

**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 segundas 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.

## Gracias por visitar este Libro Electrónico

Puedes leer la versión completa de este libro electrónico en diferentes formatos:

- HTML(Gratis / Disponible a todos los usuarios)
- PDF / TXT(Disponible a miembros V.I.P. Los miembros con una membresía básica pueden acceder hasta 5 libros electrónicos en formato PDF/TXT durante el mes.)
- Epub y Mobipocket (Exclusivos para miembros V.I.P.)

Para descargar este libro completo, tan solo seleccione el formato deseado, abajo:

