
**A FUNDAMENTALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL PARA O
COMBATE AO *DUMPING* SOCIAL E A EFICÁCIA PLENA DOS
DIREITOS HUMANOS SOCIOLABORAIS**

***THE BASIS OF JUDICIAL ACTIVISM FOR FIGHTING SOCIAL
DUMPING AND FULL EFFECTIVENESS OF SOCIAL AND HUMAN
RIGHTS***

MARCOS AUGUSTO MALISKA

Pós-doutor pelo Instituto Max Planck de Direito Público de Heidelberg, Alemanha. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFPR. (Doutorado Sandwich) na Ludwig Maximilians Universität, em Munique, Alemanha. Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniBrasil Centro Universitário. É professor visitante permanente na Faculdade de Direito de Francisco Beltrão - Cesul. Procurador Federal.

LINCOLN ZUB DUTRA

Pós doutorando em Direitos Humanos, Direitos Sociais e Direitos Difusos pela Universidade de Salamanca/ESPANHA. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Professor pela Universidade Católica de Santa Catarina. Coordenador da pós-graduação em Direito do Trabalho da Universidade Católica de Santa Catarina.

RESUMO

Objetivo: Analisar a legalidade, abrangência, limites, legitimidade e fundamentalidade do ativismo judicial tanto quanto no dumping social, à medida que para eficácia plena dos direitos fundamentais, ou seja, tanto na esfera vertical como horizontal, são necessários esforços sem medida.



Metodologia: Se utiliza do método hipotético dedutivo, da revisão bibliográfica, do direito comparado e da análise econômica constitucional do direito do trabalho.

Resultados: Demonstra-se a relevância do ativismo judicial como instrumento transformador do Estado Democrático e Social de Direito, tanto quanto como meio de refutação da prática de *dumping* social.

Contribuições: A fundamentalidade do ativismo judicial para o combate ao *dumping* social, vez que inevitavelmente ante a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, tanto quanto a necessidade de conceder a concretização dos direitos e garantias constitucionais, impõe-se ao Poder Judiciário atender a totalidade dos anseios e transformações sociais, especialmente na perspectiva do Estado Democrático e Social de Direito.

Palavras chaves: Ativismo Judicial. Estado Democrático e Social de Direito. *Dumping* Social. Direito Fundamental ao Trabalho. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

Objective: *Analyzing the legality, scope, limits, legitimacy and fundamentality of judicial activism as well as social dumping, as for the full effectiveness of fundamental rights, that is, both in the vertical and horizontal spheres, unlimited efforts are necessary.*

Methodology: *It uses the hypothetical deductive method, bibliographic review, comparative law and constitutional economic analysis of labor law.*

Results: *It demonstrates the relevance of judicial activism as a transforming instrument of the Democratic and Social State of Law, as well as a means of refuting the practice of social dumping.*

Contributions: *The fundamentality of judicial activism to combat social dumping, since inevitably, faced with the inertia of the Executive and Legislative Powers, as well as the need to grant the realization of constitutional rights and guarantees, it is imperative that the Judiciary meet all the aspirations and social transformations, especially in the perspective of the Democratic and Social Rule of Law.*

Keywords: *Judicial Activism. Democratic and Social State of Law. Social Dumping. Fundamental Labor Right. Fundamental Rights.*



1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial tanto quanto o *dumping* social indubitavelmente são fenômenos que a cada dia mais ganham enfoque dada suas inquestionáveis relevâncias e incidências em nossos dias. Enquanto o primeiro passou a ser concebido já no início do século XX nos Estados Unidos, vindo a ser recepcionado pela doutrina brasileira de maneira mais abrangente após a Constituição de 1988, haja vista a imensurável ampliação e criação de novos direitos, o segundo, de origem estrangeira, passou a ser observado, ainda que de maneira primitiva, a partir do fenômeno intitulado constitucionalismo social, ou seja, da percepção pelos Estados da importância dos direitos sociais e, por conseguinte, na introdução em seus textos constitucionais, tanto quanto com a propagação dos direitos denominados humanos no pós guerras, os quais, juntamente com a crescente expansão do mercado e globalização, viabilizaram um aumento no viés humanístico da exploração do trabalho humano.

Todavia, tanto o ativismo judicial como o *dumping* social possuem pontos de convergência, especialmente no que diz respeito a quantidade de adeptos e contrários, tanto quanto pelo fato de carecerem de uma interpretação mais objetiva dos direitos e garantias previstos constitucionalmente, viabilizando assim o rompimento com a inércia e ineficácia plena de tais mandamentos.

De maneira recorrente o ativismo judicial vem sendo confundido ou comparado com a judicialização da política, sob o pálio de que ambas culminariam na intervenção do judiciário na seara política ante a uma conduta proativa dos magistrados e, especialmente pela Corte Constitucional.

Entretanto, a distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política se dá pelo fato de que enquanto o ativismo judicial anseia extrair ao máximo o potencial da Constituição sem, contudo, invadir o palco da criação do direito, a judicialização, por sua vez, impõe a transferência de decisão dos poderes Executivo e Legislativo para o poder Judiciário o qual passa, normalmente, dentre temas polêmicos e controversos, a estabelecer normas de condutas a serem seguidas pelos demais poderes.



O *dumping* social por sua vez pode ser concebido como a prática reiterada e inescusável de direitos trabalhistas a fim de obter vantagem econômica ou concorrencial e, como consequência, repercutir tanto em prejuízos coletivos como individuais. Sendo assim, deve ser inibido para garantir a efetivação de direitos consagrados à partir da concepção do Estado Social e Democrático de Direito, devendo asfixiar o que se sintetiza em uma busca predatória por lucros explorando pessoas em condições vulneráveis, prejudicando a dignidade do ser humano.

No entanto, os pontos inquietantes da presente pesquisa não residem em dados históricos ou conceituais, mas sim na legalidade, abrangência, limites, legitimidade e fundamentalidade de ambos os institutos, à medida que para eficácia plena dos direitos fundamentais, ou seja, tanto na esfera vertical entre o Estado e particulares, como na esfera horizontal entre os particulares, são necessários esforços sem medida, especialmente em uma sociedade que se encontra em constante transformação.

Desse modo, infere-se que o Poder Judiciário se encontra em uma encruzilhada, qual seja, assegurar os direitos previstos constitucionalmente e lhes conceder a devida efetividade ou abster-se ao padrão clássico liberal, mesmo diante de tantos anseios da sociedade e dos jurisdicionados.

Ademais, olvidar não se deve que subsiste ausência de sincronismo ou diálogo entre tais anseios e os poderes Legislativo e Executivo no Brasil, especialmente quanto a políticas públicas ou instrumentos que permitam a eficácia plena de direitos fundamentais, razão pela qual invariavelmente se espera do Judiciário tal postura, ainda que maneira ativista.

Tal como veremos no presente trabalho, o próprio *dumping* social é exemplo deste descompasso entre Legislativo e Executivo em detrimento dos anseios sociais, motivo pelo qual o ativismo judicial pode se demonstrar como fundamental para o combate desta prática.

Desse modo, através do método hipotético dedutivo, da revisão bibliográfica, do direito comparado e da análise econômica constitucional do direito do trabalho buscar-se-á analisar se o ativismo judicial poderia ser o instrumento próprio para se alcançar eficácia plena quanto ao combate do *dumping* social.



2 O DUMPING SOCIAL COMO OFENSA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O termo “*dumping*” tem origem inglesa e deriva do vocábulo “*dump*”¹ que, quando traduzido, conforme definição do dicionário *Cambridge*², significa: “*jogar fora*”, “*despejar*”. Isto é, traduz-se na ação de desfazer-se de algo.

Aplicado precipuamente na seara comercial, o *dumping* consiste em operações desleais de empresas que objetivam aniquilar a concorrência com o intuito de ganhar mais espaço no mercado externo e, para alcançar essa ampliação de mercado, comercializam seus produtos a um preço extremamente baixo, muitas vezes inferior ao custo de produção (FROTA,2013).

A prática do *dumping* é antiga, havendo relatos de meados do século XIX. Essa prática, inicialmente estava intimamente ligada ao mercado, passaram então a impor sanções pecuniárias a estas práticas, com caráter protecionista ao mercado interno de produtos exportados à modo que pudessem enfraquecer os produtores locais e assim garantir hegemonia de determinado produto.

Quando o *dumping* está atrelado diretamente ao rebaixamento das bases e garantias sociais que levam à desconsideração dos custos necessários para efetivação dos direitos trabalhistas e previdenciários, será então denominado *dumping social* (SOUTO MAIOR,2014).³ Tal prática extingue garantias fundamentais dos trabalhadores, submetendo-os, muitas vezes, a condições desumanas, tudo isso pautado na busca pela expansão comercial.

O *dumping social* pode ser compreendido ainda como a redução dos custos obtidos por empresas na fabricação de seus produtos mediante a não observação

¹ Significado de Dumping. Significados. Disponível em: <https://www.significados.com.br/dumping/>. Acesso em 27 de jun. 2019.

² Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/dump>>. Acesso em 27 de jun. 2019.

³ Nesse diapasão, impende salientar que a prática do *dumping social* enseja “lesão não apenas individual, mas, sobretudo, coletiva, pois o desrespeito ao cumprimento das verbas trabalhistas enseja prejuízo à concorrência capitalista – já que o empregador que não cumpre obrigações laborais ganha na baixa de custo de produção e consegue um produto final mais barato – e às próprias normas-base de construção das relações sociais –, já que estas são construídas a partir do primado ético-solidarista do respeito à dignidade humana”. JÚNIOR, Fernando Lobato. PINTO, Cleidiane Martins. O combate ao *dumping social* no Judiciário trabalhista brasileiro. *In: Amazônia em Foco*. Castanhal, v. 2, n. 3, p. 44-64, jul./dez. 2013, p. 47 e 48. Disponível em: <<http://revista.fcat.edu.br/index.php/path/article/view/102>>. Acesso em 28 jun. 2019.



do bem-estar social (TRIERWEILER, 2009) ou então como prática reincidente e reiterada, de descumprimento de preceitos trabalhistas, utilizada como forma de majorar os lucros e de vencer a concorrência, de forma desleal, motivo pelo qual geram grave desequilíbrio no mercado, para os trabalhadores e para toda a sociedade no geral (SOUTO MAIOR, 2012).

Sendo assim, infere-se que o *dumping* social se encontra dentro do conjunto de situações que acarretam dano social, dano este representado pela concorrência desleal que se pratica às custas dos direitos trabalhistas e da dignidade⁴ do trabalhador (SOUTO MAIOR, 2014).

Ademais, o conceito de *dumping* social é melhor elucidado quando observado adjacente ao fenômeno da globalização. Isso porque, tal fenômeno, aliado aos efeitos da Revolução Industrial e contíguo ao capitalismo e ao neoliberalismo, remodelou substancialmente as relações sociais, rompendo barreiras entre países e dando margem a um mercado livre e cada vez mais concorrente.

Nesse seguimento, a globalização deve ser entendida não somente como um conjunto de fatores determinantes das modificações dos padrões sociais, mas, principalmente, como modificadora dos padrões de produção, sendo responsável inclusive pela criação de uma nova divisão internacional do trabalho (ROMITA, 1997).

Assim sendo, evidencia-se a colaboração da globalização para o surgimento do *dumping* social, à medida em que a livre concorrência e a ruptura das barreiras comerciais, entre outros efeitos, fizeram com que empregadores migrassem suas indústrias para países emergentes, aonde os custos com mão de obra são demasiadamente reduzidos, bem como os direitos trabalhistas. Dessa forma, também se contribuiu para a flexibilização das normas laborais e para a criação de postos informais de trabalho.

Nesse cenário, a dinâmica da informalidade fez com que o setor produtivo procurasse se reestruturar, intensificando e descentralizando a mão de obra, visando

⁴ Neste sentido, cumpre salientar que a dignidade corresponderia a própria justificação dos fins do Estado Democrático contemporâneo, ou sejam o ponto chegada seria o desenvolvimento da personalidade, que necessariamente compreenderia a felicidade como determinante essencial da atuação do Estado. GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento. In: **Revista Digital de Direito Administrativo**. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – São Paulo, vol. 5, n. 1, p. 99-141, 2018, p. 106. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdda/article/download/136849/137642>. Acesso em 28 jun. 2019.



ganhar espaço no mercado e garantir vantagens em relação às demais multinacionais (CHAPPER,2011). Isto é, buscando alcançar um capital exacerbado em detrimento das garantias trabalhistas, gerando alarmante precarização das condições de trabalho.

Ante esta precarização das relações trabalhistas, percebe-se a importância de conscientização da dignidade do homem, consagrado como princípio norteador de toda a orbita jurídica.⁵

Assim, denota-se que o trabalho é fundamental⁶ na vida de todos os cidadãos, pois através dele tem-se a construção da identidade, da saúde, da formação de relações de solidariedade, assim como a participação efetiva na sociedade (WANDELLI,2012).

Entretanto, cumpre salientar que em que pese a problemática econômica causada pela concorrência desleal no *dumping* social, o maior perigo reside na supressão das garantias trabalhistas. Isso porque, uma vez desrespeitados os direitos laborais, os empresários não só atingem a esfera patrimonial dos empregados, mas, principalmente, a esfera pessoal, comprometendo, conseqüentemente, a ordem social como um todo.

Diante disso, no que tange ao combate ao *dumping* social em nível global, vislumbra-se relevante a implementação de uma cláusula social⁷ que torne mais

⁵ Sobre o tema Hannah Arendt esclarece que “O trabalho é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana, existência esta não necessariamente contida no eterno ciclo vital da espécie, e cuja mortalidade não é compensada por este último. O trabalho produz um mundo (artificial) de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural. Dentro de suas fronteiras habita cada vida individual, embora esse mundo se destine a sobreviver e a transcender todas as vidas individuais. A condição humana do trabalho é a mundanidade”⁵. [...] E ainda que “os homens podem perfeitamente viver sem trabalhar, obrigando a outros a trabalhar para eles; e podem muito bem decidir simplesmente usar e fruir do mundo das coisas sem lhe acrescentar um só objeto útil; a vida de um explorador ou senhor de escravos ou a vida de um parasita pode ser injusta, mas nem por isto deixa de ser humana. Por outro lado, a vida sem discurso e sem ação – único modo de vida em que há sincera renúncia de toda vaidade e aparência na acepção bíblica da palavra – está literalmente morta para o mundo; deixa de ser uma vida humana, uma vez que já não é vivida entre os homens”. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed., 8. reimp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 188-189.

⁶ O trabalho pode ser compreendido como condição objetiva e subjetiva do próprio ser humano, podendo, inclusive, ser entendido como a força motriz da civilização. ROCHA, Cláudio Jannotti da. O constitucionalismo, a democracia e os direitos fundamentais trabalhistas. *In: Revistas Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 57-84, 2012, p. 76. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9873>>. Acesso em 28 de jun. 2019.

⁷ A Cláusula social pode ser compreendida como a inclusão de normas que instituem um padrão laboral mínimo que deve ser respeitado por todas as empresas, ou seja, normas estabelecidas com o



brandos os efeitos gerados pela competitividade exacerbada do sistema capitalista, estabelecendo padrões mínimos que sejam compatíveis com a dignidade humana do trabalhador.

Todavia, países em desenvolvimento alegam que a inserção de padrões trabalhistas mínimos sustentados e defendido pelos países desenvolvidos é apenas uma forma protecionista do mercado interno, ocultado através de um discurso humanista, pois após o advento da globalização passou a ser cada vez mais comum o deslocamento de empresas, não sendo mais limitadas a fronteiras. Portanto a inserção de padrões trabalhistas mínimos seria apenas para que as empresas não migrem para polos industriais em países emergentes, sofrendo assim, com as consequências do deslocamento.

De outro lado, países desenvolvidos se sustentam pela defesa de padrões trabalhistas mínimos para a efetivação dos direitos fundamentais inerentes à todos os homens, no caso, em especial aos direitos de segunda geração, dentre eles, direito ao trabalho e assistência social, efetivando assim o princípio norteador das constituições atuais: a dignidade da pessoa humana, para que o homem se realize como um fim em si mesmo.

Não obstante, apesar de muitos asseverarem o interesse meramente protecionista, a maior importância do combate ao *dumping* social por meio da implementação da cláusula social em âmbito internacional está em proteger os direitos humanos.

A partir de 1945, pós Segunda Guerra Mundial, a criação de um sistema internacional de tutela de Direitos Humanos – Organização das Nações Unidas (ONU) – estabeleceu com mais clareza o reconhecimento do valor da pessoa humana.

Os próprios Estados Sociais e Democráticos, permeados pelo fenômeno do constitucionalismo social que teve início em 1917, com o pós guerras presenciaram o surgimento de uma teoria de direitos fundamentais que transcende a compreensão

intuito de impedir que trabalhadores sejam prejudicados em razão da supressão de direitos fundamentais. PRATES, Terezinha Matilde Licks. Não intervenção do estado nas relações de trabalho: cláusula social nos tratados internacionais. *In: Revista TST*. Brasília: v.66, n. 4, out/dez 2000, p. 223 e 224.



de um direito subjetivo para uma noção objetiva de valores, ou seja, os direitos fundamentais passaram a ser elementos basilares do Estado (GABARDO,2018)

Da mesma forma, no âmbito dos direitos econômicos e sociais, inúmeras convenções julgaram expressamente essencial para a instalação da plena dignidade humana a observância dos preceitos instituídos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948.

Contudo, dentre essas convenções, cumpre destacar a propositura de um acordo essencialmente antiprotecionista (MESQUITA,2013) e que se releva de suma importância quando do estudo do *dumping* social, o Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio, conhecido pela sigla GATT, originário do inglês: *General Agreement on Tariffs and Trades*.⁸

Tendo como principal objetivo desfazer as barreiras alfandegárias que prejudicassem o comércio entre as nações membro e almejando a liberalização das transações comerciais, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio foi estabelecido entre 1947 e 1948, tendo entre os seus 23 signatários o Brasil (ALVES, 2014).

Seu funcionamento se deu por meio de rodadas de negociações, dentre as quais a rodada de Kenedy, ocorrida em Genebra, entre os anos de 1964 e 1967, na qual se originou o Código *Antidumping*.⁹

Ademais, cumpre também destacar a rodada do Uruguai, que teve seu início em 1986 e deu origem ao Acordo de Marraqueche, em 1994. Por meio desse acordo criou-se a Organização Mundial do Comércio (OMC)¹⁰, que herdou os compromissos assumidos anteriormente no GATT, representando uma instituição especializada e autônoma das Nações Unidas (SEITENFUS,1997).

Nessa toada, porém, em que pese o desejo pela expansão da produção e riquezas e a liberalização do comércio, ao longo dos anos, consubstanciou-se verdadeiro vínculo entre os Direitos Humanos e o Comércio Internacional, à medida em que se observou a ligação direta entre as vantagens comerciais e a violação dos direitos trabalhistas em situações de precarização laboral (AMARAL JÚNIOR,1999).

⁸ Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf. Acesso em 29 de jun. 2019.

⁹ Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1887-omc-rodadas-de-negociacoes>. Acesso em 29 de jun. 2019.

¹⁰ Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/805-omc-organizacao-mundial-do-comercio>. Acesso em 29 de jun. 2019.



Afinal, percebeu-se que tratar a desobediência a direitos trabalhistas como mera prática desleal de concorrência comercial levaria à preocupante negligência dos Direitos Humanos.

Frente a tudo isso, conforme já explicitado alhures, reitera-se a importância da instalação da cláusula social, que surge justamente para designar inserção de regras que tenham como escopo a proteção do trabalhador nesse cenário. Em síntese, ela atuaria no sentido de assegurar que trabalhadores não sejam afetados negativamente pela ânsia empresarial de ganhar espaço no mercado (DI SENA JÚNIOR, 2006).

Entretanto, no que tange à competência para a implementação da cláusula social, ainda existe acirrado conflito. A conflagração está em decidir quem possui competência para aplicar tal regulamentação, se a OIT (Organização Internacional do Trabalho) ou a OMC (Organização Mundial do Comércio).

Contudo, apesar dos inúmeros posicionamentos acerca da inclusão de padrões laborais em acordos e tratados implementados pela OIT ou OMC, convém ressaltar que esta possui muito mais força para fazer cumprir suas cláusulas do que aquela.

Isso porque a Organização Mundial do Comércio conta com um Sistema de Solução de Controvérsias, que visa justamente garantir “maior efetividade à aplicação das regras que pautam o sistema multilateral de comércio”¹¹, enquanto a OIT não possui o poder coercitivo necessário para a resolução de conflitos.¹²

Assim sendo, quanto à eficiência e eficácia do poder de fiscalizar e aplicar eventuais cláusulas sociais implementadas em acordos ou tratados, a OMC se demonstra muito mais segura e prudente do que a Organização Internacional do Trabalho, eis que possui enorme vantagem no que tange à aderência institucional.

Todavia, diante da atual conjuntura, o mais pertinente é que as duas organizações reúnam suas forças em um regime multilateral. Uma trabalhando no

¹¹ Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15581-o-sistema-de-solucao-de-controversias-da-omc>>. Acesso em 29 de jun. 2019.

¹² Recommendations of the task force on aid for trade (Recomendações do grupo de trabalho sobre a ajuda ao comércio) Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em 29 de jun. 2019.



sentido de proteger os interesses econômicos internacionais e a outra agindo para que os direitos fundamentais dos trabalhadores não sejam vilipendiados.

Enquanto isso, no Brasil, a falta de previsão legal específica é fundamento para a ausência de punição às empresas que praticam o *dumping* social trabalhista.

Com efeito, diante da ausência de regulamentação, o Poder Judiciário atua penalizando as empresas com indenizações e obrigações de pagar, aplicando, em suma, o previsto nos artigos 186 e 927, do Código Civil, bem como o parágrafo único do artigo 404 do Código Civil, de maneira analógica, os quais, todavia, sustentam, tão somente o caráter meramente ressarcitório da indenização, não abrangendo, por conseguinte, os caracteres punitivo e pedagógico, inerente a *punitive damages*.¹³

Entretanto, no Brasil, conhecido como a “Teoria do Desestímulo”, vislumbre-se que o fundamento binomial da punição e prevenção do *punitive damages* se perdeu quando da adequação desse instituto norte-americano ao Direito brasileiro. Isso porque, diferente do que ocorre nos Estados Unidos, as indenizações aplicadas pelo Poder Judiciário brasileiro são, em sua maioria, quase irrisórias e aplicadas apenas de maneira individual, não surtindo, assim, o esperado efeito desestimulador das condutas ilícitas danosas ao coletivo (CARVALHO,2015), como no caso das práticas de *dumping* social.

Ademais, no que tange à supramencionada questão, oportuno se faz destacar o enunciado nº 4 que foi discutido e aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), bem como pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), em fevereiro de 2007(CARVALHO,2015).

Referido enunciado tem por fundamento legal os artigos 186, 187, 927 e parágrafo único do art. 404, todos do Código Civil, e assevera que o *dumping* social

¹³ O *punitive damages*, originário do Direito norte-americano, pode ser entendido como uma categoria jurídica aplicada mormente no âmbito da responsabilidade civil, que visa especialmente desestimular uma conduta ilícita por meio de fixação de um valor indenizatório maior do que o suficiente para reparar o dano, apresentando, portanto, um caráter punitivo e tornando a conduta danosa desvantajosa do ponto de vista econômico. BONNA, Alexandre Pereira. Requisitos Objetivos e Subjetivos dos *punitive damages*: critérios à aplicação no Direito Brasileiro. In: **Scientia Iuris**. Londrina, mar. 2018. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/30004/23355>>. Acesso em 29 de jun. 2019.



causa danos à sociedade e caracteriza ato ilícito, à medida em que extrapola limites econômicos e sociais, devendo-se, portanto, ser aplicada uma indenização suplementar nesses casos, com o fito de coibir tais práticas danosas.

Entretanto, diante da ausência de uma regulamentação específica aplicada ao *dumping* social no Brasil, foi apresentado em 15 de junho de 2011 o Projeto de Lei nº 1.615/2011 (BRASIL, 2011), de iniciativa do deputado Carlos Bezerra. Dentre os três artigos deste projeto, o art. 2º aduz que a empresa que praticar o *dumping* social estará sujeita ao pagamento de indenização ao trabalhador, à empresa concorrente prejudicada e, ainda, ao pagamento de multa administrativa que será elevada ao dobro em caso de reincidência, a ser agregada ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.¹⁴

Todavia, ainda que haja um Projeto de Lei prevendo a punição do *dumping* social, diante de sua inércia, o que se verifica é a urgência de uma fiscalização mais rigorosa, com o fito de exigir que o poder patronal cumpra as normas trabalhistas e observe as garantias laborais fundamentais do trabalhador. Afinal, o desrespeito deliberado aos preceitos constitucionais trabalhistas transcende a esfera individual, ocasionando dano a toda a coletividade e comprometendo a ordem social e até mesmo a atual ordem econômica.

Neste sentido, demonstra-se indispensável a busca pelo equilíbrio entre o mercado de trabalho e os efeitos gerados pelo fenômeno da globalização, contíguo ao neoliberalismo e ao capitalismo, sem, contudo, que seja deixada de lado a dignidade humana do trabalhador, de tal modo que o desenvolvimento econômico e o social possam ser igualmente preservados.

Sendo assim, o Estado, a fim de resguardar a ordem social e econômica e, principalmente, resguardar os direitos advindos do Estado Social¹⁵ e Democrático¹⁶

¹⁴ Sobre o Fundo de Amparo do Trabalhador – FAT ver: Disponível em: <<http://portalfat.mte.gov.br/codefat/resolucoes-2/resolucoes-por-assunto/geracao-de-emprego-e-renda/linhas-de-creditos-especiais/fat-giro-cooperativo-agropecuário/sobre-o-fat/>>. Acesso em 30 de jun. 2019.

¹⁵ Diante disso, “um modelo de Estado social que garanta direitos fundamentais precisa superar a noção de dignidade rumo à de felicidade, a partir de uma sobreposição e não de abandono, pois não é possível, do ponto de vista jurídico-político, aceitar a ideia de um ser humano indigno, porém feliz”. GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento. *In: Revista Digital de Direito Administrativo*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – São Paulo, vol. 5, n. 1, p. 99-141, 2018, p. 106. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdda/article/download/136849/137642/>. Acesso em 30 jun. 2019.



¹⁷ de Direito, deve se munir de todas¹⁸ as ferramentas a fim de que seja refutada as práticas de *dumping* social, as quais podem ser consubstanciadas, inclusive, no rompimento com o mero caráter ressarcitório e atingimento dos caracteres punitivo e pedagógico (MEDEIROS NETO,2012), até mesmo por meio do ativismo judicial ante a necessária tutela dos direitos e garantias constitucionais ofendidos.

3 O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AO ATUAL ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Distanciando de qualquer tentativa de comparação com o controle difuso de constitucionalidade, intitulado *judicial review*¹⁹, bem como do fenômeno de criação judicial do Direito, encontra-se nos Estados Unidos da América o surgimento do ativismo judicial (TEIXEIRA,2012).

A decisão *Lochner v. New York*²⁰ pode ser concebida como o marco para surgimento deste fenômeno²¹, haja vista que a Suprema Corte americana entendeu

¹⁶ Neste sentido, cumpre salientar que ainda que democracia jamais tenha correspondido a totalidade de seus ideais, Robert Dahl apresenta os critérios de um processo democrático e as razões pela qual ela seria, em sua concepção, a melhor opção de regime para um Estado. O autor apresenta ainda dez vantagens em relação a qualquer alternativa viável, dentre elas: evita a tirania; direitos essenciais; liberdade geral; autodeterminação; autonomia moral; desenvolvimento humano; proteção dos interesses pessoais essenciais; igualdade política; a busca pela paz e; a prosperidade. Ver: DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001, p. 47-74.

¹⁷ Todavia, a democracia para alguns autores não seria o melhor sistema político, motivo pelo qual sua alternativa não seria a ditadura, mas a liberdade. Ver: KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. **Além da democracia**. Tradução de Fernando M. Ferreira. São Paulo: Instituto Ludwig Von Misses, 2013, p. 25-69.

¹⁸ Todas as ferramentas no sentido de que a Constituição Federal de 1988 fez um opção clara, ou seja, não visa apenas garantir a dignidade e liberdade, mas estabelecer um rol de direitos e garantias que, fundamentalmente, visam a felicidade do povo. GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento. *In: Revista Digital de Direito Administrativo*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – São Paulo, vol. 5, n. 1, p. 99-141, 2018, p. 107. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdda/article/download/136849/137642/>. Acesso em 30 jun. 2019.

¹⁹ Nessa toada, cumpre destacar que mesmo o maior poder da Suprema Corte americana, ou seja, o de fazer a revisão judicial de constitucionalidade dos atos de outros Poderes, não se encontra previsto expressamente na Constituição dos EUA. BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2 ed. New Haven: Yale University, 1986, p. 1. *Apud* BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. KOZICKI, Katya. O *judicial review* e o ativismo judicial da Suprema Corte Americana na proteção de direitos fundamentais. *In: Revista Espaço Jurídico*, v. 17, p. 733-751, 2016, p. 735. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/8750>>. Acesso em 01 de jul. 2019.

²⁰ *Lochner v. People of New York*, 198 US 45, 1905.



que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção do devido processo legal (*due process of law*) consagrada pela seção 1 da 14ª Emenda à Constituição dos EUA, o que culminou na reconhecimento de inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, sob o argumento de limitação a liberdade individual de contratação.

Entretanto, foi com o historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria da revista *Fortune* intitulada *The Supreme Court: 1947*, que o termo *judicial activism*, ou seja, ativismo judicial, entrou não apenas no vocabulário jurídico, mas também no político e popular (KMIEC, 2004).

Desse modo, o *judicial review* dos Estados Unidos da América pode ser um dos maiores exemplos de ativismo judicial da história constitucional moderna, vez que ainda que fundando e uma “constituição rígida, porém sintética, e calcado em princípios e valores substantivos abertos, permitiu e permite à jurisdição constitucional a definição material ou substantiva das cláusulas de conteúdo aberto presentes na Constituição” (BARBOZA, 2016).

Entretanto, mesmo no sistema jurídico americano, a atuação proativa do Judiciário, denominada ativismo judicial, não pode ser compreendida como o quanto uma Corte é ocupada, mas como o quanto seus juízes estão dispostos a desenvolver o direito (BARBOZA, 2016).

Já na Alemanha, subsiste a Jurisprudência dos Valores²² que não pode ser considerado como um exemplo de ativismo judicial estadunidense, haja vista que inserido em um contexto social e político distinto. Ela marca o rompimento com o Positivismo Jurídico e o adequamento do direito ao Estado Democrático de Direito, afinal as decisões incapazes de se engradar na moldura interpretativa, que ficam a

²¹ Além de poder ser considerado como um dos primeiros casos de flagrante ativismo judicial, a decisão *Lochner* teve tamanha importância que representou o que veio a ser chamado de “Era *Lochner*” (1897-1937), na qual as intervenções estatais no domínio econômico foram reiteradamente refutadas e declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte americana em detrimento do denominado Liberalismo econômico. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. KOZICKI, Katya. O *judicial review* e o ativismo judicial da Suprema Corte Americana na proteção de direitos fundamentais. In: **Revista Espaço Jurídico**, v. 17, p. 733-751, 2016, p 740. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/8750>>. Acesso em 01 de jul. 2019.

²² Como defensores da Jurisprudência dos Valores, podemos destacar Arthur Kaufmann e Karl Larex. Ver: LAREZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.



cargo dos magistrados na Jurisprudência de Valores, passou a ter limites, não deixando margem para um ato solipcista do juiz, mas estabelecendo as condições em que a decisão seja legítima, ou seja, resultado de um processo interpretativo intersubjetivo (OLIVEIRA, et al. 2010).

Todavia, olvidar não se deve que nem mesmo a Jurisprudência dos Valores se mostra eficiente para evitar o ativismo judicial, haja vista que este pode ser constatado de maneira diferente (OLIVEIRA, et al. 2010), motivo pelo qual se demonstra de grande valia o aprofundamento e compreensão do ativismo judicial, especialmente como meio fundamental para concretização de mandamentos fundamentais.

No Brasil, o ativismo judicial passou a ter papel de destaque com a promulgação da Constituição de 1988 em virtude do extensivo rol de direitos fundamentais, bem como pela atribuição de uma série de prerrogativas aos juízes, os quais, inescusavelmente, passaram a ter uma atuação mais presente e acertiva na sociedade. Isso, por exemplo, é facilmente constatado pela quantidade de casos em que eles tiveram que apreciar e assegurar direitos fundamentais que sequer contavam com expressa regulamentação.

Desse modo, tem-se que o ativismo judicial pode ser concebido como uma forma de interpretação dos mandamentos constitucionais que objetiva uma aplicação direta e por meio da extensão²³ de seu alcance e sentido, cuja a decorrência seria da ineficiência dos demais Poderes, o Executivo e Legislativo, na solução de conflitos entre classes políticas e sociais, dando, por conseguinte, espaço para a atuação do Poder Judiciário (LIMBERGER, 2017).

Entretanto, olvidar não se deve que em que pese o ativismo judicial possa ser reconhecido como abuso do poder judiciário, vez que as decisões ali tomadas não são supervisionadas por outros órgãos e seriam exercidos além de seus limites (GREEN, 2009), por tal fenômeno se compreende uma postura ou escolha do

²³ Neste sentido, cumpre observar a importância que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, irradiada pela Constituição de 1988, passou a ter, especialmente no que diz respeito a direitos sociais, pois a partir dela podem surgir alternativas de cobrança, principalmente contra omissão estatal, quer seja total, quer seja parcial, em grande parte responsável pela falta de efetividade dos direitos sociais. MAIA, Mário Sérgio Falcão. Neoconstitucionalismo e Direitos Sociais. *In: Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 10, n. 3, p. 27-38, nov. 2009/fev. 2010, p. 34. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13176>>. Acesso em 02 de jul. 2019.



juiz que por meio de uma hermenêutica jurídica expansiva, visa concretizar o real valor normativo e anseio constitucional, ante a letargia ou omissão dos poderes Legislativo e Executivo o que, por conseguinte, justificaria-se no princípio da supremacia do interesse público geral.

Dentre as formas ou classificações do ativismo judicial inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se o ativismo contramajoritário que seria aquele onde subsiste a relutância contra às decisões dos poderes diretamente eleitos, o ativismo formal ou jurisdicional onde há a resistência das cortes em aceitar limites legalmente estabelecidos para a sua atuação, o ativismo material ou criativo, que resulta de novos direitos e teorias na doutrina constitucional e, por fim, o ativismo remediador que é caracterizado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas dos outros poderes governamentais ou controlá-los como etapa de um corretivo judicialmente imposto (BORGES,2016).

Todavia, independentemente das formas ou classificações do ativismo judicial, de maneira alguma se pode confundir o ativismo judicial com a judicialização, haja vista que enquanto o ativismo judicial busca conceder o máximo potencial da Constituição sem, contudo, invadir o palco da criação do direito, a judicialização viabiliza a transferência de decisão dos poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário. Assim, enquanto o ativismo judicial se correlaciona a um ato de vontade do órgão judiciante, a judicialização se associa a questões políticas ou sociais e, portanto, não depende desse ato volitivo do Poder Judiciário, haja vista que decorre do próprio desenvolvimento da sociedade e da crise da democracia, que tende a produzir uma quantidade imensurável de regulamentações judiciais e que encontram guarida no judiciário e, especialmente, nas questões que englobam um ato de jurisdição constitucional ((OLIVEIRA,et al.2010).

Desse modo, infere-se que no contexto brasileiro a judicialização seria um fato ou circunstância que decorre do próprio modelo constitucional ao passo que o ativismo judicial seria fruto de uma escolha ou atitude proativa de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, a fim de viabilizar que demandas sociais ou outras normas fundamentais possam ser atendidas de maneira efetiva pelo Poder Judiciário (BARROSO,2012).



Diante disso, pode se dizer que o ativismo tem como objetivo a máxima promoção e prospecção dos direitos fundamentalmente assegurados (PEREIRA,2007), razão pela qual ser apresenta por meio de diferentes formas, dentre elas: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição e; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO,2012).

Ademais, insta destacar que, a referida ascensão política que marcou o surgimento do ativismo judicial, originou-se de fatos históricos importantes para a sua compreensão, oriundos da evolução e organização do Estado no mundo, como a doutrina da separação dos poderes concebida, primeiramente, por Aristóteles²⁴ na antiguidade, por John Locke²⁵ através da construção sistemática de uma teoria da separação dos poderes, com surgimento do Parlamento, em meados do século XVI, que deu uma nova concepção de separação de poderes do Estado²⁶, pela sistematização da separação dos poderes que foi acolhida pelo mundo moderno no

²⁴ A separação de poderes proposta por Aristóteles concebia um Estado composto de três funções: o deliberativo, encarregado de deliberar sobre os negócios do Estado, entregue a uma assembléia, que era dotada de competência para decidir sobre a paz e a guerra, estabelecer ou romper alianças, e ainda, fazer ou revogar leis; o executivo, exercido pelas magistraturas governamentais teria prerrogativas e atribuições a determinar em cada caso; e o judiciário, o que administra a justiça.

²⁵ Em sua concepção de separação dos poderes, Locke considerava o legislativo como o poder supremo, ao qual os outros dois poderes estariam subordinados, estando o legislativo submetido apenas ao poder do povo. O poder executivo e o poder federativo, entretanto, seriam exercidos pela mesma pessoa. O que se buscava com esse método seria, essencialmente, a separação entre legislativo e executivo.

²⁶ Neste diapasão, “dentre os reinos bem governados e bem organizados de nossos tempos, conta-se a França, onde se encontram inúmeras instituições boas, das quais depende a liberdade e a segurança do rei. A principal delas é o parlamento e sua autoridade, pois quem organizou aquele reino, conhecendo as ambições e a insolência dos poderosos, e julgando necessário pôr-lhes um freio para corrigi-los e, por outro lado, conhecendo o ódio da população contra os grandes devido ao medo que esses lhe inspiravam, e pretendendo protegê-la, não quis que essa preocupação específica recaísse sobre o rei, a fim de poupá-lo de ser acusado pelos grandes de proteger o povo e de ser acusado pelo povo de favorecer os grandes. Por isso, instituiu um terceiro juiz com a função de controlar os grandes e favorecer os pequenos sem comprometer o rei. Não poderia esta instituição ser melhor nem mais prudente, sendo ela a maior razão da segurança do rei e do reino. Daí se pode extrair uma outra observação: a de que os príncipes devem fazer os outros aplicarem as punições e eles próprios concederem as graças”. MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo. Martins Fontes Editora, 2004, p. 90.



século XVIII²⁷, e pelo sistema de freios e contrapesos que aparece como forma de robustecimento do constitucionalismo, frente à rigidez da separação dos poderes pregada por diversos filósofos e cientistas políticos.

Como corolário, necessário se faz uma releitura do conceito de separação de poderes mais condizente com a realidade atual, haja vista que com a proliferação de direitos fundamentais nas Constituições cuja exigência social passou a ser de máxima aplicação e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos concretos, não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado (PAULA, 2011).

A transmutação do Estado Liberal para o Estado de Direito viabilizou a valorização e adoção de normas cada vez mais abertas que pautadas na principiologia constitucional, corrobora para uma verdadeira transferência de atribuições entre os poderes.

Desse modo, o Poder Legislativo que se atinha de forma detalhada a previsão normativa de regras fechadas e inflexíveis, vem se amoldando ao contexto a atual, o que implica, por conseguinte, na atuação mais ativa do Poder Judiciário no que tange a interpretação constitucional das normas abstradas, tanto quanto ponderando os aspectos valorativos e políticos atinentes a cada caso.²⁸

Diante disso, se nos Estados Unidos o ativismo judicial possui longa data e continua gerando polêmica, no Brasil esse fenômeno é relativamente novo e ainda deverá ter muitos desdobramentos.

²⁷ Neste sentido “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.

Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se um mesmo homem ou um mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das leis – Montesqueiu**. São Paulo. Editora Martin Claret, 2009, p.169.

²⁸ Nesta toada, esclarece Peter Harbele que “o tipo do Estado Constitucional ocidental livre e democrático não é, como tal, imutável. Séculos foram necessários para se moldar o conjunto dos elementos estatal e democrático, de direitos fundamentais individuais e, por fim, sociais e culturais, e o futuro continuará a desenvolvê-los”. HARBELE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1.



Todavia, antes de analisarmos o ativismo judicial como instrumento de transformação do Estado Democrático e Social de Direito, tanto quanto fundamental para o combate da prática do *dumping* social, necessário se faz contrapor as controvérsias relativas há existência ou não de ofensa à separação dos poderes, bem como quanto à soberania popular.

Quanto à alegação de que o ativismo judicial violaria a separação dos poderes, infere-se que a mera análise da evolução histórica da posição do Poder Judiciário na organização do Estado contemporâneo, aliado ao crescimento do constitucionalismo mundial, impõe a negação a esta compreensão.²⁹⁻³⁰

Como corolário, não se pode mais conceber a separação dos poderes com a mesma severidade que se tinha durante o Estado Liberal, onde o estrito cumprimento da norma, excluía qualquer possibilidade de participação ampla dos poderes entre si, bem como da população, o que por meio da inclusão dos direitos fundamentais no texto constitucional e a crescente preocupação com a ampliação e a facilitação do acesso à justiça, restou superado³¹, dando ensejo, portanto, ao fortalecimento da própria democracia.³²

²⁹ Nesse sentido, olvidar não se deve que para alguns doutrinadores “o termo ‘Ativismo Judicial’ vem sendo usado de maneira rasa no Brasil”. LIMBERGER, Têmis. NOGUEIRA, Alexandre de Castro. Neoconstitucionalismo: O alicerce do ativismo judicial brasileiro. *In: Revista Direito e Liberdade*. ESMARN. V. 19, n. 1, p. 263-289, jan./abr. 2017, p. 268. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1064-3689-1-pb.pdf>>. Acesso em 02 de jul. 2019.

³⁰ Nesta toada, cumpre esclarecer que para Lenio Streck para a “defesa da Constituição e do direito democraticamente produzido, é necessário uma postura crítica em relação à atuação ativista do Judiciário no país”, vez que o mesmo para o autor seria “um problema que abala as próprias estruturas da democracia constitucional”, o que, por conseguinte, representaria um verdadeiro “rompimento constitucional”, tornando-se um “problema democrático” tudo isso fruto do exemplo advindo da Suprema Corte brasileira, o STF. STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e (m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 14 e 53.

³¹ Neste sentido, esclareceu o Ministro do STF Cezar Peluso no relatório do julgamento da ADI 3367 que “em coerência com seus pressupostos teóricos e objetivos práticos, MONTESQUIEU jamais defendeu a ideia de uma separação absoluta e rígida entre os órgãos incumbidos de cada uma das funções estatais. Antes, chegou a fazer referência a mecanismos de relacionamento mútuo entre os poderes, a fim, precisamente, de lhes prevenir abusos no exercício”. PELUSO, Cezar. Julgamento da ADIN 3367. Disponível do endereço eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em 04 de jul. 2019.

³² Assim, “é por conta da evolução do contexto social e histórico dos Estados modernos que há atualmente uma interligação na atuação dos poderes, fazendo com que a teoria de Montesquieu seja aplicada de forma atenuada”, ou seja, além do exercício de suas funções típicas, os poderes também exercem funções atípicas. JACOB, Muriel Amaral. Ativismo judicial. Uma realidade no judiciário brasileiro. *In: Revista Status Libertatus*, v. 1, n. 1, p. 64-79, 2018, p. 67. Disponível em:



Diante disso, tem-se que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, motivo pelo qual a sua essência reside não só em sua regulamentação mas em sua concretização (HESSE, 1991).

Como corolário, perecem os argumentos daqueles que elencam o ativismo judicial como um mau ao Estado Democrático e Social de Direito, tanto quanto o refutam sob o pálio de que o mesmo afrontaria a separação de poderes, vez que as críticas acerca de suposta violação que já nem existe mais, partem, lastimavelmente, dos Poderes Executivo e Legislativo que, usualmente, exercem funções atípicas, a exemplo das medidas provisórias, por parte do Executivo, e os julgamentos de seus pares, realizados pelo Legislativo.

De igual sorte, quanto a suposta ofensa à soberania popular³³, ou seja, a ilegitimidade do Poder Judiciário para decidir questões de grande repercussão política e social, vez que não passam pelo processo eleitoral, tampouco pela periodicidade inerente ao mesmo, cumpre destacar que o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um estado democrático, é representativo, ou seja, são exercidos em nome do povo e, portanto, prestam contas à sociedade como um todo.

Outrossim, olvidar não se deve que a interpretação constitucional não pode estar sujeita tão somente à vontade popular quando há restrição a direitos fundamentais ou prevalência de irracionalidade na condução da esfera pública (GABARDO, 2017).

Com efeito, demonstra-se no mínimo incoerente suscitar a ilegitimidade dos membros do Poder Judiciário, até mesmo pelo fato que os membros do Poder Judiciário necessitam, obrigatoriamente, submeter-se a critérios constitucionais, razão pela qual, por si só, gozam de legitimidade atribuída pela soberania popular direta.

<<https://periodicosonline.uems.br/index.php/libertatis/article/view/2590/2062>>. Acesso em 04 de jul. 2019.

³³ Quanto a objeção do ativismo judicial pelo argumento de que o mesmo afronta a soberania popular e própria democracia, uma vez que os membros do Poder Judiciário não são representantes eleitos diretamente do povo, cumpre salientar que “justamente porque democracia significa ‘governo do povo’ ou ‘o governo da maioria’, onde o princípio majoritário deve prevalecer, é que parte da doutrina requer atenção especial ao ‘ativismo judicial’ para que ele influencie negativamente o Estado Democrático de Direito”. JACOB, Muriel Amaral. Ativismo judicial. Uma realidade no judiciário brasileiro. In: **Revista Status Libertatus**, v. 1, n. 1, p. 64-79, 2018, p. 74. Disponível em: <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/libertatis/article/view/2590/2062>>. Acesso em 04 de jul. 2019.



Sendo assim, não há como menosprezar a contribuição do Poder Judiciário para o fortalecimento da democracia, tanto quanto para efetividade dos direitos e garantias constitucionais, vez que uma concepção tradicional da postura dos magistrados até então concebida como neutra, imparcial e passiva, já não satisfaz os anseios de uma sociedade que se encontra em constante transformação.³⁴

Desse modo, não há se falar em deturpação das teorias estrangeiras³⁵ de autores como Alexy e Dworkin³⁶ para calcar a aplicação do ativismo judicial pelo Poder Judiciário (LIMBERGER, 2017), vez que de fato, toda a norma jurídica conterà um espaço jurídico “vazio” a ser preenchido pelo intérprete ou aplicador em uma situação concreta.

Sendo assim, a expansão da interpretação do Poder Judiciário acaba produzindo efeitos concretos que não se encontram expressamente previstos na legislação em razão do vácuo deixado pelo Congresso Nacional em determinados temas, motivo pelo qual ante a essa desarmonia dos sistemas, o ativismo judicial se incumbe tanto pela criação de normas como também de novas hipóteses de

³⁴ Assim, denota-se que “com o surgimento da democracia social, intensifica-se a participação do Estado na sociedade e, por consequência, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das regras do jogo, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir (a) a justa aplicação das normas de direito material, (b) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e (c) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual. Um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4 ed., rev., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 101.

³⁵ Neste sentido, pode-se citar exemplificadamente o jusfilósofo gaúcho Lenio Streck que a associa diretamente a noção de ativismo judicial com o problema da vontade do intérprete no momento da concreção do direito, tanto quanto aduz que no Brasil, compreende-se de modo inadequado o significado do ativismo. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. FARIA, Bruno Costa de. CURTOLO, Cristiane Maria de Lima. TEODORO, Leandro. VELUDO, Michele Seixas. PEREIRA, Joaquim Eduardo. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. *In: Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. ABDConst. Curitiba, p. 284. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em 04 de jul. 2019.

³⁶ Nesta toada, cumpra observar que a democracia não impõe que o juízes tenham a última palavra, mas também não proíbe que isto ocorra. Assim, o juiz obviamente pode ter opiniões próprias, entretanto jamais pode as considerar como elementos do direito constitucional sob o risco de violar a integridade constitucional. Em razão disso Ronald Dworkin nos apresenta quatro premissas: i) as Constituições trazem em seus textos disposições abstratas; ii) a interpretação moral do texto constitucional deve ser realizada pelos juízes; iii) a possibilidade do juiz julgar de acordo com suas convicções pessoais é afastada pela integridade e; iv) a proteção dos direitos por via jurisdicional fortaleceria o próprio processo democrático. Ver: DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1 a 59.



incidência para as previsões constitucionais, sempre fundadas em bases teóricas da hermenêutica. Assim, o ativismo judicial se torna uma necessidade institucional, ante as omissões ou negligências dos órgãos do Poder Público em cumprir o próprio estatuto constitucional” (MELLO,2008).

Portanto, o ativismo judicial ora defendido corresponde a uma participação mais ampla e intesa do Poder Judiciário na concretização dos valores, preceitos e fins constitucionalmente previstos.³⁷

Nesse sentido, tem-se que o ativismo judicial é resultado de um novo constitucionalismo que busca, prioritariamente, a efetivação dos anseios sociais e de justiça consubstanciados em nossa Constituição, razão pela qual subsiste há insofismável participação mais ampla e intesa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais (CUNHA,2017). Assim, impõe-se que não basta mais a “positivação de direitos humanos no seio das Constituições, se os mesmos não são detentores do mais absoluto respeito e se, na prática, não são concretizados” (WERLE, 2017).

Nesse sentido, infere-se que a atividade do aplicador do direito vinculado à lei não pode ser diferenciada, do ponto de vista de seus limites substanciais, da do legislador, cujo poder de criação do direito se encontra sujeito aos vínculos ditados por uma constituição escrita e pelas decisões de justiça constitucional (CAPPELLETTI, 1993).

Diante disso, infere-se que tão pouco a rejeição sumária do ativismo judicial, como uma postura de auto contenção³⁸⁻³⁹ por parte do Poder Judiciário, não

³⁷ Afinal “a partir de la interpretación sistemática de la Constitución y de la concepción em virtud de la cual los derechos se deben interpretar extensivamente para lograr sua garantía efectiva”. JARAMILLO, L. García. *Activismo judicial y progreso social en el marco de una democracia constitucional*. In: **Puente Revista Científica**. Universidad Pontificia Bolivariana, Bolívia, v. 7, n. 1, 2013, p. 120. Disponível em: <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/puente/article/view/7194>>. Acesso em 04 de jul. 2019.

³⁸ Esta como aquela que o Poder Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes, ou seja, quando os Juízes e Tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário.

³⁹ Nesta toada, verifica-se que “a contenção judicial seria uma fantasia, pois supõe uma resposta única para os casos, por uma espécie de aplicação direta da Constituição, mas os casos significativos e controversos não têm tal resposta, pois não há consenso nem a respeito de quais serão as bases a partir das quais o debate poderá ser colocado”. KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. In: **Novos estudos CEBRAP**, n. 96. São Paulo, Julho 2013, p. 76. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a06n96.pdf>>. Acesso em 04 de jul. 2019.



permitem a concretização plena de direitos fundamentais sociais⁴⁰, razão pela qual nos resta analisarmos tal fenômeno como meio de refutar a prática do *dumping* social e propiciar a eficácia plena dos direitos e garantias sociolaborais.

4 A FUNDAMENTALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL PARA O COMBATE AO DUMPING SOCIAL E A EFICÁCIA PLENA DOS DIREITOS HUMANOS SOCIOLABORAIS

A dificuldade para a concretização dos direitos sociolaborais não só reflete um problema global, especialmente após a intitulada globalização e os atuais avanços tecnológicos, que em certa medida remodelaram a dicotomia capital/trabalho humano, mas também se apresenta como um de grande monta dentro do âmbito interno.

Entretanto, indubitável é que o nosso Estado Democrático de Direito⁴¹ tem como mandamento propiciar o desenvolvimento econômico concomitantemente com o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, expressos nos direitos trabalhistas mínimos inseridos no artigo 7º da Constituição de 1988. Esses direitos e garantias visam a eficácia plena dos direitos fundamentais dos trabalhadores, tanto na relação vertical (Estado x indivíduo), como horizontalmente⁴², ou seja, entre os

⁴⁰ Neste sentido, cumpre destacar que “*los derechos sociales son derechos fundamentales que deben adscribirse a concepto de derechos subjetivos y a la justicia compensatoria; son derechos generales con carácter global y no simplemente nacional que tiene el individuo frente al Estado en demanda de acciones fácticas positivas y deben adscribirse mediante interpretación constitucional*”. JARAMILLO, L. García. *Activismo judicial y progreso social en el marco de una democracia constitucional*. In: **Puente Revista Científica**. Universidad Pontificia Bolivariana, Bolívia, v. 7, n. 1, 2013, p. 120. Disponível em: <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/puente/article/view/7194>>. Acesso em 04 de jul. 2019.

⁴¹ Cabendo aqui lembrar que “o tipo do Estado Constitucional ocidental livre e democrático não é, como tal, imutável. Séculos foram necessários para se moldar o conjunto dos elementos estatal e democrático, de direitos fundamentais individuais e, por fim, sociais e culturais, e o futuro continuará a desenvolvê-los”. HARBELE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1.

⁴² Neste sentido, impende descar que “*a pesar de la inmensa mayoría de las Constituciones no confiere de manera explícita una eficacia horizontal a los derechos fundamentales de la persona, la vigencia de los derechos fundamentales de la persona en las relaciones nacidas del contrato de trabajo constituye una realidad que, no sin fatigas, se va abriendo camino de manera lenta pero gradual*”, motivo pelo qual “*el activismo judicial a favor de los derechos de la persona del trabajador se promociona o, al menos, se facilita como consecuencia de la existencia de mecanismos específicos de pretcción jurisdiccional de los derechos fundametales*”.DAL-RE, Fernando Valdés.



particulares. A igualdade e a concretização da justiça social são objetivos que se almejam por meio do fiel cumprimento do direito e, em certa medida também por meio do ativismo judicial,⁴³ rechaçando, assim, a lastimável prática do *dumping* social.

Desse modo, diferentemente do compreendido pelo princípio da supremacia da lei, que no Estado Liberal tinha a atividade legislativa como algo perfeito e acabado, infere-se que em nossos dias, compete ao aplicador do direito, ou seja, ao Poder Judiciário, dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação em consonância com a Constituição, a fim de viabilizar a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.

Diante disso, tem-se que o ativismo judicial se perfaz justamente na necessidade de cumprimento dos preceitos constitucionais por parte do Poder Judiciário ante a sua legitimidade conferida pela Constituição de 1988, não configurando, assim, qualquer ilegalidade, ilicitude ou extrapolamento de sua competência, vez que a fim de que os direitos sociolaborais sejam efetivados, as normas necessitam de providências mesmo que situadas fora ou além do texto constitucional (AVILA,2017), carecendo, portanto, de medidas de ordem material para sua concretização (RAMOS,2010).

Entretanto, ainda que existam contrários ao ativismo judicial, olvidar não se deve que dentro da perspectiva de um Estado Democrático e Social de Direito, compete ao aplicador do direito viabilizar a eficácia plena das disposições constitucionais, à medida que ainda que o processo constituinte se desenvolva sem interrupção, o fruto do seu trabalho culmina em um grande *locus*, onde se opera a

Tendencias del derecho comparado hacia el reconocimiento de la obligatoriedad general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. In: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, n. 21, p. 177-194, 2017, p. 184. Disponível em: <<https://repositorio.uam.es/handle/10486/686467>>. Acesso em 06 de jul. 2019.

⁴³ Ativismo judicial como “um fenômeno destinado a revelar a hermenêutica jurídica da valorização do trabalho humano enquanto fundamento da ordem econômica, destacando a nova roupagem do sistema capitalista do Estado brasileiro, pelo qual a intervenção estatal na economia e nas relações de trabalho revela-se essencial no atributo de proteger o indivíduo no seu valor intrínseco da pessoa humana, sua dignidade, rematando as ordens econômica e social num funcionamento equilibrado, justo e solidário entre elas. LIMA, Gabriela Eulalio de. OLIVEIRA, Lourival José de. Uma ordem econômica justa e equilibrada: o ativismo judicial em prol da valorização do trabalho humano. *In: Revista de Direito Brasileira*. São Paulo – SP, v. 19, n. 8, p. 221-237, jan./abr. de 2018, p. 234. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3219/3535>>. Acesso em 06 de jul. 2019.



luta jurídico-política (AMARAL,2010). Assim a prática constitucional de aplicação e interpretação se demonstra de grande importância para a concretização dos anseios e mandamentos constitucionais.

Como corolário, mesmo diante das lacunas⁴⁴ legislativas existentes, a tarefa hermenêutica do aplicador do direito se demonstra complexa e inderrogável, tal como preceituam o artigo 5.º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988⁴⁵ e o artigo 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁴⁶

Sendo assim, indubitável é o papel do Poder Judiciário no processo de interpretação e concretização do Direito, revelando assim a sua capacidade criadora, pois os juízes representam a voz final da autoridade, cuja interpretação resulta em uma direção a toda atividade de criação do direito (CAPPELLETTI,1993) seja, um perfil ativo, participativo e criativo do aplicador do direito no processo interpretativo, corrobora a uma prestação de uma tutela jurisdicional mais justa, tempestiva, eficaz e efetiva.⁴⁷

Assim, mundindo-se dos ensinamentos de Herbert Hart sobre o papel do intérprete na tomada de decisões judiciais, infere-se que subsiste uma oposição epistemológica entre os sistemas da *commom law* e da *civil law* (HART,1994), motivo pelo qual há dois contextos distintos para a resolução de um conflito. O primeiro deles seria o da tomada de decisão, ao passo que o segundo seria o da descoberta de justificação e racionalidade da decisão, por meio da argumentação

⁴⁴ Nesse sentido, cumpre observar que mesmo para Kelsen, o mais notório expoente do positivismo jurídico do século XX, a norma jurídica representava uma moldura que deveria ser preenchida durante o processo hermenêutico, pois continha diversos espaços em branco. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 390.

⁴⁵ Que assim dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 de jul. 2019.

⁴⁶ Que prevê que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 de jul. 2019.

⁴⁷ Neste sentido, pode-se compreender que o ativismo judicial seria um “desdobramento do dever dos juízes de não só interpretar a Constituição, mas também torna-la efetiva, e uma necessidade objetiva decorrente da chamada inoperância dos outros poderes e a omissão patológica do Poder Legislativo”. KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. In: **Novos estudos CEBRAP**, n. 96. São Paulo, Julho 2013, p. 72. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a06n96.pdf>>. Acesso em 07 de jul. 2019.



jurídica(CUNHA,2017). Isso porque, ambos os sistemas dependem de suas respectivas tradições e culturas jurídicas que, por conseguinte, podem gerar formas muito diferenciadas de atuação de um aplicador do direito, vez que os métodos indutivo e pragmático são típicos dos Estados anglossaxônicos, enquanto os métodos dedutivo e sistemático, que busca alcançar uma lógica, racionalidade e coerência, são típicos do sistema romano-germânico(CUNHA,2017).

Nesse sentido, percebe-se que no atual cenário se faz pertinente superar a crença de que a única e exclusiva função do intérprete seria de descrever significados, dando assim margem a compreensão de que o mesmo reconstrói sentidos e se incumbe de dar a devida eficácia aos mandamentos constitucionais. Isto importaria em “deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”(ÁVILA,2006).

Nesta toada, o magistrado, em todas as instâncias jurisdicionais, é chamado em nossos dias a devolver a tutela dos jurisdicionados rompendo com o padrão de racionalidade jurídica, bem como com as técnicas hermenêuticas e decisórias que eram inerentes ao positivismo jurídico ocidental⁴⁸, culminando, assim, em uma nova ideia de racionalidade jurídica (TEIXEIRA,2012).

Apesar do reconhecimento da importância atribuída à interpretação realizada pelos juízes, não se defende uma discricionariedade sem limites, ou seja, *“la actuación judicial em matéria de derechos, deve combinar la eficacia para garantizarlos, com la adecuada ponderación de objeción democrática”* (TCHICHURY,2011). Desse modo, subsiste inofismavelmente limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais (CAPPELLETTI,1993), motivo pelo qual, mesmo diante do ativismo judicial, o papel do juiz carece de nítidos contornos legislativos (BAUR,1982).

⁴⁸ Outrossim, diversos fenômenos pode ser observados desde o início do século XX, contudo quando ocorre a junção de três em especial, contitui-se o que se denomina “neconstitucionalismo”: o primeiro seria a inserção de diversos direitos fundamentais nos textos constitucionais, com mandados substantivos, que imponham a concretude material dos mesmos, o segundo seria o surgimento de uma nova forma de agir judicial, compreendida como “ativismo judicial”, qm que as cortes superiores buscam consolidar, materialmente, os ditames constitucionais e, por terceiro, subsiste a criação de um arcabouço teórico, com a teorização de uma hermenêutica constitucional, que além de procurar compreender o texto constitucional e fundamentar as novas práticas jurisprudenciais, ajudam a criá-las. CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 197.



Neste sentido, infere-se que tanto o Projeto de Lei n.º 1.615, de 15 de junho de 2011⁴⁹, como qualquer outra norma infraconstitucional *antidumping* ou até mesmo eventual conduta ativista por parte do Poder Judiciário, que contemplem um sistema de proteção e eficácia a direitos sociais e fundamentais⁵⁰, certamente assumirão os contornos de norma de direito fundamental, vez que as normas de direitos fundamentais podem ser tanto as estabelecidas na Constituição, dentro ou fora do catálogo, como em disposições infraconstitucionais (ALEXY,2015), tanto quanto em consonância com os interesses de toda a sociedade e, inclusive, favoráveis a própria manutenção de atual ordem econômica

Sendo assim, tendo em vista que a prática do *dumping* social atinge a toda a sociedade, por desrespeitar direitos e garantias fundamentais, tanto quanto a ordem econômica vigente, haja vista que propicia vantagem indevida frente à concorrência, bem como pode transformar-se até mesmo em escravidão “uma vez que deixa o trabalhador acorrentado ao emprego, ao mesmo tempo que lhe fornece condições indignas de labor e de ínfima remuneração, quando essa ocorre” (MARDERS,2015), razão pela qual impede a eficácia plena do direito fundamental ao trabalho.⁵¹

⁴⁹ Primeiramente, apresentado pelo Deputado Carlos Bezerra como Projeto de Lei n.º 7.070/2010, mas rejeitado em 31/01/2011, tendo sido arquivado pela Mesa da Câmara dos Deputados em 5 de março de 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=751937&filename=PL+7070/2010>. Acesso em 07 de jul. 2019. Todavia, foi novamente proposto em 15/06/2011 pelo Deputado Carlos Bezerra, agora como Projeto de Lei n.º 1.615/2011 e atualmente se encontra em tramitação na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP). Ele que dispõe sobre o *dumping* social e tem como objetivo fixar indenização e multa administrativa para a empresa praticante de concorrência desleal através do descumprimento da legislação trabalhista, e, conseqüentemente, oferecer seu produto com preço melhor.

Esse projeto de lei *antidumping* é composto por três artigos que disciplinam a prática do *dumping* social e respectiva sanção civil e administrativa, sendo que o primeiro artigo trata da configuração do *dumping* social como sendo a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favoreça comercialmente a empresa perante sua concorrência. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509413>>. Acesso em 07 de jul. 2019.

⁵⁰ Nesta diapasão, “antes que se macule a credibilidade judicial e se derrube a barreira de foto protetiva dos direitos sociais deve o Estado da Jurisdição Constitucional decisionista e discricionário praticar o ativismo judicial somente nas hipóteses de favorecimento dos direitos sociais”. SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. Ativismo Judicial. Realidade Admissível Apenas para a Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais. In: **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 6, n. 1, ago. 2017. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/44>>. Acesso em 08 de jul. 2019.

⁵¹ Daí concluir-se que quaisquer regulamentações em matéria de *dumping* social devem proporcionar uma proteção eficiente ao trabalhador, ao empresariado prejudicado e à sociedade como um todo, sob pena de levar ao comprometimento da máxima eficácia dos direitos fundamentais. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria à Constituição**. 7. ed. Almedina: Portugal, 2010, p. 276.



Ademais, em que pese a relação de emprego seja firmada entre empregado e empregador, ou seja, entre particulares, indubitavelmente esta sujeita à proteção e à tutela⁵² dos direitos fundamentais, especialmente daqueles relacionados ao trabalhador, parte indiscutivelmente vulnerável e hipossuficiente, vez que sujeita a subordinação jurídica que lhe é peculiar.⁵³

Diante disso, a prática do *dumping* social como ato ilícito contrário à ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, independente apenas da criação de normas regulatórias e punitivas, não obstante já preexistirem meios repressivos mediante a utilização da interpretação e aplicação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro; na verdade, carece de um sistema com medidas de prevenção e de efetivação do próprio direito, com fiscalização eficiente por parte do Poder Executivo através do seu poder regulatório, do estabelecimento de políticas públicas de conscientização e ações *antidumping*, tanto quanto da compreensão quanto à fundamentalidade do Poder Judiciário no que tange a máxima eficácia dos direitos socioconstitucionais, ainda que por meio do ativismo judicial.

Desse modo, a fim de se alcançar a eficácia plena dos direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores, subsiste a necessidade do Estado tutelar, garantir, fiscalizar e dar efetividade aos mesmos, tanto em relação aos particulares, como entre eles.

Outrossim, cumpre esclarecer que independentemente de ausência de previsão legal expressa na legislação trabalhista acerca do *dumping* social, tal fato não poderá ser utilizado como óbice para a sua configuração e condenação em

⁵² Sendo assim, “a tutela dos direitos fundamentais das relações privadas não se esgota em uma mera relação geral de abstenção, nem na simples reparação civil de danos causados, pois a proteção conferida pela Constituição é mais ampla, envolvendo tanto uma tutela preventiva, quanto uma atuação repressiva e corretiva, abrangendo, tanto obrigações negativas do particular, como deveres positivos, dependendo das circunstâncias de cada caso em concreto”. CARVALHO, Alexandre Perazo Nunes de. LIMA, Renata Albuquerque. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *In: Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 11-23, 2015, p. 21. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/469/187>>. Acesso em 08 de jul. 2019.

⁵³ Nesse sentido, impende ponderar que ainda que subsista a discussão doutrinária quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou seja, da corrente adepta da eficácia direta, da eficácia indireta e da não vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, entende-se que essa vinculação quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações de emprego é indissociável. Quanto às correntes citadas, ver: RAMOS, André Luiz Arnt. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas: o estado da questão. *In: Revista de Informação Legislativa*. v. 53, n. 210, p. 291-314, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/522910/001073211.pdf>>. Acesso em 08 de jul. 2019.



situações concretas, pois o ordenamento jurídico deve ser interpretado sempre de maneira sistemática, a fim de que os bens jurídicos afetados por essa prática que se encontram previstos tanto no texto constitucional como na legislação ordinária, recebam a devida proteção por parte do Estado.

Diante disso, independente do posicionamento quanto à legalidade ou ao limite do denominado ativismo judicial, o aplicador do direito é conduzido à superação do modelo tradicional⁵⁴ quanto à reparação, a fim de que possa redimensionar a abrangência da responsabilidade em si em prol da tutela da totalidade dos atuais conflitos sociais,⁵⁵ devendo, assim, exercer as funções de prevenção de danos⁵⁶, a punitiva e a pedagógica.

Deste modo, compete ao Estado buscar mecanismos de mitigação de práticas como a do *dumping* social, tanto quanto propiciar a eficácia plena do direito fundamental ao trabalho, razão pela qual o ativismo judicial, em se tratando de normas de direitos fundamentais sociais, aparece como fundamental para o combate do *dumping* social, tanto quanto para concretização dos direitos sociolaborais (SILVA, 2017).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, infere-se que qualquer argumento quanto eventual afronta a separação dos poderes, desrespeito a soberania popular, má utilização de

⁵⁴ Em razão disso, indubitavelmente qualquer afronta aos direitos sociais exige novo comportamento do Judiciário, por meio de novos métodos de prestação da tutela jurisdicional, como a coletivização do processo, o ativismo judicial e a ampliação dos efeitos da coisa julgada. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 39 e 40.

⁵⁵ Nesse diapasão, não se deve olvidar que a indenização por *dumping* social se revela como uma das formas que o Estado pode oferecer ao cidadão ante um dos desdobramentos desses conflitos sociais, “para não ver triunfar a bandeira de um capitalismo tacanho e selvagem, tampouco encher o Judiciário de demandas cujos fatos são construídos sob a prática espúria e desleal”. LOBATO JÚNIOR, Fernando. PINTO, Cleidiane Martins. O combate ao *dumping* social no Judiciário trabalhista brasileiro. In: **Revista Amazônia em Foco**. Castanhal, v. 2, n. 3, p.44-64, jul./dez. 2013, p. 61. Disponível em: <<http://revistafcat.fcat.dominiotemporario.com/index.php/path/article/view/102>>. Acesso em 10 de jul. 2019.

⁵⁶ Nesse sentido, aduz Clóvis Couto Silva que “a medida da indenização detém, por igual, a função de elemento regulador da conduta dos indivíduos, que é o que se denomina de princípio da prevenção”. SILVA, Clóvis Couto. O conceito de dano no Direito brasileiro e no Direito Comparado. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 80, n. 667, p. 9-16, maio 1991.



teorias externas, por meio do denominado ativismo judicial, restam perfeitamente esclarecidas pelo presente trabalho.

Desse modo, o rompimento com a compreensão de que o Direito posto seria algo perfeitamente acabado, carente de lacunas e completamente normatizado, vem dando espaço a compreensão de que o mesmo se encontra em constante mutação e renovação, à medida que novos direitos e anseios sociais se demonstram inerente a própria condição do Estado Social e Democrático de Direito.

Ademais, em prol da efetividade plena dos direitos fundamentais, percebe-se que compete ao Poder Judiciário, ou seja, ao aplicador do Direito, através de interpretação jurídico-racional do caso concreto, dar a devida tutela aos jurisdicionados.

Sendo assim, ante a ausência de previsão legal para regulamentar e combater a inquestionável prática do *dumping* social no âmbito interno, tanto quanto a inefetividade ou desinteresse dos poderes Executivo e Legislativo para incluírem em suas pautas tal assunto, nasce o dever do Estado em agir, ou seja, compete ao Poder Judiciário, ainda que por meio da prática do ativismo judicial, contribuir para a eficácia plena dos direitos sociolaborais.

Diante disso, o ativismo judicial se demonstra como uma necessidade e um fundamental instrumento de transformação do Estado Democrático e Social de Direito, à medida que a concepção de ativismo, sugerida nesse trabalho, não corresponde a uma faculdade irresponsável e ilimitada do aplicador de direito, tampouco qualquer intenção de atentar à lei e às demais fontes do direito, mas tão somente de concretizar direitos e garantias constitucionalmente concebidas.

Sendo assim, não se trata de afronta a separação proposta pelo constituinte, tão pouco ilegitimidade para tanto, à medida que o ativismo judicial encontra guarida na própria Constituição de 1988, devendo, entretanto, ser concebido como um poder discricionário mitigado, haja vista que carece do respeito mútuo aos demais limites e previsões constitucionais.

Neste sentido, a fim de refutar qualquer prática reiterada de desrespeito as normas trabalhistas que, além da vantagem econômica-concorrencial, favorecem a precarização das relações de emprego, compete ao Estado rechaçar a prática do *dumping* social, ainda que por meio do ativismo judicial, ante a ausência de



legislação própria, a fim de salvaguardar direitos e garantias sociais constitucionalmente previstas.

Ante ao exposto, infere-se que para o exercício legítimo da função jurisdicional estatal, o juiz deve respeitar os valores e fins colimados na Constituição de 1988, sempre em observância aos direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados e atento à realidade social que os cerca, para que, assim, sua atividade, ainda que ativista, seja legítima e justa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da Silva (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALVES, Nayara Passos; ÁGUILA, Iara Marthos. Dumping Social como instrumento de precarização dos direitos trabalhistas no Brasil: necessidade de regulamentação. *In: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. v. 9, n 2, dezembro de 2014.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª ed., 2010.

AMARAL JÚNIOR, Alberto. Direitos humanos e comércio internacional: **reflexões sobre a cláusula social**. São Paulo, 1999.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed., 8. reimp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

AVILA, Ana Paula Oliveira. MIRANDA, Paula Mandagará. Supremo Tribunal Federal: Ativismo ou *self-restraint* na efetivação de direitos sociais. *In: Revista Quaestio Iuris*, v. 10, n. 1, Rio de Janeiro, p. 519-543, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. KOZICKI, Katya. O *judicial review* e o ativismo judicial da Suprema Corte Americana na proteção de direitos fundamentais. *In: Revista Espaço Jurídico*, v. 17, p. 733-751, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Thesis. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.



BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *In: Revista de Processo*. Ano VII, n. 27, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul./set. de 1982.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed. New Haven: Yale University, 1986.

BONNA, Alexandre Pereira. Requisitos Objetivos e Subjetivos dos *punitive damages*: critérios à aplicação no Direito Brasileiro. *In: Scientia Iuris*. Londrina, mar. 2018.

BORGES, Bruno Barbosa. NETO, Paulo Antônio Silva. A nova ordem constitucional entre judicialização da política e protagonismo judicial. *In: Revista Jurídica UNIARAXÁ*, Araxá, v. 20, n. 19, p. 85-115, ago. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria à Constituição**. 7. ed. Almedina: Portugal, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.

CARVALHO, Alexandre Perazo Nunes de. LIMA, Renata Albuquerque. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *In: Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 11-23, 2015.

CARVALHO, George. A aplicação da Teoria do Desestímulo como forma de inibição da responsabilidade civil no Brasil. *In: Interfaces Científicas*. Aracaju, out. 2015.

CHAPPER, Alexei Almeida. A relação de trabalho no Direito contemporâneo e os impactos da globalização na nova ordem econômica e social. *In: Revista Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais UNIBRASIL*. Curitiba, v. 2, n. 15, p. 55-74, 2011.

CUNHA, Alexandre Luna da. COUTO, Mônica Bonetti. Transformações do Estado, Novos Rumos para a Tutela Jurisdicional e a Proteção dos Direitos Fundamentais: do Legalismo ao Ativismo. *In: Revista Prim@ Facie*. João Pessoa: PPGCJ, v. 16, n. 31, 2017.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001.

DAL-RE, Fernando Valdés. *Tendencias del derecho comparado hacia el reconocimiento de la obligatoriedad general de los derechos fundamentales en las*



relaciones laborales. In: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, n. 21, p. 177-194, 2017.

DI SENA JÚNIOR, Roberto. **Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC.** Curitiba: Juruá, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FROTA, Paulo Mont`Alverne. O dumping social e a atuação do juiz do trabalho no combate à concorrência empresarial desleal. *In: Revista Ltr*, n. 78, v. 02, fev. 2013.

FURTADO, Emmanuel Teófilo; MOREIRA, José Davi Cavalcante. Os enunciados publicados na 1º Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho: inovação e posicionamento entre as fontes do Direito e do Direito do Trabalho. *In: Anuais do XIX Encontro Nacional do CONPENDI.* Fortaleza. Junho de 2010.

GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento. *In: Revista Digital de Direito Administrativo.* Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – São Paulo, vol. 5, n. 1, p. 99-141, 2018.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional.* Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

GREEN, Craig. *Intellectual History of Judicial Activism.* *In: Emory Law Journal*, s. l., v. 58, 2009.

HARBELE, Peter. **Estado constitucional cooperativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** 3 ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

JACOB, Muriel Amaral. Ativismo judicial. Uma realidade no judiciário brasileiro. *In: Revista Status Libertatus*, v. 1, n. 1, p. 64-79, 2018.

JARAMILLO, L. García. *Activismo judicial y progreso social en el marco de una democracia constitucional.* *In: Puente Revista Científica.* Universidad Pontificia Bolivariana, Bolívia, v. 7, n. 1, 2013

JÚNIOR, Fernando Lobato. PINTO, Cleidiane Martins. O combate ao *dumping* social no Judiciário trabalhista brasileiro. *In: Amazônia em Foco.* Castanhal, v. 2, n. 3, p. 44-64, jul./dez. 2013.



KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. **Além da democracia**. Tradução de Fernando M. Ferreira. São Paulo: Instituto Ludwig Von Misses, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *In: Novos estudos CEBRAP*, n. 96. São Paulo, Julho 2013.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”, *In: California Law Review*, v. 92, n. 5, 2004.

LAREZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LIMA, Gabriela Eulalio de. OLIVEIRA, Lourival José de. Uma ordem econômica justa e equilibrada: o ativismo judicial em prol da valorização do trabalho humano. *In: Revista de Direito Brasileira*. São Paulo – SP, v. 19, n. 8, p. 221-237, jan./abr. de 2018.

LIMBERGER, Têmis. NOGUEIRA, Alexandre de Castro. Neoconstitucionalismo: O alicerce do ativismo judicial brasileiro. *In: Revista Direito e Liberdade*. ESMARN. V. 19, n. 1, p. 263-289, jan./abr. 2017.

LOBATO JÚNIOR, Fernando. PINTO, Cleidiane Martins. O combate ao *dumping* social no Judiciário trabalhista brasileiro. *In: Revista Amazônia em Foco*. Castanhal, v. 2, n. 3, p.44-64, jul./dez. 2013.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. Neoconstitucionalismo e Direitos Sociais. *In: Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 10, n. 3, p. 27-38, nov.2009/fev.2010.

MARDERS, Fernanda. **A indenização por *dumping* social como forma eficaz de política pública para o enfrentamento do trabalho análogo ao de escravo de modo a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestrado na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e Direitos Humanos na Universidade do Minho – UMINHO – Portugal. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4 ed., rev., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo. Martins Fontes Editora, 2004.



MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MESQUITA, Paulo Estivallet. **A Organização Mundial do Comércio**. Fundação Alexandre de Gusmão. Brasília, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das leis – Montesquieu**. São Paulo. Editora Martin Claret, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. FARIA, Bruno Costa de. CURTOLO, Cristiane Maria de Lima. TEODORO, Leandro. VELUDO, Michele Seixas. PEREIRA, Joaquim Eduardo. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. *In: Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. ABDConst. Curitiba.

PAULA, Daniel Gotti de. Ainda Existe Separação de Poderes? A Invasão da Política pelo Direito no Contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política. *In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (org.) As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador. Jus Podivm. 2011.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Jurisdição Constitucional na Constituição Federal de 1988: Entre Ativismo e Auto-Contenção. *In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Unibrazil. Curitiba, v. 2, 2007.

PRATES, Terezinha Matilde Licks. Não intervenção do estado nas relações de trabalho: cláusula social nos tratados internacionais. *In: Revista TST*. Brasília: v.66, n. 4, out/dez 2000.

RAMOS, André Luiz Arnt. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações interpretadas: o estado da questão. *In: Revista de Informação Legislativa*. v. 53, n. 210, p. 291-314, abr./jun. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. O constitucionalismo, a democracia e os direitos fundamentais trabalhistas. *In: Revistas Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 57-84, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. **Globalização da economia e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1997.



SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. Ativismo Judicial. Realidade Admissível Apenas para a Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais. *In: Revista Interdisciplinar de Direito*, [S.l.], v. 6, n. 1, ago. 2017.

SILVA, Clóvis Couto. O conceito de dano no Direito brasileiro e no Direito Comparado. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 80, n. 667, p. 9-16, maio 1991.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping social nas relações de trabalho**. LTr, 2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping Social nas Relações de Trabalho**. 2ª edição. Janeiro, 2014.

STREK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e (m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TCHICHURY, Horacio Javier. *Poder judicial, democracia y derechos sociales*. *In: Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*. Año V, Número 7, Invierno 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *In: Revista Direito GV*. São Paulo, Jan. – Jun., 2012.

TRIERWEILER, Gustavo F. As relações de trabalho, o *dumping* e a crise econômica. *In: Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, 2009.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012.

WERLE, Caroline Cristiane. KUNTZ, Tatiele Gisch. O protagonismo da jurisdição constitucional e seu papel na concretização dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático de Direito. *In: Revista E-Civitas*. Revista do Curso de Direito do UNIBH, Belo Horizonte, v. X, n. 1, jul. 2017.

