberalismo.

Todo esse contexto, alinhado à influência ideológica do socialismo³¹, que usufruía de notável força à época, levaram à formatação de novo modelo de Estado, o chamado *Welfare State* ou Estado do Bem-Estar Social, caracterizado por uma maior participação estatal no contexto social, político e econômico do país.

O intervencionismo a ele inerente era compreendido como um mecanismo necessário para a configuração de uma sociedade mais igualitária.

Para possibilitar o alcance do objetivo preconizado, tem início uma significativa alteração – qualitativa e quantitativa - do conteúdo dos textos constitucionais, que, além de terem passado a contar com normas de elevado teor axiológico³², igualmente contemplaram os chamados direitos de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos), os quais exigem a adoção de uma postura estatal positiva, com vistas à garantia de direitos ligados ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação, à moradia, entre outros.

Muito embora o primeiro texto constitucional a consagrar os direitos sociais tenha sido a Constituição mexicana de 1917, foi com a célebre Constituição de Weimar, promulgada na Alemanha, no ano de 1919, que eles adquiriram especial relevo. No Brasil, a primeira Constituição a tratar do tema foi a de 1934.

Contribuiu decisivamente para a consolidação do Estado do Bem-Estar Social ao redor do mundo a eclosão da Grande Depressão, também conhecida como Crise de 1929.

De fato, os efeitos da histórica recessão econômica que teve como marco simbólico o *crash* da bolsa de valores de Nova Iorque no final do mês de outubro daquele ano, foram sentidos mundialmente.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 183.

³² SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 78.

A resposta encontrada pelos países atingidos foi o desenvolvimento de sistemas intervencionistas aptos a assegurar a recuperação da economia nacional, assim como a prestação de assistência aos mais necessitados.

Entre os inúmeros programas concebidos para esses fins, destaca-se o *New Deal*, implementado nos Estados Unidos pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt entre os anos de 1933 e 1937.

Dois anos depois, em 1939, tem início outro marco histórico extremamente relevante para a adequada compreensão do fenômeno relacionado à ascensão contemporânea do Poder Judiciário. Trata-se da Segunda Guerra Mundial.

Com efeito, as atrocidades verificadas à época, especialmente no âmbito dos regimes nazista e fascista, fizeram multiplicar os mais variados questionamentos em relação ao juspositivismo³³, sob a crença de que as ideias positivistas poderiam ter, de alguma forma, ajudado a legitimar o quadro de barbárie experimentado³⁴.

Assim é que, profundamente impactada com a realidade brutal que foi sendo revelada ao longo do período do segundo pós-guerra, a sociedade

³³AGRA, Walber de Moura. 2008, pp. 432-433.

³⁴Nesse sentido, v. lição de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: “A decadência do Positivismo é emblematicamente associada à derrota do Fascismo na Itália e do Nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente”. (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. 2003, p. 107). Esclareça-se que essa ideia é fortemente rechaçada por diversos outros autores. Dimitri Dimoulis contesta a conclusão, com a utilização dos seguintes argumentos: “A) O regime nazista não introduziu importantes modificações no direito alemão. Os meios empregados foram a ilegalidade governamental e a reinterpretação do direito vigente, invocando “valores” e “necessidades” do povo alemão. B) O nazismo queria introduzir um “Estado de justiça” (*Gerechtigkeitsstaat*). O positivismo era visto como negação do ideal de justiça e o próprio Hitler declarou que, no Terceiro *Reich*, o direito coincide com a moralidade. C) As teorias jurídicas dos partidários do nazismo tinham claras referências políticas (vontade de *Führer*), fazendo referência a ideais e valores nacionalistas e racistas contrariando frontalmente a visão positivista. (...). D) Tanto a República de Weimar (1918-1933) como no período nacional-socialista (1933-1945), a maioria dos juízes alemães era fortemente politizada e fiel às orientações governamentais. O método de interpretação que prevalecia era o teleologia objetiva, visando a adaptação da norma à situação do momento, independentemente de sua formulação e da vontade do legislador histórico”. (DIMOULIS, Dimitri. 2016, pp. 9-11). No mesmo sentido, a Professora alemã Ingeborg Maus afirma que a doutrina nazista pregava justamente o antipositivismo e o antiformalismo. As “Cartas aos Juízes” nacional-socialistas contêm diversas menções à importância dos juízes como “garantia para a ‘correta’ jurisprudência”. A magistratura era vista como elite. Segundo a autora, o nazismo demonstrou que o direito formal constitui, na realidade, um obstáculo a esse tipo de regime. (MAUS, Ingeborg, 2000, pp. 197 e 199). Similar entendimento é compartilhado por Garzón Valdés, para quem o nacionalsocialismo não resultou da filosofia juspositivista, mas sim do próprio jusnaturalismo, que via no *Führer* a figura do “único legislador”, a quem incumbia em última instância conferir validade às normas. (GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho y filosofía*. Barcelona: Alfa, 1985, p. 7).

ocidental começa a sentir a necessidade de uma nova ordem, de caráter supralegal³⁵, que traga de volta valores ligados à retórica moral propugnada pelo jusnaturalismo, a fim de impedir a repetição dos horrores que chocaram a humanidade como um todo³⁶.

Merece destaque, nesse contexto, a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1948.

O documento foi responsável por propiciar, ainda no decorrer do século XX, um notável movimento pela internacionalização do ideário dos direitos humanos, que culminou na criação de diversas outras normas internacionais de proteção.

Essa conscientização universal em prol da necessidade de proteção dos direitos humanos foi determinante para a formatação dos novos textos constitucionais promulgados a partir de então, favorecendo a introdução de valores e opções políticas fundamentais, de modo a propiciar que esses se tornassem responsáveis por ditar um “consenso mínimo” a ser obrigatoriamente observado³⁷. O conjunto de valores integrantes dos textos constitucionais, dessa forma, torna possível a imposição de uma espécie de “legalidade suprema”³⁸, condicionando a atuação do governo e da sociedade³⁹.

³⁵Segundo lição de Ferdinand Lassale, a Constituição “deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”. (LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição: o que é uma Constituição?*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995, p. 27).

³⁶Vale aqui destacar lição de Alf Ross acerca da doutrina do direito natural: “El factor fundamental en todas las manifestaciones de esta línea de pensamiento es un temor a la existencia y a los poderes que dominan al hombre, y la necesidad de buscar refugio en algo absoluto, algo que esté por encima de todo o cambio e pueda ofrecer paz y seguridad. Paz y seguridad no sólo frente a los poderes cósmicos de la existencia – la incertidumbre de la vida, los infortunios y la muerte -, sino también como una defensa contra las ansiedades y dudas del alma humana misma, el temor de ser responsable de las propias acciones. Lo absoluto tiene, pues, tanto naturaleza cósmica como naturaleza moral; es a la vez orden cosmos y ley moral”. (ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro R. Carrió. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, pp. 221-222).

³⁷BARCELLOS, Ana Paula de. “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controles das políticas públicas”. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direito fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35.

³⁸AZZARITI, Gaetano. “Interpretação e teoria dos valores: retorno à Constituição”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC, 6:157-68, jul./dez. 2005, p. 159. Como leciona Hesse, a Constituição contém “uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”. (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 11).

³⁹BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 66.

Tais valores foram fundamentalmente incluídos nas constituições contemporâneas sob a forma de princípios.

A opção é justificada por Fábio Konder Comparato pelo fato de os princípios constitucionais se situarem no grau hierárquico mais elevado do sistema normativo e, simultaneamente, terem um âmbito de incidência praticamente ilimitado, ao contrário das demais normas jurídicas, cujo conteúdo é sempre preciso e concreto. Não bastasse isso, há, ainda, um último aspecto fundamental a considerar: os princípios não estão sujeitos à revogação ou ab-rogação⁴⁰.

Entre os princípios constitucionais, merece diferenciada referência o da dignidade humana, o qual simboliza, como leciona Flávia Piovesan, um verdadeiro “superprincípio” constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido⁴¹.

Essa notável valorização do ideário relacionado aos direitos humanos, conjugada com a consolidação dos regimes democráticos verificada após a Segunda Guerra, contribuiu decisivamente para o advento do chamado Estado Democrático de Direito, o qual busca, entre outros inúmeros objetivos, a efetivação das promessas do Estado Social, especialmente no que toca aos direitos fundamentais.

Dele derivam os direitos de terceira geração, ligados a ideais de natureza coletiva, como a fraternidade, o meio ambiente, a paz, a autodeterminação dos povos e o patrimônio comum da humanidade.

Fazendo uso das palavras de Luís Roberto Barroso, o constitucionalismo democrático traduz “não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza”⁴².

⁴⁰COMPARATO, Fábio Konder. “Visões Distintas do Fenômeno Jurídico”. In ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (orgs.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 391-392.

⁴¹PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo, 2009(c), p. 367.

⁴²BARROSO, Luís Roberto. “Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que Chegamos”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 63.

Não é diferente a posição defendida por Paulo Bonavides, para quem a Constituição é cada vez mais “a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais”⁴³.

Para possibilitar que tais ideais sejam alcançados, a justiça começa a fazer parte dos critérios de validade do sistema. Segundo Susanna Pozzolo, “o juízo externo ou ético sobre a justiça de uma lei se transforma em juízo interno sobre a sua validade”⁴⁴.

Embora a busca por justiça não se mostre exatamente nova, já que ela deriva da própria natureza humana⁴⁵, para muitos autores, ela não seria compatível com a concepção clássica preconizada pelo juspositivismo, notadamente com seu postulado de separação entre direito, moral e política⁴⁶.

Luís Roberto Barroso é um dos que sustenta que o constitucionalismo contemporâneo torna necessário o desenvolvimento de uma nova hermenêutica, de modo a permitir a reintrodução de valores na tarefa de interpretação jurídica⁴⁷.

A valorização dos ditames constitucionais inerente ao Estado Democrático de Direito conduz a uma proporcional desvalorização da legislação, que passa a ser vista com alguma desconfiança.

Não é por outra razão que Écio Otto defende que a nova modalidade de relação estabelecida contemporaneamente entre o Estado e a sociedade, objetivando fundamentalmente à promoção da dignidade humana, resulta na necessidade de um “ajustamento” do princípio da legalidade, a fim de que todas as atividades estatais sejam submetidas à “força de atração” da Constituição⁴⁸.

⁴³BONAVIDES, Paulo. “Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)”. *Revista Estudos Avançados*, 18 (51), 2004, p. 127. Disponível em {www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf}. Acesso em 24 de maio de 2017.

⁴⁴OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, pp. 100-101.

⁴⁵ Como leciona Kelsen, “o anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade. É a felicidade que o homem não pode encontrar como indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade. A justiça é a felicidade social”. (KELSEN, Hans. 2016, p. 9).

⁴⁶Com efeito, Roger Silva Aguiar afirma que o positivismo se enfraquece quando não encontra solução para o fato de que, por vezes, a norma não é o bastante para a promoção da justiça. (AGUIAR, Roger Silva. “O Positivismo e o Pós-Positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro”. In MELLO, Cleyson M. *Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004, p. 151).

⁴⁷BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015(b), p. 283.

⁴⁸OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. 2012, pp. 20-21.

Verifica-se o que o catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante, Josep Aguiló Regla, chama de substituição do “império da lei” pelo “império da constituição”⁴⁹.

Esse novo cenário trouxe significativas transformações no que diz com a essência dos processos hermenêuticos⁵⁰.

Com efeito, a constitucionalização do ordenamento jurídico⁵¹ propiciou que o texto constitucional fosse transformado no “filtro” pelo qual se deve compreender todo o seu conjunto de normas⁵². A posição de supremacia hierárquica usufruída pela Constituição faz com que ela deixe de ser apenas um sistema em si, para se tornar também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Consequentemente, toda interpretação jurídica passa a ser, igualmente, “interpretação constitucional”⁵³.

Nesse contexto, a realização dos direitos fundamentais passa a centralizar todo o debate jurídico. Sua “idoneidade concreta” é utilizada, segundo Antonio Manoel Peña Freire, para “garantir as pretensões de valores externos dos quais o próprio direito é um efeito”⁵⁴.

⁴⁹REGLA, Josep Aguiló. “Del ‘imperio de la ley’ al ‘Estado constitucional’”. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009(b), p. 97.

⁵⁰AZZARITI, Gaetano. 2005, p. 158.

⁵¹A constitucionalização do ordenamento jurídico é conceituada por Riccardo Guastini como “um processo de transformação de um ordenamento, ao término do qual, o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais”. (GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. 3ª ed. México: IJ-UNAM/Fontamara, 2007, p. 153).

⁵²Gaetano Azzariti afirma que o Estado constitucional estabeleceu duas legalidades. Uma “superior”, relacionada à Constituição; e outra “inferior”, decorrente da legislação ordinária. A primeira consiste em “uma superioridade que se impõe em cada especialidade do direito, constituindo o princípio de legitimação das normas e do inteiro ordenamento, portanto o centro do sistema. Uma centralidade lógica mais ainda que axiológica, formal além de substancial, fundamental do total sistema jurídico nacional moderno, que não pode, pois, ser renegada, sob pena de uma dissolução do princípio constitutivo do ordenamento”. (AZZARITI, Gaetano. 2005, p. 158).

⁵³BARROSO, Luís Roberto. 2009, p. 60. Nesse sentido, Daniel Sarmento defende a releitura de todas as normas provenientes dos mais variados ramos do Direito à luz da Constituição, a fim de que essas sejam interpretadas de acordo com a modalidade que mais promova os objetivos propugnados pelo texto constitucional. (SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *A Constitucionalização do Direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 143).

⁵⁴PEÑA FREIRE, Antonio Manoel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 102.

Para o constitucionalismo contemporâneo, não basta apenas o reconhecimento da força normativa da Constituição. Há um sentimento maior, materializado por um crescente movimento pela efetivação dos preceitos constitucionais, de modo a tornar possível que eles passem do plano abstrato para o plano concreto, possibilitando, com isso, o adequado desempenho da função social do Direito⁵⁵.

Loiane Verbicaro entende que a busca por tal objetivo autoriza, até mesmo, certa flexibilização do princípio da separação de Poderes. Dessa forma, a natureza “promovedora” do Estado Social é substituída por uma função “transformadora” no Estado Democrático de Direito⁵⁶.

A necessidade de adoção dessa nova postura promocional é justificada pelo fato de o “formalismo legalista” vigente até então não ter conseguido concretizar a tão aguardada justiça social⁵⁷.

Esse notável fortalecimento das normas constitucionais conduz a uma proporcional revigoração do Poder Judiciário, que é alçado à função de “agente garantidor” da transformação social preconizada pelos textos contemporâneos.

Disso decorre uma significativa expansão em relação ao seu campo de atuação, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional.

Antes do surgimento da Justiça Constitucional, o juiz deveria ater-se à lei (o objeto era o caso concreto, e o parâmetro era a lei). A partir dela, surge uma função jurisdicional de caráter supralegal (que tem por objeto a lei e por parâmetro a Constituição)⁵⁸.

Com isso, a Corte Constitucional se torna responsável pelo controle da atividade desempenhada pelos demais Poderes, de modo a apurar se a definição, a concretização e a implementação dos objetivos políticos se deram em consonância com os ditames constitucionais⁵⁹.

Tal atividade, que, por si só, já se mostra significativamente ampla, tem seu campo ainda mais alargado em razão da natureza aberta e indeterminada das

⁵⁵BARROSO, Luís Roberto. 1993, p. 344.

⁵⁶VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 73-74.

⁵⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2002, p. 110.

⁵⁸BARCELLOS, Ana Paula de. 2002, p. 214.

⁵⁹GRIMM, Dieter. “Constitution Adjudication and democracy”. *Israel Law Review*. Cambridge: Cambridge University Press, vol. 33, 1999, p. 210.

normas constitucionais, a qual permite que praticamente qualquer ato do Legislativo ou do Executivo possa ser analisado sob o viés da constitucionalidade, conferindo ao Judiciário um papel de notável protagonismo. O debate nacional passa a ser centralizado no que é constitucional ou inconstitucional⁶⁰.

Andreas Joachim Krell chega a afirmar que, no momento em que o Poder Judiciário atua no sentido do estabelecimento do significado da legislação constitucional e ordinária, o magistrado passa a desempenhar uma função de “legislador implícito”⁶¹.

No Brasil, essa ideia de constitucionalismo democrático, tendente à efetivação da justiça social, teve início com o advento da Constituição Federal de 1988.

O empoderamento dos órgãos do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, é um fato incontroverso. Sua atuação é atentamente acompanhada pela sociedade. A mídia lhe reserva um papel de destaque de proporções inéditas⁶². É comum atualmente se dizer até mesmo que a população brasileira conhece mais os onze ministros integrantes da Corte do que os onze jogadores titulares da Seleção de futebol. Tal fato seria impensável algumas poucas décadas atrás.

Luís Roberto Barroso reconhece que a “reconstitucionalização” do país contribuiu decisivamente para o ingresso do Poder Judiciário na paisagem institucional brasileira. Além disso, atribui igual importância para a ascensão do

⁶⁰MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008(a), pp. 25-27.

⁶¹KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 98.

⁶²Como destacado por Flávio Ferreira no jornal Folha de São Paulo, a crescente visibilidade do Supremo Tribunal Federal foi significativamente impulsionada pelo julgamento do “Mensalão” (Ação Penal nº 470): “Em 2012, ano do julgamento do mensalão e de outros casos de grande repercussão, a exposição do Supremo Tribunal Federal (STF) em 1.424 veículos de mídia escrita do país cresceu 116%, na comparação com 2011. O pico no número de citações ao tribunal em jornais, revistas, portais e *blogs* da internet verificados por empresas de mídia contratadas pelo STF ocorreu em agosto, primeiro mês do mensalão, quando as referências à corte mais que quadruplicaram. O ‘ano pop’ do STF também foi percebido nas redes sociais. Em janeiro de 2012 o tribunal tinha cerca de 180 mil seguidores no Twitter. Esse número subiu para 316 mil em dezembro”. (FERREIRA, Flávio. “Visibilidade do Supremo mais que duplica no ano passado”. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 13 de janeiro de 2013, p. A10). Prova disso é que o Ministro Joaquim Barbosa, relator do processo do “mensalão”, chegou a ter a segunda maior intenção de voto para a Presidência da República no ano de 2013. (OPINIÃO PÚBLICA. *Datafolha*. 20.11.2013. São Paulo, 20 de novembro de 2013. Disponível em: {<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2013/12/1379494-dilma-aumenta-vantagem-sobre-potenciais-adversarios-em-2014.shtml>}. Acesso em 02 de dezembro de 2013).

Judiciário, o aumento da demanda por justiça - decorrente da revitalização da cidadania e de uma maior conscientização da sociedade em relação à proteção de seus interesses -, a criação de novos direitos e de novas ações, bem como a ampliação das hipóteses de legitimação extraordinária e de tutela coletiva. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um “papel simbólico importante no imaginário coletivo”⁶³.

Não tendo por intenção desmerecer minimamente os louváveis propósitos que conduziram a essa notável ascensão do Poder Judiciário na atualidade, parece igualmente relevante conferir atenção para o fato de que, caso não sejam revelados parâmetros dogmáticos aptos a guiar o delineamento das fronteiras da atividade jurisdicional, esta poderá vir a conflitar com um dos valores mais caros ao Estado Democrático de Direito, que diz com a proteção da própria democracia.

Isso porque a natureza aberta própria aos valores constitucionais dificulta sobremaneira o dimensionamento da atuação do intérprete, permitindo até mesmo a “flexibilização” da legislação editada pelos representantes do povo, democraticamente eleitos.

Apesar de ser um dos mais notórios defensores da força expansiva das Cartas contemporâneas, Luís Roberto Barroso reconhece que a conjunção da face social à face jurídica da Constituição não conduz à ideia de um “porto seguro”. Justamente ao contrário, desse ponto em diante, percorre-se “rota incerta”, “doutrinariamente nebulosa” e “ideologicamente conflagrada”⁶⁴.

Atento a esse ponto, Paulo Bonavides sustenta que o atual constitucionalismo *político* e *social*, de natureza “instável”, “dúctil” e “flexível”, deverá se converter em um constitucionalismo *jurídico*, assim que assimiladas todas as transformações sociais necessárias⁶⁵.

Ambos os autores admitem, portanto, algum grau de incerteza no que toca à forma de concretização dos ideais preconizados pelo constitucionalismo contemporâneo. Tal caminho tormentoso, no entanto, seria justificado pela necessidade de ser buscada e alcançada uma almejada justiça social, que não logrou ser propiciada pelos Poderes políticos.

⁶³BARROSO, Luís Roberto. 2009, pp. 52-3.

⁶⁴BARROSO, Luís Roberto. 1993, pp. 62-3.

⁶⁵BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 38-39.

O direcionamento de tantas expectativas ao Poder Judiciário favorece que seus integrantes sejam tentados a ir sempre um pouco adiante daquelas funções a eles historicamente atribuídas, o que se mostra decisivo para o incremento do fenômeno relacionado ao ativismo judicial.

2. O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NO FORTALECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

2.1 Contexto histórico, formato e modelo

O período de “abertura” da ditadura militar teve início no ano de 1977 e perdurou por cerca de dez anos. Em 1984, intensificaram-se as campanhas pela realização de eleições diretas. Após vinte anos do regime militar iniciado em 1964, a maior parte da sociedade brasileira clamava por sua abertura⁶⁶.

Não obstante, em janeiro de 1985, Tancredo Neves se elege pelos votos do Colégio Eleitoral. Sua eleição vem acompanhada da ideia de restabelecimento do ambiente democrático. Em junho do mesmo ano, o Presidente José Sarney (que assumiu o cargo após o falecimento de Tancredo), propôs ao Congresso Nacional a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte.

No dia 1º de fevereiro de 1987 a Assembleia Constituinte foi instalada, com o declarado objetivo de elaborar uma constituição democrática para o Brasil.

A iniciativa foi bastante comemorada, não só pela comunidade jurídica, como também pela população em geral. O sentimento à época era o de que somente a constituinte, eleita livremente pelo povo, estaria habilitada a reconstruir a comunidade nacional após duas décadas de ditadura⁶⁷.

O momento histórico era único. A sociedade brasileira depositava no novo ambiente democrático e na nova constituição dele derivada a superação de todas as frustrações experimentadas ao longo das últimas décadas.

Todo esse contexto propiciou que a promulgação da Carta em 1988 tenha ocorrido em um ambiente de inusitado otimismo e esperança, com a expectativa de que o texto servisse não apenas como uma nova base para a ordem jurídica, mas também como a solução para todos os problemas nacionais⁶⁸.

⁶⁶ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. “20 Anos da Constituição Democrática de 1988”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19.

⁶⁷SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. 2009, p. 20.

⁶⁸FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), p. 145.

Com efeito, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos têm a Constituição de 1988 como o “marco zero” de um recomeço, propiciando uma “carga de esperança” e um “lastro de legitimidade” sem precedentes⁶⁹.

O mundo ainda estava sob a euforia do sonho de igualdade propugnado pelo comunismo. O muro de Berlim ainda estava de pé, e a União Soviética seguia forte. Ideais análogos também existiam no Brasil.

Tais aspectos históricos contribuíram decisivamente para o formato, o modelo e o conteúdo adotados pelo texto constitucional de 1988.

Explica-se. A euforia resultante do novo cenário democrático vivenciado no território nacional fez com que participassem do processo constituinte entidades representativas dos mais diversos segmentos da sociedade, com múltiplas pautas e interesses.

No intuito de permitir a composição dos heterogêneos objetivos defendidos por cada um desses grupos, o constituinte optou pela utilização de diversas cláusulas de conteúdo principiológico e axiomático aberto. Além disso, atribui a diversos direitos uma linguagem propositalmente ambígua e/ou os condicionou à regulamentação infraconstitucional⁷⁰.

⁶⁹BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 329. Para Luís Roberto Barroso, a Constituição de 1988 “é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito”. (BARROSO, Luís Roberto. 2009, p. 36).

⁷⁰JOBIM, Nelson. “A revolta do Centrão foi justa. E a saída foi a ambigüidade”. In CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte*. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 210). Em entrevista sobre o ambiente em que promulgada a Constituição de 1988, o autor destaca os seguintes aspectos: “Eu não tinha poder decisório. Mas opinava e escrevia. (...) Então eles pediam que eu introduzisse ambigüidades. Eu ia tornando o texto mais ambíguo, até conseguir o voto da maioria. Era um negócio genial. (...) Em determinado momento surgiu um impasse complicado quanto ao repouso semanal remunerado. (...) O texto da esquerda queria ‘repouso semanal remunerado obrigatoriamente aos domingos’. A direita queria ‘repouso semanal remunerado, na forma de convenção ou contrato coletivo de trabalho’. A direita tinha razão, alguns trabalhadores não podiam parar no domingo. E deu-se o impasse. Ninguém tinha voto para aprovar nenhuma delas. (...) Ninguém abria mão. Então eu fiz uma redação, aprovada pela direita e pela esquerda, que está na Constituição: ‘[...] repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos’. (...) Todo mundo aprovou. (...) O jogo era esse. Tu tinha que trabalhar com ambigüidades. Quando não se conseguia o acordo, e não tinha solução num texto ambíguo, eu usava a técnica de jogar para a lei complementar ou lei ordinária”. (JOBIM, Nelson. 2017, pp. 210-211).

Não bastasse isso, o texto constitucional terminou por abarcar um diferenciado e extenso catálogo de direitos e de garantias, qualificado por Rodrigo Brandão como o “mais generoso rol de direitos da nossa história constitucional”⁷¹.

O formato eleito, apesar de refletir aspectos próprios ao contexto político vivenciado no território nacional, não se mostrou muito diverso da lógica adotada pela maioria dos ordenamentos editados a partir da década de 1970 (especialmente as Constituições de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978), sendo todos eles resultado da complexidade das relações sociais vivenciadas naquele momento histórico⁷².

A estrutura acolhida pela Constituição de 1988, além de contar com inúmeras e diversificadas críticas por parte da doutrina⁷³, mostrou-se essencial à

⁷¹BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 153.

⁷²SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. “Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais” In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direito fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135. O autor esclarece que os textos constitucionais da década de 70 “caracterizam-se pela extrema abertura do ponto de vista material”. Tal fenômeno resulta do fato do convívio humano ter sido impactado pelo “avanço tecnológico em todas as frentes do conhecimento, pela insurgência de novos valores e direitos que passaram a integrar o receituário axiológico da democracia de massas e, ainda, pelas transformações do processo político permeável às condicionantes de uma nova ordem internacional que, longe de estabilizar o convívio das nações e melhorar a qualidade de vida dos povos do planeta, apresenta novos desafios e angústias para a humanidade”. (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 15).

⁷³Sobre o tema, Luís Roberto Barroso destaca que “o processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a já referida ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilante entre extremos”. Para o autor, o texto final acabou por se mostrar “casuístico”, “prolixo” e “corporativo”. (BARROSO, Luís Roberto. 2009, p. 46). Elival da Silva Ramos chama a atenção para o fato de a Carta de 1988 se ressentir de “organicidade”, justamente pelo fato de as soluções normativas encontradas terem sido resultado de “interesses corporativos e paroquiais”, provenientes de um sem número de segmentos sociais representados ao longo do “penoso procedimento” de votações. (RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010(b), p. 226). Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca como características das normas constitucionais de 1988: “suas ambiguidades, seus defeitos de redação, a imprecisão de sua linguagem, a abundância de princípios cogentes. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O papel político do judiciário e suas implicações”. In FRANCISCO, José Carlos. (coord. e coautor). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 222-223). Já em 1989 Tércio Sampaio Ferraz Júnior advertia para o fato de que o ambiente vivenciado à época propiciou um texto “conturbado, tecnicamente difícil de sistematizar-se” e, por isso mesmo, “fácil de ser manipulado, distorcido, arranhado, posto de lado, esquecido” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Steverson. *Constituição de 1988:*

correta compreensão do fenômeno relacionado à ascensão do Poder Judiciário no Brasil.

Isso porque a natureza aberta, indeterminada e, até mesmo por vezes, contraditória das normas constitucionais permite ao intérprete um espaço mais amplo para suas valorações pessoais, trazendo uma incontornável carga de subjetividade para as decisões judiciais⁷⁴.

Luís Roberto Barroso reconhece que, na interpretação de normas cuja linguagem é “aberta” e “elástica”, o Direito perde objetividade, abrindo espaço para a valoração do intérprete⁷⁵.

Essa “valoração” se traduz, evidentemente, em uma maior participação do Poder Judiciário na tarefa de concretização das expectativas guardadas pela população brasileira ao longo dos últimos anos.

Não é por outra razão que Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que a Constituição de 1988 traz uma promessa e uma esperança: “a promessa de uma sociedade socialmente justa, a esperança de sua realização”⁷⁶.

Nesse contexto, o julgador passa a viver o dilema entre atuar criativamente para dar conteúdo aos “enigmáticos” e “vagos” preceitos constitucionais ou

legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989, p. 57). Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro, a Constituição de 1988, como “típica Carta-compromisso (...), encarnou excelentemente a síntese de nossas tradições e ideais de mudança. Dada a mescla ideológica de seus autores, traduz o encontro das águas encapeladas entre as forças conservadoras e as aspirações mudancistas. Sua linguagem politicamente híbrida e que mistura dezenas de normas de princípio com centenas de preceitos analíticos, de teor não raro inconcluso, nem sempre auto-aplicável e dependente de aprovação futura de dezenas de leis complementares e ordinárias, transformou o texto supremo num estimulante manancial exegético para a discussão do ideário brasileiro e de um projeto crítico de nação”. (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. 2009, p. 21).

⁷⁴SARMENTO, Daniel. “Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens” In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed. 2001, p. 69-70. Cappelletti reconhece que o fato da legislação social ser muitas vezes fundada em normas abertas e de conteúdo programático, favorece que sua concretização acabe por conduzir os juízes a atuarem de modo mais criativo. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, pp. 34 e 41-42).

⁷⁵ BARROSO. Luís Roberto. 2015(b), p. 455. O autor exemplifica algumas situações nas quais o formato das normas constitucionais dá ensejo à valoração do intérprete: “A Constituição se utiliza (...) de inúmeras cláusulas abertas, que incluem conceitos jurídicos indeterminados e princípios. Calamidade pública, relevância e urgência ou crime político são conceitos que transmitem uma ideia inicial de sentido, mas que precisam ser integrados à luz dos elementos do caso concreto. E, em relação a eles, embora possam existir certezas positivas e negativas sobre o que significam ou deixam de significar, é indiscutível que há uma ampla área de penumbra que se presta a valorações que não poderão refugir a algum grau de subjetividade”. (BARROSO. Luís Roberto. 2015(b), p. 455).

⁷⁶FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Steverson. 1989, p. 58. Carlos Roberto Siqueira Castro chama a atenção justamente para o fato de que a Carta retrata muito mais “um elenco de direitos à esperança” do que propriamente “uma solução acabada de organização social e política”. (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. 2009, p. 21).

considerar como “não vinculante” o núcleo central das constituições modernas, que diz justamente com a proteção aos direitos fundamentais⁷⁷.

Nos dias de hoje, o Judiciário tem tendido preponderantemente para a primeira hipótese, sendo usual a utilização – muitas vezes de forma desmedida – da criatividade nas atividades de interpretação e aplicação das normas constitucionais, as quais, pela sua natureza e formato, são as que se mostram mais aptas para fundamentar decisões “inovadoras”.

Colabora para esse formato de atuação, igualmente, a forte inspiração dos ideais propugnados pelo *Welfare State* (ou Estado do Bem-Estar Social) na Carta de 1988. Não é por outra razão que ela é conhecida como a “Constituição Cidadã”⁷⁸.

O Estado do Bem-Estar Social ou Estado Providência é tido, por Elival da Silva Ramos, como “um Estado atuante, que a tudo provê e que em tudo intervém”⁷⁹.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o Estado do Bem-Estar Social pressupõe a concepção de Estado como uma “divindade benevolente, onisciente, quase onipotente”, apta a “transformar a sociedade e o homem”, tornando aquela mais “justa”, e este, mais “feliz”. É uma nova concepção da “vida” e do “mundo”⁸⁰.

No mesmo sentido, Paulo Bonavides afirma que o Estado do Bem-Estar Social significa “intervencionismo”, “patronagem”, “paternalismo”⁸¹.

A opção eleita, decorrente em grande parte da força das bancadas esquerdistas⁸², que enfim puderam propagar seus ideais, trouxe profundos impactos em relação ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário.

⁷⁷CAPPELLETTI, Mauro. 1993, p. 68.

⁷⁸ Sobre o tema, Elival da Silva Ramos afirma que “os objetivos fundamentais da República, brasileira, assinalados no artigo 3º; o generoso elenco de direitos sociais, (...); a ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal, (...); e os poderosos e variados instrumentos de intervenção no domínio econômico” deixam clara a opção da Constituição de 1988 por um sistema político democrático estruturado com base no *welfare state*. (RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), p. 269).

⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), p. 270. Loiane Verbicaro afirma que o Estado do Bem-Estar Social deve ser compreendido “como a mobilização do aparelho estatal em uma sociedade inserida no modo de produção capitalista, a fim de implementar medidas direcionadas ao Bem-Estar da população – proteção oferecida pelo governo na forma de padrões de renda mínima, alimentação, saúde, habitação e educação, assegurados aos cidadãos”. (VERBICARO, Loiane Prado. 2017, p. 70).

⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. 2013, p. 203.

⁸² Carlos Roberto Siqueira Castro chama a atenção para o fato dos debates e das votações constituintes terem sido “bastante energizadas e enriquecidas com a agitação crítica e idealista

Isso, porque a característica intervencionista do Estado do Bem-Estar Social, aliada ao caráter promocional do Estado Democrático de Direito, fez com que a Constituição passasse a ser concebida como instrumento de transformação social⁸³.

Com efeito, a Constituição Cidadã de 1988, para bem além de um singelo documento jurídico, incorpora a promessa de uma democracia social, de um Estado dedicado à transformação da sociedade e à redução de suas desigualdades⁸⁴.

Essa nova realidade altera profundamente o escopo e a abrangência da atividade jurisdicional, já que, na hipótese de omissão material dos poderes políticos, o Judiciário passa a ser invocado para fins de assegurar a implementação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados⁸⁵.

Passados quase trinta anos da promulgação da Carta de 1988 há uma sensação geral de que pouco foi feito em prol de sua concretização. A sociedade brasileira, que, após duas décadas de regime militar, foi às ruas bradar pelas “Diretas Já”, não se vê mais representada pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Todo esse contexto favorece a crença de que a “interferência” do Judiciário nas áreas de atuação típicas dos Poderes Executivo e Legislativo seria salutar e auxiliaria a garantir a implementação dos direitos e das garantias constitucionais, ainda não realizada por desinteresse ou desídia dos poderes políticos.

provocada pelas bancadas progressistas da esquerda democrática”. (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. 2009, p. 20). Luís Roberto Barroso igualmente destaca a forte inspiração esquerdista da Carta de 1988: “Após muitos anos de repressão política, o pensamento de esquerda finalmente podia se manifestar livremente, tendo se formado inúmeros partidos políticos de inspiração comunista, socialista, trabalhista e social-democrata. Mais organizados e aguerridos, os parlamentares dessas agremiações predominaram amplamente nos trabalhos das comissões, até a reação, de última hora, (...) das forças de centro e de direita. Ainda assim, o texto aprovado reservava para o estado o papel de protagonista em áreas diversas, com restrições à iniciativa privada e, sobretudo, ao capital estrangeiro, aí incluídos os investimentos de risco”. (BARROSO, Luís Roberto. 2009, pp. 46-7).

⁸³Sobre o ponto, v. lição de Flávia Piovesan: “Enquanto a Constituição Defensiva do Estado liberal é a Constituição antigoverno e antiestado, a Constituição do Estado social traz uma sociedade reconciliada com o Estado, que exige sua intervenção em domínios fundamentais. Por isso, sem sua dinâmica, a Constituição social não se apresenta como um instrumento jurídico de conformação do *status quo*, mas surge como um instrumento de direção e transformação social, bem como instrumento de implementação de políticas públicas”. (PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 29).

⁸⁴VERÍSSIMO, Marcos Paulo. “A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial ‘à brasileira’”. *Revista Direito GV*, São Paulo 4(2), jul-dez 2008, p. 408.

⁸⁵TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

Embora possa causar certa perplexidade o fato de a população ter passado a direcionar seus anseios para o único Poder não eleito pelo voto popular, mesmo após todo o esforço para a abertura democrática do país, fato é que a posição de destaque atualmente usufruída pelo Judiciário no desenho institucional brasileiro é inegável.

Por certo, a pretensa omissão dos Poderes políticos é utilizada cada vez com maior frequência para amparar o alargamento do campo de atuação destinado ao Poder Judiciário, que passa da função de “fiscalizador” para a função de “agente de implantação”, notadamente no que toca aos direitos sociais.

Favorece sensivelmente a adoção desse tipo de conduta a previsão de aplicação imediata dos direitos fundamentais preconizada pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988.

2.2 A polêmica previsão de aplicação imediata dos direitos fundamentais

A Constituição alemã da República de Weimar, de 1919, teve notável contribuição no que toca à incorporação ao catálogo de direitos fundamentais dos direitos econômicos e sociais, consagrando-os em “normas de eficácia limitada de dimensão prospectiva”, as quais exigem a alteração das condições fáticas existentes, por meio de uma intensa intervenção estatal. Tais normas passaram a ser conhecidas por normas programáticas⁸⁶.

As normas programáticas, conforme lição de Luís Roberto Barroso, contêm “disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados”. Seu objetivo precípua é a fixação de programas de ação. A principal característica dessa modalidade de regras diz justamente com o fato de serem responsáveis tão somente por apontar “linhas diretoras”, sem, contudo, especificar a conduta a ser seguida pelo Poder Público⁸⁷.

O momento histórico vivenciado à época da promulgação da Carta de 1988, que, como visto, propiciou uma constituinte formada por grupos notoriamente heterogêneos, todos ansiosos por fazer valer suas bandeiras, fez com que o texto constitucional abrangesse um grande número de normas tidas

⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), p. 191.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 103.

por programáticas e dependentes de regulamentação legislativa⁸⁸, no mais das vezes ligadas a direitos sociais, econômicos e culturais.

Não é por outra razão que Tércio Sampaio Ferraz Júnior considera a Constituição vigente a mais programática de todas as constituições brasileiras⁸⁹.

Não obstante, a atribuição da condição de norma programática a uma determinada disposição constitucional nem sempre se mostra tarefa fácil, na medida em que, raramente, o condicionamento de sua eficácia a providências a serem adotadas pelos poderes públicos está apontado no respectivo texto⁹⁰.

Dita dificuldade deve ser avaliada conjuntamente com a polêmica disposição contida no artigo 5º, § 1º, da Carta de 1988⁹¹, que prevê a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Na opinião de Luís Roberto Barroso, todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos, incumbindo ao Poder Judiciário um papel “ativo” e “decisivo” na concretização da Constituição⁹². A aludida imperatividade faz com que a inobservância de uma norma constitucional seja capaz de deflagrar mecanismos de cumprimento forçado⁹³.

Não é diferente o pensamento de Andreas Joachim Krell, para quem o artigo 5º, § 1º, da Carta de 1988 impõe ao Estado a obrigação de criar as condições materiais necessárias para a realização dos direitos fundamentais⁹⁴.

Adotando similar linha de pensamento, Ingo Wolfgang Sarlet entende que qualquer preceito constitucional é dotado de certo grau de eficácia jurídica e

⁸⁸Sobre o tema, v. Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) ressalta na Constituição vigente o seu conteúdo programático e, a despeito das diversas e importantes reformas ocorridas, ainda marcadamente, dirigente, que resulta do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, tarefas, incluindo diversas ordens (imposições) ao legislador, a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes políticos”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015(a), p. 66).

⁸⁹FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. 1989, p. 58.

⁹⁰RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), p. 190.

⁹¹Artigo 5º, § 1º: As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁹²BARROSO, Luís Roberto. 2015(b), p. 257.

⁹³BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *A Constitucionalização do Direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23.

⁹⁴KRELL, Andreas Joachim. 2002, p. 38.

aplicabilidade⁹⁵. Especificamente em relação ao dispositivo constitucional ora analisado, o autor sustenta a existência de um dever, de todos os órgãos estatais, de “maximização” da eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais, no sentido de compreendê-las, em princípio, como normas de eficácia plena⁹⁶.

José Joaquim Gomes Canotilho leciona que a uma norma constitucional deve ser atribuído “o sentido que maior eficácia lhe dê”. O constitucionalista português, no entanto, sustenta a existência de “pressupostos de direitos fundamentais”, os quais condicionam a proteção deles a condições econômicas, sociais e culturais, ligadas à capacidade financeira do Estado, assim como ao estilo de vida, ao padrão de ensino, ao estágio de distribuição de renda e ao patamar cultural verificados em cada sociedade⁹⁷.

Para Elival da Silva Ramos, o § 1º, do artigo 5º do texto constitucional, refere um “princípio de interpretação”, que deve ser analisado conjuntamente com o da “máxima efetividade”, conferindo aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais “sempre que possível”. Contudo, esclarece que os princípios da força normativa e da máxima efetividade não constituem impedimentos à atribuição de eficácia limitada a determinadas normas constitucionais, as quais tanto podem ser preceptivas (dependentes apenas de providências jurídico-formais), quanto programáticas (dependentes da execução de um programa estatal abrangente)⁹⁸.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho concorda com o aludido posicionamento, destacando que grande parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas “nos termos e na medida da lei”⁹⁹.

No mesmo sentido, André Ramos Tavares entende pela existência de diversos níveis de aplicabilidade das normas consagradoras de direitos

⁹⁵SARLET, Ingo Wolfgang. 2015(a), p. 265.

⁹⁶SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares”. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direito fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 585-587.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 2004(a), pp. 473 e 1224.

⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 192-193 e 195-198.

⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais”. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 29, jul-nov. 1988(a), p. 35.

fundamentais, devendo cada uma delas ser compreendida no sentido de ser propiciado o “máximo patamar possível” de aplicação¹⁰⁰.

Tal conclusão não se mostra muito distante daquela defendida por Konrad Hesse, para quem a Constituição está condicionada pela realidade histórica, devendo, necessariamente, como pressuposto de sua eficácia, refletir a realidade concreta de seu tempo¹⁰¹.

Logo, sendo a força normativa da Constituição – ao menos em algum grau – afetada pelo contexto político, social e econômico vivenciado em cada época e por cada sociedade, eventual descompasso entre o texto constitucional e a realidade do que de fato é possível, muitas vezes pode levar a um cenário de “inefetividade” da norma fundamental¹⁰².

Atualmente, entretanto, toda resistência que os fatos impõem à efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados tem sido vista como um verdadeiro atentado ao Estado Democrático de Direito. O crescente anseio pela aplicação incondicional das normas constitucionais, contudo, não vem sendo acompanhado de uma adequada reflexão sobre o fato de que o direito não gera suas próprias condições de aplicação. Como destacado por Luis Fernando Barzotto, tal papel incumbe à política¹⁰³.

Muito embora sabidamente todo o direito represente um custo, a questão ligada à disponibilidade orçamentária e financeira vem sendo, não raras vezes, desvalorizada pelo Poder Judiciário, até mesmo pela sua inaptidão em decidir questões relacionadas à alocação dos custos resultantes das decisões por ele proferidas¹⁰⁴.

No que toca à Constituição de 1988, há um ponto que torna essa inaptidão ainda mais grave. Como bem destacado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o

¹⁰⁰TAVARES, André Ramos. “Elementos para uma teoria geral dos princípios”. In LEITE, Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais*. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 47.

¹⁰¹HESSE, Konrad. 1991, p. 24.

¹⁰²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

¹⁰³BARZOTTO, Luis Fernando. “Positivismo, neoconstitucionalismo e ativismo judicial”. In DIMOULIS, Dimitri (org.). *A relevância prática da teoria do direito*, Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 53.

¹⁰⁴Sérgio Moro relativiza a “falta de capacitação do Judiciário”, argumentando que a criatividade pode “contribuir para o alargamento do controle judicial e o avanço na concretização da Constituição”. (MORO, Sérgio Fernando. “Por uma revisão da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. *Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 10, Brasília, jan.-abr. 2000, p. 103).

Estado não estava apto, no momento da promulgação da Carta, a arcar com o bloco de direitos que foram “generosamente” distribuídos¹⁰⁵.

Para Marco Antonio da Costa Sabino, a origem do problema financeiro decorrente da concretização dos direitos assegurados pela Constituição de 1988 diz justamente com o fato de a Carta ter contemplado o que de mais moderno havia em termos de direitos humanos, outorgando ao Poder Público o cumprimento desse novo papel, sem, contudo, ter dedicado maior preocupação sobre quem deveria arcar com o custo correspondente¹⁰⁶.

O problema permanece intacto até o momento atual.

Na realidade, a Constituição de 1988 não refletiu a “realidade possível” do momento de sua promulgação, tampouco a atualmente experimentada.

Pouco após a promulgação da Carta, caiu o muro de Berlim e começaram a desmoronar os regimes vinculados ao comunismo¹⁰⁷. Os ideais inspiradores que se mostraram decisivos para o formato e o modelo adotados pelo Texto de 1988 foram ultrapassados pela história.

Não obstante, mesmo nos dias atuais, poucas análises críticas são verificadas em relação ao conteúdo da Lei Maior. Com efeito, a reflexão acerca dos recursos necessários para a concretização da considerável gama de direitos e garantias nela previstos não parece merecer maior atenção por parte da sociedade ou mesmo da doutrina especializada.

Muito embora a sociedade brasileira tenha-se mantido por alguns anos após a promulgação da Carta de 1988 adormecida ou pouco consciente de seus direitos, especialmente no século XXI o cenário é profundamente alterado.

A condição de agente de transformação social conferida ao Poder Judiciário pelo constitucionalismo contemporâneo torna cada vez mais usual sua

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), p. 146.

¹⁰⁶SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & Judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 127.

¹⁰⁷BARROSO, Luís Roberto. 2009, pp. 46-47. O mesmo autor propõe a seguinte reflexão acerca das consequências advindas do fim do sonho socialista: “Em meio aos escombros, existe no Brasil toda uma geração de pessoas engajadas, que sonharam o sonho socialista, que acreditavam estar comprometidas com a causa da humanidade e se supunham passageiras do futuro. Compreensivelmente abalada, esta geração vive uma crise de valores e de referencial. De fato, onde se sonhou a solidariedade, venceu a competição. Onde se pensou a apropriação coletiva, prevaleceu o lucro. (...) Mais surpreendente do que tudo: os que viveram o sonho socialista não viam a hora de acordar e livrar-se dele. (...) É indiscutível: eles venceram. Não significa, necessariamente, que estivessem certos. Na vida, como no futebol, nem sempre vence o melhor. (...) *Eles*, no Brasil, não tem um conteúdo puramente ideológico de quem optou pelo modelo privatista. *Eles* traz um estigma: o dos que compactuam com toda a violência institucional que preparou o caminho do modelo vencedor”. (BARROSO, Luís Roberto. 1993, pp. 279-280).

participação na concretização de inúmeras normas constitucionais, notadamente no que diz com os direitos fundamentais, ainda que desacompanhada de uma análise mais acurada acerca da efetiva viabilidade de que seu conteúdo seja honrado pelo Poder Público.

Não há dúvidas de que tais iniciativas decorrem do louvável desejo de garantir o cumprimento das promessas constitucionais de 1988. Muitas vezes, não só a sociedade, mas igualmente o próprio Judiciário mostra-se propenso a acreditar que a efetivação dos inúmeros direitos contemplados pela Carta dependeria, unicamente, de vontade política. Dessa forma, a aparente inércia dos Poderes Políticos conduziria a uma necessária tomada de posição por parte do Poder Judiciário.

Nesse cenário, a busca por ideais relacionados à justiça, à moral e à proteção da dignidade humana, relega a questão financeira a um segundo plano, sendo esta muitas vezes tida por verdadeira futilidade. Prevalece a leitura “cega” do artigo 5º, § 1º, do texto constitucional.

Como leciona Luis Fernando Barzotto, quando o direito se identifica com a moral, ele se torna indiferente aos fatos. Quando está em jogo a efetivação dos direitos sociais, a quebra financeira do Estado é interpretada como um “efeito colateral irrelevante”¹⁰⁸.

Assim é que, na ânsia de conferir maior “efetividade” à Constituição, magistrados passam a exercer em muitos casos a função de verdadeiros “justiceiros”¹⁰⁹, mediante os aplausos da sociedade, que majoritariamente não demonstra nenhuma preocupação relevante com os custos e as reais possibilidades de implementação dos direitos e das garantias largamente abarcados pela Carta de 1988.

Ao contrário. A grande preocupação atual parece ser a de assegurar, cada vez em maior grau, a efetividade da Constituição. Nesse sentido, Daniel Sarmento leciona que a transposição das normas constitucionais para o mundo real tornou-se uma verdadeira “obsessão” entre os juristas na busca por um projeto de justiça para o país¹¹⁰.

¹⁰⁸BARZOTTO, Luis Fernando. 2016, p. 54.

¹⁰⁹SARMENTO, Daniel. 2007, p. 127.

¹¹⁰SARMENTO, Daniel. 2007, p. 126.

O mesmo autor, entretanto, faz a ressalva de que essa notável ascensão do Poder Judiciário, que poderia ter caráter positivo, parece ter descambado para uma visão um tanto “eufórica” acerca de sua suposta capacidade de “salvar o país dele mesmo” por meio da jurisdição constitucional¹¹¹.

Entre as diversas consequências indesejáveis que podem advir da atual evidência pública do Judiciário, Celso Fernandes Campilongo confere destaque à “personalização” da atividade judicial (ideia de “juiz-herói”), à expansão da discricionariedade judicial e à instrumentalização “política” de um poder “neutro” (no sentido de ser indiferente ao circuito de legitimação eleitoral)¹¹².

E os receios não se mostram injustificados, uma vez que, quando o processo de expansão da atuação da jurisdição constitucional se ampara nos direitos fundamentais, até mesmo decisões que incidem em temas controversos têm merecido o respaldo da sociedade, que vê no Tribunal Constitucional o papel de “guardião” dos direitos contemplados pela Constituição¹¹³. Com isso, a jurisdição constitucional é chamada a adentrar cada vez com mais frequência na seara política¹¹⁴.

Essa expansão da jurisdição constitucional, especialmente verificada nos últimos anos, altera significativamente o papel até então desempenhado pelo Poder Judiciário, especialmente pela Corte Constitucional, na medida em que confere aos seus integrantes o poder de determinar a concretização dos direitos que julgar pertinentes, na forma e no momento que melhor lhes parecer, independentemente de prévio alinhamento com os poderes políticos, com vistas à avaliação da real disponibilidade orçamentária necessária a sua satisfação.

¹¹¹SARMENTO, Daniel. “Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 317-318.

¹¹²CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 115.

¹¹³Jorge Octávio Lavocat Galvão leciona que essa transferência de expectativas ao Judiciário tem origem no posicionamento *substancialista* que passou a prevalecer após a Segunda Guerra, o qual confere legitimidade à jurisdição constitucional pelo fato de sua atuação favorecer a efetividade dos direitos fundamentais. (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. “Entre Kelsen e Hércules: Uma Análise Jurídico-Filosófica do Ativismo Judicial no Brasil”. In AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 136-137). André Ramos Tavares esclarece que o principal elemento diferenciador entre o posicionamento *substancialista* e o *procedimentalista* é o fato de este último negar a possibilidade de derivação valorativa proveniente da Constituição. (TAVARES, André Ramos. “A Constituição é um elemento valorativo?”. *Revista brasileira de direito constitucional*, n. 9, jan./jun. 2007, p. 338).

¹¹⁴AGRA, Walber de Moura. 2008, pp. 442-443.

Aliás, pode-se concluir até mesmo que a ausência de vinculação do Judiciário à gestão dos recursos correspondentes à efetivação dos direitos constitucionais é o que fundamentalmente permite que seus integrantes assumam a simbólica função de realização do sonho coletivo almejado pela sociedade brasileira. Na esfera judicial, o único limite encontrado é o texto constitucional. Se o seu conteúdo permite o pleito relativo à fruição de determinado direito, não há por que o Judiciário deixar de determinar sua imediata implementação.

A Constituição de 1988 e as sucessivas alterações legislativas verificadas após sua promulgação têm um papel decisivo nesse contexto, porquanto possibilitaram uma significativa ampliação no escopo de atuação do Supremo Tribunal Federal.

2.3 Alargamento dos poderes concedidos ao Supremo Tribunal Federal

O Constituinte de 1988 teve acentuada preocupação em assegurar o cumprimento da Constituição, proporcionando diversos instrumentos aptos a garantir sua efetivação.

Tal realidade pode ser facilmente comprovada pelo desenvolvimento de inúmeros mecanismos e técnicas de controle judicial de constitucionalidade, tais como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, o qual visa a tornar possível o exercício de direitos constitucionais, que eventualmente esteja sendo inviabilizado por falta de norma regulamentadora¹¹⁵.

Embora a Constituição de 1946 já tivesse previsto o controle abstrato de normas (por meio da ação direta genérica declaratória de inconstitucionalidade),

¹¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011(b), p. 220. Elival da Silva Ramos esclarece que até recentemente prevalecia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o mandado de injunção praticamente se equiparava à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No entanto, com o julgamento do Mandado de Injunção nº 721-7, havido em 30 de agosto de 2007, verificou-se “significativa modificação na diretriz aludida, passando-se a emprestar à decisão que acolhe o pedido de injunção natureza constitutivo-condenatória ou constitutivo-mandamental”. O autor considera a inovação positiva, fundamentalmente por três aspectos: a) “ajusta-se melhor ao princípio da força normativa da Constituição e ao subprincípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais”; b) “proporciona mais adequada sistematização da matéria atinente ao combate da omissão inconstitucional”; c) “a efetivação, em concreto, de direitos fundamentais sediados em normas carentes de regulação infraconstitucional, resulta em se adensar o sentido da norma do § 1º, do artigo 5º, da Constituição”. (RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 196-197).

tal instrumento somente veio a adquirir maior relevância a partir da Constituição de 1988¹¹⁶, até mesmo pelo fato de esta ter ampliado significativamente o rol de legitimados ativos para sua proposição, proporcionando sua abertura, inclusive, para a sociedade civil.

O controle concentrado de constitucionalidade ou o controle abstrato nos sistemas difusos, muito embora se constituam em função jurisdicional, em muito se aproximam do exercício da função legislativa, contribuindo significativamente para o incremento do ativismo judicial.

Isso porque, em ambas as hipóteses, verifica-se a interferência da jurisdição constitucional no conteúdo dos atos legislativos controlados, tornando menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição¹¹⁷.

Com efeito, o controle de constitucionalidade é tido como o mecanismo que fundamentalmente permite que o Poder Judiciário possa interferir na realidade social¹¹⁸.

Tal realidade não é necessariamente salutar e tem merecido atenção por grande parte da doutrina.

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta preocupação com o fato de a ação direta de inconstitucionalidade vir necessariamente acompanhada de uma inquestionável desautorização em relação ao autor da lei e/ou ao responsável por sua sanção, na medida em que disso decorre uma inapelável condenação aos atos procedidos pelos Poderes Executivo e Legislativo¹¹⁹.

Não é distinta a posição defendida por Jorge Octávio Lavocat Galvão, ao sugerir que os magistrados devam ter muita cautela ao declarar a inconstitucionalidade de um ato, pois além do conteúdo da decisão se contrapor à dignidade do ato legislativo, será igualmente confrontada a dignidade das pessoas que o utilizaram como guia de conduta¹²⁰.

A necessidade de cautela se torna ainda mais concreta quando se tem em conta os reconhecidos desacordos morais inerentes a qualquer grupo social, os quais, segundo Jeremy Waldron, inviabilizam a conclusão pela conexão

¹¹⁶RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), p. 276.

¹¹⁷RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), p. 277.

¹¹⁸GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

¹¹⁹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), p. 219.

¹²⁰GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 45-46 e 270.

necessária entre o controle de constitucionalidade e a defesa dos direitos fundamentais. Assim, nada obsta que o controle de constitucionalidade, como qualquer outro procedimento decisório, conduza a um resultado que possa ser qualificado como injusto. Por essa razão, o autor entende que o processo político, mesmo com todas as suas deficiências, ainda se mostra o meio mais adequado para serem colhidas e respeitadas as opções sociais de cada grupo¹²¹.

Com efeito, a transferência de responsabilidade para a Corte no que se refere à última palavra sobre desacordos morais pode certamente ser interpretada como a supressão do direito dos cidadãos de participar em termos isonômicos das decisões políticas fundamentais da sociedade¹²².

Mais do que isso. O fato de o controle de constitucionalidade implicar a adoção de um ato contrário à vontade manifestada pelos representantes eleitos pelo povo faz com que tal atividade não seja exercida em nome da maioria dominante, mas, sim, como recorda Alexander Brickel, precisamente contra ela¹²³.

Visando a suplantar o problema democrático proveniente da jurisdição constitucional, Nuno Piçarra defende que a legitimidade detida pela Corte em relação ao exercício de “contrapoder” do legislador é restrita ao controle exclusivamente jurídico da constitucionalidade das leis. Os tribunais não estão legitimados a assumir o exercício da função de “contralegisladores” ou a atuarem na condição de substitutos do legislador, cuja ampla liberdade de conformação política não pode ser usurpada¹²⁴.

Virgílio Afonso da Silva também demonstra alguma inquietação quanto à forma de concretização do controle de constitucionalidade, notadamente quando o argumento utilizado para justificar a inconstitucionalidade de dispositivos legais diz com a ideia de que o conteúdo desses vai além daquilo que a Constituição prevê. Isso porque, em tal hipótese, as normas constitucionais não somente “irradiarão” efeitos para outros ramos do direito, elas “determinarão” o conteúdo deles na sua totalidade. Essa é a ideia de constituição-fundamento, constituição total ou constituição dirigente, a fixação de um plano de ação para transformação

¹²¹WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 212 e 305-306.

¹²²GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2010, pp. 148-149.

¹²³BRICKEL, Alexandre M. *The Least Dangerous Branch*. 2ª ed. New Heaven: Yale University Press, 1986, p. 17.

¹²⁴PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 261.

da sociedade. A judicialização da Constituição é consequência dessa ideia, que parte da concepção de um legislador atuante como mero intérprete constitucional, sem nenhuma liberdade de conformação. Como todo o ordenamento jurídico é tido como decorrente do texto constitucional, o Judiciário passa a ter um papel de notável protagonismo, com significativa restrição à atividade desempenhada pelo legislador infraconstitucional e pelos demais campos do direito¹²⁵.

A ideia de que toda ordem jurídica estaria contida na Constituição induz a um preocupante quadro denominado por Rodrigo Brandão como “hiperconstitucionalização”. Segundo o autor, a compatibilização da supremacia judicial com o princípio democrático pressupõe que aquela não seja compreendida ou exercida como substituta da supremacia legislativa¹²⁶.

Não obstante todas essas ponderações e ressalvas, no atual cenário brasileiro, como reconhecido por Roger Stiefelmann Leal, é facilmente perceptível que a expansão da jurisdição constitucional e sua consequente politização estão possibilitando a gradual construção de um ambiente de “legitimação política” semelhante ao processo legislativo¹²⁷.

Contribuiu decisivamente para isso a edição de novos diplomas na década de 1990, incrementando ainda mais os poderes conferidos ao Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente, merece destaque a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que instituiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação declaratória de constitucionalidade. Esta última permite que, sem contraditório, o governo possa obter, de forma antecipada, uma “ratificação judicial” por parte da Corte em relação ao teor da legislação editada, com eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Com isso, foi revolucionado o papel do Tribunal como controlador de constitucionalidade, tornando-o, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, uma espécie de “Terceira Câmara Legislativa”¹²⁸.

De fato, Nagib Slaibi Filho reconhece na ação declaratória de constitucionalidade nítido caráter “legislativo positivo”, já que sua procedência

¹²⁵SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014(a), pp. 113-117.

¹²⁶BRANDÃO, Rodrigo. 2017, p. 80.

¹²⁷LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.101.

¹²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(b), p. 222.

torna possível a imunização do ato normativo ao controle incidental de constitucionalidade, impedindo que juízes e administradores públicos neguem aplicação à norma infraconstitucional correspondente. Nesse contexto, o poder detido pelo Supremo Tribunal Federal passa a ser superior àquele titulado pelo próprio Legislativo, já que os atos deste, ainda que formalizados por emenda constitucional, não fogem ao controle de constitucionalidade incidental ou concentrado¹²⁹.

Paulo Bonavides admite que o novo diploma emprestou um “caráter autocrático” ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, propiciando inclusive sua utilização com o objetivo de facilitar o livre trânsito de medidas eventualmente impopulares pelo Executivo, usualmente editadas por meio de medidas provisórias¹³⁰.

Devem ainda ser pontuadas as Leis nºs 9.868 e 9.882, ambas editadas no ano de 1999. A Lei nº 9.868/99 outorgou à Corte Constitucional a competência para, ao declarar a inconstitucionalidade de ato normativo, por razões de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social”, promover a modulação temporal dos efeitos da decisão. Já a Lei nº 9.882/99 disciplinou a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, já prevista pelo constituinte originário. Em ambos os casos verifica-se a inclusão de conceitos subjetivos (segurança jurídica, excepcional interesse social e preceito fundamental), abrindo margem para a discricionariedade do julgador¹³¹. As mudanças propiciadas pelos novos diplomas legais, no entender de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, conduzem à alteração do papel formalmente outorgado ao Supremo Tribunal Federal pelo artigo 102 da Constituição de 1988, qual seja, o de “guarda da Constituição”¹³².

Afora os novos instrumentos judiciais introduzidos a partir de 1988, necessário ser conferido relevo, igualmente, ao fato de o Supremo Tribunal

¹²⁹SLAIBI FILHO, Nagib. “Breve história do controle de constitucionalidade”. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009(b), pp. 317-318.

¹³⁰BONAVIDES, Paulo. 2004, pp. 129-130.

¹³¹Ao enfrentar o tema, Eros Grau esclarece que, enquanto a tarefa de *interpretação* diz com a formulação de juízos de *legalidade*, baseados em elementos textuais; a *discricionariedade* é exercitada mediante juízos de *oportunidade*, comportando opções de ordem subjetiva. (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 89 e 115).

¹³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), pp. 234-235.

Federal fazer constante uso da chamada “interpretação conforme a Constituição”, a qual possibilita a busca por uma interpretação que não seja exatamente a que decorre da leitura mais “óbvia” do dispositivo. Na prática, como leciona Luís Roberto Barroso, “o texto permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal”¹³³.

Segundo lição de Gilmar Mendes, tal modalidade interpretativa tem lugar nas hipóteses em que se mostrem possíveis duas interpretações de uma mesma lei. Nesse caso, haveria preferência por aquela que se revele mais compatível com o texto constitucional. Os limites são unicamente a “expressão literal da lei” e a “vontade do legislador”. O autor reconhece que a “interpretação conforme” gera grande impacto em relação aos limites da atividade interpretativa, já que as indeterminações semânticas normalmente contidas nos textos normativos são passíveis de ensejar múltiplos entendimentos. Assim, a depender da interpretação que seja conferida pelo Tribunal, pode haver a alteração do sentido normativo original determinado pelo legislador. Com isso, a interpretação possibilita a prolação de decisões modificativas dos sentidos originais do texto. Essa assunção de uma atuação “criativa” pela Corte é saudada por Gilmar Mendes, por tornar possível a solução de problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes inviabiliza ou retarda a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional¹³⁴.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, trouxe igualmente importantes modificações na esfera de competência do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que toca à autorização para a edição de súmulas da interpretação que entender pertinente de normas do ordenamento jurídico, com efeito vinculante aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta, de todos os entes da Federação. Segundo Elival da Silva Ramos, a súmula vinculante é “antes um ato de criação do que de aplicação do direito”, muito embora ressalve que a liberdade conferida ao órgão emissor da súmula é bastante mais reduzida do que aquela detida pelo legislador”¹³⁵.

¹³³BARROSO, Luís Roberto. 1996, p. 175. O autor destaca que o princípio tem sua trajetória e especialmente o seu desenvolvimento ligados à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, onde sua importância é crescente. (BARROSO, Luís Roberto. 1996, p. 174).

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 390-395.

¹³⁵ RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), p. 295.

Todo esse arcabouço de instrumentos propiciados à Corte Constitucional, quer pela Constituição Federal de 1988, quer pelas diversas inovações promovidas após sua promulgação, conjugado à ideia de transformação social por meio dos ditames constitucionais preconizada pelo Estado Democrático de Direito, favorecem que o Tribunal passe cada vez mais a adentrar em questões tradicionalmente próprias aos demais Poderes, tornando-se o eixo central das decisões mais relevantes do país¹³⁶.

Verifica-se, atualmente, o exercício de um verdadeiro papel de “construtor da Constituição” por parte do Supremo Tribunal Federal. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: um “papel constituinte”¹³⁷.

O desempenho dessa nova missão mostra-se especialmente perceptível na atividade relacionada ao controle jurisdicional de políticas públicas.

2.4 Controle jurisdicional de políticas públicas

A transição do Estado Liberal para o Estado Social, como visto, foi determinante para a alteração na concepção de Estado e de suas finalidades, particularmente no que toca à concretização dos direitos fundamentais¹³⁸.

¹³⁶Inúmeros são os casos exemplificativos dessa “nova atuação” do Supremo Tribunal Federal, entre os quais valem ser citados: o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132); a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (Mandado de Injunção nº 670); a imposição do dever de fidelidade partidária (Mandado de Segurança nº 26.602); a definição de competências em matéria de saneamento básico (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842); a aplicabilidade imediata da Lei da Ficha Limpa (Recurso Extraordinário nº 633.703); a anulação das cláusulas de barreira à criação ou permanência de partidos políticos (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1351); a instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105); a criação do Conselho Nacional de Justiça na reforma do Judiciário (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3367); as pesquisas com células-tronco embrionárias (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/); a liberdade de expressão e racismo (*Habeas Corpus* nº 82424); a interrupção da gestação de fetos anencefálicos (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54); a restrição ao uso de algemas (*Habeas Corpus* nº 91952 e Súmula Vinculante nº 11); a legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330); a vedação ao nepotismo (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 e Súmula nº 13); a não-recepção da Lei de Imprensa (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130); a importação de pneus usados (ADPF 101); a proibição do uso de amianto (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937).
¹³⁷FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), p. 281.

¹³⁸O comparativo histórico proposto por Celso Campilongo é bastante rico para a elucidação dos reflexos advindos da transformação do Estado Liberal em Estado Social. No Estado Liberal, o Legislativo era o responsável pela verdadeira função de governo. O Executivo e o Judiciário eram poderes coadjuvantes. O especial destaque conferido ao Legislativo visava a atingir os seguintes objetivos: “deslocar o centro de decisão política para uma arena na qual a burguesia tinha assento (o Parlamento); impor limites à atuação do monarca, isto é, controlar o Executivo; dotar o

Posteriormente, no advento do Estado Democrático de Direito, segundo lição de Ada Pellegrini Grinover, o Estado passou a ser diretamente responsável pela modificação da realidade social. Tudo isso trouxe uma profunda alteração na atuação do Poder Judiciário, que passa a estar constitucionalmente vinculado à política estatal¹³⁹.

A Constituição de 1988 teve importante contribuição para o desenho desse novo cenário, em especial, pela previsão do controle de constitucionalidade, o qual abrange o controle das políticas públicas¹⁴⁰, estas entendidas como “instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade, tendo por escopo assegurar condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”¹⁴¹.

Tanto o fenômeno da judicialização da política, como o do ativismo judicial, foram altamente influenciados pelo papel ativo desempenhado pelo Poder Judiciário no controle de políticas públicas, muitas vezes com contornos próprios à atividade legislativa ou da Administração.

Isso porque, como o Judiciário não tem suas decisões controladas por nenhuma outra instância, ele acaba exercendo mediante o controle jurisdicional de constitucionalidade uma “função política” fundamental, qual seja, a de dar “a última palavra sobre a legalidade”, em manifesto redimensionamento do equilíbrio de Poderes¹⁴².

Colabora para tanto a previsão constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º), neles incluídos direitos como saúde,

Judiciário de uma posição institucional protegida das interferências do sistema político e orientada por critérios decisórios transparentes e previamente conhecidos (certeza jurídica, previsibilidade e garantia das expectativas)”. Com o advento do Estado Social, os pressupostos do modelo do equilíbrio entre os poderes foram modificados. O Executivo foi colocado no vértice das funções de governo, corroendo os mecanismos tradicionais de controle. Isto implicou a trasladação de Poderes. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. 2011, pp. 28-42).

¹³⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. “O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013, pp. 126-129.

¹⁴⁰WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional de políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 216.

¹⁴¹APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 136.

¹⁴²CAMPILONGO, Celso Fernandes. 2011, pp. 115.

educação, habitação, entre outros que igualmente demandam prestações positivas por parte do Estado¹⁴³.

Muito embora a decisão sobre escolhas políticas incumba preferencialmente aos Poderes Executivo e Legislativo, sua frequente omissão quanto à efetivação das promessas constitucionais faz com o que o Poder Judiciário passe a ser confrontado para assumir, ao menos em parte, essa missão, sendo atualmente usual sua participação para implementar ou corrigir políticas públicas deficitárias¹⁴⁴.

Tais iniciativas são especialmente favorecidas, como já tratado, pela adoção da interpretação conforme a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Eduardo Ribeiro Moreira defende que as opções políticas realizadas pelo administrador devem ser necessariamente adaptadas à “vontade constitucional”. Consequentemente, tanto as omissões, quanto as ações do Poder público, na execução das políticas públicas, tornam-se controláveis pelo Poder Judiciário¹⁴⁵.

Apesar de atualmente não serem detectadas grandes divergências quanto à possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional de políticas públicas, verifica-se que, em diversas oportunidades, o órgão judicial, especialmente o Supremo Tribunal Federal, extrapola as funções tradicionalmente dele esperadas.

Uma das principais causas para a adoção dessa modalidade de atuação por parte do Tribunal, segundo lição de Celso Fernandes Campilongo, reside no fato de que o Judiciário não seleciona o tipo de demanda sobre a qual decide, já que seus membros não podem se furtar a oferecer uma decisão. O sistema político, ao contrário, não está constrangido a decidir. Por isso, nada impede que eleja as demandas que serão objeto de decisão, postergue essa análise para outro momento ou simplesmente opte por não decidir¹⁴⁶.

Ou seja: o Judiciário *tem* de agir. O Poder Público, não necessariamente.

¹⁴³APPIO, Eduardo. 2005, p. 136.

¹⁴⁴Para Susana Henriques da Costa, a intervenção jurisdicional deve ocorrer somente em casos excepcionais, sendo necessária a comprovação da ilegalidade ou do desvio de poder. (COSTA, Susana Henriques da. “O Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas: Uma Breve Análise de alguns Precedentes do Supremo Tribunal Federal”. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013, pp. 461-462).

¹⁴⁵MOREIRA, Eduardo Ribeiro. 2008(a), p. 137.

¹⁴⁶CAMPILONGO, Celso Fernandes. 2011, p. 117.

Com isso, floresce a ideia de que o Poder Judiciário seria mais “ativo” e “eficiente” e que as políticas públicas não seriam concretizadas tão somente pela inércia e/ou ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo.

A assunção de novas funções pelo Judiciário é igualmente favorecida pela concepção de Estado Democrático de Direito¹⁴⁷, já que esta favorece sua interação com os projetos governamentais de responsabilidade do Executivo, disso refletindo uma maior presença do direito nas relações sociais. Além disso, a natureza intrinsecamente transformadora desse modelo estatal acresce à atuação jurisdicional uma inegável carga de elementos valorativos, ligados fundamentalmente ao alcance da justiça social¹⁴⁸.

Sobre o tema, merece especial destaque o voto proferido no ano de 2004, pelo Ministro Celso de Mello, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9. Na oportunidade, o Ministro afirmou que a meta da Carta de 1988 é assegurar condições de dignidade, com garantia do mínimo existencial. Como base nesse pressuposto, o Supremo Tribunal Federal entendeu como requisitos necessários para a intervenção do Judiciário: (i) a pretensão estar incluída na ideia de mínimo existencial; (ii) a razoabilidade da pretensão; (iii) a existência de disponibilidade financeira por parte do Estado¹⁴⁹.

Mais recentemente, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745, ocorrido no ano de 2014, a Corte Constitucional, igualmente em processo de relatoria do Ministro Celso de Mello, entendeu pela inaplicabilidade da reserva do possível quando sua invocação for passível de comprometer o núcleo básico do mínimo existencial¹⁵⁰. O mesmo entendimento ficou consignado por oportunidade do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, havido em 2015¹⁵¹.

O mínimo existencial, valor intrinsecamente relacionado ao da dignidade humana, passa, portanto, a ser o elemento preponderantemente definidor quanto à possibilidade de atuação judicial.

¹⁴⁷COSTA, Susana Henriques da. 2013, pp. 452-453.

¹⁴⁸VERBICARO, Loiane Prado. 2017, p. 74.

¹⁴⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. 2013, p. 132.

¹⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745*.

¹⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*.

O conceito e a abrangência da expressão “mínimo existencial”, entretanto, são temas que geram algumas relevantes divergências por parte da doutrina.

Para Ada Pellegrini Grinover, o mínimo existencial é considerado um direito às “*condições mínimas de existência humana digna* que exige prestações positivas por parte do Estado”, ficando incluídos no conceito o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente e o acesso à justiça¹⁵².

Kazuo Watanabe segue a mesma lógica de respeito ao “núcleo básico” do princípio da dignidade humana, o qual para ele é igualmente constituído pelo direito à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância¹⁵³.

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, entende que o mínimo existencial seria composto de quatro elementos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça¹⁵⁴.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo conceituam o mínimo existencial como o “conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”, esclarecendo que sua garantia independe de expressa previsão constitucional, já que decorrente da proteção da vida e da dignidade humana¹⁵⁵.

Virgílio Afonso da Silva afirma que o conceito de mínimo existencial pode ser interpretado de diversas formas, podendo significar o conjunto garantido pelos direitos sociais; uma parcela dos direitos sociais em relação a qual é assegurada a tutela jurisdicional; ou, por fim, um conceito sem relação necessária com a “justiciabilidade”¹⁵⁶.

Para Ricardo Lobo Torres, a abrangência da expressão *mínimo existencial* deve ser buscada “na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa e da dignidade do homem”. Segundo o autor, não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade

¹⁵²GRINOVER, Ada Pellegrini. 2013, p. 132.

¹⁵³WATANABE, Kazuo. 2013, p. 219.

¹⁵⁴BARCELLOS, Ana Paula de. 2002, p. 259.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In SARLET; Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29.

¹⁵⁶SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed. 2014(b), pp. 204-205.

que de quantidade, mas é ligado à ideia de “justiça” e de “redistribuição da riqueza social”¹⁵⁷.

A conjugação da manifesta elasticidade do conteúdo relativo ao “mínimo existencial” com a relevância contemporaneamente a ele atribuída permite ao Judiciário adentrar em um espectro praticamente ilimitado de campos de atuação, muitos deles até bem pouco tempo atrás desconhecidos da maioria de seus membros.

Conquanto a expansão da atividade jurisdicional possa à primeira vista se mostrar atrativa, já que conduziria à tão almejada efetividade dos comandos constitucionais aguardada desde 1988, a complexidade que envolve o tema relativo à concretização das políticas públicas desafia a criação de condições que permitam ao Poder Judiciário, de fato, contribuir para a solução dessa intrincada questão.

Infelizmente não é essa a realidade atualmente verificada. Cada vez com mais frequência deparamos com decisões judiciais contemplando provimento jurisdicional para determinadas situações em concreto envolvendo questões ligadas à saúde, à educação e outras, sem, contudo, avaliar, satisfatoriamente, a existência, a amplitude e as condições de desenvolvimento da política pública correspondente levada a cabo pelo Estado.

Essa atividade é inquestionavelmente mais abrangente do que aquela tradicionalmente exercida pelo Judiciário e amplia significativamente os poderes conferidos ao julgador.

Justamente por isso Marco Antonio da Costa Sabino defende que a complexidade intrínseca às demandas judiciais que envolvem políticas públicas não se amolda ao processo civil tradicional. Segundo o autor, não seria suficiente a modificação estrutural do Poder Judiciário. Seria necessária a alteração do instrumento¹⁵⁸.

Isso porque a avaliação judicial meramente individualizada quanto ao gozo de um determinado direito fundamental pode ocasionar diversidade de tratamento

¹⁵⁷TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 266-267.

¹⁵⁸SABINO, Marco Antonio da Costa. “Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde”. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 390-391.

em relação aos demais membros da sociedade que vivenciem situação análoga ou até mesmo mais grave, ferindo fortemente o princípio da isonomia.

Assim é que, exemplificativamente, a determinação de construção de uma creche em determinado bairro poderá alterar uma política pública que pretenderia dirigi-la a outra comunidade, eventualmente mais carente. Mais do que isso. Poderá impactar, inclusive, em outras áreas de investimento, tais como saúde e educação, já que, não raras vezes, os magistrados deixam de levar em conta todas as especificidades que envolvem o orçamento público na prolação de suas decisões.

Para amenizar tais dificuldades, Ada Pellegrini Grinover propõe um novo modelo de processo, com “cognição ampliada”, que possibilite maior diálogo entre o julgador e o administrador público, com vistas à obtenção de uma sentença “justa” e “equilibrada”, assim como que permita o exame do orçamento correspondente e do planejamento necessário à implementação da nova política pública¹⁵⁹.

É o processo estrutural.

Sergio Cruz Arenhart igualmente entende pela necessidade desse novo instrumento, que seria levado a cabo mediante (i) a redefinição do contraditório (se possível, com a participação de toda a coletividade); (ii) a utilização de audiências públicas; (iii) a participação de especialistas e de *amicus curiae*; (iv) a busca por soluções consensuais; (v) a expansão da mediação e da conciliação; (vi) a prolação de sentenças que almejem alterações substanciais, voltadas para o futuro; (vii) a estruturação de mecanismos de fiscalização e diálogo na implementação das decisões, com participação da sociedade e de especialistas. Nesse contexto, as relações processuais deveriam ser multifacetárias, fugindo da ideia tradicional de antagonismo entre as partes. O autor prega, ainda, a reformulação da adstrição da decisão ao pedido, da limitação à causa de pedir, da dimensão da prova e dos limites da coisa julgada¹⁶⁰.

O diálogo passa a contar com notável espaço no decorrer da execução do julgado, momento no qual o julgador deve assumir um papel ativo, transformando-se em verdadeiro “agente da obtenção do bem da vida”. Marco Antonio da Costa

¹⁵⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. 2013, p. 139.

¹⁶⁰ARENHART, Sergio Cruz. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília, v. 29, n. 1/2, janeiro/fevereiro 2017, pp. 72-74 e 77-79.

Sabino afirma que o juiz da execução das políticas públicas deve promover o “diálogo” e o “debate”. A execução deverá ser “negociada” e “flexível”, podendo ser modificada sempre que surgirem alternativas que se mostrem mais adequadas para o alcance dos resultados almejados¹⁶¹.

Para tanto, incumbirá ao juiz uma avaliação permanente dos resultados advindos da execução, já que a participação judicial não se encerra com a prolação da sentença, mas tão somente após a implementação da política pública correspondente¹⁶².

Nesse vínculo de supervisão de longo prazo, torna-se de fundamental importância a inteiração do Poder Judiciário com os entes da Administração Pública, disso resultando um formato de atuação distinto daquele tradicionalmente operado.

Esse novo modelo processual, em síntese, tem maior publicidade e transparência, com cognição ampliada, em que as decisões planejem ações futuras e resultem do diálogo com as partes¹⁶³. A ideia decorre do pressuposto de que decisões consensuais são mais justas e tendem a resultar em execuções mais factíveis.

Com vistas à inclusão de tais postulados no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente se encontra em tramitação o Projeto de Lei nº 8.058/2014, de autoria do Deputado Paulo Teixeira, com significativos impactos no escopo de atuação do Poder Judiciário¹⁶⁴.

¹⁶¹SABINO, Marco Antonio da Costa. 2016, pp. 410-419.

¹⁶² BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. “O Cumprimento Coercitivo das Decisões Judiciais no tocante às Políticas Públicas”. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 481-482.

¹⁶³Algumas das características verificadas em relação ao processo estrutural foram incorporadas pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), fundamentalmente no que diz com o princípio da cooperação introduzido pelo artigo 6º, de seguinte teor: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

¹⁶⁴O artigo 2º do Projeto de Lei prevê que o controle de políticas públicas será regido pelos seguintes princípios: proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário. O parágrafo único do mesmo dispositivo estipula os elementos diferenciadores dessa nova modalidade processual: “O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características: I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes; II – policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade; III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade; IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica; V – colaborativas e participativas, envolvendo a

A despeito de ainda não existir formalmente no Brasil, verifica-se que muitas das características próprias ao processo estrutural já vêm sendo aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Há um julgamento paradigmático sobre o tema. Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). O fundamento utilizado para embasar a ação foi o de que a notória falência do sistema prisional brasileiro - que implica violação a inúmeros princípios constitucionais (notadamente ao da dignidade humana), assim como inobservância a diversos tratados internacionais - resultaria de “falhas estruturais” do Poder Público. Tal quadro propiciou a invocação do chamado “estado de coisas inconstitucional”, expressão importada da Corte Constitucional da Colômbia. A transgressão grave e sistemática a direitos humanos tornaria necessária a pronta atuação do Poder Judiciário, com vistas à imposição de diversas medidas à Administração. A análise dos pedidos formulados pelo autor da ação demonstra claramente a natureza estrutural das pretensões formuladas. Merecem destaque nesse contexto o pedido (c), que detalha pormenorizadamente as medidas a serem determinadas ao Poder Público para solução do problema atualmente enfrentado; os pedidos (d) e (f), que aludem à necessidade da participação do Judiciário quanto à configuração do plano de ação, quanto à garantia de ser assegurada a previsão orçamentária correspondente e quanto à elaboração do cronograma para efetivação das providências nele contempladas; o pedido (g), que sugere a determinação dos prazos a serem concedidos à Administração; o pedido (j), que prevê o monitoramento, por parte do Supremo Tribunal Federal, quanto à efetiva concretização do plano, de forma pública e transparente, de modo a propiciar igualmente a participação da sociedade civil. Muito embora o julgamento de mérito ainda não tenha ocorrido, na apreciação da medida cautelar, havida no final do ano de 2015, o voto proferido pelo relator, Ministro Marco Aurélio, em

responsabilidade do Poder Público; VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto; VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual; VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público; IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis; X – que flexibilizem o cumprimento das decisões; XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com ele”.

diversas oportunidades indica estreita relação da discussão posta na causa com os preceitos próprios ao processo estrutural. Nesse sentido, são destacados os seguintes trechos: “A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelando amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada ‘falha estatal estrutural’. (...) Trata-se do que a doutrina vem designando ‘litígio estrutural’, no qual são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas. (...) A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. (...) Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados”¹⁶⁵.

O conteúdo do julgado permite bem vislumbrar a forte tendência atualmente verificada no sentido de o Poder Judiciário tomar para si a promoção das prerrogativas inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Não só isso. A Corte Constitucional deixa transparecer a conclusão de que seria mais capacitada do que os demais Poderes para resolver os problemas mais complexos do país, como a intrincada questão carcerária.

Posições nesse sentido indubitavelmente favorecem que o imaginário coletivo transfira as expectativas referentes ao efetivo gozo dos direitos e das garantias assegurados pela Carta de 1988 ao Poder Judiciário.

Na arena judicial, quando está em jogo a proteção da Constituição – ou seja, praticamente sempre, tendo em conta que a natureza própria às normas constitucionais permite a fundamentação dos mais variados resultados -, questões operacionais, relativas ao custo, à viabilidade fática ou mesmo à vontade política correspondente ao objeto da demanda são tidas por acessórias.

¹⁶⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*.

A grande questão que emerge desse quadro é que, especialmente mediante a invocação do chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”, nada estará a salvo do crivo da jurisdição constitucional¹⁶⁶.

Esse preenchimento, por parte do Poder Judiciário, dos espaços outrora destinados aos poderes políticos no controle de políticas públicas é, possivelmente, uma das manifestações mais perceptíveis do fenômeno relacionado ao ativismo judicial.

2.5 Consagração do ideário dos direitos humanos

A origem dos direitos humanos é bastante antiga, remontando aos primórdios da civilização. Verificam-se manifestações em torno do seu ideário em

¹⁶⁶Raffaele De Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo apontam diversas questões pertinentes em relação ao chamado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI): “Essa é mais uma faceta do fenômeno da judicialização da administração pública. (...) No plano dos ideais, estamos diante de valores políticos fundamentais para a coesão social, é certo. Mas o Direito opera no plano das realidades sociais e econômica que é capaz de controlar. Assim, invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina. Basta fazer um exercício lógico, empregando o conceito de ECI a ele mesmo. Se assim estão as ‘coisas’ – e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à Justiça não se concretiza -, por que não se decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais? Historicamente o conceito de ECI tem origem na ideia de ‘razão de Estado’. A consequência é que a declaração de um ECI ameaça o princípio da separação dos Poderes, além de ser paradoxal: Se, por exemplo, 51% dos deputados forem acusados de corrupção, o STF declarará o ECI, ordenando o fechamento do Congresso ou atribuirá a política a outros órgãos? Também são paradoxais os conceitos que fundamentam o ECI. Em princípio, eles justificam a intervenção do STF quando a ordem jurídica é confrontada com ‘litígios estruturais’, exigindo providências para os problemas decorrentes da inércia do Estado. Litígios e remédios sempre têm soluções alternativas. De onde deriva a legitimidade de um tribunal para optar por uma solução e descartar outras? (...) O reconhecimento do ECI é jurídico ou político? Que sanção prevê? Persistindo a inércia, o que faz a Corte? Determina a prisão dos inertes? Mas que ilicitude praticaram? Omissão? Indenizarão aos prejudicados? Ressarcidos os danos, a inércia subsistirá? Por que o povo teria confiança política nos juízes e desconfiaria da capacidade dos políticos? Por que acataria o poder político dos juízes como substituto do poder convencional do sistema político? Ou seja, negar-se-ia consenso à inércia política convencional com a paradoxal ativação de um novo pólo – a Corte Suprema? O que garante que a nova política também não será inerte? Sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça. Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essa mazelas por sentenças judiciais. (...) Pode-se concordar com o ministro Edson Fachin que a decisão do Supremo tem o efeito simbólico de ativar discussões sobre o ‘reconhecimento de inadequada proteção dos direitos fundamentais’. Mas não dá para ir além disso. Pobre da Corte que tem a pretensão de fabricar poder político sob a fantasia da normatividade jurídica”. (DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. “Estado de Coisas Inconstitucional”. *O Estado de S. Paulo*. 19 de setembro de 2015).

distintas culturas e momentos históricos, especialmente na afirmação da dignidade humana¹⁶⁷.

Os direitos humanos são definidos por André de Carvalho Ramos como um conjunto mínimo necessário para assegurar uma vida baseada na liberdade, na igualdade e na dignidade¹⁶⁸.

O fato de serem intrínsecos à própria natureza humana determina a necessidade de que os direitos humanos, independentemente de seu fundamento, sejam diferenciadamente protegidos por parte dos poderes políticos¹⁶⁹.

Muito embora o primeiro documento histórico tido por relacionado com o ideário dos direitos humanos tenha sido a Carta Magna de 1215, editada na Inglaterra, prevendo imposições ao monarca de ordem penal, religiosa e tributária¹⁷⁰, a discussão em torno do seu conteúdo ganhou especial relevo na segunda metade do século XVIII, notadamente após a Revolução Francesa¹⁷¹.

Com efeito, a Constituição francesa de 1791 foi a primeira a reconhecer a existência de direitos humanos de caráter social, com disposições endereçadas a crianças abandonadas, a enfermos pobres e a outros necessitados em geral¹⁷².

Os mais notáveis avanços no campo dos direitos humanos, no entanto, resultaram da Constituição proclamada na França no ano de 1848. Manifestamente influenciada pela produção literária e filosófica da época, caracterizada por diversos questionamentos ao liberalismo vigente (em especial, o *Manifesto do Partido Comunista*, de Marx e Engels), foi responsável pelo reconhecimento de diversos direitos sociais, inclusive em relação à classe trabalhadora; pelo fim da escravidão e pela restrição à pena de morte¹⁷³.

¹⁶⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 17.

¹⁶⁸ CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos Humanos na Integração Econômica – Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 20.

¹⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 100.

¹⁷⁰BRITTO, Carlos Augusto Ayres. “Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho”. In *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais. Organização e realização pelo TST*. São Paulo: LTr, 2004, p. 48.

¹⁷¹MELO, Claudineu de. “O Valor Supremo da Dignidade Humana”. In BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 59.

¹⁷²COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 163.

¹⁷³COMPARATO, Fábio Konder. 2015, p. 182.

No ano de 1864 a Convenção de Genebra introduziu, pela primeira vez, os direitos humanos na esfera internacional, visando à proteção de soldados doentes e feridos, assim como da população civil atingida em conflitos bélicos¹⁷⁴.

Ao final da segunda década do século XX, verificam-se dois movimentos importantes: a promulgação da Constituição do México, em 1917, e o advento da Constituição alemã da República de Weimar, em 1919.

Destaca-se na Constituição mexicana a elevação dos direitos trabalhistas à qualidade de direitos fundamentais. Como reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a proibição de mercantilização do trabalho. Dela derivam as bases para a construção do Estado Social, as quais se tornam mais elaboradas dois anos depois, com a promulgação da Constituição de Weimar. O objetivo do documento não é mais assegurar a abstenção estatal, mas, sim, garantir o exercício de uma atividade positiva por parte do Estado em relação às políticas públicas, como a educação, a saúde, o trabalho, a previdência social, entre outras¹⁷⁵.

O principal marco para a consolidação e para a internacionalização dos direitos humanos ocorre ainda na primeira metade do século XX.

As atrocidades observadas no decorrer da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) fizeram surgir um senso comum de que elas poderiam ter sido evitadas caso houvesse um sistema internacional de proteção dos direitos humanos¹⁷⁶.

Disso resultou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

O documento definiu, pela primeira vez, em nível internacional, um “padrão comum de realização” para todos os povos, os direitos humanos e as liberdades

¹⁷⁴COMPARATO, Fábio Konder. 2015, p. 185.

¹⁷⁵COMPARATO, Fábio Konder. 2015, pp. 190, 193 e 205-206.

¹⁷⁶ Sobre o contexto histórico da época, Flávia Piovesan destaca que “a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça: a raça pura ariana. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem mundial internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução. (PIOVESAN, Flávia. “Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil”. In AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999(b), p. 240).

fundamentais, noções até então difusas, tratadas de maneira não uniforme pelas legislações nacionais¹⁷⁷.

Indubitavelmente a Declaração de 1948 deu origem a um novo patamar civilizatório, sendo a forma encontrada pela comunidade internacional para assegurar o respeito à dignidade humana, assim como para evitar o ressurgimento da ideia de descartabilidade do ser humano¹⁷⁸.

A partir de então, os direitos humanos passaram a ser dotados do caráter de universalidade, sendo esse o resultado da ideia de que seus titulares são todos os seres humanos, sem qualquer distinção. Igualmente, porque a humanidade os detém em qualquer época da história e porque se encontram presentes em todas as culturas humanas¹⁷⁹.

Fazendo uso das palavras de Norberto Bobbio, a Declaração contém “a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais”¹⁸⁰.

Com efeito, a Declaração dá ensejo a um notável processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos, favorecendo a criação de vários outros instrumentos correlatos¹⁸¹. O valor da dignidade humana passa a constituir o “norte” e o “lastro ético” de todos eles¹⁸².

¹⁷⁷ ALVES, José Augusto Lindgren. “O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil”. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, 46(182):85-114, jul./dez. 1993, p. 89. O parágrafo último do preâmbulo da Declaração Universal de 1948 a proclama como “o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição”.

¹⁷⁸ ALMEIDA, Guilherme Assis de. “A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: matriz do direito internacional dos direitos humanos”. In ALMEIDA, Guilherme Assis de e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coords.). *Direitos internacionais dos direitos humanos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 14.

¹⁷⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 206.

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2004, p. 50.

¹⁸¹ LEAL, Rogério Costa. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 105.

¹⁸² PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 833, mar. 2005, p. 51.

Em termos históricos, os dois principais documentos que dão sustentação à proteção dos direitos humanos, além da Declaração de 1948, são o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966. O Brasil é parte de ambos desde 1972.

Tais instrumentos, complementando a Declaração de 1948, outorgam a força de obrigação jurídica ao compromisso dos Estados com a proteção e a efetivação dos direitos neles previstos¹⁸³. E não foram apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social que foram assentados no plano internacional. Igualmente ficaram consolidadas duas novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direito da humanidade¹⁸⁴. De acordo com a terminologia proposta por Hannah Arendt, o direito passa a ser o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos¹⁸⁵.

Na nova ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, a condição de pessoa passa a ser o único requisito para a titularidade de direitos¹⁸⁶. Esse novo paradigma tem origem no pensamento filosófico kantiano de que o homem existe como “um fim em si mesmo”¹⁸⁷.

O processo de internacionalização dos direitos humanos, além de ter propiciado a criação de diversos instrumentos internacionais de proteção, passou a facilitar sua projeção igualmente no direito interno dos Estados¹⁸⁸.

¹⁸³ LEAL, Rogério Costa. 2000, p. 102.

¹⁸⁴ COMPARATO, Fábio Konder. 2015, p. 69.

¹⁸⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988, p. 26.

¹⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Internacional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 390.

¹⁸⁷KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Coleção Os Pensadores, v. XXV. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 128. O mesmo autor leciona: “Assim eu devo, por exemplo, procurar fomentar a felicidade alheia, não como se eu tivesse qualquer interesse na sua existência quer por inclinação imediata, quer, indiretamente, por qualquer satisfação obtida pela razão, mas somente porque a máxima que exclua essa felicidade não pode estar incluída num só e mesmo querer como lei universal”. (KANT, Immanuel. 1974, p. 239).

¹⁸⁸Sobre o tema, Antônio Augusto Cançado Trindade esclarece que “ao longo dos anos passariam a coexistir inúmeros instrumentos internacionais de proteção, de origens, natureza e efeitos jurídicos distintos ou variáveis (baseados em tratados e resoluções), de diferentes âmbitos de aplicação (nos planos global e regional), distintos também quanto aos seus destinatários ou beneficiários (tratados ou instrumentos gerais, e setoriais), e quanto a seu exercício de funções e a seus mecanismos de controle e supervisão (essencialmente, os métodos de petições, ou denúncias, de relatórios, e de investigações). Formou-se, assim, gradualmente, um complexo *corpus juris*, em que, no entanto, a unidade conceitual dos direitos humanos veio a transcender tais diferenças, inclusive quanto às distintas formulações de direitos nos diversos instrumentos”.

Com efeito, há atualmente uma praxe internacional de inclusão nas constituições de um capítulo referente aos direitos e às garantias individuais, justamente porque, dessa forma, incorporadas ao direito positivo dos Estados, aquelas normas adquirem plena eficácia¹⁸⁹.

Além disso, o desenvolvimento do ideário dos direitos humanos teve grande influência no modelo adotado pelas constituições contemporâneas, as quais são caracterizadas pela “liderança axiológica” exercida pelos princípios no contexto dos comandos constitucionais¹⁹⁰.

Especificamente o princípio da dignidade humana tornou-se o epicentro dessas novas Cartas¹⁹¹.

No Brasil, durante o processo de democratização, conduzido no final do século XX, foram acentuados os debates sobre a proteção dos direitos humanos, com participação e mobilização de toda a sociedade civil, transformando a temática em uma das mais relevantes pautas da agenda internacional brasileira¹⁹².

Resultado disso, a Constituição Federal de 1988 acabou por simbolizar não apenas o marco jurídico da transição democrática do país, como também o da institucionalização dos direitos humanos. Para Flávia Piovesan, a Carta de 1988 celebra a “reinvenção do marco jurídico normativo brasileiro” no que toca à proteção dos direitos humanos¹⁹³, sendo a dignidade da pessoa humana o princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo¹⁹⁴.

(CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 24).

¹⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 179.

¹⁹⁰ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. 2003, p. 16.

¹⁹¹ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. 2006, p. 136. Sobre o tratamento dispensado à dignidade humana no direito comparado, v. BARROSO, Luís Roberto. 2014, pp. 19-33.

¹⁹² PIOVESAN, Flávia. 2015, p. 380.

¹⁹³ PIOVESAN, Flávia. “Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988”. In GIOVANNETTI, Andrea (org.). *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009(a), pp. 196-200.

¹⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. 2005, p. 51. Carlos Roberto Siqueira Castro leciona que a missão da dignidade humana, como “princípio matricial” de todos os comandos constitucionais, é a de “informar e orientar a interpretação e aplicação do conjunto sistêmico das regras de direito, mercê de sua inexcedível eficácia reitoria e corretiva das ações tanto públicas quanto privadas, em sintonia com o ideal maior da justiça solidarista e humanitária”. (SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. 2006, pp. 174-5).

A Lei Maior proclama que o Brasil rege suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II)¹⁹⁵ e tem como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III)¹⁹⁶.

É importante esclarecer que a dignidade humana, ao ser introduzida como fundamento do Estado Democrático de Direito, foi alçada ao patamar mais elevado do texto constitucional de 1988, ficando imune às discussões que envolvem o rol de direitos fundamentais¹⁹⁷.

A relevância atribuída ao valor da dignidade humana, aliás, mostra-se um consenso por parte da doutrina.

Para Ana Paula de Barcellos, a dignidade humana é atualmente considerada o “pressuposto filosófico” de qualquer regime jurídico civilizado, sendo um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo¹⁹⁸.

Luís Roberto Barroso tem na dignidade humana, antes de tudo, um valor originado da filosofia, como algo vinculado à “moralidade”, ao “bem”, à “conduta correta” e à “vida boa”¹⁹⁹.

¹⁹⁵ A primeira decisão judicial fundamentada no princípio da prevalência dos direitos humanos foi a proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Extradicação 633-9 (acórdão de 28.08.1996), movida pelo Governo da República Popular da China em face de Qian Hong, acusado da prática do crime de “defraudação”, passível de pena de morte pelo Código Penal chinês. Relevante o seguinte trecho extraído do voto do relator, ministro Celso de Mello: “(...) em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime de garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (artigo 4º, II)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradicação nº 633-9*).

¹⁹⁶ Artigo 1º: A República Federativa do Brasil (...) constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

¹⁹⁷ Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que, embora os direitos humanos tenham estreita relação com os direitos fundamentais, as duas expressões não são sinônimos. O autor diferencia as duas categorias da seguinte forma: “O termo ‘direitos humanos’ se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdade institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito”. (SARLET, Ingo Wolfgang. 2015(a), p. 31). Sobre o ponto, Marco Antonio da Costa Sabino defende que “a dignidade da pessoa humana, na verdade, é valor ético dotado de eficácia jurídico-normativa a ser estendido ao conteúdo de todos os direitos, muito além dos fundamentais”. (SABINO, Marco Antonio da Costa. 2016, pp. 54-55).

¹⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. 2002, pp. 103 e 203.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pp. 61-64.

Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux vê, na pessoa humana, “a medida de todos os valores”²⁰⁰.

Segundo lição de Eduardo Bittar, a dignidade humana tornou-se “o centro dispersor de todos os demais valores a serem protegidos em órbita internacional”²⁰¹.

Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra chega a afirmar inexistir “condição humana” sem o princípio da dignidade humana²⁰².

Não é diferente a posição defendida por Marco Antonio da Costa Sabino, para quem a dignidade humana qualifica os direitos fundamentais e os direitos humanos. Para o autor, “não basta viver: há de se viver dignamente”²⁰³.

Dada sua natureza, a dignidade humana se presta ao exercício de múltiplas funções no ordenamento jurídico, podendo ser utilizada tanto como fonte direta de direitos e deveres²⁰⁴, como também com papel interpretativo, especialmente nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito e colisões entre direitos fundamentais. Não é por outra razão que Luís Roberto Barroso reconhece a dignidade humana como um conceito “valioso”²⁰⁵.

²⁰⁰ BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. “A Constante Axiológica dos Direitos Humanos”. In BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 385.

²⁰¹ BITTAR, Eduardo C. B. “A Ética dos Direitos Humanos”. In BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 376. Segundo o mesmo autor, “todos os demais princípios e valores que orientam a criação dos direitos nacional e internacional se curvam ante esta identidade comum ou a este *minimum* dos povos. A própria Declaração de 1948 lhe confere tal posição de superioridade ante os demais princípios e valores, como referência motivante da cultura dos direitos humanos, além de fundamental, este princípio tem valia universal”. (BITTAR, Eduardo C. B. 2009, p. 371).

²⁰² GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Direito internacional dos direitos humanos: nova mentalidade emergente pós-1945*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 91. Na opinião do autor, “são dois termos correlatos, inseparáveis, que devem, sempre, ser aplicados em conjunto. A condição humana só será condição propriamente dita se for digna, se assegurar aqueles valores intrínsecos a todo ser humano, sob pena de permitir arbítrios e violações que podem ser muito perigosos, num provável retorno a situações que precisam ser evitadas e suplantadas”. (GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. 2007, p. 91).

²⁰³ SABINO, Marco Antonio da Costa. 2016, p. 53.

²⁰⁴ Luís Roberto Barroso afirma que tal condição propicia que a dignidade humana, exemplificativamente, implique na proibição à tortura, ainda que o ordenamento jurídico não contenha tal previsão. (BARROSO, Luís Roberto. 2014, p. 66).

²⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. 2014, pp. 11 e 65-66. É importante destacar que a relevância usufruída atualmente pelos princípios não se mostrava tão presente nos primeiros anos de vigência da Carta de 1988. Tanto é assim que o próprio autor, em obra editada no ano de 1993, possuía opinião distinta sobre o âmbito de aplicação do princípio da dignidade humana, chegando a afirmar que: “(...) dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que

Para Ana Paula de Barcellos, a posição de superioridade hierárquica atribuída à dignidade humana torna possível sua imposição até mesmo como uma regra, e não como um princípio²⁰⁶.

Robert Alexy, por sua vez, entende pela existência de duas normas envolvendo o tema: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. Segundo o autor, a relação de preferência do princípio da dignidade humana em relação aos demais é o fator determinante do conteúdo da regra da dignidade humana. Por conseguinte, o princípio não seria absoluto, mas sim a regra²⁰⁷.

Flávia Piovesan entende que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo “seu ponto de partida” e “seu ponto de chegada”. À vista disso, atribui à dignidade humana a condição de um verdadeiro “superprincípio”²⁰⁸.

Não obstante a diferenciada distinção conferida à dignidade humana, há uma reconhecida dificuldade no que toca à sua definição.

É possível concluir até mesmo que tal dificuldade resulte diretamente da sua importância. Isso porque qualquer fixação que se busque fazer em relação ao seu conteúdo poderá vir a ocasionar uma indesejável limitação no seu campo de aplicação.

Por outro lado, é preciso admitir, da mesma forma, que a ausência de uma conceituação satisfatória poderá acabar prejudicando sua capacidade de gerar efeitos concretos.

Não é sem razão o alerta procedido por Arthur Kaufmann no sentido de que “só quando não se atribui à dignidade humana qualquer conteúdo, é que ela é absoluta, mas nesse caso torna-se também vazia”²⁰⁹.

embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. O princípio, no entanto, não se presta à tutela de nenhuma dessas situações. Por ter significativo valor ético, mas não se prestar à apreensão jurídica, a dignidade da pessoa humana merece referência no preâmbulo, não no corpo da Constituição, onde desempenha papel decorativo, quando não mistificador”. (BARROSO, Luís Roberto. 1993, p. 296).

²⁰⁶BARCELLOS, Ana Paula de. 2002, pp. 193-194.

²⁰⁷ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 113-114.

²⁰⁸PIOVESAN, Flávia. 2015, pp. 96-97.

²⁰⁹KAUFMANN, Arthur. 2014, p. 269. O autor cita o seguinte exemplo para justificar sua tese: “Num dos debates parlamentares sobre o problema do aborto, ambos os lados argumentavam com o princípio do respeito pela dignidade humana. Os defensores da não punibilidade do aborto (pelo menos nos três primeiros meses de gravidez) afirmavam que decorreria da dignidade

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o principal obstáculo à tarefa reside no fato de a dignidade humana tratar de qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, sendo habitualmente definida como “o valor próprio que identifica o ser humano como tal”, formulação essa que não contribui para uma compreensão satisfatória do termo. Não obstante reconheça tais dificuldades, o autor desenvolve sua proposta de conceituação como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à 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 de promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”²¹⁰.

Embora igualmente admita que a abertura semântica e a multiplicidade de usos pragmáticos possibilitados pela dignidade humana dificultam sua concretização hermenêutica, Ricardo Maurício Freire Soares sugere a consideração dos seguintes elementos com vistas à sua delimitação linguística: a preservação da igualdade, o impedimento à degradação e à coisificação da pessoa e a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano²¹¹.

A conjugação do valor que lhe é inerente com a notória dificuldade de ser buscada uma conceituação unívoca acerca de seu real conteúdo torna necessária uma constante concretização e delimitação por parte da práxis constitucional²¹².

humana do direito de autodeterminação da mulher que a grávida pudesse decidir dispor livremente de si e do ‘seu ventre’. Os que eram a favor da manutenção da proibição do aborto argumentavam, pelo contrário, que a dignidade diz respeito a todo o ser vivo humano, incluindo, portanto, o nascituro, pelo que a mulher grávida não poderia dispor da vida do embrião. É evidente que ambas as argumentações apenas podem ser *simultaneamente* válidas se a ‘dignidade humana’ for pensada sem conteúdo, se ela for uma palavra vazia. Se, ao invés, a pensarmos com conteúdo, e ela é naturalmente sempre pensada com conteúdo, ou seja, a partir da experiência (caso contrário, não teria qualquer valor argumentativo), então pelo menos uma das opiniões é necessariamente falsa (não estando evidentemente excluído que ambas o sejam). (KAUFMANN, Arthur. 2014, p. 269).

²¹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015(b), pp. 49-51 e 70-71.

²¹¹SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 152.

²¹²SARLET, Ingo Wolfgang. 2015(b), p. 51.

No entanto, tal iniciativa ainda não foi verificada de forma satisfatória na prática judiciária brasileira. Ao contrário. O alto grau de subjetividade que envolve o conceito relativo à dignidade humana vem favorecendo notavelmente a criatividade do julgador, que, muitas vezes, encontra nesse relevante valor o fundamento necessário para embasar decisões judiciais das mais diversas naturezas, seja mediante a extrapolação dos limites textuais das regras aplicáveis ao caso, seja por vezes até mesmo pela desconsideração de seu conteúdo.

Apesar do grande apelo da expressão, materializada em declarações de direitos, convenções internacionais e constituições, Luís Roberto Barroso admite que sua “grande vagueza” tem feito com que ela funcione como um “espelho”: “cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções”²¹³.

A dificuldade de a interpretação fundada na dignidade humana ser procedida segundo critérios objetivos, de acordo com lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, resulta do fato do valor a ela correspondente não ser concebido de modo uniforme pelas diversas filosofias, religiões e culturas. Justamente por isso a dignidade muitas vezes tem servido de “chave falsa”, possibilitando que o intérprete faça prevalecer de forma arbitrária sua concepção ideológica contra ou além daquilo estabelecido pela legislação vigente²¹⁴.

De fato, é facilmente perceptível que a diversidade de acepções que vêm sendo atribuídas pelo Judiciário ao princípio da dignidade humana, ao invés de estar contribuindo para a delimitação do seu conteúdo, tem trazido o efeito contrário, qual seja, o de aumentar a sensação de insegurança jurídica.

Colabora para tanto, igualmente, o perfeito alinhamento verificado entre o princípio da dignidade humana e as características promocionais próprias ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que, dentre seus incontáveis objetivos, a dignidade é tida como instrumento de transformação social. Nesse sentido, Gilberto Bercovici esclarece que a vinculação constitucional entre dignidade humana e constituição econômica resulta não apenas na ideia de um “mínimo existencial”, nem se limita à universalização dos direitos fundamentais. O

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. 2015(b), pp. 284-285.

²¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), p. 375.

norte é outro e bastante mais profundo: a exigência de “realização” da democracia econômica e social²¹⁵.

Tem-se, portanto, de um lado, a natureza transformadora ínsita ao Estado Democrático de Direito. De outro, o fundamento perfeito para que ela seja proporcionada. A conjugação de ambos resulta um cenário ideal para a prática do ativismo judicial, porquanto, ao oferecer a justificativa necessária para amparar o alargamento do poder discricionário conferido ao intérprete, permite a expansão praticamente ilimitada do campo destinado à atividade jurisdicional²¹⁶.

André Ramos Tavares reconhece que a abertura semântica das constituições contemporâneas, especialmente em sua “contemplanção principiológica” do discurso dos direitos humanos, contribuiu decisivamente para a ampliação do espaço tradicional destinado ao Poder Judiciário²¹⁷.

Some-se a isso o fato de que a dignidade humana, por se constituir no princípio estrutural não só da Constituição brasileira de 1988, como também de uma infindável gama de diplomas internacionais contemporâneos, faz com que sua utilização resulte praticamente imune a qualquer crítica.

O *status* usufruído pelo princípio, atrelado à necessidade de fundamentação das decisões proferidas pelo Judiciário, favorece sua utilização nos mais variados contextos, por vezes com o único objetivo de tentar emprestar legitimidade à solução construída pelo intérprete. Com isso, é propiciado o excesso de uso da dignidade humana, acarretando o nefasto efeito de desvalorizar um dos mais caros valores da sociedade contemporânea.

Com efeito, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento reconhecem que o fato de as decisões fundadas em princípios serem atualmente as mais celebradas pela opinião pública (ao contrário daquelas fundadas em regras legais, que são usualmente tidas por burocráticas ou positivistas), faz com que os

²¹⁵BERCOVICI, Gilberto. “Constituição Econômica e Dignidade da Pessoa Humana”. In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coords.). *Lições de Direito Constitucional: em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 467-469.

²¹⁶Sobre o tema, Maria Cristina Peduzzi leciona que o atual contexto de valorização do princípio da dignidade humana perante a doutrina e a jurisprudência expressa a adoção de uma “perspectiva axiológica do direito”, através da qual acaba sendo permitido, no intuito de restar assegurada a efetividade do princípio, seu “condicionamento à discricionariedade do juiz, que traz para si o controle do debate axiológico e político em torno de sua aplicação”. (PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Direito como Integridade*. São Paulo: LTr, 2009, p. 51).

²¹⁷TAVARES, André Ramos. 2012, pp. 65-66.

juízes optem por fazer uso dessa opção mesmo quando isso não se mostre necessário, pela existência de regra válida e apta à solução do litígio. Dessarte, o princípio da dignidade humana passa muitas vezes a ser empregado unicamente com o objetivo de conferir “imponência” ao “decisionismo judicial”, para com isso buscar justificar qualquer decisão tida como “politicamente correta”. Iniciativas nesse sentido, contudo, ao invés de proporcionar a concretização dos pilares defendidos pelo Estado Democrático de Direito, até mesmo colidem com seus pressupostos, já que, de uma só vez, ampliam as chances de arbítrio judicial, geram insegurança jurídica e violam a divisão funcional de Poderes²¹⁸.

Virgílio Afonso da Silva também aponta para uma tendência global pela “banalização” do uso da garantia da dignidade humana, a qual, não só no Brasil, como em diversos outros países, tem servido como uma espécie de enorme “guarda-chuva”, com vistas à proteção das mais diversas situações jurídicas, que poderiam ser solucionadas com a utilização de outros direitos. Sobre o ponto, o autor faz o seguinte alerta: “com o passar do tempo, quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização de seu valor”²¹⁹.

Especificamente no Brasil, o princípio tem servido de fundamento para decisões envolvendo as mais variadas matérias, desde o fornecimento de medicamentos pelo Poder Público até a rejeição de prisão por dívida. Verificam-se, igualmente, inúmeros casos em que a dignidade humana é utilizada para embasar teses antagônicas, como na discussão da possibilidade ou não de o réu, em ação de investigação de paternidade, ser submetido ao exame compulsório de DNA²²⁰.

Todo esse contexto bem demonstra como a consolidação do ideário internacional dos direitos humanos, com o compartilhamento dos modelos

²¹⁸SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. “Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas Teorias e Parâmetros de Ativismo”. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 99-101.

²¹⁹SILVA, Virgílio Afonso da. 2014(b), pp. 193-195. A fim de evitar a aludida “banalização”, Heinrich Scholler restringe a quatro grupos as hipóteses nas quais entende que usualmente podem ser verificadas ofensas ao princípio da dignidade humana: (i) “igualdade (escravidão, discriminação racial, etc.)”; (ii) “integridade física (tortura)”; (iii) “intimidade e privacidade (proibição de detector de mentiras)”; (iv) “garantias do Estado de Direito (princípio do contraditório, acesso à justiça, etc.)”. Para o autor, mesmo em tais hipóteses, apenas restrições desproporcionais podem ser tidas como ofensivas ao princípio da dignidade humana. (SCHOLLER, Heinrich. “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, jan.-mar. 1999, p. 100).

²²⁰BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. 2006, pp. 372-373.

consagradores da dignidade humana, inclusive na Constituição de 1988, contribuiu de forma decisiva para a ascensão do Poder Judiciário.

2.6 Valorização dos princípios constitucionais

A expressão “princípio” deriva do latim *principium*, que significa origem, começo.

Ao longo da história jurídica, os princípios já usufruíram de diversas posições no ordenamento jurídico. No jusnaturalismo, os princípios ocupavam uma ordem superior e eram tidos por imutáveis. Com o advento do positivismo, eles perderam um pouco de sua força, sendo renegados, muitas vezes, à condição de fonte subsidiária do Direito.

Modernamente, no entanto, há uma significativa mudança de cenário.

Como oportunamente tratado, a sociedade atual, especialmente após o segundo pós-guerra, clama por justiça, brada pela presença de normas supralegais que possam assegurar o afastamento de leis que eventualmente não estejam atreladas a um “conceito moral”.

Os princípios atuam exatamente nesse campo.

Assim é que, profundamente influenciadas pelo desenvolvimento do ideário dos direitos humanos, as constituições contemporâneas passaram a ter seus textos integrados por uma significativa gama de princípios, a fim de que a letra fria da lei se amolde aos valores por eles ditados.

O alto posto ocupado pelas regras até a metade do século XX cede lugar aos princípios. O Estado Democrático de Direito é especialmente caracterizado pela relevância a eles conferida²²¹.

Como reconhecido por Luis Prieto Sanchís, o Direito Constitucional contemporâneo propiciou uma “nova idade de ouro” dos princípios²²², que passam a ser tidos como “a síntese dos valores principais da ordem jurídica”²²³.

²²¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “A “principlização” da jurisprudência através da Constituição”. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 25, n. 98, abr./jun. 2000, p. 84. Jorge Octávio Lavocat Galvão esclarece que a relevância atualmente conferida aos princípios teve grande influência do caso *Brown v. Board of Education*, que pôs fim à segregação racial nos Estados Unidos. Na oportunidade, a Corte Warren interpretou a décima quarta emenda “como um compromisso de moralidade política que estabelece um parâmetro normativo geral, autorizando a reforma das normas jurídicas contrárias aos valores nele identificados”. (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, p. 164).

Esse novo patamar usufruído pelos princípios resulta em um grande esforço para que seja assegurada sua máxima eficácia²²⁴, objetivo que não se mostra difícil de ser atendido, tendo em conta que seu alto grau de generalidade e de abstração possibilita a assunção de múltiplas funções no ordenamento jurídico. Uma delas é a função hermenêutica, pela qual os princípios fornecem ao julgador os valores nos quais deve se basear para a solução de questões de maior complexidade, haja vista sua condição de “mandamentos nucleares” de todo o sistema jurídico. Já a função regulativa, segundo Daniel Sarmento, permite a utilização dos princípios na condição propriamente de normas de conduta, na hipótese de ausência de regras para a solução do caso concreto²²⁵. Joaquín Arce y Flórez-Valdés a elas acresce a função fundamentadora, que diz com a missão de direcionar o desenvolvimento da atividade legislativa²²⁶.

Flávia Piovesan esclarece que os princípios constitucionais, diferentemente dos princípios gerais de Direito contidos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942²²⁷, se constituem em “fonte primária por excelência do Direito”, devendo, por isso, ser os primeiros elementos a serem considerados pelo julgador²²⁸.

Luís Roberto Barroso compartilha da mesma opinião, apontando que a necessidade de os princípios constitucionais serem adotados como o ponto de partida da interpretação constitucional decorre do fato de eles representarem “o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”. Nessa condição, os princípios adquirirão uma finalidade mais “destacada” do que aquela verificada em relação às regras, já que a eles cabe, além de uma função imediata, outra distinta, de natureza mediata, que é a

²²²SANCHÍS, Luis Prieto. *Sobre Principios y Normas – Problemas del Razonamiento Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 17.

²²³BARROSO, Luís Roberto. 1993, p. 285.

²²⁴SOARES, Ricardo Maurício Freire. 2017, p. 78.

²²⁵SARMENTO, Daniel. 2001, p. 50. Luis Prieto Sanchís, a seu turno, entende que os princípios não têm por objetivo principal a resolução de conflitos jurídicos concretos, mas sim a orientação do processo interpretativo. (SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima: Temis, 1997(b), p. 251).

²²⁶FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los principios generales del derecho y sua formulación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1990, p. 78.

²²⁷O artigo 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²²⁸PIOVESAN, Flávia. 2009(c), p. 344.

de funcionar como critério de interpretação e de integração de todo o texto constitucional²²⁹.

Tal relevante atribuição decorre fundamentalmente do fato de os princípios possibilitarem a “leitura moral” do Direito preconizada pelo moderno Estado Democrático, em que as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Os princípios são considerados como a “porta de entrada” pela qual os valores passam do “plano ético” para o “mundo jurídico”²³⁰.

Com efeito, Carlos Roberto Siqueira Castro entende que cabe aos princípios “alargar, fecundar e comunicar novas possibilidades semânticas, novos horizontes axiológicos, ao plano básico da previsão textual contidos nas regras de preceito”²³¹. Num sistema jurídico aberto, tal função “fertilizante” desempenha um papel de extrema relevância na tarefa de “revelação” do direito “justo” aplicável ao caso concreto²³².

Para Susanna Pozzolo, a positivação dos princípios é o que fundamentalmente permite a atual tentativa de negação quanto à distinção entre “justiça” e “validade”, a fim de que seja reconhecida ao direito uma tendência intrínseca à satisfação do “ideal moral”. Como os princípios são entendidos como “instâncias morais positivadas”, a falta de sua satisfação passa a ser tida como “defeito objetivo” do direito positivo. Com isso, a crítica do direito positivo com base no argumento de justiça não seria mais externa ao direito, já que a justiça se transformaria em um dos elementos de validade do direito positivo²³³.

Não é por outra razão que Walber de Moura Agra tem os princípios como “membranas de calibração para a incidência de vetores morais no fenômeno jurídico”²³⁴.

²²⁹BARROSO, Luís Roberto. 1996, pp. 141-142.

²³⁰BARROSO, Luís Roberto. 2015(b), pp. 238 e 355-356.

²³¹SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. 2006, p. 162. Sobre o ponto, merece destaque a posição defendida por Clemerson Merlin Clève, para quem cabe ao intérprete “adaptar o direito às exigências da sociedade contemporânea, fazendo uso, para tanto, das mais variadas técnicas ou métodos de interpretação. Cabe especialmente ao jurista ampliar, a partir da prática jurídica cotidiana, os espaços democráticos do direito dominante, facilitando a emergência de um direito libertário e protetor da dignidade do homem”. (CLÉVE, Clemerson Merlin. *Os direitos e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 204).

²³²SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. 2003, p. 57.

²³³OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. 2012, pp. 69-70.

²³⁴AGRA, Walber de Moura. 2008, pp. 440-441.

A Carta de 1988, seguindo o modelo propagado a partir da segunda metade do século XX, é permeada por cláusulas abertas e princípios de baixa densidade normativa²³⁵.

Embora no texto constitucional de 1988 convivam, lado a lado, normas de natureza principiológica e normas de natureza preceptiva, muitos autores entendem que, a partir de então, ao invés das regras, são os princípios que passam a indicar o que pode ser feito²³⁶.

Paulo Bonavides é um dos que defendem a superioridade formal e material dos princípios na pirâmide normativa. Segundo o autor, os princípios constituem “a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”. Os princípios são tidos como o “oxigênio” das constituições contemporâneas; o “penhor da constitucionalidade” de suas regras²³⁷.

Celso Antônio Bandeira de Mello chega a afirmar que violar um princípio é muito mais grave do que violar algum outro tipo de norma, já que a desatenção ao princípio não implica ofensa apenas em relação a um mandamento obrigatório, mas igualmente “insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”²³⁸.

A importância conferida aos princípios pelo constitucionalismo contemporâneo, especialmente no que diz com as atividades de interpretação e de aplicação do Direito, fez com que a doutrina se debruçasse exaustivamente sobre o estudo de sua estrutura e particularidades, à vista de propiciar elementos que permitam diferenciá-los das regras²³⁹.

O filósofo americano Ronald Dworkin é notavelmente conhecido pelo enftretamento da temática. Segundo a tese por ele desenvolvida, a abordagem

²³⁵Humberto Ávila esclarece, no entanto, que o elevado número de princípios incluídos no texto constitucional não se confunde com o fato de que na Constituição de 1988 há o predomínio de regras e não de princípios (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 189).

²³⁶MOREIRA, Eduardo Ribeiro. 2008(a), p. 18.

²³⁷BONAVIDES, Paulo. 2017, pp. 294-295 e 301.

²³⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 545-546. Eros Grau, por sua vez, diverge do aludido posicionamento, sustentando que “a afirmação de que seria mais grave violar um princípio do que violar uma norma consubstancia uma tolice”. (GRAU, Eros Roberto. 2014, p. 22).

²³⁹Paulo Bonavides esclarece que não há distinção entre princípios e normas, já que os princípios são dotados de normatividade. A distinção se dá entre regras e princípios, sendo as normas o “gênero” e as regras e princípios a “espécie”. (BONAVIDES, Paulo. 2017, p. 294).

positivista, por pregar a separação entre direito e moral, não se mostra apta a solucionar todos os problemas jurídicos. A distinção entre regras e princípios é de natureza lógica. Os princípios se constituem em um “padrão que deve ser observado”, já que refletem uma exigência de “justiça” ou de “equidade”. Contudo, dada sua natureza, nada impede que um princípio válido deixe de ser aplicado a determinado caso concreto. Sua aplicabilidade, portanto, não é obrigatória. As regras, por outro lado, devem ser analisadas no plano de validade, sendo aplicadas à maneira “tudo-ou-nada”. Dessa forma, uma vez considerada válida, o conteúdo correspondente à regra deverá ser necessariamente observado²⁴⁰.

Não é muito distinta a proposição defendida por Robert Alexy. Com efeito, o jurista alemão preconiza que, além do critério da “generalidade” - segundo o qual os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras têm grau de generalidade relativamente baixo -, há entre eles uma diferença de ordem qualitativa. Os princípios ordenam que algo seja realizado “na maior medida do possível” entre as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São, portanto, “mandamentos de otimização”. As regras, por sua vez, em sendo válidas, devem ser cumpridas²⁴¹.

Tanto para Robert Alexy, quanto para Ronald Dworkin, a principal distinção qualitativa entre regras e princípios se refere à forma de solução demandada para os casos de colisão. Se a colisão for verificada entre duas regras, uma delas deverá ser declarada inválida ou haverá a necessidade de introdução de uma cláusula de exceção. No caso de colisão entre princípios, contudo, a solução mostra-se diversa, na medida em que a opção por qual princípio deve ceder - e em que extensão - será feita com base em um processo de ponderação, no qual deverá ser identificado o peso que cada um deles tem no caso concreto. Por conseguinte, nenhum dos princípios é declarado inválido, tampouco é verificada a inserção de cláusula de exceção²⁴². A desnecessidade de inclusão de cláusula de

²⁴⁰DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 36-39.

²⁴¹ALEXY, Robert. 2011, pp. 87 e 90-91.

²⁴²PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. “A Estrutura Normas Constitucionais. Notas sobre a Distinção entre Princípios e Regras”. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 11.

exceção decorre do fato de esta ter validade independentemente do caso tratado, como ocorre em relação às regras²⁴³.

Similar linha de pensamento é desenvolvida por José Joaquim Gomes Canotilho, para quem os princípios são normas jurídicas impositivas de uma “otimização”, sendo compatíveis com vários graus de concretização. As regras, por sua vez, são normas que prescrevem uma exigência (“impõem”, “permitem” ou “proíbem”). Ou seja: são cumpridas ou descumpridas. Dessarte, a convivência dos princípios é “conflitual”, enquanto a convivência das regras é “antinómica”. Os princípios “coexistem”. As regras antinómicas “excluem-se”. Justamente por essa razão que os princípios permitem a ponderação dos valores envolvidos no caso analisado, enquanto as regras, em sendo válidas, devem ser cumpridas na exata medida do seu teor²⁴⁴.

Gustavo Zagrebelsky entende que somente os princípios constitucionais desempenham um papel “propriamente constitucional”. As regras, ainda que façam parte da Constituição, não seriam nada mais do que “leis reforçadas por sua forma especial”. Enquanto as normas legislativas seriam prevalentemente constituídas por regras, as normas constitucionais seriam prevalentemente princípios. Em relação às regras, há necessidade de obediência, disso decorrendo o requisito da precisão de seu conteúdo. Com relação aos princípios, a realidade é distinta, já que em relação a eles se “presta adesão”, devendo, portanto, refletir os valores de determinada sociedade. Os princípios só adquirem um significado operativo quando analisados em relação a uma hipótese específica²⁴⁵.

Inocêncio Mártires Coelho destaca que, em relação às regras, o legislador define desde logo cada hipótese de incidência e a consequência jurídica correspondente. Já no que diz com os princípios jurídicos, tal não ocorre (ao menos não por completo), preferindo o legislador dividir essa tarefa com o aplicador do direito, já que só operarão como verdadeiros “mandatos de otimização” diante do caso concreto²⁴⁶.

²⁴³SILVA, Virgílio Afonso da. 2014(a), pp. 34-35.

²⁴⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2004(a), p. 1161.

²⁴⁵ZAGREBELSKY, Gustavo. 2011, pp. 109-111.

²⁴⁶COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 124.

Segundo Elival da Silva Ramos, os princípios constitucionais consubstanciam “normas-do-que-deve-ser”, enquanto as regras constitucionais são “normas-do-que-fazer”²⁴⁷.

Independentemente das particularidades próprias a cada escola de pensamento, sobressai entre elas um irrefutável elemento comum, que diz com o significativo grau de subjetividade outorgado ao intérprete ao fazer uso dos princípios, dada a manifesta dificuldade de a eles ser conferido um conteúdo objetivo.

O alargamento da margem de interpretação conferida ao julgador resulta, evidentemente, em uma proporcional limitação da liberdade de atuação do legislador.

De fato, como bem destacado por Dimitri Dimoulis, a circunstância de os princípios serem abstratos, vagos e terem finalidades programáticas - como a de estabelecer metas sem especificar os meios para atingi-las, tampouco as sanções cabíveis em caso de omissão das autoridades competentes -, viabiliza que, por meio de uma interpretação principiológica, o julgador amplie seu poder discricionário de tal forma que acabe por conflitar com a vontade explicitada pelo legislador²⁴⁸.

Essa diferenciada liberdade propiciada ao intérprete no exercício da atividade jurisdicional não é tida necessariamente por desejável e, justamente por isso, se apresenta como objeto de questionamento por parte de diversos representantes da doutrina.

Com efeito, o Professor da Universidade Castilla-La Mancha, Alfonso García Figueroa, adverte para o risco de o legislador vir a ser vítima de uma verdadeira “tirania dos princípios”, na qual perderia a margem para o exercício de suas funções normativas. Segundo o autor, se os princípios constitucionais “dizem demasiado pouco, então os juízes podem chegar a dizer demasiado e se os princípios constitucionais dizem demasiado, então ao legislador lhe sobrar demasiado pouco a decidir”. Em ambos os casos, verifica-se a possibilidade de o “Estado constitucional” vir a derivar para uma forma de “Estado jurisdicional”²⁴⁹.

²⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), p. 185.

²⁴⁸ DIMOULIS, Dimitri. 2006, pp. 61-62.

²⁴⁹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009, pp. 110-111.

A mesma preocupação é manifestada por Elival da Silva Ramos, por entender que o caráter fortemente axiológico dos princípios constitucionais inseridos nas constituições contemporâneas serviu de “autêntica trincheira” ao moralismo jurídico. Nesse sentido, a tentativa de caracterizar a Constituição como “principiológica” tem por objetivo ampliar ao máximo a criatividade do intérprete na aplicação do direito. A criatividade criticada não diz com aquela inerente a todo e qualquer processo de interpretação-aplicação, mas, sim, com a possibilidade de o julgador “levar a extremos” a liberdade proporcionada pela “porosidade” das normas-princípio, mediante a potencialização de seus efeitos para além do que seria lícito fazer, deixando de concretizar a Constituição para construí-la ao sabor de suas “preferências axiológicas”²⁵⁰.

Indubitavelmente o elevado grau de abstração ínsito aos princípios, ao não especificar a conduta a ser seguida, torna possível sua aplicação a um conjunto por vezes indeterminado de situações²⁵¹.

Como bem destaca Eros Grau, “o princípio é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações”²⁵².

Gustavo Zagrebelsky igualmente aceita a existência de um caráter inevitavelmente criativo ínsito na determinação do significado dos princípios²⁵³.

Mesmo sendo um defensor da valorização dos princípios, Luís Roberto Barroso reconhece a existência de uma grande “área de penumbra” sobre o real significado de diversos deles, em razão de sua intensa carga axiológica (como é o caso da dignidade humana), fato que conduz a algum grau de subjetividade em sua aplicação²⁵⁴.

Essa subjetividade inerente ao processo de interpretação e de aplicação dos princípios constitucionais, quando compreendida conjuntamente com a posição de destaque usufruída por eles perante o constitucionalismo contemporâneo, viabiliza o cenário perfeito para que o intérprete, se assim o desejar, “amolde” sua conclusão segundo seus próprios critérios morais, possibilitando a construção de decisões judiciais fundadas nos valores ideológicos do seu prolator, ainda que essa prática seja realizada de forma inconsciente.

²⁵⁰RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 90-91 e 285.

²⁵¹BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. 2003, p. 107.

²⁵²GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 95.

²⁵³ZAGREBELSKY, Gustavo. 2011, p. 112.

²⁵⁴BARROSO, Luís Roberto. 2015(b), p. 455.

Não é por outra razão que Dimitri Dimoulis sustenta que o fortalecimento do Poder Judiciário pós-88 decorre diretamente do fato de seus membros terem passado a acumular a função de concretizar a Constituição, de acordo com aquilo que consideram como o conteúdo dos princípios constitucionais²⁵⁵.

André Rufino de Vale admite que a imprecisão conceitual acerca da configuração contemporânea dos princípios vem causando um “certo abuso” de utilização, possibilitando o respaldo dos mais diversos propósitos e pontos de vista²⁵⁶.

Inocência Mártires Coelho, a seu turno, entende que a vinculação da decisão judicial à ideia de “correção” e de “justiça” tornaria possível impedir a utilização de elementos preconcebidos por parte do intérprete, na medida em que limitaria o grau de liberdade a ele proporcionado. Dessa forma, a avaliação do resultado adotado funcionaria como parâmetro de controle da atividade interpretativa realizada pelo julgador²⁵⁷.

O grande problema desse raciocínio é que ele desconsidera os desacordos morais ínsitos a qualquer sistema social. Por certo, a natural diversidade de ideias, opiniões, interesses e paixões verificada em qualquer coletividade dificulta, sobremaneira, a apuração da efetiva convergência entre os valores eleitos pelo julgador e aqueles priorizados pela sociedade destinatária do mandamento.

Justamente por isso Marco Aurélio Marraffon adverte para o fato de que o grau de liberdade judicial proporcionado ao intérprete, quando faz uso dos princípios, chega a ponto de tornar possível “justificar normativamente” decisões que podem colocar em risco a própria democracia²⁵⁸.

É de surpreender, portanto, que essa notável e festejada valorização contemporânea dos princípios não cause maiores preocupações no cenário jurídico brasileiro, ainda que possa resultar decisões contrárias ao intuito do

²⁵⁵ DIMOULIS, Dimitri. “Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências”. In FRANCISCO, José Carlos. (coord. e coautor). *“Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional”: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 262.

²⁵⁶VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

²⁵⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2002, pp. 55 e 81-82.

²⁵⁸MARRAFON, Marco Aurélio. “Hermenêutica e Complexidade nos 20 anos da Constituição: Momento para um Equilíbrio Prudente na atuação dos Tribunais”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 347-348.

legislador, que, salvo melhor juízo, ainda continua a ser o responsável pela representação da vontade popular. Se não é, parece haver um problema democrático ainda mais profundo, que igualmente mereceria maior enfretamento.

O risco democrático torna-se ainda mais palpável quando se tem em conta as particularidades que envolvem o processo de aplicação dos princípios constitucionais.

Com efeito, muitos autores entendem que a estrutura peculiar dos princípios, vinculada a critérios de valoração moral, em muitas hipóteses afasta a possibilidade de utilização dos métodos tradicionais de interpretação próprios à legislação infraconstitucional, especialmente em relação aos chamados *hard cases*, demandando o emprego de “instrumentos equitativos mais moldáveis”. Entre eles, Susanna Pozzolo confere especial destaque ao método de ponderação, o qual permite o balanceamento dos valores possíveis de serem aplicáveis ao caso concreto, considerando as exigências de “justiça” nele presentes²⁵⁹.

A ponderação é levada a efeito, portanto, mediante a decisão sobre qual dos princípios em conflito, num determinado caso analisado, tem mais peso ou valor. O método proposto reconduz, no fundo, à criação de uma “hierarquia axiológica móvel” entre os princípios conflitantes, já que estabelece um peso ou um valor maior ou menor entre princípios em uma relação de “valor instável”, que somente será válida para aquele caso específico, podendo essa relação ser invertida em outra análise posterior²⁶⁰.

²⁵⁹OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. 2012, pp. 83 e 89-90. Ana Paula de Barcellos explicita o método de ponderação da seguinte forma: “A ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês “*hard cases*”), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias”. (BARCELLOS, Ana Paula de. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”. In BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55).

²⁶⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2004(a), p. 1241. Alexy utiliza o exemplo da prisão perpétua para ilustrar a questão, afirmando que a dignidade humana não será violada se “a execução da pena for necessária em razão da permanente periculosidade do preso”. A adoção de tal entendimento pressupõe que “a proteção da ‘comunidade estatal’, sob as condições mencionadas, tem preferência em face do princípio da dignidade humana. Diante de outras condições a precedência poderá ser feita de outra forma”. (ALEXY, Robert. 2011, pp. 112-113).

Não é difícil identificar que a adoção do método de ponderação potencializa a hipótese de os julgadores sobrepuem suas convicções pessoais sobre aquelas eleitas pelo legislador, democraticamente eleito.

Dimitri Dimoulis chega a qualificar a ponderação como uma opção metodológica “irracional”, pelo fato de o caráter abstrato próprio aos princípios impedir a formulação de uma solução concreta. O autor destaca que a atividade interpretativa só pode ser realizada no espaço concedido pela vontade do criador da norma, não sendo autorizada sua efetivação no espaço na obscuridade, da dúvida e da indecisão sobre o conteúdo normativo²⁶¹.

Similar entendimento é compartilhado por Jorge Octávio Lavocat Galvão, para quem a ponderação abre espaço para os juízes decidirem fora do alcance das normas jurídicas vigentes, mediante a manipulação ou a relativização dos direitos das partes, possibilitando a discricionariedade e o arbítrio. O método apontado aproxima a atividade judicial da legislativa, atraindo o Judiciário a uma crescente participação na vida política da sociedade. Por meio dela, tudo passa a ser passível de revisão. Justamente por isso, o autor preconiza que a ponderação de valores seja evitada sempre que possível, a fim de impedir que o intérprete imponha suas preferências valorativas perante a sociedade, em desacordo com o Estado de Direito²⁶².

O fato de o método de ponderação não fornecer referenciais materiais ou axiológicos aptos a parametrizar a valoração adotada em cada caso concreto faz com que Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos também demonstrem preocupação com a possibilidade de sua utilização vir a servir como um “convite” a um “indiscriminado” ativismo judicial²⁶³.

²⁶¹DIMOULIS, Dimitri. 2006, p. 253.

²⁶²GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 192-197 e 302-303. Eros Grau assim se posiciona acerca dos riscos oriundos da adoção do método de ponderação: “Juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na *ponderação* entre princípios – isto é, na *arbitrária formação de juízos de valor* -, a segurança jurídica estará sendo despedaçada!”. O mesmo autor complementa seu raciocínio destacando que “a ponderação entre princípios tem sido operada, pela jurisprudência e pela doutrina, *discricionariamente*, à margem da interpretação/aplicação do direito, conduzindo à *incerteza jurídica*”. Conclui da seguinte forma: “Juízes, especialmente *juízes constitucionais*, têm lançado mão, intensamente, da técnica da chamada *ponderação entre princípios* quando diante do que a doutrina qualifica como *conflito entre direitos fundamentais*. Como, porém, inexistente no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, *discricionariamente*, perigosamente”. (GRAU, Eros Roberto. 2014, pp. 22, 115 e 117),

²⁶³BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. 2003, p. 120.

Na conjuntura brasileira, há um fato que torna todas essas circunstâncias ainda mais preocupantes. Como visto, o tumultuado ambiente político vivenciado na promulgação da Constituição de 1988 fez com que o texto constitucional resultasse de um esforço de coesão de normas idealizadas pelos representantes dos mais diversos segmentos da sociedade, propiciando um conjunto tecido de modo a agrupar interesses distintos e, em muitas oportunidades, até mesmo conflitantes.

Dessa forma, a redação final, como não poderia deixar de ser, refletiu diretamente as grandes divergências apontadas ao longo do processo constituinte, dificultando, em muito, a adequada avaliação e aplicação de seu conteúdo.

Não é por outra razão que Jorge Octávio Lavocat Galvão entende que, em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, nos quais são verificados inúmeros princípios constitucionais consagrando valores aparentemente contraditórios, a concretização da Carta fica a cargo dos magistrados²⁶⁴.

Dos inúmeros exemplos que poderiam ser citados nesse contexto, vale apontar a dificuldade de conciliação entre a proteção da liberdade de imprensa e do direito à privacidade. A responsabilidade pela análise acerca de qual valor deverá preponderar em cada caso concreto necessariamente incumbirá ao Judiciário.

Além disso, a indeterminação ínsita aos princípios possibilita que o intérprete utilize o mesmo embasamento normativo para justificar decisões díspares. É o caso, por excelência, do princípio da dignidade humana, o qual, no contexto de discussões envolvendo a eutanásia, as pesquisas com células-tronco ou mesmo o aborto, se presta para invocação da defesa do direito de ambos os lados da discussão travada²⁶⁵.

Não obstante todos esses apontamentos, verifica-se cada vez com maior frequência a prolação de decisões fundadas em princípios, as quais parecem ter a

²⁶⁴ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, p. 166.

²⁶⁵ Sobre o ponto, vale destacar lição de Dimitri Dimoulis: “Os direitos fundamentais à vida e à liberdade não indicam quando deve ser permitido um aborto” e “o princípio da solidariedade não demonstra em quais condições a aposentadoria devem ser tributada”. Da mesma forma, o princípio da dignidade humana não permite “dizer o que deve ser juridicamente decidido em relação à clonagem e à pesquisa biogenética”. (DIMOULIS, Dimitri. 2006, p. 253).

preferência não apenas do Poder Judiciário, como também de toda a sociedade²⁶⁶.

Há um sentimento geral de que as decisões amparadas nessa modalidade de norma são as que mais se aproximam ao almejado ideal de “justiça”. Para que este seja assegurado, valores como previsibilidade e segurança jurídica são relegados a um segundo plano²⁶⁷.

Não é acidental, portanto, o fato de o movimento denominado “neoconstitucionalismo”, que tem como principal alicerce justamente a valorização dos princípios constitucionais (notadamente o da dignidade humana), assim como o incremento da participação do intérprete no processo de criação da norma de decisão, estar ganhando cada vez mais força no cenário nacional.

²⁶⁶SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. 2015, pp. 99-101. Eros Grau propõe uma importante reflexão sobre o tema: “A onda, o paradigma dos princípios nos fez muito mal. Cheguei a indagar a mim mesmo, quando ela chegou, como os juízes decidiam antes de ‘tomar-se o direito a sério’... Como decidiam os juízes que contavam apenas com as regras para decidir?”. (GRAU, Eros Roberto. “O [Princípio] da Legalidade e as Duas Legalidades: Pavana para Dois Acórdãos do STF”. In ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C.B. (orgs.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 355-356).

²⁶⁷Em sentido contrário, Joaquín Arce Floréz-Valdés entende que os princípios trazem ao ordenamento jurídico uma desejável dose de segurança, na medida em que possibilitam a rejeição de normas positivas injustas, assim como a resolução de conflitos que não se encontrem positivamente prescritos. (FLORÉZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. 1990, p. 90).

3. NEOCONSTITUCIONALISMO

3.1 Origem, características e dificuldades

O marco histórico do neoconstitucionalismo remete à Europa continental, especialmente em razão da evolução constitucional levada a efeito no período do segundo pós-guerra²⁶⁸.

No Brasil, as duas décadas de regime militar vivenciadas no país atrasaram o ingresso no fenômeno, o qual só veio a ser sentido com maior nitidez a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Com efeito, as promessas advindas da Carta Cidadã geraram um crescente anseio no sentido de que as prerrogativas constitucionais pudessem, de fato, transpor a “seara retórica” para uma “seara fática”. A existência de direitos fundamentais apenas no plano da validade jurídica não mais satisfazia a sociedade²⁶⁹.

Assim é que, a partir de 1988, teve início uma verdadeira batalha pela conquista de efetividade das normas constitucionais. Já nos primeiros anos de vigência da Constituição, tornou-se perceptível um esforço da teoria constitucional no sentido de que o Judiciário assumisse um papel concretizador dos direitos nela previstos²⁷⁰. A efetividade é tida por Luís Roberto Barroso como “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”. Ela representa “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* das normas e o *ser* da realidade social”²⁷¹.

Foi justamente no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como “doutrina brasileira da efetividade”, que floresceu o esforço por tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Para possibilitar a concretização de seus propósitos, o movimento preconiza três mudanças de paradigma na teoria e na prática do

²⁶⁸ OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. 2012, p. 67.

²⁶⁹ AGRA, Walber de Moura. 2008, pp. 438-439.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria”. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015(a), pp. 6-8.

²⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. 1993, p. 79.

direito constitucional brasileiro. No plano *jurídico*, atribui normatividade plena à Constituição. Do ponto de vista *científico*, reconhece ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, apartando-o de um discurso meramente político. Por fim, sob o aspecto *institucional*, confere ao Poder Judiciário um papel de maior destaque na concretização do texto constitucional. Tais postulados representam, segundo Luís Roberto Barroso, “o rito de passagem do velho para o novo constitucionalismo”²⁷².

Esse “novo constitucionalismo” é usualmente identificado na doutrina brasileira com o termo “neoconstitucionalismo”²⁷³.

O fenômeno surge como uma opção alternativa em relação ao jusnaturalismo e ao juspositivismo. O neoconstitucionalismo pretende ser um “novo pilar” de uma pretensa “nova hermenêutica constitucional”.

Essa “nova hermenêutica” direciona fortes críticas ao positivismo, que usualmente é apontado como sendo uma doutrina contrária aos valores, à cidadania, à igualdade, à ética, aos princípios e aos direitos fundamentais²⁷⁴. O neoconstitucionalismo, ao contrário, é apresentado como uma teoria de essência principiológica, caracterizada por ideais ligados à “abertura” e à “vida” do direito, à moralização e ao retorno aos valores²⁷⁵.

Não obstante os apreciáveis intentos propugnados pelo neoconstitucionalismo, há algumas dificuldades concretas advindas dos pilares que amparam o movimento, muitas delas reconhecidas por seus próprios representantes.

Primeiramente deve ser apontado um vício de origem, porquanto a teoria neoconstitucionalista pretende suplantar os fundamentos da doutrina juspositivista, mediante a configuração de um novo formato de atuação do Poder

²⁷²BARROSO, Luís Roberto. 2009, pp. 57-58.

²⁷³Daniel Sarmiento esclarece a referência à expressão “neoconstitucionalismo” é utilizada, além do Brasil, sobretudo na Itália e na Espanha, não sendo usual nos Estados Unidos e na Alemanha. (SARMENTO, Daniel. 2011, p. 75).

²⁷⁴Nesse sentido, Dalmo Dallari sustenta que “a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da ética, como pressuposto do direito ou integrante dele. E a partir daí a assunção a condição de juiz, a ascensão na carreira judiciária, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento com os poderosos de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a busca de prestígio social através do aparato, a participação no jogo político-partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isso fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social. É por esse caminho que os Tribunais de Justiça se reduzem a Tribunais de Legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juízes realmente dedicassem sua vida a promover justiça”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87).

²⁷⁵DIMOULIS, Dimitri. 2016, pp. 6-7.

Judiciário na concretização da Constituição²⁷⁶, sem, contudo, estipular os indispensáveis parâmetros dogmáticos para o desenvolvimento dessa atividade. Não há limites objetivos à atividade jurisdicional. Tudo é incerto e obscuro.

Apesar de ser um dos mais notórios apoiadores do neoconstitucionalismo, Luís Roberto Barroso deixa bem transparecer as incertezas que envolvem o fenômeno: “Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus”²⁷⁷.

Ana Paula de Barcellos igualmente reconhece que o silogismo ainda é cercado por diversas imprecisões, inexistindo consenso doutrinário quanto ao seu aporte teórico definitivo, tampouco certeza sobre seus parâmetros²⁷⁸.

A notória dificuldade de ser buscada uma única concepção teórica clara e coesa do fenômeno, segundo Daniel Sarmento, decorre do fato de ele englobar uma grande diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política²⁷⁹.

Dada a ausência de um corpo coerente de propostas, Elival da Silva Ramos entende que o neoconstitucionalismo não poderia sequer ser caracterizado como um movimento ou uma escola, fato que o tornaria, no máximo, um “viés teórico” do Direito Constitucional²⁸⁰.

Susanna Pozzolo admite que o neoconstitucionalismo não se apresenta como uma “doutrina descritiva”, razão pela qual seria, no mínimo, uma “reconstrução racional” e, no máximo, uma “justificação do sistema”. A doutrina neoconstitucionalista seria, sobretudo, uma política constitucional, que indica não como “o direito é”, mas, sim, como “o direito deve ser”²⁸¹.

Com o objetivo de aclarar os pilares defendidos pelo movimento, Écio Otto elenca onze propriedades e teses que podem ser atribuídas ao neoconstitucionalismo: (i) *pragmatismo*, no sentido de incluir a dimensão política ao conceito de direito a ser eleito; (ii) *eclétismo metodológico*, que pressupõe a

²⁷⁶ José Joaquim Gomes Canotilho conceitua a tarefa de concretização da Constituição como “a atribuição de um significado aos enunciados linguísticos do texto Constitucional”, igualmente demandando “elementos de concretização relacionados com o problema carecido de decisão”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2004(a), pp. 1215-1216).

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. 2007, pp. 130-131.

²⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. 2006, pp. 31-32.

²⁷⁹ SARMENTO, Daniel. 2011, pp. 75-76.

²⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), p. 279.

²⁸¹ OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. 2012, pp. 65-66.

interconecção de metodologias para exegese e aplicação jusfundamental; (iii) *principialismo*, decorrente da necessidade de elaboração de uma teoria dos princípios, pelo fato de esses representarem a conexão entre direito e moral; (iv) *estatalismo garantista*, decorrente da necessidade de mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais, para garantia da paz e da justiça social; (v) *judicialismo ético-jurídico*, que propugna a elaboração de juízos de justificação conjugando elementos éticos àqueles estritamente jurídicos; (vi) *interpretativismo moral-constitucional*, mediante a introdução de juízos de valor ao exercício da discricionariedade judicial; (vii) *pós-positivismo*, o qual prega que a introdução de princípios aos modernos textos constitucionais teriam tornado o positivismo jurídico inapto como método, por desatender às exigências de justiça do Estado Constitucional; (viii) *juízo de ponderação*, pelo qual os juízes “descobrirão” os direitos da partes nos chamados *hard cases*, o que não seria possível por meio dos métodos tradicionais de interpretação; (ix) *especificidade interpretativa*, resultante das particularidades próprias à interpretação constitucional; (x) *ampliação do conteúdo da Grundnorm*, que prega a obrigatoriedade de inclusão de conteúdos morais à análise de validade das normas jurídicas; (xi) *conceito não positivista de direito*, que atribui às constituições contemporâneas uma densidade material normativa, de forma a permitir o condicionamento da validade das normas jurídicas a um grau mínimo de justificação ética²⁸².

Luis Prieto Sanchís atribui as seguintes características ao fenômeno: “Mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditória, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas”²⁸³.

A análise das contribuições acerca do tema permite identificar com clareza o especial realce conferido à introdução de elementos valorativos ao processo hermenêutico levado a cabo pelo julgador.

²⁸²OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. 2012, pp. 56-62.

²⁸³SANCHÍS, Luis Prieto. 2003, p. 117.

Como tais valores são fundamentalmente incluídos nos textos constitucionais sob a forma de princípios, os apoiadores do movimento neoconstitucionalista sustentam que o positivismo não se mostraria apto à concretização das constituições contemporâneas, demandando a necessidade de criação de uma nova modalidade hermenêutica.

Em apertada síntese, a maior complexidade dos atuais textos constitucionais teriam tornado o positivismo jurídico “obsoleto”, merecendo, portanto, imediata substituição²⁸⁴.

Com efeito, Antônio Cavalcanti Maia reconhece, na matriz principiológica da Constituição de 1988, o principal elemento ensejador do desenvolvimento de uma nova dogmática constitucional, na medida em que a incorporação dos princípios jurídicos ao texto constitucional teria implicado a ruptura da forma de compreensão do direito propugnada pelo positivismo jurídico, tendo em vista que a interpretação e a aplicação dessa modalidade de norma não seria conciliável com a ideia de separação entre direito, moral e política²⁸⁵. Segundo o autor, os princípios constitucionais teriam aberto uma “via de penetração moral” no direito positivo²⁸⁶.

Essa propalada vinculação conceitual do sistema jurídico à moral²⁸⁷, atrelada ao postulado neoconstitucionalista de substituição da ideia de “supremacia da vontade do legislador sobre a justiça” pela de “subordinação da vontade legislativa ao conteúdo de justiça” constitucionalmente previsto²⁸⁸, faz com que os valores de ordem moral inerentes aos ditames constitucionais passem a condicionar toda a interpretação jurídica²⁸⁹.

Não é difícil concluir que esse quadro permite uma arriscada aproximação à doutrina jusnaturalista, com todas as indesejáveis consequências dela advindas, em especial, a insegurança jurídica.

²⁸⁴OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. 2012, p. 74.

²⁸⁵MAIA, Antonio Cavalcanti. “Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009(b), pp. 119-123.

²⁸⁶MAIA, Antonio Cavalcanti. “As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo”. In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009(a), p. 6.

²⁸⁷GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “La teoría del derechos en tiempos del constitucionalismo”. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 165.

²⁸⁸OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. 2012, p. 73.

²⁸⁹AZZARITI, Gaetano. 2005, pp. 158-159.

A principal distinção entre o ideal de justiça exaltado pelo jusnaturalismo e aquele pretendido pelo neoconstitucionalismo diz justamente com a fonte do direito, que, agora, passa a estar contida no mais alto posto do ordenamento jurídico: a Constituição.

Não é por outra razão que Mauro Cappelletti leciona que, no Direito moderno, a Constituição pretende ser “uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico”²⁹⁰.

Susanna Pozzolo admite a existência de um ponto de convergência entre a doutrina neoconstitucionalista e o jusnaturalismo, visto que, para ambas as escolas, “o direito vale porque é justo”. Nesse contexto, ele só se torna obrigatório, quando for moralmente correto. O neoconstitucionalismo nega fundamentalmente a possibilidade de neutralidade valorativa²⁹¹, apontando para a necessária adoção de um olhar “além da legalidade”²⁹².

Luis Prieto Sanchís reconhece que o neoconstitucionalismo parte de certa desconfiança do legislador. A ideia defendida é a de uma constituição “transformadora”, cujo protagonismo não corresponde aos integrantes do Poder Legislativo, mas, sim, aos membros do Judiciário²⁹³.

O papel de destaque conferido ao Poder Judiciário é tido como necessário para a realização da “justiça” e para a busca pela “efetividade” dos ditames constitucionais²⁹⁴.

Com efeito, Walber de Moura Agra defende que, em países periféricos como o Brasil, o objetivo do neoconstitucionalismo é especificamente o de efetivar as promessas contidas no texto constitucional, já que a Constituição desempenha a função de servir como “pacto vivencial” da sociedade²⁹⁵.

Para Daniel Sarmiento, enquanto o constitucionalismo representava uma doutrina de contenção do poder estatal, o neoconstitucionalismo ambiciona a fecundação do direito positivo com os valores humanitários presentes nas

²⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984, p. 129.

²⁹¹ OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. 2012, pp. 71-73 e 79.

²⁹² BARROSO, Luís Roberto. 2007, p. 208.

²⁹³ SANCHÍS, Luis Prieto. “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”. In CARBONELL, Miguel (edición). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003(b), pp. 126-127.

²⁹⁴ DIMOULIS, Dimitri. 2016, p. 6.

²⁹⁵ AGRA, Walber de Moura. 2008, p. 439.

constituições contemporâneas, a fim de que sejam criados parâmetros normativos mais justos²⁹⁶.

Com o objetivo de assegurar a consecução desse ambicionado ideal de justiça, o neoconstitucionalismo prega que o direito deixe a “zona de conforto” tradicional e passe a ter uma “função promocional” no que toca ao avanço social²⁹⁷, especialmente por meio da jurisdição constitucional.

Para os defensores do fenômeno, a “utilização progressista” da jurisdição constitucional, levada a efeito por meio de uma leitura abstrata dos princípios, possibilitaria a realização de significativas mudanças estruturais na sociedade²⁹⁸.

Tal raciocínio, no entanto, parece desmerecer um obstáculo de difícil transposição: o Judiciário não tem o poder de gerar, por si próprio, as condições necessárias para o alcance desse gigantesco e complexo objetivo.

A propalada omissão dos Poderes Legislativo e Executivo faz com que toda a expectativa de justiça social seja transferida ao Poder Judiciário, muito embora seu alcance dependa de condições essencialmente políticas.

Infelizmente, o extenso rol de promessas constante na Carta de 1988 – em grande parte decorrente, como visto, do diferenciado momento histórico vivenciado em sua promulgação - não veio acompanhado de uma análise mais profunda da real capacidade financeira do Estado em relação à sua concretização.

Aliás, pode-se dizer até mesmo que, apesar de terem sido assegurados inúmeros e dispendiosos direitos, que demandam grandes aportes estatais, não se identifica, no texto constitucional, qualquer previsão apta a indicar os meios necessários à sua satisfação.

Os defensores da “efetividade”, no entanto, não parecem dedicar maior atenção a tal circunstância.

O discurso neoconstitucionalista se limita à defesa da necessidade de imediata fruição dos direitos fundamentais “conquistados” pela Constituição de 1988, com vistas à implementação do ideal de transformação social preconizado pelo Estado Democrático de Direito.

²⁹⁶SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 56-57.

²⁹⁷BARROSO, Luís Roberto. 2015(a), pp. 7-8.

²⁹⁸GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, p. 103.

Todo o mais parece irrelevante. A questão é posta com uma simplicidade única, tornando-se inevitavelmente sedutora.

Contudo, não é difícil perceber que os pilares de sustentação da doutrina neoconstitucionalista apresentam matrizes nitidamente ideológicas. A metodologia proposta não parte de postulados. Ao contrário, parte de finalidades. Os fins justificariam os meios. Nesse contexto, a admirável imagem de que a transformação social possa ser obtida pela simples valorização dos princípios, do Poder Judiciário e da Constituição, faz com que os valores ligados à certeza e à segurança, ínsitos ao positivismo, sejam tidos por descartáveis e até mesmo por indesejáveis. Qualquer voz que se levante contra os ideais propugnados pelo neoconstitucionalismo é tida por conivente com a injustiça social tão criticada nos dias atuais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho direciona muitas de suas críticas ao neoconstitucionalismo justamente por entender que o movimento, embora não ofereça mecanismos teóricos referenciais, subordinando as decisões proferidas pelo Judiciário à subjetividade do julgador, é usualmente apresentado como uma “verdade consagrada e indiscutida”, que a ela somente se opõem alguns “renitentes” e “ultrapassados” operadores do Direito²⁹⁹.

Ainda que à primeira vista a vinculação da justificação jurídica a conteúdos de natureza moral propalada pelo neoconstitucionalismo³⁰⁰ possa se mostrar atrativa para o alcance do tão ambicionado ideal de justiça social, fato é que os inúmeros riscos decorrentes desse postulado tornam questionáveis quaisquer benefícios que dele possam derivar³⁰¹.

²⁹⁹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), pp. 364-365 e 371.

³⁰⁰POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional”. *DOXA – Caudernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidade de Alicante, n. 21, 1998, pp. 341-343.

³⁰¹Sobre o tema, Alfonso García Figueroa faz o seguinte alerta: “Quien intenta responder a la pregunta de si existen relaciones conceptuales necesarias entre Derecho y moral no está tan solo respondiendo “si” o “no” a un viejo problema. Em realidad está ingresando (a veces sin saberlo) en una especie de club que requiere de sus miembros algún compromiso informal con sus presupuestos e incluso con sus prejuicios”. (GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Ser o no ser normativo: un dilema para el positivismo jurídico”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoría do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008, p. 79).

3.2 Riscos do moralismo

Os defensores do moralismo jurídico pregam que o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação dependem da consideração de elementos atrelados a concepções de ordem moral. Para eles, o direito pode e deve ser corrigido pelo seu aplicador, no intuito de adequá-lo às exigências morais³⁰².

A pretensão de “correção” é concebida pelo neoconstitucionalismo como um “critério racional regulador do direito”³⁰³.

Tal concepção, entretanto, convive com críticas de variadas matrizes ideológicas, notadamente em relação ao seu postulado de necessária utilização de elementos valorativos no decorrer do processo hermenêutico realizado pelo intérprete, dada a reconhecida dificuldade de a eles serem atribuídos critérios objetivos que propiciem a desejável previsibilidade da solução construída pelo Poder Judiciário.

Como sublinha Kelsen, a ideia de vinculação entre direito e moral - da qual decorre a tese de que uma ordem social imoral não seria direito - pressupõe a concepção de uma “moral absoluta”, ou seja, de uma moral válida em todos os tempos e em todas as partes, o que se mostra manifestamente inviável, dada a grande diversidade de concepções daquilo que pode ser considerado bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e lugares³⁰⁴.

³⁰²DIMOULIS, Dimitri. 2006, pp. 87-90.

³⁰³MOREIRA, Eduardo Ribeiro. “Do positivismo ao neoconstitucionalismo”. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009(a), p. 448. O autor destaca que “a filosofia do direito do neoconstitucionalismo é preocupada: com o cientista do direito conectado ao que ocorre no mundo; com as derivações concretas das leis; com a conexão do direito por parâmetros de racionalidade e intersubjetivos; com a relação necessária com a moral e com a política, estas guiadas por uma pretensão de correção; com a preocupação de um direito avaliado por critérios de coerência e de proporcionalidade; com o direito exposto por uma sólida teoria da argumentação, enfim um direito que alcança outros patamares até onde *ele pode ser*”. (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. “Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação”. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009(b), p. 266).

³⁰⁴KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, pp. 73 e 78. Sobre o ponto, autor esclarece: “Não há uma única Moral, ‘a’ Moral, mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes uns dos outros e muitas vezes antagônicos, e que uma ordem jurídica positiva pode muito bem corresponder – no seu conjunto – às concepções morais de um determinado grupo, especialmente do grupo ou camada dominante da população que lhe está submetida – e, efetivamente, verifica-se em regra essa correspondência – e contrariar ao mesmo tempo as concepções morais de um outro grupo ou camada da população”. (KELSEN, Hans. 2009, p. 77).

A grande questão colocada por Elival da Silva Ramos diz justamente com o fato de o idealismo moralista pressupor a existência de uma ordem objetiva de valores fundamentais que sirva de modelo ao direito positivo. Ausente tal postulado, não há como ser afastado um alto grau de subjetividade à tarefa empreendida pelo julgador, uma vez que as notórias ambiguidades, contradições e insuficiências dos textos normativos, possibilitam que ele – o julgador - faça prevalecer suas convicções pessoais, em detrimento dos valores eleitos pelo autor do diploma legal³⁰⁵.

Dimitri Dimoulis também demonstra preocupação com a possibilidade de a rejeição ao positivismo jurídico poder vir a ser compreendida como uma espécie de “carta de alforria” ao intérprete, propiciando que ele atribua às normas jurídicas o sentido que considere mais adequado. Por certo, a interpretação jurídica não pode ser vista como um “pretexto” para que o intérprete possa fazer prevalecer aquela que considera ser a melhor opção para um determinado conflito³⁰⁶.

Como bem destacado por Luis Prieto Sanchís, não é dada ao intérprete a possibilidade de buscar fundamentação com vistas a embasar uma decisão já tomada antecipadamente, já que a exigência de tratamento justo às partes litigantes pressupõe que as condutas por elas tomadas sejam analisadas sob a ótica do ordenamento jurídico vigente e não da pré-compreensão do julgador³⁰⁷.

Há, ainda, outro aspecto que merece destaque. Embora o moralismo jurídico, por um lado, restrinja o conteúdo do direito, dele excluindo normas ou interpretações tidas como imorais ou injustas, por outro, acaba por ampliá-lo, na medida em que atribui juridicidade a imperativos não produzidos pelas autoridades competentes³⁰⁸.

³⁰⁵ RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 135-137.

³⁰⁶ DIMOULIS, Dimitri. 2006, p. 60. Vale aqui destacar oportuna lição de Carlos Maximiliano: “Cumprir evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de *forçar a exegese* e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, às teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto ideias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 84).

³⁰⁷ SANCHÍS, Luís Prieto. 1997(b), pp. 129-130.

³⁰⁸ DIMOULIS, Dimitri. 2006, p. 98. O fato apontado leva o autor a concluir pela necessidade de separação entre direito e moral, fundamentando sua tese em cinco pilares principais: (i) a independência do direito em relação à moral propicia segurança jurídica, limitando a probabilidade de decisões arbitrárias, tendo em vista a dificuldade existente para aferição objetiva do conteúdo dos imperativos morais “corretos”, (ii) o direito possui validade como “*dever ser*”, independentemente de seu caráter “correto”, “adequado”, “justo” ou “ético”; (iii) a separação entre direito e moral é usualmente ligada à ideia de preservação da segurança jurídica, por permitir que

Não é por outra razão que Luis Fernando Barzotto rechaça fortemente a tese de que o neoconstitucionalismo teria “moralizado” o direito, superando a pretensa neutralidade axiológica do positivismo e seu “legalismo indiferente aos valores”. Segundo o autor, o neoconstitucionalismo, longe de afastar o risco totalitário, na verdade, o realiza, ao utilizar a ética como critério de identificação daquilo que vale como lei, já que afasta a possibilidade de crítica moral ao direito positivo. Nesse contexto, o direito passa a legitimar a si próprio³⁰⁹.

O grande problema advindo dessa almejada vinculação do direito à moral consiste no fato de que dela decorre, necessariamente, o alargamento do campo destinado à atividade jurisdicional, favorecendo a prática do ativismo judicial.

São notadamente os princípios constitucionais as normais que mais favorecem a adoção dessa questionável modalidade de intervenção judicial, porque possibilitam uma “leitura moral” de praticamente todos os dispositivos legais vigentes. Esse processo de “releitura” é evidentemente mais dinâmico do que aquele levado a efeito pelos Poderes Legislativo e Executivo. A sociedade tem a sensação de que seus anseios, enfim, estão sendo ouvidos e concretizados.

Entretanto, como diversos dos princípios se mostram contraditórios e, ainda assim, capazes de incidir simultaneamente em uma mesma situação fática, um dos temas mais relevantes e controvertidos no Direito Constitucional contemporâneo diz com a discricionariedade conferida ao julgador ao fazer uso deles.

Como oportunamente tratado no capítulo anterior, a maleabilidade inerente aos princípios faz com que, na hipótese de dois ou mais deles se mostrarem conflitantes entre si ou forem aplicáveis a uma mesma situação concreta, o intérprete tenha que fazer uso do método hermenêutico da ponderação, com

o direito seja aplicado “como ele é”; (iv) a tese da separação entre direito e moral possibilita que o aplicador possa expressar sua discordância com o direito vigente, ao contrário do que se verifica em relação ao moralismo, o qual, ao considerar necessário que o intérprete concorde com o resultado de sua interpretação, elimina a possibilidade de crítica ao direito em vigor; (v) por fim, ainda que fosse possível a total identidade entre direito e moral, esta última perderia qualquer relevância como parâmetro de “validação” ou “correção” do direito. (DIMOULIS, Dimitri. 2006, pp. 184-208).

³⁰⁹BARZOTTO, Luis Fernando. 2016, pp. 52-53.

vistas a aferir, diante do caso analisado, qual peso específico deverá ser atribuído a cada um deles³¹⁰.

Não é difícil verificar que a apuração casuística própria ao método de ponderação, que determina a eleição do princípio a ser aplicado a cada caso subordinado ao Judiciário e em que intensidade, traz um significativo grau de incerteza à atividade jurisdicional.

O risco de insegurança jurídica e de arbitrariedade é potencializado pela orientação propalada pela doutrina neoconstitucionalista no sentido de que o intérprete deverá fazer uso dos princípios constitucionais em todos os casos concretos em que tal hipótese se mostrar factível. Ora, se toda questão for tida por constitucional e, simultaneamente, sempre for possibilitada a utilização do método de ponderação, todas as normas e precedentes passarão a estar em constante “questionamento”. Por conseguinte, como destacado por Jorge Octávio Lavocat Galvão, caso uma determinada norma conduza a resultados indesejados, bastará que o intérprete a afaste mediante a utilização do princípio da proporcionalidade, fazendo prevalecer o que nas circunstâncias específicas do caso concreto parece produzir os “melhores resultados” para a sociedade. O Poder Judiciário, nesse contexto, se transforma em “jugador das escolhas do legislador”³¹¹.

Susanna Pozzolo compartilha da mesma inquietude em relação à tese defendida pelo neoconstitucionalismo de que, para se conhecer o conteúdo dos princípios, de forma a resolver o conflito, seria necessária a avaliação das exigências de justiça verificadas no caso concreto, com a consideração de todas as variáveis daquela situação específica, tendo em conta que tais orientações não parecem oferecer elementos claros e adequados sobre como deverá ser posto em prática o processo de ponderação. O maior problema advindo do método reside justamente na impossibilidade de previsão antecipada de um critério estável de solução ou precedência, requisito indissociável do Estado de Direito, seja ele constitucional ou não³¹².

³¹⁰BINENBOJM, Gustavo. 2014, p. 87. Sobre o tema, Dworkin afirma que, no juízo de ponderação, os juízes devem agir “como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema”. (DWORKIN, Ronald. 2002, pp. 128-129).

³¹¹GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 166 e 197-203.

³¹²OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. 2012, pp. 91 e 94.

A necessidade de o mandamento ser previamente conhecido para se tornar exigível do destinatário é exaustivamente explorada por Humberto Ávila. Como alertado pelo autor, a conjugação da abrangência ínsita aos princípios constitucionais - a qual possibilita sua invocação com os mais variados propósitos - com a premissa de que tais normas deverão ser objeto de ponderação sempre que puderem vir a servir de fundamento para uma dada decisão, conduz a uma incontornável armadilha: dada a inexistência de critérios reconhecíveis antes da adoção da conduta, “somente *depois* do processo de ponderação é que se saberá o que *antes* deveria ter sido feito”. Logo, se quem faz a ponderação é o Poder Judiciário, sem critérios antecipados para tanto, “aquilo que o destinatário deveria saber antes ele só ficará sabendo depois”. Com isso, verifica-se a supressão do caráter orientador do Direito³¹³.

Para Jorge Octávio Lavocat Galvão, a capacidade de compreensão dos comandos normativos, de modo a propiciar que a sociedade consiga fazer uso deles como “guias de conduta”, revela-se essencial para que se caracterize um ordenamento como “justo”. Normas incompreensíveis ou misteriosas não são compatíveis com o Estado de Direito. O autor chega a sustentar que a falta de previsibilidade do ordenamento jurídico conduz a um quadro de violação da dignidade humana, já que esta pressupõe a edição de normas claras, públicas, prospectivas e gerais. O Estado de Direito refere-se à dignidade de “tratamento”, não de “resultado”, sendo, portanto, incompatível com a pregação proposta pelo neoconstitucionalismo quanto ao constante questionamento acerca de quais regras devem ser obedecidas³¹⁴.

Humberto Ávila igualmente condiciona o respeito ao princípio da dignidade humana à observância das exigências de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. Isso porque, um cidadão que não tenha condições de se autodeterminar não pode ser tido por “autônomo” e “digno”. Nesse contexto, a segurança jurídica passa a ser concebida como pressuposto jurídico para a realização da dignidade humana³¹⁵.

³¹³ÁVILA, Humberto. 2009, pp. 193-194.

³¹⁴GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 37-38, 252-253, 272-273 e 308-309.

³¹⁵ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 231. Ao abordar a questão, Maria Cristina Peduzzi defende que a necessidade do princípio da dignidade humana ser pensado conjuntamente com o da segurança jurídica decorre de uma exigência de justiça, na medida em

No âmbito da sociedade contemporânea o risco de inobservância a tal pressuposto se mostra bastante concreto, tendo em vista que seu reconhecido pluralismo dificulta ainda mais o reconhecimento de critérios pré-estipulados.

Não é por outra razão que Humberto Ávila adverte para o fato de que “a justiça do mundo real, não ideal, exige a existência de regras”³¹⁶.

Jorge Octávio Lavocat Galvão chama a atenção justamente para o fato de que a teoria constitucional contemporânea precisa encarar o fato de que, mesmo acreditando na existência da “justiça”, as pessoas discordam apaixonadamente sobre o seu real significado e suas implicações. Assim é que sempre haverá situações em que um cidadão considerará o direito vigente “injusto” ou “inadequado”. Como não há concordância sobre o que seja efetivamente “justo”, o Direito tem a relevante função de possibilitar o estabelecimento de uma “estrutura social comum voltada para a realização de atividades em conjunto”³¹⁷.

Como bem apontado por Carlos Horbach, quem argumenta fazendo referência à “justiça”, na verdade pretende fazer prosperar sua compreensão particular sobre o significado do conceito. Quando se afirma “sou contra esta lei porque é inconstitucional”, o que se está querendo dizer, na realidade, é que “esta lei é inconstitucional porque sou contra ela”³¹⁸.

De fato, apesar de ser usualmente reconhecida a existência de uma multiplicidade de sistemas morais, o ser humano tende a acreditar que somente um deles seria “correto” e, portanto, efetivamente “moral”³¹⁹.

que esta pressupõe a previsibilidade do ordenamento jurídico. (PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. 2009, pp. 36-37).

³¹⁶ÁVILA, Humberto. 2009, p. 196.

³¹⁷GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 26-27, 222-226 e 273-275. Compartilhando do mesmo posicionamento, Eros Grau leciona: “Não hão de ter faltado ética e justiça à Humanidade. Tantas éticas e tantas justiças quantas as religiões, os costumes, as culturas, em cada momento histórico, em cada recanto geográfico. Muitas éticas, muitas justiças. Nenhuma delas, porém, suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular, porque a ideia muito dificilmente é conciliável com a realidade. A única tentativa viável, embora precária, de mediação entre ambas é encontrada na *legalidade* e no *procedimento legal*, ou seja, no direito posto pelo Estado, este com o qual operamos no cotidiano forense, chamando-o *direito moderno*, identificado à lei”. O autor conclui afirmando ser inviável a discussão acerca da *justiça* ou da *injustiça* de uma determinada norma ou de uma decisão judicial, já que “nem uma nem outra (*justiça* ou *injustiça*) existem em si”. (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 16-17).

³¹⁸HORBACH, Carlos Batisde. “A Nova Roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos”. In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PUFLUG, Samantha Ribeiro (coords.). *Lições de Direito Constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 300.

³¹⁹DIMOULIS, Dimitri. 2006, p. 188.

Nesse cenário, cada grupo ou movimento social passa a pretender que seus interesses, seus desejos e suas preferências valham como “direitos”, e que, em tal condição, sejam incondicionalmente “efetivados”. Contudo, vale conferir destaque ao alerta procedido por Luis Fernando Barzotto, no sentido de que, ao contrário dos juízos baseados em leis, que expressam o uso de um padrão objetivo, os juízos baseados em “direito” pretendem ser objetivos, mas, como parte da sociedade tem outra concepção acerca desses “direitos”, perceberá este juízo como “subjetivo”. O exemplo da dignidade humana bem ilustra a grande diversidade de concepções até mesmo contraditórias verificadas na sociedade sobre o real significado da expressão, fato que impossibilita a adoção de um critério socialmente compartilhado para diferenciar direito e não direito³²⁰. Logo, em uma sociedade na qual há pluralismo moral, sustentar a identidade entre direito e moral equivale a afirmar que a sociedade carece de direito como padrão comum de convívio e de solução de conflitos. Se a validade de cada uma das regras do ordenamento fica sujeita a um posterior questionamento com base em valores ou princípios de conteúdo controverso, a sociedade passa a carecer de regras firmes e estáveis para ordenar seu convívio. Para o autor, em uma sociedade que outorga aos juízes a possibilidade de decidir valendo-se dos direitos humanos ou fundamentais, o que menos se deve temer é um “governo dos juízes”, mas, sim, um “não governo dos juízes”, caracterizado por uma multiplicidade de decisões contraditórias³²¹ e por uma sociedade desprovida de critérios de orientação de conduta.

Por certo, no momento em que o Poder Judiciário se deixa contaminar pelo que aparenta representar o “senso de justiça comum” da sociedade ou até mesmo pelas próprias ideologias pessoais de seus integrantes, o risco de arbitrariedade é altamente potencializado.

³²⁰Sobre o tema, vale transcrever breve trecho do voto proferido pelo Ministro Eros Grau no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153: “Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à Humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. (...) quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos”. (GRAU, Eros Roberto. 2014, pp. 23-24).

³²¹BARZOTTO, Luis Fernando. 2016, pp. 56-57.

Não bastasse isso, como lembra Celso Fernandes Campilongo, a ausência de uma inequívoca definição acerca de diversos conceitos contidos no ordenamento jurídico, tais como o “bem comum” ou a “vida digna” torna possível que o enfrentamento casuístico desses problemas pelo Judiciário propicie, inclusive, o seu agravamento. Assim é que, exemplificativamente, a defesa intransigente do meio ambiente pode provocar desemprego. Ou seja, a busca por maior igualdade pode gerar novas desigualdades. Segundo o autor, o Judiciário “não está habilitado, nem teórica nem operacionalmente, para lidar com essa contingência”, sendo essa agravada pelo fato de os efeitos “imprevistos” e “indesejados” ocorrem somente após a prolação da decisão³²².

A constante desconsideração de disposições legais, baseadas tão somente em meros juízos de justiça construídos pelo intérprete, “travestidos” de juízos de razoabilidade e proporcionalidade, leva Marco Aurélio Marrafon a enfatizar a necessidade de revalorização do papel desempenhado pela lei como fonte de direito³²³.

A mesma posição é compartilhada por Jorge Octávio Lavocat Galvão, para quem a atual “descrença generalizada” pela observância à legislação chega a simbolizar um desprezo pela própria democracia, na medida em que o Direito não pode ser algo “misterioso”, capaz de ser revelado unicamente por “técnicos com

³²²CAMPILONGO, Celso Fernandes. 2011, pp. 107-108.

³²³MARRAFON, Marco Aurélio. “Hiperindividualismo, Crise da Democracia e o Papel da Jurisdição Constitucional em um Mundo Sem Limites”. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 127. Sobre o tema, Eduardo Ribeiro Moreira chega a afirmar que a proporcionalidade permite que o julgador decida “aquilo que o legislador não ponderou”. (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. 2008(a), p. 106.) Ao enfrentar a matéria, Eros Grau primeiramente esclarece que, no seu entendimento, tanto a proporcionalidade, quanto a razoabilidade, não se constituem em princípios, mas, sim, em regras. São “pautas normativas de aplicação do direito”. Ultrapassada essa questão, o autor afirma que “ambas são rotineiramente banalizadas, a ponto de se pretender aplicá-las não exclusivamente na fase da definição de cada norma de decisão, mas no primeiro momento da interpretação/aplicação do direito, o da produção das *normas jurídicas gerais* – o que conferiria ao Poder judiciário a faculdade de corrigir o legislador, invadindo-lhe a competência”. O autor defende que “a atuação das pautas da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* apenas é admissível no momento da *norma de decisão*, pena de, sendo adotada no primeiro deles (o da produção das normas jurídicas gerais), o intérprete substituir o *controle de constitucionalidade* das leis por um controle de outra espécie, *controle de proporcionalidade* ou *controle de razoabilidade das leis*”. Por fim, conclui: “Esse tipo de transgressão tem sido praticado reiteradamente pelo STF, no exercício de insustentável controle da proporcionalidade e da razoabilidade das leis. (...) O número de vezes nas quais esses dois ‘princípios’ são mencionados pela jurisprudência do STF nestes últimos anos – seja determinando *normas de decisão*, seja conformando a produção de *normas jurídicas gerais* – impressiona muito, a ponto de podermos, ironicamente, dizer que ele deixa de seu um *Tribunal constitucional* para se transformar em um *tribunal da proporcionalidade e da razoabilidade*. A transgressão do sistema, agora sob o pretexto de aplicação desses *princípios*, é praticada à larga”. (GRAU, Eros Roberto. 2014, pp. 133-136).

capacidades sobre-humanas”. Ele tem que ser resultado de um processo político democrático, que pressupõe a participação popular, ainda que por via indireta. O Direito deve corresponder àquilo que os órgãos representativos da sociedade decidiram que deveria ser, e não a “algo divino” ou que só possa ser encontrado no “subconsciente coletivo”³²⁴.

Susanna Pozzolo reconhece que a interpretação moral pretendida pelos neoconstitucionalistas, embora atenda a uma exigência de “justiça substancial”, traz um grau de incerteza ao direito. Além disso, faz com que a Constituição não possa mais ser considerada como a norma mais elevada do ordenamento jurídico. Isso porque ela deixaria de fechar o sistema, já que passaria a poder ser interpretada à luz de princípios “superiores” e “supraconstitucionais”, de dimensão obscura³²⁵. Nesse contexto, o processo democrático, ainda que limitado pela regra da maioria, se mostraria mais adequado que a reflexão individual. Segundo a autora, “a superioridade moral do juízo do juiz em relação à valoração do legislador não se explica”³²⁶.

³²⁴GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 221-222 e 261-262. O autor esclarece que “o resultado da atividade legislativa no Brasil não pode ser considerado viciado”, já que “não há, *a priori*, oprimidos e opressores, mas argumentos vencidos e vencedores, a depender da conjuntura política”. O texto da norma tem que ser levado a sério por duas razões. Primeiro, “por ter sido com relação àquela proposta canônica de lei que os representantes conseguiram chegar a um acordo”. Qualquer alteração na estrutura da norma “poderia ter levado à sua rejeição”. Logo, o fato de ter-se chegado a um acordo, em uma sociedade complexa e plural, torna o texto da norma necessariamente relevante na aplicação jurídica. Segundo, porque “é através do texto legal que os parlamentares procuram tornar acessíveis ao público em geral os termos nos quais restou estabelecido o acordo político”. Por conseguinte, “as expressões lingüísticas utilizadas na confecção da norma jurídica não podem ser entendidas como aleatórias, mas propositalmente talhadas com o fim de possibilitar a coordenação de condutas com fidelidade ao acordo firmado”. (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 219-220 e 231-232).

³²⁵Não é por outra razão que Humberto Ávila leciona que o neoconstitucionalismo, no Brasil, se aproxima mais de uma espécie enrustida de “não-constitucionalismo”, constituindo-se em um movimento que “barulhentosamente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização”. (ÁVILA, Humberto. 2009, p. 202).

³²⁶OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. 2012, pp. 84-88. Sobre o tema, Ingeborg Maus afirma que, “se a própria justiça eleva-se, (...) à condição de instância moral superior da sociedade, ela é subtraída aos mecanismos sociais de controle aos quais – no campo ideal – todos os aparelhos estatais de uma forma de organização política democrática deveriam se submeter. Na dominância de uma justiça que exerce um Direito superior moralmente enriquecido em relação a outros poderes estatais que se ocupam unicamente com o Direito ordinário – e em relação ao resto da sociedade – é notória a regressão ao modelo social pré-democrático de integração”. (MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19). Não é diferente a posição defendida por Roberto Basilton Leite: “É ingênua e perigosa a proposta de, com fundamento na necessidade de criação de vias alternativas de participação, transferir para o órgão judiciário o direito fundamental de deliberação, que pertence legitimamente ao cidadão, porque tal proposta se baseia na crença infundada de que juízes super-heróis ou juízes Hércules terão melhores condições do que a coletividade de cidadãos ou seus representantes políticos para chegar à decisão política correta”. (LEITE, Roberto Basilton. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional*:

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento chamam atenção justamente para o fato de que, se não é correta a idealização do Legislativo como “encarnação da vontade geral do povo”, tampouco se deve cometer o mesmo erro em relação ao Judiciário, mediante a pressuposição de que todos os juízes constitucionais sejam “agentes virtuosos e sábios, imunes ao erro, sem agenda política própria e preocupados apenas com a proteção dos direitos fundamentais, dos valores republicanos e dos pressupostos da democracia”³²⁷.

Rodrigo Brandão opina no mesmo sentido, destacando inexistir qualquer garantia de que a interpretação levada a cabo pelo Judiciário seja mais benéfica aos direitos humanos do que aquela realizada pelo legislador. Tanto assim que nada impede um ativismo judicial de viés conservador³²⁸.

Mesmo sendo um crítico ao positivismo, Walber de Moura Agra admite preocupação em relação à possibilidade de a interpretação moral da Constituição vir a ensejar um “constitucionalismo ético” nas mãos do Poder Judiciário, propiciando que este passe a agir como uma “pitonisa” dos anseios da sociedade³²⁹.

Tal risco não parece estar longe de ser concretizado. Por certo, não há grandes controvérsias acerca do fato de que os integrantes do Poder Judiciário são atualmente os maiores destinatários da expectativa de mudança da realidade experimentada pela sociedade brasileira.

Seus integrantes, nesse contexto, passam a ser os responsáveis pela leitura da “moral dominante”, para, com isso, tentar emprestar legitimidade a decisões que, por vezes, contornam a norma jurídica aplicável ao caso.

Contudo, como a moral é um conceito fluido, relativo, mutável e subjetivo, os destinatários do ordenamento jurídico desconhecem claramente os parâmetros

500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014, p. 190). No mesmo sentido, vale destacar alerta feito por Daniel Sarmiento: “O neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura da toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda (...)”. (SARMENTO, Daniel. 2011, p. 103).

³²⁷SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. 2015, p. 85.

³²⁸BRANDÃO, Rodrigo. 2017, pp. 31-32. Luís Roberto Barroso igualmente reconhece que o ativismo nem sempre significa a adoção de posições progressistas. (BARROSO, Luís Roberto. 2007, p. 399).

³²⁹AGRA, Walber de Moura. 2008, p. 441.

de conduta que devem ser observados, já que eles são objeto de uma constante “reconstrução” por parte do Poder Judiciário.

Embora essa permanente “releitura” do ordenamento jurídico, para muitos, possa se mostrar desejável, na medida em que supostamente possibilita um acompanhamento mais “efetivo” das mudanças advindas da realidade social³³⁰, um olhar mais atento faz surgirem inúmeros questionamentos. Quais serão os parâmetros concretos para atuação do julgador? Como fazê-los conhecidos antes de prolatada a decisão? Como exigir da sociedade determinado comportamento que será objeto de construção tão somente por ocasião do julgamento do ato? Qual a legitimidade da solução construída para o caso concreto, sem caráter geral e abstrato? Como assegurar a segurança jurídica nesse contexto? Como resgatar a função orientadora do Direito?

Nenhuma dessas questões é satisfatoriamente respondida pela doutrina neoconstitucionalista, que parece seguir a linha de pensamento defendida por Joaquín Arce Floréz-Valdés, segundo a qual, a segurança jurídica não é a única meta do Direito, tampouco seu principal objetivo. Acima dela se encontra a ideia de justiça e, dentro desta, a ideia de justiça do caso concreto³³¹.

No intuito de alcançá-la, o juiz neoconstitucionalista passa a ter o poder de atuar livremente, construindo, a seu bel prazer, as normas de decisão que pareçam mais adequadas às particularidades de cada caso analisado, de acordo primordialmente com sua leitura acerca do conteúdo dos princípios constitucionais.

Ao invés da lei, passam a ser das interpretações judiciais o papel de reger a vida em sociedade. Os integrantes do Poder Judiciário vão, pouco a pouco, ocupando os espaços que outrora eram destinados aos membros do Legislativo e do Executivo, eleitos pelo povo.

Nesse sentido, não há como afastar a compreensão de que o moralismo jurídico não apenas permite, como igualmente fornece todas as ferramentas necessárias para a prática do ativismo judicial.

³³⁰Com efeito, nesse sentido é a posição defendida por Maria Cecília Teodoro: “Existe a dificuldade de o Estado reger, pela via legislativa tradicional, as relações sociais com as múltiplas facetas que ora se apresentam. Isso porque a sociedade hoje é complexa e está em ritmo de mudanças demasiadamente acelerado. Tal situação gera a necessidade do juiz elaborar a norma e adaptar o ordenamento jurídico ao caso real, no momento de seu processamento judicial”. (TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O juiz ativo e os direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011, pp. 125-126).

³³¹FLORÉZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. 1990, p. 87.

Jorge Octávio Lavocat Galvão demonstra detalhadamente como a interpretação constitucional levada a cabo pelos defensores do neoconstitucionalismo culmina na adoção de práticas ativistas. O ponto de partida diz com a “visão instrumental” conferida à jurisdição constitucional, baseada na ideia de “emancipação social” pelo Direito. Consequentemente, as normas constitucionais deixam de ser vistas como limites à atuação jurisdicional, para passarem a atuar como um “convite” à interpretação inovadora, de modo a propiciar a redefinição dos contornos dos compromissos constitucionais. Não há maior preocupação com a dignidade da legislação. A situação se torna ainda mais grave quando se tem em conta a introdução do método de ponderação, assim como dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na argumentação jurídica, tendo em vista que estes alargam a possibilidade de eventual manipulação valorativa por parte do intérprete. Por fim, o fenômeno da constitucionalização do direito possibilita a exclusão da legislação infraconstitucional que, na interpretação do julgador, atenta contra o texto constitucional. Como os valores constitucionais podem servir de base para uma infinidade de decisões judiciais, sua aplicação se torna praticamente irrestrita³³².

Importante lembrar que a aludida interpretação, impedindo a aplicação da regra ordinária, se torna definitiva, tendo em vista a inexistência de qualquer controle posterior em relação à decisão proferida em sede de jurisdição constitucional.

Todos esses nefastos efeitos relacionados à aplicação dos ditames preconizados pelo moralismo jurídico permitem concluir que assiste razão a Humberto Ávila, quando este defende que nada é mais premente do que rever a aplicação da doutrina neoconstitucionalista na forma como compreendida no Brasil³³³.

Parecem ter razão aqueles que pregam que o universo sempre tende a retornar ao ponto inicial. O poder absoluto detido pelo monarca foi substituído pelo “império da lei” pelo fato de não corresponder às expectativas tituladas pela sociedade da época. Quando a lei não deu conta de atender às promessas de transformação social, teve seu poder superado pela Constituição, a qual, pela sua natureza, possibilita maior margem de interpretação aos juízes, favorecendo, em

³³²GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 291-292.

³³³ÁVILA, Humberto. 2009, p. 202.

tese, sua concretização. Atualmente, pode parecer aos olhos da sociedade que o Poder Judiciário irá assegurar o alcance da justiça social mediante a leitura moral das normas jurídicas. Mas o que fazer, quando essa leitura não se mostrar condizente com as expectativas de uma sociedade plural e complexa como a brasileira? Quem irá limitar o poder do Judiciário? Será o reflorescimento da teoria positivista? É possível que sim.

3.3 A (des)necessidade de uma nova hermenêutica

O neoconstitucionalismo, como visto, prega a necessidade de criação de uma “nova hermenêutica”, sob o argumento de que o Direito Constitucional tradicional, fundado sob os pilares do positivismo, não se mostraria compatível com a ideia de força normativa da Constituição, assim como com a interpretação e a aplicação do conteúdo próprio aos atuais textos constitucionais, especialmente no que toca aos seus princípios, os quais demandariam a utilização de novas modalidades interpretativas por parte dos julgadores.

Sobre o primeiro ponto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece que a utilização da força normativa da Constituição não pode ser utilizada como “marco teórico” do neoconstitucionalismo, já que, no Brasil e nos Estados Unidos, ao contrário dos países europeus, essa normatividade já é reconhecida desde as primeiras constituições³³⁴.

A segunda questão, embora apresente maior complexidade, também não parece se mostrar apta a fundamentar a necessidade de uma “nova hermenêutica”, visto que, como lembra Carlos Horbach, na hermenêutica tradicional o juiz já tinha a função de concretizar a Constituição, inclusive no que diz com seus princípios³³⁵.

³³⁴FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), pp. 371-372.

³³⁵HORBACH, Carlos Batisde. 2008, p. 295. Sobre o ponto, Alfonso García Figuerola leciona que a atual valorização dos princípios fez surgir, entre autores das mais diversas culturas, uma corrente por ele denominada como “no positivismo principialista”, segundo a qual, a existência de princípios no Direito tornaria inviável a concepção positivista. O autor, contudo, consigna o seguinte entendimento sobre o tema: “A mi juicio, los principios parecen más bien un instrumento de persuasión en favor del no positivismo jurídico que un auténtico argumento antipositivista de peso”. E conclui: “La constatación de principios en los sistemas jurídicos no supone ningún paso decisivo en favor de una concepción no positivista del derecho”. (GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin e Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 29 e 409).

A propalada matriz principiológica das constituições contemporâneas não parece ter acarretado uma mudança estrutural tão profunda que conduza a sua incompatibilização com os pilares que ampararam a atividade interpretativa levada a efeito até então.

Senão, vejamos.

Como destacado por Humberto Ávila, os princípios não são quantitativamente ou qualitativamente mais expressivos do que as regras no ordenamento jurídico brasileiro. Cada um deles é responsável por uma função distinta, não se podendo falar em primazia de uma norma sobre a outra, mas somente de funções e de eficácias diferentes e complementares. No entanto, caso se tenha que eleger, sob o aspecto quantitativo, uma ou outra opção, a Constituição de 1988 seria uma “Constituição regulatória” e, não, uma “Constituição principiológica”. No que toca ao aspecto qualitativo, igualmente não se verifica a supremacia dos princípios em relação às regras, visto que os princípios não têm o condão de afastar as regras constitucionais imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Consequentemente, tem-se que a existência da regra constitucional elimina a necessidade de ponderação entre princípios, dada a existência de solução legislativa prévia. Logo, no conflito entre a regra constitucional e o princípio constitucional, deve prevalecer a regra. Mesmo no caso de conflito entre princípio constitucional e regra infraconstitucional, o aplicador só poderá deixar de aplicar a última na hipótese de inconstitucionalidade ou de excepcionalidade do caso concreto, não sendo permitido que ele deixe de lado a regra infraconstitucional e pule diretamente para o plano constitucional³³⁶.

Na opinião de Elival da Silva Ramos, inclusive, qualquer teoria do direito é, de alguma maneira, positivista, já que a ideia de suplantação da lei pela Constituição, dando ensejo ao chamado Estado Constitucional de Direito, em nada afetou a dogmática positivista. Afinal, o próprio Kelsen já havia posicionado a Constituição no topo de sua pirâmide hierárquica. O positivismo pós-kelseniano aceita a criatividade inerente ao processo de concretização normativa, desde que observada a “moldura jurídica” correspondente³³⁷. A escola prega somente o

³³⁶ÁVILA, Humberto. 2009, pp. 189-194.

³³⁷Virgílio Afonso da Silva esclarece que a ideia de “Constituição-moldura” é uma posição intermediária entre a concepção de “Constituição-lei” (segundo a qual a Constituição seria uma lei como qualquer outra, de acordo com a ideia defendida no século XIX) e a concepção de “Constituição-fundamento” (que prega o conceito de que “a constituição é a lei fundamental, não

reconhecimento de que a interpretação dos textos normativos contém algo de objetivo, que não pode ser eliminado pela vontade do juiz, ainda que inspirado por fatores sociais³³⁸.

Dimitri Dimoulis também aponta a necessidade de serem adotados critérios objetivos no decorrer da atividade interpretativa, destacando que, entre todos os fatores que a influenciam, os mais decisivos devem ser as disposições jurídicas em vigor. Os demais fatores constituem tão somente determinações secundárias, que só podem interferir quando isso for permitido pelo sistema jurídico. Nesse contexto, a norma jurídica só será considerada vinculante se tiver um sentido objetivo que possa ser compreendido por todos³³⁹.

O fato de a doutrina positivista pregar que a validade de uma norma jurídica depende apenas de sua estrutura formal decorre do fato de a escola ter surgido com o objetivo de transformar o estudo do Direito numa verdadeira *ciência*. Sobre o ponto, Norberto Bobbio esclarece que, como a característica fundamental da ciência é a sua *avaloratividade*, ela rejeita a incidência de juízos subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade. O objeto da ciência jurídica é o direito “real”. Nesse contexto, o positivista não se pergunta se, além desse direito real existe também um direito “ideal”. Há uma distinção entre o conceito de validade e o conceito de valor. Dessa forma, nada obsta a existência de um direito válido e injusto, como igualmente de um direito justo e inválido³⁴⁰.

Para Kelsen, a positividade do direito consiste justamente no fato de que sua validade independe de sua conformidade com a ideia de justiça. A possibilidade de ele se mostrar justo ou injusto é uma consequência lógica do fato de ser positivo³⁴¹. O Direito positivo não deve ser confundido com um Direito “ideal” ou “justo”. Qualquer iniciativa nesse sentido deve ser de pronta rejeitada, por se mostrar meramente ideológica. A Teoria Pura do Direito defendida pelo

somente de toda a atividade estatal e das atividades relacionadas ao Estado, mas também a lei fundamental de toda a vida social)”. (SILVA, Virgílio Afonso da. 2014(a), pp. 109-117).

³³⁸RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 55-57, 61, 99 e 134.

³³⁹DIMOULIS, Dimitri. 2006, p. 230.

³⁴⁰BOBBIO, Norberto. 2006, pp. 131 e 135-137.

³⁴¹KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 363-364.

autor adota uma postura manifestamente “anti-ideológica”, já que representa o Direito “tal como ele é”, e não como “ele deve ser”³⁴².

É importante ter em conta que, muito embora o objeto da dogmática jurídica para os positivistas sejam as normas vigentes, pouco importando se elas correspondem ou não à concepção de justiça de quem as examina, essa objetividade metodológica não importa, necessariamente, na aceitação passiva do direito posto. Como destacado por Elival da Silva Ramos, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas sempre levarão em conta a “dimensão valorativa” do direito, a qual terá maior ou menor importância dependendo da teoria hermenêutica adotada, que propiciará ao intérprete maior ou menor autonomia na utilização do material normativo preexistente³⁴³.

Assim é que nada obsta que o julgador busque a melhor alternativa de interpretação entre as possíveis no caso concreto, desde que não substitua a escolha do legislador por seu entendimento subjetivo³⁴⁴.

Dessarte, ao contrário do sustentado pelos simpatizantes do neoconstitucionalismo, os positivistas não descartam a ambição pelo alcance do ideal de justiça. Apenas e tão somente rechaçam a possibilidade de sua utilização como critério de validade do direito, em razão da impossibilidade de ser determinado racional e objetivamente ao que corresponde o justo³⁴⁵.

Segundo leciona Dimitri Dimoulis, os principais equívocos atribuídos ao positivismo têm origem justamente na relação estabelecida entre o direito e a moral. Os positivistas não negam as inúmeras relações existentes entre eles,

³⁴²KELSEN, Hans. 2009, p. 118.

³⁴³RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 36-37.

³⁴⁴DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. “O positivismo jurídico diante da principiologia”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008, pp. 190-191. Giorgio Del Vecchio assim se posiciona a respeito do tema: “Não basta uma simples opinião, mesmo que fundamentada, acerca da injustiça das leis vigentes, para justificar a revolta contra elas ou uma recusa à sua observância. Se qualquer opinião ou sentimentos individuais fossem motivo bastante para legitimar o desrespeito do direito estabelecido, a consequência não seria o advento de uma mais alta justiça, mas sim a subversão de toda a justiça pelo aluimento das suas bases de certeza e segurança”. (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1951, p. 428).

³⁴⁵VERBICARO, Loiane Prado. 2017, p. 54. Sobre o ponto, merece destaque lição de Osmar Mendes Paixão Côrtes: “Observa-se que, se é difícil (senão impossível) falar-se em justo e em finalidade, em termos absolutos, pelo menos em um ponto é preciso que haja consenso, no direito – quanto à existência de uma ordem jurídica, reconhecida e aceita pela comunidade. Os valores da justiça e da finalidade ficam, dessa forma, preteridos em nome da segurança que se deve ter na busca da paz social”. (CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 24).

assim como admitem que a inspiração do legislador decorre da moral dominante. O que diferencia o positivismo da visão moralista é o entendimento de que o intérprete não pode modificar a decisão do legislador quando diverge sobre sua ideia de direito e de justiça. Assim é que nada impede que um cidadão reivindique a positivação daquilo que considera moral ou justo³⁴⁶. O que não pode ocorrer é uma vinculação necessária da moral na criação/concretização do direito. A vinculação entre o direito e a moral é *contingente*, pois depende da vontade dos criadores das normas. Com efeito, o positivismo admite o recurso à moral tanto quando o direito em vigor o prevê, como quando o legislador possibilita que o aplicador faça uso de critérios morais. No primeiro caso, há uma “necessidade”; no segundo, uma “possibilidade”³⁴⁷. Ou seja, o positivismo não nega a existência de influências morais, mas também não as “absolutiza”, afastando a possibilidade de sua utilização com vistas à correção de um direito válido. Seus defensores rejeitam tanto a tese moralista da necessária conexão entre direito e moral, quanto a tese da necessária ausência de conexão entre eles. Nesse sentido, o autor defende que a abordagem positivista tem a vantagem política da “sinceridade”, já que “separa a constatação da validade de sua crítica, não disfarça a discordância nem cria a falsa impressão de que o aplicador pode corrigir a norma insatisfatória ou encontrar a solução moralmente adequada”³⁴⁸.

Embora reconheça as diversas relações contingentes existentes entre o direito e a moral, Herbert Hart igualmente defende a ideia de que não há uma conexão conceitual necessária entre ambos. Assim é que nada obsta a existência de direitos e deveres jurídicos destituídos de força moral, os quais, ainda assim, deverão ser observados³⁴⁹.

Sobre o tema, Miguel Reale destaca que, apesar de não ser possível ao julgador deixar de aplicar uma lei sob a alegação de que seu texto seria injusto,

³⁴⁶Nesse sentido, Jeremy Waldron destaca a possibilidade de o próprio povo decidir, por procedimentos legislativos ordinários, sobre matérias de diversas naturezas, tais como o aborto, a ação afirmativa contra a discriminação de minorias, as cotas escolares e o casamento *gay*. (WALDRON, Jeremy. “A Essência da Oposição ao *Judicial Review*”. In BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Tradução de Adauto Villela. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 94-95).

³⁴⁷Segundo Susanna Pozzolo, o que se verifica em tal hipótese é, na realidade, um “ato de vontade autorizador”. (OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. 2012, p. 101).

³⁴⁸DIMOULIS, Dimitri. 2006, pp. 170-181 e 204.

³⁴⁹HART, Herbert. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, pp. 346-347.

nada impede que seja proclamada sua “ilegitimidade ética”³⁵⁰. Para o autor, ainda que a justiça seja o valor “mais alto”, pode não ser o mais “urgente”, já que a preservação da ordem e da paz igualmente colabora para a criação das condições necessárias à conquista da ideia de justiça. O raciocínio é justificado com a lição de Sócrates, ao recusar-se a evadir da prisão: “É preciso que os homens bons respeitem as leis más, para que os maus não aprendam a desrespeitar as leis boas”³⁵¹. Segundo lição de Eros Grau, “é à positividade do direito que Sócrates presta acatamento ao não escapar da cidade”³⁵².

Outra questão relevante e usualmente ignorada pelos defensores do neoconstitucionalismo diz com o fato de que o positivismo não apresenta apenas um único formato de pensamento. Atualmente, há inúmeras vertentes dogmáticas fundadas em ideias ligadas à essência da doutrina juspositivista.

O juspositivismo *exclusivo* – que tem em Joseph Raz um de seus principais expoentes – defende que a moral jamais poderá ser utilizada como critério de identificação do direito positivo. O direito é estabelecido única e exclusivamente por fatos sociais. Assim, mesmo quando o juiz decide de acordo com crenças morais, não haveria propriamente uma influência moral no direito, mas, sim, uma decisão humana que constitui um fato social. Tal decisão não cria direito, porque é “justa”, “moral” ou “adequada”, mas porque o intérprete possuía autoridade para fazê-lo³⁵³.

Joseph Raz delinea seu modelo de positivismo exclusivo valendo-se da ideia de um direito com natureza autoritativa³⁵⁴, desvinculando a qualidade da norma do seu conteúdo ou do seu mérito substantivo³⁵⁵.

Tal premissa impede que a moral possa ser utilizada como condição para que uma norma seja tida por jurídica³⁵⁶. A validade do direito é assegurada tão

³⁵⁰Ao tratar do tema, Eros Grau afirma que: “É possível e desejável, sim, que o direito, em sua positividade, seja interpelado criticamente, a partir de conteúdos éticos e morais nascidos da luta social e política. Esta luta se dá, aliás, desde o advento da modernidade, com o propósito de realizar, para o maior número, as promessas de liberdade, igualdade e fraternidade. Outra coisa é a pretensão de se substituir o direito pela ética – o que, na prática, significa interrogar as instituições do Estado de Direito (...)”. (GRAU, Eros Roberto. 2014, pp. 17-18).

³⁵¹REALE, Miguel. 1999, p. 320.

³⁵²GRAU, Eros Roberto. 2014, p. 19.

³⁵³DIMOULIS, Dimitri. 2006, pp. 134-135.

³⁵⁴RAZ, Joseph. *Le ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 250.

³⁵⁵COLEMAN, Jules. *The practice of principle: in defense of a pragmatism approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 105.

³⁵⁶RAZ, Joseph. *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*. Tradução de R. Tamayo e Salmorán. Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 64.

somente pelo ato da autoridade competente. Não há qualquer pretensão de correção do direito³⁵⁷.

Já o juspositivismo *inclusivo*, mais conhecido no Brasil como positivismo *moderado*, considera que os valores morais não são sempre decisivos para definição e aplicação do direito. Não obstante, reconhece a possibilidade de existência, em certas sociedades, de uma convenção social que possibilite a utilização de considerações morais para a determinação da validade das normas jurídicas, assim como para sua interpretação³⁵⁸. Destarte, a moralidade *pode* ser uma condição da validade da norma, desde que a regra de reconhecimento assim haja estabelecido³⁵⁹. Por outro lado, se, em determinado sistema jurídico, a regra de reconhecimento ignorar o aludido requisito, o respeito ao princípio moral não será tido como uma condição de legalidade da norma³⁶⁰.

Como destacado por Jules Coleman, a regra de reconhecimento é a responsável por indicar se a moralidade deve ou não ser contemplada dentro do sistema jurídico³⁶¹.

É importante deixar claro que a admissão da relação *contingente* entre direito e moral não guarda qualquer relação com os postulados do neoconstitucionalismo, uma vez que este apregoa a existência de uma relação *necessária* entre ambos³⁶².

Para Loiane Verbicaro, o requisito relativo à regra de reconhecimento é o que fundamentalmente permite a compatibilização da incorporação dos princípios morais ao sistema jurídico com a observância ao postulado positivista de separação entre direito e moral. Trata-se, na realidade, de uma estratégia de conciliação entre regra de reconhecimento e moralidade, entre positivismo e valoratividade³⁶³.

³⁵⁷MOREIRA, Eduardo Ribeiro. 2009(a), pp. 444-445.

³⁵⁸DIMOULIS, Dimitri. 2006, pp. 137-138.

³⁵⁹COLEMAN, Jules. "Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis". In COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's postscript. Essays on the postscript to the concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 100.

³⁶⁰COLEMAN, Jules. "Negative and Positive Positivism". In COHEN, Marshall. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Londres: Duckworth, 1984, p. 31.

³⁶¹COLEMAN, Jules. 2001, p. 108.

³⁶²MORESO, José Juan. "El positivismo jurídico, la aplicación del derecho y la interpretación de la Constitución". In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008, p. 276.

³⁶³VERBICARO, Loiane Prado. 2017, p. 147.

Herbert Hart intitula a doutrina por ele defendida como positivismo *brando* ou *soft positivism*. Na mesma linha defendida pelo positivismo inclusivo, acena com a aceitação de a possibilidade da norma de reconhecimento incorporar, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios de ordem moral³⁶⁴.

O Professor de Filosofia do Direito da Universidade Carlos III de Madrid, Rafael Escudero Alday, por sua vez, defende um positivismo jurídico *sem qualificadores*, o qual é caracterizado pela exclusão da moral como instância valorativa para identificação do Direito, pelo afastamento do critério material de validade normativa e pela aceitação de uma margem de discricionariedade judicial³⁶⁵.

Conquanto a delimitação da temática proposta no presente estudo não permita um maior aprofundamento acerca das características atinentes às inúmeras vertentes do positivismo jurídico, a breve amostragem procedida parece apontar pela possibilidade de compatibilização de seus postulados, em menor ou maior grau, com o Direito Constitucional contemporâneo, fato que contradiz a ideia propalada pelo neoconstitucionalismo de que a interpretação dos novos textos constitucionais demandaria, necessariamente, a criação de uma “nova hermenêutica” constitucional.

³⁶⁴HART, Herbert. 2009, p. 323.

³⁶⁵ALDAY, Rafael Escudero. *Los calificados del positivismo jurídico: El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 260.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

4.1 Judicialização da política

No passado, como já tratado em tópico próprio, o Poder Judiciário não detinha papel político ativo, já que falta a ele legitimidade popular, tendo em vista a ideia de que a lei deve ter origem no povo³⁶⁶.

Especificamente no Brasil, as Constituições de 1934 e de 1937 vedavam o conhecimento, por parte do Judiciário, de questões afeitas à política.

Atualmente, no entanto, verifica-se uma notável mudança de cenário, resultante, especialmente, da propagação dos direitos humanos havida após a Segunda Guerra e da consequente consolidação do Estado Democrático de Direito³⁶⁷.

A natureza transformadora ínsita a esse modelo estatal sabidamente favorece a expansão do poder judicial na defesa da proteção dos direitos fundamentais, disso resultando a assunção pelo Judiciário de um papel político. Tal fenômeno, de caráter universal, é mais facilmente observado nas democracias ocidentais, sendo notado em países como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria, Colômbia, França, entre outros.

A judicialização da política é tida como uma expansão quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário em relação à vida social, política e econômica, permitindo que questões políticas possam vir a ser decididas na esfera judicial, com base em argumentos jurídicos³⁶⁸.

³⁶⁶A esse respeito, leciona Ana Paula de Barcellos: “Em um Estado de direito, republicano e democrático, no qual se adota como pressuposto a igualdade de todos, a imperatividade do ordenamento jurídico decorre de contar, em última análise, com o respaldo de uma decisão majoritária, representada pela lei e/ou pela Constituição. Isto é: apenas uma decisão tomada em bases majoritárias, com a participação direta ou indireta das pessoas, pode ser considerada legitimamente obrigatória e capaz de desencadear os mecanismos de coerção do Estado. Em um Estado democrático de direito, é preciso reconhecer e não asfixiar as margens de conformação legislativa, no âmbito das quais o legislador pode cristalizar, por meio da legalidade, as opções políticas explícitas da comunidade em um universo de alternativas possíveis. Nesse mesmo sentido, e deixando de lado outras considerações, a legitimidade da atuação judicial decorre igualmente de sua *vinculação a decisões majoritárias*”. (BARCELLOS, Ana Paula de. “Direito e Política. Silêncio do Legislador, Interpretação e Analogia”. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 663).

³⁶⁷VERBICARO, Loiane Prado. 2017, p. 324.

³⁶⁸VERBICARO, Loiane Prado. 2017, p. 327.

Antonio Moreira Maués conceitua o fenômeno da judicialização como sendo um processo de “interação” da justiça constitucional com os Poderes Legislativo e Executivo, pela qual as decisões judiciais passam a produzir parâmetros normativos que são tomados como base para as deliberações dos demais Poderes. O processo seria dividido em dois momentos. No primeiro deles, ocorre a “politização” da justiça constitucional, permitindo que o controle de constitucionalidade seja operado no sentido de modificar os resultados do processo legislativo ou a interpretação da Constituição, colocando o tribunal constitucional na posição de “árbitro final” dos conflitos políticos. No segundo, ocorre a “judicialização” do processo legislativo, verificado, quando a justiça constitucional, ao solucionar as demandas a ela submetidas, torna-se responsável por reger o exercício do Poder Legislativo³⁶⁹.

Para o catedrático espanhol Ignacio de Otto o que diferencia a hipótese de aplicação da norma daquela referente à decisão política são as distintas formas de fundamentação de uma e de outra decisão, já que a última é caracterizada pela argumentação relativa aos fins perseguidos, enquanto a decisão jurisdicional só tem legitimidade se deixar de levar em conta as opiniões pessoais do julgador e as consequências práticas dela decorrentes³⁷⁰.

No âmbito brasileiro, o fenômeno ligado à judicialização da política guarda estreita relação com o modelo de constitucionalismo social democrático adotado pela Constituição de 1988.

Tudo tem início com o fato de a Carta ter dado abrigo a um largo rol de prestações positivas a serem asseguradas pelo Estado - seguridade social (artigos 194 a 196); saúde (artigos 201 a 203); assistência social (artigos 203 a 205); educação (artigos 205 a 214); cultura (artigos 215 a 217); desporto (artigos 217 a 218); proteção à família, à criança e ao adolescente (artigos 226 a 231), entre outras - sem, contudo, destinar maior atenção à estipulação das condições necessárias para sua concretização. Para comprovar o notável desequilíbrio resultante do texto constitucional, basta ter em conta sua menção a garantias em

³⁶⁹MAUÉS, Antonio Moreira. “Constituição e Pluralismo Vinte Anos Depois”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009(b), p. 181.

³⁷⁰OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1998, p. 289.

quarenta e quatro oportunidades, a direitos em setenta e seis ocasiões e a deveres em apenas quatro³⁷¹.

Embora pareça ser intuitiva a conclusão de que a simples decisão pela inclusão desse espantoso conjunto de direitos sociais à Lei Maior não tem o condão de torná-los faticamente possíveis de serem realizados (ao menos não de forma imediata)³⁷², seus destinatários não parecem pensar da mesma forma.

A euforia resultante do novo ambiente democrático surgido na década de 1980, que teve como ápice a promulgação da Constituição no ano de 1988, fez com que a sociedade brasileira acreditasse que a concretização do texto constitucional depende, unicamente, de vontade política.

A população anseia em, finalmente, usufruir das “conquistas” advindas da Constituição de 1988. Como destacado por Luís Roberto Barroso, a Constituição tem justamente a capacidade de “simbolizar conquistas” e de “mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços”³⁷³.

Contudo, como sabidamente inúmeros direitos constitucionais ainda não lograram ser alcançados pela nação brasileira, ganha força um sentimento geral de que os poderes políticos estariam incorrendo em injustificada omissão.

Os efeitos decorrentes dessa aparente indiferença dos Poderes Executivo e Legislativo em relação às aspirações sociais são potencializados pela inegável crise do modelo representativo atualmente experimentada³⁷⁴.

³⁷¹PRADO, Ney. “Com tendência à demagogia”. *O Estado de S. Paulo*. 30 de março de 2017. Bem situando a questão, afirma o autor: “Indiferentes aos obstáculos da própria realidade, imaginaram os constituintes ser possível resolver o problema das carências humanas pela simples inserção na Constituição dos chamados direitos sociais. Mas laboraram em mais um equívoco. Confundiram meros anseios com direitos. Não distinguiram o que é justo do possível. Não levaram em conta a quantidade, a dosagem, o estágio de desenvolvimento atual do Brasil e os meios necessários à implementação das medidas assistenciais abundantemente contempladas”. (PRADO, Ney. 2017).

³⁷²Sobre o tema, Miguel Reale recomenda que se desconfie dos “dispositivos ingênuos que prometem o paraíso a todos os brasileiros graças aos recursos do Estado”. (REALE, Miguel. “Constituição Terceiro-Mundista”. *O Estado de São Paulo*. 05 de outubro de 1988, p. 2).

³⁷³BARROSO, Luís Roberto, 2007, p. 4.

³⁷⁴ Maria Elizabeth Teixeira Rocha afirma que a crise do sistema representativo deve ser entendida como um “processo global de questionamento dos valores democráticos e das práticas políticas neles fundamentadas”. (ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. “Democracia, Direito e Legitimidade. A Crise do Sistema Representativo Contemporâneo e os Novos Desafios do Contrato Social”. In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coords.). *Lições de Direito Constitucional: em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 211). Alexandre de Moraes indica as três principais causas para a atual crise do sistema representativo brasileiro: “O desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento”. (MORAES, Alexandre de. 2000, p. 47).

Com efeito, há atualmente um notório e justificado sentimento geral de falta de qualidade da governança, em grande parte, pelo notório incremento da corrupção. A sociedade civil destina à classe política indiferença, desconfiança e desprezo³⁷⁵.

Nesse contexto, a pretensa inércia dos poderes políticos passa a ser tida como dolosa omissão, apta a legitimar a interferência, em maior ou menor grau, do Poder Judiciário, que se torna o garantidor da realização do texto constitucional. Todas as esperanças da nação são nele depositadas³⁷⁶.

Os poderes políticos, ao contrário, são vistos como verdadeiros obstáculos à materialização desse objetivo.

Essa inversão de expectativas tem origem fundamentalmente nas crescentes decisões judiciais determinando a realização de direitos até então tidos como inalcançáveis pelos jurisdicionados, favorecendo a ideia de que o Judiciário seria o real garantidor da tão aguardada concretização do vasto rol de direitos e garantias previstos pela Carta de 1988.

Com efeito, a conhecida inconformidade de grande parte dos magistrados com a forma de governança do Estado, assim como com o quadro socioeconômico existente, conduz muitos deles a trabalharem ativamente para a mudança da realidade social, passando a agir, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, como verdadeiros “representantes do povo” (ainda que não escolhidos por ele), “vingadores de injustiças” e “carrascos dos maus”, tornando-se, portanto, “protagonistas ativos” da vida política³⁷⁷.

E o fato é que o Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, não desgostou de se transformar no centro das expectativas sociais brasileiras,

³⁷⁵BARROSO, Luís Roberto. 2015(a), p. 22.

³⁷⁶Sobre o tema, vale destacar lição de Celso Campilongo: “A incapacidade de representação dos interesses coletivos pelos canais da Democracia representativa e as dificuldades de defesa e garantia dos direitos sociais pelos mecanismos de adjudicação da dogmática jurídica colocam a magistratura diante de um problema sem precedentes: seu instrumento de trabalho, o direito positivo, torna-se um dos principais objetivos do conflito social. Trocando os termos: a ‘inconstitucionalização do conflito’ que tinha um leito tranquilo nos tribunais, na lei e na ordem passa a ser questionada, politizada e transformada em agitado instrumento de expansão da cidadania. Os tribunais deixam de ser a sede de resolução das contendas entre indivíduos e passam a ser uma arena de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais”. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Magistratura, sistema jurídico e sistema político”. *Direito e justiça: função social do Judiciário*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 115).

³⁷⁷FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), p. 296.

passando a usufruir de um notável grau de reconhecimento nunca antes experimentado³⁷⁸.

Luís Roberto Barroso admite que no Brasil os juízes se tornaram mais representativos dos anseios e das demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. Segundo o autor, “vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares”³⁷⁹.

Essa notável valorização contemporânea do Poder Judiciário mostra-se determinante para a expansão da atividade jurisdicional.

De fato, a Professora alemã Ingeborg Maus, da Universidade Johann Wolfgang Goethe, de Frankfurt am Main, afirma que o crescimento, em nível mundial, do Poder Judiciário no decorrer do século XX decorre especialmente do notável grau de confiança que a Justiça usufrui por parte da população, que adquire contornos de “veneração religiosa”. Há, atualmente, uma verdadeira “transferência do superego”. A Justiça passa a centralizar a “consciência” da sociedade, ascendendo à qualidade de “administradora da moral pública”. Com isso, torna-se a instituição mais adequada para, na perspectiva de um “terceiro neutro”, emitir decisões objetivas, imparciais e, portanto, justas³⁸⁰.

No cenário brasileiro, a ascensão do Poder Judiciário é igualmente facilitada pelo fato de a Constituição de 1988 ter estabelecido, simultaneamente, a impossibilidade de exclusão de apreciação judicial a lesão ou ameaça a direito, um amplo rol de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais e, ademais, ter concentrado no Terceiro Poder o controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos. Marco Antonio da Costa Sabino afirma que, com o

³⁷⁸Sobre o ponto, Eduardo Mendonça e Luís Roberto Barroso lecionam que “circunstâncias diversas têm colocado ênfase no papel representativo do Supremo Tribunal Federal. Apesar de se tratar de uma questão pouco teorizada, o fato é que um olhar reconstrutivo sobre a jurisprudência e a própria postura da Corte permite concluir que ela tem desenvolvido, de forma crescente, uma nítida percepção de si mesma como representante da soberania popular. Mais precisamente, como representante de decisões soberanas materializadas na Constituição Federal e difundidas por meio de um sentimento constitucional que, venturosamente, se irradiou pela sociedade como um todo. Tal realidade é perceptível na frequência com que as normas da Constituição são invocadas nos mais diversos ambientes”. (MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. “STF entre seus papéis contramajoritário e representativo”. *Revista Consultor Jurídico*, jan. 2013. Disponível em: {<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contra-majoritario-representativo>}. Acesso em 09 de fevereiro de 2013).

³⁷⁹BARROSO, Luís Roberto. 2015(a), p. 23.

³⁸⁰MAUS, Ingeborg. 2000, pp.185-190.

advento da Carta, o Judiciário reuniu condições de se tornar “protagonista da república” muito além da concepção de Montesquieu³⁸¹.

Com efeito, a Lei Maior de 1988 é tida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho como o principal elemento responsável pela judicialização da política no Brasil, pelo fato de ter atribuído ao Judiciário, ao lado de seu papel tradicional de “fiscal da legalidade”, um novo, o de “guardião da legitimidade”, a fim de aprimorar o controle da atuação dos demais Poderes. Segundo o autor, há motivos inclusive para supor que a judicialização da política tenha sido desejada pela Constituinte, tendo em vista que o Judiciário gozava de uma confiabilidade que os poderes políticos já haviam perdido. O Judiciário, em 1988, já aparecia perante a opinião pública como uma “elite instruída” e “não corrompida”. Portanto, “confiável”³⁸².

Todo esse contexto favorece que o Poder Judiciário, ainda que seja o único não legitimado democraticamente, passe a, gradualmente, ocupar o espaço deixado pelos Poderes Executivo e Legislativo, tornando-se o foro de debate de questões fundamentais da sociedade³⁸³.

No exercício desse novo papel, o juiz tende a agir como um verdadeiro “modelador da vida social”³⁸⁴. Marcelo Novelino entende ser possível identificar, até mesmo, um “papel representativo” exercido pela jurisdição constitucional no atendimento aos anseios sociais³⁸⁵. Colabora para tanto a percepção de que

³⁸¹SABINO, Marco Antonio da Costa. 2016, pp. 48-50. Segundo lição de Mauro Cappelletti, nesse novo cenário, o Poder Judiciário terá que aceitar a realidade da nova concepção do direito e da função do estado, escolhendo uma das seguintes possibilidades: permanecer fiel à ideia tradicional dos limites da função jurisdicional, ou “elevar-se ao nível dos outros poderes”, a fim de tornar-se o “terceiro gigante”, capaz de controlar o “legislador mastodonte” e o “leviatanesco administrador”. (CAPPELLETTI, Mauro. 1993, pp. 41 e 47).

³⁸²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), pp. 206 e 229.

³⁸³Sobre o tema, v. importante observação feita por Delfim Netto: “A Constituição criou uma ideia de que tudo é direito. Essa ideia produziu uma judicialização que não se sabe mais onde começa o Executivo e termina o Judiciário. Também não se sabe exatamente qual é a função do Legislativo”. (NETTO, Antonio Delfim. “Judicialização como resultado”. *O Estado de S. Paulo*. 30 de março de 2017).

³⁸⁴VERBICARO, Loiane Prado. 2008, p. 395.

³⁸⁵NOVELINO, Marcelo. “O STF e a opinião pública”. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 250. O mesmo autor, no entanto, esclarece que tal “papel representativo” não significa que as cortes constitucionais “tenham maior expertise ou que sejam a instituição mais adequada para representar a vontade majoritária, mas revela que uma dicotomia irrefletida entre maioria e minoria pode conduzir a respostas desnecessariamente antagônicas, ofuscando a visão sobre o efetivo papel desempenhado pelas cortes constitucionais, que, além de atuarem no sentido de *proteger* os direitos das minorias contra eventuais excessos da maioria, estimulam a *conformação* dos atos políticos à vontade da maioria popular e, eventualmente, até a *representam* em demandas não atendidas pelos órgãos de representação popular”. (NOVELINO, Marcelo. 2015, p. 250).

incumbe aos magistrados a responsabilidade de trabalhar para o “bem comum”³⁸⁶.

A grande questão que surge nesse contexto é que o exercício dessa diferenciada atribuição pressupõe que o Poder Judiciário passe a ter que proceder ao exame da legislação pelo viés da concretização dos resultados operados, com significativos reflexos nos contornos próprios à prestação jurisdicional, uma vez que transfere ao julgador responsabilidades que, até então, incumbiam exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo. A atividade judicial passa a ser contaminada pela política, fazendo com que o julgador fique tentado a agir conforme a expectativa social³⁸⁷.

O exercício de um papel político por membros do Judiciário é uma questão sabidamente controvertida³⁸⁸, particularmente em relação à legitimidade democrática da jurisdição constitucional³⁸⁹.

Como lembrado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a visão clássica do Judiciário como um Poder “apolítico” resulta da ideia de que fazer justiça presume uma imparcialidade que ultrapasse as disputas e as opções políticas. Somente os poderes eleitos pelo povo poderiam tomar decisões políticas envolvendo julgamentos de conveniência³⁹⁰.

Apesar de reconhecer que o Poder Judiciário originalmente não possui legitimidade para a elaboração de políticas públicas, Loiane Verbicaro sustenta que, na hipótese de as questões políticas estarem incluídas na legislação ou de afetarem fortemente a realização de princípios, direitos ou valores constitucionais, fica estabelecido um espaço legítimo de atuação. A possível invocação do obstáculo de legitimidade democrática é afastada pelo argumento da necessidade de estar assegurada a plena realização dos direitos fundamentais. Isso porque,

³⁸⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2012, pp. 221-223.

³⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão de Poderes: um princípio em decadência?”. *Revista da USP*. São Paulo, n. 21, 1994, pp. 18-19.

³⁸⁸ A controvérsia acerca do tema revela-se bastante antiga, merecendo especial destaque o célebre debate acadêmico travado entre Carl Schmitt (SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 193-207) e Hans Kelsen sobre a quem deveria incumbir a função de Guardião da Constituição. Enquanto o primeiro defendia que a autoridade responsável deveria ser o representante do Executivo, Kelsen apontava para sua concessão a um Tribunal Constitucional. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 151-152).

³⁸⁹ Luis Prieto Sanchís sustenta que, sob uma perspectiva democrática, o “Direito judicial apresenta uma legitimidade indireta, mediatizada e, definitivamente, débil”. (SANCHÍS, Luís Prieto. 1997(b), p. 243).

³⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), p. 288.

quando uma diretriz política viola tal modalidade de direitos, a questão deixa de ser puramente política, atingindo a esfera da juridicidade. Em tais circunstâncias, o controle judicial possibilita a “correção” das distorções políticas aos valores constitucionais³⁹¹.

Na opinião de Dalmo Dallari, a iniciativa pela adoção de um papel com caráter político em tais hipóteses é preferível diante de uma fictícia ideia de neutralidade absoluta, a qual importaria uma verdadeira e inaceitável indiferença do julgador em relação ao destino do país e da sociedade³⁹².

Tais posições têm nitidamente como pressuposto a usual ideia de que os integrantes do Poder Judiciário teriam maiores condições de decidir as questões mais relevantes da nação do que os representantes dos poderes políticos, os quais, por razões de mais de uma ordem, na história recente sempre foram destinatários de certa desconfiança.

Jorge Octávio Lavocat Galvão, contudo, diverge de tais pontos de vista. Segundo o autor, a tese de que os juízes fariam uma espécie de “elo” entre a sociedade e o ordenamento jurídico, diminuindo a distância verificada entre os anseios da sociedade e o Direito, pressupõe a existência de cidadãos “alienados” e “impotentes”, assim como de agentes públicos “egoístas”, voltados a impor suas preferências sobre a sociedade. No centro disso, juízes capazes de refletir com fidelidade a vontade popular. Afora esse aspecto, o argumento colide com a já tratada pluralidade de valores existente na complexa sociedade moderna. O ponto de vista do julgador passa a ser mais relevante do que o do conjunto dos demais cidadãos. O Estado de Direito pressupõe a aderência do julgador à legislação

³⁹¹VERBICARO, Loiane Prado. 2017, pp. 329 e 334. Alexandre de Moares igualmente defende a legitimidade da jurisdição constitucional com base na necessidade de ser assegurada a efetivação da Constituição, afirmando que “o fundamento básico da legitimidade material da justiça constitucional está na necessidade de consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais básicos e direitos fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo, pois nos Estados onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira Democracia inexiste”. (MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Garantia Suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 74).

³⁹²DALLARI, Dalmo de Abreu. 2010, pp. 87-88. Similar opinião é defendida por Cândido Dinamarco: “Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possam transparecer a realidade da norma que contém no momento presente. O juiz que não assume essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 294).

vigente, não sendo desejável que o intérprete seja contaminado pela opinião pública. Ao menos em situações normais, não há indicativos efetivos de que as soluções judiciais sejam mais adequadas do que aquelas formuladas pelos órgãos democraticamente eleitos³⁹³.

Conquanto entenda pela importância de o Poder Judiciário atuar em prol da proteção dos direitos fundamentais, Gisele Cittadino igualmente aponta preocupação com o fato de a ampliação do raio de atuação da jurisdição constitucional vir a conduzir ao extravasamento dos limites propiciados pelo regime político democrático³⁹⁴.

A par das discussões acerca da legitimidade e da conveniência de o Poder Judiciário adentrar em questões afeitas aos poderes políticos, fato é que, especialmente no século XXI, verifica-se um crescente direcionamento das principais questões do país à Corte Constitucional, merecendo destaque a participação do Supremo Tribunal Federal na definição do rito do processo de *impeachment* do cargo de Presidente da República (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 478); na suspensão das funções parlamentares de integrante do Senado Federal (Ação Cautelar nº 4327); na análise da constitucionalidade da chamada “cláusula de barreira” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351-3); na discussão acerca das consequências advindas da troca de partido político (Mandado de Segurança nº 26.602); e em inúmeras outras questões de caráter eminentemente político³⁹⁵.

Muito embora diversos doutrinadores – entre eles, Luís Roberto Barroso - argumentem que o fenômeno da judicialização da política não se confunde com “usurpação” da esfera política pelo Judiciário³⁹⁶, guardando relação apenas com o

³⁹³GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 81-84 e 90.

³⁹⁴CITTADINO, Gisele. “Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 34.

³⁹⁵Marco Antonio da Costa Sabino afirma que o atual “tempo de supremacia” experimentado pelo Judiciário brasileiro chega a propiciar a transferência até mesmo proposital de questões afeitas à política - com especial destaque àquelas relacionadas a temas tidos como impopulares -, ao foro judicial, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. (SABINO, Marco Antonio da Costa. 2016, pp. 123-124).

³⁹⁶Ao abordar o tema, Camilo Zufelato prega a revisão do sentido da expressão *judicialização da política*, para que ela deixe de significar “interferência abusiva” do direito em temas próprios aos agentes políticos, e passe a ser compreendida dentro de um contexto no qual os direitos fundamentais sejam compreendidos como perfeitamente judicializáveis. (ZUFELATO, Camilo. “Controle Judicial e Políticas Públicas mediante Ações Coletivas e Individuais”. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 311).

fato de diversas matérias controvertidas inseridas no âmbito de alcance da Constituição poderem ser convertidas em postulações judiciais, possibilitando que o Supremo Tribunal Federal dê a última palavra em temas das mais diversas naturezas³⁹⁷, fato é que ele propicia o contexto ideal para o surgimento do ativismo judicial.

De fato, Manoel Gonçalves Ferreira Filho vislumbra, no ativismo judicial, a mais grave contrapartida decorrente da assunção de um papel político pelo Judiciário³⁹⁸.

4.2 Ativismo Judicial

Ativismo judicial e judicialização da política são fenômenos distintos, embora intimamente interligados.

A judicialização, como visto, resulta em grande parte da constitucionalização do Direito, do extenso e detalhado rol de temas tratados pela Constituição penderes de prestações positivas por parte do Estado, assim como dos diversos mecanismos judiciais propiciados para sua materialização.

Tais fatos geram uma grande confusão entre a guarda da Constituição (jurisdição constitucional), a legislação e a jurisdição comum, que são funções independentes e distintas³⁹⁹.

No Brasil, são recentes os estudos acerca do ponto de equilíbrio entre a supremacia da Constituição, a interpretação constitucional levada a efeito pelo Judiciário e o processo político majoritário. Tornam a tarefa complexa, especialmente, a prolixidade da Carta, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo. Para Luís Roberto Barroso, a judicialização está atrelada à ascensão institucional do Poder Judiciário, pela qual os juízes passaram a desempenhar um papel político ativo. No Brasil, a judicialização seria, portanto, um fato, consistente na transferência de poder para o Judiciário. O fenômeno resultaria do desenho institucional do país, e não

³⁹⁷BARROSO, Luís Roberto. 2009, p. 53.

³⁹⁸FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), p. 296.

³⁹⁹HORBACH, Carlos Batisde. "A nova roupa do Direito Constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira" *Revista de Direito Administrativo*, janeiro-abril de 2009, p. 152.

propriamente de uma opção política do Judiciário⁴⁰⁰. O ativismo judicial, por sua vez, decorreria de uma escolha consciente do julgador no sentido de interpretar a Constituição de forma proativa, pela expansão de seu sentido e alcance⁴⁰¹.

Adotando similar linha de pensamento, Carlos Alexandre de Azevedo Campos sustenta que a judicialização significa transportar as soluções das grandes questões políticas e sociais para dentro da arena judicial. Já o ativismo consiste na escolha comportamental do julgador em aceitar e dar resposta a tal demanda⁴⁰².

A ideia relacionada ao ativismo judicial é muito mais antiga do que o termo propriamente dito. Antes do século XX, já era discutida a possibilidade de juízes produzirem direito positivo, ainda que sem nenhuma referência à expressão *ativismo judicial*⁴⁰³.

O termo é originário dos Estados Unidos⁴⁰⁴ e reflete especialmente a atuação da Suprema Corte americana quando presidida por Earl Warren, entre os anos de 1954 e 1969, período no qual se verificou uma revolução em relação a

⁴⁰⁰Loiane Verbicaro assim resume as circunstâncias que facilitaram a judicialização da política no Brasil: “A promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX; a ineficácia da política macroeconômica do país e a conseqüente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório”. (VERBICARO, Loiane Prado. “Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil”. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 4, jul-dez 2008, p. 390).

⁴⁰¹BARROSO. Luís Roberto. 2015(b), pp. 437-443.

⁴⁰²CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. “Supremo Tribunal Federal, Política e Democracia”. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 187. A relevância direcionada à intencionalidade ou não do julgador faz com que seja concebível até mesmo a possibilidade de ser constatado o ativismo judicial em um cenário em que não se verifique a judicialização da política e vice-versa. (POGREBINSCHI, Thamy. “Ativismo Judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000, p. 123).

⁴⁰³KMIEC, Keenan D. “The origin and current meanings of ‘judicial activism’”. *California Law Review*, 2004, vol. 92, p. 1444.

⁴⁰⁴A primeira utilização do termo “ativismo judicial” ocorreu em uma revista popular, no artigo de Arthur Schelesinger Jr., publicado pela revista *Fortune* de janeiro de 1947. Joseph C. Hutchson Jr. foi o primeiro a utilizar a expressão “ativismo judicial” em um parecer judicial, o que ocorreu no caso *Theriot versus Mercer*. A menção foi feita em nota de rodapé, aludindo à questão discutida no caso *Galloway versus Estados Unidos*, caracterizando-a como uma forma de ativismo judicial, em tom crítico. (KMIEC, Keenan D. 2004, pp. 1444-1459).

inúmeras práticas políticas, conduzida por uma jurisprudência progressista em relação aos direitos fundamentais⁴⁰⁵.

No Brasil, o tema relacionado ao ativismo judicial só ganhou maior relevância com a Constituição de 1988, a qual, refletindo os postulados próprios aos textos constitucionais contemporâneos, foi estruturada com base na defesa da dignidade humana e da conseqüente necessidade de proteção e concretização dos direitos fundamentais⁴⁰⁶.

Além disso, a Lei Maior propiciou uma maior aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade, assim como o fortalecimento de instituições como o Ministério Público. Não por acaso a Carta de 1988 é conhecida como “Constituição cidadã”.

No entanto, passadas quase três décadas desde sua promulgação, a sociedade brasileira e o próprio Judiciário têm a percepção de que os direitos e as garantias constitucionalmente previstos não vêm sendo adequadamente atendidos.

Tal responsabilidade, como oportunamente ilustrado, é fundamentalmente atribuída aos poderes políticos, os quais estariam se omitido em relação à criação das condições necessárias para sua efetiva concretização, não obstante a previsão constitucional quanto à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Com vistas ao atendimento do crescente anseio social pela realização prática das normas constitucionais, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência têm trabalhado fortemente no sentido de assegurar o seu real cumprimento⁴⁰⁷.

Não é por acaso que grande parte das decisões judiciais que apresentam algum traço de ativismo judicial é fundamentada na suposta inércia dos poderes políticos em atuarem em prol das demandas populares, tornando necessária a intervenção do Judiciário⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵BARROSO, Luís Roberto. 2011, p. 232. Sobre a posição do ativismo judicial no direito comparado, v. RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 104-111.

⁴⁰⁶ Sobre o tema, v. Ingo Wolfgang Sarlet: “Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância.” (SARLET, Ingo Wolfgang. 2015(a), p. 64).

⁴⁰⁷BARROSO, Luís Roberto. 1993, p. 344.

⁴⁰⁸Entre os inúmeros exemplos que poderiam ser apontados, merece destaque a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.

A conjugação dessa avidez pela efetivação da Constituição de 1988 com a baixa densidade normativa própria às suas cláusulas cria o cenário ideal para que o intérprete possa fazer valer suas considerações políticas e morais em detrimento daquilo que ficou democraticamente estabelecido⁴⁰⁹.

Assim é que, pressionado no sentido de concretizar plenamente os direitos e as garantias contemplados pela Carta, muitas vezes o Poder Judiciário ultrapassa os limites estabelecidos pelo sistema jurídico para o exercício da função jurisdicional⁴¹⁰.

Corroborando esse quadro, igualmente, a maior atuação dos intérpretes constitucionais em sentido *lato* proporcionada pelas constituições contemporâneas. Com efeito, Peter Häberle destaca que o afastamento do monopólio estatal em relação à interpretação constitucional torna possível que passem a integrar o processo decisório, além dos participantes da lide, igualmente os pareceristas ou *experts*, os peritos, as associações, os partidos políticos, os grupos de pressão organizados, a opinião pública (mídia), a doutrina constitucional, entre outros⁴¹¹.

Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro, a perspectiva de direito constitucional comunitário autoriza que os destinatários do sistema constitucional passem a ser tidos como participantes “ativos” do processo hermenêutico “aberto”⁴¹².

Ronald Dworkin justifica a necessidade de os cidadãos em geral serem responsáveis pela interpretação e pela aplicação dos dispositivos constitucionais de natureza abstrata, pelo fato de estes fazerem referência a princípios morais de justiça⁴¹³.

⁴⁰⁹GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 42-43.

⁴¹⁰RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), p. 288.

⁴¹¹HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, pp. 14 e 21-23.

⁴¹²SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. 2003, pp. 44-45. Luis Prieto Sanchís entende defensável a concepção do próprio processo judicial como “uma forma de participação cidadã na produção do Direito”. (SANCHÍS, Luís Prieto. 1997(b), p. 244).

⁴¹³DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

Toda essa associação de fatores levou o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, a alterar seu posicionamento, adotando inúmeras condutas que podem ser classificadas como ativistas⁴¹⁴.

De fato, não é difícil perceber que, visando levar a efeito a expectativa social de concretização do rol de direitos e garantias incorporado pela Constituição de 1988, o Judiciário passa a, não raras vezes, alargar as possibilidades interpretativas dos textos legais ou até mesmo a decidir contrariamente ao seu conteúdo, quando entende que este não se mostra compatível com os ditames constitucionais⁴¹⁵.

O ativismo judicial é concebido por Elival da Silva Ramos como a ultrapassagem da linha demarcatória da função jurisdicional imposta pelo ordenamento jurídico. O fenômeno ocorre, portanto, quando da decisão se verifica o predomínio da vontade do julgador (manifestada por suas preferências e ideologias), em detrimento da vontade do legislador (manifestada pela lei)⁴¹⁶.

Rodrigo Brandão destaca as seguintes hipóteses de ativismo no âmbito da jurisprudência constitucional brasileira: afastamento do sentido literal do dispositivo interpretado; criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão; invalidação de norma legal; imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e/ou Executivo; desrespeito a precedentes⁴¹⁷.

Tais iniciativas de extravasamento dos limites historicamente atribuídos à atividade jurisdicional geram posições das mais diversas entre os membros da sociedade, entre a doutrina e entre o próprio Judiciário, notadamente em relação à observância ao princípio democrático e ao da separação de Poderes⁴¹⁸.

⁴¹⁴MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 186. Luís Roberto Barroso destaca as seguintes linhas de decisão do Supremo Tribunal Federal que podem ser interpretadas como ativistas: (i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto (como são exemplos os casos da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo); (ii) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, com base em critérios menos rígidos que os de violação da Constituição (como são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira); (iii) imposições de obrigações ao Poder Público, tanto em casos de inércia do legislador (como é exemplo o precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município), como na hipótese de políticas públicas insuficientes (como são exemplos as decisões sobre direito à saúde). (BARROSO, Luís Roberto. 2011, pp. 232-233).

⁴¹⁵DIMOULIS, Dimitri. 2012, pp. 262-263.

⁴¹⁶RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 116-117.

⁴¹⁷BRANDÃO, Rodrigo. 2017, p. 24.

⁴¹⁸Como sabido, as bases para a divisão de poderes foram lançadas por Aristóteles, que concebeu sua segmentação em três linhas diversas: a deliberativa, a executiva e a judiciária.

Luís Roberto Barroso entende que, em alguns cenários especiais, em razão das dificuldades inerentes ao processo político majoritário, cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria, com vistas a garantir a igual dignidade de todos os cidadãos⁴¹⁹.

O mesmo entendimento é compartilhado por Dirley da Cunha Júnior, ao reconhecer a possibilidade de um poder fazer uso, em caráter excepcional e provisório, da função típica de outro poder⁴²⁰.

Para Inocência Mártires Coelho, a crítica em relação à violação do princípio da separação de poderes poderia ser enfrentada com o argumento de que os juízes, embora não possuam legitimidade “de origem” para produzir normas jurídicas, de alguma forma, adquirirem-na com a aprovação social do seu comportamento⁴²¹. A grande vantagem da assunção, pelo Judiciário, de um papel

(SABINO, Marco Antonio da Costa. 2016, pp. 37-38). A finalidade histórica da separação de poderes diz com a proteção do indivíduo contra o abuso de poder. Justamente visando a assegurar o alcance desse objetivo, mediante a garantia da liberdade política dos indivíduos, Montesquieu propôs a configuração do Estado com três poderes independentes, harmônicos e com mecanismos de controle recíprocos. O aludido sistema teve por premissa a ideia de que “todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites”. Para Montesquieu, o poder deve ser contido por outro poder. (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. *Do Espírito das leis*. Tradução, introdução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2004, pp. 188-189).

⁴¹⁹BARROSO, Luís Roberto. 2015(a), p. 4.

⁴²⁰CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 338-339.

⁴²¹Luís Roberto Barroso manifesta a mesma opinião, ao afirmar que a legitimidade democrática do Judiciário está justamente vinculada à sua capacidade de corresponder ao “sentimento social”. Segundo o autor: “A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é *um* fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade”. (BARROSO, Luís Roberto. 2011, pp. 265-267). O autor cita três casos nos quais o Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento para adotar outro mais afeito às demandas sociais: a limitação das hipóteses de foro por prerrogativa de função; a proibição do nepotismo e a imposição de fidelidade partidária. (BARROSO, Luís Roberto. 1993, p. 40). Eduardo Mendonça e Luís Roberto Barroso bem destacam tal forma de atuação ao analisarem os bastidores do julgamento do “mensalão”: “A verdade é que jamais houve um julgamento sob clamor público tão intenso, assim como sob mobilização tão implacável dos meios de comunicação. E é fora de dúvida que o STF aceitou e apreciou o papel de atender à demanda social pela condenação de certas práticas atávicas, que não devem ser aceitas como traço inerente ao sistema político brasileiro ou à identidade nacional. Desempenhou, assim, o papel representativo de agente da mudança. É inegável, todavia, que a superação de linhas jurisprudenciais anteriores, a dureza das penas e o tom por vezes panfletários de alguns votos surpreenderam boa parte da comunidade jurídica. (...) A visibilidade pública, a cobrança da mídia e as paixões da platéia criaram, na sociedade, um ambiente mais próprio à catarse do que à compreensão objetiva dos fatos. Divergências maiores ou menores quanto à prova e suas implicações jurídicas eram tratadas pelo público com a exaltação das torcidas futebolísticas”.

mais “ativo”, residiria na circunstância de que a criatividade do intérprete encontra soluções muito mais rápidas do que as respostas formuladas pelo legislador, já que, na seara judicial, as exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito, sob a forma de “novas leituras” dos enunciados normativos, chegando, por vezes, a serem criados modelos jurídicos inteiramente novos. No âmbito da jurisdição constitucional, o autor sugere que o exercício dessa criatividade não encontra limites, já que, além de as Cortes Constitucionais estarem situadas fora e acima da tripartição dos poderes estatais, sua atividade interpretativa se desenvolve preponderantemente em torno de enunciados abertos e indeterminados. Assim é que os Tribunais Constitucionais - com ampla aceitação nas sociedades democráticas -, transformaram-se em “legisladores positivos” ou, até mesmo, em verdadeiros “constituintes de plantão”⁴²².

Paulo Gustavo Gonet Branco igualmente defende o ativismo, se este for caracterizado pela interferência do Judiciário na execução de políticas públicas ou mesmo em outras ocasiões em que se faça necessário suprir a omissão dos poderes políticos. Em tais hipóteses o autor entende que não estaria configurada a violação ao princípio da separação de poderes, tampouco inobservância às exigências da democracia representativa. A jurisdição, nesses casos, muito embora contrariando a “momentânea” vontade política majoritária, estaria privilegiando aqueles que elaboraram a Constituição⁴²³.

Andreas Joachim Krell entende que o apego “exagerado” à ideia de separação de poderes decorreria de uma atitude conservadora da doutrina constitucional, que ainda não ter-se-ia adaptado às condições diferenciadas do moderno Estado Social. O princípio estaria produzindo um “efeito paralisante” às reivindicações sociais, necessitando, por isso, ser submetido a uma “nova leitura”,

(MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. 2013). Merece destaque, ainda, o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, que trata da pesquisa com células-tronco embrionárias, no qual defendeu o papel do Supremo Tribunal Federal como “representante argumentativo” dos cidadãos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*).

⁴²²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2002, pp. 57-58 e 95-99.

⁴²³BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Em Busca de um Conceito Fugidio – O Ativismo Judicial”. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 398.

para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir os direitos fundamentais contra o arbítrio e, atualmente, também, contra a omissão estatal⁴²⁴.

Walber de Moura Agra considera a doutrina clássica da separação de poderes um verdadeiro “estorvo” para a concretização dos direitos fundamentais⁴²⁵.

Paulo Bonavides reforça a ideia de que a separação de poderes seria atualmente um princípio “decadente” na técnica do constitucionalismo⁴²⁶.

Adotando entendimento diverso, Elival da Silva Ramos, que se dedica exaustivamente ao estudo da temática relacionada ao ativismo judicial, defende a ideia de que deveria incumbir ao Poder Judiciário tão somente o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais poderes. Muito embora reconheça que a função típica de um poder possa admitir, em alguma medida e dentro dos limites prescritos pela Constituição, um certo “compartilhamento interorgânico”, sempre haverá um núcleo essencial da função que só será passível de ser exercido pelo poder competente. O grande problema causado pelo desvirtuamento dessa missão original, usualmente resultante de um clamor público pela imediata fruição dos direitos sociais, diz justamente com o surgimento do ativismo judicial, o qual resulta em uma “incursão insidiosa” sobre o núcleo essencial das funções constitucionalmente atribuídas ao Legislativo e ao Executivo⁴²⁷.

Entre as críticas ao ativismo, merece também especial destaque a posição defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem o fenômeno faculta a “ideologização da justiça” e, até mesmo, a sua “partidarização”. Na concepção do autor, conferir a um poder não político funções políticas fere, no “âmago”, a separação dos poderes, já que decisões políticas envolvendo julgamentos de conveniência deveriam incumbir unicamente aos poderes eleitos pelo povo⁴²⁸.

Não é diferente a posição defendida por Gustavo Binenbojm, segundo o qual o Poder Judiciário não está legitimado pelo voto a tomar decisões que envolvam “escolhas dramáticas”, pois as garantias conferidas à magistratura

⁴²⁴KRELL, Andreas Joachim. 2002, pp. 88-91.

⁴²⁵AGRA, Walber de Moura. 2008, p. 436.

⁴²⁶BONAVIDES, Paulo. 2013, p. 86.

⁴²⁷RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 116-117.

⁴²⁸FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), pp. 288 e 297.

visam a exatamente afastá-lo das pressões decorrentes da influência da opinião pública⁴²⁹.

Karl Larenz também se manifesta contrariamente à possibilidade de o juiz simplesmente sobrepor-se à decisão valorativa do legislador. Embora entenda que a ideia de justiça deva orientar a atividade judicial, o autor aponta que esta não deve ser inserida no mesmo contexto dos métodos de interpretação clássicos. O juiz deve resolver cada caso de acordo com o ordenamento jurídico vigente, e não segundo sua convicção pessoal, a não ser que a própria lei propicie tal iniciativa⁴³⁰.

Fazendo uso de similar raciocínio, Jorge Octávio Lavocat Galvão sustenta que o ativismo judicial viola os dois valores inerentes ao princípio da legalidade. O primeiro deles é o da *justiça*, o qual pressupõe que a lei seja resultado de deliberação popular que propicie a participação de toda a sociedade. O segundo se relaciona com a *segurança*, já que a legislação traz previsibilidade quanto às consequências jurídicas advindas de cada comportamento social⁴³¹. A equivocada lógica de que os juízes seriam mais aptos do que os parlamentares para consultar e aplicar uma “moralidade externa à política” desconsidera o fato de que as normas jurídicas são editadas por procedimentos democráticos criados para guiar uma sociedade plural e complexa. Apesar de as leis não se mostrarem aptas a dissipar a existência de discordância moral sobre diversos temas, têm a importante missão de definir o “agir coletivo em uma situação de dissenso”⁴³².

Justamente pelo fato de a ideia de justiça não poder ser buscada e concretizada na forma de um valor uniforme e universal, Manoel Gonçalves Ferreira Filho adverte para o fato de que “é a lei que determina o justo, não é o justo que faz a norma”⁴³³.

Não é acidental o importante alerta procedido por Eros Grau: “Os juízes aplicam o *direito*, os juízes não fazem *justiça!*”⁴³⁴.

As iniciativas ativistas costumam partir do equivocado e simplório princípio de que a eventual ausência de concretização de determinado direito decorre

⁴²⁹BINENBOJM, Gustavo. 2014, p. 116.

⁴³⁰LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 493-494.

⁴³¹GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2010, p. 152.

⁴³²GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 31 e 270-271.

⁴³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2007, pp. 43-44.

⁴³⁴GRAU, Eros Roberto. 2014, p. 19.

única e simplesmente de omissão do Legislativo e/ou do Executivo. Desconsideram, portanto, que além de eventualmente a conjuntura econômica e política vivenciada naquele momento histórico poder não autorizar a efetivação da pretensão almejada, pode igualmente ser verificada uma vontade política em sentido contrário a ela. E essa vontade política, que, pelo menos em tese, representa a opção popular correspondente, não deveria ser desprezada pelo Poder Judiciário.

Ações nesse sentido - que se mostram cada vez mais recorrentes na atividade jurisdicional contemporânea, notadamente no âmbito da jurisdição constitucional⁴³⁵ - apontam para um grave risco democrático, porque as opções adotadas pelo Judiciário passam a ter o poder de anular, sob a invocação de um “direito superior”, que apenas é explicitado no processo decisório, a produção de um órgão democraticamente eleito⁴³⁶.

⁴³⁵Um bom exemplo de decisão ativista que desconsidera a possível existência de vontade política contrária é vislumbrada na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 124.306, cujo objeto de discussão dizia com a criminalização do aborto. Muito embora o tema se mostre manifestamente sensível para diversos segmentos da sociedade e disso possivelmente decorra a manutenção do texto legislativo que prevê a criminalização da interrupção da gestação, a Corte Constitucional, fazendo uso de argumentos manifestamente extrajurídicos, decidiu em sentido contrário à expressa disposição legal, como demonstra os seguintes trechos extraídos da ementa do acórdão: “(...) é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios artigos 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os *direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a *autonomia* da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a *integridade física e psíquica* da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a *igualdade* da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. A tudo isso se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de aborto por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em situações adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 124.306).

⁴³⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 463. .

A ameaça democrática se torna ainda mais preocupante, quando se tem em conta que as decisões prolatadas pela Corte Constitucional não estão sujeitas a qualquer controle posterior.

Não é por outra razão que Rodrigo Brandão chama a atenção para o fato de que a conjugação da supremacia judicial em sentido *estrito* (exegese final da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal), da judicialização da política (submissão de questões políticas relevantes ao Judiciário) e do ativismo judicial (disposição dos juízes de estabelecerem deveres de agir com base em normas e raciocínios fluidos) é capaz de ensejar a supremacia judicial em sentido *amplo*, esta entendida como a outorga ao Judiciário do poder de definição (inclusive para o futuro) do sentido da Constituição de forma vinculante. A “interpretação” conferida pela Suprema Corte nesses moldes acaba sendo dotada de uma eficácia até mesmo superior àquela verificada em relação às normas constitucionais. Com isso, torna-se flagrante o risco de o Judiciário atuar na figura de um verdadeiro “substituto do poder constituinte”⁴³⁷.

Sobre o tema, Ingeborg Maus propõe oportuna provocação: “Não será que a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”. Segundo a Professora alemã, assim como o monarca absoluto, os tribunais que submetem todas as outras instâncias políticas à sua interpretação da Constituição, assim como a princípios suprapositivos por eles afirmados, encontram-se livres para decidir os litígios com o conteúdo constitucional corretamente interpretado, permitindo, com isso, que seu decisionismo seja disfarçado sob a forma de uma ordem de valores submetida à Constituição⁴³⁸.

Esse novo cenário afeta profundamente a sociedade brasileira, que passa a contar com a possibilidade de ter seu rumo ditado pela consciência pessoal dos integrantes do Poder Judiciário, os quais são os únicos não subordinados à eleição popular.

Não obstante a inquestionável relevância que envolve a busca por parâmetros claros e objetivos que permitam orientar a atuação do intérprete e, conseqüentemente, avaliar se ela ocorreu dentro dos limites ofertados pelo ordenamento jurídico, esta se mostra uma tarefa das mais hercúleas, tendo em

⁴³⁷BRANDÃO, Rodrigo. 2017, pp. 24 e 31.

⁴³⁸MAUS, Ingeborg. 2000, pp. 187 e 192.

conta a notória e gigantesca dificuldade de ser visualizado e compreendido o exato ponto do qual a decisão judicial pode ser qualificada como ativista⁴³⁹.

O presente estudo não se destina ao aprofundamento sobre todas as complexas relações que envolvem o tema, mas tão somente a destacar os diversos pontos que tornam tal atividade tormentosa.

4.3 Dificuldades inerentes à identificação do ativismo judicial

4.3.1 Os problemas em torno da discricionariedade judicial

Ao longo da história, inúmeros padrões e formatos de atuação judicial foram aventados, nos mais variados contextos e com os mais diversos propósitos.

Para fins de introduzir a análise a que se dedica o presente tópico, parte-se dos modelos propostos por Loiane Verbicaro. São eles: o modelo dedutivo; o modelo decisionista; o modelo discricionário; o modelo hermenêutico; o modelo da processualização e o modelo da coerência⁴⁴⁰.

O modelo dedutivo, originado da escola de exegese francesa⁴⁴¹ e da teoria da jurisprudência dos conceitos⁴⁴², prega a aplicação do direito pela mera

⁴³⁹Elival da Silva Ramos esclarece que o fato de o ativismo judicial ser concebido como uma “disfunção” no exercício da função jurisdicional torna ainda mais complexa sua identificação nos sistemas filiados ao *common law*, já que em países como a Inglaterra e os Estados Unidos, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte. Daí a razão pela qual se adota em tais sistemas uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso da interpretação teleológica ou a integração de lacunas, oportunidades nas quais o Poder Judiciário atua de forma “juridicamente irrepreensível”, até as situações em que os limites impostos à atividade jurisdicional são claramente ultrapassados. Em tais países, não é necessariamente atribuído um sentido negativo ao ativismo. Ao contrário, a iniciativa é usualmente elogiada, por proporcionar a adaptação do direito às novas exigências sociais. (RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 106-110).

⁴⁴⁰VERBICARO, Loiane Prado. 2017, p. 157.

⁴⁴¹A escola da exegese, que teve seu apogeu na França entre os anos de 1830 e 1880, prega o isolamento do direito de qualquer elemento valorativo. A lei é tida como única fonte do direito e ao juiz não cabe a interpretação da norma. (VERBICARO, Loiane Prado. 2017, pp. 173-174). O texto jurídico é compreendido como expressão de um direito pressuposto. A resposta a qualquer questão deve ser buscada na legislação. O processo de busca deve seguir uma lógica matemática, sendo vedada a utilização de qualquer perspectiva criativa. (LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 31 e 37).

⁴⁴²A jurisprudência dos conceitos, concebida no âmbito da teoria alemã do direito e com florescimento durante a passagem do século XIX para o século XX, desenvolveu um modelo restritivo de interpretação, sendo esta concebida como um ato científico-cognoscitivo do sentido das normas jurídicas. Seus postulados são sintetizados da seguinte forma: “Atitude de adesão formal do intérprete ao direito legislado, considerado em sua completude, precisão e coerência, sem avaliar as consequências práticas de suas decisões; tarefa judicial puramente cognoscitiva,

subsunção dos fatos à norma definida pelo sistema jurídico. De acordo com seus seguidores, somente o Poder Legislativo, na qualidade de legítimo representante do povo, pode criar e definir o alcance das normas jurídicas⁴⁴³.

O modelo decisionista, resultante do colapso do modelo dedutivo, propõe diferentes versões do decisionismo judicial. Entre as versões apresentadas, merecem destaque a escola francesa da livre investigação; a escola alemã do direito livre e o realismo jurídico. A primeira prega a impossibilidade de a lei ser considerada como a única fonte formal do direito, destacando a necessidade de serem igualmente valorizados pelo julgador o costume, a jurisprudência e a doutrina. Há nela um dualismo metodológico, à medida que pretende a busca simultânea da livre interpretação do direito e da intenção do julgador. A escola alemã, com enfoque bastante similar, preleciona o pluralismo das fontes e a busca livre do direito. A função do intérprete passa a ser “voluntarista”, “pessoal” e “criadora” de direito. O realismo jurídico, desenvolvido entre o final do século XIX e as primeiras décadas do século XX, com grande expressão nos países que adotam a tradição *common law*, aponta um sentido absoluto de discricionariedade judicial, por entender a inexistência de padrões objetivos de normatividade que determinem o resultado das decisões judiciais. O tema da certeza do direito é desvalorizado, de modo a propiciar a busca pelo ideal aristotélico da justiça. Todas as versões, portanto, compartilham o entendimento de que os julgadores, em maior ou menor grau, contribuem para a criação do direito⁴⁴⁴.

O modelo discricionário prega a possibilidade de conciliação entre razão e vontade. Seus postulados possibilitam o exercício de um poder discricionário por parte do julgador, notadamente nos casos difíceis e nas hipóteses em que a norma oferece diversas possibilidades interpretativas. Nos demais casos, entretanto, o juiz deverá limitar-se à aplicação dedutiva do direito positivo. São inseridos nesse contexto tanto autores que pregam a completude do ordenamento jurídico, quanto aqueles que admitem a existência de lacunas⁴⁴⁵.

mantendo-se o juiz fiel às regras de interpretação, construídas a partir do próprio direito legislado; uso do método denominado de construção, baseado na formulação, classificação e combinação dos conceitos jurídicos, sendo possível formular novas regras; as ideias dos cientistas do direito encerram-se nos conceitos jurídicos fundamentais”. Esse modelo teve grandes repercussões na construção do positivismo clássico. (VERBICARO, Loiane Prado. 2017, pp. 178 e 180).

⁴⁴³VERBICARO, Loiane Prado. 2017, pp. 167-185.

⁴⁴⁴VERBICARO, Loiane Prado. 2017, pp. 185-203.

⁴⁴⁵VERBICARO, Loiane Prado. 2017, pp. 203-221.

O modelo hermenêutico, situado entre o final do século XIX e o início do século XX, centra-se na ideia de que a hermenêutica filosófica trouxe novos conhecimentos para a teoria da interpretação jurídica. A interpretação deixa de ser um método ou uma técnica, transformando-se em uma atitude filosófica. Sua premissa é a pré-compreensão do texto pelo intérprete. O dualismo verificado entre a criação e a aplicação do direito passa a ser questionado. O órgão julgador é tido como produtor de novo direito sempre que se dedica à interpretação dos textos jurídicos⁴⁴⁶.

O modelo da processualização, por sua vez, visa a evitar a utilização de sentimentos pessoais ou instintivos por parte do intérprete, buscando o estabelecimento de padrões decisórios que permitam a configuração de uma “moldura racional aceitável” para a justificação das decisões judiciais⁴⁴⁷.

Por fim, o modelo da coerência, que tem como expoente máximo Ronald Dworkin, tem no valor que lhe dá o nome o principal critério de justificação e de fundamentação do raciocínio jurídico. O grande desafio da teoria proposta é a compatibilização da utilização de juízos interpretativos morais com a atribuição de um caráter objetivo a eles. A discricionariedade é tida por desnecessária e indesejável. Ao julgador cabe assumir a lógica da racionalidade e da coerência na justificação do raciocínio jurídico adotado. Os princípios possibilitam a solução dos casos difíceis, afastando a necessidade de criação de um novo direito com base na consciência individual do intérprete. Em qualquer caso a ser apreciado, há sempre uma resposta tida por correta⁴⁴⁸.

Não é difícil perceber que todos os modelos indicados diferem, basicamente, quanto ao espaço destinado à discricionariedade judicial e, conseqüentemente, à tarefa de interpretação jurídica.

À exceção do modelo dedutivo - que já há muito não encontra espaço no campo da hermenêutica jurídica - e do modelo da coerência - cujo pressuposto da existência de uma única resposta certa igualmente não vem merecendo maior destaque contemporaneamente -, todos os demais direcionam algum espaço para o exercício da subjetividade do julgador. Contudo, nenhum deles parece fornecer preceitos objetivos para guiar o caminho hermenêutico correspondente.

⁴⁴⁶VERBICARO, Loiane Prado. 2017, pp. 221-229.

⁴⁴⁷VERBICARO, Loiane Prado. 2017, pp. 229-241.

⁴⁴⁸VERBICARO, Loiane Prado. 2017, pp. 241-256.

Veja-se que mesmo o emblemático modelo sugerido por Kelsen, segundo o qual o juiz seria livre para decidir dentro dos limites da moldura impostos pelo legislador, silencia em relação aos métodos interpretativos que permitem traçar seus contornos. Com isso, cresce o risco de a própria autoridade competente delinear os limites de sua competência⁴⁴⁹.

Conclui-se, nesse contexto, que mesmo o positivismo pode gerar ativismo, dada a inexistência de um critério preciso e estável para a realização da escolha acerca de qual norma deverá ser aplicada a cada caso concreto, entre as várias possibilidades existentes⁴⁵⁰.

Um dos mais importantes elementos na busca pelo estabelecimento dos limites a partir dos quais a interpretação não se mostra mais possível diz com a distinção entre o espaço destinado à atividade de interpretação e o espaço destinado à tarefa de concretização⁴⁵¹.

Sobre o tema, Eros Grau primeiramente esclarece que o texto normativo interpretado dá origem à “norma jurídica”. Desse fato, é construída a “norma de decisão” aplicável à solução do caso concreto⁴⁵².

Luís Roberto Barroso diferencia o ato de *interpretar* do ato de *construir* da seguinte forma: “A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas”⁴⁵³.

Nesse segundo momento, portanto, destinado à definição do sentido da norma pelo órgão jurisdicional, o juiz passa, de alguma forma, a contribuir para a tarefa de “criação” do Direito⁴⁵⁴.

De fato, Robert Alexy reconhece em toda interpretação um ato de decisão. Segundo o autor, é o intérprete que constrói o significado da norma⁴⁵⁵.

No mesmo sentido, Mauro Cappelletti afirma que toda interpretação é criativa, assim como toda interpretação judiciária é *law-making*⁴⁵⁶.

⁴⁴⁹DIMOULIS, Dimitri. 2006, pp. 211-212.

⁴⁵⁰ BARZOTTO, Luís Fernando. 2016, pp. 46-47.

⁴⁵¹DIMOULIS, Dimitri. 2006, pp. 253-235.

⁴⁵²GRAU, Eros Roberto. 2014, p. 33.

⁴⁵³BARROSO, Luís Roberto. 1996, p. 98.

⁴⁵⁴BINENBOJM, Gustavo. 2014, pp. 66-67.

⁴⁵⁵ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Tradução para o espanhol de Manoel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008(b), p. 34.

⁴⁵⁶CAPPELLETTI, Mauro. 1993, p. 24-25.

Uma vez admitida a interpretação como um processo criativo pela hermenêutica contemporânea, disso resulta a conclusão de que o sentido da norma interpretada só pode ser obtido em face do problema concreto⁴⁵⁷.

Nesse contexto, os fatos e as normas passam a ser tidos como elementos indissociáveis para a compreensão do direito⁴⁵⁸.

Ora, se a norma jurídica só adquire verdadeira normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável a casos concretos, não parece possível afastar a conclusão adotada por José Joaquim Gomes Canotilho, no sentido de que cabe ao agente do processo de concretização um papel fundamental, qual seja, o de colocar a norma em contato com a realidade⁴⁵⁹.

No desempenho desse papel, Fábio Konder Comparato opina que cada indivíduo faz uso de sua visão de mundo, que compreende seus valores, suas crenças, suas opiniões, seus sentimentos e suas paixões. Em face dessas especiais circunstâncias, muitas vezes a adoção de um juízo decisório é realizado de forma intuitiva. A argumentação jurídica só ocorre em um segundo momento, como “construção justificativa” dessa “pré-decisão instantânea”⁴⁶⁰.

Luís Roberto Barroso entende, inclusive, pela impossibilidade de o julgador ser indiferente em relação ao produto do seu trabalho, já que não pode ser libertado do seu próprio inconsciente, de sua memória e de seus desejos⁴⁶¹.

Esse inelutável elemento de subjetividade é potencializado pela previsão contida no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”. Inocêncio Mártires Coelho afirma que o aludido dispositivo, ao propiciar para o intérprete um vasto leque de cânones hermenêuticos e, ao mesmo tempo, não estabelecer entre eles nenhuma ordem hierárquica ou de preferência, confere aos operadores uma ampla “liberdade de

⁴⁵⁷SARMENTO, Daniel. 2001, pp. 62-63.

⁴⁵⁸TAVARES, André Ramos. “Concretização Constitucional”. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 279-281.

⁴⁵⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2004(a), pp. 1221-1222.

⁴⁶⁰COMPARATO, Fábio Konder. 2011, pp. 393-394.

⁴⁶¹BARROSO, Luís Roberto. 1996, pp. 128 e 256.

manobra” na busca por soluções que repute corretas e justas, em cada caso analisado⁴⁶².

Para António Castanheira Neves, a “boa interpretação” está justamente vinculada à utilização da norma como critério para se chegar a uma “justa decisão” acerca do problema concreto⁴⁶³.

A utilização da ideia de justiça como parâmetro interpretativo, contudo, esbarra mais uma vez na já tratada pluralidade de valores titulada pela complexa sociedade contemporânea, dificultando imensamente o estabelecimento de balizas com vistas à redução da subjetividade inerente à atividade conduzida pelo julgador.

O espaço destinado à liberdade de criação do intérprete tende a um maior alargamento especialmente em relação aos chamados *hard cases* (decorrentes de ambiguidades de linguagem, de desacordos morais ou de colisões entre normas). Em tais hipóteses, Luís Roberto Barroso leciona que o sentido da norma será fixado pelo juiz, que precisará recorrer a elementos extrajurídicos para a solução do conflito. Como nem todos os julgadores fazem uso do mesmo método de interpretação, em diversas oportunidades a opção utilizada resultará de mera racionalização da decisão que foi tomada por outras razões. O julgamento, portanto, passa a decorrer do resultado propiciado. Como a imensa maioria dos *hard cases* propicia a adoção de mais de uma solução razoável a ser construída pelo intérprete, o autor entende incontornável a utilização de preferências pessoais por parte do julgador⁴⁶⁴.

Mesmo admitindo que a hermenêutica atual concebe que a norma de decisão é construída levando-se em conta a pré-compreensão do intérprete, o texto normativo e os elementos fáticos do caso, Elival da Silva Ramos destaca que essa liberdade de criação é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo⁴⁶⁵.

Com efeito, Luis Prieto Sanchís alerta para o fato de que a legislação não pode ser tida como um “marco de justificação” de soluções antecipadas. Embora o intérprete possa contribuir para o “enriquecimento” da lei, é inquestionável que

⁴⁶²COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2015, pp. 219-220.

⁴⁶³CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 84.

⁴⁶⁴BARROSO, Luís Roberto. 2011, pp. 248-257.

⁴⁶⁵RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 82 e 119.

as normas jurídicas têm um significado próprio, anterior e independente a qualquer decisão que venha a ser adotada no caso concreto⁴⁶⁶.

José Joaquim Gomes Canotilho também adverte para a necessidade de o jurista ter por base o texto legal, editado pelas entidades democrática e juridicamente legitimadas pela ordem constitucional. A norma de decisão não pode ser concebida como uma “grandeza autônoma”, independentemente da norma jurídica, uma vez que não é conferida ao intérprete a possibilidade da construção de uma decisão “voluntarista”⁴⁶⁷.

Nesse contexto, o elemento volitivo ligado à participação do intérprete no processo de “construção” da norma que será objeto do caso concreto poderá ou não se mostrar juridicamente aceitável, uma vez que, como destacado por Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi, embora a neutralidade possa ser tida como um mito, o mesmo não ocorre em relação ao dever jurídico de imparcialidade, que pressupõe um julgamento “sem paixão”, incumbindo ao intérprete decidir sem interferência consciente de elementos estranhos ao ordenamento jurídico ou em desobediência a dispositivos hierarquicamente superiores⁴⁶⁸.

Contudo a observância ao requisito preconizado não se mostra de fácil aferição, especialmente quando se tem em conta que o direcionamento ideológico do julgador pode se revelar orientado por aquilo que Frank Cross e Stefanie Lindquist denominam de “raciocínio motivado”. De acordo com esse conceito, quando alguém possui um desejo subconsciente de alcançar um determinado resultado, esse desejo influencia sua atividade cognitiva. Esse processo pode ocorrer de forma tão automática que o próprio julgador não percebe as razões que o levaram a eleger determinada escolha, acreditando que a decisão foi embasada por razões externas e objetivas, quando, na realidade, derivaram de opção pessoal e subjetiva⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶SANCHÍS, Luís Prieto. 2007, pp. 129 e 133-134.

⁴⁶⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2004(a), pp. 1221-1222.

⁴⁶⁸DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. 2008, p. 193.

⁴⁶⁹CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. “The scientific study of judicial activism”. *Minnesota Law Review*, Minnesota, vol. 91, n. 6, 2007, pp. 1752-1784.

Assim é que nada impede que os juízes, mesmo quando busquem agir com objetividade e imparcialidade, tenham suas decisões condicionadas por inclinações particulares⁴⁷⁰.

Esse conjunto de especificidades atinentes à moderna teoria da interpretação, além de potencializar a prática do ativismo judicial, igualmente dificulta sua identificação, à medida que confere ao julgador um amplo espectro de alternativas para construção da sua norma de decisão e, simultaneamente, não fornece parâmetros aptos à aferição da legitimidade da solução encontrada.

Todo esse contexto dificulta, em muito, o estudo dos limites atinentes à atividade de interpretação judicial, especialmente no que toca às normas de natureza constitucional, as quais, por sua estrutura e relevância, tornam ainda mais penosa a apuração da ocorrência ou não de ativismo judicial.

Tal dificuldade decorre fundamentalmente da ausência de consenso sobre qual a maneira mais “apropriada” de ser interpretada a Constituição⁴⁷¹, haja vista a hermenêutica constitucional ainda não ter logrado propiciar indicadores claros para a tarefa.

4.3.2 Especificidades envolvendo a hermenêutica constitucional

Inocência Mártires Coelho define a interpretação de uma norma jurídica como uma atividade intelectual que tem por principal finalidade “tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas”⁴⁷².

Para Celso Ribeiro Bastos, interpretar significa efetuar a “reconstrução” do conteúdo da norma, imprimindo um significado válido à norma interpretada⁴⁷³.

A interpretação visa fundamentalmente, portanto, à solução de um caso concreto, mediante a obtenção de uma norma de decisão⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰MELLO, Patrícia Perrone Campos. “Interferências Extrajurídicas sobre o Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal”. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 363.

⁴⁷¹KMIEC, Keenan D. 2004, pp. 1473-1474.

⁴⁷²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2002, p. 55.

⁴⁷³BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 31.

Muito embora a hermenêutica constitucional não seja dotada de autonomia em relação à hermenêutica jurídica em geral, existem diversas especificidades que tornam a tarefa de interpretação e de aplicação das normas constitucionais ainda mais complexa do que aquela levada a efeito em relação à legislação ordinária⁴⁷⁵.

Senão, vejamos. A interpretação constitucional está sujeita aos métodos clássicos de interpretação legal: o gramatical, o histórico e o sistemático, sendo a eles acrescido o método teleológico, fundado na finalidade da norma⁴⁷⁶.

Conquanto as normas constitucionais propiciem nuances especiais em relação a cada um deles, especialmente o método gramatical ganha maior complexidade, já que a abertura própria às normas constitucionais faz com que seja ampliado o campo destinado à discricionariedade do intérprete, propiciando decisiva contribuição da sua valoração pessoal em relação ao conteúdo dos comandos interpretados⁴⁷⁷.

Não é por outra razão que Paulo Bonavides conclui que, especialmente em matéria constitucional, “é muito difícil, senão impossível, estabelecer critérios absolutos de interpretação”⁴⁷⁸.

Luis Prieto Sanchís igualmente admite que, embora toda norma ofereça um “núcleo de certeza” e uma “zona de penumbra”, esta última característica é potencializada nas normas constitucionais⁴⁷⁹.

Afora isso, o fato de a hermenêutica não fornecer uma “metarregra” ordenadora entre os aludidos métodos interpretativos potencializa ainda mais a possibilidade de o cânone eleito por parte do julgador resultar de uma opção arbitrária⁴⁸⁰.

⁴⁷⁴GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 102.

⁴⁷⁵RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), p. 86.

⁴⁷⁶BARROSO, Luís Roberto. 1993, p. 343. Dimitri Dimoulis sugere a rejeição do método teleológico, pelo fato deste facilitar a adulteração dos conteúdos normativos fazendo referência a uma “oculta” vontade do legislador (“teleologia subjetiva”) ou a uma “suposta” necessidade de modificação da norma (“teleologia objetiva”). Em ambos os casos, o autor entende que o intérprete indevidamente faz uso de elementos estranhos ao sistema jurídico. (DIMOULIS, Dimitri. 2006, p. 244).

⁴⁷⁷BARROSO, Luís Roberto, 1996, pp. 121-123.

⁴⁷⁸BONAVIDES, Paulo. 2017(a), p. 472.

⁴⁷⁹SANCHÍS, Luís Prieto. “Notas sobre la interpretación constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 9, Mayo-agosto 1991, p. 176.

⁴⁸⁰GRAU, Eros Roberto. 2014, p. 65.

A dilatação do campo de atuação conferido ao intérprete é igualmente favorecida pelo postulado defendido pelo constitucionalismo contemporâneo no sentido de que não há constituição sem uma teoria ética que a sustente, tampouco interpretação constitucional desvinculada de argumentação moral⁴⁸¹.

Com efeito, Gaetano Azzariti afirma que o fato de as normas constitucionais serem caracterizadas como “normas de valor”, ao contrário das disposições do direito comum, que seriam “normas de comportamento” ou “regras de conduta”, determina uma diversidade “radical” entre ambas, com reflexos diretos nos cânones interpretativos e nas operações hermenêuticas a serem utilizados pelo intérprete. Primeiramente, o autor preconiza que deverá ser afastada a hipótese de singela aplicação do método de subsunção, porque se fará necessária uma análise de natureza valorativa. Além disso, a avaliação realizada deverá mostrar-se pertinente com o conjunto dos demais valores constitucionais⁴⁸².

Como os valores são usualmente materializados por meio de princípios, o processo interpretativo correspondente a essa modalidade de norma constitucional envolve ainda maior grau de subjetividade.

Isso porque, como já tratado em tópico próprio, a estrutura dos princípios constitucionais torna possível o exercício de múltiplas funções no ordenamento jurídico, servindo tanto como objeto da interpretação constitucional, quanto como diretriz para a atividade interpretativa. Apesar de não serem capazes de gerar direitos subjetivos, é fora de dúvida que a função transcendental por eles desempenhada dentro da Constituição influencia decisivamente na determinação de seu conteúdo⁴⁸³.

Não é por outro motivo que Luiz Antônio Rizzatto Nunes afirma que “nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio”⁴⁸⁴.

Nesse contexto, muito embora o julgador continue formalmente atrelado às decisões do Poder Legislativo, mostra-se incontornável a conclusão de que a contemporânea valorização dos princípios constitucionais permite que tal

⁴⁸¹SANCHÍS, Luis Prieto. 2003, p. 30.

⁴⁸²AZZARITI, Gaetano. 2005, pp. 163-164.

⁴⁸³BASTOS, Celso Ribeiro. 2014, pp. 105 e 147-148.

⁴⁸⁴NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

vinculação seja flexibilizada pela interpretação a eles atribuída pelo Poder Judiciário⁴⁸⁵.

Luís Roberto Barroso reconhece que os princípios constitucionais propiciam um papel bastante mais “proativo” por parte do julgador no que toca à interpretação jurídica, já que a ele cabe, atualmente, a atribuição de sentido a princípios abstratos e a conceitos jurídicos indeterminados, possibilitando a interpretação do “sentimento social”, do “espírito de seu tempo”⁴⁸⁶.

A significativa participação do intérprete exigida no processo de concretização dos princípios faz com que eles se mostrem as normas ideais para a propulsão do ativismo judicial. Em relação às regras, esse risco se mostra menor, em face do seu maior grau de precisão e determinabilidade⁴⁸⁷.

Eduardo Ribeiro Moreira chega a admitir que a interpretação principiológica possibilita – ainda que excepcionalmente –, em razão de um juízo de razoabilidade, a não aplicação de uma regra no caso concreto⁴⁸⁸.

Conquanto prelecione que o julgador não pode ignorar o ordenamento jurídico, Luís Roberto Barroso igualmente reconhece que é a ele ofertada a possibilidade de, com base em princípios constitucionais superiores, “paralisar” a incidência da norma no caso concreto ou buscar-lhe “novo sentido”, sempre que possa “motivadamente” demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e de justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento⁴⁸⁹.

Iniciativas nesse sentido, como bem destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, se mostram fundamentalmente decorrentes do formato adotado pelo texto constitucional de 1988, não sendo resultado de mera atitude ativista do Poder Judiciário. O ativismo é consequência da Constituição, já que esta o enseja, não

⁴⁸⁵SANCHÍS, Luis Pietro. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”. *DOXA – Caudernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidade de Alicante, 23:161-95, 2000, p. 174.

⁴⁸⁶BARROSO, Luís Roberto. 2015(a), pp. 14 e 34.

⁴⁸⁷RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 186-187.

⁴⁸⁸MOREIRA, Eduardo Ribeiro. 2008(a), p. 82.

⁴⁸⁹BARROSO, Luís Roberto. 1996, p. 259. Similar entendimento é compartilhado por Atahualpa Fernandez: “Quando as normas negam conscientemente a vontade da justiça, quando os princípios, os direitos e as garantias consagradas são arbitrariamente violados, carecem tais normas de legitimidade e valides, pois não se pode conceber o Direito, inclusive o direito legislado, de outra maneira que não esteja destinado a servir a justiça. E quando a injustiça não é oportunamente eliminada pelo legislador, corresponde ao operador do direito o dever e a coragem de deixar de efetivá-la, de negar o pretense caráter jurídico das normas arbitrariamente impostas. Esse é o papel que cabe ao operador do direito na sua *práxis* hermenêutica”. (FERNANDEZ, Atahualpa. *Argumentação jurídica e hermenêutica. Da natureza humana ao discurso jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Impactus, 2007, p. 92).

apenas pelos instrumentos nela consagrados, como também por sua índole aberta⁴⁹⁰.

Afora todos esses aspectos, merece destaque o papel inevitavelmente “político” exercido pela jurisdição constitucional. Como reconhecido por Gustavo Binbenbojm, por mais que a atividade desempenhada pela justiça constitucional siga os cânones de racionalidade, de objetividade e de motivação, ela sempre exercerá um papel “construtivo” da vontade constitucional, não sendo possível o afastamento da influência de fatores políticos⁴⁹¹.

Tal circunstância se torna ainda mais digna de atenção quando se tem em conta o fato de que, na realidade brasileira, praticamente todas as questões relevantes resolvidas no âmbito parlamentar são submetidas ao Judiciário pelos perdedores no processo político, a fim de que o Supremo Tribunal Federal dê a palavra final sobre a questão posta, com base na sua interpretação da Constituição⁴⁹².

A conjugação da atribuição à Corte Constitucional de competência decisória em última instância associada à falta de cânones metódicos que permitam guiar de forma objetiva o caminho destinado ao processo hermenêutico necessariamente obriga todos os operadores jurídicos a ter em conta a leitura por ela procedida⁴⁹³.

Certamente não é casual o realce conferido à interpretação constitucional por Anna Cândida da Cunha Ferraz no âmbito dos processos não formais de mutação constitucional⁴⁹⁴.

Todas essas peculiares facetas inerentes à atividade de interpretação e de aplicação da Lei Maior - supremacia hierárquica das normas constitucionais; caráter nomogenético dos preceitos constitucionais; vagueza e ambiguidade da linguagem constitucional; fundamentalidade da maior parte das normas constitucionais e posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários no que toca à interpretação-aplicação da Constituição⁴⁹⁵ -, além de conferirem ao

⁴⁹⁰FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 2011(a), p. 272.

⁴⁹¹BINENBOJM, Gustavo. 2014, p. 62.

⁴⁹²SARMENTO, Daniel. 2011, p. 87.

⁴⁹³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 2004(a), pp. 1305-1306.

⁴⁹⁴FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 26-35 e 126.

⁴⁹⁵RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 139-140.

Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, um poder praticamente ilimitado, dificultam consideravelmente a estipulação de uma linha demarcatória entre a atividade interpretativa e a prática ativista.

4.3.3 A questão das lacunas e a introdução da equidade

A destacada subjetividade inerente à interpretação constitucional deve ser analisada conjuntamente com o problema atinente às lacunas do ordenamento jurídico, visto que a questão relativa à sua origem e caracterização, assim como aos efeitos passíveis de serem delas extraídos, suscita inúmeros questionamentos, com reflexos diretos no papel desempenhado pelo intérprete, notadamente no que diz com o grau de discricionariedade a ele conferido⁴⁹⁶.

As lacunas são tidas por Karl Engisch como “deficiências” do Direito positivo, verificáveis quando a legislação e o Direito consuetudinário não se mostrarem aptos a regular juridicamente determinada situação fática, ainda que por meio de interpretação extensiva⁴⁹⁷.

Conforme lição de Luís Roberto Barroso, as lacunas podem ser intencionais, quando decorrentes de “omissão deliberada” do legislador, ou involuntárias, na hipótese de “deficiência” do legislador ou de superveniência de situações não previsíveis à época da edição na norma⁴⁹⁸.

Dimitri Dimoulis se manifesta contrariamente à tese de vazio normativo, sustentando que, quando o aplicador não encontra no material normativo uma solução concreta, o que ocorre, na realidade, é uma “autorização legislativa” para o exercício do poder discricionário do aplicador. Ou seja: “o direito sempre é posto, existe e deve ser aplicado”. A amplitude da margem decisória é concedida pelo próprio legislador. O aparente silêncio das normas de baixa densidade exprime, na realidade, uma “vontade negativa” do seu criador, que “decide não decidir”, ou seja, uma “abstenção normativa”, uma “indeterminação proposital”,

⁴⁹⁶VERBICARO, Loiane Prado. 2017, p. 410.

⁴⁹⁷ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 279-280. A interpretação extensiva é conceituada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior como “um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra”. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 258).

⁴⁹⁸BARROSO, Luís Roberto. 1996, p. 133.

muito usual no caso de normas programáticas e de princípios jurídicos. Em outros casos, verifica-se uma “indeterminação de resultado”, apesar da tentativa do legislador de ser “claro” e “taxativo”. Tal distinção não influencia o processo interpretativo, já que, independentemente das causas da vagueza da norma e da consequente dificuldade de sua concretização, a interpretação só poderá ser realizada, quando for possível identificar uma “manifestação de vontade” do legislador⁴⁹⁹.

Não é distinta a linha de pensamento adotada por Elival da Silva Ramos, para quem, a utilização pelo legislador de conceitos vagos ou indeterminados não caracteriza, de modo geral, uma falha na formulação de textos legais, mas, sim, uma “técnica de regulação” intencional, com vistas a possibilitar ao intérprete-aplicador maior flexibilidade no exercício de sua função⁵⁰⁰.

Para Norberto Bobbio, quando os juristas falam em lacunas, não se referem ao sentido “técnico-jurídico”, mas ao sentido “ideológico”, com vistas a indicar não exatamente a ausência de uma norma apta à solução de um determinado caso, mas a ausência de uma norma que represente os seus ideais de justiça. Ou também em outra hipótese, para indicar normas jurídicas nas quais entende configurado um desajuste entre a “letra” e o “espírito” da lei, entre a vontade “expressa” e a vontade “presumida” do legislador, no sentido de que o texto da norma não abrange todos os casos que o legislador pretendia disciplinar⁵⁰¹.

A par das inúmeras controvérsias que o tema proporciona, especialmente em razão da tese positivista de completitude do ordenamento jurídico, para fins do presente estudo, interessa, fundamentalmente, a análise dos limites conferidos ao julgador na hipótese de ser concluída pela existência de omissão legislativa em relação à determinada hipótese fática por ele enfrentada.

Com efeito, Herbert Hart afirma que sempre haverá casos não regulamentados juridicamente, em relação aos quais o juiz terá que exercer sua discricionariedade e criar o direito correspondente⁵⁰².

Esse ato de “criação” é usualmente levado a efeito pela chamada “integração”.

⁴⁹⁹DIMOULIS, Dimitri. , 2006, pp. 245-248 e 251-252.

⁵⁰⁰RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), pp. 124-125.

⁵⁰¹BOBBIO, Norberto. 2006, p. 210.

⁵⁰²HART, Herbert. 2009, pp. 351-352.

Apesar de o legislador não ter incluído formalmente a equidade como fonte de direito (à exceção do legislador trabalhista, que a contemplou no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho), sua utilização é bastante habitual na atividade hermenêutica contemporânea, resultado especialmente da constitucionalização do Direito e do atual prestígio usufruído pelos elementos valorativos ligados à ideia de justiça⁵⁰³, merecendo, portanto, especial atenção.

A ideia de equidade surgiu na Grécia Antiga, com Aristóteles. Em sua célebre obra *Ética a Nicômano*, o autor afirma que a equidade tem lugar precisamente na hipótese de omissão do legislador. Embora o equitativo não corresponda à ideia de “justiça” legal, é a ele direcionada a função de corrigir a legislação, quando sua ínsita generalidade a torna omissa em relação a determinadas situações particularizadas⁵⁰⁴.

Justamente em razão de o juízo equitativo ser sempre subordinado a uma conjuntura particular, sem preocupações generalizantes, é que Tércio Sampaio Ferraz Júnior conclui não ter sido a ela direcionado o papel propriamente de fonte do direito, apesar de funcionar como meio de integração⁵⁰⁵. O autor considera a equidade como “o preceito básico do direito justo, pois só por meio dela, que é o justo na concretude, a justiça se revela na sua atualidade plena”. A equidade consiste na “forma atualizadora” da justiça⁵⁰⁶.

Não é distinta a posição defendida por Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux, que tem na equidade uma forma de julgamento de natureza “corretiva”⁵⁰⁷.

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos afirma que a equidade é um “elemento retificador” da justiça rigorosamente legal⁵⁰⁸.

⁵⁰³BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. “Variações sobre o Conceito de Equidade”. In ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C.B. (orgs.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 342-343.

⁵⁰⁴ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Livro III. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996, pp. 212-213.

⁵⁰⁵FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. 2016, p. 268.

⁵⁰⁶FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 224.

⁵⁰⁷BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. 2011, pp. 342-343. A autora esclarece, contudo, que as soluções buscadas pelo julgador devem atender aos requisitos “objetivos do direito” e não aos “subjetivos do julgador”. (BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. 2011, pp. 342-343).

⁵⁰⁸BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 223.

O juízo de equidade, segundo Norberto Bobbio, possibilita a atuação do julgador como “fonte delegada” do direito, sendo a decisão nele adotada resultado de sua consciência ou de seu próprio sentimento de “justiça”⁵⁰⁹.

No entender de Luís Roberto Barroso, o produto final da interpretação sempre conterá elementos objetivos e subjetivos. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete, permitindo, ao final, aferir se sua decisão obedeceu ou não às possibilidades exegéticas do texto normativo. A subjetividade, por sua vez, decorrerá da “sensibilidade” do intérprete, que “humanizará” a norma a fim de permitir a busca por uma “solução justa”, entre as alternativas propiciadas pelo ordenamento jurídico⁵¹⁰.

A estreita vinculação da equidade à ideia de justiça - tal como ocorre em relação aos princípios constitucionais – dificulta, sobremaneira, a definição dos contornos a serem observados pelo intérprete quando dela se utiliza.

Sobre o ponto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior chega a afirmar que a questão envolvendo as lacunas e os limites de integração seriam, na realidade, uma espécie de “invenção do pensamento dogmático”, de modo a permitir, de modo controlado, a “decidibilidade” de conflitos não regulados pelo direito positivo, conferindo ao intérprete a possibilidade de fazer uso de fatores extrapositivos, tais como a equidade, com se positivos fossem. A ampliação dos limites ditados pela positividade, nesse contexto, funcionaria como uma “regra permissiva” para o alargamento do espaço de atuação do intérprete⁵¹¹.

O inevitável grau de subjetividade próprio ao juízo equitativo, associado às inúmeras discussões propiciadas pela temática referente às lacunas do ordenamento jurídico, tornam ainda mais intrincado o delineamento do campo destinado à atividade jurisdicional.

⁵⁰⁹BOBBIO, Norberto. 2006, pp. 171-172. O autor faz referência a três tipos de equidade: a) substitutiva, quando “o juiz estabelece uma regra que supre a falta de uma norma legislativa”; b) integrativa, quando “a norma legislativa existe, mas é demasiadamente genérica” (nesse caso, “a equidade opera no âmbito da norma legislativa, complementando-lhe as partes faltantes); c) interpretativa, “quando o juiz define, com base em critérios equitativos, o conteúdo de uma norma legislativa que existe e é completa”. (BOBBIO, Norberto. 2006, p. 173).

⁵¹⁰BARROSO, Luís Roberto. 1996, pp. 256-259.

⁵¹¹FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. 2016, p. 270.

4.3.4 As fragilidades dos parâmetros usualmente propostos

Não obstante todas as dificuldades anteriormente apontadas, a doutrina vem dedicando significativos esforços no sentido de propiciar balizas que possibilitem identificar, com alguma clareza, o caráter ativista ou não das iniciativas judiciais, ainda que tal tarefa se mostre mais árdua em relação aos atos próprios à jurisdição constitucional.

Como lembrado por Eros Grau, muito embora a interpretação constitucional necessariamente veicule mensagem ideológica, disso não resulta a conclusão de que qualquer norma constitucional admita qualquer interpretação⁵¹².

É inconteste a necessidade de ser conferido algum grau de objetividade à tarefa interpretativa e criativa. Não se pode deixar de lado uma constante busca pela objetividade, tendo como norte a segurança jurídica.

Vale nesse ponto destacar a concepção de *segurança jurídica* defendida por Humberto Ávila, a qual diz com uma posição intermediária entre as concepções objetivistas (segundo as quais o conteúdo do Direito depende de atividades cognoscitivas para que seja revelado seu sentido predeterminado) e argumentativas (que valorizam a utilização de estruturas argumentativas no processo decisional). A ideia de segurança, portanto, não parte de uma mera premissa de predeterminação do Direito, mas, sim, de um dever de “controle racional e argumentativo”, sendo definida pelo autor como “um princípio constitucional que determina a busca de um ideal de confiabilidade pela estabilidade e pela previsibilidade do ordenamento jurídico, com base na sua inteligibilidade e na sua vinculatividade”⁵¹³.

Visando ao atendimento a esse objetivo, a doutrina preconiza, fundamentalmente, a necessidade de a norma de decisão construída pelo intérprete ser adequadamente por ele fundamentada, assim como de a aludida fundamentação estar vinculada aos ditames constantes no ordenamento jurídico e se prestar à aceitação social.

⁵¹²GRAU, Eros Roberto. 1997, p.169.

⁵¹³ÁVILA, Humberto. 2012, pp. 260-261 e 633.

Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho defende que o trabalho interpretativo conduzido pelo julgador deverá se mostrar “racional”, “objetivo” e “controlável” durante todo o seu itinerário⁵¹⁴. Segundo o autor, “nada se coaduna menos com a ideia de Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico ou iluminado, que esteja acima da lei e dos critérios usuais de intérpretes”⁵¹⁵.

Elival da Silva Ramos também enfatiza a necessidade de estabelecimento de métodos que permitam uma “justificação racional” do trabalho realizado pelo intérprete, o qual deverá mostrar-se “coerente” com o sistema jurídico em vigor⁵¹⁶.

Adotando similar linha de pensamento, Dimitri Dimoulis leciona que deverá ser sempre buscada, no processo hermenêutico, a vontade do autor da norma, seja ela positiva ou negativa⁵¹⁷, devendo ser desconsideradas referências extrajurídicas, assim como qualquer tendência à subjetividade⁵¹⁸.

Apontando para o mesmo norte, Jorge Octávio Lavocat Galvão faz referência ao requisito da sistematicidade, o qual determina a necessidade de esclarecimento das “convenções interpretativas” utilizadas pelo julgador. Por conseguinte, ainda que as decisões construídas pelos Tribunais sejam totalmente novas, elas deverão ser apresentadas como produtos da aplicação do Direito

⁵¹⁴Sobre o tema, assim se posiciona Marcelo Novelino: “Na busca pelo resultado, o peso atribuído às diferentes razões fornecidas pelo material jurídico não provém de um processo mental plenamente consciente, deliberado, racional e analítico, mas sim de um raciocínio anárquico e susceptível à influência, consciente ou inconsciente, de vários fatores, inclusive os extrajurídicos decorrentes de predisposições, preferências e interesses pessoais. As ferramentas analíticas fornecidas pela doutrina, métodos interpretativos, diretrizes hermenêuticas, metanormas, parâmetros decisórios objetivos), desde que internalizadas, contribuem para orientar a busca pela melhor resposta, mas nem sempre são capazes de conduzir o julgador, de modo inexorável, a um único resultado. Após vivenciar essa batalha interna travada durante o processo de descoberta (*heureses*) e sentir que a questão foi resolvida, o juiz inicia o processo de justificação no qual procura demonstrar que a decisão formulada é juridicamente legítima. Para fundamentá-la, o juiz precisa organizar e dar coerência à profusão de ideais e razões que o levaram àquele resultado decisório. Para isso, recorre ao *raciocínio justificativo*, um processo mental desenvolvido de forma deliberada, consciente, refletida, racional, organizada e analítica. O objetivo principal da fundamentação não é descrever os exatos caminhos mentais percorridos até chegar à descoberta do resultado – até porque isso seria impossível -, mas demonstrar que a decisão é juridicamente correta e logicamente consistente, ou seja, que o resultado alcançado, além de coerente com os fatos do caso e com as avaliações geralmente aceitas, é o melhor à luz do direito vigente”. (NOVELINO, Marcelo. 2015, pp. 264-265).

⁵¹⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 2002, pp. 68-69.

⁵¹⁶RAMOS, Elival da Silva. 2010(a), p. 170. Enrico Tullio Liebman confere tamanho destaque ao requisito da coerência que chega a defender a irrelevância dos elementos condutores do resultado eleito pelo intérprete, desde que a motivação adotada se mostre coerente. (LIEBMAN, Enrico Tullio. “Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença”. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 8, n. 29, jan./mar. 1983, pp. 79-80).

⁵¹⁷DIMOULIS, Dimitri. 2006, p. 252.

⁵¹⁸DIMOULIS, Dimitri. 1999, pp. 18-9.

existente, e não como “criação” de um Direito “novo”, resultante de mera opinião pessoal do julgador sobre o tema tratado⁵¹⁹.

Com efeito, Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux sustenta que o ponto fundamental para afastar o excesso de subjetividade na aplicação do texto constitucional diz com a capacidade do julgador em demonstrar a *motivação* da decisão prolatada, a qual não deve ter por base o “código de valores” do intérprete, mas, sim, o conteúdo objetivo do ordenamento vigente⁵²⁰.

Ana Paula de Barcellos adverte que a vinculação do intérprete ao texto legal não poderá ocorrer de forma apenas retórica ou formal, mediante a simples indicação de um dispositivo impertinente ou genérico. Além de a decisão judicial ter de se mostrar conexa com as decisões majoritárias vigentes, deverá explicitar, de forma racional, as escolhas realizadas⁵²¹.

Ao abordar a temática, Daniel Sarmento confere ênfase à necessidade de o intérprete demonstrar à sociedade, mediante *justificação* da decisão, que o resultado atingido é o mais adequado à ordem jurídica e às particularidades do caso analisado⁵²².

⁵¹⁹GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 263-265.

⁵²⁰BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. 2011, p. 343. Sobre o ponto, vale destacar oportuna lição de Eros Grau: “o intérprete está vinculado pela objetividade do direito. Não a minha ou a sua *justiça*, porém o *direito*. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes nas mãos, mas ao *direito*”. (GRAU, Eros Roberto. 2014, p. 20).

⁵²¹BARCELLOS, Ana Paula de. 2015, pp. 663-664. Não é distinto o entendimento adotado por Aulis Aarnio: “Como se há mencionado, el decisor ya no puede apoyarse en una mera autoridad formal. En una sociedade moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se há convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside em la aceptabilidad de sus decisiones e no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio de asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica em la sociedad”. (AARNIO, Aulis. *Lo rational como razoable*. Tradução de Ernesto Gazón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 29).

⁵²²SARMENTO, Daniel. 2007, pp. 145-149. A necessidade de valoração das circunstâncias específicas verificadas em cada caso concreto é destacada por Klaus Günther: “Em vista de todas as circunstâncias especiais, o fundamento é se e como a regra teria de ser observada em determinada situação. Na aplicação devemos adotar, como se estivéssemos naquela situação, a pretensão da norma de ser observada por todos em toda situação (isto é, como uma regra), e confrontá-la com cada uma de suas características. O tema não é a validade da norma para cada um, individualmente, tampouco para os seus interesses, mas a adequação em relação a todas as características de uma única situação. O juízo sobre a adequação de uma norma não se refere a todas as circunstâncias de aplicação, mas exclusivamente a uma”. (GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 70).

Antonio Cavalcanti Maia igualmente reconhece no Direito uma atividade fundamentalmente “argumentativa”, por meio da qual é fornecido um respaldo apto a embasar determinada tese em face de seus destinatários⁵²³.

Segundo lição de Luís Roberto Barroso, a “objetividade possível” de ser alcançada pelo julgador diz justamente com sua aptidão em convencer o “auditório” de que a solução eleita se apresenta “correta” e “justa”⁵²⁴.

No entender de Flávio Quinaud Pedron, a diferenciação entre legislação e jurisdição deve ser procedida com base em uma estrutura lógico-argumentativa, com distinção entre o discurso de fundamentação, que compete ao legislador, e o discurso de aplicação, a ser procedido pelo intérprete. A este incumbirá buscar, dentro das opções propiciadas pelo legislador, aquela que mais se afeioe às particularidades verificadas no caso concreto⁵²⁵.

Diogo Bacha e Silva esclarece que não é dada ao Poder Judiciário a possibilidade de fazer uso do discurso de fundamentação próprio ao Poder Legislativo, com vistas ao embasamento da decisão por ele construída⁵²⁶.

Embora a necessidade de motivação da decisão, com vistas a assegurar o afastamento da arbitrariedade⁵²⁷, seja um consenso por parte da doutrina, ainda assim subsistem inúmeras dificuldades em relação à identificação do ativismo judicial.

A primeira delas diz com o fato de a atividade jurisdicional nem sempre direcionar adequado grau de atenção a tal postulado.

⁵²³MAIA, Antonio Cavalcanti. 2009, pp. 135-136 e 160-161. Jürgen Habermas afirma que a legitimidade da decisão judicial depende não só do atendimento às exigências de segurança jurídica, mas igualmente às de aceitabilidade racional: “O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas. (...) No nível da prática judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 246).

⁵²⁴BARROSO, Luís Roberto. 2015(a), p. 13.

⁵²⁵PEDRON, Flávio Quinaud. “A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther”. *Revista CEJ*. Brasília. Ano XII, n. 41, abr./jun. 2008, pp. 61-63.

⁵²⁶SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, pp. 183-184.

⁵²⁷IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control de la actividad jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998, p. 13.

Como bem destacado por Dimitri Dimoulis, diversas decisões judiciais - especialmente aquelas provenientes da jurisdição constitucional -, não problematizam de forma adequada os critérios de interpretação adotados, fazendo, por vezes, uso dos métodos interpretativos de forma casuística, oportunizando, com isso, a legitimação dos mais variados resultados⁵²⁸.

De fato, o Professor de Filosofia do Direito da Universidade de Santiago de Compostela, Manuel Segura Ortega, reconhece a existência de inúmeras ocasiões nas quais a motivação não reflete com fidelidade o processo intelectual seguido pelo intérprete⁵²⁹.

Além disso, merece relevo o fato de o conteúdo próprio aos modernos textos constitucionais ofertar um leque praticamente ilimitado de alternativas de justificação, contribuindo sensivelmente para o incremento da liberdade propiciada ao julgador. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento admitem que a vagueza e a abertura de boa parte das normas constitucionais faz com que a jurisdição constitucional atribua aos juízes uma espécie de “poder constituinte permanente”⁵³⁰.

⁵²⁸DIMOULIS, Dimitri. 2006, pp. 244-245. A circunstância apontada não é distinta daquela verificada na realidade italiana, como demonstra Gaetano Azzariti: “Nas reconstruções teóricas, e, principalmente, nos comportamentos práticos dos juízes constitucionais, não me parece que tenha estado sempre presente o conjunto das regras que vinculam a interpretação constitucional. A minha impressão é que, às vezes, a jurisprudência da Corte constitucional, com mais frequência no último período, comumente sustentada pela doutrina, graças a um uso simplificado e, portanto, distorcido das técnicas de equilíbrio e da racionalidade, tenha perdido de vista a complexidade das operações hermenêuticas, ultrapassando de tal modo os seus limites, com êxitos que devem ser considerados excessivamente descontraídos. Justamente isso, o uso descontraído da interpretação constitucional e das suas técnicas, levou a Corte a adotar decisões que em alguns casos se libertam dos vínculos textuais, privando assim as suas decisões da sua mais profunda legitimação. (...) Às vezes, nas argumentações e na tipologia das suas sentenças, a Corte parece distanciar-se da Carta, dando a impressão que está em busca de uma solução eficaz, que possa responder às expectativas, uma solução ‘racionalmente compartilhada’ e ‘responsável’. Talvez satisfeita com o resultado que vez por outra obtém, a Corte arrisca perder a visão, sem se dar conta do perigo que desse modo ela corre: aquele de ver extraviada a sua ‘verdadeira’ legitimação”. Conclui afirmando: “A legitimação da Corte é para ser encontrada *integralmente* na Carta, aqui a Corte encontra o seu papel e o fundamento dos seus poderes. *A Corte não é dona do seu processo*. O que implica que a verificabilidade do resultado e a sua legitimação estão, em primeiro lugar, ligadas à recondução ao texto”. (AZZARITI, Gaetano. 2005, pp. 166-168).

⁵²⁹ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2006, p. 77.

⁵³⁰SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. 2015, p. 76. Nesse sentido, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira leciona que “a Constituição do Estado Democrático deve ser compreendida, fundamentalmente, da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do tempo histórico, que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais”. (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, filosofia e política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 111).

Ora, no momento em que é conferido ao intérprete o poder de proceder a uma constante “reavaliação” das escolhas feitas pelo próprio constituinte, por certo nenhuma interpretação ficará fora de seu alcance, dificultando que seja assegurada a desejável previsibilidade do ordenamento jurídico.

Ademais, a necessidade de ser assegurada a transformação social preconizada pelo Estado Democrático de Direito favorece a utilização de elementos valorativos por parte do intérprete, notadamente com o intuito de alargar o campo destinado à atividade interpretativa.

O grande problema ocasionado pela adoção desse tipo de postura diz com o fato de que, embora o discurso constitucional seja usualmente utilizado como instrumento para a promoção de avanços sociais, ele não fornece parâmetros claros acerca de qual seja, exatamente, a transformação almejada. A ausência de uma pauta normativa definida impede que se torne previsível qual valor constitucional será priorizado em cada litígio. Assim é que nada impede que o critério eleito varie conforme o caso a ser analisado, de modo a se ajustar às preferências estratégicas do intérprete⁵³¹.

A hipótese de sobreposição de elementos subjetivos e pessoais do julgador em relação às escolhas procedidas pelo legislador é especialmente oportunizada quando a justificação da atividade jurisdicional adota os princípios constitucionais como base, já que sua abertura normativo-material permite a expansão de seu comando a um extraordinário universo de situações⁵³².

Além disso, o fato de tais normas “irradiarem” por todo o ordenamento jurídico torna o universo de atuação conferido ao julgador praticamente ilimitado.

⁵³¹GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 204-205. O autor chama a atenção para as seguintes divergências envolvendo questões básicas de concepção de valores: “Em primeiro plano, não há entendimento acerca do que deva ser considerada uma vida boa. Enquanto uns acreditam, por exemplo, que a devoção religiosa traz satisfação pessoal, outros veem na realização profissional ou na acumulação de riqueza o seu objetivo de vida. Há desacordos sobre o papel da família, a vida sexual, a importância dos estudos etc. (...) A utilização de métodos contraceptivos, o suicídio assistido e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, entre outros, são temas que frequentemente provocam discordância entre os membros da sociedade. (...) Em segundo plano, há profundas divergências em relação ao modo como as riquezas devem ser distribuídas numa sociedade justa e quanto ao papel do estado nessa distribuição. Alguns acham que a alocação dos bens deveria ser realizada de acordo com os méritos de cada um, enquanto outros entendem que a igualdade material seria o principal objetivo a ser alcançado. O grau de intervenção na economia e o papel da religião no Estado também são insistentemente abordados pelas diversas correntes políticas. Em virtude dessas diferentes concepções de justiça, questões referentes às ações afirmativas, à utilização de ícones religiosos em repartições públicas e aos programas de distribuição de renda, e.g., não encontram respostas unívocas”. (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 26-27).

⁵³²TAVARES, André Ramos. 2003, p. 37.

Não é por outra razão que Jorge Octávio Lavocat Galvão afirma que, caso os inúmeros valores albergados no texto fundamental – que em diversas oportunidades se mostram até mesmo contraditórios - sejam utilizados com vistas a afastar a aplicação da legislação infraconstitucional, “nada estará imune ao crivo do Poder Judiciário”⁵³³.

Nunca é demais lembrar que a hermenêutica contemporânea prega a máxima intensificação da força normativa dos princípios com vistas a assegurar a efetividade dos textos constitucionais⁵³⁴.

Considerando que a Constituição de 1988 tem como base estruturante o princípio da dignidade humana⁵³⁵, não é difícil perceber que o valor a ela correspondente torna possível sua utilização como “justificação” e “motivação” com vistas a embasar as mais variadas interpretações.

Como questionar uma decisão fundada no respeito à dignidade humana, à igualdade, à justiça social, independentemente do conteúdo atribuído pelo intérprete a tais valores? O “auditório” é facilmente convencido. Qualquer voz que contra ela se levante, rapidamente será tida por contrária aos princípios apontados.

Não é por outra razão que Chaïm Perelman considera o discurso dos direitos humanos como o balizador da validade, da legitimidade e da racionalidade da argumentação jurídica⁵³⁶.

Não desconhecendo ou pretendendo desmerecer os admiráveis propósitos almejados por esse postulado, fato é que ele dificulta significativamente a adoção de um critério objetivo e estável que permita guiar o caminho hermenêutico trilhado pelo intérprete com razoável segurança.

Dessarte, não obstante o notável esforço da doutrina na busca por parâmetros que permitam identificar os limites próprios ao legítimo exercício da atividade jurisdicional, por meio dos quais se tornaria possível a identificação do

⁵³³GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. 2014, pp. 28 e 298.

⁵³⁴PIOVESAN, Flávia. 2009(c), p. 364.

⁵³⁵ Flávia Piovesan leciona que o valor da dignidade humana “impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988”. (PIOVESAN, Flávia. “A implementação dos direitos humanos nas cortes brasileiras”. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, 1998, n. 12, pp. 34-35).

⁵³⁶PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 400-408.

caráter ativista ou não da norma de decisão construída pelo intérprete, as apontadas particulares circunstâncias que circundam a atividade jurisdicional contemporânea dificultam imensamente a consecução desse objetivo.

5. ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

5.1 Breves apontamentos sobre a evolução histórica do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho

Em termos históricos, merece primeiramente destaque o fato de a constituição oriunda da Revolução Francesa, no final do século XVIII, ter sido responsável pelo reconhecimento dos direitos trabalhistas dentro do rol dos direitos econômicos e sociais, assim como pela imposição ao Estado da obrigação de assegurar os meios necessários aos desempregados quanto a sua subsistência⁵³⁷.

Mas é especialmente no decorrer do século XIX que a história do Direito do Trabalho adquire especial relevo⁵³⁸.

Com efeito, logo nas primeiras décadas do século XIX, verifica-se a explosão da Revolução Industrial, iniciada na Grã-Bretanha, com a substituição dos métodos de produção artesanais por máquinas. O processo produtivo deixa de estar concentrado nas mãos dos trabalhadores, fazendo com que esses passem a vender sua força de trabalho em troca de salários.

A automatização da indústria propicia uma onda de desemprego sem precedentes. Dentro da lei da oferta e da procura, os poucos postos de trabalho remanescentes passam a ser ardorosamente disputados entre os pretendentes, fazendo com que estes se submetam a quaisquer condições laborais.

Consequentemente, o escasso trabalho ofertado passa a ser desenvolvido de forma extremamente precarizada, sendo caracterizado pela prática de baixos salários, de extensas jornadas de trabalho e de exploração de mulheres e crianças.

As péssimas condições vivenciadas à época fizeram com que, pouco a pouco, os trabalhadores começassem a se reunir em associações para reivindicar

⁵³⁷MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017(a), p. 49.

⁵³⁸MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 68. O autor esclarece que a primeira lei tida por verdadeiramente trabalhista foi promulgada em 1802, na Inglaterra, denominada *Moral and Health Act*, proibindo o trabalho de menores. (MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. 2014, p. 69).

melhorias em relação à forma de realização do trabalho, assim como à remuneração a que eram submetidos⁵³⁹.

Embora os primeiros sindicatos tenham surgido na Inglaterra durante o século XVIII, foi notadamente no decorrer do século XIX que ganharam notável expansão. Inicialmente clandestinos, paulatinamente sua atuação foi sendo reforçada. Um marco importante ocorreu no ano de 1864, em Londres, com a criação da primeira central sindical mundial, a Associação Internacional de Trabalhadores.

A eclosão das reivindicações por melhores condições de trabalho foi determinante para o surgimento do Estado do Bem-Estar Social, assim como para o seu fortalecimento, no decorrer do século XX.

A primeira constituição a reconhecer os direitos trabalhistas como direitos humanos fundamentais foi a Constituição mexicana de 1917, com expressa alusão à desmercantilização do trabalho, impedindo sua equiparação a uma mercadoria. Além disso, foi responsável pela previsão do princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação de trabalho, pela criação da responsabilidade dos empregadores por acidentes do trabalho e pela formatação das bases necessárias à construção do Estado Social de Direito⁵⁴⁰.

Dois anos depois, com o fim da Primeira Guerra, o Direito do Trabalho ganhou especial relevância no cenário internacional, em função do Tratado de Versalhes⁵⁴¹, que determinou a criação da Organização Internacional do Trabalho

⁵³⁹Orlando Gomes e Elson Gottschalk lecionam que a formação de uma “consciência de classe” por parte do movimento operário teve origem nos seguintes fatores: “a concentração do proletariado nos grandes centros industriais nascentes; a exploração de um capitalismo sem peias; a triunfante filosofia individualista da Revolução Francesa; os falsos postulados da liberdade de comércio, indústria e trabalho, refletidos no campo jurídico na falaz liberdade de contratar; o largo emprego das chamadas ‘meias forças’, isto é, o trabalho da mulher e do menor; a instituição das sociedades por ações, sociedade anônima, propiciando, a princípio, a reunião de grandes massas de capital necessário aos empreendimentos industriais, e seu posterior desdobramento em capitais monopolizadoras (*trust, cartéis, holdings*), a ideia revigorante do não intervencionismo estatal, por mais precárias que fossem as condições econômicas e sociais”. (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 1).

⁵⁴⁰COMPARATO, Fábio Konder. 2015, pp. 190-193. O artigo 123 da Constituição mexicana estabeleceu jornada de oito horas, proibição de trabalho de menores de 12 anos, limitação da jornada dos menores de 16 anos a seis horas, jornada máxima noturna de sete horas, descanso semanal, proteção à maternidade, salário mínimo, direito de sindicalização e de greve, indenização de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes do trabalho. (MARTINS, Sergio Pinto. 2017(a), p. 53).

⁵⁴¹O artigo 427 do Tratado de Versalhes prevê que o trabalho não é mercadoria, jornada de oito horas, igualdade de salário, repouso semanal, inspeção do trabalho de mulheres e menores,

(OIT), com o objetivo de promover a melhoria das condições de trabalho no âmbito internacional⁵⁴².

Ainda no ano de 1919 é promulgada a célebre Constituição de Weimar, na Alemanha, prevendo uma regulação internacional das relações de trabalho, com vistas à criação de um padrão mínimo geral de direitos sociais⁵⁴³. Seu conteúdo passa a servir de paradigma para diversas outras constituições ao redor do mundo, fazendo surgir uma nova forma de constitucionalismo, baseada nos direitos fundamentais⁵⁴⁴.

É o chamado constitucionalismo social, reflexo da natureza intervencionista do Estado do Bem-Estar Social.

O constitucionalismo social é caracterizado pela inclusão nos textos constitucionais de preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantia de certos direitos fundamentais, neles incluído o Direito do Trabalho⁵⁴⁵.

Paulatinamente foi sendo superado o liberalismo reinante no século XVIII, que pregava um Estado alheio à atividade econômica.

direito sindical e salário mínimo. (MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. 2014, p. 70).

⁵⁴²MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. 2014, p. 70.

⁵⁴³A Constituição de Weimar disciplinou a participação dos trabalhadores nas empresas, autorizando a liberdade de coalizção dos trabalhadores; tratou da representação dos trabalhadores na empresa; criou um sistema de seguros sociais e também a possibilidade de os trabalhadores colaborarem com os empregadores na fixação de salários e demais condições de trabalho; assim como previu a proteção à maternidade. (MARTINS, Sergio Pinto. 2017(a), p. 53).

⁵⁴⁴MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. 2014, pp. 70 e 123.

⁵⁴⁵MARTINS, Sergio Pinto. 2017(a), p. 53. Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado destacam as seguintes características do constitucionalismo social: “Inserção dos chamados *direitos sociais* no interior das constituições, em especial o campo do Direito do Trabalho e o campo do Direito da Seguridade Social (este, à época, ainda usualmente denominado Direito Previdenciário); incorporação do conceito de cidadania social pelo constitucionalismo, de maneira a absorver, como direitos relevantes, os direitos sociais; ampliação do conceito de cidadania política, de modo a alargar os sujeitos políticos do Estado e suas instituições, com a derrubada às barreiras jurídicas e institucionais à participação dos não proprietários, inclusive trabalhadores, mulheres e outros grupos sociais na arena política e institucional existente; inserção nas constituições da ideia de intervencionismo estatal na economia e nas relações sociais, com limitações ao direito de propriedade e ao poder privativo capitalista, em conformidade com os interesses públicos e sociais; inserção, no constitucionalismo, da ideia de igualdade em sentido material, em contraponto à ideia de igualdade em sentido meramente formal inerente ao paradigma anterior; introdução, nas novas constituições, de diretrizes de inclusão socioeconômica das populações na dinâmica da economia e da política; introdução, no constitucionalismo, da noção mais clara e firme de Democracia, integrada pelas idéias objetivas de participação e inclusão de grande número de pessoas componentes da respectiva população, ao invés da restrita ideia de liberalismo”. (DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017(a), p. 25).

Um dos fatos mais marcantes para a mudança da postura estatal ocorreu no ano de 1929, em decorrência da Grande Depressão econômica verificada nos Estados Unidos. Para resolver os problemas econômicos dela advindos, o Presidente Roosevelt optou por certa flexibilização do liberalismo, o qual cedeu lugar a um moderado intervencionismo estatal⁵⁴⁶.

A partir de então, o modelo intervencionista passou a gerar reflexos, diretamente, às relações de trabalho⁵⁴⁷.

Amauri Mascaro Nascimento caracteriza o Estado Social, através do prisma trabalhista, da seguinte forma: “É um Estado que recebe a influência do constitucionalismo social, da valorização do trabalho, da necessidade da presença do Estado como fonte de criação de um sistema de proteção social, com destaque para a seguridade social e para a garantia de uma renda mínima capaz de favorecer a inclusão das pessoas no processo econômico-social”⁵⁴⁸.

As transformações verificadas no cenário internacional acarretaram efeitos diretos em nosso país. No ano de 1930, começou a surgir uma política trabalhista idealizada por Getúlio Vargas. Dela resultou a instituição das Juntas de Conciliação e Julgamento pelo Decreto nº 22.132 de 1932, vinculadas ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Dois anos depois, com nítida influência da Constituição de Weimar, foi promulgada a Carta de 1934, sendo ela a primeira constituição brasileira a tratar especificamente do Direito do Trabalho⁵⁴⁹. A nova Carta dedicou um capítulo à ordem econômica, com previsão de proteção ao trabalhador. Além disso, previu a pluralidade sindical e o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho. Finalmente, mostrou-se decisiva para a criação da Justiça do Trabalho, muito

⁵⁴⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 139.

⁵⁴⁷Luiz Phillippe Vieira de Mello Filho assim justifica a necessidade de intervenção estatal: “Ela representava, por um lado, o estabelecimento de regras que garantissem a própria sobrevivência física da classe trabalhadora e, a partir daí, o reconhecimento do seu valor humano e, por outro, a garantia da paz social, na medida em que a ausência de intervenção estatal apontava para o acirramento do embate de classes então muito bem delineadas, a ponto de tornar temerário um confronto coletivo direto”. (MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. “Centralidade da pessoa humana na Constituição *versus* centralidade do cidadão trabalhador: o desafio de reler o trabalho a partir da Constituição Federal de 1988”. In SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coords.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 566).

⁵⁴⁸NASCIMENTO, Amauri Mascaro. 2011, pp. 139-140.

⁵⁴⁹MARTINS, Sergio Pinto. 2017(a), p. 56.

embora sua regulamentação só tenha ocorrido no ano de 1940, com o Decreto nº 6.596⁵⁵⁰.

Alguns anos mais tarde, ocorreu outro marco simbólico relevante na história do Direito do Trabalho pátrio. Dada a existência de diversas normas esparsas sobre os mais variados assuntos trabalhistas, houve a necessidade de sua sistematização. Disso resultou a edição do Decreto-Lei nº 5.452 no ano de 1943, aprovando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁵⁵¹.

Logo após, com o final da Segunda Guerra, tornou-se facilmente perceptível o fortalecimento no cenário internacional do ideário relacionado ao Estado do Bem-Estar Social, dando início a um notável aprofundamento do processo de constitucionalização do Direito do Trabalho ao redor do mundo ocidental. Com efeito, as constituições democráticas pós-1945, da França, da Itália e da Alemanha (na segunda metade da década de 40) e, posteriormente, de Portugal e da Espanha (na década de 1970), não só incorporaram normas trabalhistas, mas igualmente contemplaram diretrizes gerais de valorização do trabalho e do ser humano inserido no mercado de trabalho. Além disso, integraram uma grande diversidade de princípios aos textos constitucionais, muitos deles com clara influência na área trabalhista, como o da dignidade humana, o da valorização do trabalho e emprego e o da subordinação da propriedade à sua função social⁵⁵².

Contribuiu igualmente para a valorização do Direito do Trabalho o fato de a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de dezembro de 1948, ter previsto, como valor ético-jurídico fundamental, a dignificação do trabalho. Além disso, contemplou, em seus fundamentos, a necessidade de melhoria dos padrões de proteção ao trabalhador.

⁵⁵⁰MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. 2014, p. 125.

⁵⁵¹MARTINS, Sergio Pinto. 2017(a), p. 58. Ives Gandra Martins Filho esclarece que a Consolidação das Leis do Trabalho sofreu forte inspiração da Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa Leão XIII, a qual contempla os seguintes princípios: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio do bem comum; princípio da destinação universal dos bens; princípio da subsidiariedade do Estado; princípio da dignidade do trabalho humano; princípio da primazia do trabalho sobre o capital; princípio da solidariedade e princípio da proteção. (MARTINS FILHO, Ives Gandra. “Os Pilares do Direito do Trabalho: os princípios jurídicos e as teorias gerais (Uma reflexão sobre sua aplicação)”. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney (coords.). *Os Pilares do Direito do Trabalho*. São Paulo: Lex Editora, 2013, pp. 18-21).

⁵⁵²DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017(a), pp. 103-104.

Outro ponto que merece destaque é o fato de o Direito do Trabalho que surge depois da Segunda Guerra ter retomado a ideia de valorização das negociações coletivas, as quais haviam sido prejudicadas pela supressão de sindicatos decorrente dos regimes autoritários verificados notadamente na Alemanha e na Itália⁵⁵³.

Em todos os países em que prosperou, o Direito do Trabalho mostrou-se um importante fator civilizatório e democrático, tornando-se um dos mais relevantes instrumentos de inserção social dos trabalhadores, tendo em vista que é tido como um dos principais mecanismos de atenuação das distorções socioeconômicas ínsitas ao sistema capitalista⁵⁵⁴.

No âmbito nacional, foi, sem dúvida alguma no ano de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, que os direitos trabalhistas mudaram efetivamente de *status*. Além de terem sido largamente contemplados ao longo dos artigos 7º a 11⁵⁵⁵, por força do artigo 6º⁵⁵⁶, foram alçados à categoria dos direitos fundamentais⁵⁵⁷.

Além disso, seguindo a tendência de modelo desenhado pelos diplomas constitucionais promulgados após o segundo pós-guerra, a Constituição de 1988 adotou como um dos seus principais eixos a presença de um “núcleo principiológico humanístico e social”⁵⁵⁸, com reflexos diretos no âmbito das relações de trabalho.

⁵⁵³ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 27. Ao abordarem o tema, os autores destacam que “a ajuda econômica concedida pelos EUA para reconstrução da Europa veio acompanhada de um modelo de relações laborais, baseado na relativa regulamentação do Estado, com respeito à tradição de negociação coletiva de cada país”. (ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. 2014, p. 29).

⁵⁵⁴DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2017(b), p. 88.

⁵⁵⁵Ney Prado critica o formato adotado pelo capítulo dedicado aos direitos dos trabalhadores na Constituição de 1988, por entender que ele é fruto de um “intervencionismo laboral”, resultando em “um minicódigo do trabalho, demasiadamente prolixo, detalhista, um exagero de normatividade, que não se compadece com a natureza e o nível do instrumento legislativo de que se trata”. (PRADO, Ney. “A Reconstrução possível do Direito do Trabalho”. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney (coords.). *Os Pilares do Direito do Trabalho*. São Paulo: Lex Editora, 2013, p. 588).

⁵⁵⁶Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵⁵⁷ Sergio Pinto Martins lembra que nas Constituições anteriores os direitos trabalhistas sempre foram inseridos no âmbito da ordem econômica e social. (MARTINS, Sergio Pinto. 2017(a), p. 59).

⁵⁵⁸DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. 2017(a), p. 30.

Com efeito, diversos dos inúmeros princípios introduzidos pela Carta 1988 passaram a influenciar, de forma decisiva, o Direito do Trabalho, valendo destacar os seguintes: princípio da dignidade humana, princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, princípio da valorização do trabalho e do emprego, princípio da inviolabilidade do direito à vida, princípio do Bem-Estar individual e social, princípio da justiça social, princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental, princípio da não discriminação, princípio da igualdade em sentido material, princípio da segurança, princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, princípio da vedação do retrocesso social⁵⁵⁹.

Ademais, a Lei Maior oportunizou diversos mecanismos para que fosse finalmente alcançada a plena efetividade do Direito do Trabalho na economia e na sociedade do país, valendo destacar, além do alargamento de direitos trabalhistas, o fortalecimento da atuação dos sindicatos, o avanço quanto à paridade jurídica entre trabalhadores urbanos e rurais, a inclusão trabalhista dos empregados domésticos, a instituição de elementos novos de atuação coletiva sindical e a completa reestruturação do Ministério Público do Trabalho, alçando-o à condição de importante “órgão implementador da efetividade justralhista”⁵⁶⁰.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 propiciou a consolidação de um papel “inclusivo” e “democrático” da Justiça do Trabalho no cenário nacional. Com isso, ficou fortalecido o sentido axiológico a ela atribuído, fundado no valor da justiça social, o qual vincula a interpretação e a aplicação da legislação no Estado Democrático de Direito⁵⁶¹.

A origem histórica do Direito do Trabalho, atrelada à necessidade de proteção de uma das partes envolvidas na relação laboral, que à época se mostrava à mercê dos excessos cometidos pela classe empresarial dominante, num contexto de total exploração da mão de obra ofertada, fez com que tal ramo jurídico passasse a usufruir de diversas especificidades.

⁵⁵⁹DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. 2017(a), p. 31.

⁵⁶⁰DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. 2017(b), pp. 86.

⁵⁶¹DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. 2017(b), pp. 151 e 154.

5.2 Especificidades inerentes ao Direito do Trabalho e ao Processo do Trabalho

Octávio Bueno Magano conceitua o Direito do Trabalho como “o conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais”⁵⁶².

Esse ramo jurídico surge, portanto, em torno da finalidade de proteção da pessoa do trabalhador⁵⁶³, tendo por objetivo, conforme lição de Amauri Mascaro Nascimento, a promoção da “justiça social”, que pressupõe a ideia de distribuição de renda entre os membros da sociedade⁵⁶⁴.

Segundo lição de Eros Grau, a ideia de “justiça social” contida na Carta de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 3º, I⁵⁶⁵) não designa meramente uma “espécie de justiça”, mas, sim, seu “dado ideológico”⁵⁶⁶.

A busca pelo alcance a esse objetivo reflete diretamente na dinâmica hermenêutica adotada no âmbito da jurisdição trabalhista.

Primeiramente, cumpre destacar a notável relevância atribuída aos princípios, não só àqueles de natureza constitucional, como também aos de aplicação específica às relações de trabalho⁵⁶⁷.

Ao tratar do tema, Mauricio Godinho Delgado defende que as normas trabalhistas devem ser sempre interpretadas sob um enfoque *valorativo*, com sobreposição dos valores sociais aos valores particulares⁵⁶⁸.

Com efeito, Francisco Meton Marques de Lima afirma que, no Direito do Trabalho, os princípios funcionam como fonte formal, recurso hermenêutico e

⁵⁶²MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1980, vol. I, p. 50.

⁵⁶³DRAY, Guilherme Machado. *O Princípio da Proteção do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 2015, p. 47.

⁵⁶⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. 2011, p. 40.

⁵⁶⁵Artigo 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

⁵⁶⁶GRAU, Eros. 1997, p. 245.

⁵⁶⁷Francisco Meton Marques de Lima esclarece que “os princípios naturais do Direito do Trabalho emanam da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização Internacional do Trabalho, da Constituição Federal; e os princípios técnicos brotam da legislação trabalhista e da natureza de cada instituto jurídico, tendo em vista o progresso social do cidadão enquanto trabalhador”. (LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 45).

⁵⁶⁸DELGADO, Mauricio Godinho. 2017(a), p. 252.

cláusula de barreira contra a “invasão” do direito comum. Essa proeminência dos princípios serve, inclusive, para qualificar esse ramo especializado como um “direito de princípios”. Segundo o autor, a interpretação trabalhista é “teleológica” quanto ao fim a ser atingido e “principiológica” quanto aos meios necessários para que esse fim seja alcançado⁵⁶⁹.

Um dos mais emblemáticos princípios do Direito do Trabalho é, sem dúvida alguma, o princípio da proteção, o qual confere uma “tutela preferencial” ao trabalhador⁵⁷⁰.

Para Arion Sayão Romita, a proteção dos trabalhadores representa uma conquista do Estado Social e Democrático de Direito, a qual visa à eliminação da desigualdade social e econômica verificada entre o empregado e o empregador, de modo a ficar assegurada uma verdadeira igualdade material entre as partes envolvidas na relação de trabalho⁵⁷¹.

Francisco Meton Marques de Lima igualmente reconhece no princípio da proteção um importante instrumento de política de inclusão social, esclarecendo que seu fundamento decorre do artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988, segundo o qual todos são iguais perante a lei⁵⁷².

O célebre jurista uruguaio Plá Rodriguez leciona que o princípio da proteção se expressa sob três formas distintas. A regra *in dubio pro operario* estipula que o intérprete deve escolher, entre os vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que se mostrar mais vantajoso ao trabalhador⁵⁷³. A regra da *norma mais favorável* determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável ao caso, deve ser eleita aquela que se mostrar mais favorável ao operário. Por fim, a regra da *condição mais benéfica* impede a aplicação de uma nova norma

⁵⁶⁹LIMA, Francisco Meton Marques de. 2015, pp. 45 e 252.

⁵⁷⁰MELLO, Marco Aurélio. “A força normativa do princípio da proteção no direito constitucional do trabalho”. In PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PINTO, José Augusto Rodrigues (coords.). *Principiologia: ensino em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva: um jurista de princípios*. São Paulo: LTr, 2016, p. 165.

⁵⁷¹ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque*. São Paulo: LTr, 2003, pp. 30-31.

⁵⁷²LIMA, Francisco Meton Marques de. 2015, pp. 62 e 65.

⁵⁷³Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento afirmam que o princípio *in dubio pro operario* não tem na atualidade a mesma importância do passado. Sua influência deve ser restrita ao momento de elaboração da legislação, sob o risco de uma duplicação da tutela. Os autores esclarecem que o princípio tem sido alvo de inúmeros questionamentos, especialmente na Espanha e em Portugal, onde prevalece o entendimento de que seu conteúdo só teria sentido quando as relações de trabalho eram regidas pelo direito civil. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014(a), pp. 517-518).

trabalhista que venha a diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava o trabalhador⁵⁷⁴.

Cabe aqui um especial destaque ao subprincípio da norma mais favorável ao trabalhador, já que sua aplicação afasta a observância aos critérios clássicos de hierarquia formal das normas jurídicas.

Como sabido, no Direito comum a hierarquia das normas é fixada pela extensão da eficácia e pela intensidade normativa do diploma, sendo o posto mais alto da pirâmide hierárquica ocupado pela Constituição. O critério é rígido e inflexível: nada pode agredir a Lei Maior. No âmbito trabalhista, contudo, o cenário é um pouco diverso. Mauricio Godinho Delgado destaca dois pontos centrais de distanciamento. O primeiro deles diz com o fato de que no Direito do Trabalho não se fala, ao menos em princípio, em hierarquia de diplomas normativos, mas sim em hierarquia de *normas jurídicas*. Além disso, o critério informador da pirâmide hierárquica trabalhista é distinto daquele verificado em relação ao Direito comum, porque opera de maneira variável, tendo como vértice a norma que mais se aproxime do caráter teleológico desse ramo jurídico. Assim é que, diante da pressuposição de desequilíbrio entre as partes integrantes da relação de trabalho, com o objetivo de que seja assegurada a melhoria das condições socioprofissionais do operário, prevalecerá, tendencialmente, na pirâmide hierárquica, a norma que melhor expresse os interesses do trabalhador. Como esta nem sempre será aquela contemplada pela Constituição, o vértice da pirâmide normativa tornar-se instável, ainda que resultante de um critério permanente⁵⁷⁵.

As especificidades inerentes à jurisdição trabalhista igualmente se mostram presentes no trato conferido à equidade.

Para José Martins Catharino, a equidade é a “ponte por excelência entre a Justiça e a Lei”⁵⁷⁶. Mozart Victor Russomano a conceitua como “a ideia do justo” que “abranda o rigor do texto” e “aquece a frieza da lei”⁵⁷⁷. Mauricio Godinho Delgado tem a equidade como “o poder conferido ao juiz de adequar o comando

⁵⁷⁴PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 2015, p. 107.

⁵⁷⁵DELGADO, Mauricio Godinho. 2017(a), pp. 192-194.

⁵⁷⁶CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. 1ª ed. São Paulo: Editoria Jurídica e Universitária, 1972, p. 117.

⁵⁷⁷RUSSOMANO, Mozart Victor Russomano. *Comentários à CLT*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 45.

genérico contido na norma jurídica às particularidades diferenciadoras do caso concreto”⁵⁷⁸.

No âmbito trabalhista, a equidade é compreendida como um importante instrumento para a garantia da proteção ao trabalhador⁵⁷⁹.

Tal conclusão deriva da compreensão de que todo “juízo de equidade” consistiria, na realidade, em um “juízo de igualdade”. Como o princípio da proteção visa a assegurar a paridade entre as partes integrantes da relação de trabalho, a equidade em muito se identificaria com seus postulados⁵⁸⁰.

Além disso, o caráter fundamentalmente dinâmico do Direito do Trabalho favorece a valorização do uso da equidade, uma vez que esta permite um maior reconhecimento das peculiares circunstâncias que envolvem as relações trabalhistas, de modo a tornar possível uma constante adequação da legislação correspondente às estruturas sociais verificadas em cada momento histórico. Não é por outra razão que Miguel Reale afirma que a utilização de critérios equitativos permite a atualização da lei pelo intérprete, no sentido de realizá-la em sua plenitude e concreção⁵⁸¹.

Délio Maranhão igualmente defende ser função legítima do julgador a consideração das circunstâncias do caso concreto, de forma a ajustar a lei à espécie, aplicando-a “humanamente”, desde que dentro dos limites que a norma comporta. O autor tem a equidade como uma “ambiência”, uma “atmosfera”. Nesse sentido afirma que ela “não é um fim em si mesma, mas um meio”⁵⁸².

O mesmo entendimento é compartilhado pelo jusfilósofo Floriano Correa Vaz da Silva, para quem a interpretação “justa” das normas jurídicas, com vistas à criação da norma de decisão do caso concreto, envolve, necessariamente, a utilização da ideia de “lógica do razoável”⁵⁸³.

Muito embora a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não incluía a equidade como fonte formal secundária do direito, assim como o artigo

⁵⁷⁸DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2017(b), p. 246.

⁵⁷⁹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. 2011, pp. 61-62.

⁵⁸⁰REALE, Miguel. “A Equidade no Direito do Trabalho”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 69, n. 1, 1974, p. 14.

⁵⁸¹REALE, Miguel. 1974, p. 13. O autor, no entanto, faz a ressalva de que tal conduta não pode ter como objetivo contrariar o conteúdo da norma legal. (REALE, Miguel. 1974, p. 13).

⁵⁸²MARANHÃO, Délio. et. al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 169.

⁵⁸³SILVA, Floriano Correa Vaz da. “A Equidade e o Direito do Trabalho”. *Revista LTr*, vol. 28. São Paulo: LTr, 1974, p. 919.

127 do Código de Processo Civil preveja que o juiz só decidirá por equidade nos casos expressos em lei, a Consolidação das Leis do Trabalho, até mesmo pelas características próprias a tal ramo jurídico, mostrou-se mais inovadora, autorizando expressamente, em seu artigo 8º⁵⁸⁴, o julgamento por equidade⁵⁸⁵.

Além disso, a Consolidação orienta o julgador a adotar o juízo de equidade em diversas oportunidades específicas.

Com efeito, no âmbito dos dissídios coletivos, o artigo 766 prevê que, para a estipulação de salários, deverá ser assegurada justa retribuição aos trabalhadores⁵⁸⁶.

A equidade também ganha espaço no procedimento sumaríssimo trabalhista. Nesse sentido, o parágrafo primeiro do artigo 852-I da Consolidação preleciona que o julgador adote a decisão que entender mais “justa” e “equânime” ao caso concreto, a fim de que sejam atendidos os fins sociais da legislação⁵⁸⁷.

Assim é que, ao contrário da realidade verificada em relação ao Direito comum, no âmbito trabalhista a equidade se apresenta em sua “máxima potencialidade”, cumprindo funções de fonte formal, recurso hermenêutico e instrumento concreto de operacionalização da proporcionalidade⁵⁸⁸.

Francisco Meton Marques de Lima afirma que, na qualidade de recurso interpretativo, a equidade se faz presente em todo momento do direito, funcionando como “a substância vivificadora, atualizadora, adaptadora, purificadora, humanizadora, mitigando o rigor excessivo da norma geral,

⁵⁸⁴Artigo 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

⁵⁸⁵Importante destacar que, já no ano de 1977, a redação conferida ao aludido artigo mereceu críticas por parte de Wagner Giglio: “O texto, amálgama de outros, consolidados em 1943, apresenta defeitos notórios, a começar pelos da redação, em mau português; confunde métodos e técnicas de interpretação com fontes de integração do direito e normas jurídicas (a menção a normas *gerais* não faz sentido, pois todas são necessariamente gerais) com princípios gerais de direito; não estabelece ordem preferencial dos métodos de interpretação que menciona, mistura com as fontes etc. De aproveitável, resta a orientação teleológica da frase final, referente ao bem comum”. (GIGLIO, Wagner D. “A Equidade e o Direito do Trabalho Brasileiro”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, vol. 72, n. 2, jan. 1977, pp. 278-279).

⁵⁸⁶Artigo 766. Nos dissídios coletivos sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas.

⁵⁸⁷Artigo 852-I, § 1º. O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

⁵⁸⁸LIMA, Francisco Meton Marques de. 2015, p. 72.

revelando a verdadeira justiça segundo a consciência da comunidade”. Segundo o autor, a equidade “supre” e “tempera” a lei, podendo chegar a modificar seu sentido, desde que sem alteração do texto correspondente⁵⁸⁹.

Para Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento, a equidade possibilita a criação da norma inexistente no caso concreto, permitindo que o julgador atue na condição de um verdadeiro legislador⁵⁹⁰. Tal faculdade é favorecida pela importância conferida à jurisprudência axiológica ou de valores, tida como diretriz interpretativa do Direito do Trabalho. Segundo os autores, a jurisdição trabalhista não deve ser entendida somente como “sancionadora”. Ela é igualmente “constitutiva”, já que nem sempre a técnica gramatical se mostra o meio apto para se chegar a um resultado justo⁵⁹¹.

Além do alargamento propiciado ao campo de utilização da equidade no âmbito da jurisdição trabalhista, merece destaque também outra especial circunstância: o poder normativo conferido à Justiça do Trabalho, o qual permite a elaboração de normas e condições de trabalho sem a participação do Poder Legislativo.

A sentença normativa, ao contrário da decisão judicial clássica, não reflete a aplicação de uma norma jurídica existente sobre um determinado caso concreto. Por essa razão, Mauricio Godinho Delgado chega a afirmar que ela não pode ser considerada como resultado do exercício de um poder propriamente jurisdicional. O fato de a sentença normativa expressar a criação de regras jurídicas, gerais, abstratas e impessoais visando à regulação de relações *futuras*, faz com que ela seja equiparável à lei em sentido material, embora sob a roupagem de ato judicial⁵⁹².

Sergio Pinto Martins, contudo, diverge do aludido posicionamento, por entender que a necessidade de obediência ao ordenamento jurídico na

⁵⁸⁹LIMA, Francisco Meton Marques de. 2015, pp. 67 e 70. O autor caracteriza a equidade da seguinte forma: “Comparando-se a justiça formal com uma superfície plana e a justiça real com uma superfície acidentada, a primeira mede-se com uma régua indobrável – é a justiça geral, a do Estado – e a segunda, com uma régua flexível igual a uma corda – é a equidade, a justiça do caso particular, a justiça do juiz”. (LIMA, Francisco Meton Marques de. 2015, p. 67).

⁵⁹⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014(b), p. 249.

⁵⁹¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. 2014(a), pp. 519-520. Os autores, entretanto, fazem a ressalva de que o juiz não está autorizado a julgar *contra legem*, porque a ele não cabe revestir-se da figura do legislador. Concluem afirmando que o juiz do trabalho não é um “órgão de assistência social”. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. 2014(a), p. 520).

⁵⁹²DELGADO, Mauricio Godinho. 2017(a), pp. 1468-1469.

apreciação e no julgamento dos dissídios coletivos por parte da Justiça do Trabalho, aliada à exigência de provocação das partes, caracteriza a atividade correspondente como ato jurisdicional. Não obstante, o autor reconhece as dificuldades decorrentes da temática, aduzindo que o ideal seria que o julgador não fosse responsável pela criação de normas jurídicas. Para ele, o poder normativo deveria ser uma espécie de juízo de equidade, a ser utilizado nas hipóteses de lacunas da lei ou da norma coletiva⁵⁹³.

O embasamento trazido só confirma o fato de que, independentemente de se entender pela atribuição ou não de caráter jurisdicional ao poder normativo titulado pela Justiça do Trabalho, fato é que a atividade exercida pelo julgador ainda assim se mostrará atípica e significativamente mais ampla do que aquela verificada no âmbito da jurisdição comum.

Essa notável ampliação dos poderes usualmente destinados ao intérprete judicial no âmbito das relações coletivas de trabalho, de alguma forma, influencia sua postura como um todo.

Certamente não é casual o impactante número de súmulas e orientações jurisprudenciais construídas pelo Judiciário trabalhista, sendo este até mesmo superior à quantidade de artigos que integram a Consolidação das Leis do Trabalho⁵⁹⁴. Isso tendo em conta apenas aquelas oriundas do Tribunal Superior do Trabalho. Caso sejam consideradas as emitidas por todos os Tribunais Regionais do Trabalho, o número seria infinitamente maior.

Tal realidade bem demonstra o diferenciado protagonismo exercido pela Justiça do Trabalho no que toca à regulação das relações laborais, em condições comparáveis às do próprio legislador.

Todas essas singularidades não só favorecem a prática do ativismo judicial no âmbito trabalhista, como também propiciam a ele um diferenciado contorno.

⁵⁹³MARTINS, Sergio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017(b), pp. 936-937.

⁵⁹⁴ Enquanto a Consolidação das Leis do Trabalho conta com 922 artigos, o *site* do Tribunal Superior do Trabalho indica a edição de um total de 463 Súmulas e de 709 Orientações Jurisprudenciais por parte da Corte, levando em consideração todos os seus órgãos. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em {www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-internet.pdf}. Acesso em 14 de novembro de 2017).

5.3 Ativismo judicial na Justiça do Trabalho

O julgador trabalhista, mesmo quando não detinha função jurisdicional, era o que mais se afeiçoava à ideia do juiz ativo.

Contribuía para isso, especialmente, a maior inteiração que sempre lhe foi proporcionada com as partes envolvidas nas demandas judiciais. Nesse contexto, merecem destaque a manifesta relevância atribuída às audiências, a função conciliatória inerente à Justiça do Trabalho, a observância ao princípio da oralidade, assim como o fato de a atividade jurisdicional laboral ter sido sempre exercida com traços de celeridade e de informalidade. Cumpre igualmente mencionar a paridade da organização judiciária trabalhista verificada à época de sua criação, integrada por juízes togados e juízes leigos, estes representantes dos trabalhadores e dos empregadores.

Mais recentemente, concorrem para tanto o caráter promocional e transformador próprio ao Estado Democrático de Direito, o papel outorgado à equidade e, especialmente, a relevância contemporaneamente atribuída aos princípios, notadamente ao da proteção e aos seus desdobramentos.

Sergio Pinto Martins reconhece que, em face do princípio da proteção, o sistema torna-se, necessariamente, protecionista⁵⁹⁵. Tal realidade influencia decisivamente o papel desempenhado pelo julgador trabalhista.

Por certo, o fato de o Direito do Trabalho ter suas bases fundadas no pressuposto de desigualdade entre as partes integrantes da relação trabalhista fez com que não só o princípio da proteção, mas também todos os demais aplicáveis ao âmbito laboral passassem a usufruir de natureza ostensivamente protetiva do hipossuficiente, funcionando como um “sistema de compensação” da parte mais fraca, de modo a assegurar a otimização dos direitos correspondentes⁵⁹⁶.

Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado leciona que a função normativa própria aos princípios permite a possibilidade de *extensão* ou *restrição* da norma jurídica e, até mesmo, sua própria *invalidação*⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵MARTINS, Sergio Pinto. 2017(b), p. 91.

⁵⁹⁶LIMA, Francisco Meton Marques de. 2015, pp. 45-46.

⁵⁹⁷DELGADO, Mauricio Godinho. 2017(b), p. 24. Não é por outra razão que Maria Cecília Teodoro afirma que no âmbito trabalhista a guinada de importância dos princípios proposta pelo

Com o advento da Constituição de 1988, o cenário mostrou-se ainda mais propício para a expansão do protagonismo judicial. Afora todos os pontos destacados em relação à ascensão do Poder Judiciário de caráter geral, particularmente na esfera trabalhista a valorização constitucional do trabalho e sua expressa relação com o princípio da dignidade humana trouxeram o estímulo e a fundamentação necessários para que o intérprete partisse para voos ainda mais altos.

Como já oportunamente tratado, a dignidade humana é tida como o mais relevante princípio do constitucionalismo humanístico e social deflagrado após a Segunda Guerra Mundial, sendo sua força intrínseca subordinante de todos os demais princípios, regras, medidas e condutas práticas⁵⁹⁸.

A Constituição de 1988, além de prever a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III⁵⁹⁹), expressamente a relacionou com Direito do Trabalho, ao dispor sobre o valor social do trabalho⁶⁰⁰ (artigo 1º, IV⁶⁰¹), ao condicionar o exercício da atividade econômica à promoção de uma existência digna (artigo 170⁶⁰²) e, ainda, ao elevar o trabalho à base da ordem social nacional (artigo 193⁶⁰³).

Essa conjunção de fatores mostrou-se determinante para que o Judiciário trabalhista compreendesse a necessidade de adoção de posturas mais “ativas”, com vistas à efetivamente assegurar a dignidade dos trabalhadores.

neoconstitucionalismo potencializa ainda mais nesse ramo jurídico a hipótese de ocorrência do ativismo judicial. (TEODORO, Maria Cecília Máximo. 2011, p. 108).

⁵⁹⁸DELGADO, Mauricio Godinho. 2017(b), p. 38.

⁵⁹⁹Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituem-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

⁶⁰⁰Sobre o ponto, Nelson Mannrich fornece a seguinte lição: “O trabalho como valor social representa a atividade humana destinada a transformar ou adaptar recursos naturais com o fim de produzir bens e serviços que satisfaçam necessidades individuais e coletivas do homem em sociedade. É esse o trabalho cuja valorização constitui fundamento da ordem econômica. Os valores sociais do trabalho estão precisamente na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, enquanto atividade social, fornecer à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna”. (MANNRICH, Nelson. “Reconstrução do Direito do Trabalho”. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney (coords.). *Os Pilares do Direito do Trabalho*. São Paulo: Lex Editora, 2013, p. 571).

⁶⁰¹Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituem-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

⁶⁰²Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...).

⁶⁰³Artigo 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o Bem-Estar e a justiça sociais.

Com efeito, afora o fato de o “metacritério” da dignidade humana ter determinado a releitura constitucionalizada de todos os ramos do Direito, a fim de que toda a ordem jurídica fosse, com base nele reinterpretada⁶⁰⁴, pode-se concluir que, no âmbito laboral, o valor mereceu especial relevo, porquanto o trabalho é tido como fonte de dignidade e de integração social⁶⁰⁵.

Segundo lição de Mauricio Godinho Delgado, a promulgação da Constituição de 1988 fez com que a dignidade humana passasse a ocupar o posto de “fundamento da vida no país”, “princípio jurídico inspirador e normativo”, e ainda, “objetivo de toda a ordem econômica”. Ou seja, combina simultaneamente três funções: fundamento, princípio e objetivo⁶⁰⁶.

Por força desse contexto, notadamente a partir de 1988, o Direito do Trabalho passa a corresponder, no mínimo, ao direito a um trabalho digno, este concebido como o direito a um trabalho “minimamente protegido”⁶⁰⁷. Tal proteção pressupõe a concretização dos direitos fundamentais trabalhistas que assegurem um “patamar mínimo de vida digna”. Com vistas a propiciar que tal objetivo seja

⁶⁰⁴Ao tratar dos efeitos incidentes do princípio da dignidade humana sobre a atividade jurisdicional, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho esclarece que: “Em matéria de proteção das liberdades civis, o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado para a centralidade da pessoa humana na interpretação da Constituição e, com isso, tem rompido com paradigmas jurídicos de viés conservador. Foi o que ficou assentado nos importantes julgamentos do reconhecimento da união civil homoafetiva, do aborto do feto anencefálico, da proibição do uso de algemas quando da inexistência de resistência à prisão, da legalidade da chamada ‘marcha da maconha’, além dos emblemáticos *leading cases* do reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas e do reconhecimento da suprallegalidade das normas internacionais de direitos humanos, no caso específico da prisão civil do depositário infiel”. (MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. 2014, p. 558).

⁶⁰⁵MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. 2014, pp. 554-555 e 569. Sobre o tema, v. lição de Amauri Mascaro Nascimento: “Nos tempos atuais, o trabalho é um direito: o direito ao trabalho. Essa afirmação não é recente. É encontrada em Montesquieu e Rousseau. Há, portanto, uma preocupação com o direito ao trabalho, cujo fundamento maior é o próprio direito à vida. O ser humano, para viver, precisa prover a sua subsistência. Para fazê-lo depende do trabalho. Logo, o trabalho é um direito. É o direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito ao trabalho está relacionado com o direito à vida e à subsistência”. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25).

⁶⁰⁶DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. “O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho”. In SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coords.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 211.

⁶⁰⁷Ao abordar o tema, Carlos Henrique Bezerra Leite destaca que o direito ao trabalho digno “deve ser interpretado ora como princípio (valor) fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, artigo 1º, II, III e IV); ora como direito social (CF, artigos 6º e 7º); ora como fundamento da ordem econômica, pois esta tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros, o princípio da busca do pleno emprego (CF, artigo 170, VIII)”. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. “O Direito do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Humanos”. *Revista da Academia Nacional do Direito do Trabalho*. Ano XIX, nº 19. São Paulo: LTr, 2011, p. 149).

alcançado, é preconizado ao intérprete que, em face da posição de centralidade da Constituição de 1988 no ordenamento jurídico brasileiro, fundamente as decisões tomadas nos casos concretos valendo-se de uma “sólida relação” entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho, já que somente assim estará assegurado o respeito à dignidade humana⁶⁰⁸.

Mauricio Godinho Delgado reconhece no Direito do Trabalho a dimensão *social* mais significativa dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Previdenciário, já que é por meio dessa estreita ligação que se torna possível a regulação da principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, a fim de que fique assegurado um patamar civilizado de direitos e de garantias jurídicas. Dessarte, a ideia de dignidade humana deixa de ser limitada à garantia da liberdade e da intangibilidade física e psíquica dos indivíduos para, igual e necessariamente, passar a contemplar a afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões no plano cultural. E o meio mais propício a assegurar que tais conquistas sejam alcançadas é o trabalho⁶⁰⁹.

Por certo, a concepção contemporânea de dignidade humana passa a pressupor a adequada valorização do trabalho humano. Nesse sentido, José Felipe Ledur chega a afirmar que o direito a um posto de trabalho, devidamente acompanhado de remuneração condigna, constitui condição indissociável do exercício do direito fundamental à vida⁶¹⁰.

Não foi por outra razão que uma das primeiras afirmações principiológicas proferidas pela Organização Internacional do Trabalho foi a de que o trabalho humano não é uma mercadoria⁶¹¹, dela decorrendo a necessidade de o trabalhador e de seu trabalho serem tutelados com base no critério da dignidade⁶¹².

A partir daí, fica nítido o alinhamento entre o princípio da dignidade humana e o princípio da proteção, já que o objetivo precípua desse último, como lembram Francisco Rossal de Araújo e Rodrigo Coimbra, é a descaracterização do trabalho

⁶⁰⁸DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. 2014, pp. 207 e 215.

⁶⁰⁹DELGADO, Mauricio Godinho. 2017(a), pp. 86-87.

⁶¹⁰LEDUR, José Felipe. *A realização do Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, pp. 95 e 167.

⁶¹¹Tal previsão integrou a Parte XIII do Tratado de Versalhes, da Declaração de Filadélfia de 1944. (MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. 2014, p. 569).

⁶¹²MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. 2014, p. 569.

como mercadoria, a fim de que seja compreendido como elemento valioso para que fique assegurada a dignidade humana⁶¹³.

O mesmo entendimento é compartilhado por Guilherme Machado Dray, para quem o princípio da proteção surge como a concretização, no plano juslaboral, do princípio geral e intertemporal da igualdade, o qual, por sua vez, é alimentado pelo metaprincípio da dignidade humana. Nesse contexto, o princípio trabalhista da proteção se torna responsável, em razão da sua especificidade, por assegurar uma maior intensidade na atuação do princípio da dignidade humana⁶¹⁴.

Mauricio Godinho Delgado relaciona a dignidade humana igualmente com a ideia de equidade, já que aquela “torna a individualidade de qualquer pessoa humana relevante no processo de incidência do comando geral, abstrato, impessoal e obrigatório do Direito à situação particular vivenciada por esse indivíduo”⁶¹⁵.

Todas essas múltiplas conexões possibilitadas pelo princípio da dignidade humana, aliadas ao diferenciado posto hierárquico por ele ocupado, acarretam profundos reflexos no que diz com a postura adotada pelo Judiciário trabalhista.

De fato, Eros Grau afirma que o valor da dignidade humana, conjugado com o reconhecimento procedido pela Constituição de 1988 quanto à valorização do trabalho humano e quanto ao valor social do trabalho, resulta grandes “potencialidades transformadoras”⁶¹⁶.

Esse intuito transformador é diferenciadamente exercido no âmbito laboral.

A busca por “justiça” é uma verdadeira obsessão do julgador trabalhista. E isso decorre especialmente do senso comum de que as relações de trabalho seriam caracterizadas por uma intrínseca “injustiça”, resultante da desigualdade verificada entre empregado e empregador. Tal disparidade parece propiciar a

⁶¹³ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. 2014, p. 143.

⁶¹⁴DRAY, Guilherme Machado. 2015, pp. 76 e 84. Sobre o tema, merece destaque lição do Ministro Marco Aurélio Mello: “O princípio da proteção, tradicionalmente admitido como pauta válida de tutela preferencial dos trabalhadores, adquiriu, com o fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho pós-1988, especial significância normativa em defesa dos direitos fundamentais da classe, cumprindo funções tanto interpretativa quanto de dirigismo legislativo e alcançando, além de direitos patrimoniais, os de personalidade. No jogo de ponderação com outros princípios, a tutela preferencial do trabalhador passou a desempenhar relevantíssimo papel na afirmação da dignidade humana, da igualdade material, dos valores sociais do trabalho e na proibição de discriminações nas relações obreiras”. (MELLO, Marco Aurélio. 2016, p. 167).

⁶¹⁵DELGADO, Mauricio Godinho. 2017(b), p. 248.

⁶¹⁶GRAU, Eros. 1997, pp. 218-221.

justificação da adoção de uma postura mais “pró-ativa” por parte dos órgãos da Justiça do Trabalho, com vistas à elaboração da norma de decisão que se mostrar mais “justa”, esta entendida como aquela que melhor proteja os interesses da parte tida como mais fraca.

Com efeito, Eduardo Couture defende que os conflitos trabalhistas necessitam de “juízes mais ágeis, mais sensíveis e mais dispostos a abandonar as formas normais de garantia”, com o objetivo de assegurar um “modo especial de justiça”⁶¹⁷.

Assim é que fazendo uso especialmente dos inúmeros princípios propiciados pelo ordenamento jurídico - com especial destaque ao da dignidade humana -, a Justiça do Trabalho toma para si a missão de concretização do ideal ligado à justiça social, ainda que, para alcançá-lo, tenha que, por vezes, abandonar, ou ao menos contornar, o regramento legal aplicável ao caso, incidindo em manifesto ativismo judicial⁶¹⁸.

A estreita relação existente entre o ativismo judicial e os princípios de baixa densidade normativa é reconhecida por Ives Gandra Martins Filho, notadamente nas hipóteses de ausência de norma legal específica. O autor demonstra alguma preocupação com essa circunstância, advertindo para o fato de que a tentação do julgador de conferir maior efetividade aos princípios, mediante a imposição de obrigações concretas desacompanhadas de previsão legal correspondente, gera insegurança jurídica e uma falsa ideia de proteção. Isso porque o subjetivismo decorrente da adoção de uma postura ativista permite que cada julgador extraia “do princípio que mais lhe aprover a obrigação que menos se poderia esperar”. A utilização indiscriminada dos princípios, nesse contexto, decorre de um discurso

⁶¹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 276.

⁶¹⁸Ao abordar o ponto, o Ministro Ives Gandra Martins Filho consigna o seguinte alerta: “A impressão que se tem da jurisprudência de nossa Corte Superior Trabalhista na atualidade, (...), é a de que a implementação da Justiça Social se confunde com reconhecer ao trabalhador todos os direitos que venha a postular em juízo, estejam positivados ou não. A criatividade quanto aos direitos e sua fundamentação tem sido a tônica da atual jurisprudência trabalhista. E ela se dá pela invocação de princípios jurídicos e teorias gerais para fundamentar o reconhecimento de direitos não previstos especificamente na legislação laboral”. (MARTINS FILHO, Ives Gandra. 2013, p. 17). A larga utilização do princípio da dignidade humana no âmbito da Justiça do Trabalho é facilmente observável pelo número de referências que são obtidas pela pesquisa do termo no site do Tribunal Superior do Trabalho: 119.942. (BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: {www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada}. Acesso em 14 de novembro de 2017).

meramente ideológico, de forma a tentar justificar uma decisão já tomada previamente⁶¹⁹.

O diferenciado interesse do julgador trabalhista em participar ativamente da regulação das relações laborais é facilmente perceptível pelo já apontado significativo número de súmulas e orientações jurisprudenciais emitidas pela Justiça do Trabalho.

Afora a decisiva contribuição judicial na configuração do ordenamento jurídico trabalhista, merece destaque o fato de que o direito sumulado é constantemente objeto de rediscussão, especialmente nas chamadas “Semanas do TST”, trazendo manifesta insegurança jurídica às partes envolvidas nas relações de trabalho⁶²⁰.

⁶¹⁹MARTINS FILHO, Ives Gandra. 2013, pp. 32-36. O autor esclarece que o princípio da dignidade humana “encontra-se apenas enunciado na Carta Política de 1988 como um dos Fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, III), sem que seja definido ou se enumere seus corolários”. A mínima densidade do princípio faz com que seu uso para fins de imposição judicial concreta deva ocorrer em casos excepcionais e desde que adotados critérios razoáveis. (MARTINS FILHO, Ives Gandra. 2013, p. 29).

⁶²⁰Um dos mais notórios exemplos da insegurança jurídica causada por essas frequentes mudanças de rumo protagonizadas pelo Tribunal Superior do Trabalho diz com o conteúdo da Súmula 277. Até o ano de 2012, o texto a ela atribuído impedia a aplicação da ultratividade das normas coletivas (SENTENÇA NORMATIVA. CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO. I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho). Pois bem. Na “Semana do TST” havia em setembro daquele ano, com base em uma “nova” leitura conferida ao § 2º, do artigo 114, da Constituição de 1988, o Tribunal optou pela adoção de um entendimento diametralmente oposto, passando a estipular a integração das normas coletivas aos contratos de trabalho (CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE. 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), com direta repercussão em todas as negociações coletivas havidas no país. O caso foi tão emblemático que levou o Ministro Gilmar Mendes, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 323, a determinar no final do ano de 2016 a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versassem sobre o tema. Alguns trechos da decisão merecem ser transcritos: “Verifica-se que, sem legislação específica sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho realiza verdadeiro ‘zigue-zague’ jurisprudencial, ora entendendo ser possível a ultratividade, ora a negando, de forma a igualmente vulnerar o princípio da segurança jurídica. Sem precedentes ou jurisprudência consolidada, o TST resolveu de forma repentina – em um encontro do Tribunal para modernizar a jurisprudência! – alterar dispositivo constitucional do qual flagrantemente não se poderia extrair o princípio da ultratividade das normas coletivas. 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. A alteração do entendimento sumular sem a existência de precedentes que a justifiquem é proeza digna de figurar no livro do *Guinness*, tamanho o grau de ineditismo da decisão que a Justiça Trabalhista pretendeu criar”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 323*).

Colabora igualmente para esse quadro de incerteza a usual invalidação por parte da Justiça do Trabalho de normas coletivas que flexibilizem direitos sociais⁶²¹.

Ao assim proceder, verifica-se que o Judiciário trabalhista, tal como ocorre com a jurisdição comum em relação às políticas públicas, na louvável busca pela realização da justiça social, de certa forma desvaloriza os eventuais reflexos que podem advir de seus pronunciamentos. Como bem lembrado por Ives Gandra Martins Filho, a ausência de regulação legal sobre algum tema que o Tribunal repute importante para a proteção do trabalhador pode decorrer da circunstância de que os representantes eleitos pela sociedade dele divirjam, seja pelo risco de comprometer a empregabilidade, seja por qualquer outra razão. Independentemente do objetivo almejado pelo julgador, não cabe a ele substituir a figura do legislador, democraticamente eleito⁶²².

Muito embora possa parecer, à primeira vista, que o único responsável por arcar com o custo correspondente às decisões condenatórias prolatadas pelo Judiciário trabalhista seja a empresa demandada, uma maior reflexão sobre o tema permite concluir de forma diversa.

O valor correspondente ao desembolso envolvido nas demandas trabalhistas – normalmente expressivo - influencia decisivamente a saúde financeira empresarial, com reflexos diretos no sistema produtivo nacional e, conseqüentemente, na própria sociedade⁶²³.

Não se deve esquecer de que o mundo globalizado permite, inclusive, o deslocamento – de forma parcial ou mesmo integral – da produção de inúmeros setores empresariais para outros países. Quem perde com isso não é o empresariado. Ou, ao menos, não de forma prevalente. Perde o país, perde a sociedade, perdem os trabalhadores.

Tais fatos, contudo, não parecem merecer especial atenção.

A população em geral parece não guardar grande preocupação com os efeitos provenientes das decisões que, à primeira vista, lhe parecem favoráveis.

⁶²¹MARTINS FILHO, Ives Gandra. 2013, pp. 58-59.

⁶²²MARTINS FILHO, Ives Gandra. 2013, p. 59.

⁶²³Conforme notícia publicada no jornal O Estado de São Paulo, os cinco maiores bancos do país (Banco do Brasil, Bradesco, Caixa, Itaú/Unibanco e Santander) foram responsáveis, juntos, pelo pagamento de R\$ 5,6 bilhões em ações trabalhistas somente no de 2015. (SILVA, Cleide. “Em 2016, Brasil ganha 3 milhões de ações trabalhistas”. *O Estado de S. Paulo*. 26 de dezembro de 2016).

Inúmeros são os exemplos dessa realidade. As gratuidades “fornecidas” pelo governo em relação ao transporte público costumam ser saudadas, com desprezo à inelutável conclusão de que, de alguma forma, passarão a integrar o valor da passagem cobrada dos demais passageiros. O mesmo ocorre em relação aos planos de saúde. Poucos parecem demonstrar preocupação com o custo adicional derivado de cada nova cobertura determinada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o qual, na última linha, igualmente irá terminar por impactar o consumidor final.

No âmbito trabalhista é preciso acrescentar a tudo isso o fato de que a natureza distributivista ínsita ao pensamento juslaboral acarreta, muitas vezes, condenações absolutamente desproporcionais à realidade vivenciada pelo trabalhador, sendo usual o direcionamento de pagamentos milionários a obreiros que recebiam salário mínimo⁶²⁴.

Todo esse quadro merece profunda reflexão⁶²⁵.

Nesse sentido, Ives Gandra Martins Filho recorda que a finalidade precípua do Poder Judiciário laboral diz com a pacificação da sociedade, mediante a harmonização das relações trabalhistas. Assim sendo, a exagerada proteção ao trabalhador pode trazer o efeito contrário, já que uma Justiça tida por ideologizada e parcial pode até mesmo vir a acirrar o conflito social⁶²⁶.

A despeito de as empresas serem responsáveis pela produção de riquezas, mediante a oportunização de postos de trabalho e a geração de tributos, não é raro que elas sejam tidas como inimigas do Estado e responsáveis pela desigualdade social, especialmente no âmbito da jurisdição trabalhista.

⁶²⁴Tal realidade é bem destacada pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho, ao defender a previsão da Reforma Trabalhista quanto à parametrização dos danos morais: “Precisamos de um parâmetro. (...) O que se tem discutido: pode ser o salário? Não faria uma mesma ofensa, dependendo do salário, ter tratamento desigual? Ora, o que você ganha mostra sua condição social. Não é possível dar a uma pessoa que recebia um salário mínimo o mesmo tratamento, no pagamento por dano moral, que dou para quem recebe salário de R\$ 50 mil. É como se o fulano tivesse ganhado na loteria”. (ALEGRETTI, Laís. “É preciso flexibilizar direitos sociais para haver emprego, diz chefe do TST”. *Folha de S. Paulo*. Disponível em {<https://www.folha.uol.com.br/mercado/2017/11/1933111-e-preciso-flexibilizar-direitos-sociais-para-haver-emprego-diz-chefe-do-tst.shtml>}. Acesso em 15 de novembro de 2017).

⁶²⁵Sobre o tema, vale destacar importante lição ofertada por Ney Prado: “Um modelo distributivista, que se assenta em bases ideológicas românticas; que se fundamenta na crença do voluntarismo reformista; que se embasa no conceito abstrato do igualitarismo; que defende a necessidade da intervenção do Estado como promotor direto do progresso social; que se utiliza do direito como sendo o melhor instrumento de distribuição de riquezas; que não se preocupa com os meios (custos) necessários à implementação das medidas que contempla, precisa ser repensado”. (PRADO, Ney. 2013, pp. 589-590).

⁶²⁶MARTINS FILHO, Ives Gandra. 2013, p. 64.

Pensamentos nesse sentido, contudo, indicam a desconsideração da realidade de que o mundo mudou. Felizmente, a precária realidade laboral vivenciada na primeira metade do século XIX foi suplantada.

O século XXI pressupõe a superação do modelo clássico de lutas de classe. Trabalhadores e empresários não podem mais ser tidos como polos antagonicos. Urge um projeto nacional que propicie a união dessas forças.

A prolação de decisões ativistas, resultantes unicamente da adoção de critérios ideológicos, com vistas a pretensamente “proteger” o trabalhador, em nada auxilia à efetiva melhoria das condições de trabalho e de vida dos cidadãos brasileiros.

Ao contrário. Há uma premente necessidade de ser buscada a revalorização da legislação, com vistas a assegurar segurança jurídica às partes envolvidas nas relações de trabalho, sendo esta uma condição essencial para a prosperidade do país e, conseqüentemente, para a própria – e tão almejada – concretização de um projeto de justiça social⁶²⁷.

⁶²⁷Nesse sentido, Ives Gandra Martins Filho leciona que a legislação atende melhor às expectativas de uma “justiça pacificadora de conflitos e garantidora de segurança jurídica a todos, dentro de um Estado Democrático de Direito” do que as decisões judiciais, justificando sua posição nos seguintes termos: “As leis, uma vez promulgadas, exigem parâmetros objetivos e seguros para a ação, ainda que não abrangentes de todas as situações conflituais possíveis. As decisões judiciais, fruto cada uma delas da vontade do juiz, quando não pautadas na subsunção lógica dos fatos ao direito, mas do enquadramento ideológico da lei aos parâmetros que o magistrado desejaria ver nela albergados, desnorteiam pelo seu subjetivismo”. (MARTINS FILHO, Ives Gandra. 2013, pp. 65-66).

6. ANÁLISE CRÍTICA DE DECISÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Não são poucos os casos exemplificativos de condutas ativistas verificadas na esfera trabalhista. Para fins do presente estudo, optamos por tratar de cinco temas bastante emblemáticos, que bem ilustram os apontamentos até aqui procedidos.

6.1 Reforma Trabalhista

Pós-modernidade, globalização e neoliberalismo compõem uma tríade de vocábulos que estão na ordem do dia⁶²⁸.

Com efeito, a crescente competitividade dos mercados internacionais torna necessário que as empresas se dediquem cada vez mais à criação de estratégias aptas a viabilizar a prosperidade dos negócios, evidentemente dentro de uma diretriz ética e jurídica da vida econômica⁶²⁹.

A grave crise financeira experimentada mundialmente a partir do ano de 2008 reavivou antigos questionamentos acerca de algumas regras trabalhistas tidas por anacrônicas e incompatíveis com a realidade atualmente verificada no âmbito das relações de trabalho⁶³⁰.

O avanço dessas discussões foi momentaneamente postergado pelo fato de o Brasil ter conseguido sobreviver à crise sem a necessidade de adoção de

⁶²⁸CUNHA, Carlos Roberto. *Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 56.

⁶²⁹PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 500. O autor destaca que o mercado “não é um lugar natural, mas, pelo menos parcialmente, artificial, historicamente condicionado pelo contexto cultural e normativo no qual se insere”. (PERLINGIERI, Pietro. 2008, pp. 507-508).

⁶³⁰Sobre o ponto, vale destacar lição de Arion Sayão Romita: “O Direito do Trabalho não pode voltar as costas à realidade. Precisa adaptar-se às novas circunstâncias, reformando alguns de seus institutos para que eles possam melhor servir ao homem, sem perder de vista os postulados de solidariedade e de justiça”. (ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 221). É importante ressaltar que já no ano de 1995 Amauri Mascaro Nascimento alertava para a necessidade de o ordenamento jurídico brasileiro dar início a um novo período, de modo a refazer, em novas bases, a sua legislação, mediante a combinação da função tutelar do Direito do Trabalho com a função ordenadora dos interesses recíprocos dos parceiros sociais”. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Tendências da flexibilização das normas reguladoras das relações de trabalho no Brasil”. *Revista LTr*, n. 59/95, São Paulo, p. 1.023).

medidas mais drásticas, especialmente pela geração de empregos derivada da política intervencionista de fomento ao consumo adotada pelo governo Lula⁶³¹.

A história recente, no entanto, gerou a necessidade de um novo enfrentamento do tema.

Sabidamente o Brasil está vivenciando um dos momentos mais delicados de sua história. A sucessão de erros praticados na esfera econômica pelos últimos governos conduziu o país a um quadro caótico.

Após dois anos seguidos de baixa, em 2016, o Produto Interno Bruto (PIB) recuou 3,6%⁶³². O novo quadro vivenciado atingiu diretamente o consumo, que, por vários anos, vinha sustentando a economia brasileira. A recessão experimentada fez com que o desemprego atingisse patamares históricos⁶³³.

De fato, o retorno da inflação gera um “efeito cascata”. A redução da capacidade de compra da população conduz à retração da atividade empresarial, gerando desemprego. Com isso, verifica-se ainda maior redução do consumo. Disso tudo resulta o crescente empobrecimento da nação⁶³⁴.

Muito embora o governo Lula seja usualmente apontado como responsável por ter resgatado milhares de brasileiros da miséria, a perpetuação da estratégia assistencialista adotada sem a criação de mecanismos aptos ao fomento da economia levou a um quadro de notável desequilíbrio dos gastos públicos. Com efeito, as despesas passaram a superar sistematicamente as receitas, sendo o *déficit* correspondente momentaneamente disfarçado pela adoção das chamadas “pedaladas fiscais” por parte do governo Dilma, que sucedeu Lula.

⁶³¹ MANNRICH, Nelson. “Dispensa coletiva e negociação coletiva prévia: novas diretrizes”. *Revista da Academia Nacional do Direito do Trabalho*. Ano XIX, nº 19. São Paulo: LTr, 2011, pp. 113-114.

⁶³² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponível em {<https://www.agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/9439-pib-recua-3-6-em-2016-e-fecha-ano-em-r-6-3-trilhoes.html>}. Acesso em 16 de novembro de 2017.

⁶³³O último trimestre do ano de 2016 indicou um patamar recorde de mais de doze milhões de desempregados. (AMORIM, Daniela. “Desemprego fica em 12% no quarto trimestre e é o maior da série histórica”. *O Estado de S. Paulo*. 31 de janeiro de 2017).

⁶³⁴Ao tratar do tema relativo aos impactos da crise e aos mecanismos aptos ao seu enfrentamento, Nelson Mannrich afirma que o Direito do Trabalho apresenta estreita relação com a Economia, não só pelo impacto do salário no custo de produção das empresas, como igualmente pela vinculação existente entre as políticas sociais e as políticas econômicas. Tal contexto tornam inegáveis os reflexos advindos da crise econômica nas relações laborais. A queda do consumo acarreta desemprego, agravando ainda mais a retração financeira e, conseqüentemente, ocasionando maior dificuldade de retomada dos postos de trabalho. Trata-se de um “círculo vicioso”. (MANNRICH, Nelson. 2011, pp. 112-113).

Contribuíram, igualmente, para o descrédito da economia nacional os graves escândalos de corrupção que têm assolado o país, com especial destaque ao “Mensalão” e à “Lava Jato”.

Buscando estancar os efeitos da crise e propiciar a retomada do crescimento econômico, o governo do Presidente Michel Temer tomou para si a concretização de algumas medidas que, por seu alto grau de impopularidade, vinham sendo postergadas pelas antigas administrações.

Entraram na pauta do dia providências aptas a propiciar cortes dos gastos públicos, reforma da Previdência e reforma trabalhista.

Para fins do presente estudo, merece especial destaque a reforma trabalhista e suas repercussões perante a Justiça do Trabalho.

Pois bem. A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, vem ensejando diversas e reconhecidas polêmicas⁶³⁵.

A figura da flexibilização das relações trabalhistas sempre proporcionou sentimentos díspares. Segundo Sergio Pinto Martins, é simultaneamente vista como anjo e como demônio. Ao mesmo tempo que se apresenta como uma forma de incentivar a redução das taxas de desemprego, enfrenta o manifesto temor de que possa ensejar a destruição de tudo aquilo que o trabalhador construiu ao longo de séculos de reivindicações, privilegiando os interesses do capital, fazendo com que o empregado arque sozinho com a conta da crise econômica⁶³⁶.

Não se pretende aqui a perquirição acerca dos benefícios ou malefícios proporcionados pela reforma, mas tão somente a análise dos efeitos advindos das inúmeras manifestações por parte do Judiciário trabalhista no sentido de buscar evitar a aplicação da nova legislação.

Um exemplo emblemático diz com os Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela Associação

⁶³⁵Nesse sentido, merecem alusão três ações ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade de diversos dispositivos da chamada Reforma Trabalhista. A primeira delas, movida pela Procuradoria-Geral da República, questiona a autorização da terceirização das atividades empresariais essenciais. A segunda, igualmente ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, questiona a responsabilização dos trabalhadores pelos ônus processuais no caso de saírem perdedores da ação correspondente. A terceira foi movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Segurança Privada (Contrasp), com o objetivo de contestar a alteração das regras aplicáveis ao imposto sindical e ao trabalho intermitente. Igualmente deve ser dado destaque à denúncia apresentada pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), pela União Geral dos Trabalhadores (UGT) e pela Nova Central Sindical (NCST) à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação à nova legislação.

⁶³⁶MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1.

Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) entre os dias 09 e 10 de outubro do corrente ano de 2017. Na ocasião, os inúmeros magistrados, representantes do Ministério Público do Trabalho, auditores fiscais do Trabalho e profissionais do Direito que participaram do encontro, sob o pretexto de auxiliar na busca pela “melhor interpretação” dos novos dispositivos legais, criaram um extenso material com vistas a ofertar um significativo universo de argumentos aptos a embasar juízos que visem a frustrar a aplicação dos preceitos introduzidos pela reforma, seja por sua inconstitucionalidade, seja por sua incompatibilidade com Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho ou com princípios próprios ao Direito do Trabalho⁶³⁷.

A atitude sensivelmente ativista é, portanto, disfarçada sob o manto de salvaguarda a postulados de maior valor normativo.

Mais uma vez cabe aqui a indagação: como questionar eventual futura decisão fundada na proteção à dignidade humana ou em quaisquer outros valores a ela correlatos, ainda que contrária ao texto da nova legislação introduzida pela reforma trabalhista?

Qualquer discussão travada necessariamente derivará pelo nebuloso caminho da subjetividade.

A imprevisibilidade quanto à interpretação que será conferida pela Justiça do Trabalho às inúmeras inovações legislativas recentemente aprovadas resulta um indesejável quadro de insegurança jurídica.

A adoção de tal postura, ainda que defendida sob a bandeira da proteção aos direitos dos trabalhadores, traz manifestos prejuízos à própria classe operária. Isso porque a insegurança jurídica atualmente reinante só se presta para retardar os investimentos necessários à ampliação dos postos de trabalho no país, dificultando, sobremaneira, a redução dos altos índices de desemprego atualmente verificados.

É fato que grande parte do Judiciário trabalhista nunca viu a ideia de reforma da legislação laboral com bons olhos. A cultura paternalista ínsita a esse ramo jurídico parece implicar automática rejeição a qualquer preceito que possa denotar alguma forma de flexibilização dos direitos tutelados pelos trabalhadores, ainda que esse movimento se mostre apto a propiciar benefícios futuros.

⁶³⁷A integralidade dos Enunciados aprovados no encontro pode ser obtida no site {<https://www.jornadanacional.com.br>}. Acesso em 14 de novembro de 2017.

As insatisfações registradas aparentam ter mais viés ideológico do que dogmático, como, aliás, costuma ser caracterizada grande parte das discussões travadas no âmbito laboral⁶³⁸.

O artigo redigido por Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo, intitulado *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista*, bem demonstra a sensível insatisfação por parte de juristas e de magistrados em relação ao novo diploma legal. Logo ao início do trabalho, os autores preconizam que a reforma “não deve ser aplicada”, em razão de sua pretensa ilegitimidade, esta decorrente da ofensa perpetrada pela nova legislação em relação à ordem democrática, à dignidade humana, aos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, aos direitos humanos, à função social da propriedade, à melhoria da condição social dos trabalhadores, à política do pleno emprego e à justiça social⁶³⁹.

Não é difícil perceber que os argumentos indicados com vistas a afastar a aplicação da nova legislação são demasiadamente genéricos para permitir uma profícua análise acerca da matéria, na medida em que não fornecem critérios objetivos que permitam concluir pela constitucionalidade ou não de temas relacionados à jornada de trabalho, à terceirização e a outros similares por ela contemplados.

A intensidade dos movimentos contrários à Reforma Trabalhista atingiu tamanha repercussão que levou a Confederação Nacional do Transporte (CNT) a disponibilizar em seu *site* um formulário de denúncias ao Conselho Nacional de

⁶³⁸O caráter fortemente ideológico adotado nos discursos contrários à Reforma resta bem demonstrado nos seguintes fragmentos extraídos do artigo *Há caminhos para resistir à “reforma” trabalhista?*, de autoria da juíza do Trabalho Valdete Souto Severo: “A questão é que nosso problema não é jurídico e, por isso mesmo, os caminhos para resistir não poderão passar apenas por interpretações judiciais acerca das regras trabalhistas. Estamos enfrentando um projeto de sociedade que se inspira na lógica da máxima exploração de quem trabalha, da eliminação do mercado interno e da pauperização da maioria absoluta das pessoas. Inspira-se na ideia de um consumo seletivo e da aceitação cada vez maior de seres humanos ‘descartáveis’. (...) Podemos construir um novo Direito do Trabalho, resgatando e ressignificando sua função histórica de contenção da ânsia destruidora do capital, recuperando o sentido e a importância da proteção a quem trabalha. Podemos até construir as bases para a superação do sistema do capital. A única coisa que não podemos é desistir”. (SEVERO, Valdete Souto. “Há caminhos para resistir à ‘reforma’ trabalhista?”. *Justificando Carta Capital*. Disponível em {[http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/27/há-caminhos-para-resistir-reforma-trabalhista-2](http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/27/h%C3%A1-caminhos-para-resistir-reforma-trabalhista-2)}. Acesso em 29 de novembro de 2017.

⁶³⁹MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. “O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista”. *Blog de Jorge Luiz Souto Maior*. Disponível em {<http://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-acesso-a-justica-sob-a-mirada-reforma-trabalhista>}. Acesso em 14 de novembro de 2017.

Justiça (CNJ) de juízes que apontem desconformidade com a adoção do diploma legal⁶⁴⁰.

Todo esse contexto conduziu o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro Ives Gandra Martins Filho, a criticar publicamente as conclusões adotadas no encontro promovido pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, por entender que a desconsideração da nova legislação, sob o “pretexto” de violação à Constituição de 1988 e a convenções internacionais, fomentará a extinção da Justiça do Trabalho. Em tom forte, Ives Gandra advertiu: “A nova lei está aí para ser cumprida e vamos cumpri-la. Nessa altura do campeonato, querer reverter um jogo na base de decisões judiciais contrárias, do jeito que está sendo anunciado, com a promessa de descumprimento dessa lei, é um desserviço. Com muito estardalhaço, uma minoria está colocando em xeque a legitimidade do próprio Congresso Nacional, o que também coloca em xeque a legitimidade dos juízes trabalhistas”. Ao final da declaração fornecida ao jornal *O Estado de S. Paulo*, o Ministro destacou que, se for concretizado o anunciado descumprimento legal, estimulará o ajuizamento, por parte da Advocacia-Geral da União, de ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal⁶⁴¹.

Aparentemente antevendo o que estava por vir, o legislador tomou a iniciativa de inserir dois novos parágrafos ao artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, fornecendo delineamentos ao espaço interpretativo destinado à atividade jurisdicional. O parágrafo segundo impede que as súmulas e os enunciados emitidos pelos Tribunais restrinjam direitos ou criem novas obrigações fora das hipóteses legais⁶⁴². Já o parágrafo terceiro preconiza a mínima

⁶⁴⁰ BRASIL. *Confederação Nacional do Transporte*. Disponível em {<https://www.cms.cnt.org.br/Imagens%20CNT/PDFs%20CNT/Not%C3%ADcias/manualcnj.pdf>}. Acesso em 16 de novembro de 2017.

⁶⁴¹BRASIL. “A sensatez do presidente do TST”. *Estado de S. Paulo*. 29 de outubro de 2017. Disponível em {<http://www.opinio.estado.com.br/noticias/geral,a-sensatez-do-presidente-do-tst,70002064>}. Acesso em 10 de novembro de 2017. Em resposta à reportagem, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho emitiu nota pública esclarecendo que jamais “sugeriu, propôs ou incentivou” os juízes associados a deixarem de aplicar a nova legislação. A integralidade da nota pode ser obtida no site {<https://www.jornadanacional.com.br>}. Acesso em 03 de novembro de 2017.

⁶⁴² Artigo 8º. (...) § 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

intervenção possível da Justiça trabalhista em relação ao exame de normas coletivas do trabalho⁶⁴³.

Não é difícil perceber que ambos os dispositivos visam a evitar o caráter ativista ínsito à jurisdição trabalhista.

Não fossem os inúmeros pronunciamentos ativistas da Justiça do Trabalho, criando exigências e direitos estranhos ao ordenamento jurídico, assim como desconsiderando normas coletivas regularmente celebradas pelas partes interessadas, não haveria sequer necessidade dessa nova previsão legal. Bastaria a observância ao princípio da legalidade, assim como ao princípio da autonomia da vontade coletiva, já há muito consagrados, respectivamente, pelos artigos 5º, II, e 7º, XXVI, da Constituição de 1988.

6.2 Terceirização de caráter geral

Entre as inúmeras figuras surgidas com a flexibilização do Direito do Trabalho, uma se destaca vivamente: a terceirização.

O fenômeno pode ser compreendido como a transferência a um terceiro de determinadas tarefas que, em princípio, caberia à empresa tomadora dos serviços praticar.

O movimento em prol da terceirização é especialmente favorecido pela incontornável globalização do mundo contemporâneo, que permite a realização do trabalho em qualquer lugar do planeta⁶⁴⁴.

No Brasil, é um fenômeno relativamente novo, com maior amplitude nas últimas décadas, período no qual foram verificadas inúmeras inovações tecnológicas e mudanças nas formas de gestão, ensejando a necessária reformulação da utilização da força de trabalho.

Na elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), portanto, o fenômeno não apresentava a abrangência atual, não merecendo maior atenção.

⁶⁴³ Artigo 8º. (...) § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no artigo 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

⁶⁴⁴BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. “Terceirização – Aspectos polêmicos”. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; DELGADO, Maurício Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos. *A Efetividade do Direito e do Processo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 88.

A primeira norma brasileira que efetivamente tratou da terceirização – embora sem menção a tal expressão - foi a Lei nº 6.019, de 1974, que regulou a prática do trabalho temporário, já utilizado em larga escala no mercado à época, ainda que desprovido de qualquer normatização.

Posteriormente, a Lei nº 7.102, de 1983, tratou da segurança dos estabelecimentos financeiros, permitindo a exploração terceirizada de serviços de vigilância e de transporte de valores⁶⁴⁵.

A edição dos aludidos diplomas legais permitiu o rompimento da histórica relação bilateral entre empregado e empregador, dando início a uma nova modalidade de trabalho, de natureza triangular.

Três anos depois, em 1986, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado nº 256 que, contrariando a ideia de terceirização, impedia a contratação de empresas prestadoras de serviços⁶⁴⁶.

A revisão desse entendimento só veio a ocorrer em dezembro de 1993, com a edição do Enunciado nº 331⁶⁴⁷, o qual introduziu como elemento identificador da licitude da terceirização o tipo de atividade desempenhada pelo trabalhador. Se a atividade dissesse respeito à atividade-meio da empresa tomadora de serviços, a terceirização poderia ser reputada lícita. No entanto, se correspondesse à atividade-fim, deveria ser sempre considerada ilícita.

Contudo seu conteúdo ficou novamente aquém do desejável, já que se mostrou restrito à definição das hipóteses de ocorrência da terceirização, sem propiciar um regramento adequado acerca da utilização do instituto.

⁶⁴⁵MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 3-4.

⁶⁴⁶ Enunciado nº. 256. Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis 6.019 e 7.102, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

⁶⁴⁷Enunciado nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE – REVISÃO DO ENUNCIADO nº. 256. I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de contrato temporário. (Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974). II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (artigo 37, II, da Constituição da República). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador da contratação serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Em maio de 2011, mediante a Resolução nº 174/2011, o Tribunal Superior do Trabalho introduziu algumas modificações ao conteúdo da Súmula nº 331⁶⁴⁸, sem, contudo, suprir as aludidas lacunas do texto original⁶⁴⁹.

Assim é que, a despeito do expressivo número de trabalhadores terceirizados em atividade no país, durante as últimas décadas o relevante instituto da terceirização foi regrado unicamente pelo Poder Judiciário que, em clara manifestação ativista, passou a decidir em que casos ele seria permitido e sob quais condições.

O Ministro do Tribunal Superior do Trabalho João Batista Brito Pereira admite que a Súmula nº 331, ao prever hipótese de ilegalidade da terceirização, extrapolou os limites estreitos proporcionados à súmula da jurisprudência⁶⁵⁰.

A grande dificuldade enfrentada em relação à regulamentação legal da terceirização diz especialmente com a notória rejeição historicamente verificada em relação ao instituto.

O tema sempre foi cercado por acirrados debates. Enquanto seus defensores sustentam tratar-se de um fenômeno universal e irreversível, sendo indispensável à competitividade da economia nacional, seus críticos defendem a ideia de que a terceirização implica precarização das condições de trabalho e até mesmo violação ao princípio da dignidade humana.

⁶⁴⁸A Resolução 129, de 05 de abril de 2005, determinou a alteração da denominação dos verbetes da jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho de “enunciados” para “súmulas”.

⁶⁴⁹ Súmula 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação). I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de contrato temporário. (Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 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 (artigo 37, II, da CF/1988). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador da contratação serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21-6-1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

⁶⁵⁰PEREIRA, João Batista Brito. “A terceirização, a Lei e a Súmula nº 331 do TST”. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; DELGADO, Maurício Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos. *A Efetividade do Direito e do Processo do Trabalho*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 70.

Com efeito, grande parte da sociedade brasileira – nela incluída, juristas, membros do Judiciário, do Ministério Público do Trabalho, sindicalistas e representantes de movimentos operários -, entende que a terceirização deveria ser abolida ou ao menos limitada, para preservação dos direitos sociais garantidos constitucionalmente.

Entretanto, nada obsta a conclusão contrária, no sentido de que a precariedade, de fato verificada em muitos casos no cenário nacional, não decorre da natureza do instituto *per se*, mas, sim, justamente da ausência de previsão legal que regule de forma eficaz as condições necessárias à sua utilização.

De fato, a ausência de legislação sobre a matéria gerou sabidamente excessos de parte a parte. Se, de um lado, muitos trabalhadores tinham os direitos suprimidos por conta de terceirizações inadequadas, de outro, diversas empresas eram constantemente surpreendidas com decisões judiciais que chegavam a proibir a utilização do instituto.

Isso porque a distinção entre atividade-fim e atividade-meio, preconizada pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho como critério para se concluir pela licitude ou ilicitude da terceirização, está longe de poder ser tido como um critério estável e objetivo. A tênue linha que separa uma hipótese da outra sempre proporcionou considerável grau de insegurança jurídica a todas as partes envolvidas no processo.

Além de demasiadamente imprecisa, a metodologia criada pela Corte, ao limitar o poder decisório do administrador, convivía com constantes questionamentos quanto à violação ao princípio da livre-iniciativa consagrado pela Constituição de 1988⁶⁵¹.

A reconhecida celeuma em torno da matéria levou o Supremo Tribunal Federal no ano de 2014, nos autos dos Embargos de Declaração em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a se pronunciar sobre o tema, tendo concluído que a liberdade de contratação prevista no artigo 5º, II, da Constituição Federal é compatível com a terceirização dos serviços relativos à atividade-fim empresarial. Destacou,

⁶⁵¹ Como oportunamente apontado por Sergio Pinto Martins, o princípio da dignidade humana deve ser interpretado sistematicamente com o princípio da livre-iniciativa. (MARTINS, Sergio Pinto. 2014, p. 159). Na mesma esteira é o entendimento adotado pelo Ministro Guilherme Caputo Bastos. (BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. 2010, p. 95).

ainda, que a decisão recorrida, oriunda da Justiça do Trabalho, havia almejado “delimitar o princípio da legalidade no âmbito das relações trabalhistas”⁶⁵².

A par da discussão travada perante o Supremo Tribunal Federal, importa dar destaque ao fato de que a aludida restrição à terceirização relacionada com a atividade-fim da empresa tomadora de serviços em nada protege a classe operária. A eleição de setores empresariais aptos a serem objeto de terceirização não traduz melhoria automática nas condições de trabalho e remuneração dos trabalhadores abrangidos no processo, tampouco coíbe a prática de atos fraudulentos por parte de empresas mal intencionadas, já que a fraude não decorre do tipo de atividade realizada, mas das condições em que o trabalho é prestado.

Quem sempre se beneficiou do critério estipulado pelo Judiciário trabalhista foram as empresas que faziam uso do instituto de forma inadequada, pondo em risco uma ferramenta de gestão que se tornou um diferencial competitivo às empresas brasileiras diante da concorrência global e que, se bem utilizada, interessa igualmente à classe operária⁶⁵³.

A falta de regras claras para delimitar as atividades, as obrigações e os direitos decorrentes do processo de terceirização trazia manifestos prejuízos a todos os atores nele envolvidos.

Não há dúvidas de que o histórico preconceito que sempre circundou o tema da terceirização no Brasil contaminou ideologicamente o trato da matéria, dificultando, em muito, sua discussão sob parâmetros estritamente dogmáticos.

Com efeito, a Justiça do Trabalho, não raras vezes, se pronunciou abertamente em sentido contrário à terceirização de serviços, sempre conferindo especial destaque à presunção de automáticos e inevitáveis prejuízos a serem suportados pela classe trabalhadora⁶⁵⁴. Veja-se que, por oportunidade do

⁶⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211*.

⁶⁵³ A questão é bem abordada por Nelson Mannrich, quando afirma que: “Devemos admitir que a ausência de lei levou a terceirização a ser mal utilizada por algumas empresas mais interessadas em reduzir custos com mão de obra, prejudicando o sistema como um todo, merecendo pronta correção de rumos”. (MANNRICH, Nelson. *Terceirização: luzes e sombras*. In MARTINS, Sérgio Pinto; MESSA, Ana Flávia (coord.). *Empresa e trabalho: estudo em homenagem a Amador Paes de Almeida*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181).

⁶⁵⁴Exemplo desse tipo de postura pode ser verificado em importante trecho extraído da decisão prolatada pelo Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Recurso de Revista nº 2544-35.2013.5.03.0021: “Em verdade, na terceirização o trabalhador é colocado em segundo plano, um terceiro sem importância, mero instrumento ou modo pelo qual a empresa prestadora de

juízo do Recurso de Revista nº 2544-35.2013.5.03.0021, a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho chegou a equiparar a figura da terceirização a uma “praga”, porque transformaria o trabalhador em uma mercadoria⁶⁵⁵.

No início do ano de 2015, foi realizada uma audiência pública no Senado Federal com vistas à discussão do Projeto de Lei nº 4.330, que, ao tratar da regulamentação da terceirização, autorizava sua adoção em relação às atividades-fim da empresa. Na oportunidade, o então Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro Barros Levenhagen, assim como o Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), Carlos Azevedo Lima, se manifestaram publicamente em sentido contrário ao conteúdo do diploma⁶⁵⁶.

O mesmo entendimento foi registrado pelo magistrado Guilherme Feliciano, diretor de Prerrogativas e Assuntos Jurídicos da Associação Nacional dos

serviços se desincumbe de sua prestação obrigacional para com a empresa tomadora de serviços. Não é por outra razão que vozes de variados segmentos da sociedade evidenciam os malefícios da terceirização. (...) Importante lembrar que em 23 de agosto de 2013, dezenove Ministros desta C. Corte enviaram manifesto ao então Presidente da Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania da Câmara, demonstrando preocupação com as tendências do mercado de trabalho atual, relativamente ao uso imoderado da terceirização. Na ocasião, inclusive, em debate perante a Câmara de Deputados, acerca de tal relativização extremista dos direitos trabalhistas, o Ministro Alexandre Agra Belmonte, do E. TST, deixou claro o repúdio majoritário desta Corte aos cruéis efeitos da intermediação ilícita de mão de obra. Com efeito, a terceirização desenfreada, como vem sendo praticada atualmente, representa um dos piores e maiores golpes contra os trabalhadores brasileiros, selando a face do capitalismo selvagem na economia e nas relações de trabalho entre patrões e empregados. As mudanças na legislação trabalhista, contudo, não podem ocorrer de forma temerária, de modo a afetar negativamente a classe trabalhadora. Não se pode admitir que a terceirização dos serviços tenha lugar nas atividades finalísticas das empresas, entendidas estas como aquelas atividades que dizem respeito ao desiderato social perseguido pela empresa e a que converge toda a sua estrutura econômica e organizacional. Isto porque os malefícios de tal permissão são certos e evidentes: precarização das relações empregatícias (inclusive com o recrudescimento de trabalho em condições análogas à de escravo), menores salários, menos benefícios, maiores jornadas, diluição da ideia de classe/categoria e da ideia de representação sindical. (...) Como se observa, portanto, trata-se de tema espinhoso, que movimenta todos os pilares principiológicos em que está assentado o Direito do Trabalho neste país, e que preocupa não só os trabalhadores, mas todas as instituições e organizações voltadas à proteção das relações empregatícias, ante a grave ameaça que representa aos direitos e conquistas laborais”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 2544-35.2013.5.03.0021*).

⁶⁵⁵BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 2544-35.2013.5.03.0021*. Assim se pronunciou a Corte na fundamentação da decisão: “A praga da terceirização só cessará quando a relação de emprego for reconhecida diretamente com a tomadora de serviços, respondendo a prestadora solidariamente. O ser humano não pode ser tido como *res*, mercadoria, para ser negociado, alugado, vendido ou cedido de acordo com os interesses do capital”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 2544-35.2013.5.03.0021*).

⁶⁵⁶BRASIL. *Revista Fórum*. 14 de abril de 2015. Disponível em {https://revistaforum.com.br/2015/04/14/juizes-chamam-pl-de-inconstitucional-e-pedem-dignidade-do-trabalhador/#respond_63341}. Acesso em 14 de novembro de 2017.

Magistrados da Justiça do Trabalho, chegando este a afirmar que o projeto ensinaria o “maior retrocesso da história da legislação trabalhista brasileira”⁶⁵⁷.

Em meio a esse conturbado contexto, foram editadas, no corrente ano de 2017, as controvertidas Leis nº 13.429 (Lei da Terceirização) e nº 13.467 (Lei da Reforma Trabalhista), propiciando a terceirização de todas as atividades empresariais, desde que respeitadas as obrigações correspondentes a tal opção.

Apesar de grande parte da sociedade ter saudado a aprovação dos novos diplomas legais, por entender que as medidas tornam possível a retomada do crescimento da economia nacional, com a criação de novos postos de trabalho, diversos outros setores sustentam que a ampliação das hipóteses de terceirização seria incompatível com a estrutura constitucional adotada pela Carta de 1988, notadamente por propiciar a precarização das condições de trabalho⁶⁵⁸.

Até mesmo integrantes do Poder Judiciário trabalhista vêm manifestando publicamente contrariedade em relação ao conteúdo da nova legislação⁶⁵⁹. O tema foi inclusive objeto da já mencionada 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, da qual resultou a aprovação de diversos enunciados buscando condicionar o exercício da terceirização à observância de limitações e obrigações não previstas na legislação⁶⁶⁰. Não bastasse isso, especificamente o

⁶⁵⁷PEDUZZI, Pedro. “Terceirização: magistrados temem insegurança e retrocesso na lei trabalhista”. *Agência Brasil*. Disponível em {<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-04/terceirizacao-magistrados-temem-inseguranca-e-retrocesso-na-lei-trabalhista>}. Acesso em 14 de novembro de 2017.

⁶⁵⁸ Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado leciona que a terceirização irrestrita é incompatível com a ordem jurídica brasileira. Para embasar sua conclusão, o autor afirma que a Constituição de 1988 traz “limites claros” ao processo de terceirização, os quais devem ser buscados no seu “conjunto normativo”, o qual abrange as normas assecuratórias da dignidade humana (artigo 1º, III), da valorização do trabalho e do emprego (artigo 1º, III, combinado com o artigo 170, *caput*), da busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), do objetivo de erradicação da pobreza e redução de desigualdades sociais (artigo 3º, III), assim como da não discriminação (artigo 3º, IV). (DELGADO, Mauricio Godinho. 2017(a), pp. 512-513).

⁶⁵⁹ Merece destaque, nesse contexto, o pronunciamento da juíza do Trabalho Valdete Souto Severo: “Nós estamos sendo convocados a agir. (...) o melhor caminho para resistir é aceitar esse desafio e realmente agir, em todos os âmbitos das nossas vidas, como pais, consumidores, amigos, cidadãos, juízes, advogados, trabalhadores ou patrões. É rejeitar qualquer forma de terceirização; de precarização; denunciar o desmanche; lutar para que as Leis 13.429 e 13.467 sejam revogadas; negar sua aplicação aos processos em curso, mas também aos novos”. (SEVERO, Valdete Souto. 2017).

⁶⁶⁰ A integralidade dos Enunciados aprovados no encontro pode ser obtida no *site* {<https://www.jornadanacional.com.br>}. Acesso em 14 de novembro de 2017.

verbete nº 80 preconiza a incompatibilidade da terceirização da atividade-fim com o ordenamento jurídico brasileiro⁶⁶¹.

Todos esses fatos, além de bem demonstrarem o contexto ativista que sempre norteou a discussão do tema, parecem indicar que a edição dos novos diplomas legais não conseguirá dar fim à celeuma.

6.3 Terceirização de *call centers* de empresas de telefonia

Afora o caráter manifestamente ativista verificado em relação ao teor da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que, por décadas, foi responsável pelo estabelecimento de requisitos destituídos de qualquer embasamento legal para a caracterização da licitude da terceirização, impende ressaltar uma particularidade ainda mais emblemática quanto à atuação judicial nos casos envolvendo *call centers* de empresas de telefonia.

Explica-se. O artigo 94, II, da Lei nº 9.472/97⁶⁶², e o artigo 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95⁶⁶³, que regulam a organização dos serviços de telecomunicações, expressamente autorizam a contratação de mão de obra terceirizada para a execução das atividades “inerentes”, “acessórias” ou “complementares” ao serviço concedido. Os serviços de *call center*, por estarem presentes em todos os setores da economia, se encaixam nesse contexto.

Não obstante a existência dessa categórica permissão legal, historicamente o Judiciário trabalhista sempre tendeu pelo reconhecimento da

⁶⁶¹Enunciado 80: “TERCEIRIZAÇÃO: ATIVIDADE-FIM. O caput e o parágrafo 1º do artigo 4º-A da Lei 6.019/1974 (que autorizam a transferência de quaisquer atividades empresariais, inclusive a atividade principal da tomadora, para empresa de prestação de serviços), são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro (artigo 7º, I, CF e artigos 3º e 9º, CLT), pois implicam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (artigos 1º, IV; 5º, § 2º; 6º; 170 e 193, todos da CF e Constituição da OIT). Presentes os requisitos do artigo 3º da CLT, forma-se vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços”. Disponível em: {<https://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>}. Acesso em 14 de novembro de 2017.

⁶⁶² Artigo 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: (...) II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

⁶⁶³Artigo 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade. § 1º. Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

ilicitude da terceirização correspondente, por entender que a atividade de *call center* representa atividade-fim das empresas de telefonia.

Nesse sentido, merece destaque o julgamento do Recurso de Revista nº 2938-13.2010.5.12.0016, ocorrido no final do ano de 2012, oportunidade na qual a Subseção I Especializada em Dissídios Coletivos (SBDI-I) do Tribunal Superior do Trabalho, em votação apertada, pacificou o entendimento pela ilicitude da terceirização⁶⁶⁴.

Tal conclusão teve por base o discurso de que a Súmula nº 331 condiciona o exercício da terceirização à realização de atividades-meio, assim como que as Leis nºs 9.472/97 e 8.987/95, por se tratarem de normas emanadas do Direito Administrativo, não poderiam ser interpretadas e aplicadas de forma “literal” e “isolada”, tornando necessária sua análise no contexto dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, com expressa alusão ao princípio da proteção, da dignidade humana e do valor social do trabalho⁶⁶⁵.

Na busca por tentar justificar a necessidade de afastamento das regras legais aplicáveis ao caso, o Tribunal consignou que a terceirização pretendida, além de não se mostrar compatível com os princípios apontados, não seria apta a afastar a incidência das regras contidas nos artigos 2º⁶⁶⁶ e 3º⁶⁶⁷ da Consolidação das Leis do Trabalho⁶⁶⁸, que descrevem a figura do empregado e do empregador.

Verifica-se claramente que, sabedora da impossibilidade de o entendimento sumulado sobrepor-se à previsão legislativa autorizadora da terceirização, a Justiça do Trabalho optou por fundamentar sua conclusão de

⁶⁶⁴BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 2938-13.2010.5.12.0016*.

⁶⁶⁵BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 2938-13.2010.5.12.0016*. Da ementa do acórdão é extraída esclarecedora passagem: “(...) a Lei nº 8.987/95, que disciplina a atuação das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público em geral, e a Lei nº 9.472/97, que regula as concessões e permissões no setor das telecomunicações, são normas de Direito Administrativo e, como tais, não foram promulgadas para regular matéria trabalhista e não podem ser interpretadas e aplicadas de forma literal e isolada, como se operassem em um vácuo normativo. Por isso mesmo, a questão da licitude e dos efeitos da terceirização deve ser decidida pela Justiça do Trabalho, de forma a interpretá-las e, eventualmente, aplicá-las de modo a não esvaziar de sentido prático ou a negar vigência e eficácia às normas trabalhistas que, em nosso País, disciplinam a prestação do trabalho subordinado, com a aniquilação do próprio núcleo essencial do Direito do Trabalho – o princípio da proteção do trabalhador, a parte hipossuficiente da relação de emprego, e as próprias figuras do empregado e do empregador”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 2938-13.2010.5.12.0016*).

⁶⁶⁶Artigo 2º. Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

⁶⁶⁷Artigo 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

⁶⁶⁸BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 2938-13.2010.5.12.0016*.

ilicitude com base em princípios constitucionais e dispositivos legais notoriamente subjetivos e inespecíficos.

Por certo, não há, em nenhuma das normas indicadas, qualquer indicativo objetivo de que a terceirização analisada deveria ser reputada ilícita. Aliás, não se mostra minimamente razoável supor que a terceirização do serviço de *call center* em empresas de telefonia se mostre atentatória à dignidade do trabalhador e que, em outras empresas de segmentos diversos, tal conclusão não se aplique. A distinção entre licitude ou ilicitude da terceirização com base na apuração de estar relacionada com a atividade-fim ou a atividade-meio da empresa tomadora de serviços, além de não apresentar qualquer amparo legal, fere até mesmo o bom senso.

Assim é que, especificamente em relação às empresas de telefonia, a postura ativista adotada pela Justiça do Trabalho mostra-se ainda mais intensa do que aquela verificada em relação à terceirização em geral, uma vez que, além de fazer uso de entendimento sumular restritivo à atividade empresarial sem legislação que ampare a dita restrição, impede até mesmo a aplicação de preceitos legais ampliativos ao objeto do serviço a ser terceirizado.

Muito embora o Judiciário trabalhista não se pronuncie categoricamente pela inconstitucionalidade dos artigos 94, II, da Lei nº 9.472/97, e 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95, na prática, a interpretação por ele conferida impede a aplicação dos aludidos dispositivos legais, violando o disposto no artigo 97 da Constituição de 1988⁶⁶⁹, assim como na Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal⁶⁷⁰, que estabelecem a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso.

As reiteradas decisões nesse sentido provenientes da Justiça do Trabalho levaram a Corte Constitucional, no ano de 2014, nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário nº 791.932, a determinar a suspensão de todas as causas que versassem sobre a matéria⁶⁷¹.

⁶⁶⁹Artigo 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁶⁷⁰ Súmula Vinculante 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

⁶⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 791.932*.

6.4 Aplicação da responsabilidade objetiva nas ações indenizatórias

Como sabido, os pressupostos clássicos necessários para amparar a exigência do dever de indenizar são: ação ou omissão voluntária, nexu causal, dano e culpa.

Até o advento da Constituição de 1988, prevalecia o entendimento consubstanciado na Súmula nº 229 do Supremo Tribunal Federal⁶⁷² no sentido de que as indenizações provenientes de ações acidentárias só seriam devidas, caso comprovada a ocorrência de dolo ou culpa *grave* por parte do empregador⁶⁷³.

A Carta de 1988 conferiu *status* constitucional à responsabilidade subjetiva do empregador, ficando esta condicionada, por força do disposto no artigo 7º, XXVIII, à caracterização de culpa ou dolo⁶⁷⁴, tornando dispensável a apuração do grau de gravidade da culpa⁶⁷⁵.

No ano de 2002, o novo Código Civil foi responsável por uma verdadeira revolução no trato conferido à matéria, notadamente por ter autorizado, em determinadas situações, a aplicação da responsabilidade objetiva, a qual torna prescindível a comprovação de culpa ou dolo.

Muito embora o *caput* do artigo 927 do novo Código⁶⁷⁶ tenha mantido a regra geral de responsabilidade *subjetiva* já prevista constitucionalmente - com o condicionamento da indenização pretendida à comprovação de dolo ou culpa por parte do empregador quanto à ocorrência do efeito danoso -, o parágrafo único do mesmo dispositivo⁶⁷⁷ previu a aplicação da responsabilidade *objetiva* nas hipóteses previstas em lei ou quando a natureza da atividade desenvolvida pelo autor do dano for de risco⁶⁷⁸.

⁶⁷² Súmula 229. A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.

⁶⁷³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. 2014(a), pp. 1193-1194.

⁶⁷⁴ Artigo 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII – seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

⁶⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. 2014(a), pp. 1193-1194.

⁶⁷⁶ Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁶⁷⁷ Artigo 927. (...) Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁶⁷⁸ Sobre o ponto, merece destaque importante lição de Sebastião Geraldo de Oliveira: “Ao lado da teoria subjetiva, dependente da culpa comprovada, desenvolveu-se a teoria do risco ou objetiva, segundo a qual basta o autor demonstrar o dano e a relação de causalidade, para o deferimento da indenização. (...) É necessário registrar, todavia, que a responsabilidade objetiva

A partir de então, com base nos princípios norteadores das relações laborais, a Justiça do Trabalho passou a usualmente subverter a ordem legal, fazendo com que a exceção se tornasse a regra, em desatenção ao preceito constitucional.

Um dos argumentos mais utilizados para afastar a aplicação da responsabilidade subjetiva prevista constitucionalmente diz com o fato de o *caput* do artigo 7º da Carta, ao fazer alusão a “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, assegurar tão somente um “direito mínimo” ao obreiro. Nesse contexto, como a responsabilidade objetiva contemplada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil propiciaria um maior benefício ao trabalhador, diversas decisões exaradas no âmbito trabalhista têm entendido pela sua sobreposição ao regramento constitucional, de forma a permitir o alcance da almejada melhoria da condição social da classe operária⁶⁷⁹.

Com efeito, verifica-se, em inúmeras oportunidades, que os Tribunais trabalhistas têm consignado expressamente que o “princípio maior da tutela” tornaria necessário o afastamento do preceito constitucional, com vistas a assegurar a aplicação da regra mais favorável ao trabalhador, assim como a interpretação que mais o favoreça⁶⁸⁰.

não suplantou, nem derogou, a teoria subjetiva, mas afirmou-se em espaço próprio de convivência funcional, para atender àquelas hipóteses em que a exigência da culpa representava demasiado ônus para as vítimas, praticamente inviabilizando a indenização do prejuízo sofrido”. (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2011, pp. 107 e 109).

⁶⁷⁹ Nesse sentido, exemplificativamente, o seguinte julgado: “DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. TEORIAS DO RISCO E DA CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA. 1. O *caput* do artigo 7º da Constituição Federal constitui-se tipo aberto, vocacionado a albergar todo e qualquer direito quando materialmente voltado à melhoria da condição social do trabalhador. A responsabilidade subjetiva do empregador, prevista no inciso XXVIII do referido preceito constitucional, desponta, sob tal perspectiva, como direito mínimo assegurado ao obreiro. Trata-se de regra geral que não tem o condão de excluir ou inviabilizar outras formas de alcançar o direito ali assegurado. Tal se justifica pelo fato de que, não raro, afigura-se difícil, se não impossível, a prova da conduta ilícita do empregador, tornando intangível o direito que se pretendeu tutelar. Não se pode alcançar os ideais de justiça e equidade do trabalhador – ínsitos à teoria do risco -, admitindo interpretações mediante as quais, ao invés de tornar efetivo, nega-se, por equivalência, o direito à reparação prevista na Carta Magna. Consentâneo com a ordem constitucional, portanto, o entendimento segundo o qual é aplicável a parte final do parágrafo único do artigo 927 do CCB, quando em discussão a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista nº 051600-44.2005.5.09.0093*).

⁶⁸⁰Mostra-se oportuna a transcrição do seguinte trecho extraído da fundamentação adotada por oportunidade do julgamento dos Embargos em Embargos de Declaração no Recurso de Revista nº 29840-97.2001.5.03.0006, ao embasar o afastamento da aplicação do artigo 7º da Constituição de 1988, mostra-se esclarecedor: “Além da própria interpretação literal do *caput* do dispositivo em

Apontando para esse norte, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I) do Tribunal Superior do Trabalho, nos autos dos Embargos em Embargos de Declaração do Recurso de Revista nº 29840-97.2001.5.03.006, justificou a necessidade de aplicação da responsabilidade objetiva ao empregador pelo intento de serem alcançados “os ideais de justiça e de equidade do trabalhador”⁶⁸¹.

Não bastasse isso, verifica-se que o Judiciário Trabalhista, mediante a adoção de uma postura manifestamente ativista, vem sendo responsável pela ampliação das hipóteses legalmente previstas para a responsabilização do empregador de forma objetiva, porquanto tem entendido que o risco da atividade não está relacionado somente com aquela desempenhada pelo autor do dano (empresa empregadora), mas igualmente com aquela exercida pelo próprio trabalhador, ao argumento da necessidade de ser conferida uma exegese “moderna” e “integrativa” aos dispositivos aplicáveis, para adaptá-los à realidade das relações de trabalho. Contudo, ao assim proceder, como destaca Ives Gandra Martins Filho, vai contra o regramento legal aplicável à matéria, alargando, além do razoável, as hipóteses aptas a ensejar o pagamento indenizatório⁶⁸².

Um bom exemplo dessa prática pode ser retirado do julgamento dos Embargos em Recurso de Revista nº 1299000-69.2008.5.09.0016, oportunidade na qual o Tribunal Superior do Trabalho entendeu pela aplicação da teoria da responsabilidade objetiva para condenar empresa atuante na área de informática ao pagamento de indenização decorrente de acidente de trânsito ocasionado por culpa exclusiva de terceiro estranho à relação laboral. Afora o fato da empresa não exercer atividade de risco – o que por si só já bastaria para afastar a possibilidade de aplicação da exceção contida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil -, o caso mostra-se ainda mais emblemático pelo fato de o trabalhador sequer ter exercido a função de motorista (era técnico de informática).

exame, que expressamente sugere a noção de *numerus apertus* à relação de direitos contida no artigo 7º, imperativo atribuir à norma em comento uma compreensão mais alargada, em face, antes de tudo, do princípio da proteção que informa o Direito do Trabalho (...). Do princípio maior da tutela derivam as regras da norma mais favorável, da condição mais benéfica e a do *in dubio pro misero* ou *pro operario*, a serem observadas pelo operador do Direito para escolha, dentre os vários sentidos possíveis de interpretação, daquele que mais favoreça o trabalhador”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Embargos de Declaração no Recurso de Revista nº 29840-97.2001.5.03.0006*).

⁶⁸¹BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Embargos de Declaração no Recurso de Revista nº 29840-97.2001.5.03.0006*.

⁶⁸² MARTINS FILHO, Ives Gandra. 2013, pp. 42 e 44.

Apesar de todas essas circunstâncias, a Corte consignou a necessidade de ser observada a “teoria do risco da atividade econômica”, que genericamente atribui ao empregador todos os ônus que possam advir da relação de emprego⁶⁸³.

A decisão exarada pela 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 20975-31.2015.5.04.0406, igualmente consigna a necessidade de ser adotada como regra geral a presunção de culpa do empregador, pelo fato de este “ter o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o malefício”⁶⁸⁴.

A mesma conclusão tem sido adotada em relação aos pleitos relativos à indenização por dano moral e estético⁶⁸⁵.

Outra postura ativista que merece destaque é a utilização do conceito de atividade de risco não só para atividades perigosas, mas também para aquelas que pretensamente possibilitem que o trabalhador contraia alguma doença⁶⁸⁶, como bem ilustra o julgado proferido pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Recurso de Revista nº 4200-55.2009.5.20.0001⁶⁸⁷.

⁶⁸³BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista nº 1299000-69.2008.5.09.0016*. O seguinte fragmento obtido do acórdão bem ilustra a questão: “O exercício de atividade de risco, do empregado que exerce a função de técnico em informática, mas que se ativa com frequência em rodovias intermunicipais para o cumprimento de seu mister, deve ser considerado, à luz da teoria objetiva do risco. Tal teoria delimita que o dano a ser reparado advém da execução do contrato e está fundada na teoria do risco proveito. (...) E é da teoria do risco da atividade econômica, por força do artigo 2º da CLT, que se extrai a responsabilidade do empregador, pois é do trabalho e do risco a ele inerente que o empregado se coloca na situação de sofrer danos, quando cumpre sua obrigação contratual. (...) Embora tenha sido comprovado que a culpa do acidente foi de terceiro, condutor de um caminhão que fez uma conversão proibida sobre a pista, e mesmo diante do fato de não se ter notícia nos autos de que a reclamada tenha contribuído para a eclosão do evento, a afastar o dolo, a culpa ou qualquer ato ilícito praticado pela reclamada, resta a responsabilidade objetiva, em razão de a atividade do autor ser de risco. (...) Dessa forma, o risco criado para o reclamante em razão do trabalho exercido em benefício da reclamada confere à referida atividade a natureza de atividade de risco”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista nº 1299000-69.2008.5.09.0016*).

⁶⁸⁴BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 20975-31.2015.5.04.0406*. O entendimento é amparado pela lição Mauricio Godinho Delgado: “Configurada a presença do *dano* e do *nexo causal* em situações de acidente do trabalho, doenças ocupacionais ou profissionais, a *culpa* do empregador deve até mesmo ser *presumida*”. É que tem o empresário a direção da estrutura e da dinâmica do ambiente laborativo, atuando diretamente sobre a forma de prestação de serviços que se realiza no estabelecimento e na empresa; nesse quadro, presume-se sua negligência, imprudência ou imperícia nos casos de disfunções surgidas no ambiente sob suas ordens”. (DELGADO, Mauricio Godinho. 2017(a), pp. 709-710).

⁶⁸⁵BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 830/2007-009-006-00.6*.

⁶⁸⁶MARTINS FILHO, Ives Gandra. 2013, p. 45.

⁶⁸⁷BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 4200-55.2009.5.20.0001*.

Mais uma vez se torna perceptível o grande esforço empreendido pelo Judiciário trabalhista no sentido de buscar contornar as disposições legais que, na sua concepção, não se mostrem aptas à proteção dos interesses dos trabalhadores.

6.5 Dispensas coletivas

O ordenamento jurídico brasileiro não conta com qualquer proteção especial contra as chamadas dispensas coletivas⁶⁸⁸, as quais, portanto, ficam condicionadas à observância dos mesmos requisitos exigidos para a dispensa individual.

A par do silêncio do legislador sobre o tema, o Judiciário trabalhista, em oposição à vontade política por aquele manifestada, vem reiteradamente se dedicando à busca por alternativas que permitam limitar o poder diretivo do empregador⁶⁸⁹.

A questão tomou corpo especialmente a partir do ano de 2008, em razão da grave crise experimentada mundialmente, a qual afetou profundamente o equilíbrio financeiro das empresas brasileiras, tornando necessário um maior debate em relação ao tema.

Com efeito, o sensível incremento do número de dispensas coletivas gerou imediata reação por parte dos sindicatos profissionais, por meio de greves e da proposição de medidas perante a Justiça do Trabalho, propiciando que esta passasse a adotar entendimentos inovadores⁶⁹⁰.

A mais emblemática decisão tomada pelo Tribunal Superior do Trabalho foi sem dúvida alguma aquela verificada nos autos dos Embargos de Declaração em

⁶⁸⁸ Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento afirmam que “coletiva é a dispensa por causas econômicas e tecnológicas que em determinado período atingir certo número de trabalhadores da mesma empresa”. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. 2014(a), p. 1293). Nelson Mannrich esclarece que a diferenciação entre a dispensa individual e a dispensa coletiva não guarda relação com o número de trabalhadores envolvidos, mas, sim, com a razão da extinção do vínculo. Disso decorre que: “quando o motivo for disciplinar, de natureza subjetiva, envolvendo o comportamento do empregado, a dispensa é individual, ainda que plúrima; nestes casos outros trabalhadores serão contratados, para ser mantido o mesmo quadro de empregados. Mas, quando o motivo é objetivo, vinculado à empresa, ainda que envolva apenas um empregado, está-se diante de dispensa coletiva; nessa hipótese, aquele posto de trabalho será suprimido”. (MANNRICH, Nelson. 2011, pp. 103-104).

⁶⁸⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra. 2013, p. 60.

⁶⁹⁰ MANNRICH, Nelson. 2011, p. 117.

Recurso Ordinário de Dissídio Coletivo nº 30900-12.2009.5.15.0000, proposto em face da Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A (EMBRAER), oportunidade na qual a Seção de Dissídios Coletivos concluiu por “fixar”, em sede de “interpretação da ordem jurídica”, a premissa de que a negociação coletiva seria imprescindível para a dispensa coletiva⁶⁹¹.

Visando a transpor o obstáculo relativo à inexistência de qualquer norma legal que amparasse a necessidade de atendimento ao requisito estipulado, o Tribunal sustentou que as peculiaridades que envolvem a dispensa coletiva impediriam sua sujeição às regras próprias ao direito individual do trabalho. A questão mereceria análise à luz do direito coletivo do trabalho, sendo esse ramo dotado de “funções juscoletivas específicas”, nelas incluídas a “geração de normas jurídicas”. Nesse contexto, a inércia do legislador em regulamentar a proteção contra despedida arbitrária contida no artigo 7º, I, da Carta de 1988⁶⁹², não se mostraria apta a afastar a necessária observância à valorização conferida pela Constituição ao trabalho e ao emprego, ao respeito à dignidade humana - na condição de requisito essencial do Estado Democrático de Direito -, à valorização do trabalho e do emprego, à função socioambiental da propriedade, à intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas e à boa-fé. A decisão consigna, ainda, diversas alusões ao direito comparado e a convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho em matéria de direitos humanos⁶⁹³.

⁶⁹¹ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos de Declaração em Recurso Ordinário de Dissídio Coletivo nº 30900-12.2009.5.15.0000*.

⁶⁹²Artigo 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) I – relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

⁶⁹³BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos de Declaração em Recurso Ordinário de Dissídio Coletivo nº 30900-12.2009.5.15.0000*. Da ementa da decisão extraem-se os seguintes trechos relevantes: “O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea – sem prejuízo da preservação da matriz individualista apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada – é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais de um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por conseqüência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do

A par da apreciável intenção dos julgadores, não é difícil perceber que os dispositivos invocados não guardam qualquer relação direta com a hipótese de dispensa coletiva, muito menos com a fixação de requisitos para sua implementação.

Mais uma vez, portanto, os valores próprios aos princípios constitucionais são utilizados com a finalidade de *criação* de obrigações não eleitas pelo legislador, o que, além de ferir o princípio democrático, propicia indesejável insegurança jurídica.

Será que a decisão teria sido igualmente saudada se tivesse, exemplificativamente, adotado o entendimento de que a situação financeira da empresa era tão precária que, com vistas à continuidade da operação fabril e à manutenção dos postos de trabalho restantes, implicaria a flexibilização das verbas rescisórias devidas aos trabalhadores? Provavelmente não. Presumivelmente, ao contrário, seria sustentada a existência de grave violação a um direito legal. Contudo a violação aos direitos legais das empresas ou a imputação a elas de obrigações estranhas ao ordenamento jurídico não parecem merecer maior censura social.

Na hipótese em tela, o fenômeno de *criação* de um direito ficou tão nítido, que a Turma decidiu que a premissa fixada no julgamento deveria ser exigida tão somente em relação a casos futuros, não sendo aplicável à situação analisada⁶⁹⁴.

Veja-se que até mesmo a atribuição de natureza coletiva ao conflito seria questionável. Sobre o ponto, merece especial destaque a posição defendida por

poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de Bem-Estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo, repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que 'a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa dos trabalhadores'. (...) A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativo das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (artigos 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (artigos 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (artigo 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes". (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos de Declaração em Recurso Ordinário de Dissídio Coletivo nº 30900-12.2009.5.15.0000*).

⁶⁹⁴BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos de Declaração em Recurso Ordinário de Dissídio Coletivo nº 30900-12.2009.5.15.0000*.

Nelson Mannrich, no sentido de que, independentemente de a dispensa ser individual ou coletiva, ela corresponderá a um conflito de natureza individual, pelo fato de envolver sujeitos determinados e a discussão sobre o direito posto. Os conflitos coletivos têm vez somente nos casos de estar-se diante de um grupo indeterminado de trabalhadores, que pretende conquistar, manter ou excluir uma específica condição de trabalho, em relação a uma dada categoria profissional, não assegurada pelo ordenamento jurídico⁶⁹⁵.

Com o objetivo de dar fim a essa celeuma, a reforma trabalhista expressamente equiparou, pelo artigo 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho⁶⁹⁶, as dispensas, individuais, plúrimas e coletivas⁶⁹⁷.

Não se sabe, contudo, qual interpretação será conferida ao aludido dispositivo pela Justiça do Trabalho.

A natureza aberta ínsita aos princípios constitucionais, o relevo conferido aos princípios específicos que regem as relações de trabalho, a força normativa da Constituição, o caráter transformador do Estado Democrático de Direito, a natureza demasiadamente genérica das convenções internacionais e o viés protecionista da Justiça laboral sempre permitirão a tentativa de legitimação dos mais variados resultados.

⁶⁹⁵MANNRICH, Nelson. 2011, pp. 104-106.

⁶⁹⁶ Artigo 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

⁶⁹⁷ É importante esclarecer que o novo dispositivo legal não tem por escopo a regulamentação do artigo 7º, I, da Constituição de 1988, o qual exige a edição de lei complementar para proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, mas tão somente tentar amenizar o cenário de insegurança jurídica vivenciado até sua edição.

CONCLUSÕES

A Segunda Guerra Mundial teve forte influência no atual destaque conferido ao Poder Judiciário.

Com efeito, o conjunto de instrumentos internacionais criados com vistas a evitar a repetição do cenário de descartabilidade do ser humano verificado à época propiciou a introdução de valores ligados ao ideário dos direitos humanos igualmente nos textos constitucionais das democracias ocidentais.

A partir de então, é facilmente perceptível um crescente movimento pela valorização das normas constitucionais, ainda que tal postura implique a desvalorização das disposições legais.

No cenário brasileiro, a Constituição Federal de 1988 se mostrou determinante para a ascensão do Poder Judiciário, por razões de mais de uma ordem.

Tudo tem início no próprio contexto em que foi promulgada a Carta.

De fato, o novo ambiente democrático proporcionou que a Assembleia Constituinte fosse integrada pelos mais diversos segmentos da sociedade, ansiosos que estavam por terem suas ideias enfim consideradas, após décadas de regime militar.

Visando a acomodar tantos interesses manifestamente heterogêneos, o texto constitucional abarcou uma significativa quantidade de normas abertas, de conteúdo ambíguo, indeterminado e, por vezes, até mesmo contraditório.

Com isso, ficou assegurada uma larga margem interpretativa ao julgador.

A euforia reinante pelo momento de redemocratização do Estado brasileiro, aliada à consolidação internacional dos ideais relacionados ao *Welfare State*, favoreceu, igualmente, a incorporação de um largo rol de direitos e garantias.

Apesar de não ter sido direcionada especial atenção à origem dos recursos necessários à sua satisfação, houve grande preocupação do constituinte quanto a assegurar o efetivo e o imediato cumprimento das promessas constitucionais.

Nesse contexto, merecem destaque a previsão de aplicação imediata dos direitos fundamentais, assim como o incremento dos controles de constitucionalidade, os quais proporcionam o natural alargamento dos poderes concedidos ao Supremo Tribunal Federal, além de concederem à Corte a

responsabilidade por fornecer a última palavra em relação às questões mais relevantes do país.

Assim é que, a partir de 1988, a aparente inércia dos poderes políticos em implementar os novos direitos constitucionais passaram a servir de embasamento para a exigência de assunção de uma nova postura por parte do Poder Judiciário.

No Estado Democrático de Direito a Constituição é tida como instrumento de transformação social, ainda que isso implique a alteração dos contornos próprios à atividade jurisdicional.

Na promulgação da Carta já era perceptível algum descrédito da sociedade em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, mas, sem dúvida alguma, o descontentamento foi bastante intensificado daquele momento até os dias atuais.

Essa desconformidade sugere certa flexibilização do princípio da separação de poderes, de modo a propiciar um maior grau de interferência por parte do Judiciário na solução dos conflitos nacionais.

E aqui reside um ponto bastante relevante. O histórico princípio da separação de poderes vem sendo questionado, porque, aparentemente, há um “consenso geral” de que o Poder Judiciário seria mais apto a promover a justiça social do que os poderes políticos. Para tanto, sem maiores resistências, passa-se a sustentar a superação da ideia de contenção recíproca dos poderes. E se o Judiciário não der conta dessa gigantesca função? Quem poderá contê-lo se a sociedade igualmente se decepcionar com seus integrantes?

Nenhum desses apontamentos parece merecer maior atenção.

Ao contrário. A crescente pressão social no que diz com a concretização do texto constitucional favorece uma cada vez maior transferência de expectativas ao Poder Judiciário, propiciando a conjuntura ideal para que o julgador fique tentado a avançar além dos limites tradicionais de atuação, passando a adentrar em questões afeitas à política.

Surge, com isso, o fenômeno conhecido como judicialização da política.

O exercício desse novo papel é facilmente perceptível na atividade relacionada ao controle jurisdicional de políticas públicas, o qual permite que o Poder Judiciário seja rotineiramente instado a se pronunciar sobre inúmeras matérias de alto grau de interesse social.

O alargamento do campo destinado à atividade jurisdicional é ainda significativamente favorecido pela contemporânea valorização dos princípios

constitucionais, os quais, por refletirem os grandes valores éticos da sociedade, foram alçados ao centro do sistema jurídico.

Com isso, acentua-se o fenômeno da constitucionalização do Direito, a partir do qual todos os ramos jurídicos passam a dever ser compreendidos à luz dos valores constitucionais.

A relevância a eles atribuída, associada ao seu reconhecido caráter geral e abstrato, a bem da verdade, autorizam a participação do julgador no processo de criação da norma de decisão de forma praticamente ilimitada, possibilitando, até mesmo, a sobreposição de suas preferências pessoais em detrimento daquelas eleitas pelos representantes do povo.

O princípio da dignidade humana se presta, como nenhum outro, para esse fim, já que a subjetividade inerente ao seu conteúdo torna um valor tão caro às sociedades modernas passível de ser invocado para embasar as mais diversas soluções jurídicas apresentadas pelo Poder Judiciário.

Ao mesmo tempo, seu valor intrínseco faz minguar as críticas quanto à sua utilização, independentemente do contexto em que procedida.

A posição de destaque conferida à introdução de elementos de cunho valorativo no decorrer do processo hermenêutico conduzido pelo julgador fez surgir um movimento denominado “neoconstitucionalismo”.

O fenômeno pretende oferecer uma via alternativa em relação ao positivismo jurídico, tendo por base a premissa de que este não se mostraria adequado à interpretação e à concretização dos modernos textos constitucionais.

De acordo com seus postulados, valores como justiça e ética devem integrar as condições de validade das normas jurídicas.

Essa propalada leitura moral do Direito fomenta uma maior participação do Poder Judiciário com vistas a assegurar a efetividade das normas constitucionais, visto que o julgador passa a deter a autoridade necessária para afastar a aplicação de uma norma que considere injusta.

Embora os ideais preconizados pelo neoconstitucionalismo possam se mostrar sedutores em um primeiro momento, não há como serem ignorados os riscos provenientes do alargamento da função originariamente exercida pelo Poder Judiciário, notadamente em relação à segurança jurídica, uma vez que os desacordos morais verificados em uma sociedade plural e complexa como a

brasileira inviabilizam que seja assegurada a observância à necessária previsibilidade do ordenamento jurídico.

Com isso, o real sentido da norma utilizada pelo julgador só se faz efetivamente conhecido ao seu destinatário, no momento em que prolatada a decisão judicial.

Tendo em conta que os valores constitucionais se mostram aptos a embasar os mais variados resultados, o risco democrático torna-se manifesto.

Por certo, o que um julgador do sul do país entende melhor para a defesa dos interesses da sociedade brasileira pode não coincidir sequer com o que pensa um julgador do norte do Brasil. O que se dirá em relação à opinião de toda a imensa população nacional.

Justamente para possibilitar o respeito à vontade de todos os integrantes da nação, foi construído o desenho institucional brasileiro.

Se a sociedade não se julga bem representada pelos poderes políticos, que eleja novos representantes. Se as leis não espelham o desejo geral da nação, que se trabalhe ativamente para sua alteração.

Por certo, qualquer norma jurídica ou decisão judicial pode ser interpretada como justa ou injusta. A legislação, boa ou má, justa ou injusta, exerce a importante missão de guiar a sociedade.

Mesmo que nossa legislação, como qualquer outra, possa ser merecedora de críticas, ela se mostra melhor do que um país sem leis.

Aliás, a possibilidade de crítica deve ser saudada, pois o idealismo moralista não a permite, tornando o poder detido pelo Judiciário como “absoluto”.

Ainda que pudesse ser desconsiderada a aludida ameaça democrática, subsistiria o fato de que o Poder Judiciário não detém o conhecimento necessário acerca da viabilidade fática e técnica referente à implementação das medidas por ele determinadas, das prioridades eleitas por cada Administração, das maiores carências verificadas em cada comunidade, da vontade política majoritária em relação a cada um dos temas por ele analisados, tampouco dos acordos políticos costurados com vistas a cada aprovação parlamentar.

Na arena judicial, o processo parece notavelmente mais simples e eficaz. Uma singela ordem de “cumpra-se” parece resolver todos os problemas da nação. Mas pode ser apenas uma miragem.

Infelizmente, ao menos no atual momento do país, não parece haver condições de ser assegurado, de forma integral, todo o rol de direitos e garantias projetado pelo constituinte.

Contudo as decisões casuísticas prolatadas pelo Poder Judiciário dão a impressão de que sim.

Dessarte, quando um julgador entende pelo deferimento de determinado medicamento a um cidadão, a sociedade interpreta esse ato como a prova de que o problema da saúde pública depende unicamente de vontade política.

Desconsidera, todavia, não apenas os reflexos do custo dessa condenação no sistema como um todo, como, igualmente, o fato de que o Judiciário é provocado para esses fins por apenas uma parcela ínfima da população. Se toda a sociedade brasileira passasse a exigir a concretização do direito à saúde, à educação, à moradia e tantos outros assegurados pela Carta de 1988, possivelmente a postura adotada fosse diversa.

Lamentavelmente, o papel e as boas intenções dos julgadores não têm o poder transformador do toque de Midas.

Ademais, uma justiça demasiadamente afeiçoada às particularidades de cada caso concreto pode levar igualmente a um cenário de violação ao princípio da igualdade, já que cada membro da sociedade passa a titular um direito distinto do outro, ao sabor das preferências pessoais de cada julgador.

Isso porque a concessão judicial de um determinado direito atinge, necessária e diretamente, o direito de outrem. Só quem tem o completo retrato da nação, do Estado ou do Município, é a Administração Pública, eleita em função do programa político defendido. Como evidentemente o orçamento público é limitado, tais planos elegem as prioridades a serem executadas.

O desvirtuamento dessas prioridades pelo Poder Judiciário, a pretexto de garantir a efetividade da Constituição, atinge diretamente as escolhas procedidas pelo povo.

Não obstante todos esses apontamentos, é facilmente perceptível um crescente avanço do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes.

Com efeito, os diferenciados elementos propiciados pela moderna teoria constitucional – no Brasil, especialmente auxiliados pelo conteúdo, pelo formato e pelo modelo adotados pela Constituição de 1988 - favorecem o surgimento do ativismo judicial.

Apesar da relevância intrínseca que circunda todos os aspectos relacionados ao fenômeno, pelo fato dele consistir na expansão dos poderes conferidos ao intérprete para além dos limites que a norma comporta, os contornos valorativos adotados pelos textos constitucionais contemporâneos dificultam enormemente sua identificação.

De fato, até os dias de hoje a hermenêutica jurídica ainda não logrou oferecer limites claros e objetivos quanto à tarefa de interpretação judicial, especialmente no que toca aos princípios constitucionais.

Isso porque a abertura ínsita a essa modalidade de norma torna, sobremaneira, difícil apurar se o embasamento apontado pelo intérprete está de fato atrelado ao seu teor ou se contou com a influência de fatores extrajurídicos.

Afora isso, o incremento da participação do intérprete na construção da norma de decisão preconizada pela hermenêutica moderna torna ainda mais tênue a linha que separa os diversos modelos de interpretação jurídica da prática do ativismo judicial propriamente dito.

Não obstante a questionável legitimidade democrática das práticas ativistas, essa modalidade de atuação judicial vem contando com grande respaldo por parte da sociedade brasileira.

O Poder Judiciário, alçado à condição de garantidor do texto constitucional de 1988 e, conseqüentemente, do almejado projeto de justiça social para o país, passa a ser verdadeiramente endeusado por uma sociedade sabidamente carente de líderes.

O ativismo judicial é diferenciadamente exercido no âmbito da jurisdição trabalhista, em especial, pela origem histórica do Direito do Trabalho.

Por certo, a reconhecida exploração da classe operária presente até o início do século XX traz reflexos até hoje.

A desejável imparcialidade do julgador convive, lado a lado, com inúmeras diretrizes protecionistas e ideológicas, tornando bastante obscuras as linhas demarcatórias entre o exercício da atividade jurisdicional e a promoção da melhoria da condição social da classe operária.

Notadamente o emblemático princípio da proteção, derivado da concepção de desigualdade entre as partes integrantes da relação de trabalho, implica diversos desdobramentos em relação à atividade jurisdicional.

Com base nele, o sistema se torna pretensamente protetivo ao trabalhador.

Diz-se pretensamente, porque o sucesso de uma das partes integrantes da relação de trabalho depende da outra. Não haverá postos de trabalho se as empresas não tiverem condições de mantê-los.

No entanto, em pleno século XXI ainda subsiste certo ranço ideológico que dificulta que as empresas e os trabalhadores sejam vistos como partes conjuntas de um mesmo projeto, com iguais propósitos e interesses.

Assim é que, sob a bandeira da necessária “proteção” à classe trabalhadora e da concretização de um processo de justiça social para o país, muitas vezes, a Justiça do Trabalho passa a exercer uma função verdadeiramente assistencialista, favorecendo a adoção e o incremento de práticas ativistas.

Pode-se dizer até mesmo que o julgador trabalhista é intrinsecamente mais propenso ao ativismo judicial, pois parte da ideia de que os pilares da relação de trabalho seriam injustos.

Nesse sentido, a necessidade de correção do Direito sustentada pelo moralismo jurídico demandaria a adoção de uma postura mais “ativa” por parte dos integrantes da Justiça do Trabalho.

Os instrumentos propiciados para tanto são os mais diversos, pois, além dos princípios constitucionais, o Direito do Trabalho conta com inúmeros princípios próprios, assim como com um diferenciado trato conferido à equidade.

Com isso, a legislação é, não raras vezes, deixada de lado, por não se mostrar a norma mais apta a assegurar a proteção ao trabalhador.

Notadamente o princípio da dignidade humana e os diversos instrumentos ligados ao ideário dos direitos humanos são rotineiramente utilizados pelo Poder Judiciário trabalhista para contornar a aplicação de dispositivos legais claros e completos, ligados aos mais variados temas.

Iniciativas nesse sentido verdadeiramente desprestigiam tais diferenciados valores, que sabidamente foram criados para a proteção da humanidade em contextos absolutamente diversos. Vale lembrar que surgiram como resposta às atrocidades verificadas no contexto na Segunda Guerra Mundial.

Todos perdem com isso. É tempo de uma nova ordem, que reconheça na dignidade da legislação a verdadeira dignidade da nação e de seus integrantes, entre eles, evidentemente, os próprios trabalhadores.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Lo rational como razoable*. Tradução de Ernesto Gazón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

AGRA, Walber de Moura. “Neoconstitucionalismo e superação do positivismo”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.

AGUIAR, Roger Silva. “O Positivismo e o Pós-Positivismo na Criação e Aplicação do Direito Civil Brasileiro”. In MELLO, Cleyson M. *Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004.

ALDAY, Rafael Escudero. *Los calificados del positivismo jurídico: El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

ALEGRETTI, Laís. “É preciso flexibilizar direitos sociais para haver emprego, diz chefe do TST”. *Folha de S. Paulo*. Disponível em {<https://www.folha.uol.com.br/mercado/2017/11/1933111-e-preciso-flexibilizar-direitos-sociais-para-haver-emprego-diz-chefe-do-tst.shtml>}. Acesso em 15 de novembro de 2017.

ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. “Contra os princípios jurídicos”. In MARMOR, Andrei (org.). *Direito e Interpretação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: CUP, 2008.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

_____. “Sistema jurídico y razón práctica”. In *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução para o espanhol de Manoel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. “A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: matriz do direito internacional dos direitos humanos”. In ALMEIDA, Guilherme Assis de e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coords.). *Direitos internacionais dos direitos humanos*. São Paulo: Atlas, 2002.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

ALMEIDA, Renato Rua de. “Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?”. *Revista LTr*, vol. 73, n. 4, abr. 2009.

ALONSO, Hamilton Jr. “A ampliação do objeto das Ações Civis Públicas na implementação dos direitos fundamentais”. In MILARÉ, Édis (coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Sentença arbitrária”. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 38, n. 123, set. 2011.

ALVES, José Augusto Lindgren. “O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil”. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, 46(182):85-114, jul./dez. 1993.

ALVES, José Carlos Moreira. “Poder Judiciário”. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *A Constituição Brasileira de 1988: Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

AMORIM, Daniela. “Desemprego fica em 12% no quarto trimestre e é o maior da série histórica”. *O Estado de S. Paulo*. 31 de janeiro de 2017.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014.

ARCELO, Adalberto Antonio Batista. “Condições de possibilidade do discurso do positivismo jurídico no paradigma do Estado Democrático de Direito”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008.

ARENHART, Sergio Cruz. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília, v. 29, n. 1/2, janeiro/fevereiro 2017.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro III. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ARNAUD, André-Jean et al. [Dir.]. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZZARITI, Gaetano. “Interpretação e teoria dos valores: retorno à Constituição”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC, 6:157-68, jul./dez. 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”. In BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. “Direito e Política. Silêncio do Legislador, Interpretação e Analogia”. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controles das políticas públicas”. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direito fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. “A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução”. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. “A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria”. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015(a).

_____. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo”. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015(b).

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Revista de Direito do Estado*, vol. 13. 2009.

_____. “Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política”. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, 2012.

_____. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *A Constitucionalização do Direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. “Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que Chegamos”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “A nova interpretação constitucional dos princípios”. In LEITE, Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais*. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. “O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. “Positivismo, neoconstitucionalismo e ativismo judicial”. In DIMOULIS, Dimitri (org.). *A relevância prática da teoria do direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. "Terceirização – Aspectos polêmicos". In MARTINS FILHO, Ives Gandra; DELGADO, Maurício Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos. *A Efetividade do Direito e do Processo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Tradução de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

BEÇAK, Rubens. *A Hipertrofia do Executivo Brasileiro: o impacto da Constituição de 1988*. São Paulo: Própria, 2007.

_____. "A separação de poderes, o Tribunal Constitucional e a Judicialização da Política". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP, v. 103, 2008.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril, 1974.

BERCOVICI, Gilberto. "Constituição Econômica e Dignidade da Pessoa Humana". In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coords.). *Lições de Direito Constitucional: em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BETTI, Emilio. *Teoria generale dela interpretazione*. Milão: Giuffrè, 1955.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. "A Ética dos Direitos Humanos". In BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. "Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade". In ALMEIDA FILHO, Agassi; MELGARÉ, Plínio (org.). *Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2004.

_____. *Estado, Governo e Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria de Celeste C. J. Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo” In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. “A Constante Axiológica dos Direitos Humanos”. In BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. “Variações sobre o Conceito de Equidade”. In ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C.B. (orgs.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. “Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)”. *Revista Estudos Avançados*, 18 (51), 2004. Disponível em {www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf}. Acesso em 24 de maio de 2016.

_____. “Os direitos fundamentais e a globalização”. In LEITE, Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais*. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulo da Constituição & a ordem econômica*. Curitiba: Juruá, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Em Busca de um Conceito Fugidio – O Ativismo Judicial”. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. *Confederação Nacional do Trnsnsporte*. Disponível em {<https://www.cms.cnt.org.br/Imagens%20CNT/PDFs%20CNT/Not%C3%ADcias/m anualcnj.pdf>}. Acesso em 16 de novembro de 2017.

_____. “A sensatez do presidente do TST”. *Estado de S. Paulo*. 29 de outubro de 2017. Disponível em {<http://www.opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-sensatez-do-presidente-do-tst,70002064>}. Acesso em 10 de novembro de 2017.

_____. *Revista Fórum*. 14 de abril de 2015. Disponível em {<https://revistaforum.com.br/2015/04/14/juizes-chamam-pl-de-inconstitucional-e->

pedem-dignidade-do-trabalhador/#respond_63341}. Acesso em 14 de novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 323*.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 791.932*.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745*.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.211*.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Extradição nº 633-9*.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124.306*.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 20975-31.2015.5.04.0406*.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Embargos de Declaração no Recurso de Revista nº 29840-97.2001.5.03.0006*.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos de Declaração em Recurso Ordinário de Dissídio Coletivo nº 30900-12.2009.5.15.0000*.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista nº 1299000-69.2208.5.09.0016*.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista nº 051600-44.2005.5.09.0093*.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 2544-35.2013.5.03.0021*.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 2938-13.2010.5.12.0016*.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 4200-55.2009.5.20.0001*.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 830/2007-009-006-00.6*.

BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. “O Cumprimento Coercitivo das Decisões Judiciais no tocante às Políticas Públicas”. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

BRICKEL, Alexandre M. *The Least Dangerous Branch*. 2ª ed. New Heaven: Yale University Press, 1986.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres. “Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho”. *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. Organização e realização pelo TST. São Paulo: LTr, 2004.

CALSAMIGILIA BLANCAFORT, Albert. “Postpositivismo”. *DOXA – Caudernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidade de Alicante, n. 21, vol. 1, 1998.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *DOXA – Caudernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, Universidade de Alicante, n. 22, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Magistratura, sistema jurídico e sistema político”. *Direito e justiça: função social do Judiciário*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1997.

_____. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. “Supremo Tribunal Federal, Política e Democracia”. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos”. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, Ministério da Justiça, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

_____. “O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Trajetória ao Longo das Últimas Décadas (1948-2008)”. In GIOVANNETTI, Andrea (org.). *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “A “principalização” da jurisprudência através da Constituição”. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 25, n. 98, abr./jun. 2000.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004(a).

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004(b).

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

_____. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984.

CARBONELL, Miguel. “Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición”. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. In OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004.

CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos Humanos na Integração Econômica – Análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. “O impacto da convenção americana de direitos humanos na relação do direito internacional e o direito interno”. *Boletim Científico. Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, v. 1, n. 4, 2002.

_____. “Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012.

_____. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. 1ª ed. São Paulo: Editoria Jurídica e Universitária, 1972.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, filosofia e política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CIOTOLA, Marcello. "Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais". In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CITTADINO, Gisele. "Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes". In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

_____. "Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História". In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CLÉVE, Clémerson Merlin. "O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais". *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2003.

_____. *Os direitos e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. "Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?". In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

_____. "Poder Judiciário: Autonomia e Justiça". *Revista de Informação Legislativa*, nº 117, Brasília, jan.-mar. 1993.

_____. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. "Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional". In MENDES *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Interpretação constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COLEMAN, Jules. "Authority and Reason". In GEORGE, Robert P. (ed.). *The autonomy of Law. Essays of Legal Positivism*. Oxford: Claredon Press, 1996.

_____. "Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis". In COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's postscript. Essays on the postscript to the concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. "Negative and Positive Positivism". In COHEN, Marshall. (ed.). *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Londres: Duckworth, 1984.

_____. *The practice of principle: in defense of a pragmatic approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

COLEMAN, Jules; LEITER, Brian. "Determinação, objetividade e autoridade". In *Direito e Interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Editado por Andrei Marmor. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COMANDUCCI, Paolo. "Uma defesa do positivismo metodológico". In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. "Visões Distintas do Fenômeno Jurídico". In ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C.B. (orgs.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Susana Henriques da. "O Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas: Uma Breve Análise de alguns Precedentes do Supremo Tribunal Federal". In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COUTINHO, Aldacy Rachid. "A dimensão do princípio da dignidade e a relação de trabalho". In SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coords.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Grijalbo F. (et. al.) (coord.). *O mundo do Trabalho: leituras críticas da jurisprudência do TST em defesa do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

COUTURE. COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. "The scientific study of judicial activism". *Minnesota Law Review*, Minnesota, vol. 91, n. 6, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SOUZA, Débora Cardoso de. "Os Riscos para a Democracia de uma Compreensão Indevida das Inovações no Controle de Constitucionalidade". In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRUZ, Luis M. *La Constitución como orden de valores*. Problemas jurídicos y políticos. Um estudio sobre los origines del neoconstitucionalismo. Granada: Editorial Comares, 2005.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. “Regras, Princípios e Ponderação na Pragmática do Direito de Tercio Sampaio Ferraz Jr.”. In ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C.B. (orgs.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CUNHA, Carlos Roberto. *Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *O poder dos juízes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAMELE, Giovanni. “A interpretação originalista: pros e contras”. In DIMOULIS, Dimitri (org.). *A relevância prática da teoria do direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. “Estado de Coisas Inconstitucional”. *O Estado de S. Paulo*. 19 de setembro de 2015.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1951.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017(a).

_____. *Princípios do Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2017(b).

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017(a).

_____. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2017(b).

_____. “O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho”. In SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coords.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

DERRIDA, Jacques. *Fuerza de ley*. El “fundamento místico de la autoridad”. Tradução de Adolfo Barberá e Patricio Peñalver Gómes. Madrid: Tecnos, 1994.

DIMOULIS, Dimitri. “Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências”. In FRANCISCO, José Carlos. (coord. e coautor). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. “Positivismo jurídico e senso comum”. In DIMOULIS, Dimitri (org.). *A relevância prática da teoria do direito*, Belo Horizonte: Arraes, 2016.

_____. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2006.

_____. “Positivismo, moralismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional”. *Revista dos Tribunais*, v. 769/1999, nov. 1999.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. “O positivismo jurídico diante da principiologia”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DÓRIA, A. de Sampaio. *Princípios constitucionais*. São Paulo: São Paulo Ed., 1926.

DRAY, Guilherme Machado. *O Princípio da Proteção do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 2015.

DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

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

_____. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. *A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, José Eduardo. *Os novos desafios da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

FERNANDEZ, Atahualpa. *Argumentação jurídica e hermenêutica. Da natureza humana ao discurso jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Impactus, 2007.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da justiça do Trabalho – Homenagem a Armando Casimiro Mota*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988 – Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade a justiça e o direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. “O Judiciário frente à divisão de Poderes: um princípio em decadência?”. *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Steverson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA, Flávio. “Visibilidade do Supremo mais que duplica no ano passado”. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 13 de janeiro de 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais”. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 29, jul-nov. 1988(a).

_____. “A Constituição de 1988 e a judicialização da política”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, vol. XII, 1996(a).

_____. “Alguns questionamentos em face da doutrina dos Direitos Fundamentais”. In TEIXEIRA, Maria Elisabeth Guimarães; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (orgs.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. “Aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 29, jun. 1988(b).

_____. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011(a).

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2ª ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011(b).

_____. *Estado de Direito e Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. “O papel político do judiciário e suas implicações”. In FRANCISCO, José Carlos. (coord. e coautor). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. “Os Direitos Fundamentais: problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 203, jan./mar. 1996(b).

_____. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FLORÉZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

FRANCISCO, José Carlos. “(Neo) Constitucionalismo na Pós-Modernidade: Princípios Fundamentais e Justiça no Caso Concreto”. In FRANCISCO, José Carlos. (coord. e coautor). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. “Positivismo jurídico inclusivo (ou moderado) e juiz ordinário”. In DIMOULIS, Dimitri (org.). *A relevância prática da teoria do direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. “O Supremo Tribunal Federal na Fronteira entre o Direito e a Política: Alguns Parâmetros de Atuação”. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GALDINO, Flávio. “A evolução das idéias de acesso à Justiça”. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direito fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. “Concentração de Poder da Jurisdição Constitucional: Uma análise crítica de seus pressupostos filosóficos”. In ALMEIDA, Fernando Dias Mendes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Batisde (coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. “Entre Kelsen e Hércules: Uma Análise Jurídico-Filosófica do Ativismo Judicial no Brasil”. In AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Emerson. *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Constitucionalismo y positivismo”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 18, n. 54, Septiembre-Diciembre 1998.

_____. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.

_____. “La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo”. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Princípios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin e Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

_____. “Ser o no ser normativo: un dilema para el positivismo jurídico”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho y filosofía*. Barcelona: Alfa, 1985.

GIGLIO, Wagner D. “A Eqüidade e o Direito do Trabalho Brasileiro”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, vol. 72, n. 2, jan. 1977.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Direito Posto e Direito Preposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. “O [Princípio] da Legalidade e as Duas Legalidades: Pavana para Dois Acórdãos do STF”. In ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C.B. (orgs.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRIMM, Dieter. “Constitution Adjudication and democracy”. *Israel Law Review*. Cambridge: Cambridge University Press, vol. 33, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoria constitucional*. 3ª ed. Méxicon: IJ-UNAM/Fontamara, 2007.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Direito internacional dos direitos humanos: nova mentalidade emergente pós-1945*. Curitiba: Juruá, 2007.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALIS, Denis de Castro. “A supremacia judicial em debate: ativismo, fabricação de decisões e democracia”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, n. 24, jan./jun. 2004.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Tradução de José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000.

HORBACH, Carlos Batisde. “A Nova Roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos”. In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PUFLUG, Samantha Ribeiro (coords.). *Lições de Direito Constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. “A nova roupa do Direito Constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira”. *Revista De Direito Administrativo*, janeiro-abril de 2009.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control de la actividad jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponível em {<https://www.agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/9439-pib-recua-3-6-em-2016-e-fecha-ano-em-r-6-3-trilhoes.html>}. Acesso em 16 de novembro de 2017.

JOBIM, Nelson. “A revolta do Centrão foi justa. E a saída foi a ambigüidade”. In CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da Constituinte*. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Coleção Os Pensadores, v. XXV. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 5ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, H.; BOBBIO, N. y otros. *Crítica del Derecho Natural*. Introdução e tradução de Elias Diaz. Madrid: Taurus Ediciones, 1966.

KMIEC, Keenan D. "The origin and current meanings of 'judicial activism'". *California Law Review*, vol. 92, 2004.

KRAMER, Mathew. *In defense of legal positivism*. New York: Oxford University Press, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. "Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais". In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição: o que é uma Constituição?* 3ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

LEAL, Roger Stiefelmann. "A judicialização da política". *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 29, São Paulo, out./dez. 1999.

_____. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. "O exercício da jurisdição constitucional pelo poder judiciário". In ALMEIDA, Fernando Dias Mendes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Batisde (coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

LEAL, Rogério Costa. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEDUR, José Felipe. *A realização do Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr 1997.

_____. “O Direito do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Humanos”. *Revista da Academia Nacional do Direito do Trabalho*. Ano XIX, nº 19. São Paulo: LTr, 2011.

LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença”. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 8, n. 29, jan./mar. 1983.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitucion*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1965.

MAIA, Antonio Cavalcanti. “As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo”. In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. “Nos Vinte Anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy”. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAGANO, Octávio Bueno. “Alcance e limites da terceirização no direito do Trabalho”. In PINTO, José Augusto Rodrigues (coord.). *Noções atuais de Direito do Trabalho: estudos em homenagem a Elson Gottschalk*. São Paulo: LTr, 1995.

_____. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1980.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. “Direito Social, Direito do Trabalho e Direitos Humanos”. In SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (coord.). *Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. “O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista”. *Blog de Jorge Luiz Souto Maior*. Disponível em {<http://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-acesso-a-justica-sob-a-mira-da-reforma-trabalhista>}. Acesso em 14 de novembro de 2017.

MANNRICH, Nelson. “Dispensa coletiva e negociação coletiva prévia: novas diretrizes”. *Revista da Academia Nacional do Direito do Trabalho*. Ano XIX, nº 19. São Paulo: LTr, 2011.

_____. “Reconstrução do Direito do Trabalho”. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney (coords.). *Os Pilares do Direito do Trabalho*. São Paulo: Lex Editora, 2013.

_____. Regulamentar terceirização fortalece relações de trabalho. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em {www.conjur.com.br/2013-out-20/nelson-mannrich-regulamantar-terceirizacao-fortalece-relacoes-trabalho}. Acesso em 21 de setembro de 2014.

_____. Terceirização: luzes e sombras. In MARTINS, Sergio Pinto; MESSA, Ana Flávia (coords.). *Empresa e trabalho: estudo em homenagem a Amador Paes de Almeida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARANHÃO, Délio. et. al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARMOR, Andrei. “Três conceitos de objetividade”. In MARMOR, Andrei (org.). *Direito e Interpretação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARRAFON, Marco Aurélio. “Hermenêutica e Complexidade nos 20 anos da Constituição: Momento para um Equilíbrio Prudente na Atuação dos Tribunais”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A Legitimidade do Direito Positivo: direito natural, democracia e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

_____. “Breve História de Justiça do Trabalho”. In FERRARI, Iwany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho – Homenagem a Armando Casimiro Mota*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. “Os Pilares do Direito do Trabalho: os princípios jurídicos e as teorias gerais (Uma reflexão sobre sua aplicação)”. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney (coords.). *Os Pilares do Direito do Trabalho*. São Paulo: Lex Editora, 2013.

_____. “Terceirização legal e ilegal”. *Suplemento Trabalhista LTr*. São Paulo, n. 125, 1993.

MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Direito do Trabalho*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017(a).

_____. *Direito processual do trabalho*. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017(b).

_____. *Flexibilização das condições de trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. “A norma fundamental como instância de auto-esclarecimento da prática jurídica”. In DIMOULIS, Dimitri (org.). *A relevância prática da teoria do direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

MAUÉS, Antonio Moreira. “Constituição e Pluralismo Vinte Anos Depois”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade orfã’”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos – CEBRAP*. São Paulo, n. 58, nov. 2000.

_____. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução: (Constituição de 1988 revista em 1994)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Marco Aurélio. “A força normativa do princípio da proteção no direito constitucional do trabalho”. In PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PINTO, José Augusto Rodrigues (coords.). *Principiologia: ensino em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva: um jurista de princípios*. São Paulo: LTr, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “Interferências Extrajurídicas sobre o Processo Decisório do Supremo Tribunal Federal”. In FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. “Centralidade da pessoa humana na Constituição versus centralidade do cidadão trabalhador: o desafio de reler o trabalho a partir da Constituição Federal de 1988”. In SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coords.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Claudineu de. “O Valor Supremo da Dignidade Humana”. In BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MENDES, Conrado Hübner; SILVA, Virgílio Afonso da. “Habermas e a Jurisdição Constitucional”. In NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Breve Inventário da Aplicação de Princípios pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney (coords.). *Os Pilares do Direito do Trabalho*. São Paulo: Lex Editora, 2013.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Sobre o papel do supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988: Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. *Revista Consultor Jurídico*, jan. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>. Acesso em 09 de fevereiro de 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. *Do espírito das leis*. Tradução, introdução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. Garantia Suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. “Do positivismo ao neoconstitucionalismo”. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009(a).

_____. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008(a).

_____. “Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação”. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009(b).

_____. “O momento do positivismo”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008(b).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo”. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direito fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORESO, José Juan. “Conflictos entre Principios Constitucionales”. In CARBONELL, Miguel (edición). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. “El positivismo jurídico, la aplicación del derecho y la interpretación de la Constitución”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do*

Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?. São Paulo: Método, 2008.

MORO, Sérgio Fernando. “Por uma revisão da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais”. *Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal)*, nº 10, Brasília, jan.-abr. 2000.

MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. “Tendências da flexibilização das normas reguladoras das relações de trabalho no Brasil”. *Revista LTr*, n. 59/95, São Paulo, 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014(a).

_____. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014(b).

NETTO, Antonio Delfim. “Judicialização como resultado”. *O Estado de S. Paulo*. 30 de março de 2017.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Jurisdição constitucional: limites ao subjetivismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. “O STF e a opinião pública”. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

OPINIÃO PÚBLICA. *Datafolha*. 20.11.2013. São Paulo, 20 de novembro de 2013. Disponível em: {<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2013/12/1379494-dilma-aumenta-vantagem-sobre-potenciais-adversarios-em-2014.shtml>}. Acesso em 02 de dezembro de 2013.

ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.

OTTO, Écio Duarte. “Positivismo jurídico inclusivo e objetividade no direito. Uma abordagem sobre a exigência de correção na interpretação constitucional”. In DIMOULIS, Dimitri; OTTO, Écio Duarte (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.

OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1998.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.

PEDRON, Flávio Quinaud. “A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günther”. *Revista CEJ*. Brasília. Ano XII, n. 41, abr./jun. 2008.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. “Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI”. *Revista LTr*. São Paulo, v. 79, jul. 2015.

_____. “O princípio da dignidade da pessoa humana e sua eficácia concreta”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 75, jan.-mar. 2009.

_____. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Direito como Integridade*. São Paulo: LTr, 2009.

PEDUZZI, Pedro. “Terceirização: magistrados temem insegurança e retrocesso na lei trabalhista”. *Agência Brasil*. Disponível em {<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-04/terceirizacao-magistrados-temem-inseguranca-e-retrocesso-na-lei-trabalhista>}. Acesso em 14 de novembro de 2017.

PEÑA FREIRE, Antonio Manoel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. “A Estrutura Normas Constitucionais. Notas sobre a Distinção entre Princípios e Regras”. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PEREIRA, João Batista Brito. “A terceirização, a Lei e a Súmula nº 331 do TST”. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; DELGADO, Maurício Godinho; PRADO, Ney; ARAÚJO, Carlos. *A Efetividade do Direito e do Processo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PFERSMANN, Otto. *Positivismo Jurídico e Justiça Constitucional no século XXI*. Tradução de Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: PUC-Rio/Lúmen Juris, 2008.

PIOVESAN, Flávia. "A implementação dos direitos humanos nas cortes brasileiras". *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, n. 12, 1998.

_____. "A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro". *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 51/52, 1999(a).

_____. "Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988". In GIOVANNETTI, Andrea (org.). *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009(a).

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. "Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil". In AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999(b).

_____. "Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 833, mar. 2005.

_____. "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional". In BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*, São Paulo: Quartier Latin, 2009(b).

_____. “Proteção internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas”. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, ano 1, nº 2, Publicação Oficial do Instituto Nacional do Contencioso Econômico – INCE/Síntese, jan./fev./mar. 2003.

_____. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009(c).

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

POGREBINSCHI, Thamy. “Ativismo Judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000.

POSNER, Richard A. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 2001.

_____. “Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional”. *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, Universidade de Alicante, n. 21, 1998.

_____. “Reflexões esparsas em torno ao positivismo jurídico e à globalização”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.

_____. “Um constitucionalismo ambíguo”. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

PRADO, Ney. “A Reconstrução possível do Direito do Trabalho”. In MARTINS FILHO, Ives Gandra; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney (coords.). *Os Pilares do Direito do Trabalho*. São Paulo: Lex Editora, 2013.

_____. “Com tendência à demagogia”. *O Estado de S. Paulo*. 30 de março de 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010(a).

_____. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010(b).

_____. “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, 2007.

_____. “Eficácia de Normas Constitucionais, Implementação de Direitos Fundamentais e Ativismo Judiciário”. In FRANCISCO, José Carlos. (coord. e coautor). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

RAZ, Joseph. *La autoridad del derecho: ensayos sobre derecho y moral*. Tradução de R. Tamayo e Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

_____. *Le ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001.

REALE, Miguel. “A Equidade no Direito do Trabalho”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 69, n. 1, 1974.

_____. “Constituição Terceiro-Mundista”. *O Estado de São Paulo*. 05 de outubro de 1988.

_____. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REGLA, Josep Aguiló. “Del ‘imperio de la ley’ al ‘Estado constitucional’”. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. “Democracia, Direito e Legitimidade. A Crise do Sistema Representativo Contemporâneo e os Novos Desafios do Contrato Social”. In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coords.). *Lições de Direito Constitucional: em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. *O princípio da proteção em xeque*. São Paulo: LTr, 2003.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro R. Carrió. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.

RUSSOMANO, Mozart Victor Russomano. *Comentários à CLT*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SABINO, Marco Antonio da Costa. “Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde”. In GRINOVER, Ada Pellegrini;

WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Saúde & Judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016.

SABOIA, Gilberto Vergne. “Significado Histórico e Relevância Contemporânea da Declaração Universal dos Direitos Humanos para o Brasil”. In GIOVANNETTI, Andrea (org.). *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. “Constitucionalismo e garantismo”. Tradução de Eduardo Ribeiro Moreira. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontammara, 1997.

_____. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima: Temis, 2007.

_____. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003(a).

_____. “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”. In CARBONELL, Miguel (edición). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003(b).

_____. “Notas sobre la interpretación constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 9, Mayo-agosto 1991.

_____. *Sobre Principios y Normas – Problemas del Razonamiento Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”. *DOXA – Caudernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidade de Alicante, n. 23, 2000.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro”. In CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione

Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha (orgs.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015(a).

_____. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma concepção jurídico-constitucional necessária e possível”. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. “Dignidade da Pessoa Humana e Abertura Material do Catálogo de Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Algumas Aproximações” In BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015(b).

_____. “Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios”. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 01, dez. 2013.

_____. “Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares”. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direito fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In SARLET; Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. “Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

_____. “Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens” In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed. 2001.

_____. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHOLLER, Heinrich. “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, jan.-mar. 1999.

SEVERO, Valdete Souto. “Há caminhos para resistir à ‘reforma’ trabalhista?”. *Justificando Carta Capital*. Disponível em {[www.http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/27/há-caminhos-para-resistir-reforma-trabalhista-2](http://justificando.cartacapital.com.br/2017/11/27/há-caminhos-para-resistir-reforma-trabalhista-2)}. Acesso em 29 de novembro de 2017.

SILVA, Cleide. “Em 2016, Brasil ganha 3 milhões de ações trabalhistas”. *O Estado de S. Paulo*. 26 de dezembro de 2016.

SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

SILVA, Floriano Correa Vaz da. “A Equidade e o Direito do Trabalho”. *Revista LTr*, vol. 28. São Paulo: LTr, 1974.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212, 1998.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014(a).

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed. 2014(b).

_____. “O Judiciário e as políticas públicas”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. “Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais”. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direito fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. “20 Anos da Constituição Democrática de 1988”. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. “Breve história do controle de constitucionalidade”. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. “Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas Teorias e Parâmetros de Ativismo”. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STUMM, Raquel Denise. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. “O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais”. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 4ª ed. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SUSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1997.

TAVARES, André Ramos. “A Constituição é um elemento valorativo?”. *Revista brasileira de direito constitucional*, n. 9, jan./jun. 2007.

_____. “Concretização Constitucional”. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. “Elementos para uma teoria geral dos princípios”. In LEITE, Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais*. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Rodrigo. “Neopositivismos: novas ideias sobre uma antiga tese”. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Otto (coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 20ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos”. In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. “O mínimo existencial e os direitos fundamentais”. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, n. 42, julho/setembro 1990.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. “Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil”. *Revista Direito GV*. São Paulo, vol. 4, jul-dez 2008.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. “A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial ‘à brasileira’”. *Revista Direito GV*, São Paulo 4(2), jul-dez 2008.

VIANNA, Luís Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manoel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. “A Essência da Oposição ao *Judicial Review*”. Tradução de Adauto Villela. In BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WALUCHOW, W. J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional de políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WEISS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 10.ed. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *La giustizia costituzionale*. Milão: Il Mulino, 1988.

_____. “Estado Constitucional”. In ALMEIDA, Fernando Dias Mendes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Batisde (coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ZUFELATO, Camilo. “Controle Judicial e Políticas Públicas mediante Ações Coletivas e Individuais”. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2013.