

Data de aprovação: 15/12/2020

ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO: A REFORMA TRABALHISTA CONTRAPOSTA À USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Emyli Hapuque Miranda Silva¹
Marcelo Maurício da Silva²

RESUMO

O artigo discorreu sobre a extensão da conduta ativista adotada pela Justiça do Trabalho, especialmente o Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista a superveniência da vigência da Reforma Trabalhista, em 2017, a qual foi alvo de discussão sobre o seu aparente caráter de contenção ao ativismo judicial praticado no âmbito trabalhista. Assim, utilizando-se do método dedutivo e da pesquisa qualitativa, além de conceituar o ativismo judicial, demonstrar a sua materialização na Justiça do Trabalho, investigar a conduta ativista na jurisprudência do TST e analisar as suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro, buscou-se verificar se a supracitada lei realmente visou restringir a prática ativista da Justiça do Trabalho. Diante disso, foi possível concluir que o ativismo judicial tem íntima vinculação com o moralismo, o sentimento pessoal de justiça de cada magistrado e o seu envolvimento com a política, ocorrendo na Justiça do Trabalho a partir dos excessos do TST em suprir as lacunas da legislação trabalhista e atuar usurpando a sua competência, conforme verificado na análise jurisprudencial. Como resultados, constatou-se que a Reforma Trabalhista objetivou restringir o ativismo judicial do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, apesar de não ter sido suficiente para contê-lo, o que gerou o aumento da resistência do referido Tribunal à nova lei, da insegurança jurídica e do conflito entre os Três Poderes da República.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Justiça do Trabalho. Reforma Trabalhista.

JUDICIAL ACTIVISM IN THE LABOR JUSTICE: THE LABOR REFORM AGAINST THE USURPATION OF COMPETENCE

ABSTRACT

The article discussed about extension of activist conduct adopted by the Labor Justice, especially the Labor Court, in view of the supervenience of the Labor Reform in 2017, which was the subject of discussion about its apparent containment feature to the judicial activism practiced in the labor scope. Thus, using the deductive method

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: emyli.h4@gmail.com

² Professor Orientador do Curso Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: marcelomauricio@unirn.edu.br

and qualitative research, in addition to conceptualizing judicial activism, demonstrating its materialization in the Labor Justice, investigating the activist conduct in the Labor Court jurisprudence and analyzing his consequences in the Brazilian legal system, sought verify if the aforementioned law really aimed to restrict the activist practice of Labor Justice. Therefore, it was possible to conclude that judicial activism is closely linked to the moralism, the personal feeling of justice of each magistrate and their involvement with politics, occurring in the Labor Justice based on the excesses of the Labor Court in filling the gaps in legislation labor and usurping its competence, as verified in the jurisprudential analysis. As a result, it was found that the Labor Reform aimed to restrict the judicial activism of the top of the Labor Justice, although it was not enough to contain it, which generated the increased resistance of the referred Court to the new law, from legal uncertainty and conflict between the Three Powers of the Republic.

Keywords: Judicial activism. Labor Justice. Labor Reform.

1 INTRODUÇÃO

Há décadas, o ativismo judicial é alvo de discussão em vários países, tendo o assunto chegado ao Brasil e se estendido também ao Poder Judiciário brasileiro. Com o passar dos anos e o crescimento dos debates sobre a matéria, a prática ativista da Justiça do Trabalho – especialmente do Tribunal Superior do Trabalho – sempre chamou atenção, considerando a habitualidade do comportamento proativo do TST na tomada de decisões e na elaboração do seu entendimento jurisprudencial.

Diante disso, após a vigência da Lei 13.467/17, denominada de Reforma Trabalhista, torna-se necessária a análise sobre a conduta ativista adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que os Poderes Legislativo e Executivo, na edição da nova norma, aparentemente possuíram o escopo de realizar a contenção do ativismo judicial praticado pela Justiça do Trabalho a partir de várias mudanças legislativas estratégicas, especialmente mediante a inclusão do §2º no art. 8º da CLT.

Em razão disso, a pergunta-problema consistiu em questionar se a Lei 13.467/17 efetivamente atuou como um freio ao ativismo judicial da Justiça do Trabalho. Assim, o presente estudo abordou o assunto adotando o método dedutivo, partindo do geral para o particular e, por intermédio de uma pesquisa explicativa e qualitativa, utilizou leis, princípios e a doutrina para examinar a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, bem como o seu comportamento diante das modificações legislativas trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017.

Como objetivo geral, buscou-se analisar a extensão do ativismo judicial praticado pela Justiça do Trabalho, especificamente pelo Tribunal Superior do

Trabalho, após a superveniência da vigência da Lei 13.467/17, verificando se a referida lei visou restringir a prática ativista. Como objetivos específicos, procurou conceituar o ativismo judicial, além de demonstrar a forma de sua ocorrência na Justiça do trabalho, examinar a extensão da conduta ativista na jurisprudência do TST e versar sobre as consequências da sua prática no ordenamento jurídico brasileiro.

Isto posto, o presente artigo se propôs a investigar se a Reforma Trabalhista pretendeu restringir a característica intrínseca da Justiça do Trabalho, isto é, de se constituir em uma Justiça essencialmente ativista, usurpando a delimitação constitucional de competência imposta ao Poder Judiciário. Ademais, também buscou compreender as consequências da continuidade da conduta ativista, após a nova norma editada pelos Poderes Legislativo e Executivo.

2 ATIVISMO JUDICIAL: DO QUE SE TRATA?

A expressão “ativismo judicial”, embora formada apenas pela junção de duas palavras corriqueiras, foi utilizada pela primeira vez por um historiador e biógrafo chamado Arthur M. Schlesinger Jr. – ganhador do prêmio Pulitzer duas vezes –, em seu artigo escrito para a revista norte-americana *Fortune*, intitulado de *The Supreme Court:1947* (ASSIS, 2011, p. 145 – 146).

Na ocasião, o historiador se dispôs a fazer uma breve análise das decisões proferidas pelos juízes da Suprema Corte Americana e, ao estudar as posições adotadas por cada magistrado, identificou duas fortes vertentes: enquanto uns, adeptos da autocontenção, aplicavam fielmente a Constituição, em respeito à democracia – *judicial self-restraint* –, outros, ativistas, baseavam-se em suas concepções pessoais e ideológicas, com ânsia de alcançar a justiça social – *judicial activism* (ASSIS, 2011, p. 146).

Entretanto, não obstante a utilização da expressão e o relato do que identificou em suas análises e críticas, Schlesinger não conceituou o termo, deixando sua aplicação restrita aos resultados apresentados em seu artigo. Logo, um tempo depois, quando a expressão foi introduzida nos debates jurídicos, sua indefinição nebulosa gerou um limbo de especulações sobre o real conceito pensado pelo historiador.

Posteriormente, o debate ultrapassou as fronteiras norte-americanas e, ainda hoje, após várias décadas, a vagueza do termo promove discussões polêmicas sobre as decisões judiciais, que vêm sendo cada vez mais recorrentes e relevantes também

no Brasil, visto que é um Estado Democrático de Direito, possui a Tripartição de Poderes como um princípio fundamental e costuma vivenciar diversas crises políticas e conflitos que geram insegurança jurídica.

Quanto a isso, Streck (2013, s.p.) ressalta que “de todo modo – e isso precisa ficar bem claro –, apenas diante da consagração de uma efetiva jurisdição constitucional é que se pode falar no problema dos ativismos judiciais”. Por isso, para delimitar e estabelecer o que vem a ser o ativismo judicial e suas repercussões, deve ser levada em consideração a organização jurídica do país, bem como o controle de constitucionalidade adotado e os limites previstos na Constituição.

Ocorre que o Brasil adota um sistema de controle de constitucionalidade em que o Poder Judiciário detém uma competência técnica de conhecimento, apesar de ter sido muito influenciado pelo sistema americano e europeu. Assim, soluciona conflitos sociais com base na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, sempre aplicando o Direito previsto em lei ao caso a ser solucionado, sem ser esperada nenhuma conduta criativa quanto à aplicação do Direito, reservados os meios hermenêuticos e constitucionais de interpretação (BARROSO, 2015, p. 445).

Isto se deve à evolução histórica do sistema constitucional brasileiro, na qual cada uma de suas experiências constitucionais sofreu várias mudanças e otimizações, em que somente após o período da Ditadura Militar e da concentração de poder, o advento da Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios sólidos e basilares de organização do Estado, assegurando o Brasil como um Estado Democrático de Direito, com os três Poderes bem definidos e independentes entre si (BRASIL, 1988).

Concernente a isso, afirma Novellino (2013, p. 358) que

A independência entre eles [os Poderes] tem por finalidade estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A harmonia se exterioriza no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.

Em razão disso, o Brasil adota o sistema de controle de constitucionalidade misto, ou seja, jurisdicional e político, em que os três Poderes exercem controle em âmbitos diferentes: enquanto o controle preventivo é puramente político, exercido pelo Legislativo e Executivo, o controle Repressivo tanto é político quanto Judiciário. Por isso, quando um Poder adentra nos limites da função do outro, tem-se a usurpação da competência e, tratando-se do Poder Judiciário, recebe a denominação de ativismo judicial.

No Brasil, é mais previsível que a usurpação da competência ocorra no Poder Judiciário, especialmente no Supremo Tribunal Federal, devido ao país ter sido afetado pelo fenômeno mundial da judicialização, em que o poder para resolver divergências políticas e sociais é concentrado no Judiciário, suplantando as instâncias políticas tradicionais, como o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2009, p. 12).

Não obstante, somente a usurpação de competência não é suficiente para definir o ativismo judicial no Brasil, pois o fenômeno também ocorre em outras situações, quando o Judiciário, por exemplo, apesar de não adentrar nos outros Poderes, também não atua dentro dos limites previstos. Além disso, há uma linha tênue entre o exercício do controle de constitucionalidade – atribuído ao Poder Judiciário pela Constituição Federal – e o apoderamento, pelo Poder Judiciário, de funções próprias dos outros Poderes.³

Para alguns autores norte-americanos, como Baum, o ativismo judicial possui um conceito amplo e “engloba praticamente todos os casos de declaração de inconstitucionalidade de leis e, inclusive, interpretação da lei sem a declaração de inconstitucionalidade” (BAUM *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 10). A expressão contempla qualquer atividade revisional do Poder Judiciário que divirja das ações já realizadas pelos outros Poderes.

Por outro lado, Giotti adota um posicionamento contrário à percepção defendida por Baum e critica tal ponto de vista por considerar que este “engloba casos que não poderiam ser chamados de ativismo e deixa de fora outras modalidades que o são” (GIOTTI *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 11). No cenário brasileiro, em que o país é organizado juridicamente com base no *civil law* e possui um sistema constitucional bem organizado, como citado anteriormente, a crítica de Giotti se torna palpável e contundente.

Ademais, Tassinari afirma que o controle de constitucionalidade e o ativismo judicial são questões distintas, pois este possui características singulares, como o “forte apelo para a supremacia do Judiciário; e reivindicação de competências, que, a

³ Para Barroso (2009, p. 12), a judicialização consiste no fato de órgãos do Poder Judiciário decidirem sobre questões de grande repercussão política ou social, em detrimento do Congresso Nacional e do Presidente da República; “[...] envolve uma transferência de poder para juizes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”. Deste modo, o problema do apoderamento das funções próprias de outros Poderes não consiste em negar ao Judiciário a possibilidade de decidir sobre questões políticas – pois ele também integra o Poder Público e o Estado –, mas em reconhecer que ele não pode tomar para si as questões de competência dos Poderes tradicionalmente políticos, isto é, eleitos pelo povo – Executivo e Legislativo.

priori, não seriam de plano reconhecidas” (TASSINARI *apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 16). Isto é, o que distinguiria o controle de constitucionalidade do ativismo seria a clara usurpação de competência, em que o Judiciário passaria a atuar em esferas não previstas na Constituição Federal.

Já na concepção de Mendes e Abboud (2019, p. 3), o ativismo judicial

[...] trata-se da suspensão, pelo Poder Judiciário, dos pré-compromissos democráticos (Constituição e leis), que dão lugar, pura e simplesmente, à subjetividade de quem estiver julgando. É a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou política; mais, pelo senso de justiça ou pelo moralismo.

Por esta visão, mais adaptada à realidade brasileira, o ativismo judicial ocorre quando o Judiciário se distancia do ordenamento jurídico já consolidado democraticamente e passa a proferir decisões baseadas em seus posicionamentos políticos e ideológicos, na tentativa de substituir as leis vigentes pelo o que o julgador entende que seria o mais correto e justo.

Em contrapartida, Capeletti (*apud* OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 16 – 17) prefere entender o ativismo judicial como um fenômeno criativo do Poder Judiciário, inevitável e até mesmo necessário, mesmo que tal atividade criativa seja conflitante com o Legislativo e o Executivo, pois encara estes dois Poderes como gigantes da Administração e, por esta razão, defende que o Judiciário deve também estar à altura, como um “terceiro gigante”.

No entanto, apesar da origem do termo e de toda a discussão sobre o seu significado se desdobrar em torno da Suprema Corte norte-americana e, atualmente, dos outros países, o fenômeno é passível de ocorrer em todo o Judiciário. Mesmo no Brasil, com órgãos judiciais estruturados por diferentes competências e graus de jurisdição, as instâncias inferiores não ficam imunes à usurpação da competência, ainda que não exerçam diretamente o controle de constitucionalidade e, assim, não sejam passíveis de ultrapassar seus limites.

Isto se dá porque, segundo Bandow (*apud* MENDES, 2019, p. 2), o ativismo consiste em “uma questão relativa aos limites da interpretação da Constituição”. Logo, trata-se de um tema que vai além do controle de constitucionalidade e diz respeito à forma de aplicação das leis, razão pela qual o fenômeno é passível de se estender a todo o Poder Judiciário, tendo em vista a sua plena submissão aos ditames da Constituição Federal.

Isto posto, o fenômeno possui íntima relação com os limites da capacidade criativa do juiz – exercida ao interpretar a letra da lei e conceder-lhe um sentido diferente do que já vinha sendo aplicado – e é responsável por disfarçar a “filosofia da consciência”. Esta diz respeito ao pensamento defendido por muitos magistrados brasileiros, que acreditam ser legítimo utilizar apenas o compromisso com sua própria consciência como fundamento das decisões (STRECK, 2013, s.p.).

Por isso, em síntese, é plausível afirmar que o ativismo judicial se trata de um fenômeno jurídico-político, que possui relação direta com o controle de constitucionalidade, os limites da atuação criadora do juiz na interpretação da lei e o excesso de atuação no preenchimento de lacunas para a promoção de direitos. Assim, configura-se quando o juiz usurpa a sua competência e ultrapassa as atribuições previstas na Constituição Federal, com o intuito de obter justiça social por sua própria consciência, apesar da lei.

2.1 ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Após a Emenda Constitucional nº 45/04, a Constituição Federal passou a dispor, em seu art. 92, §2º, que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional (BRASIL, 2004). Por causa disso, dentre os órgãos que integram o Poder Judiciário, as decisões dos supracitados Tribunais possuem maior relevância e repercussão nacional, sendo também mais controlados e questionados pela população sobre as decisões tomadas em dissonância com os limites de atuação constitucionalmente previstos.

Diante de toda a discussão sobre os limites da atuação dos juízes e da ocorrência do ativismo judicial no Brasil, exsurge a figura da renomada Justiça do Trabalho, a qual, em sua essência, possui uma atuação ativista. Sendo o Tribunal Superior do Trabalho o órgão judicial de cúpula do âmbito trabalhista, detém competência para editar súmulas e firmar entendimentos norteadores da resolução dos conflitos trabalhistas, razão pela qual se torna mais vulnerável a incorrer em uma conduta inovadora e modificadora do Direito positivado.

Ocorre que o âmbito trabalhista possui um grande histórico de normas lacunosas e leis que não abrangem todas as possibilidades de relações trabalhistas, o que gera a incumbência à Justiça do Trabalho de decidir as questões tomando por base as fontes do Direito e os princípios constitucionais e trabalhistas que regem o

ordenamento jurídico, buscando efetivar os direitos dos trabalhadores e dos seus empregadores.

Como fundamento para a proteção dos trabalhadores, utiliza-se do Direito Tutelar do Trabalho, o qual, sendo um ramo do Direito Individual do Trabalho, possui o escopo de amparar os empregados e resguardá-los dos danos sofridos. Isto se dá com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, garantia prevista constitucionalmente e basilar das relações de emprego das sociedades civilizadas e democraticamente organizadas, como o cenário do Brasil.

No entanto, a preservação do trabalhador enquanto sujeito hipossuficiente da relação trabalhista encontra muitos óbices na própria legislação, devido às lacunas já citadas e à necessária atividade da Justiça do Trabalho de criar súmulas e estabelecer uma jurisprudência consolidada. Muitas vezes, a enxurrada jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho precisou inovar tanto, que criou direitos, modificou-os e até dificultou a proteção que tanto almejava, suscitando questionamentos sobre os limites de sua atuação.

Quanto à atividade jurisprudencial desenvolvida pelo Poder Judiciário, afirma Reale (2002, p. 169) que

[...] Em tese, os tribunais são chamados a aplicar a lei e a revelar o Direito sempre através da lei. Há oportunidades, entretanto, em que o trabalho jurisprudencial vai tão longe que, de certa forma, a lei adquire sentido bem diverso do originalmente querido.

E a Justiça do Trabalho, pelas razões já citadas, tende a adotar sentidos diversos habitualmente. Como exemplo de uma atuação polêmica e alvo de acusações sobre incorrer em um uma conduta ativista, tem-se a modificação radical da redação da Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho, ocorrida em 2012. Pela redação anterior, as condições de trabalho advindas de sentença normativa integravam o contrato de trabalho individual apenas por prazo determinado, porém, a nova redação passou a admitir o oposto, permitindo a supressão somente mediante negociação coletiva (TST, 2012).

A mudança drástica de uma súmula, enquanto complemento da norma legal, afeta diretamente as conquistas do trabalhador e o quanto o seu empregador estará disposto a oferecer benefícios e assumir mais riscos em seu favor. Por isso, inovações e posicionamentos radicalmente contrários aumentam os questionamentos sobre a ocorrência de ativismo judicial na Justiça do Trabalho e suas consequências, tendo

em vista que a segurança jurídica também é um requisito para a preservação dos direitos trabalhistas (PEDUZZI, 2015, p. 801 e 808).

Em razão disso, na visão de Coutinho e Filho (*apud* ASSIS, 2011, p. 185), o ativismo judicial na esfera trabalhista se configura quando o Poder Judiciário adota uma postura criativa e, mediante a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais, elabora novas regras jurídicas. Tal conduta representaria a usurpação da competência que tipicamente cabe ao Poder Legislativo, de natureza consagradamente política.

Ademais, o fenômeno ativista também se materializa quando o Tribunal Superior do Trabalho relativiza os precedentes já consolidados e pauta suas decisões no sentimento de justiça social, buscando resguardar o trabalhador mesmo nos casos em que nem a própria jurisprudência trabalhista já consolidada lhe proporciona benefícios, criando margem para novos precedentes.

Quanto a isso, em palestra ao 20º Curso de Formação Inicial, desenvolvido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat), em 2016, Peduzzi destacou que as “mudanças constantes decorrentes de uma postura judicial ativista podem trazer incertezas prejudiciais às relações obrigacionais e ao próprio convívio social” (MAUX, 2016). Assim, as consequências impactam não somente o ordenamento jurídico, mas toda a sociedade.

Em contrapartida, no fim de 2016, o Poder Executivo propôs um Projeto de Lei que, além de inovar a legislação trabalhista, visava conter a atividade legiferante desempenhada pela Justiça do Trabalho. Após tramitação no Poder Legislativo, no ano seguinte, foi sancionado como a Lei 13.467/17, a qual ficou conhecida como a Reforma Trabalhista; a partir de então, imaginava-se que o ativismo judicial presente em excesso no âmbito trabalhista seria refreado, limitação explícita que foi alvo de grandes discórdias.

Em outros termos, a postura ativista dos magistrados trabalhistas ensejou uma reação dos demais Poderes, que não somente instauraram um embate ideológico contra o Judiciário, como também estabeleceram medidas flexibilizadoras com o intuito de reduzir significativamente a atuação da Justiça do Trabalho, mediante a explícita intimidação intrínseca à nova lei.

3 A REFORMA TRABALHISTA COMO REAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL: A NOVA POSTURA INTERPRETATIVA DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A promulgação da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe grandes modificações para a legislação trabalhista. Sob a justificativa da necessidade de flexibilização do mercado de trabalho, além da simplificação e modernização das relações de emprego, especialmente a Consolidação das Leis do Trabalho teve grandes aspectos alterados, o que suscitou discussões sobre os prováveis impactos gerados a longo prazo (SENADO FEDERAL, 2019).

Destarte, a celeuma se deu porque a Reforma Trabalhista trouxe inúmeras medidas flexibilizadoras, permitindo o fracionamento das férias em três períodos, tornando mais flexível o limite máximo da jornada de trabalho – mediante a possibilidade de adoção do regime de 12 horas de trabalho seguidas de 36 horas de descanso –, autorizando a redução do intervalo intrajornada para o mínimo de 30 minutos, desde que mediante negociação coletiva, dentre outras medidas.

Ainda, cabe ressaltar que uma das mais polêmicas inovações trazidas pela norma foi a prevalência dos acordos celebrados em negociação coletiva em detrimento do texto legal, ressalvados os direitos mínimos previstos em lei. Conseqüentemente, surgiu o embate de posicionamentos divergentes sobre o real caráter prático da norma, discutindo se sua proposta flexibilizadora não seria uma privação dos direitos já conquistados pelos trabalhadores e, assim, inconstitucional.

No entanto, a única ideia que aparenta ser consensual entre os seus defensores e opositores é a de que a Reforma Trabalhista emergiu como uma reação ao ativismo judicial praticado pela Justiça Trabalho, tendo em vista as mudanças ocorridas no art. 8º da CLT: além da previsão legal de que o direito comum passou a ser considerado uma fonte subsidiária do Direito do Trabalho, houve a inclusão de mais dois parágrafos no referido artigo (BRASIL, 2017).

Contudo, o que causou toda a discussão foi o §2º do art. 8º, CLT, o qual dispõe que: “súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei” (BRASIL, 1943). Isto é, por previsão legal, a Justiça do Trabalho ficou adstrita a formular sua jurisprudência somente de forma interpretativa, sem maiores inovações legislativas.

Certamente, ao privilegiar a autonomia da vontade das partes e as medidas flexibilizadoras, mitigou-se a necessidade de provocação da Justiça em vários aspectos, porquanto a mesma lei que visou desafogar a alta demanda processual

também objetivou conter o ativismo do julgador. Logo, a solução de questões pela via negocial extrajudicial despontou como uma intimidação à Justiça do Trabalho, na medida em que a substituiu por outras alternativas e restringiu sua atuação.

Diante disso, Rillo (2018, p. 219) defende que a restrição imposta pela Reforma pode gerar prejuízos ao trabalhador, visto que os Tribunais poderão ficar reprimidos de exercer a sua função intervencionista e, assim, impossibilitados de proferir decisões contrárias à lei, embora benéficas ao réu. Conseqüentemente, os trabalhadores poderão passar a sofrer os danos de comumente verem seus direitos materiais violados – além de suas demandas trabalhistas frustradas –, sem que haja a possibilidade de recorrer à postura proativa dos Tribunais.

Todavia, como bem destaca Cassar (2018, p. 130), apesar de a beleza do Direito ser vislumbrada nas diversas possibilidades interpretativas, a interpretação da legislação trabalhista deve ser realizada de forma a considerar o ordenamento jurídico como um todo. Em outros termos, embora o juiz, enquanto operador do direito e aplicador da lei, possua liberdade para interpretar, além de se ater a princípios básicos, também deve observar todo o conjunto normativo.

Na interpretação das normas trabalhistas, como bem salienta Maranhão (*apud* CASSAR, 2018, p. 130), nem sempre o trabalhador será beneficiado, como se fosse uma praxe judicial obrigatória:

Não é verdadeiro que, na dúvida deva sempre o juiz interpretá-las em sentido favorável ao trabalhador. Uma norma não se interpreta isoladamente, mas em função do sistema que integra e do fim social a que se dirige. A valoração sistemática da norma e o propósito a que se destina podem revelar-lhe um sentido contrário à pretensão do empregado, no caso a ser decidido.

Logo, o conflito trabalhista levado a juízo, embora estabelecido entre dois polos com interesses contrapostos e considerando o empregado como parte hipossuficiente, precisa ser analisado sob a perspectiva de que ambos são sujeitos de direitos. Desse modo, não é admitido que os magistrados criem novos direitos – contrários à lei ou afora dela – a partir dos seus poderes de editar súmulas, pois agem pautados estritamente no desejo de beneficiar uma ou outra parte a qualquer custo.

Foi exatamente este tipo de conduta que a Reforma Trabalhista passou a combater, pois ficou perceptível o quanto os magistrados atuantes na esfera trabalhista estavam adotando posturas exacerbadamente proativas. E, embora seja

notório que o juiz não está restrito a adotar determinado modo interpretativo, seu poder criativo deve se limitar à interpretação, de modo que não incida numa conduta ativista.

Por isso, Dworkin (1999, p. 451 – 452), apesar de defender uma postura criativa dos juízes, característica notável do Juiz Hércules – modelo ideal de magistrado –, não coaduna com a ideia ativista, pois considera que ativismo e criatividade são atos distintos. Para ele, “um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação [...] para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”.

Sendo assim, é certo que, até determinado limite, a interpretação da norma pode se pautar numa visão subjetiva, mas o novo §2º do art. 8º da CLT pretendeu limitar tal subjetividade interpretativa ao que está expressamente previsto em lei. Isto é, embora movido por boas intenções, a atuação do magistrado possui limites – como os que a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais impõem –, tendo sido estes expressamente reiterados pela Reforma Trabalhista de 2017.

Neste sentido, apesar de Rillo (2018, p. 219) entender que o referido parágrafo segundo seja inconstitucional, por defender que o Poder Judiciário – enquanto ator na defesa do Regime Democrático – não pode sofrer limitação na sua competência de elaborar jurisprudências e enunciados, também assume que a análise do caso concreto é necessária, de modo a evitar excessos e, assim, riscos à razoabilidade, à independência e à justiça; em outras palavras: a temida insegurança jurídica.

Por causa disso, Peduzzi prega o “minimalismo judicial”, uma tese do norte-americano Cass Sunstein, que defende uma limitação institucional dos poderes dos magistrados. Esta ideia representa uma oposição ao ativismo judicial, pois alega que o Judiciário deve renunciar os debates sobre os rudimentos morais da vida pública ao Poder Legislativo, possuindo a tarefa de tão somente preservar as condições dessas discussões públicas (LADEIRA *apud* PEDUZZI, 2015, p. 803 – 804).

Logo, a defesa da democracia seria de fato efetivada com a real harmonia entre os Poderes, visto que, estando o Judiciário exercendo as funções que lhes são atribuídas pela Constituição, as questões políticas ficariam restritas ao Executivo e, principalmente, ao Legislativo, ambos democraticamente eleitos pelo povo para exercerem suas atividades na seara política.

Pois, como bem mencionado por Amorim et al. (2019, s.p.), no tocante à relação entre a autonomia do Direito e o ativismo judicial:

[...] Vale lembrar que é a partir da utilização da moral, economia e política como elementos de correção do Direito que se abre espaço para o afastamento das regras e princípios e utilização da discricionariedade nas decisões judiciais, que surgem fundamentadas na vontade, no desejo e na consciência do magistrado.

Isto posto, a usurpação do Judiciário em questões morais sobre as normas já estabelecidas, junto à decisão de afastá-las ou alterá-las segundo sua vontade livre não corroboram com seu papel intrínseco de guardião da Constituição, pois estaria adotando uma postura totalmente contrária aos ditames constitucionais – balizadores do ordenamento jurídico e do funcionamento da máquina pública como um todo, afetando também toda a sociedade.

Por isso que “o ativismo judicial encampa em si um problema de hermenêutica, trazendo para o debate o problema de como se deve aplicar o direito” (AMORIM ET AL., 2019, s.p.). Na Justiça do Trabalho, porém, a Reforma Trabalhista buscou delimitar melhor como deve ser feita tal aplicação, à medida em que buscou suprimir a criação e a restrição de direitos a partir da jurisprudência dos Tribunais, prática habitual até então.

Todavia, não obstante a tentativa de limitar o ativismo judicial na esfera trabalhista, é primordial que se faça uma análise dos efeitos práticos da Reforma, posto que, no dia a dia de resoluções em cada caso concreto, o que sobressai é a atuação dos juízes e suas respectivas linhas de interpretação. Ou seja, da mesma forma que, antes, o ativismo judicial se confundia com questões morais ou públicas, após a mudança, deve-se investigar se a prática realmente foi limitada ou apenas mudou de aparência.

3.1 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO APÓS A LIMITAÇÃO IMPOSTA PELA REFORMA TRABALHISTA

Certamente, a Lei 13.467/17 trouxe inúmeras disposições contrárias à jurisprudência já consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), o qual, em termos práticos, tornou-se mais dependente do Supremo Tribunal Federal para poder decidir sobre a aplicabilidade de seus entendimentos jurisprudenciais aos processos em curso, tendo em vista a superveniência dos ditames adversos da Reforma Trabalhista.

Quanto a isso, com fundamento no art. 6º da LINDB – que determina o efeito imediato da lei em vigor, desde que respeitados o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido –, Rocha, Ferreira e Boucinhas Filho (2020, p. 17) defendem a aplicação imediata das alterações processuais trazidas pela Reforma Trabalhista aos processos em curso, desde que não prejudiquem a prestação jurisdicional e o direito material das partes.

Em relação ao direito material, porém, os autores adotam posicionamento distinto, sustentando que a Lei 13.467/17 é inaplicável aos contratos de trabalho celebrados antes da sua vigência, “em respeito ao princípio da vedação da decisão surpresa (artigo 10 do CPC) e aos princípios constitucionais da segurança jurídica, inalterabilidade lesiva do contrato de emprego e do devido processo legal”, somente sendo admitida a aplicação integral da norma aos processos trabalhistas ajuizados após a vigência da Reforma (ROCHA; FERREIRA; BOUCINHAS FILHO, 2020, p. 23 – 24).

Entretanto, no julgamento de um recurso de revista, a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento de que a Lei 13.467/17 deve prevalecer sobre a jurisprudência já consolidada, se esta houver sido instituída apenas com base em princípios, isto é, sem fundamento expressamente previsto em lei. Neste sentido, o TST afastou a aplicabilidade de um precedente da sua Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SDI-1 (TST, 2020-A).

Na análise do referido recurso, interposto por um empregado contra seu empregador, pleiteando indenização por danos morais em virtude do uso de uniforme com logomarca de fornecedores, o Relator utilizou um precedente consolidado como fundamento, votando pela condenação da empresa. Porém, a maioria acompanhou o voto divergente do Ministro Ives Gandra, o qual, com fulcro na licitude da inclusão de logomarcas nos uniformes, prevista no art. 456-A da CLT (incluído pela Lei 13.467/17), afastou o precedente já consolidado, alegando que:

DANO MORAL – USO DE LOGOMARCA – SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA SBDI-1 DO TST PELA REFORMA TRABALHISTA – OFENSA AO ART. 5º, X, DA CF NÃO CONFIGURADA – APLICAÇÃO DO ART. 456-A DA CLT – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO FRENTE À LEI 13.467/17 – TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA - RECURSO NÃO CONHECIDO.

[...] 2. A jurisprudência majoritária da SBDI-1 do TST segue no sentido de que o uso não autorizado pelo empregado, de logomarca de patrocinador da empresa no seu uniforme de trabalho, ainda que não lhe atinja a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, impõe indenização por danos morais, nos termos

do art. 5º, X, da CF e da Súmula 403 do STJ, em face dos fins econômicos explorados pelo empregador com a inserção dessas marcas.

3. Ora, o bem da vida tutelado pelo inciso X do art. 5º da CF é a inviolabilidade da imagem pessoal, enquanto a ação lesiva tratada na Súmula 403 do STJ é a publicação indevida dessa imagem para fins comerciais. Assim, a existência de logomarca de apoiador ou patrocinador da empresa no uniforme de seus empregados, se não for ofensiva ou constrangedora pela natureza do produto divulgado, não pode ser tida como causadora de dano moral ao trabalhador, já que não viola sua imagem, honra ou respeitabilidade.

[...] 5. Diante da nítida manifestação de ativismo judicial estampada na referida jurisprudência criadora de direito, em detrimento do princípio republicano e democrático da separação dos Poderes do Estado, a Lei 13.467/17 veio a deixar claro, em relação à temática, que “cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada” (CLT, art. 456-A) [...] (TST, 2020-B).

No acórdão, o Redator ainda sustentou que a fundamentação levantada pelo Relator vencido, calcada no princípio da irretroatividade da lei, implica a existência de direito adquirido a uma indenização presumida. Em contrapartida, argumentou que o direito adquirido diz respeito ao confronto entre lei antiga e lei nova, não se configurando em relação ao confronto entre jurisprudência pacificada e lei nova, como no caso em questão (TST, 2020-B, p. 10).

Já no julgamento de outro recurso de revista, interposto pela Magazine Luiza, a 4ª Turma do TST reformou a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, o qual havia anulado um contrato de trabalho intermitente sob a alegação de que a referida modalidade de emprego somente poderia ser adotada em casos excepcionais e apenas para suprir as demandas das pequenas empresas, não podendo substituir os postos de emprego regulares.

Na ocasião, a 4º Turma entendeu que a decisão proferida pelo TRT-3 divergia do disposto nos arts. 443, §3º e 452-A da CLT, pois, ao reformar a decisão da instância inferior e criar exigências além das previstas na literalidade do texto legal, feriu o princípio da legalidade estabelecido no art. 5º, II, CF. Assim, o acórdão do TST determinou a reforma da decisão do referido Tribunal Regional, para que fosse restabelecida a sentença de improcedência proferida pela instância de primeiro grau (TST, 2020-C, p. 11).

Porém, após a Reforma trabalhista entrar em vigor, não houve apenas decisões em conformidade com a nova norma, pois o TST também adotou posicionamentos polêmicos. Em meados do presente ano, o Tribunal formou maioria visando declarar a inconstitucionalidade do índice de correção de créditos trabalhistas

previsto na CLT (incluído pela Lei 13.467/17), substituindo a Taxa Referencial (TR) pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Poucos dias depois, em decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo deferiu o pedido liminar feito na Ação Direta de Constitucionalidade 58, sobrestando a tramitação de todas as demandas trabalhistas em curso envolvendo o supracitado índice, isto é, referentes à aplicação dos arts. 879, §7º, e 899, §4º, da CLT (redação trazida pela Lei nº 13.467/2017) e do art. 39, caput e §1º da Lei 8.177/91 (STF, 2020).

Ocorre que, em 2015, com base no entendimento do STF firmado em julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade – determinando a correção para pagamento de precatórios pelo IPCA-E –, o TST declarou a inconstitucionalidade da sentença "equivalentes à TRD", presente no art. 39 da Lei 8.177/91 (TST, 2015). Além disso, já em 2017, ao acompanhar a linha de raciocínio do Supremo na aplicação do IPCA-E, o TST também modulou os efeitos para as ações trabalhistas em trâmite desde 25/03/2015 (TST, 2017).

Entretanto, mesmo com o posterior início da vigência das alterações trazidas pela Lei 13.467/17 – em 11 de novembro de 2017 –, determinando que a correção dos créditos trabalhistas deve ser feita com base na TR, o Tribunal Superior do Trabalho não cedeu ao novo ditame legislativo, entendendo que o art. 879, §7º, CLT já surgiu “natimorto” (ANAMATRA, 2020). Logo, por considerar que o Poder Legislativo editou uma norma contrária ao seu entendimento, optou por não aplicá-la e, ao formar maioria pela sua invalidade em julgamento de arguição de inconstitucionalidade, foram propostas as ADC’s ao STF (MENDES, 2020, p. 4).

Ocorre que, enquanto a parte autora das ADC’s defende que a norma deve ser aplicada na prática, antes de ser julgada como inconstitucional pelo Supremo, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) destaca as reiteradas decisões do STF no sentido de declarar a aplicação da TR como inconstitucional, “razão pela qual não poderia o legislador, por óbvio, voltar a incidir na mesma [in]constitucionalidade para fim de impor a TR para correção de créditos trabalhistas” (D’AGOSTINO, 2020).

Certamente, diante das mais variadas ações questionando a constitucionalidade de inúmeros dispositivos da Reforma Trabalhista – como o trabalho intermitente, o regime de trabalho 12 x 36, dentre outros –, o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho se encontra impossibilitado de uniformizar sua jurisprudência

e aplicá-la segundo os seus entendimentos já consolidados, visto que muitas de suas decisões estão dependentes dos posicionamentos a serem tomados pelo Supremo, com vistas a afastar ou afirmar a aplicação dos novos dispositivos que alteraram a CLT e divergiram da jurisprudência firmada.

Segundo conclusão depreendida por NUNES (2018, p. 39) em 2018, apenas um ano após a Reforma Trabalhista entrar em vigor, verificou-se que a aplicação dos seus dispositivos mostrou “um aumento do ativismo judicial acumulado em curto período de tempo”, tendendo a se equiparar à conduta ativista adotada anteriormente à norma. A autora atenta para o fato de que, em termos práticos, a inobservância do Legislativo quanto às possíveis consequências indesejadas da edição da norma pode ter causado exatamente o oposto do que se pretendia.

Não obstante o ativismo judicial praticado pela cúpula da Justiça do Trabalho, o fato de a matéria relativa à aplicação do índice de correção de créditos trabalhistas mais adequado ainda se encontrar em julgamento no Supremo Tribunal Federal conteve a conduta ativista do Tribunal Superior do Trabalho na matéria, mas de forma meramente momentânea. Porquanto, mesmo que a Lei 13.467/17 tenha estabelecido normas diversas do entendimento do TST, o STF pode afastá-las e reafirmar a conduta daquele, até então ativista.

Enquanto isto não ocorre, as partes das ações trabalhistas sobrestadas são as mais prejudicadas por toda a insegurança jurídica gerada pelo confronto entre os Poderes da República, visto que, ao adotarem posturas distintas quanto ao tratamento da legislação trabalhista, prejudicam não apenas a segurança do ordenamento jurídico, mas também as partes envolvidas nas relações jurídicas processuais e toda a sociedade em geral. Na praxe trabalhista, o conflito entre os Poderes apenas se torna mais nítido, agravando o problema.

4 AS CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À (IN)EFICÁCIA DA REFORMA TRABALHISTA

É evidente que a Justiça do Trabalho, essencialmente ativista, sentiu o impacto do freio imposto pelo Poder Legislativo e, assim, manteve-se rígida em sua postura. E, como reação, não apenas ignorou alguns dispositivos da Reforma Trabalhista, esquivando-se de aplicá-los, como traçou o caminho para declarar a sua

inconstitucionalidade, formando maioria para remeter as arguições de inconstitucionalidade ao Supremo.

Diferentemente do que se esperava, embora o Tribunal Superior do Trabalho tenha decidido em conformidade com algumas alterações legislativas trazidas pela Reforma Trabalhista, também manteve seu posicionamento imutável em algumas questões, como no caso do índice de correção monetária citado anteriormente. Na concepção do Tribunal, verifica-se que mais importante do que a lei, impõe-se o seu posicionamento jurisprudencial, mesmo que seja este anterior à edição daquela e ainda que não se trate de um conflito aparente de normas, considerando que o entendimento jurisprudencial foi firmado para suprir uma lacuna legal existente à época.

Por este prisma, é explícito que a conduta ativista da Justiça do Trabalho é intrínseca ao seu caráter proativo, posto que atua sob uma perspectiva singular e independente dentro da esfera dos Três Poderes, em vez de exercer suas funções de forma harmônica – nos limites constitucionais estabelecidos –, visando superar os pontos de vistas divergentes em prol do bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Não obstante, cabe ressaltar que o regime democrático não implica apenas o triunfo da maioria em detrimento das minorias, pois o Poder Judiciário, ao interpretar as leis e a Constituição, possui a função contramajoritária de salvaguardar os interesses dos menos favorecidos – seja por questão econômica, sexual, étnica ou cultural. Em contrapartida, este aspecto não tem o condão de ser o suficiente para nortear toda e qualquer decisão ou usurpação de competência, pois até mesmo a função contramajoritária é limitada pelos ditames constitucionais.

Certamente, cabe ao Legislativo a função de editar leis e criar normas gerais e abstratas, sendo este o Poder da República legitimado pela população para exercer sua função, à medida em que foi eleito pelo povo mediante o voto direto e secreto. Por isso, não cabe ao Judiciário usurpar a sua competência e contrariar o Legislativo apenas para se reafirmar em sua conduta ativista, superando os ditames legais em detrimento de seu posicionamento ideológico.

Pelo contrário, cabe ao Estado-juiz atuar em observância à supremacia do interesse público e à legitimidade de suas ações, posto que só detém legitimidade na sua atuação quando fundamenta suas decisões de forma racional, calcadas na Constituição Federal – expressão do poder constituinte originário – e nos seus

princípios democráticos e basilares da organização do Estado Brasileiro (BARROSO, 2009, p. 17).

Isto não implica negar a capacidade do Poder Judiciário de controlar os demais Poderes (e vice-versa), mas sim considerar que as leis editadas – desde que em conformidade com a Constituição – são um reflexo do exercício da democracia pelos cidadãos brasileiros, de onde emana todo o poder para escolher seus representantes eleitorais segundo sua vontade (BRASIL, 1988). Atuar de forma diversa seria assumir um papel de superioridade – inclusive, política, esfera da qual o Judiciário não integra⁴ – sobre toda a organização estatal.

Por isso que o ativismo judicial e a judicialização da política são tão próximos, pois esta, à medida em que concentra decisões políticas nas mãos do Poder Judiciário, isentando os Poderes políticos de exercerem suas funções (BARROSO, 2009, p. 12), automaticamente integra à esfera política os órgãos da Justiça e proporciona o crescimento do ativismo judicial. Logo, é forçoso inferir que o crescimento do ativismo judicial, em parte, está intimamente ligado com a omissão dos demais Poderes em exercerem suas funções de forma plena.

Não obstante seja um fator gerador da insegurança jurídica, o ativismo judicial também é produto dela, razão pela qual possui caráter duplo. Por causa disso, a simples edição de uma lei pelo Poder Legislativo, embora expressa em seus dispositivos quanto ao objetivo de conter a Justiça do Trabalho, não é capaz de atingir a sua finalidade principal, mas apenas as secundárias – ainda que de forma reflexiva e sem contundência.

Por se tratar de um problema estrutural e enraizado, qualquer tentativa simplista de solucionar a questão apenas agrava o problema da insegurança jurídica e gera mais confronto entre os Poderes, tendo em vista que eles também são ocasionadores da disfunção. Com isso, o ativismo judicial não compreende apenas de um imbróglio jurídico, mas também político e social, tendo em vista que toda a Administração Pública é afetada pela instabilidade jurídica de uma Justiça ativista.

Ademais, observa-se que o ativismo da Justiça do Trabalho apenas segue proporções e aspectos diferentes, pois, na realidade, trata-se do mesmo fenômeno

⁴ O Poder Judiciário, ainda que integrante dos Poderes da República, não detém a competência para a edição de normas, enquanto função típica dos representantes eleitos. Assim, o presente artigo faz a distinção entre Poderes Políticos e o Poder Judiciário com base na separação de competência definida pelo controle de constitucionalidade adotado no cenário brasileiro.

sob diferentes perspectivas. Enquanto, no cenário atual, camufla-se numa espécie de estabilidade jurisprudencial como fundamento para se opor à previsão legal, outrora, transmudava-se em mudanças drásticas de entendimentos, com o escopo de seguir as dinâmicas sociais a partir da liberdade interpretativa dos magistrados.

Partindo disso, torna-se evidente que o ativismo judicial na Justiça do Trabalho não ocorre de maneira específica e imutável, mas adquire novas faces com o mesmo caráter, sendo este último o único elemento constante. Apesar de quase sempre estar revestido de boas intenções, visto que pode gerar algum benefício ao trabalhador hipossuficiente em determinada demanda, na maioria das vezes, a conduta ativista torna as decisões judiciais viciadas.

Ocorre que o magistrado não pode agir como um fim em si mesmo, no intuito de considerar que os impactos de suas decisões ficam adstritos ao momento em que são proferidas. Por pertencer a uma organização maior – o Estado Brasileiro –, suas decisões não podem se pautar simplesmente na consciência própria, pois não há garantias de que há uma “consciência inata” a todo magistrado (STRECK, 2013, s.p.), tampouco que esta é compatível com a legislação trabalhista.

A insegurança jurídica não é instaurada partindo de uma perspectiva macro do ordenamento jurídico, mas seguindo o caminho inverso – da perspectiva micro à macro. Por esta razão, ainda que uma decisão se mostre benéfica a determinada parte, a inovação demasiada utilizada como fundamento, além de prejudicar a outra parte (micro), abre margem para um limbo de incerteza legal, jurisprudencial, social e política (macro).

Diante de todas as consequências geradas pelo ativismo judicial, quando somadas às crises políticas e aos problemas sociais já existentes no cenário brasileiro, verifica-se um Estado desequilibrado, o qual, ao tentar fazer justiça em casos específicos mediante uma conduta ativista, agrava mais ainda a instabilidade solidificada, sem perspectiva de retorno a uma realidade com estabilidade jurídica e social.

A última tentativa de contenção da atuação ativista da Justiça do Trabalho, realizada pelo Legislativo e Executivo, em vigência há aproximadamente três anos, indica um futuro ainda mais incerto. As arguições de inconstitucionalidade pendentes de julgamento no Supremo – as quais suspenderam diversos processos trabalhistas – podem tornar totalmente inócua a tentativa de contenção elaborada pelo poder

Legislativo, pois, a depender de seu posicionamento, a Justiça do Trabalho poderá ser autorizada a continuar na sua conduta ativista.

Além disso, é questionável a expectativa de um controle efetivo exercido em um conflito dos outros Poderes contra o Judiciário, tendo em vista que o órgão julgador também integra este último Poder. De forma tangencial, a trama traduz-se no controle de um ativismo que refletirá sobre toda a Justiça brasileira, na medida em que refletirá a visão da cúpula do Poder Judiciário sobre a legitimidade da conduta ativista.

Em outros termos, a decisão que o Supremo tomar, mesmo que incida de forma indireta quanto à permissão para a Justiça do Trabalho atuar de forma ativista – principalmente em relação ao Tribunal Superior do Trabalho –, demonstrará se o próprio Supremo concorda com a atuação e, ainda, se também pretende atuar – ou continuar atuando – desta maneira também em suas decisões, considerando-se legitimado a fazê-lo.

Por esta razão, a celeuma continua, pois, embora polêmica, a Reforma Trabalhista ainda não conseguiu atingir seu objetivo. Mesmo que seja cedo para inferir de forma definitiva, nota-se que os efeitos esperados pela vigência da norma não ocorreram e que a reação do Poder Judiciário gerou um limbo de incertezas sobre a sua possibilidade de ocorrência. Neste sentido, verifica-se que a democracia e os avanços jurídico-sociais, bem como as tentativas de modificação do sistema ficam subordinadas às posições individuais dos membros da Suprema Corte (STRECK, 2013, s.p.).

Por isso que, embora a concentração de poder nas mãos do Judiciário – especificamente da Suprema Corte – seja denominado de supremocracia (VIEIRA, 2008, p. 445), no Brasil, a ideia do fenômeno se estende também à Justiça do Trabalho e ao Tribunal Superior do Trabalho, enquanto tribunal superior. Porquanto, para que um Estado instável ascenda e alcance o mínimo de estabilidade jurídica, a limitação de atuação dos seus Poderes não pode estar dependente de um único Poder, principalmente quando a referida competência já se encontra expressamente delimitada pela Constituição Federal do país, como ocorre no cenário brasileiro.

Diante desta situação, a probabilidade de reversão do ativismo judicial praticado pela Justiça do Trabalho se torna inversamente proporcional à extensão das suas consequências, à medida que, quando estas partem de uma perspectiva micro (o ordenamento jurídico) e atingem a macro (a organização estatal como um todo),

convertem o ativismo judicial em um fenômeno de natureza colossal, que só pode ser combatido mediante uma reforma não apenas trabalhista, mas integral.

5 CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações feitas ao longo deste estudo, verificou-se que o conceito obscuro de ativismo judicial, originado da Suprema Corte Americana, possui íntima relação com o controle de constitucionalidade e a política, materializando-se na substituição do direito positivado pela ideologia e o sentimento pessoal de justiça de cada magistrado. No mesmo momento, inferiu-se que o fenômeno ocorre quando o Judiciário usurpa a sua competência e atua com inobservância aos limites previstos constitucionalmente.

Além disso, examinou-se que o ativismo judicial também diz respeito aos limites da capacidade criativa do juiz – embora com esta não se confunda –, sendo responsável por encobrir o sentimento pessoal de justiça do magistrado mediante a usurpação de competência praticada, ocorrendo quando este fundamenta suas decisões utilizando suas próprias concepções pessoais, visando obter o resultado que entende ser mais justo.

Em relação à Justiça do Trabalho, especificamente, observou-se que a conduta essencialmente ativista dos magistrados ocorre predominantemente mediante o suprimento das lacunas legais presentes na legislação trabalhista, atividade que acaba desvirtuando sua finalidade de acordo com a vontade do julgador, utilizando-se da liberdade interpretativa gerada pelos métodos hermenêuticos e constitucionais de interpretação.

Neste sentido, examinou-se que a ocorrência do ativismo judicial na Justiça do Trabalho se dá quando esta lida com a sua jurisprudência mediante excessos, modificando drasticamente suas súmulas e gerando insegurança jurídica, situação que gera impactos diretos ao trabalhador, considerando que a segurança jurídica está intimamente ligada com os direitos trabalhistas e a estabilidade econômica.

Entretanto, a pergunta-problema firmou-se no questionamento sobre a contenção do ativismo judicial praticado pela Justiça do Trabalho, realizada a partir da superveniência da Reforma Trabalhista, que entrou em vigor em novembro de 2017. Durante o percurso para a obtenção da resposta, ficou nítido o quanto a referida Justiça é essencialmente ativista e resistente no seu posicionamento, o qual, além de

possuir o objetivo de beneficiar a parte hipossuficiente, na maioria das vezes, também manifesta sua visão ideológica e conflituosa com os demais Poderes e com os limites de atuação previstos na Constituição.

Foram apresentadas as implicações trazidas pela nova norma e o quanto a atuação da Justiça do Trabalho foi restringida e contida com os novos dispositivos. Contudo, apesar da contenção do ativismo judicial proposta pelos Poderes Executivo e Legislativo, materializada na edição da lei conhecida como a Reforma Trabalhista, tornou-se ainda mais nítida a conduta ativista adotada pelo Tribunal Superior Trabalho e o caráter resistente de seu posicionamento contrário à nova lei, não obstante alguns dos dispositivos obedecidos pelo referido Tribunal.

Isto se deu porque, não obstante o novo §2º do art. 8º da CLT determinar expressamente que a Justiça do Trabalho não poderá restringir direitos, nem criar obrigações sem previsão legal, o Tribunal Superior Trabalho ignorou alguns dispositivos trazidos pela nova norma, sob o fundamento de serem contrários ao seu entendimento jurisprudencial já firmado anteriormente. Como exemplo desta conduta, abordou-se a celeuma jurisprudencial acerca do índice de correção de débitos trabalhistas, em que o TST se mostrou resistente à mudança legislativa, sendo uma questão que se encontra pendente da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Assim, os resultados da pesquisa revelaram que o insucesso do objetivo de contenção da Reforma Trabalhista – até então verificado – demonstrou que o Poder Judiciário suplantou as instâncias tradicionalmente políticas, na medida em que passou a decidir sobre questões concernentes à referida esfera, razão pela qual o fenômeno possui ligação com a omissão dos Poderes políticos.

Por isso, na medida em que o ativismo judicial gera insegurança jurídica, mas também é resultante dela, concluiu-se que o fenômeno possui um caráter duplo. Ademais, tratando-se de um problema estrutural, gerador de instabilidade na organização do Estado Brasileiro em todas as suas esferas, examinou-se que apenas a edição de uma lei – a Reforma Trabalhista – não foi suficiente para combater o ativismo judicial conforme se pretendia, tampouco para reduzir a sua prática de forma expressiva, devido à grande magnitude e extensão do fenômeno.

Em razão disso, ficou nítido o quanto o ativismo judicial da Justiça do Trabalho gera instabilidade jurídica, política e social, pois afeta a legitimidade democrática conferida aos Poderes políticos pelos cidadãos brasileiros, para a edição das leis e o exercício de sua função típica. Com isso, também se constatou que a função

contramajoritária do Poder Judiciário não é fundamento suficiente para contrariar os ditames legais emanados do Poder Legislativo, considerados divergentes dos posicionamentos ideológicos da Justiça do Trabalho.

Portanto, observou-se a necessidade de uma reforma integral em todos os âmbitos dos Três Poderes da República, de forma a minimizar o conflito entre eles e fazê-los assumirem suas funções típicas, bem como exercerem suas atividades de forma plena, sem omissão ou usurpação de competência nas incumbências delegadas a cada um pela Constituição Federal. Desta forma, torna-se possível traçar o caminho em busca da estabilidade jurídica, efetivando os princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Maria Carolina Cancellata de. et al. **Estudos hermenêuticos em homenagem ao Profº Dr. Lenio Streck**. [S.l.]: Editora Thot, 2019. Edição do Kindle.

ASSIS, Luís Fabiano de. **Ativismo judicial na justiça do trabalho**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/pt-br.php>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO. **Correção dos débitos trabalhistas pelo IPCA-E desde junho de 2009**. Brasília, 07 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/15-imprensa/29295-correcao-dos-debitos-trabalhistas-pelo-ipca-e-desde-junho-de-2009#:~:text=Sucedo%2C%20por%20que%20o%20TST,da%20decis%C3%A3o%20do%20Tribunal%20Pleno>>. Acesso em: 27 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – 5. ed. São Paulo, Saraiva: 2015.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943:** aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004:** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017:** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. Senado Federal. Agência Senado. **Aprovada em 2017, reforma trabalhista alterou regras para flexibilizar o mercado de trabalho.** Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/02/aprovada-em-2017-reforma-trabalhista-alterou-regras-para-flexibilizar-o-mercado-de-trabalho#:~:text=A%20norma%20foi%20aprovada%20para,rela%C3%A7%C3%B5es%20entre%20trabalhadores%20e%20empregadores.&text=%20A%20jornada%20de%20trabalho%2C%20antes,respeitadas%20as%2022%20horas%20mensais.>>. Acesso em: 24 ago. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC/58 - Ag. Reg. na Medida Cautelar na Ação Declaratória De Constitucionalidade.** Brasília, 1 jul. 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=169&dataPublicacaoDj=06/07/2020&incidente=5953205&codCapitulo=6&numMateria=103&codMateria=2>. Acesso em: 27 out. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração em Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 479-60.2011.5.04.0231.** Embargante: Município de Gravataí. Embargada: Lissandra Angélica Marques. *Amicus Curiae:* Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 20 de março de 2017. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 30 de junho 2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/d0b7ad81-f1b1-587c-bd66-8b3de336982b>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 10454-06.2018.5.03.0097.** Recorrente: Magazine Luiza S.A. Recorrido: Marcos Teixeira Olegário. Relator: Ministro IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO. Brasília, 07 de agosto de 2019. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 09 de agosto de 2020-C. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=74472&anoInt=2019>>. Acesso em: 12 out. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 305-75.2015.5.05.0492**. Recorrente: Gean Roque da Silva. Recorridos: Dalnorde Comércio Importação e Exportação de Alimentos Ltda. e outras. Relator: Ministro Ives Gandra Da Silva Martins Filho. Brasília, 09 de junho de 2020. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, 19 de junho 2020-B. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=305&digitoTst=75&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0492&submit=Consultar>>. Acesso em: 09 out. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria de Comunicação Social. **Quarta Turma afasta precedentes da SDI-1 sobre uso de logomarca em razão da reforma trabalhista**. Brasília, 10 jun. 2020-A. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/26477856>. Acesso em: 09 out. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria de Comunicação Social. **TST define IPCA como fator de atualização de créditos trabalhistas**. Brasília, 05 ago. 2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-define-ipca-como-fator-de-atualizacao-de-creditos-trabalhistas>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 277**: As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 10 nov. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista – 16. ed., rev. E atual. – Rio de Janeiro, São Paulo: Método, 2018.

D'AGOSTINO, Rosanne. **STF retoma discussão sobre índice para correção monetária de dívidas trabalhistas**. Portal G1, Brasília, 26 ago. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/08/26/stf-retoma-discussao-sobre-indice-para-correcao-monetaria-de-dividas-trabalhistas-1.ghtml>>. Acesso em: 13 out. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**; tradução Jefferson Luiz Camargo – São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MAUX, Waleska. 30/05/2016 - **Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi fala sobre ativismo no 20º CFI**. Enamat, 30 maio 2016. Disponível em: <<http://www.enamat.jus.br/?p=12496>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea**. **Revista dos Tribunais Online**, v. 108, n. 1008, p. 43-54, out. 2019. Disponível em:

<https://www.academia.edu/40298431/ATIVISMO_JUDICIAL_NOTAS_INTRODUTORIAS_A_UMA_POLEMICA_CONTEMPORANEA>. Acesso em: 14 jul. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. – 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 358.

NUNES, ANA PAULA DE MORAIS FRANCISCO. **Reforma Trabalhista versus Anamatra: uma análise da reação do Judiciário Trabalhista na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho frente às inovações da Lei 13.467/2017**. Rio de Janeiro: 2018. 41 f. Artigo (Graduação em Direito) – Escola de Direito FGV Direito Rio, Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28164>>. Acesso em: 14 out. 2020.

OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. **Ativismo judicial (ou jurídico), autocontenção e última palavra na interpretação da constituição: O que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o ativismo judicial norte-americano e as teorias do diálogo**. 2014. Dissertação de Mestrado (Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014. Disponível em: <<https://tedebc.ufma.br/jspui/handle/tede/654>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Entre a consciência e a lei: ativismo judicial no século XXI. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, SP, v. 79, n. 7, p. 800-808, jul. 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/152810/2015_peduzzi_maria_consciencia_lei.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 ago. 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** – 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

RILLO, Geovana Leite. Ativismo judicial e a Justiça do Trabalho: uma necessidade constante. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba/SP, v. 03, n. 02, p. 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em: <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2707>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ROCHA, Fábio Ribeiro da; FERREIRA, Farley Roberto Rodrigues de Carvalho; CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO, Jorge et al. **Análise Doutrinária e Jurisprudencial de Temas Polêmicos do Direito Material e Processual do Trabalho** – São Paulo: ESA OAB SP Publicações, 2020. Edição do Kindle.

STRECK, LENIO LUIZ. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VIEIRA, OSCAR VILHENA. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-464/ jul-dez. 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2020.