



ACESSO À JUSTIÇA E ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

ACCESS TO JUSTICE AND JUDICIAL ACTIVISM IN THE EFFECTIVE SOCIAL RIGHTS

<i>Recebido em:</i>	22.06.2015
<i>Aprovado em:</i>	03.07.2015

Henrique dos Santos Vasconcelos Silva¹

RESUMO

O direito do trabalho passa por modificações pressionadas pelas mudanças das relações sociais e pelo dinamismo da atividade econômica. Essas mudanças eliminam postos de trabalho e esmagam o trabalhador com o fim da proteção ao obreiro. De outro modo, essas alterações recentes nas relações de trabalho exigem uma nova postura do legislador, mas principalmente do intérprete da legislação, tendo em vista que indicam o abandono de princípios protetores do trabalhador e passam a tutelar o trabalho, uma vez que a Constituição Federal o eleva a categoria de direito fundamental, uma vez ser inerente à pessoa humana. A efetivação desse direito também estaria sendo albergado pelo princípio da dignidade humana, posto que possibilitaria a participação e o sentimento de contribuição desenvolvimento da comunidade em que o trabalhador faz parte. Para isso, é necessário um Judiciário independente e atuante, que não se limite apenas a proferir decisões no sentido de proteger o suposto hipossuficiente da relação de trabalho, podendo inclusive fazer-se de legislador positivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do trabalho; Ativismo; DH; Cidadania.

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).



ABSTRACT

The work law goes through changes pressed by the changes of social relations and the dynamism of economic activity. These changes eliminate work stations and crush the worker with the end of worker protection. Otherwise, these recent changes in labor relations require a new attitude of the legislature, but mainly the interpreter of legislation, with the intent to indicate the abandonment of principle and worker protectors will protect work, since the Constitution elevates it to the category of fundamental right, once it's inherent in the human being. The effectiveness of this right also would be included by the principle of human dignity, since it makes possible the participation and the sense of contribution and community development in which the worker is part of. This requires an independent Judiciary and active, that doesn't limit itself just to make decisions to protect the so-called underprivileged of the employment relationship, it also can make positive legislator.

KEY-WORDS: Work law; Judicial activism; Effectiveness; Human rights.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça como um todo reflete uma situação nacional, atentatória à dignidade e cidadania da pessoa humana. Em desfavor da acessibilidade à justiça, aqui empregada como Poder Judiciário em sentido lato e em seus diversos níveis, existem fortes obstáculos, desde o elevado número de ações em descompasso com o quantitativo de operadores da lei, passando pelo excesso e complexidade destas, a incipiente virtualização dos autos, vias recursais abundantes e protelatórias, onerosidade, morosidade e burocratização.

A esses problemas conjugam-se outros, decorrentes do ainda precário conhecimento da população acerca de seus direitos, mesmo daqueles já consagrados na legislação como justiça gratuita e isenção de custas, rito e juizados especiais, formalismo exagerado, dentre outras causas.



Diante de tais problemas, a Justiça do Trabalho encontra-se operante como forma de dirimir as controvérsias? E de garantir os direitos sociais? Qual o papel da Justiça do Trabalho na promoção da justiça social?

Os direitos sociais assim como os direitos e garantias fundamentais inseridos respectivamente nos artigos 6º e 5º da Constituição Federal (CF) encontram-se em mutações e devem ser alargados, ampliados, não constituindo um rol taxativo.

Destaca-se que é papel da Justiça do trabalho consolidar os direitos sociais ligados ao trabalho, servindo de órgão indispensável à promoção do bem social nas matérias de direitos trabalhistas. É dever da Justiça do Trabalho por lidar com a classe trabalhadora, com o proletariado, atentar aos anseios da sociedade, buscar incutir em suas decisões as vontades dos cidadãos.

É necessária uma maior aproximação da justiça com a sociedade, e os magistrados, principalmente os dos órgãos da Justiça Trabalhista, não podem se esquecer da importância dos direitos sociais e, devem sempre buscar o meio adequado e necessário, no intuito de promover e efetivar tais direitos, por mais que o legislador seja omissor, porém com respeito à Separação dos Poderes.

Não pode para o bem do Estado Democrático de Direito que o Judiciário regule qualquer omissão legislativa, o Judiciário apenas deve consolidar aqueles direitos sociais que sejam fundamentais, que em seu bojo contenha benefícios, que tragam segurança jurídica.

Enfoca-se, por conseguinte, a perspectiva de que a garantia do acesso à justiça é um dos instrumentos mais importantes para o exercício da cidadania, razão pela qual se contextualiza seu exercício ao longo da história, identificando os nexos existentes entre a concepção de cidadania, direito e poder.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar o papel da Justiça do Trabalho na promoção e garantia dos direitos sociais. Como objetivo específico cabe estudar o papel dos juízes do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) na promoção dos direitos



sociais, principalmente diante da omissão do Legislativo, ou seja, a atuação positiva do Judiciário diante da inércia do legislador na promoção dos direitos trabalhistas.

São objetivos específicos, desse estudo, investigar o desempenho da Justiça Trabalhista no âmbito da efetivação dos direitos sociais, demonstrar a relevância dos direitos sociais, no âmbito do direito do Trabalho, indicar a defasagem existente entre a concepção de cidadania vigente no Estado Democrático de Direito e a prestação jurisdicional no âmbito da Justiça Trabalhista, em razão das graves carências enfrentadas pela sociedade no acesso à justiça, especialmente aquelas pessoas pertencentes aos grupos mais vulneráveis economicamente.

Para tal, recorreu-se às referências bibliográficas e artigos escritos sobre o tema. Os dados, conjugados à análise histórica da cidadania permitem relativizar a atual concepção de cidadania, pautada em princípios de igualdade do Estado Liberal, Democrático e de Direito.

É necessário que o Judiciário tenha uma atuação mais consistente em se aproximar das reais aspirações da sociedade em que vive, que os juízes estejam atentos às mudanças e que por mais que seja, primordialmente, papel do Legislador regulamentar direitos, os juízes, diante de estarem mais próximos da população e da importância de determinados direitos possam atuar diante de uma negligência, da falta de vontade do legislador em cumprir sua função essencial. O presente trabalho monográfico pretende fomentar tal debate.

Por fim, ressalta-se que um acesso à justiça pleno, uma cidadania eficaz só se torna presente no Estado Democrático de Direito com a união da sociedade com o Estado, como se tem dito, é de suma indispensabilidade, os magistrados, cumprindo a função estatal que lhes compete, atuar no sentido de promover os direitos sociais, principalmente os trabalhistas, que em sua grande maioria, versam sobre direitos de natureza alimentar.

2 O PROCESSO DE EMANCIPAÇÃO HUMANA: A CONQUISTA DO STATUS DE CIDADÃO

É por demais conhecida a condição diferenciada dos indivíduos na Grécia Antiga que deu origem a tão comentada cidadania grega, e que historicamente demarca a origem desse status social. Constituía-se na grande maioria de direitos políticos, estando intimamente ligada à nacionalidade, uma vez que só possuíam direitos os nacionais, estando excluídos igualmente os escravos, as mulheres, crianças e os estrangeiros. Uma síntese dos critérios da cidadania grega é apresentada por Pedroso:

Na Grécia de Platão e Aristóteles, eram considerados cidadãos todos aqueles que estivessem em condições de opinar sobre os rumos da sociedade. Entre tais condições, estava a de que fosse um homem totalmente livre, isto é, não tivesse a necessidade de trabalhar para sobreviver, uma vez que o envolvimento nos negócios públicos exigia dedicação integral. Portanto, era pequeno o número de cidadãos, que excluía além dos homens ocupados (comerciantes, artesãos), as mulheres, os escravos e os estrangeiros. Praticamente apenas os proprietários de terras eram livres para ter o direito de decidir sobre o governo. A cidadania grega era compreendida apenas por direitos políticos, identificados com a participação nas decisões sobre a coletividade².

Na realidade há algo de “utópico” na cidadania grega, porque o critério principal que concedia tal status era a posse da terra. Ou seja, o direito de participar das decisões políticas da comunidade (derivando daí outro conceito fundamental, o de Democracia), restringia-se aos proprietários, decorrendo uma redução alarmante do número de cidadãos, fácil de perceber: as mulheres correspondiam mais da metade da população, ou seja, mais de 50%; os escravos, nas cidades mais prósperas, atingiam 30%; restando 20% que se distribuíam entre as crianças, os estrangeiros, os excluídos (a despeito de trabalharem, comerciarem e pagarem tributos), e os cidadãos³.

No Império Romano a sociedade era dividida em classes: patrícios, clientes, plebeus e escravos. Apesar de patrícios e plebeus serem homens livres, apenas os primeiros gozavam dos direitos políticos, civis e religiosos, acarretando frequentes conflitos entre as classes. Como bem assevera Rolim:

A sociedade romana, nos primeiros séculos, era construída por classes sociais bem definidas, separadas num sistema hierárquico determinado pelo nascimento, fortuna e domicílio da pessoa. Assim o povo que habitava a

²PEDROSO, Rodrigo. **Igualdade, democracia e cristianismo**. RCCTO, [S.l.], 2003. Disponível em: <<http://www.rccto.org.br/artigos.php?id=55>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

³PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 35.



pequena aldeia de Roma era dividido nas seguintes categorias sociais: patrícios, clientes, plebeus e escravos ⁴.

Os plebeus só vieram a usufruir de certos direitos políticos com a Lei das XII Tábuas, que adotou aos cidadãos romanos o direito civil (*ius civile*) e aos não cidadãos o direito estrangeiro (*ius gentium*). De tal maneira que:

O Direito Romano, apesar de proteger as liberdades individuais e reconhecer a autonomia da família com o pátrio poder, não assegurava a perfeita igualdade entre os homens, admitindo a escravidão e discriminando os despossuídos. Ao lado da desigualdade extrema entre homens livres e escravos, o Direito Romano admitia a desigualdade entre os próprios indivíduos livres, institucionalizando a exclusão social ⁵.

Reproduziu-se na cidadania romana o critério da propriedade, bem como o da exclusão dos plebeus: “camponeses livres, mas de poucas posses, artesão urbanos, comerciantes e descendentes de estrangeiros”⁶. Deve-se observar que a situação da mulher romana era diferenciada da grega, com liberdade para participar de festividades, jogos, eventos, além de ser valorizada e homenageada nas esculturas e pinturas.

Portanto a concepção de cidadania na Antiguidade não deve agregar sem restrições os conceitos de igualdade e democracia, configurando-se muito mais como mecanismo de institucionalização de privilégios da classe detentora da propriedade privada.

A Idade Média é marcada por uma Sociedade estamentada em uma rígida sociedade de classes dividida em clero, nobreza e servos, na qual a Igreja Cristã determinava, através de seus dogmas, o comportamento dos indivíduos. O Cristianismo ditava todas as regras, pregando a primazia da família e a igualdade entre os homens, porém de forma não absoluta, florescendo uma nova concepção de Direito e Estado. A Igreja Católica considerava que sempre existiriam desigualdades, o que caberia a cada pessoa seria a união em torno do bem comum, de maneira que de acordo com a doutrina social cristã:

⁴ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições do direito romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 32.

⁵SANTANA, Marcos Silvio de. **O que é cidadania**. Advogado, [S.l.], 2003. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/fadipa/marcoasilviodesantana/cidadania.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

⁶PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p.50.



e, por um lado, a igualdade fundamental dos homens deve ser respeitada, uma vez que decorre de sua origem, natureza e fim último, por outro temos que o homem é naturalmente um animal social, e toda sociedade é necessariamente hierárquica. Em toda a sociedade há superiores e inferiores, e todos devem procurar desempenhar bem o seu papel em prol do bem comum. A sociedade é como um organismo, um corpo, em que o bom funcionamento de cada órgão deve concorrer para o bem do todo. Uma sociedade justa é uma sociedade que harmoniza eficientemente as exigências da hierarquia e da igualdade, numa ordem que tende para o bem comum⁷.

Tal situação permaneceu inalterada até a Revolta dos Camponeses na Inglaterra, em 1381, se seguido de outros conflitos como a Guerra dos Camponeses na Alemanha em 1525, além da emergência de monarcas que questionavam a autoridade e o prestígio do papa, como Filipe IV da França e Eduardo I da Inglaterra.

Para Perry⁸ surgem as concepções que defendiam a separação do poder religioso na gerência das coisas do Estado e a crença na racionalidade humana, que abrem caminho para os novos ideais contratualistas erigidos por Thomas Hobbes, John Locke e Rousseau, dentre outros, defensores, os dois últimos, da liberdade e igualdade de todos, da descentralização do poder e conseqüentemente maior participação política, influenciando as movimentações revolucionárias de 1789 (Revolução Francesa).

Após o declínio do feudalismo (Idade Média), surgem os Estados Nacionais, com o rei centralizando o poder em suas mãos, legitimado pelo povo e apoiado pela burguesia industrial emergente. Assim o monarca reinava e comandava o Estado Nacional.

Uma das inovações importantes, ocorrida algumas décadas antes, foi justamente o uso das palavras cidadão e cidadã, para simbolizar a igualdade de todos, como ressalta Dallari:

Vários escritores políticos vinham defendendo a ideia de que todos os seres vivos nascem livres e são iguais, devendo ter os mesmos direitos. Isso foi defendido pelos burgueses, que desejavam ter o direito de participar do governo, para não ficarem mais sujeitos a regras que só convinham ao rei e aos nobres. O povo que trabalhava que vivia de salários e que dependia dos mais ricos também queria reconhecimento da igualdade, achando que se

⁷PEDROSO, Rodrigo. **Igualdade, democracia e cristianismo**. RCCTO, [S.l.], 2003. Disponível em: <<http://www.rccto.org.br/artigos.php?id=55>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

⁸PERRY, Marvin. **Civilização ocidental: uma história concisa**. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 248-250.



todos fossem iguais às pessoas mais humildes também poderiam participar do governo e desse modo as leis seriam mais justas⁹.

Revolução Francesa marca o fim do Absolutismo e o começo de uma nova era, a moderna, no entanto para a manutenção de seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, foi necessário o prolongamento das disputas.

Os direitos de liberdade (que ficaram conhecidos como sendo os direitos fundamentais de primeira dimensão, na linguagem dos juristas, como, Ingo Wolfgang Sarlet ou de primeira geração, segundo o vocabulário de Paulo Bonavides) advêm da necessidade de proteção contra o Absolutismo, como forma de diminuir a interferência do monarca sobre a vida dos súditos, tratando-se de um dever de não fazer do Estado. Aqui são consagrados os direitos civis e políticos, por exemplo, direito à vida, à propriedade, à manifestação, à expressão.

De acordo com Lima¹⁰: “Na primeira geração encontram-se as liberdades públicas ou os direitos de liberdade, que se caracterizam pela necessidade de não intervenção do Estado no patrimônio jurídico dos membros da comunidade”.

Complementando, Sarlet¹¹ afirma que: como os direitos à educação e à saúde os quais são efetivados através das políticas públicas como: construção de escolas, fornecimento de material didático, reformas de laboratórios, valorização do Magistério; e reforma de hospitais, fornecimento de medicamentos, ampliação de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), respectivamente, esses direitos sociais, dentre outros, estão inseridos na CF/88 no artigo 6º, esses direitos fundamentais sociais constituem exigência da efetiva garantia da igualdade de chances inerentes à noção de democracia e um estado democrático de direito.

Os direitos de igualdade (estes conhecidos como sendo direitos fundamentais de segunda dimensão) consagrados com a revolução industrial exigem uma atuação positiva do Estado, como forma de diminuir certas carências sociais. Proteção aos direitos sociais,

⁹DALLARI, Dalmo. **A cidadania e sua história**. CEFETSP, São Paulo, SP, 2009. disponível em: <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/cidadania/cidadaniahistoriadallari.html>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

¹⁰LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2002. p.34.

¹¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



culturais e econômicos (direito à saúde, ao trabalho, à educação, o direito de greve), de acordo com Lima: “Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, os que requerem prestações pelo Estado, no fito de suprir carências da sociedade, os direitos culturais, econômicos e coletivos¹²”.

No século XX surgem os direitos de fraternidade (denominados de direitos fundamentais de terceira dimensão) visando proteger o indivíduo enquanto ser integrante da sociedade. Passa-se a ter preocupação com o meio ambiente, da conservação do patrimônio histórico e cultural. Prossegue Lima¹³: “Na terceira dimensão têm-se os direitos inerentes ao gênero humano, isto é, mais do que pertencentes ao sujeito em sua individualidade ou em coletividade”.

Atualmente sedimenta-se o direito de quarta geração, resultado da globalização, da universalização dos direitos humanos e vem assegurar o direito à democracia, à informação, ao comércio eletrônico entre os Estados, assim definidos por Lima¹⁴: “Compõem os direitos de quarta geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, bem como à participação (*status activus*)”.

É de conhecimento geral as lutas, as revoluções ao longo da história que descrevem os avanços e retrocessos na proteção da cidadania e dos direitos essenciais à pessoa humana. A sociedade por estar em constante mudança, por ao longo do tempo as pessoas mudarem o modo de pensar, faz-se necessário no decorrer do tempo à proteção maior ou menor de certos direitos, acarretando na evolução do conceito de cidadania.

Assim, a concepção de cidadania com o advento da modernidade ganhou novo dinamismo, a despeito de continuar necessitando de permanentes questionamentos por parte do povo e consequentes movimentos de pressão para sua efetivação.

¹²LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002. p.35.

¹³Idem. p.35.

¹⁴Ibidem. p.35.



Tal dinamismo tornou complexo o próprio conceito, em decorrência dos vários status de cidadania que podem ser observados e do contexto em que eles se inserem.

Em sentido restrito cidadania poderia ser entendida com a simples aquisição do registro civil, o qual determina a nacionalidade e os direitos básicos formais do cidadão que ao longo da vida vão se realizando: direito à proteção dos pais e/ou do Estado, à matrícula escolar, posteriormente para o exercício dos direitos políticos mínimos é indispensável o título de eleitor, para ter acesso à tutela jurisdicional é necessário a obtenção da identidade e Cadastro de Pessoa Física (CPF) etc.

No entanto, o Estado Democrático de Direito possibilita uma ação mais dinâmica por parte do indivíduo, devendo este exercer a cidadania ativa, que transborda em muito a passiva, exigindo atuação política reivindicatória e pressão política junto aos organismos de poder, cujas decisões interferem em direitos e na qualidade de vida seja em nível individual ou coletivo.

Cidadania não se restringe aos direitos políticos, ou seja, direito de votar e ser votado, direito de informação, direito de opinião. Deve ser entendida como além dos direitos políticos, acima de tudo cada cidadão deve ter seus direitos respeitados.

É com base nisso que se deve tomar consciência de que só haverá sociedade efetivamente justa, quando houver educação cidadã em duplo sentido: no cumprimento das obrigações de respeitar os direitos dos outros, ao lado da conscientização dos próprios e da disposição de fazer valer esses direitos, seja qual for a forma que o contexto exige, sendo evidentemente preferível a pacífica, mas, está sendo eventualmente inviabilizada pelas intransigências circunstanciais, outras não devem ser menosprezadas. A história da cidadania revela isso. De forma que:

Podemos definir cidadania como um status jurídico e político mediante o qual o cidadão adquire direitos civis, políticos e sociais; e deveres (pagar impostos, votar, cumprir as leis) relativos a uma coletividade política, além

da possibilidade de participar na vida coletiva do Estado. Esta possibilidade surge do princípio democrático da soberania popular¹⁵.

Como se pode perceber a cidadania é um dos pilares da sociedade porque está intrinsecamente associada aos conceitos de liberdade, igualdade, democracia e justiça, portanto, é status inalienável do homem moderno, no entanto, para ser efetivada pressupõe a participação popular e, além disso, que cada indivíduo cumpra com seus deveres e que tenham seus direitos assistidos pelo Estado.

A cidadania passou ao longo dos séculos por diversas transformações até se chegar à concepção atual, avançada, no entanto, ainda agrega na sua existência material e social o critério de distinção da propriedade privada, ou seja, assiste-se até hoje a influência do poder econômico em sua efetivação. Este foi, a propósito, sempre o principal motivo para as lutas das classes menos favorecidas por maior participação social, por uma ampliação na gama de garantias fundamentais que preservasse a dignidade humana.

A história mostra que a luta por direitos é marcada por avanços e retrocessos até as conquistas da modernidade, vislumbradas no texto abaixo:

A cidadania [moderna] instaura-se a partir dos processos de lutas que culminaram na Declaração dos Direitos Humanos, dos Estados Unidos da América do Norte, e na Revolução Francesa. Esses dois eventos romperam o princípio de legitimidade que vigia até então, baseado nos deveres dos súditos, e passaram a estruturá-lo a partir dos direitos do cidadão. Desse momento em diante todos os tipos de luta foram travadas para que se ampliasse o conceito e a prática de cidadania e o mundo ocidental o estendesse para mulheres, crianças, minorias nacionais, étnicas, sexuais, etárias. Nesse sentido pode-se afirmar que, na sua acepção mais ampla, cidadania é a expressão concreta do exercício da democracia¹⁶.

Contemporaneamente cidadania deve ser entendida não apenas como direitos políticos (direito de votar, de ser votado); civis (propriedade, liberdade), mas, atualmente devem ser abarcados inclusive os direitos sociais (educação, trabalho) e os direitos humanos e coletivos.

¹⁵D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A construção da cidadania**. OABSP, São Paulo, SP, 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/88/>. Acesso em: 01 jun. 2015.

¹⁶PINSKY, Jaime. **História da cidadania**. Espaço Acadêmico, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/023/23res_pinsky.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.



Hodiernamente a concepção de cidadania por conta da luta permanente pela proteção de um maior número de direitos deve ser compreendida no seu conceito amplo, ou seja, como a constante união das pessoas para cumprirem suas obrigações e fazer valer seus direitos, garantindo uma ordem equilibrada a todos os preceitos legislativos em vigor, quando legítimos, bem como de outros carentes de normatização.

É importante ressaltar que “Atualmente o conceito de cidadania foi ampliado, constitui um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e pode ser traduzido por um conjunto de liberdades e obrigações políticas, sociais e econômicas¹⁷”.

De forma geral, pode-se definir cidadania como direitos sociais e políticos. Assim é que “Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos¹⁸”. Note-se que é concepção do Estado Liberal, e assim sendo a igualdade é restrita à lei, pressupondo-se que esse instituto é suficiente para garantir os demais elementos que constituem a verdadeira cidadania.

Cabe aludir que, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar 1919 merecem destaque por serem as pioneiras, em positivizar os direitos sociais.

No que se refere ao constitucionalismo brasileiro, a primeira Constituição brasileira a abordar o assunto, estabelecendo a Justiça do Trabalho, salário mínimo, férias remuneradas foi a Constituição de 1934, inspirada nas constituições acima elencadas, porém a Constituição Federal de 1988, então vigente consagrou os direitos sociais de trabalho como direitos fundamentais, consolidando no artigo 6º da Magna Carta uma série de garantias aos trabalhadores.

Martins alude que:

¹⁷D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A construção da cidadania**. OABSP, São Paulo, SP, 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/88/>. Acesso em: 01 jun. 2015.

¹⁸PINSKY, Jaime. **História da cidadania**. Espaço Acadêmico, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/023/23res_pinsky.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

Constituição de 1934 é a primeira constituição brasileira a tratar especificamente do Direito do Trabalho. É a influência do constitucionalismo social, que em nosso país só veio a ser sentida em 1934.(...)

Em 5-10-1988, foi aprovada a atual Constituição, que trata de direitos trabalhistas nos arts. 7º a 11. Na Norma Magna, os direitos trabalhistas foram incluídos no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, ao passo que nas Constituições anteriores os direitos trabalhistas sempre eram inseridos no âmbito da ordem econômica e social. Para alguns autores, o art. 7º da Lei Maior vem a ser uma verdadeira CLT, tantos os direitos trabalhistas nele albergados¹⁹.

Como se pode ver os direitos sociais devem guardar uma íntima relação com a cidadania, como forma de efetivar o Estado Democrático de Direito. Para Gomes é de suma importância destacar:

A Constituição de 1988 consagrou os direitos sociais do trabalho como fundamentais. Dessa forma, foi assegurada sua força normativa na condição de direitos dotados de exigibilidade. Os direitos fundamentais sociais trabalhistas estão positivados nos art. 7º ao 11 da Constituição. O 7º garante os direitos individuais do trabalho. O seguinte trata dos sindicatos e suas relações. Por sua vez o 9º versa sobre as regras sobre greve. De outra banda o 10º especifica a participação dos trabalhadores em colegiados. Dispõe o próximo que às empresas com mais de 200 empregados é assegurada a eleição de um representante dos trabalhadores para solução de conflitos com o empregador²⁰.

Por fim, é de suma importância aludir que a cidadania só é possível com uma atuação conjunta da sociedade com o Poder Judiciário, principalmente a Justiça do Trabalho, como forma de conscientizar a população de seus direitos e deveres e de garantir a efetivação aos direitos a lazer, saúde, esporte, educação, e principalmente trabalho e os deles decorrente, pois é “o trabalho que dignifica o homem”, consistindo situação necessária moral e psicológica para que o ser humano possa se sentir aceito e ativo na sociedade, é com o trabalho que o indivíduo poderá usufruir da alimentação, do lazer, de todos os outros direitos básicos inerente a todo e qualquer cidadão.

¹⁹MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 10-11.

²⁰GOMES, Ludimila Hoffmann. **A efetivação do Direito Fundamental Social do Trabalho**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, RS, XIII, n. 82, 2000. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8579>. Acesso em: 01 jun. 2015.

2.1 Acesso à Justiça e Direitos Sociais

A Justiça Trabalhista lida primordialmente com os direitos consagrados no artigo 7º a 11 da Constituição Federal, sendo que tais normas visam garantir direitos básicos aos indivíduos, como forma de estabelecer equilíbrio nas relações sociais. Como se pode ver, segundo Silva, os direitos sociais são:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações desiguais. Dessa forma, possibilita ao indivíduo exigir do Estado prestações positivas e materiais para a garantia de cumprimento desses direitos²¹.

De modo que, urge indispensável para a concretização da cidadania e principalmente do Estado Democrático de Direito que se vive, a atuação do Estado no papel de garantidor de direitos fundamentais aos seres humanos e as normas em comento são direitos sociais (direito à saúde, moradia, lazer, trabalho), posto que, regulamentam e trazem o rol de direitos trabalhistas, de forma a positivar os direitos inerentes aos trabalhadores, diante do exposto, tanto o acesso à Justiça como os direitos trabalhistas são direitos sociais, visto que são necessários que o Estado atue de forma positiva para garantir uma melhor qualidade de vida aos mais necessitados e diminuir o abismo que há entre os cidadãos de determinadas classes perante outras.

Analisa-se a partir de então, os problemas enfrentados pelos indivíduos para conseguirem um acesso à justiça efetivo, paritário, que garanta o bem comum a todas as pessoas enquanto participantes da ordem social, enquanto contribuintes do estado democrático de direito.

O ordenamento jurídico brasileiro possui um número exagerado de leis e, a princípio se pode pensar que há lei para tudo, porém, na prática não é bem assim. O número excessivo de leis acaba por gerar leis contraditórias. Pode-se dizer que:

²¹SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 286.



Temos um numero excessivo de leis e normas, e em muitos casos uma lei pode se contrapor a outra, criando situações insolúveis. Os que detêm algum tipo de poder econômico ou político utilizam recursos e brechas nas leis para fazer com que seus interesses prelavem. Por outro lado, as instituições criadas para garantir a igualdade de direitos e o acesso à justiça independente de classe social ou meios econômicos (Ministério Público, Defensoria, etc.), não são dotadas com a estrutura física e humana necessárias para realizar seu papel com eficiência²².

A realização da justiça ancora-se preliminarmente no absoluto equilíbrio das partes em litígio, a relação litigiosa justa implica no embate das partes em pé de igualdade. Assim a doutrina entende:

A finalidade não é fazer uma justiça “mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” – ou melhor, qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente²³.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira de 1988, aduz que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É certo que:

Por ele assegura-se o exercício do direito de ação diretamente ao Estado-juiz, sendo proibido negar-se acesso à justiça, como também, obriga-se o Judiciário a prestar a tutela jurisdicional sempre quando solicitada, segundo a técnica procedimental específica²⁴.

O artigo 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Uma vez que: “de nada adianta ir a juízo, se não há uma resposta do Poder Judiciário em tempo hábil e capaz de realizar os objetivos da jurisdição²⁵”.

²²VIANA, Karoline. **Justiça, para quem precisa**. Leis & Letras: direito e informação, Fortaleza, v. 2, n.12, 2008, p.17.

²³CAPPELLETTI, Mauro; GARTTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 165.

²⁴LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 51.

²⁵MAGALHÃES, Ana Luíza de Carvalho; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Efetividade da prestação jurisdicional**: o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal inserido pela EC 45/2004. Revista de Processo, São Paulo, v. 31, nº 138, p. 85, 2006.



Magalhães e Cortês²⁶ entendem que: “esse destaque merece ser feito para que fique claro que normas meramente programáticas podem criar a falsa ilusão de que tudo está bem, mas os problemas não serem resolvidos”. Os autores referem-se, em essência, ao direito positivado e divorciado de sua efetivação.

Por viver-se em um estado democrático de direito, os operadores do direito devem se mostrar vigilantes, criativos e sensíveis, buscando meios de efetivar as normas constitucionais, em particular, os direitos fundamentais, tais como o direito de acesso à justiça e a uma justiça mais célere. Urge a defesa da Lei Maior com mais denodo, redobrada a atenção aos direitos do cidadão. Assevera-se que:

É preciso abandonar alguns mitos, aprofundar-se no conhecimento dos problemas e virtudes da nossa Justiça e promover uma reforma mais ampla, global, a longo prazo; sem promessas vãs, sem modismos, sem pressa, que incluirá, inclusive, a mudança da mentalidade de tantos aplicadores do direito²⁷.

Os membros do Poder Judiciário, por sua vez, desde o juiz da menor e mais distante comarca até os desembargadores e ministros com assento nos Tribunais Superiores, devem estar abertos aos valores arraigados da sociedade, como forma de estar mais acessível aos mais necessitados e a todos os cidadãos. Ressalte-se que:

Ao sair da inércia e buscar ativamente uma aliança com os mais necessitados por meio de alternativas menos formais, o Judiciário afirma seu compromisso com o acesso de todos à Justiça no seu mais amplo sentido, que não é o processual, mas o de reconhecer e garantir direitos²⁸.

O Poder Judiciário enfrenta nos dias atuais uma crise em toda a estrutura da Justiça. É notório o problema do direito de ação e apreciação do processo, não residindo apenas na morosidade do Estado, nas elevadas custas processuais principalmente para os mais carentes,

²⁶MAGALHÃES, Ana Luíza de Carvalho; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Efetividade da prestação jurisdicional**: o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal inserido pela EC 45/2004. Revista de Processo, São Paulo, v. 31, nº 138, p. 86, 2006.

²⁷BARBOSA, Daniel Favaretto. **Reforma do judiciário**: celeridade do processo e as súmulas vinculantes: considerações para uma análise crítica da EC 45/2004. Revista de Processo, São Paulo, v.31, n. 138, p. 109, 2006.

²⁸DARLAN, Siro. **Dois modelos de facilitação do acesso à justiça**. Leis & letras: direito e informação. Fortaleza, v.2, n. 12, p. 37, 2008.



na falta de informação do cidadão de seus direitos, mas acima de tudo, na organização da Justiça. Assim é que:

As adversidades impostas por detentores de poder restringiam não somente o conhecimento, mas, principalmente, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, através do alto custo processual imposto, da impossibilidade de pleitear por interesses difusos ou coletivos, da existência de uma estrutura judiciária que não tem o fito de atingir as camadas populares e da lenta máquina judiciária. No entanto, soluções concretas para tentar modificar esse modelo apresentado à sociedade foram elaboradas com o intuito de superar essas barreiras²⁹.

Salienta-se que a atual estrutura do Poder Judiciário o torna lento, burocrático, inoperante. Sabe-se que os juízes se encontram abarrotados de processos, que faltam servidores e material de trabalho, acarretando as seguintes consequências:

Na medida em que o Judiciário é lento, quando se transforma em protetor do Estado e não dos direitos humanos, principalmente, contra o Estado, quando suas decisões são dadas intempestivamente e, mesmo assim, mesmo quando tempestivas, não são cumpridas, ocorre o fenômeno da ineficácia do sistema jurídico, o jurisdicionado fica desamparado, os direitos humanos são meras declarações poéticas, desprotegidos de seu protetor por força constitucional, o Judiciário³⁰.

É necessário que o Poder Judiciário assuma seu compromisso não só com os mais carentes, mas sim com toda a sociedade, tendo uma postura de verdadeiro conciliador, de órgão comprometido com o verdadeiro acesso à justiça. Há quem lhe cobre ações mais dinâmicas, como a seguir:

Já está superada a cultura do repasse, caracterizada por lançar por sobre os outros poderes, ou atribuir a contingências, a responsabilidade pelas deficiências do Judiciário. A hora de reagir era ontem. Os integrantes do Poder Judiciário devem assumir o desafio do momento histórico e produzir algo de concreto para multiplicar a sua capacidade de resolver conflitos,

²⁹MAIA, Luciana Estevam de Almeida. **O movimento de acesso à justiça e sua relação com a busca pelo litígio**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2216, 26 jul. 2009. Mensal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13219>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

³⁰PAULA, Arquilau de. **O acesso à justiça**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Mensal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3401>>. Acesso em: 01 jun. 2015.



pacificar a sociedade e ampliar as alternativas para a solução harmônica das diferenças. Isso será, verdadeiramente, ampliar o acesso à Justiça³¹.

O Estado através do Poder Judiciário deve educar os cidadãos de seus direitos, oferecendo as informações indispensáveis para que possa buscá-los, que possa ver sua pretensão assistida, tornar viáveis os diversos mecanismos já existentes, mas que caíram na burocratização ou na falta de “alimentação” atualizada de dados, como, a consulta informatizada de processos, melhor explicados por Paula:

Os tribunais devem manter serviço de atendimento facilitado, para fornecer informações sobre andamento de processo, sobre o endereço da assistência judiciária, sobre problemas jurídicos concretos de toda ordem. E isso por meio de telefone, de *fac-símile*, de guichês com funcionários treinados e conscientes de que o povo é seu patrão. Somente o pobre brasileiro sabe explicar o quão é maltratado nas repartições públicas. O Judiciário poderia reverter esse quadro, desenvolvendo um programa de transparência, dando-se a conhecer ao cidadão através de ações de caráter essencialmente informativo³².

Por fim, sabendo-se que o Legislativo é por vezes omissivo ao tratar de certos direitos e não se podendo viver a espera eterna de que o legislador crie a lei, suprindo o vazio, tendo em vista que, o direito não pode por vezes, esperar a boa vontade do legislador, o Judiciário acaba em certas situações por inovar e infelizmente ultrapassa seu campo de atuação.

Cabe acrescentar que, o Poder Legislativo ao não criar a lei que trata da greve dos servidores públicos, fez com que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidisse pela aplicação da lei de greve, consubstanciando assim o ativismo judicial.

Não se pode admitir um Estado de Direito que consagre apenas o direito formal ao acesso à justiça, é preciso entender que este é resguardado na Constituição Federal, é direito material, que deve garantir de forma digna uma justiça célere, obstinada com seus ideais de cidadania, assim comentados por Paula:

³¹NALINI, José Renato. *Novas perspectivas no acesso à justiça*. CJF, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2015

³²PAULA, Arquilau de. *O acesso à justiça*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Mensal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3401>>. Acesso em: 01 jun. 2015.



Sendo um dos objetivos fundamentais desse Estado Democrático de Direito (artigo 3º, I, construir uma sociedade livre, justa e solidária), e, também, porque o artigo 4º, II, da Constituição estabelece que "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos", a única leitura que se pode fazer do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, é que acesso à justiça é acesso à justiça material, efetiva, concreta, porque também, acesso à justiça na interpretação principiológica da Constituição, é a realização do objetivo principal do Estado Democrático de Direito: a concretude dos direitos fundamentais, a garantia dos direitos dos governados³³.

Para que exista uma sociedade cidadã é necessário que cada indivíduo possa participar das decisões sociais, possa ter acesso à informação sobre o Estado, o mundo, sobre as decisões políticas e, acima de tudo, é indispensável que a pessoa possa ter seus direitos resguardados pela tutela jurisdicional independente de classe social, cor, raça, religião, ou qualquer distinção, como expresso no artigo 3º, IV, da Constituição Federal Brasileira: Art. 3º "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Santana, complementa:

O cidadão tem de ser cômico das suas responsabilidades enquanto parte integrante de um grande e complexo organismo que é a coletividade, a nação, o Estado, para cujo bom funcionamento todos têm de dar sua parcela de contribuição. Somente assim se chega ao objetivo final, coletivo: a justiça em seu sentido mais amplo, ou seja, o bem comum³⁴.

Como se pode concluir é papel da Justiça do Trabalho consolidar não só os direitos trabalhistas consagrados na Constituição Federal e na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), mas também formar profissionais e cidadãos aptos a efetivar os princípios do Estado Democrático de Direito, seja instruindo as pessoas a procurar seus direitos; promovendo conciliações; pondo a disponibilidade profissionais competentes para solucionar aquele litígio; oferecendo a adequada assistência jurídica e junto com parceria privada promover ações sociais que visem garantir a cidadania não só quanto ao direito penal, cível incluindo

³³PAULA, Arquilau de. **O acesso à justiça**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Mensal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3401>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

³⁴SANTANA, Marcos Silvio de. **O que é cidadania**. Advogado, [S.l.], 2003. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/fadipa/marcoosilviodesantana/cidadania.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2015.



também o trabalhista, pois este último é a fonte de renda e de sustento de todo indivíduo, seja pobre ou rico.

O ALCANCE DO PAPEL DA JUSTIÇA DO TRABALHO COMO EFETIVADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A título de contextualização do tema, cabe discorrer sobre os direitos sociais, como já foi dito os direitos fundamentais sociais são os direitos de segunda dimensão, ou seja, necessitam, em regra, de uma conduta pró-ativa do Estado.

Os direitos sociais surgem no período posterior a II Grande Guerra, mais precisamente com a Revolução Industrial, devido às péssimas condições de trabalho, ambiente insalubre, saúde precária. Como se pode ver, tais direitos exigem que o Estado aja positivamente de forma a consolidar o estado de bem-estar social, ou “Welfare State”³⁵.

A denominação de estado social³⁶ exige que o Estado proporcione prestações jurídicas e materiais positivas que acarrete no fornecimento de prestações aos cidadãos e cumprimento das imposições estatais³⁷. As constituições de Weimar (1919) e a Mexicana (1917) são exemplos de constituições sociais.

Os direitos sociais, como o direito à saúde, lazer, educação, trabalhistas são exigíveis quando inerentes ao direito subjetivo ou positivo (atribui direitos do indivíduo), mas também possuem uma dimensão objetiva ou negativa (atribuindo valores que deverão ser zelados pelo estado e pela sociedade), tendo assim: *status positivus* ou subjetivo (estado precisa prestar) e *status negativus* ou objetivo (estado precisa abster-se de atos que porventura possa vir a prejudicá-lo).

Em que pese a previsão constitucional de direitos sociais, especialmente direitos sociais trabalhistas, que são o foco do presente estudo, é importante que tais direitos possam

³⁵MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodvm, 2008. p. 38.

³⁶BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2007.

³⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



ser assegurados pelo Estado, por meio do Poder Judiciário. Posteriormente a análise dos direitos sociais serão tecidos comentários acerca da Justiça do Trabalho.

Analisando a competência da Justiça do Trabalho a primeira vista pode não parecer, mas é tal ramo da Justiça Especializada, a de maior relevância para a promoção dos direitos sociais, não só por defender os trabalhadores, que muitas vezes se sujeitam a trabalhos degradantes, insalubres, perigosos para ter o que comer; mas primordialmente por ser a justiça mais conectada aos anseios da sociedade, por está mais próxima dos cidadãos, por ser a justiça do povo é que tem que atuar de forma positiva no papel do Estado social para uma maior garantia e amplitude dos direitos sociais.

O direito do trabalho por ser primordialmente social, uma vez que, o dinheiro recebido em razão do trabalho é verba alimentar, além do mais, é do esforço despendido na labuta que muitas vezes se adquire os demais direitos, tendo em vista, que é com a contraprestação do labor que se consegue pagar um plano de saúde, habitação, lazer.

Por fim, conclui-se que com base no que foi acima exposto, que a Justiça do Trabalho é a guardiã dos direitos sociais, sendo indispensável uma maior atuação tanto dos juízes trabalhistas, como do Tribunal Superior do Trabalho (TST) para uma maior proteção de tais direitos, como também para maior afirmação e consolidação dos direitos trabalhistas. Urge de suma necessidade enfrentar as barreiras que se impõem a efetivação dos direitos sociais.

3.1 Ativismo Judicial ou Judicialização da Política

Primordialmente urge necessário fazer a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política.

Por ativismo judicial entende-se como a conduta proativa do Poder Judiciário, interpretando a Constituição para dá maior alcance e sentido. Convém salientar que no ativismo judicial o magistrado atua na esfera de outros poderes, principalmente do Poder Legislativo, porém o juiz não pode aplicar suas convicções ou fontes ainda inexistentes,



estando restrito aos princípios constitucionais. Para Barroso o ativismo judicial se manifesta por diversas condutas, as quais se pode citar:

Aplicação direta da Constituição a situações não taxativamente previstas no texto e independentemente da manifestação do legislador originário;

Declaração de inconstitucionalidade de atos emanados do legislador seguindo critérios menos rígidos que os de visível violação ao Texto Magno;

Imposição ao Poder Público com o fim de determinar certas condutas ou a abstenção delas, principalmente no campo das políticas públicas³⁸.

Como se pode ver, o ativismo judicial está ligado às mutações constitucionais e a hermenêutica, ou seja, a Constituição Federal e normas constitucionais (princípios e regras).

Tendo em vista tais considerações, passa-se a analisar a judicialização da política. Diferente do ativismo judicial que emerge da hermenêutica constitucional, a judicialização da política permite uma maior atuação do Poder Judiciário, pois o magistrado não está vinculado a aplicação dos princípios constitucionais.

Na judicialização da política devido à inércia do Poder Legislativo em regulamentar determinado direito ou aplicar políticas públicas o magistrado atua no sentido de garantir os direitos ou as políticas públicas necessárias à sociedade. Conforme doutrina de Bernardo:

Atualmente, ante um legislativo que cada vez menos consegue traduzir de maneira satisfatória os anseios da sociedade, e a aparente necessidade de respostas imediatas aos problemas existentes, passa-se a perceber um maior grau de importância assumido pela função jurisdicional.

No mesmo contexto, observa-se um fenômeno tratado por alguns autores como de “judicialização dos direitos”, que nada mais é do que a busca por respostas imediatas para fazer cessar uma situação de inaplicabilidade dos valores fundamentais do Estado³⁹.

³⁸BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico, [S.], 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 01 jun. 2015.

³⁹BERNARDO, Leandro Ferreira. **Ativismo judicial e estado democrático de direito**. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 11, n. 93, p.02, Fev./Maio 2009.



Nesse ponto, mostra-se necessário observar, assim como faz Habermas⁴⁰ que o aumento da importância dada atualmente ao judiciário como regulador de matérias que requereriam um tratamento legislativo ocorre em razão da pura inoperância de um legislativo que não consegue agir a contento para aquelas atribuições a que é chamado.

Cabe acrescentar, que a Constituição exerce a função de efetivar uma Democracia plena e a proteção aos direitos fundamentais, conforme doutrina de Barroso:

A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos⁴¹.

Como se pode concluir, o Ativismo Judicial e a Judicialização da política são limitados pelo papel da Constituição em garantir a efetiva cidadania, por meio da participação popular e a proteção dos direitos fundamentais, principalmente dos mais necessitados. Cabe destacar, que para alguns, Rousseau foi um dos precursores da Democracia participativa, quando mencionava por exemplo: “é nula toda lei que o povo diretamente não ratificar⁴²”.

Nesse contexto é que se exige uma maior atuação da justiça do Trabalho em consolidar os direitos sociais sob sua égide. Tais direitos, incluídos na categoria direitos de segunda dimensão (direitos trabalhistas), por necessitarem de um agir do Estado, ou seja, de uma conduta ativa do Estado, permitem que os magistrados com o escopo de consolidar tais direitos atuem de forma ativa, suprimindo o papel do Legislativo em alguns casos. Dworkin afirma que:

⁴⁰HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. ii, p. 183.

⁴¹BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico, [S.l], 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 01 jun. 2015.

⁴²ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 1v. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 186.



[...] se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas⁴³.

Diante da distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, é de suma importância ressaltar que a atuação judicial, seja respeitando o regramento constitucional, e principalmente atuando nas omissões legislativas que devem respeito à separação dos poderes.

O princípio da separação e interdependência dos poderes preceitua que não pode haver interferência entre os poderes, considerada cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4º, inciso III da CF/88, em que deve haver uma colaboração de poderes a fim de encontrar um equilíbrio entre os poderes necessário ao bem da coletividade, evitando ainda os arbítrios e o desmando de um em detrimento do outro, configurando assim a separação e independência dos poderes como instrumento de controle recíproco (*“balance of powers”*).

A separação de poderes não é uma divisão absoluta das funções, como Aristóteles⁴⁴ demonstrou inicialmente que “em todo governo existem três poderes essenciais com funções estatais distintas: editar normas, aplicar no caso concreto e julgar”. Em decorrência do momento histórico (absolutismo), o exercício dos três poderes era de competência de uma única pessoa, o soberano, como é expressada na conhecida frase de Luís XIV: *“l'état c'est moi”* (“o estado sou eu”).

Para Locke⁴⁵ “todos os poderes deveriam ser subordinados ao Legislativo, que seria o poder supremo” e mais adiante Montesquieu⁴⁶, para evitar o despotismo real, aprimorou essas ideias visualizando ser favorável o “controle do soberano pelo parlamento e que de fato existiam três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.

⁴³DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 32.

⁴⁴ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 127.

⁴⁵LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad.: Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁴⁶MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução: Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Na sociedade pós-moderna em que se vive o que ocorre é a distribuição das três funções estatais, ora, o poder é uno e indivisível tendo que haver uma integração e um equilíbrio, de modo que os poderes sejam independentes, coordenados e harmônicos, em que um poder limita o outro (“*check and balances*” - “freios e contrapesos”), nota-se que para enfraquecer a autoridade, dividiu-se o poder⁴⁷.

Em síntese, Barroso em análise contundente afirma que:

Direito não é política. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana.(...)

Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente⁴⁸.

Como se pode perceber, os magistrados na árdua função de aplicar a Constituição e as leis, que são produtos da sociedade em que se vive, de fazer justiça, culminando na pacificação social, aplica na análise do caso concreto e conseqüentemente em sua decisão uma carga valorativa, ou seja, seu senso de justiça, valores, sentimentos, emoções, medos. Além do mais, as sentenças indicam mudanças, transformações, conseqüências no meio social, ainda mais, diante das inúmeras ideologias, crenças, culturas existentes. Todo esse arcabouço, faz dos membros do Poder Judiciário um ser político, pois apesar de não exercerem cargo eletivo como no Poder Executivo e principalmente no Poder Legislativo,

⁴⁷VASCONCELOS, Arnaldo. **A teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 270.

⁴⁸BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico, [S.l], 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 01 jun. 2015.

possuem competência para executar políticas públicas e, primordialmente, proteger os direitos fundamentais inerente ao ser humano.

Então nesse contexto da implementação das políticas públicas o que deverá ocorrer é a autorização, planejamento e execução das políticas públicas pelo Executivo e Legislativo e o Judiciário deverá garantir a efetivação do direito social que aquela política pública visa assegurar, que como todo direito social exige que o estado provenha e crie condições para que seja efetivado, quando o Executivo e o Legislativo se mostram incapazes e inertes, resta aos cidadãos procurar o Judiciário para que este seja um “guardião das promessas”⁴⁹ feitas na Constituição Federal a fim de verificar se as políticas públicas estão sendo desenvolvidas e se sim, se estão atingindo os objetivos almejados, “devendo agir assim quando ocorrer inoperância dos outros poderes⁵⁰”.

Conclui-se que os direitos sociais, tal como, os direitos trabalhistas devem ser tratados com a indispensabilidade que os cercam. É de responsabilidade estatal, seja pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário agirem em conjunto, com a união que é necessária entre as esferas do Estado para atuarem de forma a promoverem os direitos fundamentais sociais, claro que com respeito à separação de poderes e à reserva do possível.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise histórica da cidadania, a despeito de sucinta, possibilita a percepção de que esse importantíssimo status político transborda, em muito, a participação política na gestão da coisa pública. A cidadania plena é indissociável da igualdade, liberdade, e remete, por conseguinte, ao contexto de democracia e de garantia de direitos individuais, e principalmente sociais, pois é coletivamente que se pode assegurar a promoção de uma gama maior de direitos.

Apesar dos já fartos registros históricos denunciarem as contradições da cidadania grega e romana clássicas, ainda persiste o “mito” desse modelo de cidadania fundamentado

⁴⁹GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁵⁰ESTEVES, João Luiz M. **Direitos sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007. p. 75.

não na igualdade entre os homens, mas, na condição de proprietário de terras. Portanto, não há que se falar em cidadania muito menos em justiça na cidade, quando estas não contemplam o maior segmento da população.

Infelizmente no medievo a concepção de cidadania foi ainda mais tímida do que na Antiguidade Clássica, não cabendo sequer afirmar que uma restrita classe a usufruía, embora evidentemente se reconheça a existência da supremacia de poder e de condições de vida dos representantes da Igreja (alto clero) e da nobreza. Tal afirmação é pautada na compreensão de que cidadania legítima é compartilhada com os outros da comunidade da qual se participa, daí a indissociabilidade do conceito com os de igualdade, liberdade e democracia. Não se podem confundir privilégios usufruídos com base em tirania do poder com cidadania, seria desvirtuar o conceito.

Quanto à justiça no medievo, tornam-se indispensáveis maiores considerações, bastando lembrar as atrocidades cometidas nos julgamentos penais realizados pela Inquisição, ou nas acusações hipotéticas, cujas condenações sem provas levaram milhares de pessoas à morte cruel e sob suplício, incluindo mulheres e crianças. Todos sabem que o critério da propriedade diferenciava o tipo das acusações, o rigor dos julgamentos e das sanções.

Mas, na aurora da Modernidade, muitos teóricos e entre eles os contratualistas Locke e Rousseau, fizeram crer que a cidadania e conseqüentemente a justiça, seriam construídas com outros critérios: emolduradas pela liberdade, pela ampliação de direitos individuais, embaladas pelo “espírito” da fraternidade (que leva à convivência pacífica e solidária com o outro na comunidade), enfim o Estado de Direito e os Direitos erigidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagrariam o ideal da participação de todos na “*polis*”.

No entanto, sob uma ótica crítica que vislumbre o problema para além da questão judiciária em si, percebe-se como certa que a defasagem do acesso à justiça é fator inibidor importante do exercício da cidadania, mas, todos os problemas estruturais arguidos pelo judiciário não atingem na mesma proporção os que são e os que não são proprietários.



Infelizmente ainda se convive em plena Modernidade (ou pós, como muitos acreditam), com o critério “disfarçado” de detentor de propriedade privada para o pleno exercício da cidadania, e esse critério ultrapassa muito, as “barras da justiça”, formalmente amparada no critério de igualdade perante a lei, espreado-se por todas as instâncias da vida social.

Por fim, cabe aludir que a Justiça do Trabalho cumpre junto com a sociedade, as empresas e os órgãos estatais de fiscalização e defesa dos trabalhadores, papel indispensável na promoção da cidadania e da efetivação dos direitos sociais trabalhistas, sendo mister destacar que é louvável iniciativas do Estado junto com as empresas privadas no intuito de promover as garantias fundamentais elencadas no artigo 7º da Constituição Federal, pois conforme dito, os direitos trabalhistas são por sua natureza alimentícia direitos de suma importância, pois é do dinheiro do labor que se alimenta, sustenta os filhos, gasta com lazer, educação, saúde, consolidado com plenitude a cidadania e para que essa confirmação de referidos direitos existam é necessário capacitar os funcionários da justiça, contratar novas pessoas por meio de concurso público, punir os funcionários que trabalham com desleixo ou de forma ociosa, garantir medidas que acabem com a protelação e a morosidade, pois só assim é possível a formação de uma justiça social atenta aos direitos sociais e a formação da cidadania fomentada pelo Estado Democrático de Direito, ou seja, participação ativa de todos os indivíduos.

Assim, constatou-se a hipótese deste trabalho de que ainda está longe o alcance da cidadania pela via do acesso à justiça, o que se constitui em mais um importante requisito que impossibilita a construção de uma sociedade mais justa. Dentre tantos outros requisitos, a falta de um Poder Judiciário mais célere, atuante e que tenha suas práticas baseadas na democracia e nos princípios do Estado Democrático de Direito, frustram uma das promessas mais caras da modernidade ao homem.



REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BARBOSA, Daniel Favaretto. **Reforma do judiciário: celeridade do processo e as súmulas vinculantes: considerações para uma análise crítica da EC 45/2004**. Revista de Processo, São Paulo, v.31, n. 138, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico, [S.l], 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- BERNARDO, Leandro Ferreira. **Ativismo judicial e Estado Democrático de Direito**. Revista Jurídica, Brasília, v. 11, n. 93, p.01-27, fev. /maio 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- DALLARI, Dalmo. **A cidadania e sua história**. CEFETSP, São Paulo, SP, 2009. Disponível em: <http://www.cefetsp.br/edu/eso/cidadania/cidadaniahistoria_dallari.html>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- DARLAN, Siro. **Dois modelos de facilitação do acesso à justiça**. Leis & letras: direito e informação. Fortaleza, v.2, n. 12, p. 36-37, 2008.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. **A Construção da cidadania**. OABSP, São Paulo, SP, 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/88/>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Sociais no STF**. São Paulo: Método, 2007.
- GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GOMES, Ludimila Hoffmann. **A efetivação do Direito Fundamental Social do Trabalho**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, RS, XIII, n. 82, 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8579>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2002.



LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAGALHÃES, Ana Luíza de Carvalho; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Efetividade da prestação jurisdicional**: o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal inserido pela EC 45/2004. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, nº 138, p. 79-111, 2006.

MAIA, Luciana Estevam de Almeida. **O Movimento de acesso à Justiça e sua relação com a busca pelo litígio**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2216, 26 jul. 2009. Mensal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13219>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodvm, 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução: Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NALINI, José Renato. **Novas perspectivas no acesso a justiça**. *CJF, Brasília, DF*, 2008. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

PAULA, Arquilau de. **O acesso à justiça**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Mensal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3401>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

PEDROSO, Rodrigo. **Igualdade, democracia e cristianismo**. RCCTO, [S.l.], 2003. Disponível em: <<http://www.rccto.org.br/artigos.php?id=55>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

PERRY, Marvin. **Civilização Ocidental**: uma história concisa. SP: Martins Fontes, 1985.

PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições do Direito Romano**. SP: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTANA, Marcos Silvio de. **O que é cidadania**. Advogado, [S.l.], 2003. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/fadipa/marcossilviodesantana/cidadania.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VASCONCELOS. Arnaldo. **A teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIANA, Karoline. **Justiça, para quem precisa**. *Leis & Letras: direito e informação*, Fortaleza, v. 2, n.12, 2008.