

A JUSTIÇA DO TRABALHO COMO ÓRGÃO INDISPENSÁVEL À PROMOÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

Henrique dos Santos Vasconcelos Silva¹

Resumo: O direito do trabalho passa por alterações pressionadas pelas mudanças das relações sociais e pelo dinamismo da atividade econômica. Essas mudanças eliminam postos de trabalho e esmagam o trabalhador com a mitigação da proteção ao obreiro. De outro modo, essas modificações recentes nas relações de trabalho exigem uma nova postura do legislador, mas principalmente do intérprete da legislação, uma vez que indicam o abandono de princípios protetores do trabalhador e passam a tutelar o trabalho, já que a Constituição Federal eleva-o 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, uma vez que possibilitaria a participação e o sentimento de contribuição desenvolvendo a comunidade em que o trabalhador faz parte. Para isso, é necessário um Judiciário independente e atuante, que não limite-se 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 judicial. Efetividade. Direitos humanos.

Abstract: Labour law is undergoing modifications pressured by changes in social relations and the dynamism of economic activity. These changes eliminate positions and crush the worker works for the purpose of protecting the worker. Otherwise,

¹ Especialista em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pela UNICHRISTUS

these recent changes in labor relations require a new attitude of the legislature, but mainly interpret the law as it indicates the abandonment of principles protecting the worker and begin to protect the work, since the Constitution elevates him to a fundamental right, once is inherent to the human person. The realization of this right also was being hosted by the principle of human dignity, since they enable a sense of participation and contribution of community development in which the employee belongs. For this, you need an independent judiciary and active, do not limit yourself just to render decisions in order to protect the alleged hipossuficiente employment relationship and may even make up a legislator positive.

Keywords: Labour law. Judicial activism. Effectiveness. Human rights.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Processo de Emancipação Humana: A Conquista do Status de Cidadão. 2.1 Origem da concepção de justiça. 2.1.1 *Do Acesso à Justiça*. 2.1.2 *Acesso à Justiça e Direitos Sociais*. 3 O Alcance do Papel da Justiça do Trabalho como Efetivador dos Direitos Fundamentais Sociais. 3.1 O Ativismo Judicial ou Judicialização da política. 3.2 A necessária atuação do Tribunal Superior do Trabalho (TST) perante a inércia do Legislativo. 4 Análise das Súmulas 331 e 363 do Tribunal Superior do Trabalho. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO



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 des-

compasso 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, se 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 trabalhistas, não podem se esquecer da importância dos direitos sociais, tem que promover e efetivar tais direitos, por mais que o Legislador seja omissos, porém com respeito à Separação dos Poderes e tem que se buscar um meio adequado, necessário, 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.

ca.

Enfoca, por conseguinte, a perspectiva de que a garantia do acesso à justiça é um dos instrumentos mais importante para o exercício da cidadania, razão pela qual 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. É objetivo desse estudo investigar o desempenho da Justiça Trabalhista no âmbito da efetivação dos direitos sociais, demonstrar a relevância dos direitos sociais, aí incluído o 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 a justiça, especialmente aquelas pessoas pertencentes aos grupos mais vulneráveis economicamente.

Para tal, recorreu a 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 as 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. Constituíam-se na grande maioria de direitos políticos, estando intimamente ligada a 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 (2009):

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 coletividade.²

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 cidadãos (PINSKY, J. ; PINSKY, C. (2003).

No Império Romano a sociedade era dividida em classes: patrícios, 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.

Os plebeus só vieram a usufruir de certos direitos políticos com a Lei das Doze Tabuas, 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 (SANTANA, 2009)³

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

² <<http://www.rccto.org.br/artigos.php?id=55>>.

³ <http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/fadipa/marcoasilviodesantana/cidadania.htm>>.

descendentes de estrangeiros” (PINSKY, J. ; PINSKY, C., 2009, p.50). 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 existirão desigualdades, o que cabe a cada pessoa é a união em torno do bem comum, de maneira que de acordo com a doutrina social cristã:

Se, 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 comum (PEDROSO, 2003).⁴

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, 1525,

⁴ <<http://www.rccto.org.br/artigos.php?id=55>>.

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 Perry (1985) 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 (2009):

Vários escritores políticos vinham defendendo a idéia 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 convinhavam 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 todos fossem iguais as pessoas mais humildes também poderiam participar do governo e desse modo as leis seriam mais justas.⁵

A 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,

⁵ <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/cidadania/cidadaniahistoriadallari.html>>.

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 por exemplo, 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, lembrados por Lima (2002, p.34): “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, Sarlet (2008, p. 71) afirma que: como por exemplo os direitos a educação e a saúde o qual são efetivados através das políticas públicas como: construção de escola, fornecimento de material didático, reformas de laboratórios, valorização do Magistério; e reforma de hospitais, fornecimento de medicamentos, ampliação de leitos de UTI, respectivamente, esses direitos sociais, dentre outros, estão inseridos na CF/88 no artigo 6, esses direitos fundamentais sociais constituem exigência da efetiva garantia da igualdade de chances inerentes a 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, culturais e econômicos (direito à saúde, ao trabalho, à educação, o direito de greve), de acordo com Lima (2002, p.35): “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 coletivos”.

No século XX surge o direito 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 Lima (2002, p.35): “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 a assegurar o direito à democracia, à informação, ao comércio eletrônico entre os Estados, assim definidos: “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 conseqüentes movimentos de pressão para sua efetivação.

Tal dinamismo complexificou o próprio conceito, em decorrência dos vários *status* de cidadania que podem ser observados e do contexto em que ele se insere. Assim, 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 a 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, esta 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 popular (D'URSO, 2009).⁶

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

⁶< http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/88/>.

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 democracia (PINSKY, 2009).⁷

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. Hordieramente a concepção de cidadania por conta da luta permanente pela proteção de um

⁷<http://www.espacoacademico.com.br/023/23res_pinsky.htm>.

maior numero 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 econômicas” (D’URSO, 2009).⁸ 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 políticos” (PINSKY, 2009).⁹ 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 para consolidar o direito a cidadania faz-se mister efetivar os direitos sociais insculpidos no artigo 6º da Magna Carta. A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar 1919, já a primeira Constituição brasileira a tratar do 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, elencando uma série de garantias aos trabalhadores. Para Gomes (2012) 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 exigi-

⁸ < http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/88/>.

⁹ <http://www.espacoacademico.com.br/023/23res_pinsky.htm>.

bilidade. 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 empregador.¹⁰

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 a todo e qualquer cidadão.

2.1. ORIGEM DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA

É de grande importância analisar o conceito de justiça, de acesso ao Poder Judiciário, relacionando-o a uma cidadania plena.

Sabe-se que justiça é algo controverso, uma vez que, o que é justo pra um pode não ser para outro. O conceito de justiça está ligado aos valores, à educação, à família, ao que cada pessoa acredita ser certo ou errado, por isso que se pode afirmar que algo justo é muito subjetivo.

O que é certo é que a idéia de justiça está presente desde longinquamente na humanidade, encontrando-se nos textos bíblicos referências recorrentes:

¹⁰<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8579>.

Não é possível que mates os bons junto com os maus, como se todos tivessem cometido os mesmos pecados. Não faças isso! Tu és o juiz do mundo inteiro e por isso estou certo que agirás com justiça. (BÍBLIA SAGRADA. *Gêneses*, 18:25. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1991a).

Eis que o Senhor sentou para sempre [...] Ele julga o mundo com justiça [...] (BÍBLIA SAGRADA. *Salmo*, 9: 8 e 9. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1991b).

Felizes os que têm fome e sede de justiça, porque serão saciados. (BÍBLIA SAGRADA. *Mateus*, 5: 6. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1991c).

Em primeiro lugar busquem o reino de Deus e a sua justiça, e Deus dará a vocês, em acréscimo, todas essas coisas. (BÍBLIA SAGRADA. *Mateus*, 6: 33. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1991d).

Na filosofia clássica o texto mais significativo que trata da justiça é o de Aristóteles, “Ética a Nicômaco”, livro V, o qual teoriza acerca da indissociação entre justiça e a polis, ou seja, a justiça fundamenta-se na ética no trato com o outro da comunidade. Relaciona a virtude com o cumprimento às leis, mas igualmente com o relacionamento com o outro e incorpora a idéia de virtude (justiça) ao ideário da igualdade, ao formular o princípio da equidade segundo o qual deve-se dispor a cada um o que lhe é devido, levando-se em consideração suas condições naturais, a dignidade, o lugar social que ocupa e as obrigações que lhes são impostas (ARISTÓTELES, 2001).

Referida obra, relativizou o imperativo das leis considerando-as de caráter geral, mas recomendou particularismos para a realização da justiça, estabelecendo pioneiramente a distinção entre direito natural e direito positivo.

As lições aristotélicas encaminham para a compreensão de que o Direito visa regular o comportamento social e garantir a paz social. A legislação deve ser entendida como o meio encontrado pelo homem para estabelecer os limites do justo, do aceitável pelos valores sociais predominantes, assim é que as leis mudam no tempo e no espaço de acordo com o que as pessoas entendem como certo ou como errado. As leis devem estar

em consonância com os pensamentos predominantes de toda a coletividade, mas, a justiça se realiza também atendendo as diferenças entre os indivíduos. Sendo assim:

Justa é a relação humana que está em conformidade com os fins da vida, enquanto a vida é convívio (o bem comum). Como o bem do homem só se realiza com o bem do outro, neste modo plural de participação no *bonum*, nesta busca em comum do bem comum está o justo (MEDONÇA, 2009)¹¹

Pode-se inferir que a idéia de justiça mais coerente é aquela que atende ao ideal de bem comum, ou seja, a consciência de que para se ter uma ordem justa, é imprescindível normas e um Estado eficiente na promoção da paz social, ou seja, todos os cidadãos devem gozar dos mesmos direitos e obrigações e juntar forças para produzirem uma sociedade harmônica aos interesses não apenas da elite, mas sim, de todos os indivíduos que compõem a ordem social. De maneira que:

A cidadania, no Estado Democrático de Direito, efetivada, oferece aos cidadãos, como iguais condições de existência, o gozo atual de direitos e a obrigação do cumprimento de deveres, que, resumidamente, podem ser assim apresentados: exercício de direitos fundamentais e participação; e, os deveres de colaboração e solidariedade (ROZICKI, 2009).¹²

Dentre os direitos a serem exercitados, considera-se o acesso à justiça componente indispensável de realização da cidadania, estando contemplado na Carta Magna Brasileira de 1988 como direito fundamental.

2.2.1 DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça possibilita a cada pessoa reivindicar seus direitos e ter seus litígios resolvidos pela jurisdição estatal. De forma que:

Se de um lado não se pode reduzir a questão do acesso

¹¹ <<http://www.valorjustica.com.br/artigo15.htm>>

¹² <http://www.espacoacademico.com.br/003/03col_cris.htm>

à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação dos direitos, de outro é também evidente que não se pode afastar a idéia de acesso à justiça do acesso ao Judiciário. Os outros direitos, em última instância, dependem desse acesso sempre que não for respeitado; sem ele a cidadania se vê castrada, impotente (RODRIGUES, 1994, P.29).

Esses princípios foram reforçados pela Constituição Brasileira de 1988 e, simbolicamente, nomeados na adjetivação que lhe foi dada por ocasião da promulgação, “Constituição Cidadã”.

Cappelletti e Garth (2002, p.8) ensinam: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos”.

Faz-se mister garantir um efetivo acesso a justiça a todos os cidadãos, pois o acesso a justiça é o exercício da cidadania, e mais, é direito fundamental. É certo que:

O princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação dos poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais (SILVA, 1992, p.376)

O acesso à justiça é direito fundamental e social. Consideram-se direitos fundamentais aqueles positivados na Constituição Federal Brasileira, na qual todos os cidadãos são titulares, pertencem a toda a coletividade. São direitos inerentes a todos os indivíduos enquanto seres integrantes da sociedade. Integram os direitos sociais, os direitos a alimentação, educação, moradia, saúde, lazer, segurança, a previdência, os trabalhadores, a assistência aos desamparados, etc. É indispensável ressaltar o que afirma Silva (1998, p.289):

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, 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 igua-

lização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Diante do exposto cabe alegar que o direito de acesso à justiça é inerente a todo e qualquer cidadão, resguardado na Carta Magna Brasileira e busca igualar as partes da relação jurídica, procura dirimir obstáculos que impedem a cidadania plena, seja pelo princípio da segurança e da igualdade, visa a realização do princípio da justiça, inalienável à cidadania.

Analisando o conceito de acesso à justiça pode-se depreender que acesso à justiça em sentido restrito deve ser entendido como o direito da pessoa ter uma pretensão assistida pelo Estado, no entanto tal conceito é mais amplo, afinal não adianta assegurar a tutela jurisdicional, se a tutela não for efetiva, ou seja, se o poder jurisdicional do Estado esbarra nas custas processuais, no alto número de processos para ser julgado, na falta de celeridade, na ausência de instrução de boa parte da população, na estrutura decadente do Poder Judiciário, na sua burocratização e, acima de tudo, no desequilíbrio entre as partes, onde na maioria das vezes possui um lado mais forte, seja por ter maiores meios de manter o andamento do processo, ou, por estar habituado a lide, todos esses problemas dão noção do grande entrave ao acesso à justiça à significativa parte da população, evidentemente afetando de modo mais contundente aquelas pessoas mais vulneráveis economicamente.

2.2.2 ACESSO À JUSTIÇA E DIREITOS SOCIAIS

A Justiça Trabalhista por lidar primordialmente com os direitos consagrados no artigo 7º a 11 da Constituição Federal, tais normas visam garantir direitos básicos aos indivíduos, como forma de estabelecer equilíbrio nas relações sociais. Como se pode ver, segundo Silva (2010, p.286), 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 igualização de situações desiguais. Dessa forma, possibilita ao indivíduo exigir do Estado prestações positivas e materiais para a garantia de cumprimento desses direitos.

Como se pode ver, urge indispensável para a concretização da Cidadania e principalmente do Estado Democrático de Direito que vivemos, a atuação do Estado no papel de garantidor de direitos fundamentais aos seres humanos e as normas em comento são direitos sociais (direito a saúde, moradia, lazer, trabalho), posto que, regulamentam e trazem o rol de direitos trabalhistas, de forma a positivar os direitos inerentes aos trabalhadores, de ante do exposto, tanto o acesso à Justiça como os direitos trabalhistas são direitos sociais, visto que, são necessárias 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 numero 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:

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 eficiência (VIANA, 2008, p.17).

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 atualmente (CAPPELLETTI ; GARTH, 2002, p. 165).

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 específica (LIMA, 2002, p. 51).

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 jurisdição” (CORTÊS; MAGALHÃES, 2006, p. 85).

Cortez e Magalhães (2006, p.86) 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, tal 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 direito (BARBOSA, 2006, p. 109).

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 direitos (DARLAN, 2008, p.37).

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, 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 bar-

reiras (MAIA, 2009).¹³

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 conseqüências:

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 Judiciário (PAULA, 2009).¹⁴

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, pacificar a sociedade e ampliar as alternativas para a solução harmônica das diferenças. Isso será, verdadeiramente, ampliar o acesso à Justiça (NALINI, 2009).¹⁵

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 por exemplo, a consulta informati-

¹³ <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13219>>.

¹⁴ <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3401>>.

¹⁵ <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>>

zada de processos, melhor explicados por Paula (2009):

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 informativo.¹⁶

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 ultrapassar seu campo de atuação e fazer de Legislativo, como por exemplo, diante do Poder Legislativo não criar a lei que trata da greve dos servidores públicos o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que se aplica a 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 (2009):

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,

¹⁶ <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3401>>.

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 governados.¹⁷

Para que exista uma Sociedade cidadã é necessário que cada indivíduo possa participar das decisões sociais, possa ter acesso a 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 (2009), 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 comum.¹⁸

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

¹⁷ <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3401>>.

¹⁸ <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/fadipa/marcossilviodesantana/cidadania.htm>>.

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

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

Preliminarmente, 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 as 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” (MEIRELES, 2008, p. 38).

A denominação de estado social (BONAVIDES, 2007, p. 186) exige como se tem dito que o Estado proporcione prestações jurídicas e materiais positivas que acarrete no fornecimento de prestações aos cidadãos e cumprimento das imposições estatais (CANOTILHO, 2004, p. 152). 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 prejudica-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 ser assegurados pelo Estado, por meio do Poder Judiciário. Posteriormente a análise dos direitos sociais serão tecidos comentários acerca da Justiça do Trabalho.

A título de curiosidade, a Justiça do Trabalho foi instituída em todo território no dia 1º de maio de 1941, no governo de Getúlio Vargas.

A competência atual da Justiça Trabalhista foi dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que alterou o artigo 114 da Constituição Federal de 1988. Tal artigo disciplina que:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº

45, de 2004)

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

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 dispendido 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 JUDICALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Primordialmente urge de forma necessária fazer a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política.

Por ativismo judicial entende-se como a conduta proativa do 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 Legislativo, porém o juiz não pode aplicar suas convicções ou fontes ainda inexistente, estando restrito aos princípios constitucionais. Para Luiz Roberto Barroso o ativismo judicial se manifesta por diversas condutas, às quais pode-se 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 públicas;¹⁹

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

¹⁹

<http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>.

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 Judiciário, pois o magistrado não está vinculado a aplicação dos princípios constitucionais.

Na judicialização da política devido a inércia do 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.

Os direitos sociais ou 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. Ronald Dworkin afirma que:

“[...] 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 fundamentadas. [...]” (DWORKIN, 2001, p.32).

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 devem respeito a 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 recí-

proco (“balance of powers”).

A separação de poderes não é uma divisão absoluta das funções, como Aristóteles demonstrou inicialmente (para alguns, Rousseau já havia vislumbrado quando mencionava por exemplo: é nula toda lei que o povo diretamente não ratificar (ROUSSEAU, 1997, p.186) que em todo governo existem três poderes essenciais (ARISTOTELES, 2000, p. 127) 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 XVI: “l'état c'est moi” (“o estado sou eu”).

Para Locke todos os poderes deveriam ser subordinados ao Legislativo, que seria o poder supremo (LOCKE, 1998, p.519) e mais adiante Montesquieu, para evitar o depotismo real, aprimorou essas ideias visualizando ser favorável o controle do soberano pelo parlamento e que de fato existia 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 (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

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 poder (VASCONCELOS, 2001, p. 270).

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” (GARAPON, 2001) feitas na constituição 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 poderes (ESTEVES, 2007, p.75).

Conclui-se que os direitos sociais, ai incluído 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 a separação de poderes e a reserva do possível.

3.2 A NECESSÁRIA ATUAÇÃO DO TST PERANTE A INÉRCIA DO LEGISLATIVO

No tópico acima foi abordada a judicialização da política, que conforme visto, trata-se da atuação do Poder Judiciário diante da inércia do Legislativo em promover não só os direitos, entre eles os direitos sociais, incluso as políticas públicas tão necessárias ao bem estar social e a dirimir as diferenças entre as classes sociais.

Como se pode ver, é de extrema necessidade a atuação do magistrado diante da inércia do legislador, principalmente diante da falta de lei regulamentadora. Claro que o magistrado não pode agir com discricionariedade ou arbitrariedade, exceder a separação dos poderes, indispensável para o funcionamento do Estado Democrático de Direito. Nem desconsiderar a reserva do possível, que é, não só a dotação orçamentária, mas também saber se tal direito é necessário e adequado, deve-se perguntar se o direito tutelado é mais importante do que o direito que pode vir a ser violado com a negação pelo Judiciário

do bem jurídico tutelado. Porém a Sociedade não pode se vê refém do Legislativo, não pode o cidadão ter que esperar a boa vontade do legislador em criar as leis que regulamentem seus direitos, uma vez atendidos os requisitos em comento.

Diante do exposto, afirma-se que a judicialização da política é instrumento que a Sociedade e o Poder Judiciário encontram para consolidar e efetivar direitos, entre eles direitos trabalhistas, que são de notório valor para os cidadãos, uma vez que, consistem direitos básicos e inerentes a todos os seres humanos.

É relevante destacar que o Judiciário possui muitas decisões que configuram judicialização da política. Como exemplo, pode ser citada decisão do Supremo Tribunal Federal, que diante da inércia do Legislativo em regulamentar a lei de greve do servidor público, entendeu que se aplica a lei da iniciativa privada. Conforme se extrai do julgamento abaixo:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA Apreciação NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nºs 7.701/1988 E 7.783/1989.

O Tribunal Superior do Trabalho também possui decisões que diante da falta de regulamentação por parte dos legisladores, atua na forma de promover os direitos trabalhistas. Podem

ser colacionadas dentre várias, as seguintes:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Súmula nº 363 do TST

CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no

respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Conclui-se que o Tribunal Superior do Trabalho é atuante, apesar de, como se verá no Capítulo a seguir, atuar, em algumas situações, de forma contrária aos direitos coletivos, exemplo da súmula 363. Ao analisar o papel do Judiciário e primordialmente dos juízes do trabalho nota-se uma atuação mais ativa, e na esfera trabalhista é mais visível, e é assim que tem que ser, não só por se tratar de direitos sociais, nem apenas por serem verbas trabalhistas, mas também pelos magistrados estarem mais perto da Sociedade, terem maior proximidade com as classes.

4 ANÁLISE DAS SÚMULAS 331 E 363 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Como vem sendo dito, o papel do Judiciário, e aqui por se tratar da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho deve agir de forma a concretizar os direitos sociais trabalhistas, não só pela importância de tais direitos no ordenamento jurídico, mais também por serem direitos básicos inerentes a todo ser humano. É relevante destacar o entendimento do TST:

O efetivo acesso à justiça não se assegura apenas com a previsão de direitos, mas com as garantias de seu respeito, com sua efetivação, e cabe ao judiciário, em última instância, caso as próprias partes não cheguem a um denominador comum, realizar os direitos previstos na Constituição, seja através da subsunção de dispositivos expressos, seja por meio de comandos normativos principiológicos, como decorrência do ativismo judicial na realização dos direitos, especialmente os direitos fundamentais (PROCESSO Nº TST-ARR-39700-34.2008.5.19.0006).

É indispensável que os magistrados se aproximem da Sociedade, de forma a se inteirar dos seus anseios, das suas necessidades. Ainda hoje, para muitas pessoas, para determinados

grupos sociais a Justiça é algo distante, diante do formalismo, dos custos dispendiosos, da morosidade. Diante de tais fatos é irrefutável que a Justiça, principalmente a Trabalhista se aproxime e se una com os cidadãos. Dallari (2008, p.147) leciona que:

uma exigência básica,relativamente à democratização, é a mudança no relacionamento do Judiciário com o povo, sob vários aspectos. Antes de tudo, é indispensável que os juízes, de todos os níveis, percebam que eles existem em função do povo, que é quem lhes dá legitimação para proferirem julgamentos e cujos interesses devem merecer permanentemente respeito e atenção.

Diante da importância dos direitos trabalhistas torna-se relevante que os magistrados que atuam na Justiça do Trabalho não se limitem ao ativismo judicial (interpretar de acordo com as normas e princípios constitucionais), deve-se ir mais além, e defronte a uma omissão legislativa, se for adequando e necessário atuar de forma positiva, de forma a regulamentar a solidificar os direitos que tem por incumbência proteger, resguardar. Leite (2010, p.138 e 139) disciplina que:

No sentido integral, acesso à justiça significa também acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos de composição de conflitos, pois o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. Trata-se de participação de todos na gestão do bem comum por meio do processo, criando o chamado “paradigma da cidadania responsável. Responsável pela sua história, a do país, a da coletividade. Nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo instituinte de tomar a palavra, e ser escutado. É necessário, portanto, que também a jurisdição seja pensada com vários escopos, possibilitando o surgir do processo como instrumento de realização do poder que tem vários fins.

Como se pode desprender do que foi acima citado, é papel do Judiciário como forma de garantir não só o acesso à justiça plena, mas primordialmente também a Cidadania efetiva, os magistrados devem se valer da proximidade com a popula-

ção para entender, compreender os seus anseios e formar um Poder Judiciário justo, equitativo, organizado e próximo daqueles que buscam o seu socorro. A grande maioria dos que batem a porta do Judiciário possuem uma situação complicada, uma vida difícil e precisam que aquele litígio seja resolvido o mais depressa possível, porém celeridade não é tudo, é de salutar importância decidir de maneira centrada, equilibrada, é necessário balizar os pontos e decidir não em favor do mais rico ou de quem tem mais “poder”, mas sim se colocar na situação de quem recorre ao magistrado, de decidir como povo e para o povo, pois o juiz mesmo investido no cargo não deixa de ser povo.

Após as notas introdutórias, passar-se-á a analisar nesse capítulo as Súmulas 331 e 363 do Tribunal Superior do Trabalho.

A súmula 331 possuía a seguinte redação:

TST Enunciado n° 331 - Revisão da Súmula n° 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994 - Alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n° 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado n° 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n° 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive

quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

A atual redação da Súmula em comento, alterada em 2011 é a seguinte:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de

serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Antes de analisar a súmula diretamente, é relevante comentar que a súmula 331 do TST aborda o tema da terceirização, ou seja, se trata de uma flexibilização do contrato de trabalho, uma vez que, não exige subordinação direta nem pessoalidade e além do mais é uma ficção jurídica, ao passo que é disciplinada pela súmula em comento. Tendo em vista a globalização, foi necessário que as empresas fossem permitidas a terceirizar, contratar certos funcionários para atividade-meio e atendidos certos requisitos como forma de tornar a contratação de funcionários menos burocrática e mais barata.

A Constituição Federal no artigo 37, II afirma:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Como se pode ver, o vínculo com a Administração Pública só se consolida com a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, tal vínculo, porém poderá ser dirimido se a Administração Pública incorrer em falta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, vindo a Administração Pública a responder subsidiariamente com o tomador do serviço desde que figure na relação processual e conste no título executivo judicial.

Agora passa-se a analisar o ativismo judicial na súmula 331 do TST.

Na verdade, pelo conceito de ativismo judicial e judicía-

lização da política, sabe-se tratar de judicialização da política, uma vez que, o TST age, atua na omissão legislativa para regulamentar, para suprir uma atitude do legislador e possibilitar a efetivação de uma conduta trabalhista, de forma a garantir segurança jurídica as relações de trabalho e promoção dos direitos sociais. De forma que:

O simples e frágil argumento do recorrente de que inexistente lei impondo sua responsabilidade como tomador de serviço não prevalece, pois muito mais do que simples leis ordinárias asseguradoras dos direitos dos trabalhadores, a própria constituição serve de sustentáculo às garantias mínimas e quem deve por elas responder são todos aqueles que, de uma forma ou de outra, beneficiaram-se do labor prestado, sob pena de enriquecimento sem causa.

Esse contexto principiológico, deitando raízes em direitos fundamentais dos cidadãos e do trabalhador, justifica e ratifica a verdade, segundo a qual, na seara trabalhista vigora o princípio tuitivo, de onde se extrai outros, dele corolários, como o da condição mais benéfica, da interpretação mais benéfica e, com especial destaque, para o princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador.

Nesse sentido, em conformidade com o disposto no art. 8º da CLT, o operador do direito, diante das lacunas verificadas no texto celetista, deverá buscar a solução para o caso concreto não só na legislação civil correlata, como na jurisprudência, na analogia, na equidade e em outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho. Este dispositivo deixa claro que não é o simples fato de inexistir norma expressa na CLT que impedirá o empregado de usufruir um direito que é seu. O efetivo acesso à justiça não se assegura apenas com a previsão de direitos, mas com as garantias de seu respeito, com sua efetivação, e cabe ao judiciário, em última instância, caso as próprias partes não cheguem a um denominador comum, realizar os direitos previstos na Constituição, seja através da subsunção de dispositivos expresso, seja por meio de comandos normativos principiológicos, como decorrência do ativismo judicial na realização dos direitos, especialmente os direitos fundamentais.

A hermenêutica deve, contudo, observar principalmente o interesse geral, público e coletivo, sempre de modo a po-

tencializar a validade e eficácia dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.(*PROCESSO Nº TST-AIRR-1402-96.2010.5.19.0007*).

A súmula em comento se trata de uma judicialização da política, pois por mais que exista a Lei 6.019 de 3 de janeiro de 1974 disciplinando o trabalho temporário, a súmula vai além, regulamentando situações não abrangidas na Lei, principalmente no que se refere ao vínculo de terceirização com a Administração Pública. O legislador tendo sido omissivo e a Justiça como instrumento social que é tem como dever, como competência se esforçar para buscar seu objetivo principal: o bem estar social, se aproximar das necessidades sociais e promover os direitos sociais.

Tendo analisado a súmula 331 do TST, passa-se a analisar a súmula 363 do TST.

A súmula 363 do TST afirma que:

Súmula nº 363 do TST

CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Como se pode ver, a súmula em comento apesar de mais ampla, abrange também os casos da súmula 331, devido ao fato de que em caso de terceirização existindo vínculo com a Administração Pública, por ser caso de contratação sem concurso público, só dará direito ao salário e ao FGTS.

As primeiras discussões que posteriormente veio a originar a súmula sob análise ocorreram com a promulgação da Constituição de 1988, muitas pessoas buscaram o Judiciário com o intuito de questionar se a exigência de concurso público era uma regra a ser aplicada, ou se apenas uma norma pragmática. O entendimento dos magistrados como se sabe, foi pela

aplicação do concurso público, sendo o certame público nulo enseja o recebimento do salário *stricto sensu*, como forma de impedir o enriquecimento sem causa da Administração Pública e que o servidor trabalhe em condições análogas a de escravo.

Na década de 90 em grau de recurso chegaram aos Tribunais Regionais do Trabalho ações movidas em face da exigência do concurso público, posteriormente no Tribunal Superior do Trabalho foi ratificado o entendimento da indispensabilidade do concurso público, o que culminou com a edição da súmula em comento no ano 2000.

A grande celeuma da súmula 363 do TST, é que se esquece de vários princípios trabalhistas (proteção, primazia da realidade irrenunciabilidade de direitos), visto que, não dá ensejo ao pagamento ao servidor em caso de contratação sem concurso ou por concurso nulo o pagamento de verbas trabalhistas, como 13º salário, férias, dentre outros. Trata-se a Administração Pública como o hipossuficiente na história, sendo que a Administração muitas vezes está em situação melhor que muitas empresas.

Como se pode ver, o concurso público é de importância inestimável, porém no caso hipotético do servidor ingresso na Administração Pública por concurso público, mas descobre-se após muitos anos que tal certame é nulo, não é justo e não condiz com a realidade e com os princípios que norteiam o direito do trabalho e a justiça social que se receba apenas o saldo de salário e FGTS. Diante de tal situação afirma-se:

A CLT, em toda sua extensão foi elaborada para proteger o trabalho, e por sequencia em sua maioria o emprego e o trabalhador, soma aqui os termos do art. 7º da CF, ferido seus princípios e “*contra legem, contradictio in terminis*”, resta ao trabalhador o caminho jurídico onde o Estado /juiz é seu apanágio, ai começa um dos maiores entraves, a demanda trabalhista. A lesão ao trabalho se constitui em afronta à segurança jurídica e a boa-fé do trabalhador, que busca o emprego como forma de ter a garantia do sustento familiar, e daí que lesionado a família, estende ao Estado/juiz a representação

por competência, o julgamento da matéria, levando em conta dois princípios basilares, o de que não se pode devolver ao trabalhador o serviço que ele prestou e sequer deixar de remunerá-lo por tal, eis que é o único meio e forma de honrar o contrato laboral. Vale lembrar que a Constituição Federal garante, no inciso XXXV do artigo 5º, o amplo acesso ao judiciário, mas, em contrapartida, outro inciso do mesmo artigo 5º, que vem logo em seguida, o XXXVI, limita esse amplo acesso. Ou seja, nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, mas o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, uma vez presentes, tornam imutáveis situações previstas em lei, decisões judiciais, que, talvez até não cobertas com o manto da legalidade quando de sua efetivação.²⁰

O Judiciário ao agir criando essa regra, para suprir uma omissão legislativa, aqui se trata de uma judicialização da política na qual os magistrados esqueceram-se do real propósito e da realidade social. Não se discute a relevância do concurso público, pois pelo princípio da moralidade, publicidade, impessoalidade é de suma importância à realização de concurso público, mas no caso do exemplo acima citado, os juízes teriam se aproximado mais dos direitos sociais e do bem estar social se agissem com mais parcimônia, se buscassem mais o contexto social, se não atuassem tanto pró- Administração. É indispensável aludir que:

Diante da possibilidade de dispersão jurídica, como foi demonstrado, fica claro que uma atitude pró-ativa do Legislativo e do Judiciário seria bem-vinda em qualquer sociedade democrática, sendo de extrema importância a cooperação em conjunto destes órgãos visando “o bem comum” e não interesses políticos individuais ou determinados, o que vem sendo observado em alguns aspectos, corroborando com o Executivo na consecução dos objetivos constitucionais determinados pelo poder originário.

Subsume-se deste trabalho que, no caso de não alcance deste sistema de cooperação, é possível que, o Judiciário, mais precisamente em nosso caso, da Justiça do Trabalho,

²⁰ <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42439&seo=1>>

atue de forma ativa/preventiva, através dos instrumentos constitucionais postos à sua disposição, suprindo/cooperando de forma decisiva para a delimitação/apontamento de necessidades/demandas legislativas, a fim de cooperar para que as lacunas, na aplicabilidade completa dos Princípios Constitucionais, sejam coibidas e, desta maneira, possam atingir uma maior parcela da sociedade, como é próprio dos regimes democráticos.²¹

Tanto o ativismo judicial, como a judicialização da política são instrumentos irrefutáveis, na promoção dos direitos básicos e indispensáveis na consolidação dos direitos trabalhistas, é nessa seara que os magistrados devem atuar, enxergar a realidade o contexto social que vivem. É papel da Justiça, principalmente da Justiça Trabalhista excretar qualquer tipo de barreira ao acesso á justiça (morosidade, formalismo exagerado, custas, dentre outros) e a efetivação de direitos, uma vez que, a Justiça do Trabalho lida com direitos que são na grande maioria verbas alimentares, é com tal parcela que se deriva todos os outros e é papel dessa Justiça garantir tais direitos e por lidar com a classe trabalhadora, está mais atenta aos reais propósitos as verdadeiras aspirações da Sociedade.

Por fim, conclui-se que as súmulas aqui comentadas são apenas alguns dos muitos exemplos de atuação dos magistrados no intuito de promover os direitos sociais e se aproximar da sociedade, da real necessidade de se unir aos cidadãos, a classe trabalhadora como forma não só de consolidar direitos, mas de dá segurança jurídica as relações trabalhistas, de dá a importância devida aos direitos sociais trabalhistas e acima de tudo garantir o bem estar social, de atender as necessidades da Sociedade.

5 CONCLUSÃO

A análise histórica da cidadania, a despeito de sucinta,

²¹<<http://jus.com.br/revista/texto/23951>>

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 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, torna-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, consagrassem 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 argüidos 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, frustra uma das promessas mais caras da Modernidade ao homem.



REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *A Política*. Trad.: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret: 2001.
- 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, p. 92 a 111, 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 23.02.2012.
- BÍBLIA SAGRADA. *Gêneses*, 18:25. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1991a.
- BÍBLIA SAGRADA. *Salmo*, 9: 8 e 9. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1991b.
- BÍBLIA SAGRADA. *Mateus*, 5: 6. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1991c.
- BÍBLIA SAGRADA. *Mateus*, 6: 33. Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1991d.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ed. 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. Disponível em: <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/cidadania/cidadaniahistoriadallari.html>>. Acesso em: 24 ago. 2009.
- DARLAN, Siro. Dois modelos de facilitação do acesso à justiça. *Leis & letras: direito e informação*. Fortaleza. . v.2, n. 12, p. 36-37, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. A Construção da cidadania. *OABSP*, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/88/>. Acesso em: 23 ago. 2009.
- ESTEVES, João Luiz M. *Direitos sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.
- GARAPON, Antoine. *O Juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad.: Maria Luíza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.168.

- GOMES, Ludimila Hoffmann. A efetivação do direito fundamental social do trabalho. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8579>. Acesso em 23/02/2012.
- 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*. Trad.: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 519.
- 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: 15 ago. 2009.
- MASSARELLI JÚNIOR, José Carlos. A terceirização: uma forma de enfraquecimento das leis trabalhistas pela dispersão. *Jus Navigandi*, Teresina, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23951>>. Acesso em: 28 abr. 2013.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Juspodvm, 2008.
- MENDONÇA, Jacy de Souza. O Homem e o direito. *Valor Justiça*, [S.l.], 2006. Disponível em: <<http://www.valorjustica.com.br/artigo15.htm>>. Acesso

- em; 31 ago. 2009.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristiana Mura-chco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NALINI, José Renato. *Novas perspectivas no acesso a justiça. CJP*, Brasília. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm>>. Acesso em: 11 set 2009.
- 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: 11 set. 2009.
- PEDROSO, Rodrigo. *Igualdade, Democracia e Cristianismo. RCCTO*, [S.l.]. Disponível em: <<http://www.rccto.org.br/artigos.php?id=55>>. Acesso em: 11 set. 2009.
- PERRY, Marvin. *Civilização Ocidental: uma história concisa*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- PINHO, Roberto Monteiro. O Estado - juiz e a forte lesão ao trabalhador. Site: Conteudo Jurídico, Brasília-DF, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42439&seo=1>>. Acesso em: 22 abr. 2013.
- PINSKY, Jaime. História da cidadania. *Espaço Acadêmico*, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/023/23res_pinsky.htm>. Acesso em: 31 de ago. 2009.
- PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- ROZICKI, Cristiane. *Cidadania: reflexo da participação política. Espaço Acadêmico*, [S.l.], 2001. Disponível em:

<http://www.espacoacademico.com.br/003/03col_cris.htm>. Acesso em: 31 ago. 2009.

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: 24 ago. 2009.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 33^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

VIANA, Karoline. Justiça, para quem precisa. *Leis & Letras: direito e informação*, Fortaleza, v. 2, n.12, p. 16 a 21, 2008.