

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM DIREITO

PRISCILA BRAZ DO MONTE VASCONCELOS DOS SANTOS

**O ATIVISMO JUDICIAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: UMA ANÁLISE
QUANTO À INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 308 DO TST**

RECIFE

2015

PRISCILA BRAZ DO MONTE VASCONCELOS DOS SANTOS

**O ATIVISMO JUDICIAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: UMA ANÁLISE
QUANTO À INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 308 DO TST**

Dissertação apresentada à Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito na área de concentração Processo e Dogmática.

Professor orientador: Alexandre Freire Pimentel

Professor coorientador: João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira

RECIFE
2015

PRISCILA BRAZ DO MONTE VASCONCELOS DOS SANTOS

**ATIVISMO JUDICIAL E ACESSO À JUSTIÇA NOS TRIBUNAIS
SUPERIORES: UMA ANÁLISE QUANTO À INCONSTITUCIONALIDADE DO
ENUNCIADO 308 DO TST**

Dissertação defendida e aprovada em ____/____/____, pela banca
examinadora constituída pelos professores:

Prof. Dr.
Examinador

Prof. Dr.
Examinador

Prof. Dr.
Examinador externo

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel
Orientador

Prof. Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira
Coorientador

AGRADECIMENTOS

Agradeço acima de tudo a Deus que me capacitou intelectualmente e financeiramente para que eu pudesse ingressar no mestrado e ir até o fim, conseguindo concretizar os estudos necessários e a elaboração dessa pesquisa com esforço e meios próprios, além de ter me permitido conciliar a vida profissional, pessoal e acadêmica.

Agradeço aos meus pais, a meu marido, minha irmã, primas, enfim, todas as pessoas da minha família e aos meus amigos que estão sempre verdadeiramente ao meu lado, me motivando, confiando no meu potencial e me dando apoio emocional nos momentos difíceis.

Agradeço ao meu orientador Alexandre Pimentel e ao meu coorientador João Paulo Allain Teixeira, este que também foi meu professor na graduação e orientador no projeto de iniciação científica na graduação, bem como, me forneceu uma das cartas de recomendação para ingresso nesse mestrado, confiando no meu potencial para realizar este trabalho científico.

Agradeço ao professor André Régis, que foi meu professor na graduação e que me forneceu uma das cartas de recomendação para ingresso no programa de mestrado na Universidade Católica de Pernambuco, confiando na minha capacidade de realização da pesquisa científica e atender aos objetivos do Programa. Agradeço ainda, por ter aceitado o convite para compor a mesa de examinadores na defesa pública.

Agradeço ao professor Sérgio Torres que participou da minha banca prévia e me deu um retorno com considerações cruciais para o aprimoramento da pesquisa. Agradeço ainda ao Professor Sérgio Torres por ter participado da Banca de examinadores na minha defesa.

Agradeço também a todos os professores do mestrado os quais eu tive a oportunidade de cursar uma disciplina e que me mostraram novos horizontes do

Direito, o que contribuiu grandemente com o meu aprendizado e o aperfeiçoamento profissional e pessoal.

Por fim, agradeço aos funcionários da Católica, principalmente aos da secretaria do programa de mestrado, que agiram com presteza e cordialidade para viabilizar as aulas e prestar esclarecimentos.

RESUMO

A dissertação tem como objeto um estudo sobre o ativismo judicial nos tribunais superiores, analisando, especificamente, se a Súmula 308 do Tribunal Superior do Trabalho seria inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal em seu artigo 7º, XXIX traz norma que regula a prescrição extintiva trabalhista, trazendo dois prazos distintos: a prescrição quinquenal (parcial) e bienal (total). Ocorre que, em que pese a Constituição Federal dispor que os trabalhadores tem dois anos após a extinção da relação de trabalho para ingressar com a ação pleiteando os créditos oriundos desta, podendo pleitear apenas cinco anos de verbas inadimplidas durante o contrato de trabalho, o TST por meio da súmula 308 estipulou que a contagem da prescrição parcial seria a partir da data de propositura da ação e não da extinção da relação laboral, o que restringe ainda mais os direitos dos trabalhadores. Assim, se visa analisar, com base num estudo doutrinário, se essa postura do TST impulsionada pelo Ativismo Judicial, com a aproximação dos Sistemas Jurídicos do *Civil Law* com o do *Common Law*, estaria ultrapassando a função de interpretação da norma que é a função constitucional do Poder Judiciário, extrapolando os limites do ativismo judicial, acarretando na criação de uma norma para a contagem do prazo prescricional que, por conseguinte, viola um princípio basilar da República Federativa do Brasil que é o da tripartição dos Poderes, uma vez que a criação de normas é constitucionalmente competência do Poder Legislativo. Ademais, se discute se a referida Súmula vai de encontro à intenção do legislador constituinte, bem como ao princípio constitucional de acesso à justiça e ao princípio da proteção ao trabalhador, especificamente, o subprincípio do *in dubio pro operario*, ou seja, na dúvida o intérprete deve optar pela interpretação mais favorável ao trabalhador; este princípio é norteador da elaboração e interpretação das normas no campo material e processual trabalhista. Em face disso, se analisará se a Súmula 308 está eivada de inconstitucionalidade por transgressão à tripartição dos Poderes e aos princípios fundamentais que regem a relação laboral, considerando que a Constituição Federal deixou inequívoco que o tratamento da prescrição trabalhista é diferenciado das demais, em razão da hipossuficiência do trabalhador, pois a Lei Maior do Estado trouxe expressamente que o computo desta é a partir da extinção da relação de trabalho e não da lesão.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Prescrição Quinquenal; Súmula 308 do TST; princípio da proteção ao trabalhador; princípio do acesso à justiça

ABSTRACT

The dissertation has as object of study the judicial activism in the higher courts in particular the emphasis on the Precedent 308 of the Superior Labor Court that would be unconstitutional. Since the Federal Constitution, article 7, XXIX brings standard that regulates the extinctive prescription labor bringing two distinct periods: the five-year prescription (partial) and biennial (total). It turns out that despite the Federal Constitution provides, the workers have two years after the termination of the employment relationship to join the lawsuit claiming credits and can only claim up to five years in default funds during the employment contract. The TST in the docket 308 stipulated that the partial prescription count would be from the filing date and not the termination of the employment relationship which further restricts workers' rights. It aims to analyze based on this doctrinal study if that TST posture driven by the Judicial Activism, with the approach of the Legal Civil Law systems with the common law, would be going beyond the interpretation function of the standard that is the constitutional Judiciary function extrapolating the limits of judicial activism, resulting in the creation of a standard for the limitation period score that therefore violates a basic principle of the Federative Republic of Brazil which is the tripartite division of powers since the created standards is constitutional competence of the Legislature. Moreover, it discusses if such precedent goes against the intent of the constitutional legislator and the constitutional principle of access to justice and the principle of the worker protection, specifically the sub principle of in "dubio pro operario", meaning, in doubt the interpreter should opt for the most favorable interpretation to the worker; this principle is guiding the development and interpretation of the rules in material and labor procedural field. Furthermore, it will examine whether the Precedent 308 is riddled with unconstitutional by transgression of the tripartite division of powers and the fundamental principles governing the employment relationship, considering that the Federal Constitution made clear that the treatment of labor prescription is differentiated from others due worker hypo-sufficiency because the state's highest law expressly brought the computation is from the termination of the employment relationship and not the injury.

Keywords: Judicial Activism; Five-year prescription; Precedent 308 of the TST; principle of protection to workers; principle of access to justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A Separação de Poderes no Estado Democrático de Direito	13
1.1 Considerações sobre a Tripartição dos Poderes	13
1.2 O Neoconstitucionalismo e a nossa Constituição Federal de 1988	22
2 O Ativismo Judicial	27
2.1 O Constitucionalismo da Efetividade.....	27
2.2 Ativismo Judicial: conceito e as divergências doutrinárias Erro! Indicador não definido.	
2.3 O Ativismo Judicial nos Tribunais Superiores: STF e TST	35
2.4 Conflitos normativos e decisões <i>contra legem</i>	36
3 Sistemas Jurídicos	39
3.1 Considerações acerca do sistema jurídico <i>Civil Law</i>	39
3.2 Considerações acerca do sistema jurídico <i>Common Law</i>	41
3.3 A conciliação no ordenamento jurídico pátrio do <i>Civil Law</i> com o <i>Common Law</i> e a tripartição dos Poderes.....	45
4.0 Os Princípios aplicáveis à esfera trabalhista que obstam interpretações da norma em desfavor do trabalhador.....	50
4.1 A função dos princípios na hermenêutica das normas jurídicas	50
4.2 O princípio da Proteção ao Trabalhador	53
4.3 O princípio fundamental do Acesso à Justiça	58
5. A Prescrição Trabalhista	62
5.1 O Instituto da Prescrição	62
5.2 As Prescrições Bienal e Quinquenal no Processo do Trabalho.....	66
6. A Inconstitucionalidade da Súmula 308 do TST	75
6.1 A postura ativista do TST e a edição do enunciado nº 308, da Súmula do TST 75	
6.2 O entendimento do TST quanto à contagem da prescrição quinquenal e a criação de uma norma que viola os princípios do acesso à Justiça e da proteção ao trabalhador	80
CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

O tema objeto de estudo com a presente dissertação é o ativismo judicial nos tribunais superiores: uma análise quanto à inconstitucionalidade da súmula 308 do TST. Para realizar esta verificação, a dissertação foi estruturada em seis capítulos.

O primeiro capítulo, intitulado, A Separação de Poderes no Estado Democrático de Direito, busca trazer breves considerações acerca do modelo de tripartição dos Poderes, a saber: Legislativo, Executivo e Judiciário, que foi idealizado por Montesquieu e defendido por Locke na época da Revolução Francesa, da concepção clássica com o Liberalismo político do Século XVIII que objetivou a positivação nas Constituições estatais dos direitos individuais, passando pelas mudanças introduzidas no Século XIX com a Revolução Industrial que impulsionaram a positivação dos direitos sociais no Século XX, culminando na elaboração das Constituições Mexicanas de 1917 e a Alemã de 1919 que deram origem a segunda dimensão de direitos fundamentais, até chegar a concepção atual da teoria Tríplice que conhecemos com o constitucionalismo moderno.

Tais mudanças repercutiram paulatinamente numa reformulação da visão da Teoria Tríplice de divisão do Poder e, por conseguinte, numa mudança de postura do Poder Judiciário para a efetiva concretização de todos os direitos inseridos na Lei Maior do Estado, fossem de caráter individual ou social.

Ainda no primeiro capítulo, se busca abordar um pouco sobre o Neoconstitucionalismo frente à Constituição Federal brasileira. Em que pese no início do século XX a inserção nas constituições das normas de direitos sociais não terem alcançado a sua real finalidade, haja vista que o Judiciário entendia que seu conteúdo era meramente programático para o Estado, não se concedendo força normativa a tais normas nem aos princípios norteadores das mesmas, foi a partir de tal marco histórico que começaram a surgir os alicerces para a mudança de postura do Judiciário e o reconhecimento de que este não

era um mero aplicador da literalidade do texto da lei, não se podendo entender que o ordenamento jurídico era perfeito, completo, e que o Legislativo era capaz de prever e normatizar todas as situações possíveis de ocorrer dentro da sociedade e que tivessem relevância jurídica.

Desta feita, o neoconstitucionalismo impulsionado no século XX passa a conceber aos magistrados uma ampla margem interpretativa, contudo, tal abertura interpretativa objetiva impedir que as normas contidas na Lei Maior do Estado sejam violadas, bem como, os princípios norteadores da Constituição.

No segundo capítulo se aborda o Ativismo Judicial, objetivando aclarar o conceito de Ativismo judicial, iniciando pela Doutrina do Constitucionalismo da Efetividade que surgiu no século XX na Alemanha e consolidou a supremacia dos princípios constitucionais, dando normatividade a estes e, por conseguinte, potencializando a supremacia material da Constituição Federal, além da formal que esta sempre teve.

Assim, o Constitucionalismo da Efetividade foi o rito de passagem entre o velho constitucionalismo para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ter uma falsa supremacia para tornar-se, de fato, a Lei Maior do Estado, traduzindo-se em proveito da cidadania.

A doutrina da efetividade abre caminho para o Ativismo Judicial, consistindo este numa atitude proativa do Judiciário para interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Dessa forma, o segundo capítulo visa aclarar o conceito de ativismo judicial e apresentar as críticas que este recebe, sendo importante para o cerne da pesquisa em razão da análise que ora é realizada, ou seja, se o Judiciário vem extrapolando os limites de sua competência constitucionalmente definida com base na Teoria da Tripartição dos Poderes, acarretando, por conseguinte, numa usurpação de competências de outro Poder, o que pode estar ocorrendo ainda que sob a nova ótica da teoria da Tripartição dos Poderes trazida com o

neoconstitucionalismo que concedeu uma maior liberdade interpretativa da norma para o intérprete e aplicador do direito.

Assim, tem-se que o magistrado não pode se afastar ou reformular as normas ao solucionar os casos concretos com base em seus sentimentos pessoais, ultrapassando os limites de sua competência constitucional, devendo buscar o equilíbrio entre o pacifismo e o ativismo, realizando uma autolimitação.

Ainda no segundo capítulo se aborda um pouco sobre o Ativismo Judicial exercido pelos tribunais superiores, especificamente, o STF e o TST, apresentando-se alguns exemplos de julgamentos desses tribunais para demonstrar as posturas ativistas.

Será abordado ainda no segundo capítulo a possibilidade de existência no ordenamento jurídico de decisões *contra legem*, uma vez que com a primazia das normas e princípios constitucionais sobre qualquer norma infraconstitucional, tem-se que é possível que a aplicação da lei a um caso concreto vá de encontro ao que está expressamente estabelecido em uma norma infraconstitucional quando haja um conflito desta com os princípios constitucionais.

No terceiro capítulo serão feitas considerações acerca dos Sistemas Jurídicos do *Civil Law* e do *Common Law*, sem buscar fazer uma análise aprofundada sobre estes, mas abordar as principais questões entre tais Sistemas, haja vista que no Brasil o sistema jurídico adotado é o do *Civil Law*, nele a lei, principalmente a Constituição Federal, está acima de qualquer fonte do Direito, objetivando manter o juiz preso à Lei sob o argumento de que assim estará sendo garantida a segurança jurídica e, nos primórdios do *Civil Law*, entendia-se, utopicamente, que ao juiz não cabia qualquer margem interpretativa da Lei, mas apenas a identificação da norma a ser aplicável ao caso concreto e a aplicação de sua literalidade.

Contrariamente ao *Civil Law* está o Sistema do *Common Law* que é o Direito formado pelos precedentes; neste, a força do Direito é a jurisprudência

formada pelos precedentes que tem força maior que qualquer outra fonte de Direito, culminando com a criação do Direito pelos Tribunais.

Após as considerações iniciais sobre os esses dois Sistemas Jurídicos, será abordada a possibilidade de conciliação no ordenamento jurídico pátrio do *Civil Law* com o *Common Law* e a tripartição dos Poderes, conciliação esta que vem ocorrendo na atualidade não só por posturas do Judiciário, mas do próprio Legislativo.

No Quarto capítulo será enfocada a questão do papel dos princípios na hermenêutica das normas jurídicas, importante para a abordagem do tema, uma vez que a análise feita no presente trabalho tem como base princípios fundamentais da Constituição Federal e infraconstitucionais atinentes à matéria trabalhista.

Considerando o tema, serão abordados o princípio infraconstitucional da proteção ao trabalhador, aplicável nas esferas do direito material e processual trabalhista, sendo apresentadas as três correntes doutrinárias para aplicabilidade do aludido princípio no campo material e processual. De tal princípio deriva um subprincípio que é *in dubio pro operario*, este que determina ser papel do intérprete, diante da possibilidade de interpretações razoáveis e distintas de determinada norma, optar pela interpretação mais favorável ao trabalhador, uma vez que este é a parte hipossuficiente da relação.

O segundo princípio analisado é o princípio constitucional do acesso à Justiça, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, por esse princípio há a impossibilidade do legislador, representante da vontade popular, criar norma que obstaculize seu acesso à Justiça, assim como, o Judiciário como intérprete e aplicador das leis não pode dar interpretações que não coadunem com o princípio do acesso à justiça, restringindo direitos constitucionais ou infraconstitucionais os quais o legislador constituinte não pretendeu restringir.

No capítulo cinco, como o tema versa sobre uma análise de uma súmula do TST que estabelece uma norma para a contagem do prazo prescricional para

a propositura da demanda trabalhista, fez-se importante tecer algumas considerações acerca do instituto da prescrição e dos prazos prescricionais trabalhistas previstos para a prescrição extintiva na Constituição Federal, especificamente a prescrição bienal e a prescrição quinquenal.

Desta feita, a análise do instituto será focada nas peculiaridades estabelecidas pelo legislador constituinte para a prescrição trabalhista, a diferenciando das demais, sendo feita com base na redação do artigo constitucional à luz dos princípios abordados no capítulo anterior, bem como todas as características e especificidades que norteiam a relação laboral.

Por fim, no capítulo seis se busca analisar se o TST violou um princípio basilar do Estado Democrático de Direito que é o da Tripartição dos Poderes ao editar a súmula 308 que determina que o prazo da prescrição quinquenal deve ser contado da data da propositura da ação e não da extinção da relação de trabalho, como ocorre com a prescrição bienal, numa postura ativista que pode ter ultrapassado a interpretação da norma pertinente à prescrição trabalhista e, por conseguinte, usurpado competência do Legislativo, culminando na possibilidade de estarmos diante da criação de uma norma de contagem de prazo por meio da fixação de um posicionamento judicial que além de não encontrar correspondência com os peculiares princípios da relação de trabalho, não coaduna com normas e princípios constitucionais, destarte, seria inconstitucional.

1 A Separação de Poderes no Estado Democrático de Direito

1.1 Considerações sobre a Tripartição dos Poderes

Inicialmente, cumpre frisar breves considerações acerca da ideia de tripartição dos Poderes que surgiu com Montesquieu e foi defendida também por John Locke, trazendo as características do Poder Estatal como uno, indivisível e indelegável, todavia, dividindo seu exercício em três esferas distintas, formando a base da democracia liberal.

A defesa da tripartição do Poder ganhou força como uma alternativa para frear o poder monárquico, criando um novo modelo no qual não haveria mais a concentração de Poder nas mãos de uma única pessoa que era o monarca, mas este seria exercido por três órgãos estatais diversos, cada um com uma função típica e funções atípicas, estas constitucionalmente previstas e limitadas, com o objetivo de preservar os direitos previstos na própria Lei Maior do Estado, protegendo a liberdade do indivíduo e a forma de estruturação estatal prevista nesta.

Como esclarece Marinoni na obra *Precedentes Obrigatórios*, na França, antes da Revolução Francesa, os magistrados não tinham qualquer compromisso com os valores que levaram à Revolução, a saber: igualdade, liberdade e fraternidade, ao contrário, exerciam a função jurisdicional para atender aos interesses de uma classe privilegiada que era a aristocracia feudal. Assim, aqueles juízes se negavam a aplicar uma lei que se mostrasse contrária aos interesses da classe aristocrática. Desta feita, a interpretação das leis, muitas vezes, não correspondia a real intenção do legislador, quando esta não atendesse à aristocracia feudal (MARINONI, 2011, p. 50)

Neste cenário, se desenvolveu e se buscou a incorporação na sociedade por meio do ordenamento jurídico da Teoria de Montesquieu de separação dos Poderes do Estado e, sobretudo, de nítida separação e distinção entre as funções estatais, principalmente o Legislativo e o Judiciário.

Dessa forma, o objetivo era conferir o poder para criação do direito apenas ao Legislativo, deixando ao Judiciário a função de apenas declarar a vontade da lei. Daí surge à expressão de que o juiz era *juge bouche de la loi*, ou seja, o juiz era apenas a boca da lei. Por fim, ao Executivo incumbe executar as decisões judiciais, como trazido por Montesquieu, mencionado por Marinoni na obra supracitada.

Nesse diapasão, para que o poder do juiz fosse definitivamente limitado, fazendo com que este apenas declarasse a lei, a legislação deveria ser expressa e clara, visando regular todas as situações juridicamente relevantes e passíveis de conflitos dentro da sociedade.

Os Códigos precisavam não apenas prever a separação dos Poderes, para definir e delimitar quem cria o direito e quem julga, mas precisavam tipificar todas as situações para a aplicação do direito, como se isso fosse possível. Todavia, tal pensamento era decorrente do exagerado racionalismo que imperava na época.

Como trazido por Luiz Guilherme Marinoni:

De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar” deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julga” era, de qualquer modo, um “poder nulo”. (MARINONI, 2011, p. 53/54)

Nesse contexto, a Revolução Francesa objetivou coibir os abusos de poder dos magistrados, pondo freios a estes, impedindo – os de interpretar a lei. Sendo assim, a ideia implantada com os ideais da aludida Revolução era de que seria possível a criação de um ordenamento jurídico claro e completo, incumbindo ao magistrado apenas aplicar esta lei. Nessa mentalidade extremamente racionalista, a solução das lides estava exclusivamente na própria

lei, não havendo necessidade de ampliar ou limitar a norma, bem como, utopicamente, inexistiria qualquer lacuna na lei.

Ressalta-se ainda, que os ideais revolucionários franceses determinavam que o Judiciário deveria sempre reportar-se ao Legislativo para que este realizasse a interpretação da norma elaborada por aquele quando, excepcionalmente, o magistrado não conseguisse abstrair da norma a vontade da lei, a norma que deve ser aplicada à demanda, admitindo-se para tanto, a possibilidade de obscuridade ou ausência de lei específica para determinado caso concreto, contudo, passava-se a ideia de que o magistrado poderia ter dúvidas e a tendência era que estas consultas do Judiciário ao Legislativo iriam desaparecer num curto espaço de tempo.

Desta feita, a tripartição dos Poderes não significa a divisão do Poder, haja vista que se trata de uma distribuição de funções entre órgãos diferentes e independentes entre si para equilibrar o Poder. Assim, sinteticamente, tem-se que o Legislativo tem a competência de criar as leis, o Executivo de administrar o Estado, os interesses públicos e o Judiciário tem a função jurisdicional, ou seja, de dizer o direito no caso concreto, pacificando as relações sociais.

Importante salientar, que o pensamento de John Locke, citado por Jean-Jacques Chavallier; em seu livro *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel* a nossos dias, é de que os Poderes Legislativo e Executivo, tanto nas monarquias moderadas quanto nos Governos bem estruturados, estão separados por se tratarem de poderes distintos entre si, são exercidos por diferentes esferas e nunca pela mesma pessoa, apesar do Executivo ser um Poder vinculado ao Poder Legislativo que é a alma do corpo político, este apenas delega àquele a responsabilidade pela execução das leis estabelecidas. Contudo, tendo em vista que o Legislativo não pode prever todos os acontecimentos para impor as leis e, avaliando-se que cada caso é um caso, a aplicação estritamente rígida do texto da lei em determinadas situações pode acarretar sérios danos. Diante disso, para Locke, a sociedade civil deixa à discricionariedade do Executivo a solução de muitas questões. (CHEVALLIER, Jean-Jacques; p. 112-115)

A teoria tríplice dos poderes, como princípio de organização do Estado Constitucional está ligada a ideia de que o poder detém o poder. O sistema chamado de freios e contrapesos aplicado nas constituições constitui uma correção essencial ao princípio clássico da separação dos poderes e decorre da prática constitucional. Esses freios representam o equilíbrio na separação dos poderes, acarretando em alguns casos interferência de um poder em outro ou exclusividade de ações. (CHEVALLIER, Jean-Jacques; p. 112-115)

A soberania não é dada a um determinado órgão, mas ao poder estatal, sendo uma neste Poder, sendo a soberania inalienável, indivisível, e imprescritível, pertencendo à nação, e nenhuma classe ou indivíduo pode atribuir-se a ele o exercício. O reconhecimento da concepção de unidade da soberania é o que leva a atual aplicação constitucional do Estado Federal.

Destarte, não se divide o poder, mas a atividade estatal, refletindo na diferenciação de competências. Não há separação de poderes, mas separação de funções, uma vez que o Estado não está dividido em facções autônomas, sendo um único Estado independente e representado soberanamente por todo o povo conjuntamente, pois a soberania pertence a este. (CHEVALLIER, Jean-Jacques; p. 117-118)

Nesse diapasão, importante destacar os ensinamentos de Ramos em relação à separação de poderes e à função jurisdicional:

A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. Há, pois, a necessidade de se perquirir, quais são, em linhas generalíssimas, as notas materiais da jurisdição.

Nessa ótica, aduz-se que a jurisdição “expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação dos conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo”. A função jurisdicional, consubstancia, por conseguinte, um instrumento para a atuação do direito objetivo, visto que “ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou o Estado a garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja: que se obtenham na experiência concreta, aqueles preciosos resultados práticos que o direito

material preconiza”. Todavia, ao escopo jurídico do processo jurisdicional se devem adicionar os seus objetivos ou pendências jurídicas cuja persistência pode comprometer a paz e a ordem na sociedade. (RAMOS, 2014, p. 117)

Portanto, o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins, [...] Esse ponto ótimo do rateio de funções entre os Poderes (estruturas orgânicas independentes) deve ser encontrado com foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal, no interesse da liberdade. (RAMOS, 2014, p. 112-113)

Frise-se ainda, o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Melo ao tratar do poder no Estado moderno, citando as diretrizes do pensamento de Rousseau quanto à soberania popular e a legitimação do Estado no recebimento desse poder para a organização da sociedade:

:

Com efeito, o pensamento de Jean Jacques Rousseau, que em sua última e derradeira instância se apoia na ideia da igualdade, sustenta a soberania popular. Sendo todos os homens iguais, todo o poder a eles pertenceria. O Estado receberia parcelas de poder deferidas pelos vários indivíduos. De sorte que a origem, a justificação do poder, não mais residiria em algum direito divino, ou na simples positividade derivada da força, mas, pelo contrário, seria uma resultante direta da vontade consonante dos vários indivíduos que compõem o todo social. É a ideia da soberania popular, é a ideia de democracia. (MELO, 1992, p. 11)

Cumprido destacar ainda, que Rousseau, em sua obra Contrato Social, explica a passagem do estado natural para o estado social com o argumento de que os membros da sociedade convencionam e se obrigam em prol da comunidade em eleger representantes. Assim, cada membro do Corpo Político é ao mesmo tempo soberano e súdito. É soberano e ativo quando participa das atividades desse Corpo Político, sendo passivo quando é considerado corporificado no Estado, estando todos submetidos às leis que são votadas e estabelecidas por todos os membros deste Corpo. Dessa forma, atuam soberanamente por meio da vontade geral que é o fundamento do Contrato Social. Como todos estão comprometidos igualmente sobre as mesmas condições e gozando dos mesmos direitos, o Estado não pode sobrecarregar mais um do que o outro. Essa igualdade trazida por ele no liberalismo clássico

não significa que os graus de riqueza e de poder sejam os mesmos, mas a partir da lei se garante a liberdade ao indivíduo que deixa de ser oprimido pelo poder. (ROSSEAU, 1999, p. 30-35)

Rosseau expõe que a vontade geral não é apenas a vontade da maioria. O indivíduo possui duas espécies de vontade, uma baseada no homem individual, pautada apenas nas vontades particulares, e a baseada no homem social que busca o interesse coletivo, que, portanto, é o da maioria, pautado no senso de moralidade, sendo assim que o homem obtém e exerce a liberdade dentro da sociedade civil, usando a sua faculdade de escolha para fazer prevalecer a sua vontade geral sobre a sua vontade particular em proveito da coletividade. Assim, ser livre é viver em conjunto e para o conjunto e obedecer à lei é obedecer ao povo reunido e a sua vontade social.

Desta feita, tem-se que a observância à tripartição dos poderes tem o importante papel de manter todos os poderes dentro dos limites que lhe foram impostos pelo legislador constituinte. Sendo assim, quando se afere se houve transgressão à tripartição dos poderes por invasão do Judiciário em algo além de sua competência, se afere a violação à substância da atividade jurisdicional que está definida constitucionalmente.

Como entendido por Rosseau, nenhum governante pode estar acima das leis e esta pode estabelecer privilégios, mas nunca em específico excluindo alguém ou algumas classes, ela é geral e abstrata. Importante frisar, em relação à elaboração das leis, que este filósofo afirma que jamais se poderia ter certeza de que a vontade particular do legislador, que é o representante delegado pelo povo, estaria conforme a vontade geral. Portanto, uma lei só representa a vontade geral e possui eficácia plena se for submetida aos sufrágios exercidos pela população. A conclusão de Rosseau é a vontade popular, afirmando que o homem não existe no particular, mas apenas passa a existir quando se vê e se considera no geral, pois o indivíduo é social e não individual. Essa é a essência da liberdade exposta por este filósofo e é só assim que para ele o homem exerce realmente a liberdade. (ROSSEAU, 1999, p. 51-55)

A doutrina de Rousseau leva à defesa da universalização do sufrágio o que é uma característica essencial da democracia e o que o afasta do pensamento clássico defendido pela política liberal da época da Revolução Francesa, já que para o liberalismo não há realmente liberdade para todas as classes indistintamente, já que este não proporciona em sua teoria bases políticas, econômicas e sociais para isso. Ademais, o maior problema que gira em torno de todas as teorias é o princípio da liberdade e sua aplicação no Estado, o modo de seu exercício pelos cidadãos, estando mais conciliado e compatibilizado com a realidade na teoria da social democracia.

A aceitação da liberdade política trazida pelo Liberalismo Clássico como uma liberdade restrita era inconcebível, além disso, esta teoria não apresentava nenhuma solução aos problemas sociais que cresciam entre aqueles que se encontravam despossados de quase todos os bens.

Assim, em decorrência da busca por uma igualdade e liberdade efetiva, no Século XIX houve a Revolução Industrial, que espelhou a luta pelo reconhecimento da necessidade de se positivar um mínimo de direitos de natureza social, acarretando uma mudança no modelo político-econômico da época.

Nesse diapasão, está George Marmelstein:

É nesse contexto que nasce o Estado do bem-estar social (*Welfare State*), um novo modelo político, no qual o Estado, sem se afastar dos alicerces básicos do capitalismo (economia de mercado, livre iniciativa e proteção da propriedade privada), compromete-se a promover maior igualdade social e a garantir condições básicas para uma vida digna. (MARMELSTEIN, 2013, p. 63)

Impulsionado por tais movimentos, no início do século XX, as Constituições estatais deixaram de ter positivados como direitos fundamentais apenas aqueles individuais, com origem no pensamento Liberal e na Revolução Francesa, trazendo com tal reformulação o reconhecimento da necessidade gradativa de modificação do papel do Estado como um todo e em especial do Poder Judiciário, para efetivamente assegurar a todos os cidadãos não só os

direitos individuais, mas também os direitos sociais inseridos na Lei Maior do Estado, para que estes não fossem letra morta ao configurar uma igualdade e liberdade meramente formal.

Para que a teoria política democrática social tenha êxito e sobreviva, se faz necessário que afirme os direitos sociais que legitimam a intervenção do poder estatal na esfera econômica, social e cultural, reconciliando com a ideia do individualismo que pede a garantia e o reconhecimento de direitos fundamentais da personalidade, direitos estes que se forem retirados por completo a sociedade estaria mergulhada na injustiça e no caos.

O constitucionalismo moderno visa tanto garantir ao homem os seus direitos fundamentais frente ao Estado, que é o princípio liberal, quanto o aumento dos fins do Estado, para que o aparelho estatal conduza à sociedade a uma democracia efetiva, o que, por conseguinte, amplia a visão das competências do Executivo e Judiciário.

A noção contemporânea que temos de Estado social nasceu da tentativa de se superar a contradição existente entre a igualdade política e as desigualdades sociais, ocorrendo sobre diversos tipos de Governo de modo distinto, representando importantes transformações. O Estado social é a aplicação do princípio democrático.

Sendo assim, o atual modelo democrático adotado pelos Estados vem derrubando os limites trazidos com a clássica tripartição dos poderes inserida na Constituição dos Estados, haja vista que se observa que o Judiciário vem alargando suas competências, seja levado pelo Poder Legislativo, com o que hoje os doutrinadores chamam de judicialização da política, seja por meio de condutas ativistas sob o argumento de abertura semântica da norma, o que será tratado com mais detalhes nos próximos capítulos.

Em consonância com os capítulos seguintes, verifica-se que há uma reformulação no modelo clássico de tripartição de poderes, haja vista que o constitucionalismo atual tem como base o Estado Democrático Social de Direito

e não o Estado Liberal clássico que existia à época em que o modelo foi defendido por Locke.

Dessa forma, em razão da extrema importância que os direitos sociais assumiram nos ordenamentos jurídicos, faz-se necessário, para a garantia de concretização de tais direitos, que o Judiciário tenha uma participação mais efetiva, reconhecendo que o ordenamento jurídico não é completo e perfeito o que, por conseguinte, alarga as possibilidades interpretativas da norma pelo Judiciário.

Tratando do Poder Judiciário, a Constituição Federal define que compete à jurisdição a pacificação dos conflitos na sociedade com a aplicação do direito aos casos concretos, em consonância com o ordenamento jurídico, mantendo a ordem e a paz social.

Corroborando com tais argumentos, destaca-se o posicionamento de Ramos, o qual defende que ao se estudar uma ofensa ao princípio da separação dos Poderes se visa verificar se a criatividade da jurisprudência estaria ou não desviando o Poder Judiciário, afastando-o da substância de sua atividade, de sua finalidade, o que, por conseguinte, estaria a ingressar nas funções que são do Legislativo e violar a teoria Tríplice de separação das funções estatais:

Com efeito, nos estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração da função jurisdicional, cuja a autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes. (RAMOS, 2014, p.120)

Por certo, a função jurisdicional, além de ser entregue a um aparato orgânico estruturado para bem fazê-la atuar, é exercida por meio de um processo cujas notas tipificadoras (inércia, subjetividade, definitividade, contraditório, etc.) guardam estreita relação com sua conformação material. Contudo, quando se investiga suposto desvio no exercício da jurisdição, com ofensa ao princípio da separação dos Poderes, o que compete é averiguar se existiu a desnaturação substancial da atividade e não o afastamento de seu conduto formal. (RAMOS, 2014, p. 114)

Dessa forma, diante dessas considerações acerca da Teoria da Tripartição do Poder, se objetivará aclarar no capítulo seguinte essa criatividade jurisprudencial citada por Ramos, de que maneira se deu essa mudança comportamental do Judiciário e se pode ser entendido que a abertura interpretativa das normas jurídicas concedida a este estaria violando o princípio da separação dos poderes, considerando que se faz necessária uma postura ativa do Judiciário para dar resposta aos anseios da sociedade, harmonizando as normas e pacificando a sociedade.

Assim, será visto que, muitas vezes, pode-se vislumbrar que essa criatividade do Judiciário pode extrapolar os limites constitucionais de sua competência, acarretando, conseqüentemente, uma violação à separação dos poderes, o que será melhor explanado no capítulo seguinte no qual se abordará a conceituação, causas e conseqüências do Ativismo Judicial.

1.2 O Neoconstitucionalismo e a nossa Constituição Federal de 1988

A inserção da teoria da tripartição dos Poderes nas Constituições dos Estados mudou a estrutura organizacional dos mesmos. Contudo, faz-se importante esclarecer que essa divisão clássica das funções Estatais como idealizada por Montesquieu vem sendo alterada, como será melhor abordado no capítulo seguinte, mudanças essas estimuladas pelo que atualmente chamamos de Neoconstitucionalismo.

Em relação ao conceito de Constituição, é trazido no presente o entendimento de Ferdinand Lassale em sua obra “O que é uma Constituição?”. O referido autor traz que a ideia de Constituição apenas como sendo a lei fundamental proclamada pelo país, na qual se baseia a organização do Direito Público, não responde qual a essência de uma Constituição.

Desta feita, ele explica que a essência de uma Constituição é a soma dos fatores reais de poder que regem esse país, fatores estes que estão

refletidos no papel. Assim, esses fatores reais de poder transformam-se em verdadeiros direitos e quem atentar contra eles estará violando à lei.

O doutrinador supracitado esclarece ainda que o poder que se apoia a nação, a vontade do povo, é muito maior que os fatores reais de poder que regem o país, todavia, é um poder desorganizado.

Assim, pode-se dizer que a Constituição deve corresponder aos valores de uma sociedade, devendo haver compatibilidade entre o texto escrito e o que se pratica.

Nesse diapasão, destaca-se o que preleciona Canotilho, citado por Gustavo Ferreira Santos. Aquele defende que todos os países têm uma Constituição, que pode estar formalizada num documento escrito ou não, todavia, nem todos os países que possuem uma Constituição formal pode dizer que sua Constituição absorve a real ideia de constitucionalismo, ou seja, espelhando uma organização do Estado com a soma dos fatores reais de poder: social, político e jurídico.

Em Canotilho encontramos uma passagem que expressa de forma condensada três perspectivas a partir das quais o conceito de Constituição pode ser apreendidos: “Todos os países (quaisquer grupos sociais organizados) têm uma constituição; mas nem todos os países têm um documento escrito chamado constituição; e nem todos os que têm um documento constitucional possuem uma constituição filtrada pela ideia de constitucionalismo.” (SANTOS, 2011, p. 17)

Cabe salientar que o Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão traz que um país que não divide seus poderes nem declara direitos não pode dizer que possui uma Constituição. A redação do aludido dispositivo legal espelha uma concepção segundo o constitucionalismo na visão Liberal, uma vez que para este a Constituição serve como instrumento de contenção de poder.

Em relação ao Poder Judiciário, essa concepção liberal clássica que traz o Judiciário como um mero aplicador da literalidade do texto de lei veio sendo modificada, consolidando-se no Brasil com o advento da Constituição Federal de

1988. Nesse particular, o Constitucionalismo social marca o século XX, quando os Estados passaram a dar primazia não só aos direitos individuais, trazidos com o Liberalismo, mas também aos direitos sociais positivado nas constituições a partir do século XX. Essa nova concepção do Direito tem sido chamada de neoconstitucionalismo.

Nesse novo contexto, o neoconstitucionalismo fez com que o Judiciário comesse a modificar a sua postura para assegurar efetivamente aos cidadãos os direitos trazidos pela Lei Maior do Estado.

A positivação dos direitos sociais começou a ser realizada pela constituição mexicana (1917) e pela constituição alemã (1919), todavia, tal inserção não atingiu a finalidade contida no texto da lei, uma vez que os tribunais tratavam tais direitos como normas meramente programáticas, políticas de Governo, não assegurando efetivamente o cumprimento às normas sociais previstas naquelas constituições.

Contudo, tal modificação originou as bases para a modificação do pensamento à época e, por conseguinte, para a mudança gradativa da visão do papel do Poder Judiciário.

Com o neoconstitucionalismo, efetivamente consolidado no século XX, a ótica dada por este fez com que o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário passasse a ter cada vez mais importância nas democracias.

Quanto à conceituação e importância do neoconstitucionalismo:

Mas não é apenas no espaço que varia o discurso constitucionalista. Sua evolução no tempo é rica, sendo quase inconciliáveis os postulados do primeiro constitucionalismo, de matriz liberal, das formas posteriores, como o já citado constitucionalismo social, que marca o séc XX, e uma evolução deste segundo constitucionalismo, que tem sido chamada de neoconstitucionalismo. (SANTOS, 2011, p. 22)

Em especial, os tribunais europeus, principalmente o da Alemanha, avançam no controle do poder pelo Judiciário e constroem técnicas de

interpretação que também passam a ser utilizadas por outros países, inclusive, influencia nos julgados da Suprema Corte nacional, como, por exemplo, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição.

Por esses dois métodos verifica-se que a intenção primordial da Suprema Corte ao analisar as leis infraconstitucionais e atos normativos não é a de declará-los nulos, devendo a declaração de nulidade da lei ser o último recurso.

Corroborando com as explanações supra, está o entendimento de Santos:

Hoje, novos discursos constitucionalistas se afirmam. O chamado neoconstitucionalismo toma a constituição como norma, garantida por uma jurisdição constitucional vigilante. O debate sobre a controlabilidade de políticas públicas pelo Judiciário denota uma necessidade de afirmação de direitos, independentemente das decisões majoritárias. A Constituição é, antes de tudo, garantida pelo Poder Judiciário, produzindo uma impregnação de todo o ordenamento jurídico pelas normas da constituição. (SANTOS, 2011, p. 23)

O papel assumido pela Constituição denuncia uma crise do Estado legislativo e do próprio conceito de lei. A coerência do ordenamento, criado sob os auspícios de interesses de um grupo, que caracterizou o Estado burguês, parece não comparecer no atual estado constitucional. A caótica inclusão de temas em leis, nos diversos acordos momentâneos de interesses que se verifica na atividade parlamentar da atual sociedade pluralista vai encontrar nos princípios constitucionais um mínimo conteúdo referencial. (SANTOS, 2011, p. 25)

Nesse sentido, o exercício do controle de constitucionalidade pelo Judiciário objetiva a concretude das normas previstas em uma constituição federal, impedindo e reprimindo violações aos direitos ali contidos e sendo esta o norte para a elaboração das leis pelo Legislativo e interpretação e aplicação das normas pelo Judiciário. Assim, protege-se a concretude das normas e princípios basilares da Constituição Federal.

Desse modo, é concedido ao Judiciário uma margem interpretativa das normas muito mais ampla, contudo, tal possibilidade interpretativa deve observar que os princípios tem força normativa e que a interpretação das normas

constitucionais e infraconstitucionais devem pautar-se nos princípios que alicerçam a Lei Maior do Estado.

2 O Ativismo Judicial

2.1 O Constitucionalismo da Efetividade

Feitas essas considerações iniciais acerca da Constituição e do neoconstitucionalismo, importante aclarar o conceito e a influência do chamado Constitucionalismo da Efetividade nas constituições contemporâneas e nas mudanças de paradigma. Tal mudança na postura do Judiciário frente à interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais em decorrência do Constitucionalismo da Efetividade levou ao Ativismo Judicial.

Luís Roberto Barroso, afirma que a essência da doutrina da Efetividade, que se iniciou na Alemanha no século XX, é tornar as normas constitucionais direta e imediatamente aplicáveis. Assim, sempre que for violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados para a tutela dos direitos constitucionais, exigindo uma atuação efetiva dos juízes e dos tribunais (BARROSO, 2011, p. 265/266)

O referido doutrinador a atual ministro do STF preleciona que a efetividade foi o rito de passagem entre o velho constitucionalismo para o novo Direito Constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ter uma falsa supremacia para tornar-se, de fato, a Lei Maior do Estado, traduzindo-se em proveito da cidadania, consoante destaca acima.

Com o Constitucionalismo da Efetividade a Constituição passou a ter além da supremacia formal que sempre teve, também uma supremacia material potencializada, principalmente, pela normatividade de seus princípios, em especial para o presente estudo, destacamos o Princípio do Acesso à Justiça.

A doutrina da Efetividade abre caminho para o Ativismo Judicial que é uma atitude proativa do Judiciário para interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Nesse diapasão, importante esclarecer a conceituação do Ativismo Judicial trazida por Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes políticos-normativos por parte de juízes e tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais, identificável e avaliável conforme a disciplina constitucional particular acerca da estrutura e do funcionamento da jurisdição constitucional e do arranjo institucional local, e que se manifesta sob diferentes comportamentos, todos transcendentais dos limites ordinários do papel institucional do Poder Judiciário. (CAMPOS, 2011, p. 551)

Destaca-se ainda, os ensinamentos de Daniel Giotti Paula:

Na tentativa de encontrar um marco histórico para a mudança, Ingeborg Maus identifica a mudança da perspectiva tradicional de que o juiz seria a boca da lei à evolução do direito no século XIX, quando, paradoxalmente, assistiu-se a um aumento da densidade dos regulamentos e da cada vez mais crescente regulamentação detalhada e precisa nas leis, mas se abriu maior participação aos juízes na criação do direito, ao terem que lidar com conceitos indeterminados, cláusulas gerais ou formas objetivas nas leis.

No caso alemão, surgiram ao longo do século XX, Escolas de Direito que propugnavam por novas formas de encarar o direito, tendo mais espaço que as Escolas críticas que surgiram no Brasil, mas que não encontravam eco na jurisprudência, embora precursoras de movimento entendido como constitucionalismo da efetividade. Pode-se afirmar que a normatividade à Constituição é tema mais recente na cultura jurídica brasileira, consolidando-se com a promulgação do texto constitucional de 1988 e atingindo seu ápice nos últimos anos. (PAULA, 2011, p. 281/282)

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição crie direitos subjetivos, sejam estes políticos, individuais, sociais ou difusos, estes são diretos e imediatamente exigíveis do Poder Público ou do particular. Sendo assim, a doutrina da Efetividade preleciona que se está na Constituição é para ser cumprido.

Assim, a Efetividade reconhece que não há uma separação absoluta entre Direito, moral e política, pois essas três dimensões influenciam mutuamente na aplicação do direito.

Importantíssimo observar que essa doutrina reconheceu a normatividade dos princípios constitucionais, dando primazia a estes em relação às normas infraconstitucionais, desenvolvendo uma nova hermenêutica e uma nova teoria dos direitos fundamentais, edificada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Como exemplo de normatividade e supremacia dos princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana que é basilar do Estado Democrático de Direito, pode-se citar o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho em relação a uma norma expressa da CLT em seu artigo 482, f, a qual traz a possibilidade do empregador demitir o empregado em caso de embriaguez habitual.

Em que pese à clara e expressa previsão da norma supracitada, o TST, em uma hermenêutica em consonância com os princípios constitucionais, entende que a aludida norma deve ser afastada, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que o alcoolismo é uma patologia reconhecida pela OMS. Assim, apesar da autorização legal, caso o empregador queira demitir o empregado terá que rescindir o contrato sem justa causa, havendo ainda posicionamento que defende que, nesse caso, não poderia o empregador sequer demitir sem justa causa, mas deve encaminhar o trabalhador para o INSS.

Particularmente quanto a este exemplo, insta salientar que o entendimento do Judiciário não só vai de encontro à norma infraconstitucional expressa em primazia de um princípio constitucional, mas vai de encontro ao próprio posicionamento do Legislativo, uma vez que já tramitou no Congresso o PL nº 7805/2010 objetivando a retirada da alínea f do artigo 482 da CLT quanto à embriaguez habitual ser motivo para demissão por justa causa e o mesmo não passou pela Comissão de Constituição e Justiça, entendendo esta que era inconstitucional por tolher a liberdade do empregador. Contudo, projeto semelhante com o mesmo objetivo ainda tramita no Congresso, a saber: PL nº 206/2003.

2.2 Ativismo Judicial: conceito e as divergências doutrinárias

A doutrina da Efetividade abre caminho para o ativismo judicial que diferencia-se da judicialização da política, esta significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral que deveriam estar sendo tratadas e regulamentadas pelo poder Legislativo estão sendo discutidas e decididas pelo Poder Judiciário num processo progressivo de ampliação dos poderes deste, ampliação esta proporcionada pelo próprio Legislativo, devido a uma crise que o Legislativo vem enfrentando de funcionalidade e representatividade.

Em relação ao conceito de Ativismo Judicial, destaca-se, *in verbis*, a conceituação trazida por Inocência Mártires Coelho:

Ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político – normativos por parte de juízes e tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais, identificável e avaliável conforme a disciplina constitucional particular acerca da estrutura e do funcionamento da jurisdição constitucional e do arranjo institucional local, e que se manifesta sob diferentes comportamentos, todos transcendentais dos limites ordinários do papel institucional do poder judiciário. (COELHO, 2011, p. 484/485)

Desta feita, a doutrina entende que o ativismo é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo do Judiciário para interpretar a Constituição, expandindo o sentido e o alcance desta.

O ativismo judicial enfrenta muitas críticas, principalmente, de que as atitudes ativistas do Judiciário extrapolam os limites constitucionalmente estabelecidos para as suas funções, espelhando uma usurpação de competência do Legislativo, pois o Judiciário estaria utilizando-se do discurso de abertura semântica da norma e de interpretação conforme os princípios constitucionais para criar o direito, afastando-se do sentido literal da norma e, muitas vezes, a interpretação dada sob tais argumentos não corresponde, de fato, a aplicação preponderante de determinado princípio utilizado como fundamento da norma.

Entendendo contrariamente à legitimidade da expansão do ativismo judicial, alguns doutrinadores assim se manifestam:

No que tange especificamente ao tema do presente trabalho, a subsistência da separação dos poderes, ante a invasão dos espaços políticos por decisões judiciais, quando se trata especificamente do ativismo, refere-se a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. (PAULA, 2011, p. 280)

Para os que defendem o ativismo judicial, argumentam que este não reflete uma usurpação de poder pelo Judiciário, mas, ao contrário, considerando a dinamicidade da sociedade e que as normas podem possuir mais de uma interpretação, cabe ao Judiciário aplicar a que melhor se enquadra ao caso concreto, harmonizando a norma infraconstitucional com os princípios e normas da Constituição que devem sempre prevalecer, estando o ativismo judicial em plena consonância com a democracia, sendo fundamental a esta, uma vez que se faz necessário que o Judiciário tenha uma postura mais ativa na interpretação e aplicação das normas para atender aos anseios da sociedade e a dinamicidade do Direito.

Quanto à ampliação das competências do Judiciário:

Mais expressiva, ainda, nessa rejeição à tese de que a criação judicial do direito ofenderia o princípio constitucional da separação dos poderes, é a posição de Inácio Otto, para que, em realidade, atribuição de valor vinculante à jurisprudência é o único modo de manter a própria separação dos poderes, que estaria comprometida caso a interpretação das leis ficasse a cargo do próprio legislador, que as edita, e não do juiz, um terceiro imparcial, que fixa o sentido das normas à luz dos casos e controvérsias, complementando, por essa forma, a tarefa legislativa. (COELHO, 2011, p. 484/485)

A prática da jurisdição constitucional tem construído cada vez mais técnicas decisórias que permitem a ampliação da interferência do juiz constitucional no conteúdo da norma submetida à sua análise. (SANTOS, 2011, p. 81)

Para Barry Friedman, o controle jurisdicional da constitucionalidade tem vantagem de facilitar o diálogo nacional

sobre o significado da constituição. No entanto, isso não deve resultar em uma supremacia do Judiciário. Ao mesmo tempo, devemos buscar a garantia de qualidade do debate em torno da Constituição e a possibilidade de, quanto às decisões do Judiciário se distanciam das aspirações populares, o sistema realizar uma autocorreção. Não terá o Poder Judiciário a última palavra. (SANTOS, 2011, p. 96)

Desse modo, não se deve entender o ativismo judicial como uma atitude negativa e atentatória ao princípio da separação dos poderes pondo em risco a estrutura do Estado, todavia, consoante preleciona a doutrina, o mecanismo do controle de constitucionalidade deve espelhar uma efetividade e concretude das normas e princípios constitucionais e não uma supremacia do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, correspondendo a uma autorização ao Judiciário para atuar como legislador positivo e criar o direito.

A postura do Judiciário e a sua liberdade interpretativa deve ser responsável e controlada, justamente porque este não pode ir de encontro ao conteúdo de normas legítimas e constitucionais, criando o direito a pretexto de lacunas ou margens interpretativas inexistentes para inserirem comandos incompatíveis com a real intenção da norma e, por conseguinte, do legislador que é o representante da vontade popular, abusando do poder que lhe é conferido pela Constituição Federal.

Diante disso, o Sistema deve promover mecanismos que possam ser utilizados para a correção de posturas do Judiciário que fujam das verdadeiras pretensões e necessidades da sociedade e violem a estrutura de Poder constitucionalmente definida.

No Brasil, sob aplausos de uns e críticas de outros, nos deparamos com o STF, a nossa corte constitucional, a criar direito novo, embora ainda com a cautela de anunciar que as normas emergentes dos seus julgados não surgiram do nada, antes foram apenas extraídas do próprio texto da constituição, onde estavam insinuadas, latentes ou implícitas, como que à espera do momento oportuno para se mostrarem às claras. (COELHO, 2011, p. 480)

A liberdade do intérprete/aplicador do direito, por outro lado, há de ser uma liberdade responsável e autocontrolada, pois não lhe é dado introduzir na lei o que deseja extrair dela, nem tampouco

aproveitar-se da abertura semântica dos textos para neles inserir, fraudulentamente, conteúdos que, de antemão, ele sabe serem incompatíveis com esses enunciados normativos. (COELHO, 2011, p. 483)

As ações de inconstitucionalidade não podem servir à afirmação do poder do Tribunal contra o poder do povo. Não podem transferir o poder para um corpo técnico não responsável diretamente pelo povo. Aliás, depositar esperanças excessivas no Poder Judiciário seria contraproducente para a vida da democracia, já que bloquearia a criação de uma cidadania ativa, que, no lugar de buscar organização e intervenção na política, dirigiria ao Judiciário todas as suas reivindicações. (SANTOS, 2011, p. 99)

Importante esclarecer ainda nesta conceituação do ativismo judicial, que o oposto do ativismo é a autoconcentração judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir a sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair ao máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive, construindo regras específicas de conduta a partir de princípios e conceitos jurídicos indeterminados. Por sua vez, a autoconcentração se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos poderes políticos.

Assim, tem-se que o magistrado não pode se afastar ou reformular as normas ao solucionar os casos concretos com base em seus sentimentos pessoais, ultrapassando os limites de sua competência constitucional, devendo buscar o equilíbrio entre o pacifismo e o ativismo, realizando uma autolimitação.

Quanto à diferenciação entre o ativismo judicial e a autoconcentração, traz a doutrina que:

O ativismo, ao contrário, traduz-se mais em uma prática jurisdicional de como tratar o próprio exercício da judicatura. Contrapondo-se a autocontenção, é um mecanismo de afirmação do próprio poder jurisdicional além dos limites impostos pela ordem jurídica positiva ou pela prática judicial consolidada. Parece que o novo constitucionalismo sedimentou um caminho mais fácil para posturas ativistas, mas fato é que, historicamente, esteve ele atrelado a um modelo constitucional mais contido. (PAULA, 2011, p. 300)

Em um sistema jurídico de natureza dinâmica, as regras estabelecidas na legislação infraconstitucional não podem ser tidas como absolutas, ou seja, normas que prevejam uma hipótese de incidência fechada à qual seria impossível estabelecer exceções. As normas são passíveis de superabilidade quando contrapostas com os princípios, analisando não só o princípio que fundamenta o seu conteúdo material, mas os demais princípios constitucionais.

Destaca-se ainda, o posicionamento de Eliel da Silva Ramos sobre a discussão do ativismo judicial:

Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo para a expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “pacivismo”, que, guiado pelos propósitos de respeitar as opções do legislador ou de precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. (RAMOS, 2014, p. 110)

O desenvolvimento técnico até aqui realizado já permite uma conceituação do fenômeno denominado “ativismo judicial”, necessariamente amplo por não se atrelar a um específico sistema jurídico, muito embora se revele mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação dos poderes: por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário, fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há com visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas. (RAMOS, 2014, p. 129)

2.3 O Ativismo Judicial nos Tribunais Superiores: STF e TST

As mudanças em nosso Sistema Jurídico com o ativismo judicial mudou a postura do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais Superiores. Quanto ao STF, faz-se imprescindível ressaltar a mudança quanto aos julgamentos dos mandados de injunção, em especial, a título de exemplo, aos que dizem respeito ao direito de greve do servidor público que apesar de estar assegurado constitucionalmente, depende de regulamentação por lei infraconstitucional. Os referidos mandados de injunção são o nº 670 que foi julgado em 25/10/2007 pelo STF, juntamente com os mandados de injunção nº 708 e nº 712.

No caso em comento, Gilmar Mendes e a maioria da Corte reconheceu essa necessidade de uma mudança na visão institucional e estavam realmente dispostos a dar concretude direta à norma constitucional discutida. Para isso, aplicou para regulamentar a greve no serviço público, com eficácia *erga omnes*, a utilização por analogia das regras que disciplinam a greve no âmbito privado, enquanto o Legislativo não cumprir o seu papel e editar a lei a qual se refere à Constituição Federal, consoante acórdãos citados acima.

Em que pesem as crescentes condutas ativistas do STF, inclusive com a edição de súmulas vinculantes, bem como a postura ativista de outros tribunais superiores, como já dito, faz-se necessário um equilíbrio por parte do Judiciário para que o este não passe a criar o direito em detrimento da real intenção da norma. Sendo assim, cabe ao próprio Judiciário, em especial aos Tribunais Superiores, realizar esse equilíbrio para não ultrapassarem suas competências constitucionalmente definidas.

Trazendo como exemplo um freio realizado pelo próprio STF, tem-se a súmula vinculante número 4, a qual o STF firmou o entendimento de que não era possível o cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo, tendo em vista que o Art. 7º, IV da *Lex Mater* proíbe que o salário mínimo seja utilizado como fator de indexação. Assim, a teor deste inciso não poderia mais

ser aplicada a norma prevista no Art. 192 da CLT que determina que o adicional de insalubridade seja calculado sobre o salário mínimo. Ocorre que, a Constituição Federal prevê como direito fundamental do trabalhador no mesmo Art. 7º, XXIII o pagamento do adicional de insalubridade calculado e pago na forma da lei.

Ora, a Lei Maior do Estado trouxe que o referido adicional seria calculado e pago na forma que deveria estar prevista por uma legislação infraconstitucional, todavia, o legislador até o momento não cumpriu com o seu dever constitucional para substituir a norma prevista na CLT que foi recepcionada pela CF e que determina ser a base de cálculo do aludido adicional o salário mínimo, não se pode tolher um direito fundamental do trabalhador, nem abrir margem para que cada magistrado aplicasse uma base de cálculo diferente.

Dessa forma, sob o argumento de que estaria atuando como legislador positivo, ou seja, usurpando competências exclusivas do Legislativo, o STF decidiu em 2008, por decisão do Ministro Dias Toffoli – RE nº 565.714/SP, que não poderia mudar a base de cálculo do aludido adicional, afastando a incidência da Súmula Vinculante nº 4.

2.4 Conflitos normativos e decisões *contra legem*

Com a primazia das normas e princípios constitucionais sobre qualquer norma infraconstitucional, tem-se que é possível que a aplicação da lei a um caso concreto vá de encontro ao que está expressamente estabelecido em uma norma infraconstitucional quando haja um conflito desta com os princípios constitucionais. Diante dessa situação, poder-se-ia dizer que seria admissível uma decisão *contra legem*.

Enquanto os princípios devem ser otimizados segundo uma proporcionalidade para que sejam determinadas as possibilidades fáticas e jurídicas para a sua aplicação, fazendo-se uma ponderação entre os princípios

diante do caso concreto, as regras contêm comandos definitivos para a sua aplicação.

Assim, havendo uma colisão entre uma regra e um princípio constitucional, pode-se solucionar a problemática ponderando o princípio que justifica a existência da regra com os demais princípios previstos na Constituição, o que poderia culminar com o afastamento da norma em prevalência ao princípio.

Nesse diapasão, destaca-se o posicionamento da doutrina:

(...) Enquanto os princípios devem ser otimizados segundo a máxima da proporcionalidade para que sejam determinadas as possibilidades fáticas e jurídicas em que eles devem ser aplicados, de sorte que a operação básica de sua aplicação é a ponderação, as regras contêm mandados definitivos e a operação básica para a sua aplicação é a subsunção. (BUSTAMANTE, 2011, p. 117)

No caso de uma colisão entre uma regra válida e um princípio constitucional, pode-se ponderar o princípio que justifica a existência da regra com outros princípios diretamente estatuídos na Constituição, [...] (BUSTAMANTE, 2011, p. 117)

Os casos de superabilidade de uma regra jurídica são sempre casos de decisões *contra legem*. (BUSTAMANTE, 2011, p. 128)

Portanto, nem todos os conflitos existentes entre regras são resolvidos com o reconhecimento de invalidade de uma delas, uma vez que para uma determinada situação é possível estabelecer uma exceção a uma dessas normas expressas. Assim, o conflito surge quando não é possível admitir a validade simultânea das normas conflitantes no mesmo tempo e lugar.

Corroborando com os argumentos acima, na análise dos princípios que fundamentam eventuais normas colidentes e que norteiam todo o ordenamento jurídico para a aplicação da lei ao caso concreto, ressalta-se os ensinamentos de Alexy para quem só se pode conferir eficácia aos princípios se deles se puder extrair regras numa linguagem universal, só sendo válida a aplicação destas se atenderem aos princípios que as fundamentam:

Não obstante, embora as decisões *contra legem* não sejam completamente estranhas à rotina do aplicador do direito, reina uma espécie de silêncio acerca delas e os teóricos do direito normalmente encontram dificuldades para elaborar diretivas capazes de justificá-las. [...] há casos em que é possível deixar de aceitar o resultado das interpretações jurídicas fundamentadas em argumentos semânticos, de sorte que o intérprete realiza uma reformulação da regra original para introduzir uma exceção em sua hipótese de incidência. (BUSTAMANTE, 2011, p. 116)

Segundo Alexy, nem todos os conflitos entre regras são resolvidos com o reconhecimento da invalidade de uma delas, haja vista que, em algumas situações, é possível estabelecer uma exceção a uma dessas regras. (BUSTAMANTE, 2011, p. 123)

Alexy: de um lado, os princípios só adquirem eficácia se delas se puder adscrever regras formuladas em uma linguagem universal; de outro, as regras não podem ser aplicadas sem atenção aos princípios que lhes fundamentam. (BUSTAMANTE, 2011, p. 126)

Como exemplo de decisão *contra legem* pode-se citar o posicionamento do TST em relação à impossibilidade de demissão por justa causa do empregado em decorrência de embriaguez habitual, em consonância com as explanações no capítulo anterior. O tribunal em referência rejeita norma prevista expressamente na legislação infraconstitucional com base no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar que fundamenta o ordenamento o ordenamento constitucional e infraconstitucional pátrio, sendo o aludido princípio universal, uma vez que é internacionalmente reconhecido na garantia dos direitos fundamentais.

3 Sistemas Jurídicos

3.1 Considerações acerca do sistema jurídico *Civil Law*

Cumprе agora tecer algumas linhas sobre os Sistemas Jurídicos *Civil Law*, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Jurídico do *Common Law* que, em que pese ter bases totalmente diferentes do primeiro Sistema, vem tendo algumas de suas características inseridas no nosso ordenamento jurídico pátrio; uma vez que as mudanças no Sistema jurídico adotado pelo País decorre do que foi explanado nos dois capítulos anteriores, como se buscará explanar melhor adiante.

Consoante exposto nos capítulos anteriores, a Revolução Francesa modificou as Constituições dos Estados, primando pela defesa da Tripartição dos Poderes para assegurar as liberdades individuais.

Em 1790, em razão da Revolução Francesa, foi criado na França a Corte de Cassação, órgão não judicial, mas estatal com o papel claro de limitar o poder do magistrado e com a única função de cassar as decisões que não estivessem em conformidade com a real intenção da lei, ou seja, que não espelhassem a vontade do legislador e, por conseguinte, a interpretação que foi conferida pelo magistrado a determinado caso concreto não seria a correta. Desta feita, a Corte cassava a decisão sem, entretanto, dizer qual seria a interpretação correta.

Com o passar do tempo, sentiu-se a necessidade de que tal Órgão que apenas anulava as decisões judiciais passasse a informar qual seria a interpretação correta a solucionar o caso concreto. Ademais, posteriormente, tal Órgão passou a integrar o Judiciário e tornar-se um órgão de cúpula, sobrepondo-se aos tribunais inferiores. Dessa forma, o próprio Judiciário passou

a interpretar as decisões judiciais, passando a buscar a uniformização da interpretação das leis.

Impende frisar, que o pensamento à época era de que ao Judiciário cabia meramente a estrita aplicação da lei sem margem para que o magistrado realizasse alguma interpretação, pois a ideia era a de que o Legislativo elabora uma lei completa e que o ordenamento jurídico contempla todas as situações que podem ter relevância jurídica e serem levadas à apreciação e julgamento pelo Judiciário, nos termos dos ideais revolucionários da França. Assim, o objetivo era garantir a segurança jurídica e a previsibilidade na sociedade, bem como a igualdade e liberdade de todos.

Corroborando com as definições supra, destaca-se o entendimento espelhado por Luiz Marinoni:

Assim, manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica. O próprio Montesquieu fez coro pela segurança jurídica fundada na estrita da aplicação da lei quando disse que, se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”. (Luiz Guilherme Marinoni, 201, p. 216)

No Brasil o sistema jurídico adotado é o do *Civil Law*, nele a lei, principalmente a Constituição Federal, está acima de qualquer fonte do Direito, objetivando manter o juiz preso à Lei sob o argumento de que assim estará sendo garantida a segurança jurídica e nos primórdios do *Civil Law* entendia-se, utopicamente, que ao juiz não cabia qualquer margem interpretativa da Lei, mas apenas a identificação da norma a ser aplicável ao caso concreto e a aplicação de sua literalidade.

Nesse diapasão, uma vez a lei é a principal fonte do direito, a jurisprudência e a doutrina são colocadas em posições secundárias e muitas vezes, a jurisprudência não assume uma função de fonte do Direito, mas é vista apenas com uma ferramenta de cunho argumentativo para formar o convencimento de aplicabilidade de determinada norma ao caso concreto:

Em suma, no sistema da família romano-germânica, elaborada, como se viu, a partir da revisão do Direito Romano e que dá base ao sistema da *Civil Law*, o que se tem é a prevalência da lei, como fonte direta do direito, havendo, também, entendimento de que o costume ocuparia a mesma posição. Já a doutrina e a jurisprudência, como fontes indiretas, são colocadas em posições secundárias, havendo, além disso, a tentativa de se atribuir às ditas fontes a característica de generalidade. A última delas –a jurisprudência– é, na grande maioria das vezes, mera fonte persuasiva do direito. E, por último, o ensino do direito não dá ênfase à solução do caso concreto, mas antes, tenta conduzir o estudante a buscar, com base na filosofia, na psicologia e na sociologia, a subsunção do fato à norma, para tentar resolver o caso concreto. (BRITO e OLIVEIRA, 2010, p. 10-11)

Consoante se mostrará no tópico seguinte, a mudança de paradigma ocorrida a partir do século XX acarretou uma reformulação nessa clássica concepção do *Civil Law* em nosso ordenamento jurídico.

3.2 Considerações acerca do sistema jurídico *Common Law*

A doutrina, originalmente, apresenta o sistema do *Common Law* como um Sistema Jurídico oposto ao *Civil Law* que, a princípio, possui características incompatíveis com este sistema.

Assim, contrariamente ao *Civil Law* está o Sistema do *Common Law* que é o Direito formado pelos precedentes; neste, a força do Direito é a jurisprudência formada pelos precedentes que tem força maior que qualquer outra fonte de Direito, inclusive a lei escrita, culminando com a criação do Direito pelos Tribunais.

O Sistema do *Common Law* surgiu na Inglaterra, cabendo frisar que neste país não existe um único documento como constituição escrita, assim, as liberdades dos cidadãos e os limites às arbitrariedades do poder do Estado estão assegurados em legislações esparsas e pela jurisprudência formada no âmbito dos tribunais.

Destaca-se o que traz Jaime Brito e Flávio Oliveira quanto à estruturação do direito Inglês:

A organização judiciária inglesa, de acordo com a estruturação da Administration of Justice Act (1970) e Courts Act (1971), encontra-se dividida da seguinte maneira: a) a Supreme Court of Judicature (alta justiça), subdividida pelas High Court of Justice, Crown Court (matéria penal) e Court of Appeal, que opera como um segundo grau de jurisdição das duas primeiras cortes. No ápice, tem-se a Câmara dos Lordes; b) como jurisdições inferiores: a Corte de Condado (jurisdição cível) e as Magistrates Courts (jurisdição criminal). (BRITO e OLIVEIRA, 2010, p. 14)

Em relação à conceituação do Sistema do *Common Law*, importante frisar que os Precedentes emanados pela Corte Superior dos países que o adotam são de vinculação obrigatória pelos tribunais e Juízes inferiores, conforme explanado por Luiz Guilherme Marinoni nas citações infra:

Quando se diz que o juiz do Common law cria o direito, não se está pensando que a sua decisão tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo legislativo, isto é, a lei. Porém, seria possível argumentar que a decisão, por ter força obrigatória, constitui direito. Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há, evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo. Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia direito preexistente, o direito costumeiro. (Luiz Guilherme Marinoni, 2011, p. 38)

No mesmo sentido está Antoine Garapon:

Nas magistraturas do Common Law como a inglesa, a independência externa está assegurada, mas a independência interna é muito fraca. A independência da magistratura é enorme... em detrimento da do juiz! (Antoine Garapon, 2011, p. 59)

Assim, nos países onde se adota o Sistema do *Common Law*, os órgãos jurisdicionais apreciam um caso concreto em face de um precedente da mesma forma como um julgador no Sistema do *Civil Law* analisa o caso em face da Constituição e da lei, ou seja, primeiro analisam a pertinência do julgado e sua

aplicabilidade ao caso levado à sua apreciação, haja vista que podem concluir que aquele precedente não se enquadra àquele caso concreto que ora é julgado, destarte, não estaria refletindo à lide, logo, não poderia ser aplicado para solucionar o caso concreto, posto que as circunstâncias fáticas diferem da que originou o precedente.

Em consonância com os estudiosos do tema, depreende-se que nem toda jurisprudência pode ser considerada como precedente, haja vista que este visa enfrentar todas as questões de direito que advenham ou possam advir com aquele caso concreto para que ele seja aplicado no futuro, não apreciando as questões de fato. Ademais, não se limita a externar a literalidade da lei, reproduzindo seu texto, mas procura conferir uma interpretação a esta. Ressalta-se ainda, que conforme entendimento conceitual de Luiz Guilherme Marinoni e Eduardo Appio referenciado abaixo, às vezes será necessária mais de uma decisão para que seja formado um precedente:

Um precedente terá tanto mais força quanto mais a interpretação através dele executada se mostre plausível, esteja absorvida pela cultura jurídica local e não represente uma surpresa para os litigantes, bem como próxima do texto constitucional e, finalmente, que alcance o maior número de votos possível. Os verdadeiros precedentes possuem uma força vinculante atrativa dos direitos a serem concretizados nas novas decisões. (Eduardo Appio, 2011, p. 64)

Note-se que o precedente constitui decisão acerca da matéria de direito, - ou, nos termos do Common Law, de um *point of Law* -, e não de matéria de fato, enquanto a maioria das decisões diz respeito a questões de fato. Quando são enfrentados pontos de Direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal. Outrossim, um precedente requer a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado. (Luiz Guilherme Marinoni, 2011, p. 216)

Nesse diapasão, importante trazer o entendimento de Eliel da Silva Ramos, sintetizando o referido sistema:

[...] primeiro verificam a pertinência do julgado diante do caso que lhes é trazido a julgamento, pois podem entender que a norma dele inferida não é aplicável à controvérsia atual,, em razão de diferenças relevantes no respectivo material fático (a técnica do *distinguishing*); em segundo lugar, procede-se o refinamento da interpretação do texto da decisão precedente, do que poderá resultar a restrição ou ampliação dos efeitos da norma a ele acoplada, ou até mesmo o reconhecimento da revogação, total ou parcial, do precedente (a técnica do *overruling*); finalmente, na hipótese de se afirmar a imprestabilidade do precedente para o caso *sub judice*, o juiz ou o tribunal produzirão a norma de decisão com base nos princípios gerais do *Common Law*, no raciocínio analógico ou equidade, de forma similar ao procedimento de integração de lacunas nos sistemas de *civil law*, mas com a relevante diferença de que essa decisão inovadora, se adotada por tribunal de apelação ou superior, passará a constituir um precedente vinculativo. (RAMOS, 2014, p. 106)

Destaca-se ainda que, conforme entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha, a força dos precedentes e uniformização da jurisprudência visam conferir a segurança jurídica e impedir que haja decisões conflitantes para casos concretos semelhantes, o que leva à necessidade do Judiciário proferir a mesma decisão para dirimir lides idênticas, originadas das mesmas causas, tendo portanto, o mesmo fundamento:

A obediência aos precedentes e a uniformização da jurisprudência prestam-se a concretizar, ainda, a segurança jurídica, garantindo previsibilidade e evitando a existência de decisões divergentes para situações jurídicas homogêneas ou para situações de fato semelhantes, sendo certo que decisões divergentes não atingem a finalidade de aplacar os conflitos de que se originaram as demandas. Casos iguais devem ter, necessariamente, decisões iguais, sob pena de se instaurar um estado de incerteza.” (CUNHA, 2012, p. 349-374.)

Desta feita, nos países que adotam como sistema jurídico o *Common Law* os tribunais inferiores são obrigados a seguir as decisões dos tribunais superiores quando estes emanam julgamentos que são precedentes, além disso, os juízes de primeira instância e tribunais inferiores devem sempre observar para proferir uma decisão no caso concreto a *ratio decidendi* do precedente julgado pelo Tribunal Superior para segui-lo, desde que esteja diante do mesmo caso concreto. Assim, deverá fundamentar a decisão na razão de decidir do

precedente paradigma, demonstrando, por conseguinte, a adequação daquele precedente que foi invocado ao caso concreto.

Como exposto, os precedentes são julgados com força vinculante, o objetivo dessa vinculação é aplicar uniformemente o Direito frente a casos materialmente semelhantes.

3.3 A conciliação no ordenamento jurídico pátrio do *Civil Law* com o *Common Law* e a tripartição dos Poderes

Diante da crescente mudança que o Judiciário vem promovendo em relação a sua atuação como intérprete e aplicador do Direito, não se restringindo, em muitos casos, a mera aplicação do texto da lei ou a sua interpretação, pois algumas vezes vai além; tem-se observado que Judiciário vem adotando uma postura que se assemelha ao Sistema Jurídico do *Common Law* e não do *Civil Law* que é o Sistema Jurídico originalmente adotado pelo Brasil.

A chegada da sociedade na pós-modernidade e o pluralismo (político, cultural, etc.) como uma característica desta, ampliado pela globalização e a necessidade de comunicação com outras sociedades e conciliação de sistemas jurídicos diferentes para a criação de um direito supranacional, propicia a cada Estado o conhecimento de outros sistemas jurídicos. Via de consequência, o Judiciário pátrio acaba sendo influenciado por outros ordenamentos jurídicos e espelha essa influência gradativamente nas suas decisões internas.

Diante dessa conjuntura, uma vez que determinado dispositivo legal pode permitir a abertura para mais de uma interpretação, há de se refletir se realmente só o fato da norma constar expressamente numa lei constitucional ou infraconstitucional confere segurança jurídica.

Nesse diapasão, é inegável o novo papel do juiz que, há muito, deixou de ser visto como “boca da lei”, seguindo as teorias racionalistas. A hermenêutica jurídica não é um procedimento mecânico, mas sim, um meio para a obtenção

de um fim que é a aplicação da vontade objetiva da lei, devendo esta acompanhar as necessidades e alterações comportamentais da sociedade.

Sendo assim, importante destacar o posicionamento de Peter Häberle acerca deste novo papel do juiz como intérprete da lei e que faz parte do objeto de estudo:

O juiz agora não pode ter a sua atividade reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior sob a qual se subsume automaticamente o fato. A hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados como as análises teleológicas, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei [...]. (Menelick de Carvalho Neto, 1998, p. 36)

Ressalta-se, que a mudança de postura do Judiciário demonstra uma busca por conferir força cada vez maior à jurisprudência oriunda dos tribunais superiores.

Sendo assim, discute-se se há ou não uma violação ao princípio da tripartição dos Poderes e um risco aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Consoante esclarecido no tópico supra, o ordenamento jurídico pátrio adotou formalmente o Sistema Jurídico do *Civil Law*, nele há uma Lei máxima do Estado que são as constituições e outras leis hierarquicamente inferiores.

Nesse tipo de Sistema Jurídico a lei se sobrepõe a qualquer outra fonte do Direito, objetivando manter o juiz preso a esta sob o argumento de que assim estará sendo garantida a segurança jurídica.

Do lado oposto, tem-se o Sistema Jurídico do *Common Law*, consoante aclarado no tópico imediatamente anterior, neste o Direito é formado pelos precedentes das Cortes Superiores; portanto, a força do Direito é a jurisprudência formada pelos precedentes que tem força maior que qualquer

outra fonte de Direito, inclusive a lei escrita. Tal sistema acarreta e permite uma abertura para a criação do Direito pelos Tribunais Superiores dos Estados que adotam tal Sistema, decisões estas que adquirem força obrigatória e vinculante frente aos juízes e tribunais hierarquicamente inferiores.

Em razão das mudanças apontadas no papel do Judiciário brasileiro, verifica-se que não estão mais presentes todas as características do Sistema do *Civil Law* puro que é o sistema jurídico implantado no Brasil, havendo inclusão de características pertinentes ao *Common Law* que é um Sistema Jurídico, a princípio, visto como oposto do *Civil Law*, todavia, a inserção de peculiaridades daquele neste vem se apresentando possível, caminhando para uma conciliação entre ambos.

Há algum tempo já vem sendo incorporado ao nosso sistema jurídico características do *common law* por meio do Poder Judiciário, contudo, os tribunais superiores pátrios, muitas vezes, ultrapassam a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, havendo criação de norma pelo Poder Judiciário.

O que de fato diferencia os dois sistemas é a função dos Códigos e a função do juiz ao considerá-los. No *Common Law*, os Códigos não são elaborados com a intensão de conter todas as regras para solucionar os conflitos na sociedade, destarte, abre espaço para a margem interpretativa ampla do magistrado.

No *Civil Law*, como trazido por Marinoni em sua obra *Precedentes Obrigatórios* e outros autores citados, se pretende negar, obscurecer ou tornar irrelevante a função do juiz frente à impossibilidade do ordenamento jurídico contemplar a regulamentação de todo e qualquer acontecimento que possa ter relevância jurídica, não havendo a preocupação em reconhecer e ressaltar que com o Neoconstitucionalismo o magistrado deixou de ser meramente “a boca da lei”, sem, contudo, violar o princípio basilar do Estado Democrático de Direito de Tripartição dos Poderes, havendo atualmente a manutenção e prevalência dos princípios constitucionais na interpretação das leis.

Dessa forma, com o Neoconstitucionalismo o papel do juiz e a sua atuação hodiernamente afasta-se da função classicamente trazida pelo *Civil Law* e aproxima-se do magistrado no sistema jurídico do *Common Law*, espelhando uma realidade fática de convivência harmônica destes Sistemas e criação de um sistema jurídico híbrido.

A questão que merece cautela do intérprete e aplicador do direito é para que esta aproximação dos sistemas jurídicos não acarrete o engessamento do Direito levado pela uniformização dos precedentes, aniquilando os argumentos jurídicos em todas as instâncias que venham a contrariar uma súmula, orientação jurisprudencial ou um precedente. Ademais, não se pode olvidar que não abandonamos o *civil law*, destarte, a jurisprudência deve cumprir um papel integrador do Direito sem, contudo, criar o direito em inobservância às leis criadas pelo legislador.

Constata-se que essa aproximação entre os Sistemas do *Civil Law* com o *Common Law* é feita não só pelo Judiciário, espelhado no posicionamento dos tribunais superiores, mas vem sendo realizada pelo Legislativo.

O novo CPC, que entrará em vigor em março de 2016, mostra claramente a inserção do Sistema dos precedentes em nosso ordenamento jurídico, como, por exemplo, no Capítulo VIII, Seção II, intitulado Dos Elementos e Efeitos da Sentença, no qual dispõe a partir do artigo 489 os elementos essenciais da sentença, determinando que não se considerará fundamentada a decisão que não contiver os fundamentos determinantes que demonstram o enquadramento de um precedente invocado pelo juiz para a solução do caso concreto que está julgando, bem como, deixar de seguir um precedente ou súmula que foi invocado pela parte sem demonstrar que este não se adequa ao caso concreto ou que o entendimento do precedente foi superado.

Outro exemplo que traz a força que os precedentes passarão a ter no ordenamento jurídico brasileiro é o artigo 926 do novo CPC, no qual consta que os tribunais devem buscar uniformizar a sua jurisprudência e para toda súmula editada deve ater-se aos fatos que levaram à criação do precedente paradigma,

este que será originado a partir do julgamento de casos repetitivos pelos tribunais superiores e por incidente de assunção de competência.

Importante destacar ainda, uma nova alteração na figura do agravo de instrumento, nos termos do novo artigo 1.402 do novo Código de Processo Civil, o qual dispõe que o agravo servirá para demonstrar que a decisão proferida para a inadmissibilidade recursal invoca um precedente que não condiz com o caso concreto *sub judice*.

Nesse novo cenário legislativo e judicial não há mais espaço para posicionamentos doutrinários que defendem que a jurisprudência não é fonte formal de Direito, todavia, não podemos dizer que abandonamos o Sistema Jurídico do *Civil Law* para adotarmos em definitivo o *Common Law*, haja vista que a nossa Lei Maior traz em seu artigo 5º, II, como direito fundamental de todo cidadão, que ninguém estará obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, decorrendo daí o princípio da legalidade.

Ressalta-se, que por tal direito está inserido no artigo 5º da Constituição Federal, sendo um direito fundamental, está acobertado pelo manto das cláusulas pétreas, consoante previsão do artigo 60, 4º, da CF. Desta feita, a abertura para a força da jurisprudência em nossos tribunais deve ser vista com bastante cautela, uma vez que a jurisprudência não está acima das leis, sobretudo, da Constituição Federal, e que o direito de fazer ou deixar de fazer algo nos estritos termos do que está previsto em lei não poderá ser abolido nem por meio de emenda constitucional.

4.0 Os Princípios aplicáveis à esfera trabalhista que obstam interpretações da norma em desfavor do trabalhador

4.1 A função dos princípios na hermenêutica das normas jurídicas

Considerando que o objeto desse estudo está alicerçado nos princípios constitucionais e infraconstitucionais, estes que com a visão do neoconstitucionalismo passaram a ser reconhecidos como normas de aplicabilidade plena, sendo o norte para a elaboração e aplicação das normas jurídicas, importante abordar a função dos princípios na hermenêutica jurídica.

Interpretar é analisar e extrair o conteúdo e o alcance de uma norma e, em se tratando da Constituição Federal que é a norma maior do Estado que norteia a elaboração e aplicação do Direito, observar a finalidade dos preceitos constitucionais é harmonizar o ordenamento jurídico e as demandas sociais, cabendo frisar que há preceitos que permitem mais de uma interpretação.

A Constituição Federal é um estatuto jurídico e político, todavia, o intérprete da Constituição não pode deixar os valores políticos influenciarem na interpretação da norma de modo a retirar-lhe o verdadeiro conteúdo jurídico.

Robert Alexy traz em sua obra uma diferenciação entre regras e princípios jurídicos, dispondo que os princípios são normas que ordenam as diversas possibilidades jurídicas de aplicação de uma norma a um caso concreto, tratando-se de mandados de otimização que permitem ao intérprete e aplicador

da norma cumprir um princípio de formas diferentes. Já uma regra, se ela é válida, então tem que ser cumprida nos seus exatos termos:

Para Alexy, regras e princípios são normas, pois ambos dizem o que deve ser feito, destarte, ao analisar um caso concreto para interpretar e aplicar a norma, o intérprete e julgador pode ter a necessidade de apreciação da norma também à luz de um princípio.

Com frequência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou normas e máxima, que são contrapostos. Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever ser, ainda eu de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (Alexy, 2011, p. 87)

Quanto à força normativa dos princípios, importante salientar o que traz Ramos:

No caso específico dos princípios da força normativa e da máxima efetividade, verbalizam eles nada mais do que uma orientação de natureza teleológica ao intérprete-aplicador, que deve, sempre que juridicamente possível, isto é, sempre que outra orientação finalística não se impuser a partir do próprio Texto Magno, buscar a maximização da força normativa da Constituição. Esta diretriz teleológica esta associada a elementos gramaticais e sistemáticos, pois decorre diretamente do princípio constitucional da supremacia, o qual, na maioria das vezes, não se radica em texto constitucional expresse, sendo inferido do regime específico do processo legislativo da revisão constitucional e das normas atinentes ao sistema de controle de constitucionalidade. (RAMOS, 2014, 193/194)

Constituem essas decisões a expressão, no plano pragmático, do princípio hermenêutico segundo o qual, na interpretação das leis e atos normativos subalternos, deve-se preferir os sentidos que os tornem incompatíveis com a Constituição. Como bem adverte Jorge Miranda, não se trata de “escolher entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito o que seja mais conforme com a Constituição” e sim, de “discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, embora não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental.” (RAMOS, 2014, p. 212)

A ideia de Alexy vincula o conceito de norma ao de enunciado linguísticos, conferindo boa parte do trabalho jurídico à subsunção, utilizando silogismos para interpretação e aplicação das regras.

Para Alexy os princípios têm a função de otimização e ponderação, havendo uma ordem hierárquica de valores e essa prioridade dos princípios só é revelada quando necessária à sua aplicação no caso concreto, no qual a decisão do jurista fundamentará qual o interesse deve prevalecer no caso concreto.

Não se pode olvidar que com o Constitucionalismo da Efetividade a força normativa dos princípios constitucionais e a sua máxima efetividade orienta para a situação de que sempre que estivermos diante de uma norma que traga uma dubiedade hermenêutica, permitindo ao intérprete mais de uma interpretação, deve-se optar por aquela mais compatível com a intenção do legislador constituinte, que melhor coadune com os princípios constitucionais, não ultrapassando os limites que levam a esbarrar na inconstitucionalidade.

Em relação à supremacia absoluta e o princípio da máxima efetividade da Constituição, ressalta-se o entendimento de Canotilho:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). (CANOTILHO, 2003. p. 1224.)

Assim, o princípio da máxima efetividade da Constituição Federal exige que o intérprete e aplicador da norma aplique uma hermenêutica compatível com a intenção, o objetivo da norma constitucional, analisando a mesma em conjunto com os princípios basilares e fundamentais da Lei Maior do Estado. Dessa forma, mantem-se a sua atualidade e se preserva a sua eficácia.

Ademais, é com base também neste princípio que se extrai a força normativa da constituição quando se está diante de uma norma que contemple mais de uma interpretação, devendo-se sobrepor a interpretação que esteja mais compatível com a Constituição Federal, consoante esclarecimentos anteriores.

Feitas essas breves considerações acerca da função dos princípios na hermenêutica das normas, necessário se faz analisar os principais princípios que devem ser aplicados no Direito do Trabalho e no Processo do Trabalho, à luz dos quais deve ser analisada a temática deste trabalho.

4.2 O princípio da Proteção ao Trabalhador

O núcleo da pesquisa está na prescrição trabalhista que será tratada nos capítulos seguinte e, inequivocamente, é matéria pertinente ao campo do direito material, destarte, cabe ressaltar que é incontroversa na doutrina a aplicabilidade do princípio da proteção ao trabalhador com todos os subprincípios que deste deriva, consoante será ora aclarado, todavia, há divergências quanto à aplicabilidade do aludido princípio no campo processual.

O princípio da proteção ao trabalhador é o mais importante princípio na área trabalhista e não existe em qualquer outro ramo do Direito; constitui-se num princípio norteador para elaboração e aplicação das normas no Direito do Trabalho, subdividindo-se nos princípios do *in dubio pro operario*, no princípio da norma mais favorável e no princípio da condição mais benéfica.

Nesse diapasão, frise-se a conceituação trazida por Vólia Bomfim Cassar para o aludido princípio:

Este princípio, corolário do princípio da proteção ao trabalhador, recomenda que o intérprete deve optar, quando estiver diante de uma norma que comporte mais de uma interpretação razoável e distinta, por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, já que este é a parte fraca na relação. Ou seja, quando emergir da norma dúvida a respeito de sua interpretação, desde que seja razoável, o exegeta deverá optar por aquela que beneficiar o hipossuficiente. (CASSAR, 2013, p. 197/198)

Na mesma linha, está Carlos Henrique Bezerra Leite, para quem o princípio da proteção do trabalhador é o principal princípio que norteia as relações de direito material e processual trabalhista, encontrando respaldo, inclusive, no princípio democrático, haja vista que o Art. 3º, III da Constituição Federal determina que entre os objetivos do Estado Democrático de Direito está a redução das desigualdades sociais e regionais, derivando tal princípio da própria razão de ser do processo do trabalho.

No Estado Democrático de Direito, que tem como um dos seus objetivos a redução das desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, III), parece-nos que tal redução é efetivada por meio da proteção jurídica da parte fraca tanto na relação de direito material quanto na relação de direito processual.

O princípio da proteção processual, portanto, deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para efetivar o direito do trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar ou reduzir a desigualdade real existente entre empregado e empregador. (LEITE, 2015, p. 92)

A Controvérsia reside na aplicação do referido princípio no processo trabalhista, havendo parte da doutrina que defende a sua plena aplicabilidade também no campo processual, como, por exemplo, Sérgio Pinto Martins, Vólia Bomfim Cassar, Alice Monteiro de Barros, Américo Plá Rodrigues, apesar de que nem todos os autores supracitados defendem a mesma corrente quanto à utilização deste princípio na área processual.

Pelo princípio da proteção, especificamente o subprincípio do *in dubio pro operario*, este determina ser papel do intérprete, diante da possibilidade de interpretações razoáveis e distintas de determinada norma, optar pela interpretação mais favorável ao trabalhador, uma vez que este é a parte hipossuficiente da relação.

Destaca-se o posicionamento de Alice Monteiro de Barros e Vólia Bomfim Cassar quanto ao princípio tratado:

O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente. (BARROS, 2007, p. 177)

Apesar de se tratar de princípio de direito material, existe controvérsia a respeito de sua aplicação ao processo do trabalho. Isso porque o princípio tem nomenclatura similar àquele conhecido no processo penal como *in dubio pro reo*, confundindo alguns estudiosos, que afirmam ser uma transposição adaptada deste princípio processual penal ao direito do trabalho. (CASSAR, 2012, p. 168)

Desta feita, existem três correntes para a aplicabilidade do princípio da proteção ao trabalhador ao processo do trabalho, a saber: aplicável apenas para inspiração do legislador; aplicável para inspiração do legislador e para interpretação; aplicável para inspiração, interpretação e valoração probatória.

Em relação à primeira corrente, o princípio em comento é também aplicável no processo do trabalho apenas com caráter informativo para o legislador, ou seja, apenas para orientar o legislador na elaboração da lei processual, destarte, conferindo proteção e tratamento diferenciado ao trabalhador que é a parte hipossuficiente.

Quanto à adoção do princípio supracitado com o objetivo de nortear o legislador, tem-se que o ordenamento jurídico pátrio já traz normas processuais que protegem o trabalhador na demanda, tais como: o não comparecimento do autor à audiência implica no arquivamento do processo, sendo ainda possível que este proponha a ação novamente, já se a ausência for do réu acarretará a revelia; a execução definitiva iniciada de ofício pelo magistrado.

A segunda corrente entende que o princípio da proteção ao trabalhador é aplicável ao processo do trabalho não só como inspiração para o legislador, mas também quando houver dúvida na interpretação da lei processual, devendo, nesta hipótese, optar pela interpretação que beneficie o trabalhador.

Para a terceira corrente, o princípio supracitado tem aplicabilidade na inspiração para a elaboração da norma processual trabalhista pelo legislador e também seria possível a sua adoção para valoração dos fatos e provas.

Impende ressaltar, que o entendimento da terceira corrente pode ensejar violação ao princípio da imparcialidade do juiz. Ademais, há expressa previsão infraconstitucional acerca do ônus probatório das partes, assim, havendo dúvidas acerca do direito do autor, não se pode decidir em favor deste sem observância às regras fixadas no Art. 818 da CLT, isto é, à parte que alega incumbe o ônus de provar fato constitutivo de seu direito, cabendo tal ônus ao empregador/ reclamado quanto a fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito autoral, em regra.

A CLT não restringiu o ônus da prova sempre ao empregador. Dessa forma, não se pode esquecer das hipóteses de defesa direta de mérito na qual a empresa reclamada nega totalmente os fatos aduzidos na reclamatória, quando se torna muito difícil e às vezes impossível a produção de provas pela parte empregadora.

Não se pode olvidar ainda que no processo do trabalho as partes não são iguais, mas desiguais, sendo inequívoca a necessidade de proteção ao trabalhador que busca o Judiciário para pleitear os direitos que o ordenamento jurídico lhe confere.

É inegável que o empregador tem maiores facilidades para reunir suas provas, haja vista que além de estar na posse de documentos assinados (espontaneamente ou não) pelo empregado, em regra, leva a Juízo como testemunhas outros funcionários a ele subordinados, ademais, é mais custoso ao trabalhador aguardar o fim do trâmite da lide, uma vez que, geralmente, encontra-se desempregado e necessitando do pagamento de suas verbas rescisórias para manutenção da subsistência própria e de sua família.

Em relação ao trabalhador reclamante, este encontrará dificuldades na reunião de suas provas, por exemplo, pode se deparar com a negativa de comparecimento à audiência de uma testemunha, em que pese à possibilidade

de solicitação ao Juízo de intimação coercitiva dessa testemunha e remarcação da audiência, existe a possibilidade do medo que a testemunha pode ter de ser prejudicada, principalmente, se ainda estiver prestando serviços para o empregador reclamado na ação a qual sua presença é solicitada pela parte reclamante, na qual se espera que seu depoimento corrobore com as alegações da reclamatória.

Nesse diapasão, ressalta-se o posicionamento de Sérgio Pinto Martins acerca do princípio da proteção ao trabalhador no processo do trabalho, entendendo este em consonância com a segunda corrente:

O verdadeiro princípio do processo do trabalho é o da proteção. Assim como no Direito do Trabalho, as regras são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de dúvida, no processo do trabalho também vale o princípio protecionista, porém, analisado sob o aspecto da instrumentalidade.

Não é a Justiça do Trabalho que tem cunho paternalista ao proteger o empregado, ou o juiz que sempre pende para o lado do empregado. Protecionista é o sistema adotado pela lei. Isso não quer dizer, portanto, que o juiz seja sempre parcial em favor do empregado, ao contrário: o sistema visa proteger o trabalhador. (MARTINS, 2013, p. 43)

Ademais, não se pode deixar de considerar que a própria legislação trabalhista possui regras que objetivam proteger o trabalhador na esfera processual, num pleno reconhecimento deste como sendo a parte mais fraca na relação, condição que não se restringe ao direito material trabalhista, tendo em vista que a desigualdade do obreiro perante o empregador não se desconstitui com um “passe de mágica” quando este sai do plano material para o processual.

Sendo assim, é também em atendimento ao princípio da isonomia trazido pela *Lex Mater*, sendo este entendido como tratar igual os iguais e desigual os desiguais, que se deve considerar a plena aplicabilidade do princípio da proteção ao trabalhador nos planos material e processual.

Em razão disso e considerando as três correntes para a aplicabilidade do princípio da proteção ao trabalhador, está em maior consonância com as normas

processuais e constitucionais a que entende que o aludido princípio deve ser adotado para inspirar o legislador na elaboração da norma processual e para interpretação da norma pelo aplicador do direito quando houver fundada dúvida na interpretação desta, afastando-se, destarte, a sua aplicação no campo probatório.

4.3 O princípio fundamental do Acesso à Justiça

O princípio do acesso à Justiça, também conhecido como princípio da inafastabilidade da jurisdição, é direito fundamental de todo o cidadão e previsto pelo Art. 5º XXXV da Constituição Federal, trazendo a mencionada norma que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Pela redação do artigo supracitado verifica-se que este não só norteia o legislador na elaboração das normas constitucionais e infraconstitucionais, como também o intérprete da norma, em especial o aplicador do direito, haja vista que não será constitucional o advento de uma lei que imponha ao cidadão alguma barreira que o inviabilize de buscar direto no Judiciário a tutela de seu direito já violado ou sob ameaça de violação, destarte, não se pode impor ao cidadão a submissão prévia a qualquer instância administrativa antes de ingressar com uma demanda judicial.

Ora, se o legislador constituinte colocou como direito fundamental de todo cidadão, portanto acobertado pelo manto da cláusula pétrea, nos termos do Art. 60, §4º, IV da *Lex Mater*, a impossibilidade do legislador, representante da vontade popular, criar norma que obstaculize seu acesso à Justiça, em maior monta tem que se ter em mente que o Judiciário como intérprete e aplicador das leis não pode dar interpretações que não coadunem com o princípio do acesso à justiça, restringindo direitos constitucionais ou infraconstitucionais os quais o legislador constituinte não pretendeu restringir.

Ademais, impende frisar que o direito fundamental de acesso à justiça não se restringe a assegurar ao cidadão a possibilidade deste procurar de imediato

o Poder Judiciário quando entender que seus direitos foram transgredidos ou estão ameaçados de ser, mas garantir que o cidadão possa ter acesso a uma ordem jurídica justa.

O acesso à justiça não se restringe ao acesso do cidadão aos órgãos judiciais, mas sim, tem-se que o legislador constituinte pretendeu viabilizar ao cidadão o acesso à ordem jurídica justa. Ademais, o legislador ao elaborar a lei jamais poderá dificultar o acesso ao Judiciário. Outrossim, o Judiciário ao aplicar a norma não pode reduzir o seu conteúdo e alcance.

É por meio do direito fundamental de acesso à Justiça que se tem a concretização de todos os outros direitos constitucionais e infraconstitucionais, portanto, deve ser entendido também no seu aspecto material e não apenas formal do Estado-juiz prestar o serviço jurisdicional, essa prestação estatal de promoção da Justiça deve ser efetiva e adequada.

Ressalta-se, que o princípio do acesso à Justiça está interligado ao princípio basilar da República Federativa do Brasil que é a Cidadania, permitindo o exercício desta, conforme dispõe o Art. 3º da Constituição Federal.

Acerca do conceito do princípio do acesso à Justiça, destaca-se o entendimento trazido por Barreiros:

[...] entende-se que o acesso à justiça é um princípio constitucional, soerguido pela Carta Magna à categoria de direito fundamental, cujo conteúdo expressa-se pela garantia outorgada ao cidadão de concretização de seus direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza (individuais, sociais, econômicos, culturais, etc.), para tanto devendo ser a ele disponibilizados todos os instrumentos e meios adequados e efetivos à realização dos citados direitos, inclusive (mais não apenas) o pleno acesso ao Poder Judiciário e a prestação de uma tutela jurisdicional célere, efetiva e adequada. (BARREIROS, 2009, 173)

Fredie Didier Júnior traz o real conteúdo que se deve extrair do princípio do acesso à Justiça, ensinando que:

O conteúdo desta garantia era entendido, durante muito tempo, apenas como estipulação do direito de ação e do juiz natural. Sucede que a mera afirmação destes direitos em nada garante a sua efetiva concretização. É necessário ir-se além. Surge, assim, a noção de tutela jurisdicional qualificada. Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada. (DIDIER JUNIOR, 2005, p. 172)

Corroborando com as explanações supra, dispõe a autora supracitada quanto aos objetivos formais e materiais do princípio em comento:

O princípio do acesso à Justiça contempla proibições que lhe são inerentes e que visam resguardar o núcleo essencial desse princípio, destacando-se, dentre elas, a vedação de edição de leis que restrinjam o acesso ao Poder Judiciário, bem como a atuação de qualquer autoridade pública nesse sentido, especialmente o juiz, a quem não é permitido deixar de apreciar a demanda que lhe foi posta a julgamento e a interdição de qualquer conduta, estatal ou particular (esta última sujeita ao princípio da ponderação), que obste a concretização de direitos fundamentais. (BARREIROS, 2009, 198)

Cabe frisar ainda, o entendimento de Eugênio Kruschewsky:

Com este panorama, o princípio da intangibilidade do acesso ao Judiciário encarna duas idéias básicas. Em primeiro, resta impossível ao Estado-Legislador estreitar a via de alcance da solução Judiciária, por conduta da promulgação de leis que amesquinhem o alcance de uma solução Judiciária; em segundo, como contraface natural dessa idéia, uma vez acessado o Poder, não pode o Estado-Juiz furtar-se a prestar a jurisdição, solucionando os conflitos que se lhe apresentam. (KRUSCHEWSKY, 2005, p. 134-135)

Assim, pode-se concluir que acerca do princípio do acesso à Justiça, que este tem um conteúdo muito mais amplo do que o meramente formal de garantia dada a todo o cidadão de poder buscar diretamente o Judiciário quando entender que tem um direito que está sendo infringido ou na iminência de ser, tratando-se de uma proibição ao legislador de editar leis que restrinjam tal direito.

Ademais, cumpre salientar o posicionamento de Carlos Henrique Bezerra Leite ao tratar sobre a função dos princípios constitucionais fundamentais:

Os princípios constitucionais fundamentais exercem tríplice função no ordenamento jurídico, a saber: informativa, interpretativa e normativa.

A função interpretativa é destinada ao aplicador do direito, pois os princípios se prestam a compreensão dos significados e sentidos das normas que compõem o ordenamento jurídico. Entre os diversos métodos de interpretação oferecidos pela hermenêutica jurídica, os princípios podem desempenhar um importante papel na própria delimitação e escolha do método a ser adotado nos casos submetidos à decidibilidade. (LEITE, 2015, p. 67)

Dessa forma, é de observância obrigatória do Judiciário não só a impossibilidade de se furtar a solucionar os conflitos a ele apresentados, até porque o *non liquet* é vedado em nosso ordenamento jurídico, mas também, é com base nesse princípio que ao Judiciário deve ser proibido restringir, “amesquinhar” o verdadeiro conteúdo de uma norma, principalmente de ordem constitucional, devendo sempre conferir hermenêutica que se compatibilize com as demais normas e princípios constitucionais e, em relação ao tema ora proposto, que se coadune com os princípios materiais e processuais que norteiam as normas trabalhistas.

5. A Prescrição Trabalhista

5.1 O Instituto da Prescrição

Feitas estas considerações acerca da separação dos Poderes, do ativismo judicial, dos sistemas jurídicos *Civil Law* e *Common Law* e dos princípios norteadores do ordenamento jurídico trabalhista, para que seja tratado cerne do tema, importante esclarecer sobre o instituto da prescrição, uma vez que a problemática gira em torno da interpretação dada pelo TST para a contagem do prazo prescricional.

Importante esclarecer de logo, que os direitos são divididos em duas categorias, a saber: objetivos e subjetivos. Tem-se que o direito objetivo é o que está prescrito na norma jurídica abstratamente, passando o indivíduo a ter direito subjetivo quando preencher os requisitos prescritos abstratamente na norma, portanto, poderá exigir aquele direito em face do particular e do Estado. Desta feita, os direitos subjetivos quando violados permitem ao seu titular exigir judicialmente uma ação ou omissão daquele que o violou.

Ocorre que os Estados passaram a perceber a necessidade, para conferir estabilidade às relações pessoais e segurança jurídica, de que tal possibilidade de pretensão judicial não fosse perpétua, fazendo-se necessária a fixação de

prazos para que o titular de um direito subjetivo violado o possa exigir judicialmente, dando origem a prescrição.

A prescrição surgiu no Império Romano, com a Constituição de Theodósio II, que compilou as leis do Império Romano numa Constituição:

Com a finalidade de fixar prazos para as ações, de forma a garantir paz ao devedor e uma estabilidade nas relações sociais, a Constituição de Theodósio II, em 424 (Código Theodosiano, Liv. IV, Tít. 14, Lei nº 1), fixou a prescrição das ações perpétuas em 30 anos, que se destinava a extinguir o direito de ação, autorizando um meio de defesa contra as ações perpétuas (*praescriptio triginta annorum*). (CASSAR, 2012, p. 1.257)

Muito se discute na doutrina acerca da conceituação do instituto da prescrição, se esta seria a perda do direito de ação, se teria natureza jurídica de sanção, ou se consistiria na perda do direito de exigir um direito material.

Alice Monteiro de Barros traz um comparativo quanto à conceituação do instituto na codificação realizada em outros países:

O Direito alemão e o suíço seguiram essa diretriz, ao considerar a prescrição como fato extintivo da pretensão. Já o direito italiano, no Código Civil de 1942, deixou expresso que a prescrição era causa de extinção do próprio direito. (BARROS, 2007, p. 997)

Para Cassar, o Código Civil de 2002 eliminou a controvérsia no Brasil:

O novo Código Civil sepultou a controvérsia. Conceituou a prescrição como sendo a extinção da pretensão de um direito material violado pelo decurso dos prazos previstos em lei, desde que não haja causas impeditivas, interruptivas ou suspensivas de seu decurso –arts. 189, 205 e 206 do CC c/c arts. 26 e 27 CDC). (CASSAR, 2012, p. 1.260)

Já SAAD entende tratar-se a prescrição da perda do direito de ação do titular de um direito material, em decorrência deste não ter exercido esse direito de ação no prazo estabelecido pela legislação:

A prescrição só afeta o direito de ação do titular de um direito material. Acrescentamos que semelhante entendimento está mais em harmonia com as origens do instituto, quando significava, a rigor a perda de um direito devido à inércia do titular. Temos, aí, os dois requisitos da prescrição: inércia do titular e decurso do tempo.

A pretensão é, portanto, o objeto de uma ação judicial; é o exercício constitucionalmente assegurado a todo o cidadão de recorrer ao Judiciário para defender o que reputa ser seu de direito. (SAAD, 2004, p. 144)

Maurício Godinho Delgado entende que a prescrição atinge a ação ao diferenciar a prescrição da decadência:

- a) a decadência extingue o próprio direito, ao passo que a prescrição atinge a ação (em sentido material) vinculada ao direito, tornando-o impotente 9extinção da pretensão).

Já Prunes, em sua obra *Tratado sobre a Prescrição e a Decadência no Direito do Trabalho*, defende que o direito de ação é um direito público subjetivo do indivíduo perante o Estado, assim o autor teria sempre o direito de obter uma sentença de mérito que declare a inexistência de direito substancial, no caso, declarando que a ação está prescrita. Portanto, a prescrição seria a perda do direito de exigibilidade frente ao Judiciário.

Nas palavras de Prunes:

Tem-se que o direito, em si, não é atingido pela prescrição, mas desaparece a exigibilidade através do Judiciário. (PRUNES, 1998, p. 13)

Homero Batista Mateus da Silva defende que o Instituto da prescrição não deve ser analisado apenas sob o prisma da causa, mas também dos efeitos e consequências:

Conceituar a prescrição apenas como a perda de alguma característica do direito – perda da pretensão ou da exigibilidade, perda da ação para uma parcela da doutrina clássica – significa atribuir a máxima importância para as suas consequências, deixando de lado suas causas e seu modo de efetivação. Por outro lado, quando se define a prescrição como fruto da inoperância de um sujeito ativo, titular de um interesse, o enfoque atinge sobremaneira a causa e menospreza os efeitos

e, mais uma vez, a forma de sua operação. Um conceito abrangente de prescrição deve procurar refletir simultaneamente essas três dimensões do fenômeno, pois a falta de uma delas retira da situação o caráter de prescrição.

O ponto de partida é sempre a existência de uma lesão consumada, latente ou potencial, pois, do contrário, um cenário de calma não se justifica que se exija do titular do interesse alguma manifestação de luta por suas conquistas. (SILVA, 2004, p. 24)

Desta feita, entendendo a prescrição como a perda do direito de ação ou a perda da exigibilidade da pretensão, o fundamento da prescrição é que esta não se trata de proteger ou punir em decorrência da inércia, mas tem um caráter social, conferindo segurança às relações jurídicas, retirando a incerteza causada com o perpetuamento da possibilidade de ajuizamento de ações judiciais para alcançar as pretensões.

Para que se opere a prescrição é necessária à configuração de dois requisitos: a inércia do titular de um direito subjetivo violado para buscar a tutela deste perante o Judiciário e o transcurso do tempo, cabendo salientar que o próprio ordenamento jurídico prevê os prazos prescricionais para que o titular de um direito possa pleiteá-lo.

No campo do Direito do Trabalho há doutrinadores como Plá Rodrigues que sustentam que a prescrição é incoerente com o direito trabalhista, uma vez que tais direitos são indisponíveis e que reconhecer a prescrição nesse campo é conceder ao empregador um mecanismo para se esquivar de obrigações impostas pela lei que não são cobradas no curso do contrato de trabalho por temor do empregado à dispensa sem justa causa. (Plá Rodrigues, 1978, p.116-118).

Nicolielo, citado por Plá Rodrigues, sustenta ainda que os direitos trabalhistas são imprescritíveis porque estão protegidos pela ordem pública e pela Constituição Federal, sendo inalienáveis irrenunciáveis e imprescritíveis.

Em que pese o referido autor defender a impropriedade do Instituto da prescrição na esfera trabalhista, ele apresenta razões pelas quais a prescrição

é aceita nessa área nos ordenamentos jurídicos, a principal é a segurança jurídica, (Plá Rodrigues, 1978, p. 118).

Importante salientar ainda, no que se refere à inércia do titular do direito por um certo lapso temporal para que se opere a prescrição, que tal peculiaridade deve ser observada com cautela na seara trabalhista, haja vista que entre as partes há uma relação jurídica contínua e que durante a vigência do contrato de trabalho dificilmente o trabalhador procurará o Judiciário para coibir o empregador a cumprir suas obrigações legais e contratuais, uma vez que é inequívoco o temor de perder a sua fonte de sustento e de sua família.

Ademais, uma vez que existe entre as partes uma relação jurídica contínua, a verba pode ser paga pelo empregador, ainda que de forma atrasada, no curso do contrato de trabalho, findando-se esta possibilidade quando de fato é extinto o contrato de trabalho sem o pagamento da referida verba no ato de rescisão.

Em que pese tais posicionamentos doutrinários, a prescrição na esfera trabalhista foi instituída pela Constituição Federal e, diferentemente das demais, constata-se pela redação do artigo que trata da prescrição que a intenção do legislador constituinte foi diferenciar a prescrição trabalhista, haja vista que ao trazer os prazos prescricionais foi expressa ao afirmar que o início da contagem do prazo prescricional começa a fluir da desconstituição do contrato.

5.2 As Prescrições Bienal e Quinquenal no Processo do Trabalho

Cumpra agora esclarecer a normatização atinente à prescrição extintiva no Direito do Trabalho prevista na Constituição Federal, podendo esta ser total ou parcial.

Em relação às demandas trabalhistas referentes a créditos oriundos do contrato de trabalho, a Constituição Federal trouxe dois prazos prescricionais distintos, a saber: um único prazo prescricional para a propositura da ação,

sendo este de dois anos finda a relação de trabalho; e outro de cinco anos referente ao prazo limite que o trabalhador possui para requerer verbas não adimplidas durante a contratação de seu trabalho, portanto, há uma prescrição total (bienal) e parcial (quinquenal), cabendo frisar que extinto o contrato de trabalho, considera-se como data da extinção do contrato laboral o último dia do aviso prévio, seja ele trabalhado ou indenizado, consoante dispõe a OJ 83 da SDI-1 do TST.

A redação original do artigo 7º, XXIX da Constituição Federal dispunha que:

- XXIX – ação, quanto a créditos resultantes de trabalho, com prazo prescricional de:
- a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato.
 - b) Até dois anos após a extinção do contrato para o trabalhador rural.

Desta feita, verifica-se que, originalmente, o legislador constituinte diferenciou o trabalhador urbano do rural, concedendo a este uma “imprescritibilidade” quanto ao tempo para pleitear os créditos oriundos da relação de trabalho, ou seja, os trabalhadores rurais poderiam, desde que propusessem a ação dentro do prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, pleitear seus direitos inadimplidos independentemente do tempo em que ocorreu a inadimplência.

Nesse diapasão, importante trazer o entendimento de Eneida Melo Correia de Araújo, atual desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, em sua obra Prescrição Trabalhista que foi publicada em 1989, na qual faz uma análise acerca da prescrição trabalhista instituída pela Lei Maior do Estado e a intenção original na época da elaboração do projeto constitucional:

A história do nascimento dessa norma jurídica, agasalhada nas alíneas “a” e “b” do inciso XXIX do artigo 7º revela a presença da classe trabalhadora. Pretendia-se criar uma regra única para a prescrição na relação de emprego. Sua contagem teria marco inicial após o término do contrato de trabalho, tal como sucede com o contrato de trabalho

rural, sem limitação temporal à reparação das parcelas. (ARAÚJO, 1989, p. 21/22)

Observa-se que foi fruto da vontade do legislador constitucional, mais precisamente, do Poder Constituinte, a criação de uma regra jurídica reguladora do direito de ação do trabalhador e do prazo que lhe cabe exercitá-lo. Legislou de maneira distinta, especificamente voltada para salvaguardar os direitos sociais do trabalhador. Em outras palavras, conferiu-se um elenco de direitos trabalhistas, individuais e coletivos à classe trabalhadora, aparelhando-a para a exigência judicial desses direitos, na hipótese de inobservância pelo empregador. ((ARAÚJO, 1989, p. 22)

Como esclarece Eneida Melo, a vontade inicial era a de não impor qualquer limitação temporal ao direito do trabalhador receber parcelas inadimplidas no curso do seu contrato de trabalho, fosse ele um trabalhador urbano ou rural, colocando apenas um prazo e marco inicial para que este propusesse a demanda.

Todavia, essa não limitação ficou apenas para os trabalhadores rurais, entendendo o legislador constituinte que esse trabalhador tem uma condição especial, possuindo uma condição de trabalho mais sensível, destarte, mereceria uma proteção diferenciada em face do trabalhador urbano.

Acompanhando as alterações promovidas pela Constituição Federal de 1988, esta trazia a previsão na redação original do artigo 233 que caberia ao empregador rural comprovar de cinco em cinco anos perante à justiça laboral, na presença do trabalhador ou de um representante sindical de sua categoria, o efetivo cumprimento das obrigações oriundas do contrato de trabalho, dispositivo legal revogado pela EC 28/2000 que unificou os prazos prescricionais para trabalhadores urbanos e rurais.

Assim, por meio da Emenda Constitucional nº 28 de 25 de maio de 2000, foi unificado o prazo prescricional para os trabalhadores urbanos e rurais. Passando o Art. 7º, XXIX da *Lex Mater* a dispor:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

Ressalta-se, que a doutrina discutiu por muito tempo se a norma constitucional prevendo o prazo de dois anos para a ação que pretender os créditos oriundos das relações de trabalho seria norma de natureza prescricional ou decadencial.

Quanto ao conceito de decadência, destaca-se o trazido por Maurício Godinho Delgado:

A decadência (também chamada caducidade) conceitua-se como a perda da possibilidade de obter uma vantagem jurídica e garanti-la judicialmente, em face do não exercício oportuno da correspondente faculdade de obtenção.

A caducidade aproxima-se, como visto, da figura da prescrição extintiva. Tecnicamente, porém, nesta o sujeito prejudicado pela prescrição é efetivo titular do direito objetivado, permitindo, pela prescrição, que seu direito se torne impotente para impor sujeição judicial ao devedor. Já a decadência, o sujeito tem a faculdade de se tornar titular de um direito, deixando de consumir sua aquisição em decorrência do não exercício da faculdade no prazo fixado. (DELGADO, 2012, p. 241-242)

Assim, a decadência está ligada a direitos potestativos e é a faculdade que o sujeito tem de efetivamente se tornar titular de um direito e alterar uma relação jurídica, atingindo um terceiro independente da vontade deste, sujeitando-o à implementação de um direito.

Em relação à dúvida que existia quanto à natureza do prazo bienal, Prunes dispõe em sua obra Tratado sobre a Prescrição e a Decadência que o prazo de 2 anos fixado pela Constituição Federal tratava-se de prazo decadencial:

Já tem sido dito que existe falta de lógica quando a lei aponta aparentemente para dois prazos prescricionais sobre mesmos direitos; quinquenal e bienal. Talvez haja uma justificativa razoável ao se afirmar que, na vigência do contrato o prazo para violações é quinquenal. A partir da despedida continua o mesmo prazo prescricional que permite buscar, no passado, o referido lustro; entretanto com o afastamento dos contratantes, naquele

preciso momento em que se consumou, tem-se uma contagem que é de prazo decadencial e com extensão bienal. É de se reconhecer que o argumento não é perfeito, uma vez que não se pode dizer que estão presentes todas as características da decadência. (PRUNES, 1998, p. 594)

Desta feita, para Prunes a Constituição normatizou que na vigência do contrato de trabalho o prazo para reclamar violações deste é quinquenal e a partir da extinção da relação contratual tem-se um prazo decadencial e com extensão bienal.

Nesse particular, impende frisar, que não há o que se discutir acerca dos prazos bienal e quinquenal serem ambos de prescrição, haja vista que, o prazo bienal traz apenas algumas características da decadência, contudo não perde a natureza prescricional, sobretudo, porque os prazos decadenciais não admitem a suspensão nem a interrupção em sua contagem, Art. 207 do Código Civil, o que ocorre com o prazo bienal e quinquenal trabalhista, nos termos da Súmula 268 do TST, a qual estabelece que a ação trabalhista ainda que arquivada interrompe a prescrição em relação aos pedidos idênticos, salientando-se que nos termos do artigo 202 do Código Civil a prescrição só pode ser interrompida uma única vez, logo, apenas o primeiro arquivamento interrompe esta.

Ademais, a prescrição relaciona-se a prestações de natureza pessoal ou real, como ocorre com os créditos trabalhistas; enquanto que a decadência atinge relaciona-se a direitos potestativos, sem prestação. Outrossim, os prazos prescricionais atingem pretensões condenatórias, já os decadenciais atingem pretensões constitutivas de direito, a ação não culminará numa sentença condenatória.

Importantíssimo ressaltar, que a prescrição trabalhista trazida pela Lei Maior do Estado difere das demais previstas no ordenamento jurídico, haja vista que a mesma não tem o seu prazo iniciando-se da lesão, mas sim da desconstituição do contrato.

Corroborando com os argumentos acima, destacam-se as palavras de Cassar:

Portanto, a prescrição bienal distingue-se das demais porque seu prazo não começa a fluir da lesão e sim da desconstituição do contrato, peculiaridades da decadência. (CASSAR, 2012, p. 1.265)

Apresenta-se evidente que o legislador constituinte considerou todas as peculiaridades e princípios norteadores da relação laboral e diante da hipossuficiência do trabalhador normatizou de forma expressa e clara que o início da fluência do prazo prescricional é o fim da relação de trabalho. Cabe aqui relembrar o entendimento de Leite, citado no capítulo anterior, para quem a razão de ser do processo do trabalho é a efetivação do direito do trabalho, ramo do direito no qual as normas visam compensar ou reduzir a desigualdade real existente entre empregado e empregador.

Desse modo, é mister refletir o referido dispositivo constitucional aliado a princípios constitucionais e infraconstitucionais em face do entendimento restritivo do TST para a contagem da prescrição quinquenal, considerando o princípio constitucional de Acesso à Justiça e o princípio da proteção ao trabalhador, atentando para a condição de hipossuficiência do trabalhador frente ao seu empregador, principalmente, no curso de seu contrato de trabalho, o que, por conseguinte, acarreta uma improvável busca pelo Judiciário quando algum direito trabalhista lhe for tolhido durante a vigência desta relação e, de igual forma, esse trabalhador provavelmente não buscará imediatamente o Judiciário para propor uma reclamação trabalhista assim que ocorrer a rescisão contratual.

Em razão de circunstâncias como estas que não podem ser desconsideradas, não se pode entender que o trabalhador está se mantendo totalmente inerte para buscar seus direitos na vigência de seu contrato laboral.

Dessa forma, como acertadamente entende Homero Batista Mateus da Silva, se pode entender a subordinação como uma forma de coação no sentido jurídico do termo e que falta ao instituto da prescrição trabalhista um tratamento mais aprofundado e adequado por parte do legislador, da doutrina e da jurisprudência.

Nesse sentido, destaca-se o ensinamento do doutrinador supracitado:

Por conseguinte, o prazo de prescrição flui a partir da data em que se considera possível o exercício de uma pretensão pelo sujeito ativo, mesmo que a pretensão se revele infundada. Para que a prescrição se identifique, é condição necessária, mas não suficiente, a posição de aparente desleixo ou desinteresse, a que se costuma chamar de inércia ou inação assumida pelo titular do interesse lesado. Esse estado deve ser prolongado o bastante para que se assumam contornos quase de abandono do direito. Além de prolongado no tempo, esse estado também deve ser injustificado, supondo-se que o interessado tinha acesso ao Judiciário e dele não se valeu. Sabe-se que nem todas as pessoas que deixaram de postular a tutela judicial devem ser consideradas obrigatoriamente inertes. Nesse campo, deve ser considerado também o caráter de autonomia da vontade que se esconde na concepção de inércia. (SILVA, 2004, p. 28)

Tome-se como exemplo a figura do trabalhador. Sua condição de inferioridade numa relação de emprego, em face do empregador, é objeto de numerosos estudos, mas o impacto para fins de prescrição jamais foi tratado de maneira expressa pelo legislador, como causa atenuante ou eficiente de uma suposta demora na luta pelos direitos sociais. Procura-se minimizar essa dimensão, sob o singelo argumento de que o trabalhador é sujeito capaz para os atos da vida civil e a subordinação nada tem a ver com a coação no sentido jurídico do termo. Paira uma condição de igualdade, como se a relação ainda fosse de natureza civil. Daí porque a interferência da prescrição no direito do trabalho clama por uma reflexão mais detida. (SILVA, 2004, p. 31)

Prunes, traz em sua obra *Tratado sobre a Prescrição e a Decadência no Direito do Trabalho* que a subordinação consiste num obstáculo à prescrição, esclarecendo que em todo trabalho subordinado há o direito do empregador de direção, comando e controle sobre a atividade desenvolvida pelo trabalhador, devendo o empregado agir com obediência, diligência e fidelidade:

Este conjunto de fatos que levam a ser afirmar a subordinação, fazem com que se possa entender que é ela de tal porte a intensidade que o assalariado não tem liberdade de bater às portas do Judiciário em procura de justiça e de seus direitos, pois estaria em posição inferior ao empregador; também até o temor de represálias poderia se agregar a não poucas situações concretas. (Prunes, 1998, P. 277)

Com base nos posicionamentos doutrinários supracitados, verificar-se-á que a norma constitucional que trata da prescrição já limita demasiadamente o direito do trabalhador quanto ao recebimento dos créditos trabalhistas inadimplidos durante a relação laboral, destarte, ainda que a redação do aludido dispositivo constitucional permitisse mais de uma interpretação, não comportaria uma ainda mais prejudicial ao trabalhador.

Importante destacar ainda, que há controvérsias nos tribunais pátrios e, principalmente doutrinárias, acerca da possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição pelo Judiciário trabalhista, aplicando subsidiariamente, por força do Art. 769 da CLT, o que determina o Art. 219, § 5º do CPC ainda em vigor. O dispositivo legal do CPC traz a possibilidade de decretação *ex officio* da prescrição, o argumento de descabimento na justiça laboral defende que a norma prevista no Código de Processo Civil é incompatível com os princípios constitucionais trabalhistas, tais como a valorização do trabalho e do emprego, o princípio da norma mais favorável e o do princípio da proteção.

Salienta-se, que antes do advento da Lei supracitada, a prescrição só poderia ser declarada de ofício para beneficiar os absolutamente incapazes, consoante dispõe o Art. 194 do Código Civil.

Em que pese à divergência existente no âmbito dos TRTs, o TST firmou entendimento de incompatibilidade da norma prevista no processo civil com o processo do trabalho. Destacam-se ementários nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. No caso, o TRT não analisou a tese de que a adesão ao novo PCS teria implicado redução salarial indevida por entendê-la abarcada pelo instituto da prescrição, a qual foi reconhecida de ofício por aquele órgão julgador em sede de recurso ordinário. 2. Ocorre que, consoante tem decidido esta Corte, o disposto no art. 219, § 5, do CPC é incompatível com os princípios norteadores do direito do trabalho, razão pela qual não se admite a aplicação de ofício da prescrição ao processo trabalhista. 3. Não subsistindo, pois, a prescrição declarada "ex officio" pela Corte de origem, torna-se necessário o retorno dos autos ao Colegiado local para que prossiga na análise das alegações em torno da existência de uma suposta redução salarial veiculadas pela reclamante em seus embargos de declaração. Recurso de revista conhecido e

provido. [TST; RR 561002220065020086; 2ª Turma; publicado em: 13/03/2015]

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. A prescrição consiste em meio de extinção da pretensão, em virtude do esgotamento do prazo para seu exercício. Nesse contexto, não se mostra compatível com o processo do trabalho a nova regra processual inserida no art. 219, § 5º, do CPC. Segundo a jurisprudência que se pacificou no TST, torna-se clara a incompatibilidade do novo dispositivo com a ordem justralhista (arts. 8º. e 769 da CLT). É que, ao determinar a atuação judicial em franco desfavor dos direitos sociais laborativos, a novel regra civilista entra em choque com vários princípios constitucionais, como da valorização do trabalho e do emprego, da norma mais favorável e da submissão da propriedade à sua função socioambiental, além do próprio princípio da proteção. Recurso de revista conhecido e provido. [TST; RR 597-77.2010.5.11.0004; 3ª Turma; publicado em 14/12/12].

Em sentido contrário, admitindo a declaração de ofício da prescrição, pode-se citar julgados do nosso Tribunal Regional do Trabalho que é o da 6ª Região:

RECURSO ORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO QUIQUENAL DECLARADA DE OFÍCIO. Com fundamento no art. 219, § 5º, do CPC, combinado com o art. 7º, inciso XXIX, da CF/88, correto o Juízo a quo ao pronunciar, de ofício, a aplicação da prescrição quiquenal, extinguindo a ação, com resolução do mérito, em relação às parcelas exigíveis, por via acionária, anteriores a 03/02/2005, considerando o ajuizamento da presente demanda em 03/02/2010. Recurso obreiro improvido, no particular. [TRT6; RO 148302010506 PE 0000148-30.2010.5.06.0014; publicação: 30/11/2010]

Ressalta-se que há a Súmula 153 do TST que veda o conhecimento de prescrição que não tenha sido arguida na instância ordinária, logo a parte sucumbente só poderá levantar a discursão prescricional se levantá-la até a segunda instância, por meio do recurso ordinário ou adesivo.

Feitas essas considerações acerca do Instituto da prescrição no âmbito trabalhista, passa-se a discorrer acerca da forma de contagem desta prescrição, forma esta advinda de uma Súmula do Tribunal Superior do Trabalho.

6. A Inconstitucionalidade da Súmula 308 do TST

6.1 A postura ativista do TST e a edição do enunciado nº 308, da Súmula do TST

Para abordar a Súmula 308 do TST, faz-se imprescindível contextualizar essa análise no Ativismo Judicial, o qual trouxe uma nova postura do Judiciário, principalmente, em relação aos Tribunais Superiores que editam Súmulas para dirimir controvérsias jurisprudenciais numa hermenêutica que deve coadunar com os princípios e normas do ordenamento jurídico e, primordialmente, da Constituição Federal.

Consoante disposto no segundo capítulo, o Ativismo Judicial foi conceituado com uma abordagem entre argumentos favoráveis e desfavoráveis a esse crescente fenômeno para que seja possível comentar a postura do Tribunal Superior do Trabalho e a redação da Súmula 308.

Em conformidade com a abordagem dos capítulos anteriores, o pensamento clássico do papel do Judiciário no século XVIII era o de que a este compete à aplicação do direito em conformidade com o fato que já estaria previamente previsto pelo legislador ao editar a norma, como se fosse possível estarem previamente normatizados todos os fatos juridicamente relevantes e que pudessem ser levados à apreciação do Judiciário. Assim, ao juiz não cabia

qualquer margem interpretativa, estando este vinculado à literalidade da norma ao aplicar o direito, pois ao juiz cabia apenas aplicar a vontade do legislador que estaria claramente explicitada na norma.

A mudança na concepção do papel do Judiciário, na qual se reconhece a necessidade de interpretação das normas pelo Judiciário e a normatividade dos princípios consolidou-se no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, logo, houve uma mudança na visão das normas e princípios constitucionais e a sua aplicabilidade na interpretação das leis para solução do caso concreto.

Nesse novo contexto do neoconstitucionalismo, a mudança de postura do Judiciário assegurou aos cidadãos a efetividade dos direitos sociais trazidos pela Lei Maior do Estado, assim, o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário passa a ter cada vez mais importâncias nas democracias, abrindo o caminho para o ativismo judicial que sendo legitimamente exercido procura extrair ao máximo das potencialidades do texto constitucional.

Nesse sentido, salienta-se o posicionamento de Barroso, *in verbis*:

[...] De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. (BARROSO, 2011, p. 265/266)

Corroborando com os argumentos supra, ressalta-se o posicionamento de Inocêncio Mártires Coelho, o qual esclarece que a liberdade interpretativa conferida ao julgador não pode ser exercida de forma arbitrária, de modo que este não está autorizado a introduzir comandos conforme sua vontade, sem que estes possam ser efetivamente extraídos da norma, aproveitando-se da abertura semântica de determinados textos normativos para fraudar a interpretação, externando conteúdos que são incompatíveis com a real intenção da norma, ou seja, do legislador.

A liberdade do intérprete/aplicador do direito, por outro lado, há de ser uma liberdade responsável e auto-controlada, pois não

lhe é dado introduzir na lei o que deseja extrair dela e tampouco aproveitar-se da abertura semântica dos textos para neles inserir, fraudulentamente, conteúdos que, de antemão, ele sabe serem incompatíveis com esses enunciados normativos. (COELHO, 2011, p. 483)

Importante frisar ainda o entendimento de Elival Ramos:

Isso porque ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois, a sua discricionariedade ao plano de compreensão do significado dos dispositivos legais (discricionariedade de juízo) (RAMOS, 2014, p.126)

No caso de textos normativos veiculadores de conceitos indeterminados, a incursão do Poder Judiciário na zona de significação dúbia, conquanto não se possa afirmar desbordante do dispositivo de base, pode importar em obstaculização do exercício de discricionariedade legislativa ou administrativa assentada no princípio da separação dos Poderes, princípio esse que resultaria, afinal, violado.

A singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito. (RAMOS, 2014, 139)

Em face de todas as considerações acima, trazendo-as para a análise específica da redação da Súmula 308 do TST, buscar-se-á identificar que esta não reflete uma hermenêutica legítima da norma constitucional atinente à prescrição quinquenal, não estando em consonância com o princípio constitucional do Acesso à Justiça nem com o princípio infraconstitucional de proteção do trabalhador.

Corroborando com os argumentos supra, destaca-se o posicionamento de Eneida Melo:

A par deste processo especial de criação, estatuído pela lei constitucional, devem as normas jurídicas observar o conteúdo protegido pela Lei Maior.

Assim, quer do ponto-de-vista formal (ato de criação legislativa), quer do ponto-de-vista material (conteúdo da norma), impõe-se ao preceito jurídico guiar-se pela Constituição. (ARAÚJO, 1989, p. 17)

A atual redação da Constituição Federal dispõe que o trabalhador possui como prazo prescricional para a propositura de sua reclamação trabalhista o prazo de dois anos, extinta a relação contratual, limitando a possibilidade de pleito das verbas trabalhistas anteriores aos últimos cinco anos do contrato de trabalho.

Ocorre que, a redação da referida Súmula tomou como base o argumento de que o legislador constituinte colocou apenas ao final da previsão normativa a expressão “após a extinção do contrato de trabalho”, portanto, seria referente apenas à prescrição bienal.

Ora, a Constituição não trouxe qualquer outra limitação na norma, será que se poderia falar na existência de omissão ou de uma abertura semântica nesta que viabilizasse o Tribunal Superior do Trabalho a restringir ainda mais os direitos dos trabalhadores?

Ressalta-se ainda, em consonância com as explanações anteriores, que há posicionamentos na doutrina, como o de Américo Plá Rodrigues, que defendem que em decorrência das peculiaridades que norteiam as relações trabalhistas, os princípios constitucionais e infraconstitucionais a elas aplicáveis, em especial, os princípios de proteção ao trabalhador, a hipossuficiência deste e a subordinação como coação jurídica, deveria se falar em imprescritibilidade dos direitos trabalhistas.

Todavia, em que pesem alguns posicionamentos doutrinários nesse sentido, o instituto da prescrição está positivado no ordenamento jurídico, contudo, em face de tudo que foi apresentado, tal instituto merece ser interpretado e aplicado com a máxima cautela no âmbito trabalhista e, como trazido por Homero Batista Mateus da Silva citado supra, a prescrição laboral merece um tratamento mais aprofundado não só pelo Legislativo, mas também pelo Judiciário.

A Lei Maior do Estado em nada norteia o Judiciário a apresentar uma interpretação ainda mais restritiva para a prescrição trabalhista, criando como

marco inicial para a prescrição quinquenal a data da propositura da ação, em detrimento dos direitos dos trabalhadores.

Em consonância com as explanações anteriores, constata-se que o sentido do princípio do acesso à justiça não pode ser meramente formal, mas deve ser assegurada a efetividade de seu conteúdo material, sendo este a garantia de acesso a uma ordem jurídica justa e a uma correta aplicação da lei, respeitando a supremacia e normatividade dos princípios constitucionais, devendo toda interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais serem pautadas neles.

Nesse diapasão, destaca-se o posicionamento de Elival Ramos referente à mudança das normas constitucionais por parte do Judiciário que sob o argumento de interpretá-las, lhes modificam o verdadeiro sentido e intenção do legislador, por conseguinte, passando por cima da Constituição:

O texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados. Conforme observa Konrad Hesse, o limite da textualidade “é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do Poder da Constituição” e se, por outro lado, “inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação”, por outro, “exclui um rompimento constitucional – o desvio em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação.” E arremata seu pensamento sustentando que “onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. (RAMOS, 2014, P. 169)

Assim sendo, o conteúdo da decisão “não precisa ‘resultar do teor literal’, mas deve ser de qualquer modo ainda compatível com o texto da norma não apenas interpretado gramaticalmente, mas integralmente concretizado no precedente processo decisório. (RAMOS, 2014, p. 169/170)

Frise-se ainda, o que traz Yussef Cahali sobre a forma como devem ser interpretadas as normas atinentes à prescrição, afastando interpretações extensivas ou analógicas para os prazos prescricionais:

Em razão de sua natureza, as regras jurídicas sobre prescrição devem estritamente, repelindo-se a própria interpretação extensiva ou analógica. (Cahali, 2012, p. 24)

Sendo assim, a redação da Súmula 308 do TST está em descompasso com o princípio do acesso à Justiça e de proteção do trabalhador, devendo ser assegurado aos trabalhadores o direito de poder pleitear as verbas trabalhistas as quais tem direito nos últimos cinco anos do contrato de trabalho a partir da extinção deste, independentemente da data em que propor a reclamação, desde que atenda à prescrição bienal, devendo caber ao trabalhador a escolha do dia em que quer demandar dentro do prazo prescricional que a lei lhe confere, por ser este o prazo constitucional para acesso à justiça.

Ademais, não se pode olvidar que o trabalhador espera, quando este já tem conhecimento dos seus direitos, que a qualquer momento durante a continuidade da relação de trabalho a verba trabalhista devida, ainda que de forma atrasada, seja adimplida pelo empregador sem a intervenção judicial, uma vez que se buscar a tutela judicial no decorrer do pacto laboral, provavelmente, perderá sua fonte de sustento próprio e de sua família, o que, inegavelmente, lhe é mais prejudicial.

A referida Súmula espelha uma postura ativista que não trouxe equivalência com os princípios constitucionais e infraconstitucionais, materiais e processuais pertinentes à matéria trabalhista. Em conformidade com o que já foi explanado, o intérprete e aplicador do direito não pode entender que está autorizado a extrair da norma o que pretende dela, introduzindo sentidos que não correspondem ao seu real conteúdo e objetivo.

6.2 O entendimento do TST quanto à contagem da prescrição quinquenal e a criação de uma norma que viola os princípios do acesso à Justiça e da proteção ao trabalhador

A Lei Maior do Estado disciplinou em seu Artigo 7º, XXXIX a prescrição trabalhista, deixando expresso que o trabalhador tem para requerer verbas decorrentes do contrato do trabalho o prazo de dois anos, após o fim da relação de trabalho, podendo pleitear até os últimos cinco anos do contrato de trabalho, dispondo *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

Da leitura do dispositivo em comento, infere-se que a única restrição que pretendeu o legislador constituinte quanto ao prazo prescricional para o trabalhador pleitear o que entende ser seu direito em face do empregador é o limite de até cinco anos, desde que promova a demanda dentro do prazo de dois anos após o fim da relação de trabalho.

Desse modo, caso o trabalhador tenha laborado por dez anos em uma empresa e durante estes realizou horas extras que nunca foram adimplidas só poderá requerer em Juízo, em decorrência da limitação constitucional, o pagamento dessas horas extras e reflexos nas demais verbas dos últimos cinco anos que trabalhou.

Junto à previsão da prescrição quinquenal está à prescrição bienal, sendo esta o prazo que o trabalhador tem para ingressar com uma demanda na Justiça e requerer o que entender de direito, sendo tal prazo de dois anos contado do fim da relação de trabalho.

Importante salientar, consoante trazido no capítulo anterior, que é inequívoco que o legislador constituinte pretendeu diferenciar a prescrição trabalhista das demais, conforme exposto por Vólia Bomfim Cassar, não podendo tal intenção ser desconsiderada.

É inegável que, diante da realidade socioeconômica do País, das dificuldades de se conseguir e de se manter em um emprego e considerando também o livre arbítrio do empregador para rescindir o contrato de trabalho, arcando apenas com as verbas indenizatórias previstas em lei caso a dispensa seja imotivada, dificilmente um trabalhador irá propor uma demanda trabalhista

em face de seu empregador pleiteando o pagamento de seus direitos que lhe foram tolhidos, uma vez que, por óbvio, o temor e o prejuízo de ficar desempregado, sem condições de prover o sustento próprio e de sua família, é muito maior.

Destarte, a realidade inviabiliza o trabalhador de buscar a Justiça enquanto estiver trabalhando para determinado empregador, só tornando viável na prática o exercício desse direito com a extinção da relação contratual. Importantíssimo destacar ainda, que o empregado não se sente seguro em ir buscar o Judiciário imediatamente, assim que é dispensado, inclusive, por temer represálias do empregador, preferindo muitas vezes conseguir um novo emprego antes de demandar judicialmente.

Consoante entendimento citado nos capítulos anteriores, como, por exemplo, o de Homero Batista da Silva, enquanto o empregado está prestando serviços ele sofre uma coação jurídica, sendo inviável a propositura da demanda durante o curso da relação laboral. Ademais, conforme trazido por Vólia Bomfim Cassar, citada no capítulo anterior, o legislador constituinte manifestou expressamente a sua vontade de normatizar a prescrição trabalhista de forma diferenciada, computando-a da data de extinção da relação laboral e não da lesão.

A Súmula 308 do TST foi estabelecida pela Resolução Administrativa nº 6 do TST em 05 de novembro de 1992 que, originalmente assim dispôs:

A norma constitucional que ampliou a prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata, não atingindo pretensões já alcançadas pela prescrição bienal, quando da promulgação da Constituição de 1988.

Percebe-se que, originalmente, o Tribunal Superior do Trabalho ao tratar da norma constitucional promulgada pela Carta Magna de 1988 que versa sobre a prescrição, limita-se a deixar claro que a norma constitucional é de aplicabilidade imediata e que não atinge às pretensões sobre as quais a

prescrição bienal já tivesse se operado antes da promulgação da *Lex Mater* de 1988.

Esse entendimento inicial pretendeu estar em conformidade com o ato jurídico perfeito e com a segurança jurídica, uma vez que o TST esclarece a impossibilidade de ser exigido judicialmente um direito que já foi fulminado pela prescrição bienal, não se podendo falar em reabertura de prazo, o que, por conseguinte, veio a beneficiar o empregador.

Assim, se privilegiaria a segurança jurídica permitindo que o devedor só possa ser demandado por um determinado lapso temporal que, uma vez ultrapassado, não poderá obrigar o devedor ao pagamento.

Todavia, em 08 de novembro de 2000, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio de uma Orientação Jurisprudencial, a OJ 204 da Seção de Dissídios Individuais , passou a dispor: “A prescrição quinquenal abrange os cinco anos anteriores ao ajuizamento da reclamatória e não os cinco anos anteriores à data da extinção do contrato”. Ressalta-se que a edição da aludida OJ foi posterior a EC 28 que uniformizou os prazos prescricionais para a propositura da demanda trabalhista por trabalhadores urbanos e rurais.

A edição da OJ pretendeu excluir a interpretação da norma constitucional que contasse, assim como a prescrição bienal, a prescrição quinquenal da data de extinção do contrato de trabalho, inserindo conteúdo normativo que não coaduna com a norma prescricional trazida no Art. 7º XXIX da Constituição Federal e com os princípios trabalhistas.

Em 20 de abril de 2005 a Resolução Administrativa 129/05 alterou a redação da Súmula 308, incorporando a esta o entendimento que havia sido firmado pelo TST por meio da OJ 204 da SDI-1.

Desta feita, a redação da Súmula 308 do TST desconsidera não só a realidade que norteia as relações contratuais trabalhistas, mas também, viola princípios processuais e constitucionais aplicáveis à matéria.

Assim, nas palavras de Guilherme Grillo no artigo O Império das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais na interpretação judicial trabalhista, as OJs e Súmulas acabam desempenhando um papel que vai muito além da mera orientação interpretativa para os tribunais e magistrados das instâncias inferiores, o que faz com que, muitas vezes, haja a confusão entre normas e súmulas, quando não se dá prevalência a estas sobre as normas. Destaca ainda, que muitas vezes essas OJs e Súmulas não espelham os reais valores e princípios constitucionais, mas um posicionamento por vezes subjetivo e politizado. (GRILLO, 2011, p.12-15)

Dispõe a Súmula 308 do TST:

Súmula 308. Prescrição Quinquenal

I – Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato.

Corroborando com o equivocadamente entendido da Súmula em referência, destaca-se o entendimento de Sérgio Pinto Martins ao comentar as súmulas do TST:

I – a contagem dos cinco anos deve ser feita a partir da propositura da ação e não a partir do término do contrato de trabalho. Com a propositura da ação é que se interrompe a prescrição. O prazo de dois anos é contado a partir da cessação do contrato de trabalho. O inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal não dispõe que o prazo de cinco anos é contado do término do contrato de trabalho, mas apenas para os dois anos.

Data venia, tal interpretação apresenta-se totalmente disforme da verdadeira hermenêutica que se deve ter da citada norma, posto que, em que pese à expressão “após a extinção do contrato de trabalho” está no final do texto não significa que o legislador constituinte pretendeu excluir a prescrição quinquenal dessa forma de contagem. Tal inciso deve receber uma interpretação

sistêmica, coadunando não só com os princípios processuais trabalhistas, mas, principalmente, com o direito fundamental de acesso à Justiça.

Além disso, conforme já aclarado, norteia o regramento material e processual trabalhista o princípio da proteção ao trabalhador, devendo este ser utilizado não só como inspiração ao legislador na elaboração das normas, mas também para auxiliar o intérprete e aplicador do direito quando houver dúvida acerca da correta interpretação de uma norma, quando se possa abstrair desta mais de uma interpretação deve-se optar pela interpretação que seja mais favorável ao trabalhador.

Ademais, consoante anteriormente demonstrado, é o próprio ordenamento processual trabalhista que, assim como no direito material, para assegurar a efetividade do princípio da isonomia também no campo processual, considera a desproporcionalidade e hipossuficiência do trabalhador quando litiga com seu empregador ou antigo empregador, assim, confere a este não privilégios, mas um equilíbrio para que possa levar ao conhecimento do Judiciário violação ou ameaça a seus direitos, visando vê-los devidamente tutelados.

Dessa forma, à luz principalmente do princípio da proteção ao trabalhador e do princípio do acesso à Justiça, entendido este não só como o direito do trabalhador de ingressar com uma demanda judicialmente, mas o de ter acesso a uma ordem jurídica justa, constata-se que a Súmula 308 do TST não interpreta corretamente a norma constitucional atinente à prescrição, em verdade, a referida Súmula vai de encontro a esta.

Assim, a restrição criada pelo TST para que o prazo da prescrição quinquenal seja contado a partir da data de propositura da reclamação trabalhista viola a própria Constituição.

Inexiste qualquer omissão na norma, não havendo necessidade nem adequação do TST ao editar uma súmula para restringir o que o legislador

constituente não pretendeu restringir, em prejuízo ao trabalhador, tolhendo deste verbas de natureza alimentar.

Outrossim, ainda que se pudesse falar em ambiguidade na norma constitucional que previu a prescrição, ou seja, ainda que se entendesse que o inciso XXIX do Art. 7º desse margem a interpretar que o prazo da prescrição quinquenal não devesse ser contado do fim da relação contratual, mas da propositura da reclamação trabalhista, pelo princípio da proteção ao trabalhador, especificamente, o *in dubio pro operario*, deveria ser interpretado da forma mais favorável ao trabalhador.

A intenção do constituinte foi apenas a de limitar o tempo o qual o trabalhador poderia requerer em Juízo seus direitos, não podendo ser *ad eternum* em respeito ao princípio da segurança jurídica. Contudo, obviamente, em consonância com o princípio da proteção e com o princípio do acesso à Justiça, ambos os prazos devem ser contados a partir do término da relação de trabalho.

Destaca-se o posicionamento de Elival da Silva Ramos:

Poder-se-ia indagar se os princípios de interpretação de normas constitucionais da força-normativa e da máxima efetividade não constituiriam impedimentos à atribuição de eficácia limitada a normas constitucionais vinculadas a dispositivos cuja textualidade não faz referência alguma à necessidade de providências integrativas.

De acordo com o princípio da força normativa da Constituição, “na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa) contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental,” dele não diferindo, significativamente, o princípio da máxima efetividade (ou da interpretação efetiva), segundo o qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. (RAMOS, 2014, p. 192)

A interpretação equivocadamente dada pelo Tribunal Superior do Trabalho só beneficia o empregador que é a parte hipersuficiente na relação, em

detrimento da parte materialmente e processualmente mais fraca, impedindo o acesso deste a uma ordem jurídica justa.

Dessa forma, seguindo as orientações da súmula em comento, o trabalhador que laborou por dez anos para o mesmo empregador e durante todo o período do contrato de trabalho nunca recebeu o valor de suas férias com 1/3, como determina a Constituição Federal, ao extinguir-se a relação de emprego terá que ingressar com a reclamação trabalhista imediatamente para ter direito a reclamar, pelo menos, os últimos cinco anos de labor, caso o trabalhador deixe para propor a ação no último dia do prazo prescricional, só terá direito a receber os últimos três anos de trabalho.

Em face disso, o TST inviabilizou o pleno direito constitucionalmente garantido a todo o cidadão que trabalhe de receber os créditos trabalhistas sonegados à época oportuna, sendo totalmente inviável e inconstitucional essa exigência de imediatismo do trabalhador para não perder o direito de receber os créditos trabalhistas dos últimos cinco anos que trabalhou.

Fica claro que o objetivo da norma nunca foi este, ora se a Constituição trouxe o prazo de dois anos para que o trabalhador propusesse a sua demanda trabalhista este prazo é o prazo que o trabalhador tem para exercer o seu direito de acesso à Justiça, portanto, ingressando em Juízo seja qual for à data, desde que dentro desse prazo, deve ser-lhe assegurado o direito de receber as verbas trabalhistas dos cinco últimos anos de trabalho contados do fim da relação laboral e não da propositura da reclamação.

Quanto ao papel, força e necessidade de hermenêutica das súmulas, ressalta-se, mais uma vez, Guilherme Grillo:

E nisto há uma carga de tradição. A ideia de intransponibilidade metodológica das súmulas é algo que vai-se construindo como um ídolo, sem questionamento, no mundo da prática, sem uma abertura de espírito do intérprete àquele preconceito, tanto em relação à imperatividade do “direito judicial”, quanto ao conteúdo mesmo da emanção jurisprudencial.

A interpretação não é exclusiva às normas jurídicas. O conteúdo de súmula é, tanto ou mais, passível de exegese, não apenas para se realizar o pressuposto de acoplamento à situação jurídica em tela, como também para se avaliar a correção da súmula quando novos elementos fáticos ou jurídicos interpenetram-se na discussão. (Grillo, 2011, p. 12)

Nesse ponto, ressurgue a questão acima enfrentada sobre a convicção jurídica. Deverá esta atividade, mais destacada, dos Tribunais agir em consonância com a Constituição, com os valores e princípios por ela estabelecidos. O aumento do poder conferido aos Tribunais, no entanto, muito embora tenha sido festejado no limiar do constitucionalismo, e ainda o é, tal diretriz não resta imune a críticas. Com efeito, a submissão cega dos juízes de piso ou dos tribunais inferiores às Súmulas e Orientações Jurisprudenciais corrobora com a exigência de um controle à subjetividade das decisões ou até mesmo à sua politização. E tal controle passa pela via hermenêutica, sempre com vistas aos valores e princípios constitucionais. (GRILLO, 2011, p. 14)

Considerando que a Lei Maior do Estado já trouxe uma limitação temporal para que o trabalhador pudesse pleitear e receber as verbas trabalhistas as quais faz *jus* por força de lei, contrato de trabalho, convenção coletiva, acordo coletivo, etc., que não foram adimplidas por transgressão do empregador, é incongruente e ilógico o entendimento do TST firmado na Súmula 308, haja vista que tal entendimento beneficia a parte que além de materialmente e processualmente hipersuficiente, passou longos anos descumprindo a lei em detrimento daquele trabalhador que por anos foi lesado e quando busca o Judiciário se depara com uma barreira que inviabiliza a concretude de seus direitos e beneficia imensamente seu antigo empregador.

Nesse contexto, importante trazer à baila os princípios interpretativos trazidos por Flávia Piovesan que devem nortear a hermenêutica dos direitos fundamentais sociais, extraíndo os verdadeiros objetivos da norma Constitucional. Assim, cabe destaque ao tema os princípios da interpretação teleológica, o princípio da interpretação efetiva, princípio da interpretação dinâmica e evolutiva e o princípio da proporcionalidade.

Em relação ao princípio da interpretação teleológica, este visa atingir os objetivos e propósitos trazidos pela Constituição Federal, em especial, aos direitos sociais.

Ressalta-se o que disciplina Flávia Piovesan quanto ao aludido princípio:

Isto é, faz-se necessário obter a interpretação mais apropriada com o fim de implementar os objetivos e alcançar os propósitos dos parâmetros constitucionais e internacionais vocacionados à proteção de direitos, a partir de uma lógica material, afastando leituras interpretativas que restrinjam o alcance das obrigações assumidas pelos Estados no tocante à realização dos direitos sociais. (PIOVESAN, 2010, p. 25)

Dessa forma, à luz também deste princípio, tem-se que a Súmula 308 do TST não atende à interpretação teleológica, haja vista que não está em consonância com a finalidade das normas constitucionais, posto que a redação desta restringe o alcance dos direitos, acarretando não só a violação aos direitos fundamentais sociais, mas também, ao direito fundamental individual de acesso à justiça, conforme explanado.

Quanto ao princípio da interpretação efetiva, extrai-se deste que o intérprete, seja do Legislativo ou do Judiciário, deve potencializar o alcance das normas constitucionais, em especial, aos direitos sociais, evitando e excluindo interpretações que restrinjam tais direitos, o que ocorre inequivocamente no caso da Súmula 308, uma vez que ela reduz o período no qual o trabalhador pode pleitear suas verbas trabalhistas dentro do prazo prescricional bienal e quinquenal previsto na Constituição Federal.

Para o princípio da interpretação dinâmica, o intérprete deve considerar na hermenêutica das normas as mudanças sociais e políticas, adequando-as ao atual contexto sócio-político no qual será inserida.

Já pelo princípio da proporcionalidade, o intérprete na hermenêutica das leis deve adequar à norma de modo a não aplicar excesso na restrição de direitos.

Em consonância com tudo que foi exposto, é evidente que a redação da Súmula 308 do TST afronta diversos princípios e viola a Constituição Federal, constituindo-se num verdadeiro estímulo ao descumprimento às normas trabalhistas, grande parte já prevista na própria Constituição Federal como direitos fundamentais mínimos que devem ser assegurados aos trabalhadores, tendo em vista que o empregador sabe que se seu empregado ou antigo empregado buscar a Justiça para reclamar seus direitos e tiver mais de cinco anos de trabalho, o Judiciário, aplicando a Súmula 308, irá sempre deferir parcialmente os direitos e ainda penalizar o trabalhador a cada dia que ele demore para propor a demanda. Sendo assim, é uma ferramenta de enriquecimento ilícito para o empregador e violação das normas constitucionais, infraconstitucionais.

CONCLUSÃO

Infere-se com a pesquisa que a idealização e implantação na forma de organização do Poder do Estado da Teoria da Tripartição dos Poderes foi de extrema relevância para o desenvolvimento, em especial, dos ordenamentos jurídicos nos Estados, sendo extremamente relevante e imprescindível à manutenção da soberania e da indivisibilidade do Poder, mas com a divisão deste em competências, cada uma distinta ente si. A Lei Maior do Estado trouxe três competências distintas, a saber: Legislativo, Executivo e Judiciário, permitindo que um Poder fiscalize o outro no tocante a adequação ao exercício de cada competência constitucionalmente definida, afastando ilegalidades e arbitrariedades que vão de encontro aos direitos dos indivíduos, tanto quando considerados individualmente quanto quando inseridos numa coletividade.

Analisando o Judiciário nesse sistema tríplice de Poder, do Século XVIII até o Século XX houve muitas mudanças no que se refere à postura que este deve adotar como aplicador do Direito, acarretando uma radical mudança no Papel do Judiciário e na visão que a sociedade tem quanto à função que a Constituição outorga a este. Tal fato, por conseguinte, leva a uma reformulação da visão da Teoria Tríplice de divisão do Poder para que o Poder Judiciário possa garantir a concretização de todos os direitos inseridos na Lei Maior do Estado.

Tecendo breves considerações sobre essas mudanças do século XVIII ao século XX, se demonstrou que a teoria da separação dos Poderes, idealizada por Montesquieu e que ganhou força com a Revolução Francesa, foi criada com o objetivo de retirar a concentração do Poder das mãos de um só, o monarca, objetivando não dividir o Poder que permanece uno e indivisível, mas dividir as competências deste Poder. Assim, foram criadas as esferas do Poder, cada um com uma função típica e funções atípicas, estas constitucionalmente previstas e limitadas, com o objetivo de preservar os direitos previstos, primordialmente, na Constituição Federal, protegendo a liberdade do indivíduo e a forma de estruturação estatal prevista nesta.

Na França, antes da Revolução Francesa, os magistrados não tinham qualquer compromisso com os valores que levaram à Revolução, a saber: igualdade, liberdade e fraternidade, ao contrário, exerciam a função jurisdicional para atender aos interesses de uma classe privilegiada que era a aristocracia feudal. Desse modo, aqueles juízes se negavam a aplicar uma lei que se mostrasse contrária aos interesses da classe aristocrática.

Desta feita, do século XVIII ao Século XX as Constituições dos Estados que adotam tal modelo, em específico a brasileira, vem passando por uma reestruturação. Inicialmente, houve a inserção de direitos individuais, posteriormente, direitos sociais, e assim foi evoluindo no sentido de ampliar os direitos fundamentais.

O constitucionalismo moderno com o modelo da social democracia vem modificando os limites trazidos com a concepção clássica da tripartição de Poderes, principalmente, no que se refere às competências atribuídas constitucionalmente ao Poder Judiciário, tendo sido analisado com o presente trabalho que o alargamento dessas competências, com a abertura para uma ampla interpretação das normas na aplicação do Direito, acarretou no caso em tela, considerando especificamente a Súmula 308 do TST, uma invasão pelo Poder Judiciário das competências originalmente atribuídas ao Legislativo.

No início do Século XX, surgiu a doutrina do Constitucionalismo da Efetividade que objetivou tornar as normas constitucionais direta e imediatamente aplicáveis, ou seja, havendo transgressão a uma norma constitucional o ordenamento jurídico deve assegurar a tutela dos direitos constitucionais, exigindo uma atuação efetiva dos juízes e dos tribunais.

Sendo assim, se verifica que em todas as hipóteses nas quais a Constituição crie direitos subjetivos, sejam estes políticos, individuais, sociais ou difusos, estes são direta e imediatamente exigíveis do Poder Público ou do particular, o que abriu caminho e impulsionou o surgimento do chamado Ativismo Judicial.

Em consonância com o que foi trazido no presente trabalho, o Ativismo Judicial não objetiva e não significa uma usurpação de poder pelo Judiciário, mas, ao contrário, considerando a dinamicidade da sociedade e que as normas podem possuir mais de uma interpretação, cabe ao Judiciário aplicar a norma harmonizando-a com os princípios e normas da Constituição Federal que têm supremacia e efetividade máxima.

Portanto, o Ativismo Judicial consiste numa postura proativa do Judiciário, diante do reconhecimento de que o ordenamento jurídico não é completo e perfeito, necessitando, por diversas vezes, que o Judiciário tenha uma liberdade interpretativa para compatibilizar as normas infraconstitucionais às normas e princípios da Lei Maior do Estado. Todavia, o problema reside quando o Judiciário extrapola os limites do ativismo judicial, aproveitando-se da atividade interpretativa para inserir ou extrair da norma um conteúdo que com ela não há correspondência.

A postura do Judiciário e a sua liberdade interpretativa deve ser responsável e controlada, justamente porque este não pode ir de encontro ao conteúdo de normas legítimas e constitucionais, criando o direito a pretexto de lacunas ou margens interpretativas inexistentes para inserirem comandos incompatíveis com a real intenção da norma e, por conseguinte, do legislador.

Em razão das mudanças apontadas no papel do Judiciário brasileiro com o ativismo judicial, verifica-se que não estão mais presentes todas as características do Sistema do *Civil Law* puro que é o sistema jurídico implantado no Brasil, havendo inclusão de características pertinentes ao *Common Law* que é um Sistema Jurídico que privilegia a jurisprudência. Ressalta-se, que conforme exposto nessa pesquisa, a conciliação destes sistemas não ocorre apenas no âmbito do Judiciário, mas também do Legislativo.

Nesse novo cenário do Judiciário e do Legislativo, tem-se que o TST não praticou uma postura condizente com o Ativismo Judicial defendido neste trabalho, mas extrapolou os limites de uma interpretação com base na Constituição Federal, posto que o entendimento consubstanciado na Súmula 308 desse Tribunal em nada coaduna com a real intenção do legislador constituinte ao elaborar a norma atinente à prescrição no âmbito trabalhista, violando princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Em que pese entendimentos doutrinários citados no capítulo pertinente à prescrição, os quais demonstram que há doutrinadores que defendem a imprescritibilidade dos direitos trabalhistas, considerando todas as peculiaridades que norteiam a relação laboral, nosso ordenamento jurídico considerou prescritível os créditos oriundos da relação de trabalho, consoante trazido no Art. 7º, XXIX da Lei Maior do Estado que disciplina dois prazos para a prescrição extintiva no direito do Trabalho.

Ocorre que, a referida norma não enseja dubiedade hermenêutica, posto que, conforme entendimento doutrinário trazido na presente dissertação, o legislador constituinte foi expresso e suficientemente claro na sua intenção de diferenciar a prescrição trabalhista das demais, uma vez que considera o marco inicial da prescrição a rescisão do contrato de trabalho e não a lesão.

Assim, em consonância com tudo que foi exposto na pesquisa, tem-se que ainda que a norma supracitada permitisse margem para mais de uma interpretação, em conformidade com o princípio constitucional de acesso à justiça e o princípio infraconstitucional de proteção ao trabalhador, em especial,

o subprincípio deste decorrente: *in dubio pro operario*, considerando a hipossuficiência do trabalhador e todas as peculiaridades do direito do trabalho, jamais se poderia conferir interpretação em prejuízo do trabalhador, restringindo ainda mais os seus direitos, esvaziando o objetivo da legislação trabalhista.

Desta feita, uma vez que a postura do TST com a Súmula 308 foi de criação de uma norma, este violou não só competência atribuída ao Legislativo, mas apresentou uma interpretação que vai de encontro a real intenção do legislador constituinte, ao princípio fundamental de acesso à justiça e a princípios infraconstitucionais que norteiam o ordenamento trabalhista, ultrapassando a abertura concedida pelo ordenamento jurídico para margens interpretativas pelo Judiciário, amesquinhando o conteúdo da norma constitucional.

Assim, a real interpretação que deve ser conferida à norma da prescrição trabalhista é a de que apesar da expressão “após a extinção do contrato de trabalho” está no final do inciso XXIX do Art. 7º da CF, não se pode dizer que o legislador constituinte pretendeu excluir o direito do trabalhador que teve seu contrato de trabalho extinto de pleitear seus créditos trabalhistas oriundos da relação de trabalho até o limite de dois anos finda a relação, podendo pleitear os últimos cinco anos do contrato de trabalho contados da extinção deste e não da propositura da ação.

Pelo princípio constitucional de acesso à justiça, deve ficar a critério do trabalhador escolher a data em que vai demandar, pois a constituição lhe dá o prazo de dois anos, não se apresentando coerente que se este não ingressar de imediato vá perdendo paulatinamente seus direitos, considerando que a Constituição Federal já realizou um corte periódico como limite para tais pleitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAÚJO, ENEIDA MELO CORREIA. **Prescrição Trabalhista**. Recife: Nossa Livraria e Centro Cultural Cabral de Melo, 1989

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Breves Considerações sobre o Princípio do Acesso à Justiça no Direito Brasileiro**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo: LTr, n. 134, p.168-201, abr-jun. 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo**. In: FELLET, André Luiz Fernandes, PAULA, Daniel Giotti e NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil: crônicas de um sucesso improvável**.

Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>.

Acesso em: 14 de julho de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. D.O.U. de 05/10/1988.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105. D.O.U. de 17/03/2015

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406. D.O.U. 11/01/2002

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas. Disponível em: <www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 27 de agosto de 2015

BRITO, Jaime Rodrigues; OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A Convergência do Sistema da *Civil Law* ao da *Common Law* e a concretização dos direitos.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2616/2405>> . Acesso em: 28 de agosto de 2015.

BUSTAMANTE, Thomas. **Conflitos Normativos e Decisões Contra Legem: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas.** In: FELLET, André Luiz Fernandes, PAULA, Daniel Giotti e NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Salvador: Juspodivm, 2011.

CAHALI, Yussef Saide. **Prescrição e Decadência.** São Paulo, SP: RT Revista dos Tribunais; 2012

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Moreira Alves V. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** In: FELLET, André Luiz Fernandes, PAULA, Daniel Giotti e NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Salvador: Juspodivm, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** Niterói, RJ: Impetus, 2012.

CHEVALLIER, Jean-Jacques; **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias**; Rio de Janeiro: Livraria Agir; 1978.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?** In: FELLET, André Luiz Fernandes, PAULA, Daniel Giotti e NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: RT, julho-2012, v. 209.

DELGADO, Maurício Coutinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito à Inafastabilidade do Poder Judiciário**. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords). **Direitos Constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FONTOURA, João Fábio Silva da. **Hermenêutica Constitucional e Pós-Positivismo: notas sobre a metódica estruturante e sobre a técnica da ponderação**. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/joinville.pdf>. Acesso em: 14 de julho de 2015.

GRILLO, Guilherme Levien. **O império das súmulas e orientações jurisprudenciais na interpretação judicial trabalhista: horizontes metodológicos de crítica e superação** hermenêutica. disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1519/1205>>. acesso em: 28 de agosto de 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, 2002.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Direito de Acesso ao Judiciário**. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords). **Direitos Constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao1.html>. Acesso em: 14 de julho de 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Saraiva. 2015

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Civil Brasileiro: aproximação entre *civil law* e *common law* e a aplicabilidade do *stare decisis***. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2015

LORENZETTI, Ari Pedro. **A prescrição e a decadência na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr: 2009

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A Guarda da Constituição em Hans Kelsen. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/031007.pdf>>. Acesso em: 14 de julho de 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MARMELSTEIN, George. **Direitos Fundamentais**. São Paulo. Atlas. 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

PAULA, Daniel Giotti. **Ainda Existe Separação de Poderes? a invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política**. In: FELLET, André Luiz Fernandes, PAULA, Daniel Giotti e NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direito do Trabalho e a Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Internacional e Constitucional**. In: PIOVESAN, Flávia, CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (orgs.). **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Tratado sobre a Prescrição e a Decadência no Direito do Trabalho**

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Nova Cultura, 1999

SAAD, Eduardo Gabriel, SAAD, José Eduardo Duarte e BRANCO, Ana Maria SAAD CASTELO. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Estudo Crítico da Prescrição Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Ovidio A. Baptista da. **Processo e Ideologia O Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro:Forense, 2004

