

**LUIS FABIANO DE ASSIS**

**ATIVISMO JUDICIAL  
NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

**TESE DE DOUTORADO**

**Orientador: Prof. Antônio Rodrigues de Freitas Junior**

**Faculdade de Direito da USP  
São Paulo  
2011**

**LUIS FABIANO DE ASSIS**

**ATIVISMO JUDICIAL  
NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

TESE APRESENTADA À FACULDADE  
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO  
PAULO COMO REQUISITO PARCIAL PARA A  
OBTENÇÃO DO TÍTULO DE DOUTOR EM  
DIREITO, SOB A ORIENTAÇÃO DO  
PROFESSOR ANTÔNIO RODRIGUES DE  
FREITAS JUNIOR.

**Faculdade de Direito da USP  
São Paulo  
2011**

## AGRADECIMENTOS

Ao professor Antônio Rodrigues de Freitas Junior, pela riquíssima orientação ao longo da pesquisa e do desenvolvimento deste trabalho.

À Velha Academia do Largo São Francisco, *locus* extraordinário em que a “disciplina da convivência humana” sempre foi ensinada não por afirmações estáticas, que tendem a interromper a reflexão; mas pela sucessão dinâmica de indagações cujas respostas levam sempre a novas e mais profundas perguntas.

Às bibliotecas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelos convênios internacionais que permitiram o acesso a diversas obras em língua estrangeira, o que ampliou significativamente o horizonte desta pesquisa. Agradeço, igualmente, aos dedicados funcionários das bibliotecas.

Aos meus amigos Miron Tafuri Queiroz, Laurent Azevedo Marques de Saes, Tabajara Medeiros de Resende Filho e Lauro Joppert Swensson Junior, pela ajuda na obtenção de textos em língua estrangeira.

A todos aqueles com quem convivi nas Arcadas ao longo de mais esta etapa de minha formação (Ana Francisca Moreira de Souza Sanden, Candy Florêncio Thomé, Cristiane Ferreira, Célia Zapparolli, Cleber Bastazine, Edson Gramuglia, Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, Maria Isabel Cueva Moraes, Ricardo Valente, Rodrigo Schwartz, Tales Picchi Alves, Tatiana Waldman, entre muitos outros), pelas conversas enriquecedoras dentro e fora das salas de aula.

Aos professores Antônio Rodrigues de Freitas Junior, Enoque Ribeiro dos Santos, Estêvão Mallet, Lídia Reis de Almeida Prado e Virgílio Afonso da Silva, pela riqueza de conteúdo das disciplinas cursadas, todas elas de grande importância no desenvolvimento da pesquisa que deu origem a esta tese.

Aos professores Ronaldo Lima dos Santos e Otávio Pinto e Silva, pelas valiosas observações por ocasião da qualificação deste trabalho.

*À minha família.*

# SUMÁRIO

## CAPÍTULO 1

### INTRODUÇÃO

1.1 Tema da tese .....	10
1.2 Delimitação, metodologia e desenvolvimento do trabalho.....	17
1.2.1 Juridificação, potencial protagonismo judicial e tipos de ativismo judicial.....	18
1.2.2 Relevância da abordagem comparatística.....	22
1.2.3 Tipos ideais de ativismo judicial e a Justiça do Trabalho .....	24
1.2.4 Esclarecimentos metodológicos complementares .....	30
1.3 Contribuição da tese.....	31

## CAPÍTULO 2

### PONTOS DE PARTIDA

#### JURIDIFICAÇÃO E POTENCIAL PROTAGONISMO JUDICIAL

2.1 Considerações preliminares: a ascensão do Poder Judiciário nas democracias ocidentais .....	35
2.2 Juridificação: aspectos, desdobramentos e relação com o potencial protagonismo judicial .....	37
2.2.1 Expansão dos padrões regulatórios e o problema da “indeterminação” do direito .....	42
2.2.2 Materialização do direito formal .....	44
2.2.3 Crise da divisão funcional de poderes .....	47
2.2.4 Enfraquecimento do “modelo subsuntivo” e fortalecimento da função pragmática da hermenêutica jurídica.....	48
2.2.4.1 Decisão judicial: as éticas da convicção e da responsabilidade .....	53
2.2.5 A expropriação dos conflitos .....	55
2.2.6 Ampliação do controle judicial contramajoritário e da independência política do Poder Judiciário.....	59
2.2.7 Convergência das experiências jurídicas democráticas: aspectos normativos e institucionais.....	64
2.2.7.1 Aproximação entre <i>common law</i> e <i>civil law</i> e ambivalência das leis e dos precedentes.....	65

2.2.7.2 A influência do ideário dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos.....	69
2.2.7.3 A metáfora da “migração de ideias” no direito comparado .....	71
2.2.7.4 A ideia de proporcionalidade .....	75
2.2.8 O ideário do <i>juiz ativo</i> : origens, influências e expansão mundial .....	80
2.2.8.1 A ampliação do ideário do “juiz ativo” .....	84
2.2.8.2 Dois casos peculiares .....	90
2.2.8.2.1 França: “descolamento” entre o comportamento judicial e as leis processuais .....	90
2.2.8.2.2 Inglaterra: o <i>active case management</i> .....	92
2.2.9 Poder judiciário e litigância de interesse público .....	94
2.2.9.1 <i>Public interest litigation</i> nos EUA.....	95
2.2.9.2 Litigância de interesse público em outros países e estruturas de suporte à mobilização jurídica.....	100
2.2.10 Poder Judiciário e meios de comunicação de massa .....	107
2.3 Juridificação de relações sociais no Brasil e potencial protagonismo judicial .....	111
2.3.1 Perplexidades suscitadas pela experiência brasileira de “Welfare State” (1930 a 1988) .....	112
2.3.2 Juridificação, Constituição de 1988 e expansão efetiva do potencial protagonismo judicial no Brasil .....	116
2.3.3 Especificidades do potencial protagonismo judicial na Justiça do Trabalho ....	129
2.3.3.1 Breves considerações históricas .....	129
2.3.3.2 Os dissídios coletivos e o poder normativo.....	133
2.3.3.3 Direito sumular trabalhista .....	139
2.3.3.4 O pioneirismo do modelo trabalhista de <i>juiz ativo</i> .....	143

### CAPÍTULO 3

#### NOÇÕES DE ATIVISMO JUDICIAL: PROBLEMATIZAÇÃO E REFLEXÕES CONCEITUAIS

3.1 Objetivo do capítulo.....	145
3.2 O ativismo judicial na experiência jurídica dos EUA.....	145
3.2.1 A origem dos debates.....	145
3.2.2 Noções comuns na retórica da crítica judicial nos EUA .....	148
3.2.3 Ativismo judicial e controle político da composição de tribunais.....	164
3.3 Debates sobre o ativismo judicial em outros países .....	165
3.4 Panorama das discussões sobre o ativismo judicial no Brasil .....	169
3.4.1 Perspectiva constitucional .....	170

3.4.1.1	Noções presentes em decisões do STF e em discursos de seus ministros .....	176
3.4.2	Perspectiva processual .....	181
3.4.2.1	Críticas aos instrumentos processuais de padronização decisória .....	182
3.4.3	Perspectiva trabalhista .....	184
3.4.3.1	Noções presentes em decisões do TST .....	188
3.4.3.2	Noções de ativismo judicial nos debates entre magistrados do Trabalho.....	189
3.4.4	Direito alternativo, uso alternativo do direito e manifestações do potencial protagonismo judicial.....	191

## CAPÍTULO 4

### ATIVISMO JUDICIAL: TIPOS IDEAIS

4.1	Objetivos do capítulo .....	194
4.2	Esclarecimentos complementares sobre a construção dos tipos ideais de ativismo judicial .....	195
4.3	Tipos ideais de ativismo judicial .....	197
4.3.1	Ativismo judicial contramajoritário.....	197
4.3.2	Ativismo judicial jurisdicional .....	199
4.3.3	Ativismo judicial promocional .....	201
4.3.4	Ativismo judicial criativo .....	205
4.3.5	Ativismo judicial de padronização decisória.....	208
4.3.6	Ativismo judicial em face de precedentes .....	211
4.3.7	Ativismo judicial <i>contra legem</i> .....	213
4.3.8	Ativismo judicial processual.....	213
4.3.9	Ativismo judicial extraprocessual.....	216

## CAPÍTULO 5

### ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

5.1	Objetivos do capítulo .....	217
5.2	Ativismo judicial no Caso Embraer (dispensas em massa) .....	218
5.2.1	Linhas gerais do litígio e decisão liminar .....	218
5.2.2	Julgamento do dissídio coletivo de <i>natureza jurídica</i> (TRT).....	220
5.2.3	Julgamento do recurso ordinário (TST).....	224
5.2.4	Observações conclusivas sobre o caso .....	232

5.3 Ativismo judicial no direito sumular trabalhista.....	235
5.4 Exame de outros julgados .....	237
5.4.1 Controle judicial de políticas públicas.....	237
5.4.2 Exploração sexual de crianças e adolescentes para fins comerciais.....	241
5.4.3 Dispensas discriminatórias de portadores do vírus HIV.....	242
5.5 Ativismo judicial extraprocessual da magistratura do Trabalho .....	243
5.6 Ativismo judicial no STF e seus reflexos na Justiça do Trabalho .....	247
5.6.1 Breves considerações sobre o ativismo judicial no STF .....	247
5.6.2 Limitação à garantia de emprego da gestante.....	253
5.6.3 A definição da base de calculo do adicional de insalubridade .....	255
5.6.4 Terceirização e responsabilidade subsidiária da Administração pública .....	258
5.6.5 Reflexos trabalhistas de outros julgados do STF.....	260
CONCLUSÃO .....	265
BIBLIOGRAFIA CITADA .....	269
RESUMO.....	285
ABSTRACT.....	286
RIASSUNTO .....	287
RÉSUMÉ .....	288



*“De todas as coisas que nos vêm por natureza, primeiro adquirimos a potência e mais tarde exteriorizamos os atos. (...) Com as virtudes dá-se exatamente o oposto: adquirimo-las pelo exercício, como também sucede com as artes. Com efeito, as coisas que temos de aprender antes de poder fazê-las, aprendemo-las fazendo; por exemplo, os homens tornam-se arquitetos construindo e tocadores de lira tangendo esse instrumento. Da mesma forma, tornamo-nos justos praticando atos justos, e assim com a temperança, a bravura, etc.”*

Aristóteles

# CAPÍTULO 1

## INTRODUÇÃO

*Sumário: 1.1 Tema da tese; 1.2 Delimitação, metodologia e desenvolvimento do trabalho; 1.2.1 Juridificação, potencial protagonismo judicial e tipos de ativismo judicial; 1.2.2 Relevância da abordagem comparatística; 1.2.3 Tipos ideais de ativismo judicial e a Justiça do Trabalho; 1.2.4 Esclarecimentos metodológicos complementares; 1.3 Contribuição da tese.*

### 1.1 Tema da tese

Em meados de 2008, quando os arautos da chamada “crise econômica global” verberavam seus vaticínios mais pessimistas, avultavam seguidas ameaças de despedimento em massa de trabalhadores de grandes empresas, o que colocava em cheque não só a efetividade da dimensão trabalhista dos direitos fundamentais sociais, mas uma série de outras promessas de bem-estar enunciadas na Constituição de 1988, como o pleno emprego, a justiça social e a garantia de existência digna.

Questionadas perante a Justiça do Trabalho, algumas das dispensas coletivas então ultimadas foram suspensas, o que suscitou (a exemplo do que já ocorria em relação a outros ramos da justiça brasileira) fortes críticas ao Judiciário Trabalhista<sup>1</sup>. Em síntese, alegava-se que essas decisões judiciais, havidas por instrumentos do que os críticos chamavam de “ativismo judicial”, transgrediriam os “limites” da atuação de magistrados e tribunais.

A postura da Justiça do Trabalho diante daqueles megaconflitos teve grande repercussão. Abruptamente, o assunto passou a ocupar espaços relevantes na mídia em geral, em congressos jurídicos, em salas de aula de Universidades e em corredores de

---

<sup>1</sup> No início de 2010, editorial do jornal “O Estado de São Paulo” diagnosticava que, na última década, quando juízes teriam passado “a praticar o que nos meios jurídicos é chamado de ‘ativismo judicial’”, estaria ocorrendo um “processo de politização das primeiras instâncias do Judiciário”. Para o jornal, esses juízes tenderiam a interpretar a Constituição “conforme suas inclinações ideológicas, desprezando a segurança jurídica e justificando a iniciativa em nome do combate do ‘bem contra o mal’ e dos ‘pobres contra os ricos’”. No texto, também se tentou uma explicação para o fenômeno: “como os princípios constitucionais são muito vagos, admitindo interpretação ao gosto do freguês”, o ativismo judicial abriria caminho “para a politização na aplicação do direito”. Assim, o jornal concluía que, a pretexto de fazer justiça social, os juízes “ativistas” poriam “os pés pelas mãos, prejulgando, desprezando garantias individuais, desfigurando o devido processo legal e subvertendo a lógica do Estado de Direito”. Editorial publicado na edição 18-01-2010.

fóruns e tribunais. Com o passar do tempo, perceberam-se sinais de que tanto as dispensas quanto as decisões transcenderiam a esfera de interesses dos trabalhadores e dos empregadores envolvidos.

Sobretudo no caso Embraer (Empresa Brasileira de Aeronáutica), as repercussões alcançariam claramente o campo político. Os dirigentes da empresa foram chamados pelo presidente da República para explicitar os motivos das dispensas, já que o governo, apesar de seu interesse estratégico, acionário, econômico e social, não havia sido comunicado dos cortes. Parlamentares convocaram audiência pública para discutir as demissões e se manifestaram publicamente sobre o assunto em sessões da Câmara e do Senado. Além disso, tornaram-se mais tensas as discussões sobre o Decreto n.º 2.100/96, por meio do qual o Brasil denunciara a Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Ao mesmo tempo, novas propostas de regulamentação dos despedimentos em massa se somaram ao PL n.º 6.356/05, que permanecia em sono letárgico até o advento da indigitada “crise”. De um lado, o PL n.º 5232/2009 apresentava, em sua exposição de motivos, longos excertos retirados, *ipsis litteris*, da decisão liminar proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região no caso Embraer<sup>2</sup>; e, de outro lado, o PL n.º 5353/2009, em seus fundamentos, ao considerar a mobilização social que esses fatos haviam produzido, fazia referência expressa a manifesto intitulado “contra oportunismos e em defesa do direito social”, assinado por dezenas de magistrados trabalhistas<sup>3</sup>.

Curiosamente, o Supremo Tribunal Federal (STF), mais ou menos na mesma época, retomaria o julgamento da ADI ajuizada pela Confederação Nacional dos

---

<sup>2</sup> O artigo 7º de referido projeto de lei prevê que, “recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva, é competente a Justiça do Trabalho para decidir o conflito, podendo inclusive suspender a demissão coletiva liminarmente, e/ou aplicar o disposto no artigo 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho”. Por sua vez, o artigo 8º autoriza que os sindicatos requeiram à Justiça do Trabalho “a apuração das causas de demissão e esta poderá atuar de ofício para determinar as apurações previstas no artigo 5º, 6º e incisos”. Consoante o artigo 9º, a “falta da comunicação” ao ente sindical, na forma prevista no projeto, autoriza a Justiça Especializada a “reintegrar os funcionários liminarmente e de imediato, atribuindo-se multa diária”.

<sup>3</sup> Com efeito, extrai-se do texto da exposição de motivos o seguinte trecho de referido manifesto: “(...) Além de constituírem atentado à ordem jurídica, por ferirem o disposto no inciso I, do art. 7º, da Constituição Federal, as ameaças de dispensas coletivas representam meras estratégias de pressão, de natureza política, para se extraírem vantagens econômicas a partir do temor e da insegurança que geram sobre os trabalhadores e, por via indireta, ao governo. (...) não se podem ver nos preceitos fixados nos incisos do art. 7º os fundamentos jurídicos para fornecer aos empregadores a possibilidade de, por um exercício de poder, induzirem os trabalhadores, mesmo que coletivamente organizados, a aceitarem a redução dos direitos trabalhistas legalmente previstos, ainda mais quando tenham sede constitucional e se insiram no contexto dos Direitos Humanos, que são, como se sabe, abarcados pelo princípio do não retrocesso. As ameaças de dispensas coletivas e o ataque generalizado às garantias trabalhistas constituem, portanto, um atentado contra a ordem jurídica e o Estado Social, até porque o desenvolvimento da economia está, necessariamente, atrelado aos postulados da boa-fé e da justiça social (art. 170, da CF).”

Trabalhadores na Agricultura (Contag) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) para questionar a referida denúncia da Convenção n.º 158 da OIT<sup>4</sup>.

Ademais, com a suspensão judicial das dispensas em massa, a exposição midiática da Justiça do Trabalho se acentuou consideravelmente. Muitos veículos de comunicação, com sua importante influência sobre a opinião pública, contestavam ardorosamente a juridicidade e a legitimidade das decisões dos órgãos judiciais trabalhistas. Em reação dirigida a tais manifestações depreciativas da imprensa sobre um alegado ativismo judicial<sup>5</sup> dos TRTs, Guilherme Guimarães Feliciano publicou, na “Folha de São Paulo”, artigo intitulado “ativismo judicial para bom entendedor”, no qual sustentava que o exame da atuação do Judiciário diante das dispensas em massa haveria de excluir interpretações “pelas lentes míopes das leis, como se o legislador fosse o único intérprete autorizado”<sup>6</sup>. Além da “Folha”, o jornal “O Estado de São Paulo”, no que tange especificamente à Justiça do Trabalho, proclamava não só que as decisões seriam ilegítimas e sem “fundamentação legal”; mas também que a postura dos TRTs diante das dispensas coletivas poderia agravar os “efeitos sociais da crise”, criando um “problema econômico adicional” para as empresas<sup>7</sup>. Assim, em réplica a opiniões nesse sentido,

---

<sup>4</sup> O ministro Joaquim Barbosa, em voto vista, julgou o pedido integralmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do decreto impugnado por não ser possível ao Presidente, sem o consentimento do Congresso Nacional, denunciar tratados sobre direitos humanos, em cujo âmbito o julgador reconhecia se encontrar a Convenção n.º 158 da OIT. Assim, apesar de o Decreto responsável pela incorporação da Convenção ao direito brasileiro ser de 1996 (*i.e.*, ainda que não se admitisse a tese da estatura constitucional dos tratados de direitos humanos antes da EC n.º 45/2004), seria plausível defender sua estatura *supralegal*, posto que infraconstitucional (ADI 1625/DF, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, julg. 03-06-09). A votação da referida ADI ainda não foi concluída.

<sup>5</sup> A imprensa se dirigia, em especial, à decisão liminar proferida em 26-02-09 nos autos do dissídio coletivo n.º 30900-12.2009.5.15.0000, rel. Des. José Antônio Pancotti (TRT da 15ª Região).

<sup>6</sup> Artigo “Ativismo judicial para bom entendedor”, publicado no jornal “Folha de São Paulo”, edição de 25-05-09 (“Tendências e Debates”), p. 03.

<sup>7</sup> Editorial do jornal “O Estado de São Paulo”, intitulado “Ativismo dos TRTs pode agravar efeitos sociais da crise”, publ. 08-04-09. As decisões, além de suspenderem as dispensas, condicionavam sua formalização à prévia tentativa de negociação com o sindicato; impunham a realização de audiências com a presença de líderes sindicais e de representantes do Ministério Público do Trabalho; e exigiam a apresentação de balanços patrimoniais, demonstrativos contábeis e relação de empregados prejudicados, com a indicação do tempo de serviço de cada um deles. Essas medidas foram entendidas, pelo jornal, como “intervenções abusivas na liberdade de iniciativa” e disseminadoras de “insegurança jurídica”. Referidas críticas sustentavam, ainda, que a determinação de apresentação de balanços referentes a resultados de anos pretéritos não ajudaria a entender nem o que vinha ocorrendo com a economia, nem os “planos formulados pelas empresas para enfrentar um período de crise”. Destaquem-se, do editorial, ademais, os seguintes excertos: “Além de criar um problema econômico adicional, as liminares dos TRTs da 3ª e da 15ª Região têm problemas de fundamentação legal. Os dirigentes dessas Cortes invocaram princípios constitucionais, entendendo que estavam fazendo Justiça social. É o que os analistas chamam de ‘ativismo judicial’. No direito, princípios são diretrizes que orientam a interpretação das regras, permitindo aos juízes ajustar suas decisões às especificidades dos chamados ‘casos difíceis’ – litígios sobre os quais não há jurisprudência firmada e os doutrinadores estão divididos. Invocados isoladamente, os princípios – que são formulados com base em conceitos abertos, como ‘valor social do trabalho’ e ‘responsabilidade social da empresa’ – tendem a

sustentava o referido jurista que tais decisões não veiculariam nenhum abuso por parte do judiciário trabalhista, mas apenas uma “inexorável mudança de perspectiva” baseada na percepção de condicionalidades que, se não previstas textualmente na lei ordinária, estariam em total consonância com o sistema constitucional.

A polêmica ocorria em época na qual a preocupação com a situação dos direitos sociais trabalhistas vinha crescendo, multiplicando o número de estudos sobre o desemprego, os despedimentos em massa e as alternativas (inclusive as judiciais) para a manutenção de postos de trabalho<sup>8</sup>.

No que tange a esses diagnósticos sobre a prática do chamado *ativismo judicial*, importa, antes de aceitá-los ou não, responder a uma série de perguntas: o que seria, afinal, esse ativismo? Seria um fenômeno uniforme ou haveria diferentes tipos desse *agir* judicial<sup>9</sup>? Haveria uma jurisdição “não ativista”? Se houver, o que a faria distinta da jurisdição “ativista”? Quais seriam as origens desse ativismo? Ele depende da vontade dos juízes? Ou, para que ele se manifeste, é preciso que haja condições que possibilitem essa concretização? O ativismo judicial sempre ocorre no sentido da defesa de direitos fundamentais, ou pode também implicar sua restrição?

---

disseminar insegurança jurídica. Por representar uma intervenção abusiva na liberdade de iniciativa e empreendimento, decisões judiciais ‘protetoras’ comprometem o jogo de mercado, que precisa de regras claras e objetivas para funcionar. Em vez de atenuar os efeitos sociais da crise econômica, esse tipo de ‘ativismo’ só tende a agravá-los.”

<sup>8</sup> AMAURI MASCARO NASCIMENTO, “Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos”, in: *Revista LTr*, ano 73, n.º 1, São Paulo: LTr, jan. 2009; WLADIMIR NOVAES MARTINE, “Licença qualificatória em face da crise econômica”, in: *Revista LTr*, ano 73, n.º 1, São Paulo: LTr, jan. 2009; ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS, “Revisitando um plano nacional de ação frente ao desemprego”, in: *Revista LTr*, ano 73, n.º 3, São Paulo: LTr, mar. 2009; RENATO RUA DE ALMEIDA, “Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?”, in: *Revista LTr*, vol. 73, n.º 4, abr. 2009; SÉRGIO PINTO MARTINS, “Despedida coletiva”, in: *Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário*, vol. 6, n.º 31, jul./ago., 2009; ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, “Dispensa coletiva e seu controle pelo judiciário”, *Revista LTr*, vol. 73, n.º 6, jun., 2009. No âmbito das organizações internacionais, v. OIT. *Global Employment Trends For Youth - Special issue on the impact of global economic crisis on youth*, Genebra: OIT, 2010; OIT. *Global Employment Trends*. Genebra: OIT, 2010. OIT. *Global Employment Trends*. Genebra: OIT, 2009. Mais recentemente, v. MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA, “A análise dos julgados envolvendo a demissão coletiva na Embraer”, in: GRIJALBO F. COUTINHO et. al. (coord.), *O mundo do Trabalho: leituras críticas da jurisprudência do TST em defesa do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA, WALMIR OLIVEIRA DA COSTA (org.), *Direitos Coletivos do Trabalho na Visão do TST - Homenagem ao Ministro Ríder Nogueira de Brito*. São Paulo: LTr, 2011. A obra contém vários artigos de ministros do TST, alguns deles sobre o tema supracitado.

<sup>9</sup> Usamos a palavra “agir”, em lugar de “ação”, pela possível confusão semântica que o segundo termo provocaria em algumas frases.

Todos esses esclarecimentos são necessários para diagnosticar o ativismo judicial na Justiça do Trabalho, ramo do Poder Judiciário brasileiro que se situa num cenário mais abrangente de transformações contínuas na função judicial<sup>10</sup>.

Sem dúvida, a história da magistratura e do Poder Judiciário como instituição revela diferentes concepções a respeito do papel social e político dos órgãos judiciais. Entre os fatores que decisivamente influenciaram as mudanças nesse papel, DALLARI destaca a evolução das sociedades humanas, a complexidade crescente das relações sociais e a experiência com diversas formas de governo. Para o jurista, os próprios juízes, em determinados momentos, teriam sido responsáveis, com suas “boas rebeliões”, por “movimentos renovadores e democratizantes”, conforme registram diversos estudiosos. Consoante ele cita a título ilustrativo, essa mobilização, na França, foi examinada por Boucher (*Le Guetto Judiciaire: Pouvoir et Justice*, 1978). Do mesmo modo, a ação da *Magistratura Democratica* italiana foi descrita por Senese (*Crisi politico-istituzionale e indipendenza della magistratura*, 1982). DALLARI também cita, similarmente, na experiência brasileira, o movimento do *Direito Alternativo* e, mais recentemente, mobilizações relevantes como a da *Associação Juízes para a Democracia*<sup>11</sup>.

Nessa linha, o aprofundamento das transformações sociais revela que a função judicial tem se diversificado para se traduzir não só em considerável número formas de atuação da jurisdição *stricto sensu*, mas também em outros modos de *agir* que são de grande relevância, não obstante transcenderem o palco estritamente jurisdicional. É o caso das ações associativas da magistratura, das políticas judiciárias institucionais, do engajamento de representantes de instituições judiciais no processo legislativo, entre outras posturas.

Considerando que várias formas de manifestação desse *agir* judicial podem ser consideradas “ativistas”, o ativismo judicial parece desvelar, desde logo, como em geral ocorre com os fenômenos da sociedade contemporânea, uma notável

---

<sup>10</sup> No Brasil, recentemente, destaque-se, sobre essas transformações, a obra de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>11</sup> Conforme lições de DALMO DE ABREU DALLARI, *O poder dos juízes*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 9, 82-83. O jurista acrescenta que, na raiz da função jurisdicional, está também a “necessidade de esclarecer o direito e de garantir sua aplicação justa”. Mas está sempre presente uma dificuldade, “inerente à condição humana do juiz, pois ainda que procure ser justo ele será, em certa medida, influenciado pelas circunstâncias de sua vida”. Ele terá de “fazer escolhas, entre normas, argumentos, interpretações e até mesmo entre interesses, quando estes estiverem em conflito e parecer ao juiz que ambos são igualmente protegidos pelo direito. A solução dos conflitos pelo juiz será política nesse caso, mas também terá conotação política sua decisão de aplicar uma norma ou de lhe negar aplicação, pois em qualquer caso haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado”.

complexidade em sua substância. Assim, seu estudo não seria bem sucedido se pretendêssemos captar essas formas peculiares de *agir* judicial por intermédio de uma noção pretensamente unívoca e uniforme. Deixar de acentuar a diversidade de fenômenos associados à expressão “ativismo judicial” traria como consequência a falta de clareza que em geral se nota em seu uso<sup>12</sup>.

A compreensão pode ficar ainda mais difícil quando essa expressão é utilizada de forma estigmatizante, o que em geral ocorre, com grande carga de subjetivismo, para disfarçar um juízo de discordância ou de despreço por certa postura judicial pejorativamente havida por “ativista”.

Em muitos dos casos nos quais o sentido da expressão não é claramente explicitado, é comum a associação da postura judicial considerada “ativista” à violação da idéia de “separação de poderes”. Pondere-se, entretanto, que o uso meramente retórico dessa noção parece supor a existência de uma divisão estanque das funções estatais, com apriorismos que em geral desconsideram a maneira como funcionam as relações sociais e políticas na sociedade contemporânea<sup>13</sup>. Se certas posturas judiciais (ativistas ou não) devem ser condenadas, isso não significa que o discurso de quem as reprove conseguirá atenção se baseado apenas em uma discordância oca, sem aptidão de contribuir com o relevante debate. Do mesmo modo, se outras condutas judiciais puderem ser louvadas, não seria responsável fazê-lo apenas pela perspectiva da *ética da convicção*, em detrimento de uma *ética da responsabilidade*, para usar a terminologia weberiana<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Ilustrativamente, uma decisão que determinasse ao Estado o fornecimento de um medicamento ou de tratamento de saúde a um particular poderia ser considerada “ativista” pelos mais variados fundamentos. Alguns usariam a expressão para referir a falta de fundamentação adequada ou o desapego a uma metodologia decisória consagrada. Outros, reconhecendo ou não a “justiça” da decisão, apontariam a irresponsabilidade de sua adoção em função dos efeitos sistêmicos que ela poderia provocar, inclusive a multiplicação de outras demandas e decisões similares; outros, ainda, indicariam o ativismo no uso de princípios em detrimento do direito legislado. Haveria ainda quem dissesse, em indistigável petição de princípio, que a decisão é “ativista” e por isso “errada” e “equivocada”.

<sup>13</sup> Alertando para essa falta de cuidado, VIRGILIO AFONSO DA SILVA, “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”, in: CLÁUDIO PÉREIRA DE SOUZA NETO, DANIEL SARMENTO. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 588-589.

<sup>14</sup> Como observa Raymond Aron, em qualquer *ação* (inclusive, acrescentamos, o *agir* que constitui o *ativismo judicial*), dividimo-nos entre duas atitudes ou entre o “desejo de duas atitudes”. De um lado, uma *atitude instrumental*, que procura “produzir resultados de acordo com os nossos objetivos e, por isso, obrigamos a olhar o mundo e a analisarmos as consequências prováveis do que dissermos ou fizermos.” De outro lado, uma *atitude moral*, que nos impele a falar e a agir sem termos em conta nem os outros, nem o determinismo dos acontecimentos. Estabelecer idealmente essas duas atitudes nos auxilia a entender o porquê de uma ação razoável ser inspirada em ambas. Ambas as éticas, a da responsabilidade e a da convicção, para Weber, não são contraditórias, mas completam-se uma à outra. RAYMOND ARON, *Etapas do pensamento sociológico*, 8ª ed. São Paulo: Dom Quixote, 2007, pp. 500-503.

Como se vê, o exame do *ativismo judicial* deve ser antecedido de reflexões aprofundadas, inclusive para reconhecer os limites da investigação.

A abordagem do tema poderia partir do exame de significantes, significados, denotações e conotações da designação “ativismo judicial”. Assim, de início, poder-se-ia destacar o nome “ativismo” de seu qualificador, “judicial”, para, enfim, após descoberto o sentido de cada vocábulo, reuni-los em uma noção que explicitasse uma ideia seminal do fenômeno. Recorreríamos então ao dicionário e descobriríamos que a origem do termo “ativismo” é francesa (*activisme*). Em seguida, constataríamos que, num sentido mais geral, essa palavra denota qualquer doutrina ou argumentação que, dada uma determinada orientação ideológica, privilegie a prática efetiva de transformação da realidade em detrimento da atividade exclusivamente especulativa, subordinando sua concepção de verdade e de valor ao sucesso ou pelo menos à possibilidade de êxito da ação<sup>15</sup>. Observaríamos, ademais, que, num outro sentido, o termo se refere a um gênero literário politicamente engajado, do qual seria exemplo o *Operário em Construção*, de Vinicius de Moraes, obra em que o poeta descreve a tomada de consciência de um trabalhador “alienado” que “tudo desconhecia de sua grande missão”; até que se fez forte e passou a dizer “não”, como “operário construído”, consciente daquilo “a que não dava atenção.” Se buscássemos conotações vinculadas à ação política, notaríamos que o termo “ativismo” pode se referir à militância a serviço de uma doutrina ideológica com as mais variadas motivações: partidária, sindical, ambiental, feminista, homoafetiva, racial, revolucionária e estudantil<sup>16</sup>. Poderíamos citar, assim, exemplos históricos, como o ativismo *antiapartheid* ao longo das décadas em que o regime vigorou na África do Sul; e o ativismo do *civil rights movement*, nos Estados Unidos da América (EUA).

Contudo, ao examinarmos o termo “ativismo” em conjunto com seu primeiro qualificador, “judicial” (concernente a órgãos judiciais e às instituições de justiça), perceberíamos, de forma mais próxima da problemática desta tese, que a consulta aos dicionários está muito longe de esgotar o assunto.

---

<sup>15</sup> ANTÔNIO HOUAISS, MAURO DE SALLES VILLAR, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 335.

<sup>16</sup> ANTÔNIO HOUAISS, MAURO DE SALLES VILLAR, op.cit., p. 335. A respeito de ativismos revolucionários (como o marxista), instrumentais (como o descrito pelo funcionalista Parsons) e outros que constituem objetos de estudo da sociologia, v. ANTHONY GIDDENS, *Política, Sociologia e Teoria Social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*, São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, pp. 79, 134, 243, 274.



O uso frequente da expressão “ativismo judicial”, dessarte, pede uma investigação mais aprofundada com a qual, se não alcançarmos todas as respostas, pelo menos poderemos contribuir com o debate para reformular ou reorientar algumas perguntas.

Feitos esses esclarecimentos preliminares a título de pré-compreensão<sup>17</sup>, esta tese, dedicada ao estudo do *ativismo judicial na Justiça do Trabalho*, precisará problematizar o fenômeno, que transcende as instituições judiciais trabalhistas e a experiência jurídica brasileira. Em outras palavras, é preciso situar num panorama geral o fenômeno institucional trabalhista a ser examinado em particular.

## 1.2 Delimitação, metodologia e desenvolvimento do trabalho

Nesta tese, o *ativismo judicial* será examinado pelo prisma metodológico da sociologia jurídica. Nessa linha (como bem destaca RAMOS, ao apresentar as diferentes perspectivas pelas quais o cientista do Direito pode enfocar o tema), concebe-se o ativismo judicial como um “fenômeno social, o qual, portanto, existe no plano fático, independentemente do juízo de valor que se possa fazer a seu respeito”<sup>18</sup>.

Para KELSEN, a tentativa mais bem-sucedida de definir o objeto de uma sociologia do Direito foi feita por Max Weber, que recomendava o respeito à distinção entre os pontos de vista jurídico-dogmático e sociológico-jurídico. Destarte, se pela perspectiva jurídico-dogmática as normas são consideradas válidas para permitir elucubrações a respeito de seu significado, pelo prisma sociológico-jurídico é possível investigar “o que efetivamente está acontecendo na sociedade” em razão de seus membros acreditarem na validade de uma ordem jurídica e por ela orientarem suas condutas. Desse modo, o objeto da sociologia do Direito é a ação, a conduta humana orientada de acordo com uma ordem que os atores sociais (inclusive os julgadores) consideram válida. Isso significa que, na ação que constitui o objeto da sociologia do Direito (no caso desta tese, o

---

<sup>17</sup> Fala-se em pré-compreensão como um entendimento provisório das coisas, propiciando orientação inicial que põe em marcha o processo do compreender – o qual tende a continuar, então, a ser impulsionado pela pesquisa. KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 293.

<sup>18</sup> O jurista esclarece que esta seria uma das formas pelas quais o cientista do Direito poderia abordar o fenômeno do *ativismo judicial*. Essa perspectiva não permite, todavia, o enquadramento do tema “em face das prescrições de um determinado ordenamento jurídico constitucional”, objetivo central de sua tese. ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional*, São Paulo: Faculdade de Direito da USP (Tese de Titoralidade), 2009, p. 9.

*ativismo judicial*), o indivíduo *agente* considera a ordem jurídica da mesma maneira que a dogmática considera o Direito. Para ser o objeto de uma sociologia do Direito, a ação humana deve ser determinada pela ideia de uma ordem válida<sup>19</sup>.

No presente trabalho, essa idéia, sem dúvida, também inclui o sentimento da própria sociedade, imanente às democracias, de que os juízes devem ser obedecidos mesmo quando suas decisões desagradem ou pareçam “injustas”. Afinal, é de assunção geral o fato de o Judiciário possuir o poder da *última palavra* sobre o significado das normas<sup>20</sup>.

Como se trata de tema com reflexos multidisciplinares, incursões em outros campos do conhecimento serão necessárias. É que algumas questões examinadas neste trabalho têm sido debatidas não apenas por juristas (com conotação ora sociológica, ora dogmática), mas também por cientistas políticos. Seguramente, essa interação (respeitada, entretanto, a linha metodológica nuclear ora definida) pode trazer contribuição significativa para a compreensão das funções contemporâneas das instituições judiciais, em especial o judiciário trabalhista.

### **1.2.1 Juridificação, potencial protagonismo judicial e tipos de ativismo judicial**

Em noção preliminar, assume-se que o *ativismo judicial*, inclusive o identificável na Justiça do Trabalho, é constituído pela conversão de um *potencial protagonismo judicial* em ação. Considerados os fatores que tornem essa ação viável, fala-se, assim, na possibilidade de o órgão judicial agir num determinado sentido, o que, obviamente, pode não ocorrer.

A ideia de *potência que antecede um ato* não é nova no pensamento humano. Em sua “*Ética a Nicômaco*”, Aristóteles observava que “de todas as coisas que nos vêm por natureza, primeiro adquirimos a potência e mais tarde exteriorizamos os atos”<sup>21</sup>. Essa potência, no campo ético, contempla possíveis ações que são, acima de tudo,

---

<sup>19</sup> HANS KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. Luis Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 253-254.

<sup>20</sup> Há muito tempo povoa o imaginário da doutrina a ideia de que “o intérprete oficial, definitivo, é o magistrado, sendo provisória a interpretação primeira do advogado, do professor”. AMAURI MASCARO NASCIMENTO, “Organização da Justiça do Trabalho”, in: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (org.), *A Constituição Brasileira de 1988: Interpretações*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 248.

<sup>21</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril, 1984, p. 67.

livres e contingentes. Essa perspectiva que separa a *potência de agir* (*potencial protagonismo judicial*) da *ação* parece permitir a problematização adequada do *ativismo judicial*, em especial porque a *liberdade de decidir* (a independência do Judiciário) e a contingência do conteúdo da decisão são atributos fortíssimos da função judicial contemporânea.

É verdade que, em certo sentido, examinar o *potencial protagonismo judicial* parece implicar a consideração da totalidade do poder judicial. Todavia, falar apenas no poder judicial ou em sua expansão (paralelamente à existência e à expansão dos poderes Legislativo e Executivo) não permitiria dar ênfase às formas emergentes pelas quais os órgãos judiciais atuam de maneira desvinculada do papel de meros aplicadores de regras estruturadas pela perspectiva de um modelo lógico-dedutivo. É que a atuação judicial se expandiu para contemplar formas paradigmaticamente distintas de uma atividade meramente silogística que rendeu à figura do magistrado a alcunha de “ser inanimado”, como uma simples “boca” que serviria para pronunciar as palavras da lei, como dizia Montesquieu. Como veremos, todas as formas de *ativismo judicial* havidas por *atualizações* (na acepção de *tornar-se presente, de transformar-se em ato efetivo*) do *potencial protagonismo judicial* escapam desse modelo eminentemente subsuntivo e no qual havia muito pouca liberdade para decidir. Hoje, pode-se afirmar que a expansão dessa liberdade faz do juiz um protagonista, metaforicamente comparável aos personagens em torno dos quais (desde o teatro grego clássico) constrói-se toda a trama, à vista de seu papel de destaque na sucessão dos acontecimentos.

A delimitação dessas manifestações concretas de um *potencial protagonismo judicial* que possuem especificidades em relação às formas tradicionais de atuação judicial parece afastar, desse modo, eventual afirmação, baseada na ideia de proibição do *non liquet*, de que todo *agir* judicial seria um tipo de ativismo, dada a inevitabilidade da decisão. Em outros termos, uma decisão judicial, posto *que agir judicial inevitável*, pode ocorrer em vários sentidos (ilustrativamente, diferentes julgadores, diante de um mesmo caso concreto, poderiam julgá-lo diferentemente<sup>22</sup>), mas apenas alguns

---

<sup>22</sup> Como observa Lopes, se assim não fosse, “(...) não haveria necessidade de recursos, de tribunais compostos por vários juízes, ou todos os outros mecanismos que tradicionalmente conhecemos para assegurar a diversidade de entendimentos e a possibilidade de mudanças de interpretação judicial. Outro aspecto importantíssimo a destacar: todos os argumentos técnico-jurídicos podem servir a duas decisões diversas, a de primeira instância num sentido, a de segundo grau noutra”. JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, “Em torno do direito alternativo”, in: *Revista de informação legislativa*, ano 31, n.º 121. Brasília: Senado Federal, 1994, p. 257.

desses sentidos, por suas especificidades reveladoras de diferentes formas de protagonismo (a serem examinadas ao longo deste trabalho), parecem desvelar tipos de *ativismo judicial*.

Isto não encerra todas as dificuldades do assunto, que poderiam ser levadas ao infinito se considerássemos que, independentemente de qual seja a decisão (ingressando ela no mérito da causa ou não, sendo ela de procedência ou de improcedência), a intenção última do magistrado pode ser vista como uma forma de ativismo, a depender da orientação da decisão em sua dimensão ético-política; *i.e.*, quais os caminhos buscados e quais o julgador não pretende seguir<sup>23</sup>.

Para tentar contornar o problema, optou-se por aferir os tipos de ativismo pela observação do referente imediato do *agir* (seu objeto, o *quid* ao qual esse *agir* transita), sem indagar sobre o que estaria “por detrás” da ação. Em outros termos, se o *ativismo judicial* não é um fenômeno intransitivo e se sua transitividade revela vários focos, a identificação do objeto ao qual ele transita pode contribuir para definir seu tipo.

O crescimento desse *potencial protagonismo judicial*, que na linguagem comparatística tem sido descrito como um processo de *expansão global do poder judicial*<sup>24</sup> decorre, na perspectiva desta tese, do fenômeno abrangente da juridificação, consistente, como veremos, num processo de colonização do mundo da vida pelo Direito. O conceito de juridificação, dada a sua complexidade, abrangência e multiplicidade de aspectos<sup>25</sup>, permite que cada autor se aproprie da noção com ênfase nas questões que entenda mais pertinentes, conforme o tema que pretenda focar<sup>26</sup>.

Neste trabalho, serão destacados os seguintes aspectos e desdobramentos do processo de juridificação em sua relação com a ampliação do *potencial protagonismo*

---

<sup>23</sup> Na linha do que, em diálogo com Tate, observa Liberati, note-se que *optar por não optar* (decidir num sentido, e não no outro) é também *fazer uma escolha*. Em outras palavras, ao optar por *não agir em determinado sentido*, um juiz não faz nada além de reforçar a política existente, e isso, indiretamente, pode ser visto como uma forma de ativismo. EDMONDO BRUTI LIBERATI, "Potere e giustizia", in: EDMONDO BRUTI LIBERATI, ADOLFO CERETTI, ALBERTO GIASANTI (org.), *Governo dei Giudici: la magistratura tra diritto e politica*, Milano: Feltrinelli, 1996, p. 191.

<sup>24</sup> NEAL TATE, TORBJORN VALLINDER (org.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press, 1995. O livro contém vários estudos realizados no âmbito da *International Political Science Association*, entidade que, por meio de seu *Research Committee on Comparative Judicial Studies*, organizou um encontro em Bolonha, Itália, no ano de 1992. As discussões enfocaram a expansão global do poder dos juizes por diferentes perspectivas, como a da judicialização da política, a do processo decisório democrático e a da *accountability* dos magistrados. Os *papers* apresentados à época foram organizados sob a forma de livro. A obra é de grande relevância, dada a amplitude dos estudos, que contemplam tanto a tradição da *common law* quanto países do sistema romano-germânico.

<sup>25</sup> Sobre a vasta problemática da juridificação, LARS Blichner, ANDERS Molander, "Mapping Juridification", in: *European Law Journal*, vol. 14. jan. 2008, pp. 36-54.

<sup>26</sup> Utilizando-se desse conceito, ANTÔNIO RODRIGUES DE FREITAS JUNIOR, *Os direitos sociais e a constituição de 1988: crise econômica e políticas de bem-estar*, Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 45-46.

*judicial: expansão dos padrões regulatórios (qualitativa, quantitativa e temática); o problema da indeterminação do direito contemporâneo; a materialização do direito formal; a crise da divisão funcional dos poderes; o afastamento do modelo subsuntivo, com o conseqüente fortalecimento da função pragmática da hermenêutica jurídica; a expropriação de conflitos; a ampliação do controle judicial contramajoritário e da independência política do Poder Judiciário; a convergência normativa e institucional das experiências jurídicas democráticas; a universalização do ideário do juiz ativo nos modelos processuais ocidentais, bem como sua expansão mais recente em decorrência da pretensão estatal de dar tratamento a conflitos de massa e de fomentar judicialmente soluções não adjudicatórias; a expansão da litigância de interesse público e de estruturas de suporte à mobilização jurídica; e, ainda, as mudanças na relação entre o Poder Judiciário e os meios de comunicação de massa.*

A investigação sobre esses fenômenos, a ser realizada no Capítulo 2, demonstrará que o *potencial protagonismo judicial* se expandiu à medida que avançou o processo de colonização do mundo da vida pelo Direito, em especial ao longo do século XX, em que se edificou o modelo de Estado Social.

Independentemente das inegáveis diferenças nas experiências de *Welfare State* que emergiram nesse processo juridificante, o foco a ser dado neste trabalho se dirige a um legado que é mais ou menos comum: a emergência de um *potencial protagonismo judicial* e a conseqüente ampliação das formas de *agir* (os tipos de *ativismo judicial*) nas quais ele se atualiza.

Não serão problematizadas as iniciativas de desconstrução do Estado Social. Com efeito, a amparar a perspectiva adotada, HABERMAS destaca que a leitura da chamada “crise” desse modelo teria dificuldades de se sustentar se defendesse que a construção operada pela juridificação poderia ser “rebobinada” novamente para um formato puramente liberal<sup>27</sup>. Também nessa linha, é lúcida a afirmação de FARIA, de que a mobilização em prol da *desregulação*, ao menos até hoje, não foi significativamente forte para desconstruir as heranças dessa tendência colonizadora do Direito<sup>28</sup>. Acrescente-se,

---

<sup>27</sup> JÜRGEN HABERMAS, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, vol. 2, pp. 178, 207-208.

<sup>28</sup> Grimm também destaca, comparativamente, o movimento contemporâneo pela desregulação, de um lado, e as heranças desse vasto processo de regulação, de outro lado. DIETER GRIMM, “L’activisme judiciaire”, in: ROBERT BADINTER, SEPHEN BREYER, *Les Entretiens de Provence: Le juge dans société contemporaine*, Paris: Fayard, 2003, p. 24 (A obra registra debates entre juristas europeus e americanos, que contrapuseram suas experiências jurídicas tendo em mente as distinções originárias (bem como as contemporâneas tendências de aproximação recíproca) entre as famílias da *Civil Law* e da *Common Law*). A

ademais, que não é intenção desta tese fazer prognósticos para o futuro, mesmo porque, em relação a isso, há muitas dúvidas e poucas certezas, se é que certezas há. Também não nos parece possível, sem grande dose de ingenuidade e reducionismo, delinear todos os aspectos da crise do “Estado Social”, dos destinos do neoliberalismo ou de movimentos em prol da desregulação ou da desconstitucionalização<sup>29</sup>.

### 1.2.2 Relevância da abordagem comparatística

Os estudos de direito comparado e a observação da experiência jurídica e política de outros países têm grande relevância no desenvolvimento desta tese, seja para esclarecer a maneira como a *juridificação* se difundiu largamente pelas democracias ocidentais, seja para demonstrar que, em decorrência dela, emergiu gradativamente um *potencial protagonismo judicial* em todas essas experiências. Essa perspectiva permitirá, além disso, perceber que, no Brasil, o *ativismo judicial* é fenômeno de discussão recente, diferentemente do que ocorreu em outros países, notadamente nos EUA. Mas isso não impedirá a identificação, entre nós, de seus importantes antecedentes, sobretudo na Justiça do Trabalho. Além disso, o exame de debates sobre o tema já travados alhures pode ser útil à compreensão das peculiaridades da experiência brasileira.

O enfoque do *ativismo judicial* nos EUA terá certa profundidade, não só pelo pioneirismo norte-americano em relação a um *potencial protagonismo judicial* (como já sugeriam as lições de TOCQUEVILLE, em 1835)<sup>30</sup>; mas também pelo fato de os debates sobre o assunto haverem surgido naquele país<sup>31</sup>, com um notável aprofundamento

---

apontar essas “pressões” pela desregulação de alguns setores, JOSÉ EDUARDO FARIA, *Sociologia Jurídica – Direito e Conjuntura*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 53-112 (em especial). O autor observa que, atualmente, o cenário é de “sobrejuridificação”.

<sup>29</sup> Apresenta essas ponderações JOSÉ EDUARDO FARIA, “Poucas certezas e muitas dúvidas”, Texto de seminário no *International Institute for Sociology of Law*, Onnati, jul. 2009.

<sup>30</sup> ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, New York: New American Library, 1956. Na obra, o pensador sugere esse potencial ao examinar, com grande destaque, o pioneiro *judicial review* norte-americano. Posteriormente, como veremos, esse potencial se expandiu para outras experiências democráticas ocidentais. Maria Tereza Sadek, baseando-se nessas lições, trata como *potencialidade*, do ponto de vista da Ciência Política, a possibilidade de o Judiciário exercer “o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos”. E acrescenta que tal potencial de participação de juízes na arena pública tem crescido e cada vez mais se convertido em fenômeno real. MARIA TEREZA SADEK, “Poder Judiciário: uma nova instituição”, in: HUMBERTO DANTAS *et. al.*, *Reforma do Estado Brasileiro: perspectivas e desafios*, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2010, pp. 28-29.

<sup>31</sup> Luis Roberto Barroso reconhece que as origens do debate remontam aos primórdios do constitucionalismo nos Estados Unidos, tornando-se universal ao passar a gravitar “em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia”. LUIS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 286.

desde então<sup>32</sup>. Esse exame aprofundado da experiência ianque também se impõe uma vez que culturas jurídicas estruturadas pelo sistema da *civil law*, por força da tendencial convergência normativa e institucional das experiências democráticas, têm cada vez mais adotado soluções típicas de *common law* (e vice versa), como apontam os estudos de direito comparado já há algum tempo e de forma praticamente uníssona. Assim, não obstante a expressão “*ativismo judicial*” possa evocar, conforme o momento e o sistema jurídico, um repertório de debates variável, a percepção da referida convergência permite afirmar que os fenômenos que decorrem da atuação concreta de um *potencial protagonismo judicial* tendem, cada vez mais, a se assemelhar em diferentes países, inclusive de tradições jurídicas distintas.

Apesar de alguns desses fenômenos serem mais recentes (como o *agir judicial* em face de megaconflitos, em decorrência dos litígios de interesse público), outros são bem antigos. Nos EUA, a força e o papel político do Poder Judiciário já eram debatidos desde o início do século XIX, dado o potencial de exercício do *judicial review*. Em seguida, antes de ser cunhada a expressão “judicial activism” no final da década de 1940, já se debatia a prática da “legislação judicial” (*judicial legislation*). Ademais, mesmo que não se pudesse identificar, na Europa, um *potencial protagonismo judicial* similar ao norte-americano, também ali já se falava, na mesma época, de uma “revolta de juízes” contra a lei. Posteriormente, defendeu-se a ideia de “direito livre”, por obra de autores alemães e franceses que levaram até as últimas consequências certos pontos de vista de Ehrlich<sup>33</sup> e de Gény, segundo a linha do opúsculo *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, publicado em 1906 por Kantorowicz<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Apenas na base de dados *Heinonline*, foram encontrados mais de 15 mil estudos a respeito.

<sup>33</sup> Observe-se que, em diálogo com Ehrlich, a problemática da juridificação poderia ser confrontada com a perspectiva do pluralismo jurídico, *i.e.*, a ideia de desenvolvimento de mecanismos regulatórios não estatais. Todavia, para os fins desta tese, partimos da premissa de que, à medida que essa regulação não oficial se desenvolve, eventuais interesses que dela brotem só se tornam passíveis de judicialização se as relações por eles motivadas são, em alguma medida, reconhecidas ou reguladas também pelo direito estatal, o que, no estágio atual da sobrejuridificação, tende a ocorrer. Sobre o tema, v. DAVID NELKEN. “Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities”, in: *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9, n.º 2, 2008, p. 467. Santos destaca a grande contribuição de Ehrlich para a sociologia jurídica. BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2008, p. 73.

<sup>34</sup> Além de destacar esses fatos, Miguel Reale observa: “Um dos momentos mais interessantes da Jurisprudência, nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do nosso, foi a busca de métodos mais concretos, e também mais humanos, de interpretação do Direito, partindo do pressuposto de que o fato é elemento predominante e essencial e que nele já está inerente a regra suscetível de revelação ou explicitação graças a processos de pesquisa de caráter científico: em lugar de se tornar explícita a lei, pregava-se a explicitação do fato, no qual já estariam implícitas as normas suscetíveis de serem cientificamente reveladas, dispensado progressivamente o arbítrio do legislador. Daí a conclusão extremada de que o juiz deve ser

Conquanto se possa associar o *ativismo judicial* à chamada *judicialização da política*, num contexto de expansão global do poder judicial, evitaremos reduzir uma figura à outra. Isso porque a perspectiva da juridificação permite ir além, para situar o *potencial protagonismo judicial* e, conseqüentemente, o *ativismo judicial*, no âmbito não apenas da judicialização da política, mas da judicialização de todas as relações sociais<sup>35</sup>.

Dessarte, com base nesse fio condutor da *juridificação*, observado em alguns de seus aspectos e desdobramentos mais importantes, poderão ser vislumbrados com mais clareza os elementos constitutivos desse *potencial protagonismo judicial* que pode se converter nas mais variadas formas de *ativismo judicial*.

### 1.2.3 Tipos ideais de ativismo judicial e a Justiça do Trabalho

Ao longo da tese, serão examinados não só os ingredientes que contribuíram para o referido cenário de *potencial protagonismo judicial*; mas também as noções de *ativismo judicial* utilizadas para descrever as principais formas de manifestação daquele potencial. Esse conjunto de noções e fenômenos observáveis, por sua substância eminentemente empírica, fornecerá ingredientes importantes para, com base em metodologia weberiana, construirmos *tipos ideais* de *ativismo judicial* a serem utilizados no estudo específico da incidência do fenômeno na Justiça do Trabalho.

A importância da obra de Max Weber para as pesquisas contemporâneas nas ciências jurídicas é bem explanada por TRUBEK, para quem o “método tipológico ainda tem muito valor, embora o desenvolvimento de novas tipologias ainda se faça necessário”. Acrescenta o jurista que a contribuição ímpar de Weber, com inegável alcance

---

sempre o criador da norma jurídica, tendo em vista o fato que lhe cumpre examinar, desde que senhor das verdades e da técnica proporcionadas pelo estudo das ciências sociais: o jurista deveria, assim, ser aplicador de conhecimentos sociológicos, servindo-se das leis positivas como de simples padrões de referências. Hoje, depois da crítica serena de tais argumentos, já voltamos a atingir uma posição de maior equilíbrio; se não subordinamos rigidamente o juiz aos textos lógico-formais, é porque não o compreendemos mais alheio ao mundo das realidades humanas, aplicando, como simples autômato, imperativos de leis resultantes tão só de diretivas abstratas, ou agindo perigosamente à margem da lei positiva, que lhe cabe aplicar com o sentido integral do Direito; mas também não o colocamos acima da lei e das necessidades sociais de sua interpretação.” MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 437-438.

<sup>35</sup> Citando o entendimento de Helmut Schultze-Fielitz nesse sentido (em seus comentários à Constituição Alemã), v. RUSSELL MILLER. “Lords of Democracy: The Judicialization of ‘Pure Politics’ in the United States and Germany”, in: *Wash & Lee Law Review*, 61, 2004, p. 593, nota 31. Destaque-se o excerto citado, por oportuno, aqui traduzido livremente: “Der ubiquitäre Prozeß der Verrechtlichung (...) hat gleichzeitig zu einer Justizialisierung nicht nur des staatlichen Handelns, sondern aller gesellschaftlichen Beziehungen geführt”. Em tradução livre: “o processo ubíquo da juridificação levou (...) à judicialização não apenas de questões estatais, mas de todas as relações sociais”.



contemporâneo, foi a de analisar o direito de uma perspectiva holística e social. Nela, fenômenos jurídicos não são “nem totalmente independentes, nem totalmente dependentes dos outros aspectos da vida social”. Assim, esse método que “simultaneamente respeita a autonomia e a dependência da experiência jurídica na sociedade” seria a “contribuição mais duradoura de Weber para a sociologia do direito”<sup>36</sup>.

Comentando a obra de Weber, GIDDENS ensina que um *tipo ideal* é construído pela abstração e pela combinação de um indefinido número de elementos que, embora encontrados na realidade, são raramente descobertos nesta forma pura. Um *tipo ideal* não é, assim, nem uma *descrição* de um aspecto definido da realidade, nem uma *hipótese*; mas pode ajudar tanto na descrição quanto na explicação. Além disso, um *tipo ideal* também não é ideal em sentido normativo, isto é, ele não almeja a conotação de que sua realização seja desejável. Ele é um tipo “puro” no sentido lógico, não no sentido exemplar. Sua criação, não sendo um fim em si mesmo, tem o único propósito de facilitar a análise de questões empíricas. Para isso, acentua-se unilateralmente um ou vários pontos de vista, de modo que, mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados, difusos e discretos (que podem ocorrer em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo os pontos de vista unilateralmente acentuados), busca-se formar um quadro homogêneo de pensamento. Ademais, a intenção desses *tipos ideais* não é a de encontrar empiricamente esse quadro em sua pureza conceitual, mas a de determinar, em cada caso particular, a proximidade ou o afastamento entre a realidade e o quadro ideal. *Tipos ideais*, como ênfases unilaterais de um ou mais pontos de vista, são distintos (seja pelo âmbito, seja pela aplicação) dos conceitos descritivos, que operam como reuniões de atributos comuns de agrupamentos de fenômenos empíricos (*i.e.*, como sínteses abstratas de elementos comuns a vários fenômenos concretos). Apesar disso, nada impede que conceitos descritivos sejam convertidos em *tipos ideais*, a depender dos objetivos da investigação<sup>37</sup>.

Em Weber, a construção de *tipos ideais* ou *puros* é uma expressão do esforço científico para tornar inteligível determinado tema, identificando sua racionalidade interna e eventualmente construindo essa racionalidade a partir de uma matéria semi-

---

<sup>36</sup> DAVID M. TRUBEK. “Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo”, trad. José Rafael Zullo, in: *Revista Direito GV*, vol. 3, n.º 1, jan./jul. 2007, pp. 151-186. Referindo obras de Guarnieri, Wróblewski, Ost e Bell, que discutem e refinam modelos ideais-típicos de juiz, v. CELSO FERNANDES CAMPILONGO, *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 46.

<sup>37</sup> ANTHONY GIDDENS. *Capitalism & Modern Social Theory – An Analysis of the Writings of Marx, Durkheim and Max Weber*, Cambridge: Cambridge University Press, 1971, pp. 141-145.

informe. Mesmo que, na aparência, tenha a pretensão de totalidade, um *tipo ideal* consubstancia uma *apreensão parcial de fenômenos*, e neste atributo reside o reconhecimento de algumas de suas limitações iminentes<sup>38</sup>.

Para evitar a confusão decorrente do uso do conceito de *tipo ideal* ao mesmo tempo para “designar todos os conceitos das ciências da cultura e para precisar certas e determinadas espécies de conceito”, ARON propõe uma distinção que estaria implícita em Weber<sup>39</sup>. De um lado, ele identifica a “tendência ideal-típica de todos os conceitos das ciências da cultura”; e, de outro, as “espécies definidas de tipos ideais”. Neste último caso, um conceito não retém os caracteres apresentados por todos os fenômenos incluídos em sua extensão, e menos ainda os caracteres médios dos fenômenos considerados. Quando se afirma que o Brasil seria o “país do futebol”, não se quer dizer que todos joguem e gostem do esporte, mas que de certa forma são visualizadas determinadas características que compõem traços de originalidade e de identidade do povo. Desse modo, o conceito não será definido nem pelos caracteres comuns a todos os indivíduos nem pelos caracteres médios; será reconstrução estilizada, com o isolamento dos traços típicos. O *tipo ideal* se concentra, dessarte, na observação do “típico”, do “essencial”. Nessa linha, Weber trata dos tipos como diferentes espécies de conceitos.

Uma *primeira espécie conceitual* seria a dos *tipos ideais referentes a indivíduos ou fenômenos históricos*. Trata-se de reconstrução inteligível de uma realidade histórica *global* (o conjunto é designado por um termo, v.g., o “capitalismo”) e *singular* (por se realizar em determinadas experiências, o que no caso do “capitalismo” se percebe por sua ocorrência clara apenas nas “modernas sociedades ocidentais”). Nessa primeira espécie, a reconstrução é apenas uma das possíveis, já que formada pela seleção de alguns traços que tornem um “todo” inteligível.

A *segunda espécie* de conceito referida na obra weberiana é a dos *tipos ideais como reconstruções racionalizantes de comportamentos com um caráter particular*. O conjunto das proposições da teoria econômica, segundo Weber, “não é mais do que a reconstrução ideal-típica da maneira como os sujeitos se comportariam se fossem sujeitos econômicos puros”, *i.e.*, a teoria econômica pensa rigorosamente o comportamento econômico de acordo com a sua essência e definição precisa<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> MAX WEBER, *Textos selecionados*, São Paulo: Nova Cultural, 1997. Relevante, outrossim, é a apresentação da obra, por Maurício Tragtenberg.

<sup>39</sup> RAYMOND ARON, *op.cit.*, pp. 495-497.

<sup>40</sup> RAYMOND ARON, *op.cit.*, pp. 497-498.

Uma *terceira espécie* de conceitos envolve *tipos ideais* que designam *elementos abstratos da realidade encontrados em grande número de circunstâncias*. Quando combinados, tais conceitos permitem caracterizar e compreender conjuntos reais. Nessa terceira espécie, são variáveis os níveis de abstração. Em *nível inferior de abstração* teríamos, ilustrativamente, a ideia de “burocracia”. Em *grau de abstração elevado*, podem ser lembrados os três *tipos ideais* de dominação (racional-legal, tradicional e carismática), definidos pela motivação da obediência ou pela natureza da legitimidade reclamada pelo chefe. A *racional* se justifica pelas leis e regulamentos; a *tradicional*, pela referência ao passado e aos costumes; a *carismática*, pela virtude excepcional, quase mágica, que o chefe possui e que lhe é atribuída pelos que o seguem e a ele se dedicam. Num último nível de abstração, encontramos os quatro tipos de ação: *racional em relação aos fins*, *racional em relação aos valores*, *tradicional* e *afetiva*.

É interessante notar, com BENDIX, que a construção weberiana, ao referir “tipos puros” de dominação (*carismática, tradicional, legal*), supõe que, no mundo dos fatos e da história, elas sejam *combinações, misturas, adaptações ou modificações* do *tipo ideal*. Em cada caso, a análise de Weber começa pelos tipos “puros”, ideais, mas cada situação concreta pode revelar vários traços de um e de outro ao mesmo tempo<sup>41</sup>. Segundo ARON, os *tipos ideais* de dominação seriam conceitos “atômicos” pelos quais reconstruímos e compreendemos regimes políticos concretos em que se combinam elementos dos três tipos, cada qual construído também pela observação de elementos concretos. *A proposta é a de abordagem de uma realidade confusa com ideias claras*. No real, os tipos se misturam, de modo que, para identificá-los, devemos definir cada um deles.

Como se vê, a construção dos *tipos ideais* não é o fim da investigação científica, mas seu meio. É pela utilização de conceitos definidos que medimos a distância entre eles e a realidade; é pela combinação de conceitos múltiplos que apreendemos uma realidade complexa<sup>42</sup>. Desse modo, a construção de *tipos ideais* como *elementos abstratos da realidade encontrados em grande número de circunstâncias* será particularmente útil à apreensão do fenômeno do *potencial protagonismo judicial* que se manifesta em diferentes formas de *ativismo judicial*. Destarte, para apreender essas formas, serão construídos *tipos ideais* que, em meio à complexidade substancial do fenômeno, poderão contribuir para a

---

<sup>41</sup> REINHARD BENDIX, *Max Weber: um perfil intelectual*, Brasília: UnB, 1986, p. 259.

<sup>42</sup> RAYMOND ARON, *op.cit.*, p. 497.

elucidação de situações concretas. Em outras palavras, pretende-se edificar um instrumental (os *tipos ideais* de *ativismo judicial*) que possa ser usado para trazer lume ao fenômeno do *ativismo judicial*, com destaque para o exame da atuação da Justiça do Trabalho em casos relacionados à tutela de direitos fundamentais sociais. Assim, não obstante sua abstração, os *tipos ideais* de *ativismo judicial* permitirão a identificação de elementos encontráveis em grande número de circunstâncias. Ademais, a combinação de diferentes tipos poderá auxiliar a reconstrução e a compreensão da realidade complexa de certas formas do *agir* judicial contemporâneo<sup>43</sup> concretizadoras do *potencial protagonismo judicial*, no processo ou fora dele.

Com base na ideia de que a construção dos *tipos ideais* não é o fim da investigação, mas seu meio, este trabalho, antes do exame do *ativismo judicial* na Justiça do Trabalho, construirá seus instrumentos investigatórios. Desse modo, suas proposições são oferecidas a estudos futuros que eventualmente possam considerar os tipos ora construídos. Apesar da aparente pretensão de totalidade, a construção de *tipos ideais* como apreensões parciais de fenômenos tem a vantagem de constituir criação que pode ser *modificada e aperfeiçoada* à medida que se realizem, por seu intermédio, exames de problemas concretos. Assim, a construção se mantém aberta a aportes futuros.

Pondere-se que o fato de não enunciarmos conceitos meramente descritivos não impedirá, que, na construção dos tipos ideais de *ativismo judicial*, sejam problematizadas várias noções daquela natureza<sup>44</sup>.

O exame de uma situação concreta pela perspectiva dos *tipos ideais* de *ativismo judicial* poderá revelar traços de vários desses tipos ao mesmo tempo. Além disso, o uso dos tipos, por também possibilitar estudos quantitativos, pode servir de contestação a

---

<sup>43</sup> Kelsen, ao tratar da “conduta humana orientada para a ordem jurídica”, invoca Weber para por em destaque a importância da compreensão da conduta na sociedade “por interpretação”. Com efeito, afirma o jurista que essa conduta “tem uma significação porque os indivíduos atuantes vinculam uma significação a ela, porque eles a interpretam”. Assim, interpretam-se “ações que já foram submetidas a uma interpretação por parte dos indivíduos atuantes”. Ilustrativamente, o fenômeno do Estado, no entender de Weber, como bem lembra Kelsen, surgiria como um “complexo de ações” em um “processo de conduta social efetiva”. Desse modo, “essas ações possuem determinada significação porque são interpretadas pelos indivíduos atuantes de acordo com um determinado esquema”. Em outras palavras, as ações são, na terminologia de Weber, “orientadas” para certa idéia, ou seja, adaptadas a certa ideia que, destaca Kelsen, encontra seus parâmetros na ordem normativa, na ordem jurídica. Destarte, a ordem jurídica fornece um esquema “de acordo com o qual os próprios indivíduos, atuando como sujeitos e órgãos do Estado, interpretam sua conduta”. Esse objeto não seria o Estado, que não é uma ação ou uma quantidade de ações, não mais do que é “um ser humano ou uma quantidade de seres humanos”. O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem “à qual se ajustam as ações humanas” e “à qual os indivíduos adaptam sua conduta”. HANS KELSEN. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, op.cit., pp. 271-272.

<sup>44</sup> Esse iter metodológico é bem descrito por Giddens. ANTHONY GIDDENS, *Política, Sociologia e Teoria Social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*, op.cit., p. 145.

diagnósticos precipitados que, com base em uma única ocorrência, afirmem que “o Judiciário é ativista” ou “a Justiça do Trabalho é ativista”. Nosso objetivo não é dizer se o Tribunal Superior do Trabalho (TST), a Justiça do Trabalho, o Juiz do Trabalho ou o Poder Judiciário como um todo são ou não ativistas. Uma afirmação tal pareceria ingênua diante da constatação de que grande parte das decisões judiciais, apesar de publicada, é desconhecida. Sabe-se que, não obstante isso, um órgão judicial ou um ramo do Judiciário geralmente é avaliado com base em poucos casos polêmicos<sup>45</sup>.

Como veremos, a maioria dos *tipos ideais* de *ativismo judicial* é jurisdicional, isto é, refere-se à postura de órgãos judiciais orientada diretamente às práticas jurisdicionais e processuais. Mas o *potencial protagonismo judicial* também pode se manifestar fora do contexto da jurisdição *stricto sensu*.

Com essas premissas, o capítulo 5 examinará a presença de traços de diferentes tipos de *ativismo judicial* em situações concretas. Dar-se-á ênfase ao exame da produção jurisprudencial da Justiça do Trabalho, sem desconsiderar os reflexos, sobre a jurisdição trabalhista, da atuação do STF em matéria constitucional.

Sabe-se que, no Brasil, não há tradição acadêmica sólida de utilização de decisões judiciais como material de trabalho. Como observa SILVA, entre nós há uma crença (baseada na antiga dicotomia que opõe as famílias da *common law* e da *civil law*) de que esse material jurisprudencial teria relevância apenas para a tradição anglo-saxônica, e não para a tradição romano-germânica. Em razão disso, a cultura jurídica brasileira seria fundada, sobretudo, na doutrina, o que pode ser percebido mesmo em decisões judiciais que, não raramente, “baseiam seus argumentos quase exclusivamente na doutrina, e não em seus próprios precedentes”<sup>46</sup>.

A problematização de um material propriamente jurisprudencial permitirá, a um só tempo, demonstrar a instrumentalidade dos *tipos ideais* construídos e chegar a conclusões relevantes sobre a incidência *potencial e concreta* do *ativismo judicial* em órgãos judiciais da Justiça do Trabalho.

Se o objetivo do trabalho é o de contribuir para a explicação de fenômenos reconhecidamente complexos, observados e observáveis; nele não existe

---

<sup>45</sup> Sobre a abordagem quantitativa, são relevantes as observações de SUJIT CHOUDHRY, CLAIRE E. HUNTER, “Measuring Judicial activism on the Supreme Court of Canada: a comment on Newfoundland (Treasury Board) v. Nape”, in: *McGill Law Journal*, vol. 48, 2003, p. 526.

<sup>46</sup> VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 32, 113. Note-se, ademais, ponto de vista de PETER SCHUCK. “Why don’t law professors do more empirical research?”, in: *Journal of Legal Education*, n.º 39, 1989, p. 323.

nenhuma intenção de construir um pensamento de Filosofia da Justiça ou um discurso ideológico (apologético ou condenatório, de justificação formal ou material) acerca do *ativismo judicial*. Todavia, serão apresentadas algumas reflexões acerca das dificuldades de qualificar o fenômeno como *bom* ou como *ruim* por critérios estritamente jurídicos.

No estudo do *ativismo judicial* na Justiça do Trabalho, examinar-se-á, com mais atenção, o caso Embraer. Isso se justifica pela suspeita de que a ênfase no exame empírico de determinados casos que resultaram em decisões judiciais de grande impacto pode revelar elementos mais importantes do que o seu objeto principal tende a sugerir.

#### 1.2.4 Esclarecimentos metodológicos complementares

Entendemos como sinônimas, para os fins desta tese, as expressões “ativismo judicial”, “ativismo judiciário” e “ativismo de órgãos judiciais”. Apesar de não se examinar, como objeto principal, o ativismo na propositura de demandas (com o patrocínio dos próprios demandantes ou de quem os represente), serão destacados aspectos relevantes dessa mobilização (notadamente no caso dos litígios de interesse público), que tende a fomentar a atuação concreta do *potencial protagonismo judicial*.

Na linha do que já se expôs no tópico 1.1, a ideia de “separação de poderes” não será utilizada de forma determinante para a construção dos tipos ou para supor que o *ativismo judicial* implicaria eventual “desrespeito” ao modelo preconizado pela teorização de Montesquieu. No Brasil, como em outros países da América Latina, aquela teoria costuma ser vista de forma “estanque e rígida”, consoante diagnostica SILVA. Isso pode resultar em uma visão enviesada das ideias do teórico iluminista, aplicadas a regimes presidencialistas de sociedades muito mais complexas e cujos atributos são substancialmente diferentes daqueles presentes no contexto social ao qual o citado pensador dirigia suas consagradas reflexões<sup>47</sup>. Destarte, qualquer argumento baseado nesse modelo ou que defenda a suposta “falta de legitimidade democrática”<sup>48</sup> do Poder Judiciário não será considerado como critério para a construção dos *tipos ideais*. Não parece razoável, ademais, excluir o Judiciário do debate público *aprioristicamente*, com base em ideias

---

<sup>47</sup> VIRGILIO AFONSO DA SILVA, “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”, *op.cit.*, pp. 588-589.

<sup>48</sup> Reflete sobre o tema, entre outros, RAN HIRSCHL, “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, in: *Fordham L. Rev.*, n.º 2, vol. 75, 2006, pp. 723-724.

relativamente anacrônicas, notadamente se usadas com tom maniqueísta<sup>49</sup>. Todavia, não podem ser totalmente desconsideradas algumas noções relevantes presentes naquela teorização, sobretudo a de *divisão das funções estatais* conforme atribuições executivas, legislativas e judiciais, o que será problematizado com o cuidado de tentar não incidir nas inconsistências referidas.

No que tange aos tipos de *ativismo judicial* vinculados à prática jurisdicional *stricto sensu*, a ênfase se dará no campo da jurisdição civil (a incluir a trabalhista), não penal. Contudo, não se exclui a possibilidade de alguns tipos de ativismo ora desenhados serem encontrados no exercício da jurisdição penal.

### 1.3 Contribuição da tese

Esta tese oferece contribuição original à ciência jurídica brasileira ao apresentar as conclusões de aprofundada pesquisa sobre o *ativismo judicial* com a preocupação de situar o Judiciário trabalhista num cenário mais abrangente de profundas transformações na função judicial, em especial pela emergência, como resultado do processo de juridificação das relações sociais, de um *potencial protagonismo judicial* crescente e que pode se manifestar de diferentes formas.

Com essas preocupações, a tese pretende subsidiar diagnósticos mais precisos sobre a atuação contemporânea da Justiça do Trabalho. Sem dúvida, esses diagnósticos devem ser considerados, de um lado, em estudos dedicados ao problema da *efetividade do Direito do Trabalho* (sobretudo se considerado o movimento em prol de sua desconstrução<sup>50</sup>), da *instrumentalidade do Direito Processual do Trabalho* e da *tutela*

---

<sup>49</sup> VIRGILIO AFONSO DA SILVA, *op.cit.*, pp. 588-589. Como observa o autor, não se pode esquecer que a chamada "teoria da separação de poderes", atribuída a Montesquieu, baseia-se sobretudo em um capítulo de seu 'Espírito das Leis', no qual Montesquieu 'descreve' o sistema político inglês por volta de meados do século XVIII, e que isso tem muito pouco em comum com as democracias presidencialistas contemporâneas".

<sup>50</sup> José Eduardo Faria diagnostica, paralelamente a um "refluxo do direito público", um "enfraquecimento firme e progressivo do Direito do Trabalho" como conjunto de princípios, normas e procedimentos que surgiram a partir de conquistas históricas na dinâmica de expansão do capitalismo industrial, com a finalidade de circunscrever, controlar e dirimir os conflitos laborais. E, examinando a "crescente automação e informatização dos sistemas de gestão e produção, o avanço da terceirização e da subcontratação e o advento de modos novos e bem mais seletivos de inserção na economia formal", ele acrescenta: "Foi graças a muito sangue e muita pancadaria, como é sabido, que a livre associação sindical e o recurso da greve como instrumento de pressão e barganha deixaram de ser tipificados como crimes previstos em leis penais para se converterem em direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, entre os séculos XIX e XX; foi a ferro e fogo que o emprego se tornou categoria jurídica no âmbito do Estado Providência e sua regulação se converteu numa das vias de acesso à cidadania; e que a generalização de padrões mínimos de trabalho, os assim chamados *labour standards*, abriu caminho para a adoção de diferentes medidas de discriminação

*judicial dos direitos sociais fundamentais do trabalhador* (sempre considerada a perspectiva mais ampla dos direitos humanos); e, de outro lado, do ponto de vista institucional, em reflexões que visem ao *fortalecimento do Judiciário Trabalhista* em contexto no qual, em meio às reformas do Judiciário brasileiro, renovam-se as propostas em prol da extinção daquele ramo especializado, não obstante sua relevante vocação para a tutela dos direitos sociais trabalhistas.

FARIA, ao analisar os ganhos políticos e institucionais da Justiça do Trabalho com as reformas do Judiciário, alerta para a necessidade de os magistrados trabalhistas tratarem essa vitória “com o mínimo de coerência e cuidado”, sobretudo pelo *papel pedagógico* que as decisões judiciais trabalhistas possuem, quando sinalizam para a economia a forma como a instituição tende a decidir. Nessa linha, observa o jurista que o tempo do Direito é completamente incompatível com o tempo da economia, das empresas e dos sindicatos; e que, para compreender todo esse cenário, exige-se uma *visão interdisciplinar econômica, política e sociológica*. O estudioso alerta, ainda, para as implicações da excessiva *juridificação das relações sociais* (fio condutor para o exame, nesta tese, do *potencial protagonismo judicial* que se situa na gênese do *ativismo judicial*), em razão da qual ganham vida nova os influxos interpretativos do Judiciário, em verdadeiras “cadeias produtivas” cujo processo de formação altera a “identidade do sistema jurídico brasileiro”<sup>51</sup>.

---

positiva destinadas a proteger as partes mais fracas nas relações laborais. Também foi graças a muito conflito político e muito confronto sindical que o encurtamento da jornada e o descanso semanal remunerado, a limitação do trabalho noturno, a fixação de salários básicos, a concessão de reajustes em níveis proporcionais aos ganhos de produtividade e/ou ao aumento do custo de vida, a garantia de condições salubres de trabalho, a normatização das formas de admissão e contratação, o estabelecimento de condições para demissões e sanções pecuniárias para as despedidas arbitrárias, o pagamento de pensões temporárias para os trabalhadores acidentados e a aposentadoria pública puderam transformar-se na espinha dorsal da rede jurídica de proteção constituída pelo direito do Trabalho, ao longo dos últimos 150 anos. No entanto, diante das transformações no padrão mundial de produção e concorrência ocorridas nas duas ou três últimas décadas, toda essa herança passou a ser contestada, em nome da força expansiva dos mercados e da adequação dos recursos humanos às oscilações econômicas, e a ser progressivamente desmontada, em face das pressões dos agentes econômicos para que os níveis salariais locais e o valor dos encargos trabalhistas se uniformizem por baixo, no plano internacional. Obrigado agora a lidar com as formas variáveis e cambiantes dos novos modos de organização da produção e a disciplinar situações inéditas, ainda não inteiramente estruturadas, cada vez mais funcionalmente diferenciadas e, portanto, dificilmente padronizáveis, o escopo, a estrutura, o alcance e a eficácia do Direito do Trabalho estão sendo profundamente afetados pela extrema volatilidade e mobilidade dos capitais, pelas mudanças ocupacionais e organizacionais subjacentes ao fenômeno da globalização econômica e pela subsequente explosão do trabalho urbano flexível, informal, descontínuo e altamente precarizado” (JOSÉ EDUARDO FARIA. *Sociologia jurídica – direito e conjuntura*, *op.cit.*, pp. 97-98).

<sup>51</sup> JOSÉ EDUARDO FARIA. “Reformas institucionais não têm receita ideal”, in: *Revista da Anamatra*, disponível em: [www.anamatra.org.br](http://www.anamatra.org.br), acesso em 01-10-10. O jurista também destaca a dificuldade de visualização, pelo Judiciário, da concorrência externa de países que, como a China e a Coreia, “não embutem no preço final de seus bens e serviços o preço da democracia, o que fazemos”. E acrescenta a preocupação com a irresponsabilidade de tentar “corrigir os direitos do dia pra noite sem avaliar as consequências das



A percepção dessas dificuldades enfrentadas pela Justiça do Trabalho tende a se acentuar se considerarmos, como observa MASCARO, que a ordem jurídica brasileira pode não estar devidamente preparada “para o enfrentamento de crises econômicas em qualquer de suas dimensões”, seja a “menor que é a crise que afeta uma empresa ou um dos seus estabelecimentos”, seja a “crise maior que é a globalizada”<sup>52</sup>.

Não se pode perder de vista, ademais, que as transformações estruturais sofridas pelo Direito na passagem do século XX para o século XXI alcançaram a redefinição das categorias de trabalho e de seu valor, a mudança das formas de organização e de gestão da produção, o aumento do nível de desemprego e a elevação do número de trabalhadores ocupados nos setores informais<sup>53</sup>.

Diante desse quadro, onde se situa e como se mostra a atuação dos órgãos judiciais trabalhistas?

Há mais de uma década, o citado professor FARIA comentava o comportamento das diferentes instâncias da Justiça do Trabalho e observava uma cisão doutrinária da magistratura trabalhista em face das citadas mudanças, que já vinham ocorrendo com grande intensidade. Essa cisão, segundo ele, decorreria dos diferentes graus de percepção que os magistrados trabalhistas teriam do impacto exercido por inovações e transformações sobre seu papel profissional. Seguramente, o cenário atual, além de agregar novos desafios que surgem a todo instante, é de continuidade das transformações então diagnosticadas e de confirmação dos problemas então vaticinados, razão pela qual não seria despropositado indagar, como fizera o mesmo autor à época: “como pode o juiz trabalhista articular, numa decisão, as questões sociais concretas a ele submetidas e os imperativos macroeconômicos?” O magistrado trabalhista seria “um simples decisor de soluções controvertidas do trabalho e do emprego ou, mais do que isso, um juiz de direitos fundamentais?”<sup>54</sup>

---

decisões”, sendo este “um calculo muito delicado da Justiça do Trabalho” e, ao mesmo tempo, “seu grande desafio”. Não se pode deixar de lado, nessas referências preliminares, o fato de que a PEC n.º 32/2010, recentemente aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, fortalece ainda mais a Justiça do Trabalho, ao propor seja o TST alçado, no esquema de atuação política do Judiciário brasileiro, a uma posição similar à que ocupa atualmente o STJ, dada a sua “similaridade” com este, como “uniformizador e último intérprete da legislação infraconstitucional”. Para isso seria instituída a competência do TST para, mediante reclamação, impor aos demais órgãos judiciário a ele subordinados a autoridade de suas decisões. Ademais, aprovada a PEC, seria exigido um requisito adicional à escolha de ministros, consistente na exigência de “notável saber jurídico e a reputação ilibada”.

<sup>52</sup> AMAURI MASCARO NASCIMENTO, “Crise Econômica, Despedimentos e Alternativas para a Manutenção dos Empregos”, *op.cit.*, p. 16.

<sup>53</sup> JOSÉ EDUARDO FARIA, *Sociologia jurídica – direito e conjuntura*, *op.cit.*, pp. XII-XIII (prefácio)

<sup>54</sup> JOSÉ EDUARDO FARIA, *Os novos desafios da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

De um modo geral, as estruturas normativas contemporâneas revelam grande contingência e crescente mutabilidade. Como corolário, percebe-se “uma ambiguidade enorme quanto aos fins da atuação jurisdicional”. E, nessa equação que combina “expansão dos usuários dos serviços jurídicos” (novos atores), “hipertrofia normativa” (com a multiplicação das fontes do direito) e incremento quantitativo e qualitativo das funções do Judiciário, é natural que os paradigmas mais convencionais de enquadramento teórico da atuação judicial estejam em crise<sup>55</sup>, afetando todos os ramos do Judiciário (inclusive o trabalhista), bem como a percepção de seus órgãos a respeito de sua própria função.

---

<sup>55</sup> CELSO FERNANDES CAMPILONGO, “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, in: JOSÉ EDUARDO FARIA. (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 30-31. Sobre o a ideia de paradigma, v. THOMAS KUHN, *A estrutura das revoluções científicas*, São Paulo: Perspectiva, 1982.

## CONCLUSÃO

A título de conclusão, não seria possível apresentar, resumida e superficialmente, todas as ideias defendidas ao longo deste trabalho. O intuito, neste âmbito, só poderia ser o de encerrar a argumentação apresentada.

Com efeito, adotado o conceito de juridificação das relações sociais como fio condutor das reflexões empreendidas, demonstrou-se que esse complexo processo de colonização do mundo da vida pelo Direito fez emergir, gradativamente, um *potencial protagonismo judicial* em grande parte das experiências democráticas ocidentais. Desse modo, ficou claro que a expansão do Poder Judiciário não ocorre, pura e simplesmente, por meio da prática do chamado *ativismo judicial*. Na verdade, este último, em suas várias formas, consiste na manifestação de um potencial que lhe antecede e que constitui condição de sua possibilidade.

Para auxiliar a identificação desse potencial, destacaram-se, entre os aspectos e desdobramentos mais importantes do referido processo de juridificação: a expansão dos padrões regulatórios; a “indeterminação” do direito contemporâneo; a materialização do direito formal; a crise da divisão funcional dos poderes; o enfraquecimento progressivo de um modelo decisório eminentemente subsuntivo; o fortalecimento da função pragmática da hermenêutica jurídica; a expropriação de conflitos; a ampliação do controle judicial contramajoritário; o aumento da independência política do Poder Judiciário; a convergência normativa e institucional das experiências jurídicas democráticas; a influência do ideário do juiz ativo, ampliado para contemplar o tratamento de conflitos de massa e a promoção judicial de soluções não adjudicatórias; a expansão da litigância de interesse público; e, ainda, as mudanças na relação entre os órgãos judiciais e os meios de comunicação de massa.

Por essa perspectiva abrangente, o exame da maneira pela qual o potencial protagonismo judicial emergiu em diferentes experiências jurídicas ao longo do processo de juridificação (sem olvidar as especificidades da experiência brasileira e as peculiaridades da Justiça do Trabalho, que foi situada num cenário mais amplo de transformações na função judicial) forneceu relevantes ingredientes comparatísticos para a problematização de diferentes noções de ativismo judicial. Notou-se que todas essas noções têm como preocupação axial a compreensão das formas pelas quais a função judicial atua para além das fronteiras da concepção tradicional de jurisdição.

Para captar essas diferentes formas de manifestação (que no Brasil se tornaram mais perceptíveis após a redemocratização propiciada pela Constituição de 1988) construíram-se, com base em metodologia weberiana, tipos ideais de ativismo judicial: *contramajoritário, jurisdicional, promocional, criativo, de padronização decisória, em face de precedentes, contra legem, processual e extraprocessual*. Com a construção desses tipos, que consubstanciam a síntese das reflexões conceituais empreendidas, pretendeu-se edificar um instrumental investigativo relevante para a compreensão da atuação contemporânea do Poder Judiciário.

No que tange à Justiça do Trabalho, a investigação desta tese, baseada nesse instrumental, realizou-se pela seleção de situações e fatos representativos da incidência de um ou mais tipos de ativismo judicial, com ênfase em casos relacionados à tutela de direitos sociais trabalhistas previstos na Constituição de 1988 (despedimentos em massa, controle judicial de políticas públicas, terceirização, dispensas discriminatórias de portadores do vírus HIV, proteção à maternidade, combate à exploração sexual de crianças e adolescentes para fins comerciais, entre outros). Considerando a riqueza de aspectos relevantes que apresenta e a grande repercussão que suscitou e ainda parece suscitar, o caso da atuação da Justiça do Trabalho em face das dispensas em massa da Embraer foi estudado com mais ênfase.

Não se deixou de lado, dada a centralidade do papel do STF na ordem jurídica brasileira, o exame de alguns dos reflexos do ativismo judicial praticado pelo Supremo sobre a atividade judicante da Justiça do Trabalho e sobre os direitos do Trabalho e Processual do Trabalho.

Com isso, demonstraram-se vários efeitos, sobre a jurisdição trabalhista, das transformações pelas quais a função judicial tem passado no mundo contemporâneo. Percebeu-se, ademais, que certos matizes do potencial protagonismo judicial já estavam presentes no nascedouro da Justiça do Trabalho.

A tese, desse modo, pretendeu fornecer contribuição relevante para a avaliação da atuação das instituições judiciais trabalhistas, considerado o papel da Justiça do Trabalho de promover a efetividade do Direito do Trabalho, a instrumentalidade do Direito Processual do Trabalho e a tutela dos direitos sociais fundamentais do trabalhador.

De um modo geral, examinar de perto a atuação dos órgãos judiciais nas democracias constitucionais contemporâneas se justifica por serem essas ordens jurídicas caudatárias do projeto humanístico iluminista de maximização da liberdade, da igualdade e da fraternidade de que se originaram os ideários dos direitos fundamentais e dos direitos

humanos. Esse projeto, justificado, à moda de Kant, por um dever moral que funda um dever jurídico, torna o respeito à dignidade da pessoa humana um vetor inexorável de todas as normas e de sua aplicação. Destarte, toda atuação estatal (e, como corolário, todo o *agir* judicial) deve partir da concepção de pessoa humana como *fim em si* (*Zweck an sich*), absoluto, incondicional, por contraposição aos fins relativos ou de intermediação. Em sua *Metafísica dos Costumes*, Kant define o *fim em si* (a pessoa humana) como objetivo e necessário, opondo-se aos fins subjetivos e contingentes. Se o ser humano se situa acima de qualquer preço, a pessoa não deve ser valorada como um meio para o fim de outros ou mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo. Essa consagrada perspectiva kantiana, como se vê, é indissociável do projeto de modernidade e de sua apropriação pelo Direito, com a enunciação e a ampliação, à medida que evoluiu a juridificação, dos direitos e garantias fundamentais, individuais e sociais.

Note-se que essa mesma reflexão kantiana revela um preocupante paradoxo com o qual a Justiça do Trabalho deve habilmente lidar no momento de definir o sentido em que se materializará seu potencial protagonismo judicial. É que a ordem jurídica trabalhista, ao pretender contribuir com a acessibilidade às pré-condições de exercício efetivo dos direitos e garantias fundamentais como um todo, busca, em última análise, mitigar os efeitos perversos da aparentemente incontornável instrumentalização da pessoa do trabalhador em relações de trabalho subordinado<sup>589</sup>.

Considerados, assim, os riscos que essa *razão instrumental* imane a tais relações traz à *razão objetiva da dignidade da pessoa humana*, a preocupação com o papel dos juízes se torna ainda mais relevante num cenário econômico, social e político de complexidade crescente e no qual tem ganhado força um discurso intransigente de defesa da autonomia da vontade em prejuízo de conquistas históricas tão caras à civilização ocidental, consubstanciadas não apenas nos direitos fundamentais individuais, mas também nos direitos fundamentais sociais, em especial os trabalhistas.

Essas considerações nos auxiliam a concluir uma ponderação de ordem metodológica apresentada na introdução deste trabalho. Com efeito, se não foi nossa intenção construir um pensamento de Filosofia da Justiça ou um discurso ideológico (apologético ou condenatório, de justificação formal ou material) acerca do ativismo judicial; isso não significa que aderimos a qualquer tipo de relativismo que implique a

---

<sup>589</sup> Evoque-se, para ilustrar essa instrumentalização, as sempre oportunas, atuais e sutilmente cruéis cenas iniciais do personagem de Chaplin em “Tempos Modernos”.

negação do valor da pessoa humana e dos fins estabelecidos pela ordem jurídica como corolário de um projeto humanístico no qual acreditamos fortemente e pelo qual toda e qualquer forma de agir judicial deve se orientar em primeiro lugar. Não se deixa de reconhecer, entretanto, a pluralidade de valores e interesses conflitantes emergentes na sociedade contemporânea, que engendram uma miríade de expectativas colidentes em torno de textos normativos, a tornar ainda mais desafiadora a atividade de julgar *com justiça, convicção e responsabilidade*.

Dessarte, as múltiplas possibilidades de concretização do *potencial protagonismo judicial* em diferentes tipos de *ativismo judicial* trazem grandes dilemas éticos para os órgãos judiciais trabalhistas, dos quais se espera, sempre, um compromisso imparcial e austero com a efetividade dos direitos fundamentais individuais e sociais no âmbito das relações de trabalho.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Renato Rua de. “Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?”, in: *Revista LTr*, vol. 73, n.º 4, abr. 2009.

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.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro*. 1ª ed., Livraria do Advogado, 1996.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril, 1984.

ARON, Raymond. *Etapas do pensamento sociológico*. 8ª ed. São Paulo: Dom Quixote, 2007.

ARRUDA JUNIOR. Edmundo Lima de (coord.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

ARRUDA, Kátia Magalhães; COSTA, Walmir Oliveira da (org.). *Direitos Coletivos do Trabalho na Visão do TST - Homenagem ao Ministro Rider Nogueira de Brito*. São Paulo: LTr, 2011.

AZEVEDO, André Gomma de; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho. "Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos", in: *Revista do advogado*, n.º 87, ano XXVI, set. 2006.

BADINER, Robert; BREYER, Stephen. *Les entretiens de Provence: Le juge dans la société contemporaine*. Paris: Arthème Fayard-Publications de la Sorbonne, 2003.

BARBOSA, Alexandre de Freitas. "O programa seguro-desemprego como parte das políticas de emprego no Brasil", in: *Cadernos de Pesquisa – CEBRAP*, n.º 7, mai. 1997.

- BARROSO, Luis Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, in: *RDE. Revista de Direito do Estado*, vol. 13, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BAUMAN, Zygmunt. *Consuming life*, Cambridge: Polity, 2007.
- BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. New York, Oxford University Press, 2004.
- BENDIX, Reinhard. *Max Weber: um perfil intelectual*. Brasília: UnB, 1986.
- BERGER, Raoul. “Government by judiciary: some counter criticism”, in: *Texas Law Review*, n.º 56, 1977-1978.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. New Haven: Yale University, 1986.
- BLICHNER, Lars; MOLANDER, Anders. “Mapping Juridification”, in: *European Law Journal*, vol. 14, jan. 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BROOKER, Penny. “The juridification of alternative dispute resolution”, in: *Anglo American Law Review*, vol. XX, 1999.
- CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Lawbook: Nova Jersey, 1999.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. “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, Max Limonad, 2002.
- CANIVET, Guy. “Activisme judiciaire: introduction générale”, in: *Archives de philosophie du droit*, n.º 50, 2007.



CAPELLETTI, Mauro. "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça", in: *Revista de Processo*, n.º 174.

\_\_\_\_\_. "Repudiating Montesquieu? The expansion and Legitimacy of Constitutional Justice", in: *Catholic University Law Review*, n.º 35, 1985.

\_\_\_\_\_. "Trends of 'Procedural Justice in Contemporary Europe'", in: KAUFMANN, Arthur (org.). *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift Für Werner Maihofer Zum 70 Geburtstag*. Frankfurt Am Main: Klosterman, 1988.

CAPELLETTI, Mauro. "Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: a Comparative Study", in: *Michigan Law Review*, n.º 793, 1975.

\_\_\_\_\_. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Alternativo. Teoria e Prática*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (org.). *Direito alternativo brasileiro e pensamento*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

CASSELS, Jamie. "Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?", in: *American Journal of Comparative Law*, vol. 37, 1989.

CASTRO, Marcus Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política", in: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n.º 34.

CHAYES, Abram. "The role of the judge in public law litigation", in: *Harvard Law Review*, vol. 89, n.º 7, mai. 1976.

CHEMERINSKY, Erwin. "The price of asking the wrong question: an essay on constitutional scholarship and judicial review", in: *Texas Law Review*, n.º 62, 1983-1984.

CHOUDHRY, Sujit (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CHOUDHRY, Sujit; HUNTER, Claire E. “Measuring Judicial activism on the Supreme Court of Canada: a comment on Newfoundland (Treasury Board v. Nape)”, in: *McGill Law Journal*, vol. 48, 2003.

COELHO, Luis Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª ed (revisada e ampliada). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, in: *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n.º 138, abr./jun. 1998.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. “A análise dos julgados envolvendo a demissão coletiva na Embraer”, in: COUTINHO, Grijalbo (et. al.) (coord.). *O mundo do Trabalho: leituras críticas da jurisprudência do TST em defesa do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Direito, desenvolvimento e desigualdade: a dimensão jurídica das políticas sociais*. FDUSP: Tese (Livre-Docência), 2010.

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.

COVER, Robert M. “The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities”, in: *Yale Law Journal*, vol. 91, 1982.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed., São Paulo: LTr, 2006.

DENVIR, John. "Towards a Political Theory of Public Interest Litigation", in: *North Carolina Law Review*, n.º 54.

DICAPRIO, Lisa. *The origins of the welfare state: women, work, and the French Revolution*. Chicago: University of Illinois Press: 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, 5ª ed., tomo I, São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1, São Paulo: Malheiros, 2005.

DORSEN, Norman. "The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer", in: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, out. 2005.

DOTAN, Yoav. "Judicial Rhetoric. Government Lawyers and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada", in: *Law & Society Review*, n.º 33, 1999.

DWORKIN, Ronald. "Un pontificat laic", in: BADINTER, Robert; BREYER, Sephen. *Les Entretiens de Provence: Le juge dans société contemporaine*. Paris: Fayard: 2003.

\_\_\_\_\_. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWYER, John. "Public Interest litigation. Who can start proceedings", in: *Legal Service Bull*, n.º 6, 1981.

ELLIOTT, Douglas. "Judicial Activism and the Threat to Democracy", in: *University of New Brunswick Law Journal*, n.º 199, 2004.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ENTERIA, Eduardo Garcia. "Princípio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas e constructivas del a jurisprudência em la Constitución", in: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 10, jan./abr. 1984.

EPP, Charles R. *The Rights Revolution: Lawyers, activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

\_\_\_\_\_. "Do Bills of Rights Matter? The Canadian Charter of Rights and Freedoms", in: *American Political Science Review*, vol. 90, n.º 4, dez. 1996.

FARIA, José Eduardo. “A definição do interesse público”, in: SALLES, Carlos Alberto de. *Processo Civil de Interesse público*. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. “A globalização econômica e sua arquitetura jurídica - dez tendências do direito contemporâneo”, in: *Revista Academia Judicial*, Florianópolis: dez. 2010.

\_\_\_\_\_. “Poucas certezas e muitas dúvidas”, Texto de seminário no International Institute for Sociology of Law, Onnati, jul. 2009.

\_\_\_\_\_. *Sociologia Jurídica – Direito e Conjuntura*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Os novos desafios da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

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*. São Paulo: LTr, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed., São Paulo.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho*. São Paulo: São Paulo, 1938.

FILHO, Roberto Lyra. *Direito do Capital e Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1982.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim - negociação de acordos sem concessões*, trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges, 2ª ed., Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its alternatives - an introduction to procedure*. New York: Thomson West, 2003.

FLOOD, John; CAIGER, Andrew. "Lawyers and Arbitration: The Juridification of Construction Disputes", in: *The Modern Law Review*, vol. 56, n.º 3 (Dispute Resolution. Civil Justice and Its Alternatives), mai. 1993.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. "Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz.", in: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *As Grandes Transformações do Direito Processual Civil Brasileiro –Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe (homenagem ao Professor Kazuo Watanabe)*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. *Os Direitos Sociais e a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FUNKEN, Katja. *The Best of Both Worlds - The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System*, jul. 2003 (SSRN).

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*, 32ª ed., São Paulo: Cia Editora Nacional, 2005.

GALANTER, Marc. "Why the Haves Come out Ahead: Speculations on the limits of legal chance", in: *Law and Society Review*. vol. 9, 1974.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (org.). *Courts And Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?* Ashgate, 2006.

GARNER, Bryan (org.). *Black Law Dictionary*. Westgroup, 1996.

GARTH, Bryant. "ADR and Civil Procedure: a Chapter or an organizing a theme?", in: *37 Journal Legal Education*, 1987.

GERHARDT, Michael. "The Rhetoric of judicial critique: from judicial restraint to the virtual Bill of Rights". In: *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 10, 2002.

GIDDENS, Anthony. *Capitalism & Modern Social Theory – An Analysis of the Writings of Marx, Durkheim and Max Weber*. Cambridge: Cambridge University Press, 1971.

\_\_\_\_\_. *Política, Sociologia e Teoria Social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

GIUGNI, Gino. “Juridification of Italian labor relations”, in: *Comparative Labour Law Journal*, n.º 8, 1986-1987.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. "Questioning the Migration of Constitutional Ideas: Rights, Constitutionalism and the Limits of Convergence", in: SUJIT CHOUDHRY (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

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

GUEIROS, Evandro Leite. “Ativismo judicial”, in: *STJ: dez anos a serviço da justiça: doutrina*. Brasília: STJ, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, vols. 1 e 2.

\_\_\_\_\_. *Teoria de la acción comunicativa*, vol. 2, Madrid: Taurus, 1987.

HIRSCHL, Ran. “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, in: *Fordham L. Rev.*, n.º 2, vol. 75, 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IPEA. *Para a Década de 90: prioridades e perspectivas de políticas públicas - Políticas Sociais e Organização do Trabalho*. Brasília: IPEA, 1989. vol. 4.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes (A doutrina do direito e a doutrina da virtude)*, Trad. Edson Bini, São Paulo, Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. Luis Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLEIN, Franz. *Zeit - und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

KMIEC, Keenan. “The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”, in: *California Law Review*, n.º 92, 2004.

KRISHNAN, Jayanth Kumar. “Public Interest Litigation in a Comparative Context”, in: *Buffalo Public Interest Law Journal*, vol. XX, 2001, 2002.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*, São Paulo: Perspectiva, 1982.

KUMM, Mattias. “Democratic constitutionalism encounters international law: terms of engagement”, in: SUJIT CHOUDHRY (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LANG, Maurice Eugen. *Codification in the British Empire and America*. Nova Jersey: Lawbook, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Monia (org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

LIBERATI, Edmondo Bruti, “Potere e giustizia”, in: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto (org.). *Governo dei Giudici: la magistratura tra diritto e politica*. Milano: Feltrinelli, 1996.

LLORENTE, Francisco Rubio. “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, in: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 22, jan./abr. 1988.

LOPES, José Reinaldo de Lima. “Em torno do direito alternativo”, in: *Revista de informação legislativa*, ano 31, n.º 121. Brasília: Senado Federal, 1994.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. “Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho”, in: *Revista LTr*, vol. 70, n.º 8, São Paulo, 2006.

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

MARSHALL, William P. “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism”, in: *Colorado Law Review*, vol. 73, 2002.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. “Licença qualificatória em face da crise econômica”, in: *Revista LTr*, ano 73, n.º 1, São Paulo: LTr, jan. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *A Constituição Brasileira de 1988: Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

MARTINS, Sérgio Pinto. “Despedida coletiva”, in: *Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário*, vol. 6, n.º 31, jul./ago., 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MBAZIRA, Christopher. *Litigating socio-economic rights in South Africa: a choice between corrective and distributive justice*. Pretoria, Pretoria University Law Press, 2009.

MCCOMBS, Maxuell. *Setting the Agenda: the mass media and public opinion*. Malden: Blackwell Publishing, 2004.

MCWHINNEY, Edward. “The Great Debate: Activism and Self-Restraint and Current Dilemmas in Judicial. Policy-Making”, in: *New York University Law Review*, n.º 3, 1958.

MEDEIROS, Marcelo. *A Trajetória do Welfare State no Brasil: Papel Redistributivo das Políticas Sociais dos Anos 1930 aos Anos 1990*, Brasília: IPEA, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial”, in: *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, vol. 1, n.º 8, jan. 2000.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3ª ed., Stanford: 2007.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 3ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MYERS, Robert. “Standing in public interest litigation: removing the procedural barriers”, in: *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 15, 1981.



NAGEL, Robert. *Constitutional cultures: the mentality and consequences of judicial review*. Los Angeles: University of California Press, 1989.

NALINI, José Renato. "O Brasil e a mediação penal", in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 87, n.º 750, abr. 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. "Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos", in: *Revista LTr*, ano 73, n.º 1, São Paulo: LTr, jan. 2009.

\_\_\_\_\_. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

NELKEN, David. "Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities", in: *Theoretical Inquiries in Law*, n.º 9, 2008.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOBRE, Marcos. "Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil", in: *Cadernos Direito GV*, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria Crítica*. 2ª ed., São Paulo: Zahar, 2004.

OIT. *Global Employment Trends For Youth - Special issue on the impact of global economic crisis on youth*, Genebra: OIT, 2010.

\_\_\_\_\_. *Global Employment Trends*. Genebra: OIT, 2010. OIT. *Global Employment Trends*. Genebra: OIT, 2009.

OLSON, Susan. "Comparing Women's Rights Litigation in the Netherlands and the United States", in: *Polity*, vol. 28, n.º 2, 1995.

PAULON, Carlos Artur. *Direito Alternativo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1984.

PORTINARO, Pier Paolo. "Oltre lo Stato di Diritto – Tirannia del giudici o anarchia degli avvocati", in: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *Lo stato di diritto: storia, teoria, crítica*. 2ª ed., Milano: Giangiaco, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP (Tese de Titularidade), 2009.

RAMSEY, Michael. "International materials and Domestic Rights: Reflections on Atkins and Lawrence", in: *American Journal of International Law*, n.º 98, 2004.

- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RESNIK, Judith. “Managerial Judges”, in: *Harvard Law Review*, 96, 1982.
- REZEK, José Francisco. “Princípios Fundamentais”, in: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.), *A Constituição Brasileira de 1988: Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
- RISKIN, Leonard L. (et. al.) *Dispute resolution and lawyers*. West, 2009.
- RISKIN, Leonard L., SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: can courts bring about social change?* 2ª ed., Chicago, University of Chicago Press, 2008.
- ROSILLO, Alejandro (org.). *Teoria Crítica dos Direitos humanos no Século XXI*. Porto Alegre, EDIPUC, 2008.
- RUSSELL MILLER. “Lords of Democracy: The Judicialization of ‘Pure Politics’ in the United States and Germany”, in: *Wash & Lee Law Review*, 61, 2004.
- SADEK, Maria Tereza. “Poder Judiciário: uma nova instituição”, in: DANTAS, Humberto (et. al.). *Reforma do Estado Brasileiro: perspectivas e desafios*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2010.
- SALLES, Carlos Alberto de (org.). "Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada", in: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor Jose C. Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.
- SANTOS, Boaventura Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2008.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. “Revisitando um plano nacional de ação frente ao desemprego”, in: *Revista LTr*, ano 73, n.º 3, São Paulo: LTr, mar. 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, in: *Revista de Direito do Consumidor* n.º 67, 2008.

SCHLESINGER, Arthur M. *A Life in the Twentieth Century: Innocent Beginnings, 1917-1950*. New York: Mariner, 2002.

SCHUCK, Peter. “Why don’t law professors do more empirical research?”, in: *Journal of Legal Education*, n.º 39, 1989.

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Org. Leonardo Martins. Montevideu: Konrad Adenauer, 2005.

SILVA, Alexandre Garrido da (et al.). “Delimitando as categorias de judicialização da política e de ativismo judicial: o caso da manipulação das células-tronco embrionárias”, in: *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, vol. 36, 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. “Dispensa coletiva e seu controle pelo judiciário”, *Revista LTr*, vol. 73, n.º 6, jun., 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado – Direito Coletivo do Trabalho*, vol. 8, São Paulo: Elsevier, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*, vol. 3, São Paulo: Campus, 2008.

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

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

SIMITIS, Spiros. “Juridification of labour relations”, in: TEUBNER, Gunter (org.), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*. Berlin, New York: Gruyter, 1987.

SIX, Jean-François. *Dinâmica de mediação*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SMITS, Jan (org.). *Enciclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: Elgar, 2006.

SOARES, Evanna. “Mandado de injunção na justiça do trabalho”, in: *Genesis: revista de direito do trabalho*, vol. 20, n.º 116, ago. 2002.

SOWELL, Thomas. *Judicial activism reconsidered*. Stanford: Stanford University, 1989.

STF. *Memória jurisprudencial: Ministro Epitacio Pessoa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo (et. al.). *Instituições de direito do Trabalho*, 23ª ed., São Paulo: LTr, 2003.

SWEET, ALEC STONE. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn (org.), *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Mathew. “Beyond Judicial Reform: Courts as Political Actors in Latin America”, in: *Latin American Research Review* - Vol. 41, Number 2, 2006.

\_\_\_\_\_. “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”, in: *Dados*, vol. 50, Rio de Janeiro, 2007.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. “O chamado direito alternativo”, in: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, vol. 94, 1999.

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

TEUBNER, Gunter (org.), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin, New York: Gruyter, 1987.

TEUBNER, Gunther. “Juridification: concepts, aspects, limits, solutions”, in: TEUBNER, Gunther. (org.), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin, New York: Gruyter, 1987.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Breves Considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da Convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória”, in: *Revista de Processo*, Ano 35, n.º 189, nov. 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. New York: New American Library, 1956.

TRUBEK, David M. “Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo”, trad. José Rafael Zullo, in: *Revista Direito GV*, vol. 3 n.º 1, jan./jul. 2007.

UE. *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, 2002.

VALLE, Vanice Regina Lirio (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009.

VAN RHEE, C. H. “Civil Litigation in Twentieth Century Europe”, in: *Buffalo Law Review*, vol. 11.

\_\_\_\_\_. *European traditions in civil procedure*. Oxford: Intersentia, 2005.

VERISSIMO, Marcos Paulo. “A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e *ativismo judicial* à brasileira”, in: *Revista Direito GV*, vol. 4, n.º 2. São Paulo: jul./dez. 2008; Tratam do tema, ainda, direta ou indiretamente.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Problemas de Direito Corporativo*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1938.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido. “O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial”, in: *Revista Acadêmica Versus (UFRJ)*. ago. 2009.

VIEIRA, José Ribas. “Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil”, in: *Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora*, vol. 1, n.º 4, out./nov. 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”, in: *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: FGV, 2006.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

WATANABE, Kazuo. "Cultura da sentença e cultura da pacificação", in: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

\_\_\_\_\_. "Processo Civil de Interesse Público: Introdução", in: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

WAYNE, William. "The Two Faces of Judicial Activism", in: *George Washington Law Review*, n.º 1. Vol. 61, nov. 1992.

WEBER, Max. *Textos selecionados*, São Paulo: Nova Cultural, 1997.

\_\_\_\_\_. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 2004.

YOUNG, Ernest A. "Judicial Activism and Conservative Politics", in: *Colorado Law Review*, n.º 73, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. "Ronald Dworkin's principle based constitutionalism: an italian point of view", in: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n.º 4, 2003.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. "A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça", in: MUZSKAT, Malvina Ester (org.) *Mediação de Conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Lexus, 2003.

## RESUMO

A juridificação das relações sociais, processo complexo de colonização do mundo da vida pelo Direito, fez emergir um potencial protagonismo judicial em grande parte das experiências democráticas ocidentais. Entre os aspectos e desdobramentos mais importantes desse processo, que auxiliam a identificação desse potencial, destacam-se: a expansão dos padrões regulatórios; a “indeterminação” do direito contemporâneo; a materialização do direito formal; a crise da divisão funcional dos poderes; o afastamento de um modelo decisório eminentemente subsuntivo; o fortalecimento da função pragmática da hermenêutica jurídica; a expropriação de conflitos; a ampliação do controle judicial contramajoritário; o aumento da independência política do Poder Judiciário; a convergência normativa e institucional das experiências jurídicas democráticas; a influência do ideário do juiz ativo, ampliado para contemplar o tratamento de conflitos de massa e a promoção judicial de soluções não adjudicatórias; a expansão da litigância de interesse público; e, ainda, as mudanças na relação entre os órgãos judiciais e os meios de comunicação de massa.

O potencial protagonismo judicial, ao avançar as fronteiras do poder judicial em sua concepção tradicional, manifesta-se de diferentes formas que podem ser representadas em tipos ideais de ativismo judicial, construídos, nesta tese, conforme metodologia weberiana, de modo que permitam uma investigação profunda sobre a atuação do Poder Judiciário em geral. Neste trabalho, o manejo investigativo desses tipos “puros” de ativismo judicial para o exame da atuação concreta da Justiça do Trabalho demonstra, de um lado, alguns dos efeitos das transformações contemporâneas na função judicial sobre aquele ramo do Judiciário; e, de outro, diversas formas de manifestação do potencial protagonismo judicial trabalhista, seja em sua feição mais nova, seja em sua índole mais tradicional, renovada após a Constituição de 1988. Ademais, esse estudo da atuação contemporânea dos órgãos judiciais fornece dados relevantes para a avaliação da efetividade do Direito do Trabalho, da instrumentalidade do Direito Processual do Trabalho e do alcance da tutela judicial dos direitos sociais fundamentais do trabalhador.

## ABSTRACT

The juridification of social relations, a complex life-world colonization process by means of law, has raised the potential of judicial protagonism in most democratic countries. The most important aspects and outcomes of this process that help recognize the mentioned potential are the following: legal expansion; indeterminacy of contemporary law; materialization of law; crisis on the model of functional power division; deviation from a model of decision-making based on subfunctions; pragmatic function strengthening of legal interpretation; expropriation of conflicts; extension of counter-majoritarian judicial control; increase of political independence of the judiciary Power; normative and institutional convergence of democratic legal systems; influence of the active judge doctrine, that has been enhanced for the purpose of dealing with mass disputes and the judicial fostering of non-adjudicatory dispute resolution; expansion of public interest litigation; and change in relationship between Mass Media and the Judiciary.

The potential of judicial protagonism goes beyond the traditional boundaries of judicial power, and can be represented by ideal types of judicial activism, which have been formed, in this thesis, according to Weber's methodology, in order that they allow a profound investigation of the judicial activity at large. The use of pure types of judicial activism for the analysis of real activity of the Labor Justice institutions real activity shows, on one hand, some of the impacts of contemporary transformations of judicial function on that branch of Brazilian judiciary; and, on the other hand, myriad forms of manifestating the potential of judicial protagonism, not only in its new forms, but also in its traditional format, which was renewed after the Constitution of 1988. Moreover, the analysis of the contemporary activity of Labor Justice institutions provides relevant information for evaluating the effectiveness of Labor Law, the instrumental function of Labor Procedural Law and the range of judicial enforcement of worker's fundamental social rights.



## RIASSUNTO

La giuridificazione delle relazioni sociali, un complesso processo di colonizzazione del mondo della vita dal Diritto, ha generato un potenziale protagonismo giudiziale in gran parte dei paesi democratici occidentali. Tra gli aspetti e gli sviluppi più importanti di questo processo, che aiutano ad identificare il citato potenziale, i punti salienti sono i seguenti: la espansione degli standard normativi; la "indeterminatezza" del diritto contemporaneo; la materializzazione del diritto formale; la crisi della divisione funzionale dei poteri; l'abbandono di un modello decisionale con caratteristica notevolmente sussuntiva, rafforzando la funzione pragmatica dell'interpretazione giuridica; l'espropriazione dei conflitti; l'espansione di controllo giudiziale contro-maggioritario; maggiore indipendenza del giudiziario dal punto di vista politico; la convergenza normativa e istituzionali degli paesi democratici; l'influenza delle idee di giudici attivi, che é stato ampliato per includere il trattamento dei conflitti delle masse e la fomentazione delle soluzioni non aggiudicative; la espansione del contenzioso di interesse pubblico; e i cambiamenti nel rapporto tra il Potere Giudiziario ed i mezzi di comunicazione di massa.

Il potenziale protagonismo giudiziale, oltre i confini del Potere Giudiziario nella sua concezione tradizionale, si manifesta in diverse forme che possono essere rappresentati in tipi ideali di attivismo giudiziario, che sono stati costruiti, in questa tesi, sulla base della metodologia di Weber, in modo da consentire un esame più approfondito delle funzioni del potere giudiziario. L'uso dei tipi puri di attivismo giudiziario per esaminare la attuazione concreta della Giustizia del Lavoro dimostra, da un lato, alcuni degli effetti sul questo ramo giudiziario dei cambiamenti contemporanei nella funzione giudiziale; e, d'altra parte, varie manifestazioni del potenziale protagonismo giudiziale, sia nelle sue nuove forme, sia nella loro natura più tradizionale, rinnovata grazie alla Costituzione del 1988. Inoltre, questo studio della attuazione contemporanea degli organi giudiziali fornisce dati rilevanti per valutare l'efficacia del Diritto del Lavoro, la strumentalità del Diritto processuale del Lavoro e la scala della tutela giurisdizionale dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori.

## RÉSUMÉ

La juridification des rapports sociaux, constituant un processus complexe de colonisation du monde de la vie par le Droit, a fait émerger un protagonisme judiciaire potentiel dans une grande partie des expériences démocratiques occidentales. Parmi les aspects et les dédoublements les plus importants de ce processus, de par leur rôle dans l'identification de ce potentiel, il faut retenir: l'expansion des normes de régulation; "l'indétermination" du droit contemporain; la matérialisation du droit formel; la crise de la division fonctionnelle des pouvoirs; le rejet d'un modèle décisoire essentiellement basé sur les opérations de la subsumption; l'affermissement de la fonction pragmatique de l'herméneutique juridique; l'expropriation de conflits; l'élargissement du contrôle judiciaire contre-majoritaire; l'augmentation de l'indépendance politique du Pouvoir Judiciaire; la convergence normative et institutionnelle des expériences juridiques démocratiques; l'influence de la pensée du juge actif, augmentée de façon à contempler le traitement des conflits de masse et la promotion judiciaire de solutions non adjudicatives; l'expansion des poursuites liées à l'intérêt public; et, enfin, les changements dans le rapport entre les organes judiciaires et les moyens de communication de masse.

Dans la mesure où il dépasse les frontières du pouvoir judiciaire dans sa conception traditionnelle, le protagonisme judiciaire potentiel se manifeste de différentes façons qui peuvent être représentées par des types idéaux d'activisme judiciaire. Dans la présente thèse, ces types ont été construits, en conformité avec la méthodologie wébérienne, comme un instrument d'investigation profonde de la conduite du Pouvoir Judiciaire en général. L'emploi, à des fins d'investigation, de ces types "purs" d'activisme judiciaire dans l'examen de la conduite concrète de la Justice du Travail révèle, d'un côté, certains des effets que les transformations contemporaines de la fonction judiciaire ont produits sur cette branche du Judiciaire; et, de l'autre, les différentes formes de manifestation du protagonisme judiciaire potentiel, soit dans son aspect le plus récent, soit dans son expression la plus traditionnelle, renouvelée après la Constitution de 1988. De plus, cette étude de la conduite contemporaine des organes judiciaires fournit des données appréciables pour l'évaluation de l'efficacité du Droit du Travail, de l'instrumentalité du Droit Procédural du Travail et de la portée de la protection judiciaire des droits sociaux fondamentaux du travailleur.