

ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Kelly Aparecida Parizi

RESUMO

O presente artigo aborda sobre a discussão bastante atual a respeito do papel ativo do Judiciário. Esta nova abordagem do Poder Judiciário envolve questões de omissão do Poder legislativo, interpretação constitucional, bem como a efetividade das normas constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais. Os riscos do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. Contudo, procura-se demonstrar que o ativismo judicial trás mais benefícios do que riscos para a realidade democrática do Brasil. Aponta a postura do judiciário ao interpretar a Constituição Federal, de modo a dar máxima concretude aos direitos fundamentais do homem, especificamente aos direitos trabalhistas. Para tanto analisa o neoconstitucionalismo, pois este é o fenômeno responsável pela constitucionalização do direito e por tornar o homem o centro de todas as discussões. Por fim, aborda o ativismo judicial especificamente na justiça do trabalho e o seu pioneirismo na efetividade dos direitos sociais trabalhistas na resolução dos conflitos sociais trabalhistas apontando alguns direitos trabalhistas que foram objeto do ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE

Neoconstitucionalismo; poder judiciário e nova ordem constitucional; neoconstitucionalismo e direito do trabalho. Ativismo judicial trabalhista.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo abordar o ativismo judicial na Justiça do Trabalho e para tanto, será necessário apontar de que a ciência jurídica fora objeto de intensas mudanças no decorrer da evolução da humanidade, inicialmente pautada no direito, evoluindo para o positivismo jurídico até chegar no momento atual do neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo está voltado para a efetivação dos direitos fundamentais do homem, na tentativa de reduzir as desigualdades sociais e tutelar os direitos sociais, resguardando sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para que seja possível a efetivação desses direitos, surge a atuação proativa do Poder Judiciário interpretando a Constituição Federal e resguardando a concretude do direito e, com esta postura, por vezes, adentra em outra esfera do poder estatal, o Legislativo, estes verdadeiros legitimados que, por vezes, permanecem inertes.

O judiciário assume o papel atípico de legislar em função das omissões legislativas e executivas, com o intuito de efetivar os direitos fundamentais e assim o fazendo surge um novo contexto de protagonismo judicial perante a sociedade brasileira.

Neste cenário, o presente trabalho visa analisar a legitimidade da atuação proativa do magistrado e, mais especificamente, do magistrado trabalhista, bem como seus benefícios e prejuízos.

Para tanto, será abordado alguns temas na justiça do trabalho que são pioneiros no ativismo judicial, tais como: limitação a garantia de emprego da gestante, definição da base de cálculo do adicional de insalubridade e terceirização trabalhista.

Por fim, será estudado o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e os reflexos e seus reflexos na Justiça do Trabalho, bem como o protagonismo judicial no direito sumular trabalhista

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de abordar o neoconstitucionalismo propriamente dito, será necessário um breve histórico sobre a evolução da ciência jurídica para o momento atual, apontando a origem do neoconstitucionalismo e sua estreita ligação com os direitos fundamentais.

Em seguida, será demonstrado o panorama criado pelo chamado pós-positivismo no Brasil e a mudança de contexto e função proativa do Poder Judiciário frente à nova ordem constitucional, tendo em vista sua forte e constante atuação

para efetivação dos preceitos constitucionais, bem como o neoconstitucionalismo e sua relação com o Direito do Trabalho.

Surgiu um novo fenômeno jurídico na Europa em meados do século XX alterando o status Constituição de mera carta política para exercer papel central no ordenamento jurídico, transformando o Direito Constitucional o ponto central de todos os demais ramos do direito.

Para Eduardo Ribeiro Moreira:

O neoconstitucionalismo aparece como fruto da convergência de duas tradições constitucionais distintas que cada vez mais se aproximam: a europeia (da Alemanha) e a americana (dos Estados Unidos), união que poderia se resumir em um constitucionalismo garantidor do denso conteúdo material de suas normas constitucionais. (2008, pág. 19).

De forma mais crítica sobre o que vem a ser o neoconstitucionalismo Susanna Pozzolo:

Não concordo assim, com a tese daqueles que individualizam um modelo institucional especificamente neoconstitucionalista, senão como produto interpretativo-reconstrutivo à luz de certas posições ideológico-políticas relativas à Constituição. Entretanto, a afirmação de uma certa concepção de Constituição (neste caso, neoconstitucionalista) determina certas exigências e técnicas interpretativas (como por exemplo, a ponderação de valores) que se convertem em uma prática social e assim contribuem para redefinir ou reconfigurar o objeto interpretado (a Constituição). Nesse sentido, essas práticas dão forma ao direito do Estado Constitucional de acordo com sua concepção inicial, ou seja, a concepção termina por determinar uma certa percepção da realidade por parte dos operadores do direito, direcionando a sua prática (práxis) e terminando por reconfigurar a mesma realidade na qual eles atuam. (2006, pág. 78).

De uma forma ou de outra, embora alguns com teses diferentes sobre esse novo modelo antijuspositivista de se aproximar do direito, todas entendem que é a partir daí que a Constituição passou a ter força normativa e de onde se extrai todo o conjunto de ordenamento jurídico e neste momento a efetivação dos direitos fundamentais aparece como destaque na Constituição o que antes se via somente em previsão de lei.

Para entender essa evolução do fenômeno chamado neoconstitucionalismo, José Roberto Barroso destaca três importantes marcos, são eles:

O histórico, o filosófico e o teórico, fundamentais para solidificação da constitucionalização do direito. O marco histórico nos remete à situação mundial do pós Segunda Guerra, com as Constituições da Alemanha e da Itália. Surge, então, o pensamento de tornar a Constituição o centro do ordenamento, onde todos os ramos do direito estariam a ela subordinada, bem como a todos os princípios e direitos fundamentais nela insculpidos, aproximando-se, assim, as ideias de constitucionalismo e democracia, e formando, em consequência, o Estado Democrático de Direito ou Estado constitucional democrático (2005, pág. 3/5).

No que se refere ao marco filofísico este diz respeito ao fato de o positivismo se reduzir ao fiel cumprimento da lei, sendo insuscetível de qualquer discussão acerca da legitimidade e justiça e, conseqüentemente, afastar a ética do Direito.

Por esta razão, foi com fundamento legal que os regimes totalitários justificaram suas condutas, uma vez que a própria legislação reconhecia a existência de uma raça pura e autorizava as mais diversas atrocidades a fim protegê-la.

Em resposta a estes regimes totalitários arraigados surge a nova ordem neoconstitucionalista, onde todo o ordenamento está intimamente ligado com a Constituição e a força normativa de seus princípios, devendo-se formar uma nova hermenêutica constitucional a zelar pelos direitos fundamentais e a buscar o ideal da justiça, por meio da reaproximação entre a ética e o Direito.

No plano teórico, Barroso argumenta que:

Diz respeito à atribuição de força normativa à Constituição, à ampliação da jurisdição constitucional e à propagação de nova dogmática de interpretação constitucional (2005, pág. 6)

A partir daí os dispositivos constitucionais passaram a ter força vinculante e obrigatória e os direitos fundamentais passaram a ser perseguidos junto ao Poder Judiciário, tornando-se necessário uma efetiva participação do magistrado, tendo em vista a necessidade de suas valorações a fim de dar efetividade às cláusulas abertas.

Portanto, o chamado o pós-positivismo surge após a Segunda Grande Guerra, representando o fim da legalidade estrita e proporcionando a reaproximação entre moral e direito, o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e a busca pela aplicação dos princípios constitucionais em todos os ramos do sistema jurídico, a fim de integrar todo o ordenamento.

Assim, as Constituições pós-positivistas têm como foco primordial dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais do indivíduo, de modo a evitar viola-

ções a princípios como dignidade da pessoa humana e valorização social do trabalho.

No Brasil, a centralização da Constituição perante o ordenamento jurídico representou o ingresso de diversos temas em sua esfera de atuação. Instigado pelo princípio da dignidade humana e pelo descrédito do legislador ordinário, o constituinte abarcou uma diversidade de assuntos anteriormente afastados do campo constitucional, com o objetivo primordial de fortalecê-los.

A Constituição de 1988 e o processo de redemocratização foram os responsáveis pela alteração do status de simples carta política para ser o papel central de supremacia sobre os demais ramos e a todos os poderes, sendo primordial alcançar a máxima efetividade da constituição, abandonando o caráter apenas retórico arraigado nos modelos anteriores.

Os direitos fundamentais do homem, passaram a permear todas as relações dada a nova perspectiva constitucional na efetivação dos direitos fundamentais elencadas no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Para Sarlet:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse aspecto, tem-se que pela primeira vez uma Constituição pátria tratou com a merecida relevância a seara dos direitos fundamentais (2012, p.63).

A partir desse momento passou a ser responsabilidade dos poderes Legislativo e Executivo para designarem diretrizes que deveriam ser seguidas para assegurar a aplicação concreta dos direitos fundamentais, sendo responsáveis por definirem políticas públicas e a destinar verbas para implementação dessas políticas.

Por essa razão, fica evidente a necessidade de se administrar um orçamento público a ser gerido com eficiência, moralidade e honestidade, sendo que a própria Constituição traçará os limites de discricionariedade dos gestores do orçamento público e os seus deveres de atuação para desenvolver e aplicar as políticas públicas em prol da concretude dos direitos fundamentais.

Para tanto, os poderes Legislativo e o Executivo devem promover a criação de leis suficientes para atingir o fim almejado pela Constituição, bem como definir e por em prática as políticas públicas aptas a proteger os direitos fundamentais. Ao judiciário, devido à ausência de eleições para ingresso em sua carreira, cabe assegurar a supremacia da Constituição, sendo que ao magistrado compete realizar o controle de constitucionalidade, invalidar ato legislativo, suprimir omissão legislativa ou executiva e dar máxima efetividade aos direitos fundamentais do indivíduo.

No entanto, essa nova teoria constitucional trouxe também a necessidade de controle judicial das políticas públicas determinadas pela Constituição, sendo

reconhecido o processo de judicialização da política.

Eduardo Ribeiro Moreira, preleciona que:

A origem do constitucionalismo representou uma necessidade: a da limitação dos poderes. Sempre repetida entre as Constituições, a limitação dos poderes encontrou-se aperfeiçoada pelo sistema de freios e contrapesos, constitucionalmente estabelecida. Tal possibilidade de freios e contrapesos é formalmente prevista e age até sob a crise institucional máxima. A sobrevivência da Constituição identifica-se com a saída de uma crise pelos meios constitucionais previstos. Nenhuma decisão política pode superá-la. As possibilidades de exercício de controle material das decisões políticas, com base nos direitos fundamentais, objetivamente considerados, são pequenas, quase reservadas à votação do orçamento público por parte do poder Legislativo, após a sua elaboração por parte do Poder Executivo (2008, pág. 130).

E acrescenta:

Outra forma é por meio de controle exercido pelo Poder Judiciário, que deve fiscalizar as políticas públicas. O parâmetro de tal controle é material e objetivo, porque deve seguir as pautas constitucionais, também chamadas de políticas que agem na atuação do Poder Judiciário, mas também, em grande escala, os direitos fundamentais, que, como muitas das políticas, têm natureza de princípios (...). A judicialização da política ganha limites ao lado de um aumento de força, pois não é qualquer política pública, mas aquela com base em metas previstas na Constituição. Os direitos fundamentais são erigidos a fundamentos do controle. (2008, pág. 131 e 132)

Dessa forma, os direitos fundamentais nessa nova perspectiva de Constituição do Estado possuem natureza minoritária, porque não estão submetidos à vontade da maioria eleita pela população, por que essa mudança no panorama jurídico, político, social, cultural e econômico do País, embora tenha tornado a Constituição o centro do ordenamento, estabelecendo um extenso rol de direitos fundamentais, em contrapartida a judicialização da política transforma a ordem vigente, corrigindo as impropriedades das políticas públicas.

3 O PODER JUDICIÁRIO E A NOVA ORDEM NEOCONSTITUCIONALISTA

Nas Constituições anteriores a de 1988 o Judiciário permanecia inerte, pois a lei tinha carga vinculativa muito maior que a Constituição, permanecendo sujeito

aos ideais dos políticos eleitos no processo eleitoral democrático.

Com a nova ordem neoconstitucionalista o poder Judiciário tornou-se efetivamente independente e, por esta razão foi o maior alvo de mudanças, já que passou a vincular-se apenas à Constituição.

As mudanças mais significativas da atuação do Poder Judiciário foi sua ampliação constitucional e a aspiração por justiça surgindo demandas de implementação de políticas públicas em razão da inércia dos demais poderes para a concretização de direitos fundamentais mínimos.

Assim, o magistrado passou a possuir um inegável papel político no desempenho de suas atividades nunca antes presenciado com o fito de colocar em prática os fins estabelecidos pelo constituinte de 1988.

Essa nova perspectiva do Poder Judiciário fez surgir um novo magistrado, mais proativo, responsável pela tutela dos valores constitucionais e sua efetivação, em contrapartida trouxe uma eterna discussão acerca da sua legitimidade para interferir no planejamento político, uma vez que sua atuação deveria se dar somente de maneira excepcional e o que se vê, na prática, é sua atuação cada vez mais presente, tamanhas são as omissões legislativas, pondo em risco, o princípio da separação dos poderes, o que não se admite.

É assegurado pela Constituição Federal, em seu artigo 60, § 4º, inciso III, a Separação dos Poderes. Neste ponto, o Poder do Estado, que é uno, tem suas funções repartidas nas esferas do Judiciário, Legislativo e Executivo, tendo suas respectivas competências previstas na carta política, dando margem ao sistema de freios e contrapesos.

Leciona Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro:

É inegável a influência da teoria da separação dos poderes, tal como desenvolvida pelo Montesquie, no modo de perceber o Poder Judiciário e as suas relações com outros Poderes, notadamente o Legislativo. E nessa visão é notório o limitado pela atribuído ao Poder Judiciário, o qual tinha sua atividade reduzida a uma tarefa de aplicação mecânica lógico-silogística do texto legal cuja consciência deveria ser absoluta. O pronunciamento judicial representava mera reprodução fiel do decidido abstratamente pela lei. Conforme averbado em consagrada doutrina, por razões históricas e ideológicas, o Judiciário podia verse como autoridade", e não como um verdadeiro e próprio poder. (2011, pág. 39 e 40)

Assim, ao magistrado competirá uma interpretação sistêmica da Constituição de forma a garantir a inafastabilidade da jurisdição e ao mesmo tempo agir

de forma legiferante sem extrapolar a sua legitimidade.

A nova postura do judiciário de assegurar os preceitos constitucionais pela inércia dos legitimados pelo povo é denominada de ativismo judicial.

No que se refere ao papel da função jurisdicional Edinilson Donisete Machado destaca que:

A autonomia judicial não pode ser excessiva, posto que poderá vir a exteriorizar apenas a vontade individual do julgador, da mesma maneira que nunca poderá ser excessiva a adesão aos princípios constitucionais, em sua aplicação, haja vista que derogariam todas as regras do sistema que promovem a autonomia necessária ao cumprimento do controle da vontade política substancial, consolidada no ordenamento, via Constituição. A autonomia judicial, assim, ao se limitar aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios, evita a arbitrariedade. (2012, pag. 113).

Não obstante esse ativismo judicial causar assombros por diversos campos do direito, o certo é que, no contexto atual, tem-se por essencial, uma vez que proporciona a implementação de políticas públicas e garante segurança jurídica à população, impedindo a violação dos direitos fundamentais decorrentes da inoperância da Administração Pública.

4 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é um fenômeno marcante no Estado democrático de Direito, tendo sido alvo de elogios, porém de muitas críticas. Essa nova atividade do magistrado em dar efetividade aos direitos fundamentais com supedâneo as omissões legislativas têm causado grandes discussões acerca dos pontos positivos e negativos dessa nova atitude pró-ativa do Poder.

Teve sua origem na jurisprudência norte-americana e em território com a consagração da redemocratização da Constituição de 1988, com inspiração na sede por justiça, o descrédito nos gestores eleitos pelo povo e a reaproximação entre a moral e o direito e a consequente busca ao Judiciário para suprir as falhas na efetividade de direitos a serem garantidos por outras esferas do Poder.

Frente a esta nova tendência o novo magistrado passou a ter nova postura de proferir decisões que deveriam advir da Administração Pública, interpretando e aplicando a lei conforme os ideais do constituinte originário, de modo a dar concreta aplicação aos direitos fundamentais do homem, previstos na Constituição Federal de 1988.

Cumpra asseverar que o ativismo judicial visa controlar o abuso dos de-

mais poderes e a excessiva morosidade com que estes poderes demoram para estabelecer leis para garantir os direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesse cenário, a atuação do magistrado é colocada em discussão, de forma a justificar suas condutas em normas positivadas, com o intuito de não dar margem a eventual discussão acerca do princípio da separação dos poderes.

Um ponto a ser destacado é que as decisões judiciais ativistas acabam, efetivamente, resolvendo conflitos sociais de forma prática, que antes permaneciam sem solução, a espera da atuação dos poderes Executivo e Legislativo. Foram resolvidos casos como a greve dos servidores civis, terceirização de serviços, regras de eleição, extinção do nepotismo, que se dependessem dos verdadeiros legitimados, talvez, até hoje, estariam sem solução efetiva.

De outra banda, embora resolvido muitos conflitos sociais que clamavam por solução legislativa, a atuação dos jurisdicionados trouxe o ponto negativo da chamada politização da justiça, que é um perigo eminente para a democracia esculpida na Constituição de 1988.

Indaga-se. Poderia todos os conflitos sociais serem resolvidos pelo Judiciários? Quais são então os limites de atuação para preservar institucionalmente o Poder Judiciário?

Aponta Aurélio Wander Bastos:

À medida que o Poder Judiciário tem o âmbito de sua competência determinado pelo ordenamento jurídico, os limites de sua capacidade para absorver e decidir conflitos sociais ficam reduzidos às determinações substantivas, o que diminui enormemente o seu potencial adaptativo e circunscreve as suas aberturas para receitação de demandas a parâmetros intra-sistêmicos, desvinculando-se o Poder Judiciário do meio-ambiente circundante. Quanto menor for a capacidade do Poder Judiciário para resolver as disfunções sistêmicas, maiores serão as possibilidades de ocorrências de entropias positivas e/ou negativas. (2001, pág. 118).

E complementa o mesmo autor:

Historicamente, o Poder Judiciário forma-se com o potencial necessário para resolver os conflitos onde os vínculos antagônicos são individuais, aliás, basta lembrar que o nosso Código de Processo Civil mais se destina a viabilizar demandas de natureza individual. O crescimento da complexidade de cada destas unidades da relação social antagônica e a paralela manutenção do simplismo da mecânica judiciária faz com que o Judiciário seja levado a absorver os conflitos sem o potencial necessário para decidi-los. Fruto da

visão clássica e burocrática de organização do Poder, tradicionalmente tratado como serviço a mecânica sistêmica do Judiciário não acompanhou a intensificação de complexidade processual da vida societária. (2001, pág. 151)

Portanto, além de não conseguir abraçar todos os conflitos sociais, outra crítica está no fato dos magistrados não terem sido eleitos pelo povo e, “não representarem” a vontade expressada pela população através do processo eleitoral.

Apesar da crítica, o certo é que a legitimidade do Poder Judiciário em atuar invalidando atos e/ou leis dos poderes preenchidos por membros eleitos pelo povo advém da própria Constituição Federal e dessa forma o perigo da legitimidade democrática do magistrado em intervir para aplicar as normas constitucionais é bastante reduzido.

É de competência do Poder Judiciário a tutela da Constituição, bem como a efetividade dos direitos fundamentais, contudo, não se pode perder de vista o respeito da esfera Legislativa com objetivo de garantir o Estado Democrático de Direito.

A função ativa do judiciário deve estar intimamente relacionada a interpretação constitucional, não comportando alucinações e devaneios de juízes e desembargadores ao aplicar os mais diversos princípios constitucionais.

Não se pode perder de vista que o risco de politização da justiça é evidente, no entanto política e direito não se confundem e não podem se confundir. As leis são frutos de resultados de longos processos eleitorais e discussões acirradas e debatidas sobre o impacto da criação de leis, advindo a política efetiva.

Por sua vez, o Direito aproxima-se da ética e da moral, aplicando-se a lei no caso concreto, com supedâneo na Constituição Federal. A atuação do magistrado para não adentrar a esfera legislativa, deve ser técnica, pautada no ordenamento vigente, com argumentação justa, convincente, de modo a não dar margem para a manifestação política por via judicial.

No atual o panorama brasileiro atual, em que o neoconstitucionalismo encontra-se solidificado, bem como a supremacia da constituição e a força vinculante dos princípios constitucionais, favorece o fenômeno do ativismo judicial e o Judiciário por sua vez, engajado na efetivação de direitos constitucionais e, em especial, dos direitos fundamentais, afasta-se da ultrapassada ideia de autocontenção judicial presente até antes da Constituição de 1988 e passa a aceitar produção ativista dos magistrados pioneiros.

5 BREVE RELATO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E O DIREITO DO TRABALHO

O legislador inspirado pela nova ordem neoconstitucionalista em que a Constituição é dotada de natureza vinculante e com o intuito de proteger um dos valores centrais do ordenamento jurídico que é o trabalho, passou a prever uma série de direitos e garantias fundamentais sociais ao trabalhador.

Inicialmente, alterou o seu enfoque para a efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles o direito ao trabalho e com ele sua inclusão social, inspirado na dignidade da pessoa humana.

Trouxe uma nova perspectiva do Direito do Trabalho, voltada para um eixo constitucional, tendo como característica a busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais. São direitos fundamentais sociais de todo empregado: o direito ao salário mínimo, ao décimo terceiro salário, ao gozo de férias remuneradas, jornada de trabalho limitada, a livre associação sindical e o direito de greve.

É de competência da Administração Pública estabelecer políticas públicas voltadas para redução da discriminação laboral (inserção de minorias no mercado de trabalho), ampliação do emprego, capacitação profissional, estímulo a contratação ao primeiro emprego.

Não obstante, também nesse ramo do direito, tem-se presenciado a omissão dos verdadeiros legitimados em colocar em prática as políticas de concretização dos direitos sociais trabalhistas.

São direitos que, consoante a proibição do retrocesso, apenas podem ser modificados de forma a adotar uma postura humanitária que vise à melhoria das condições sociais, sempre tendo como norte a justiça social trabalhista.

6 ATIVISMO JUDICIAL TRABALHISTA

Da mesma forma que nos demais ramos do direito o ativismo judicial também permeia a justiça do trabalho, só que de forma pioneira. São vários os exemplos de postura proativa do magistrado, tais como a limitação a garantia de emprego da gestante, a definição da base de cálculo do adicional de insalubridade, terceirização de serviços e o reconhecimento do direito de greve aos servidores públicos civis.

Imprescindível mencionar de que a Justiça do Trabalho brasileira foi criada num contexto de expropriação de conflitos pelo estado, especialmente os travos entre o capital e o trabalho. Assim, a criação de uma Justiça Trabalhista, vinculada ao poder Executivo possuía uma inequívoca finalidade de controle social.

As propostas de instituição do chamado “poder normativo da justiça do trabalho”, com fundamento em regras gerais e abstratas, suscitavam sérias preocupações com os limites da função normativa da Justiça do Trabalho que, para muitos, consistiria na usurpação das prerrogativas do legislativo.

Afora essas preocupações, a Justiça do trabalho no âmbito de seus conflitos socioeconômicos, já revelava o pioneirismo em relação ao ativismo judicial muito antes da Constituição de 1988, quando esse potencial passou a ser visível no Judiciário como um todo. E essa força do judiciário trabalhista pode ser inicialmente identificada nos dissídios coletivos, no exercício do poder normativo, na força do direito sumular trabalhista e no modelo de juiz trabalhista ativo a ponto de resolver questões trabalhistas individuais, pautadas em princípios trabalhistas ante as omissões legislativas para resolver esses conflitos.

Outra expressão bastante utilizada nos temas que envolvem a questão do ativismo judicial é a protagonismo judicial que é uma espécie de ativismo que se ausenta do comprometimento que deve ser intrínseco à atividade jurisdicional.

Nesse sentido argumento Lênio Luiz Streck:

(...) há uma forte acusação ao protagonismo judicial. Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é o Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores? (2013, *passim*)

Fato é que na Justiça do Trabalho brasileira existe um poder normativo conferido por lei aos sindicatos e aos empregadores, para que no exercício de sua autonomia, estipulem acordos e convenções coletivas a serem aplicáveis as relações de trabalho estabelecidas em seu campo e âmbito de atuação.

Também possuem os Tribunais do Trabalho o chamado poder normativo *stricto sensu* de proferir sentenças aplicáveis a todos os membros envolvidos no dissídio coletivo, tendo assim o Judiciário trabalhista a responsabilidade de instituir normas que possam ser aplicáveis as relações individuais dos setores que são representados pelo processo do dissídio coletivo.

O exercício do poder normativo permite identificar com clareza o protagonismo judicial na Justiça do Trabalho que, por muito, é extremamente criticada por considerarem uma invasão de competência do Legislativo pelo Judiciário Trabalhista.

Por outro lado, em tempos de expansão do protagonismo judicial em outros ramos do direito é possível verificar a o interesse público em estender as características do poder normativo a outros ramos do Poder Judiciário, apontando, inclusive, as ações coletivas sobre o direito à saúde, pois talvez estas medidas seriam úteis desde que resultem em desconsideração da individualidade de cada um e acarretem a efetividade dos direitos fundamentais em prol de um absoluto interesse coletivo.

Também de forma pioneira, o Direito do Trabalho, mesmo antes da Constituição de 1988, o Tribunal Superior do Trabalho já desenvolvia substancialmente a criação de normas através da edição de súmulas.

Ao longo do tempo vários precedentes criados pelo TST foram reconhecidos por seu caráter criativo, embora ainda sem efeito vinculante, como é o caso dos enunciados que tratam sobre a natureza de verbas trabalhistas recebidas, trabalho bancário, a ponto dos enunciados serem considerados como fonte formal do direito.

Os enunciados trabalhistas criados pelo TST sempre tiveram força persuasiva contudo sem efeito vinculante, pois integravam lacunas normativas do legislativo, e traçavam um norte para outras decisões. O TST sempre teve um papel de construção de teses jurídicas, manifestando assim o protagonismo judicial dos juízes (desembargadores), fortalecendo ainda mais essa função após a promulgação da Constituição de 1988.

Desta forma, fica nítido e perceptivo o pioneirismo do modelo trabalhista no que se refere ao ativismo judicial. Embora, quando esta mentalidade jurídica quando criada não tenha sido adequada as soluções dos conflitos sociais trabalhistas é bem verdade, que, talvez sem intenção, já desvelava, em seus atributos o desenvolvimento da atividade pró-ativa do magistrado para resolver os conflitos, que culminou com a expansão pelos demais ramos do processo judiciário.

Há ainda, uma peculiaridade do Processo do Trabalho que fortalece ainda mais a atuação ativo do magistrado que é a possibilidade de se aplicar subsidiariamente dispositivos processuais de outros diplomas legais, permitidos pelo artigo 769 da CLT.

Este artigo sempre foi visto com críticas, ante a dificuldade de se identificar quais as lacunas e a noção de incompatibilidade, no entanto, ganha força as propostas que indicam a efetividade do processo utilizando as fontes subsidiárias para que se resolva o conflito no caso concreto.

De qualquer forma, o Direito Processual do Trabalho sempre se mostrou à frente do seu tempo o que diz respeito ao protagonismo judicial na resolução de conflitos judiciais trabalhistas, sendo que alguns destes conflitos resolvidos deles merecem destaque.

O primeiro caso de maior destaque envolve a questão da limitação à garantia de emprego da gestante, previsto no artigo 10, II, b, do ADCT. Em 1997 prevaleceu à tese de que a ausência de cumprimento da obrigação de comunicar o empregador o estado de gravidez, em determinado prazo após rescisão contratual, afastaria o direito a estabilidade.

Posteriormente o STF passou a considerar o direito inderrogável, bastando a confirmação do estado de gravidez, independentemente de tal comunicação prévia. Isto impulsionou o TST a modificar a OJ anteriormente editada o que ocorreu em 2004, quando referida OJ passou enunciar a tese de que o desconhecimento gravídico não pelo empregador não afastaria o direito decorrente a indenização estabilitária. Mais adiante a Súmula 244 do TST que incorporou a referida OJ praticando ativismo judicial em sua própria jurisprudência, definindo na integralidade o tema.

Outro exemplo é a presunção como discriminatória da dispensa de empregado portador de doença grave prevista na Súmula nº 443, do TST, é um dos exemplos do ativismo judicial na Justiça do Trabalho.

Referida súmula presumiu discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra considerada grave que suscite discriminação ou preconceito, cabendo ao empregador demonstrar causa plausível à dispensa para não ser considerada uma dispensa discriminatória.

Ao agir desta forma e ao editar a referida súmula o Tribunal Superior do Trabalho desempenhou, então, uma postura ativista, criando uma nova forma de estabilidade no emprego com base em princípios constitucionais e o fez fundamentando sua decisão nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Também como exemplo do ativismo judicial na Justiça do Trabalho está a regulamentação da terceirização de serviços pelo Tribunal Superior do Trabalho com a edição da súmula 331 do TST.

Referida súmula veio de encontro a necessidade de reduzir os custos da produção e ao mesmo tempo fomentar o emprego, possibilitando assim a terceirização de diversos serviços considerados de atividades meio, sem, no entanto, desproteger o trabalhador da atividade fim.

Assim, diante da omissão legislativa a respeito do tema, o cenário de expansão da terceirização sem precedentes e por trazer nos dizeres de Maurício Godinho Delgado “o TST sentiu-se no dever de regulamentá-la de forma a não vulgarizar tal atividade”. (2012, pág. 435).

Desta forma, foi editada a súmula 331 com a incumbência de efetivar as normas jurídicas constitucionais e melhorar as condições de trabalho dos trabalhadores e o Tribunal o fez, tendo em vista a violação de direitos como dignidade da

pessoa humana, valorização social do trabalho e proteção à consciência coletiva dos trabalhadores.

São apenas dois exemplos, dentre vários, de ativismo judicial na esfera trabalhista e que tem provocado grande debate na doutrina com relação a legitimidade do magistrado.

Em que pese debatido, questionável e criticado, o atual ativismo judicial trabalhista se mostra necessário, pois é uma poderosa ferramenta para solução da inércia legislativa, a postura proativa do juiz não pode ser eliminada em razão da necessidade de garantir o “dever ser” arbitrado pela Constituição Federal, no entanto, deve ser utilizada com ponderações ante a possibilidade de se fazer um ilimitado Poder Judiciário, comprometendo a separação dos poderes.

Por fim, deve-se salientar que o ativismo judicial, especificamente o trabalhista atualmente exercido decorre, em especial, da omissão legislativa para dirimir todas as atividades trabalhistas contemporâneas, inexistência de políticas públicas voltadas para a promoção do pleno emprego, fomento ao primeiro emprego, não discriminação das minorias trabalhistas obreiras que são resultantes de um arcaico arcabouço jurídico editado em 1943, a CLT.

7 CONCLUSÃO

Buscou-se com este trabalho, ainda que brevemente e de forma resumida e superficial, demonstrar que a evolução do Direito fez emergir, gradativamente, um processo de ativismo judicial, fruto do neoconstitucionalismo desenvolvido com a redemocratização permeada pela Constituição de 1988.

Como vimos essa nova postura proativa do Poder Judiciário é muito mais complexa do que poderíamos imaginar e suscita inúmeros pontos positivos e negativos, comuns a todas as áreas do direito, incluindo a esfera trabalhista abordada especificamente neste artigo.

O ativismo judiciário se desenvolveu em razão do panorama criado pelo neoconstitucionalismo, conferindo à pessoa humana papel de destaque entre todas as relações sociais. O anseio da população em ter seus direitos fundamentais concretizados, a disponibilidade judiciária em dar efetividade aos preceitos constitucionais e a constante omissão legislativa e/ou executiva tornaram o fenômeno do ativismo judicial muito mais corriqueiro do que antes se imaginava.

Esse novo contexto criado pela interpretação proativa da Constituição Federal, a extrair o máximo dos preceitos constitucionais sem criar novas leis, suscita dúvidas, ainda, quanto a sua legitimidade. Teria o Judiciário legitimidade e condi-

ções para solucionar todos os conflitos sociais trabalhistas?

Sabe-se que o Poder Judiciário age consoante previsão constitucional, a conferir interpretação sistêmica ao ordenamento jurídico, a garantir a inafastabilidade da jurisdição e a assegurar a máxima efetividade aos direitos fundamentais, daí a sua legitimidade.

Portanto, tem-se por legítimo o perfil proativo do magistrado quando, omissos os verdadeiros legitimados, o aplicador do direito agir consoante os ideais do constituinte originário, com o fito de proporcionar máxima concretização dos direitos fundamentais e oferecer segurança jurídica aos cidadãos, mais especificamente aos direitos trabalhistas.

Como visto, o ativismo permeia por todos os campos do direito e, no Direito do Trabalho, alguns pontos mereceram destaque, tais como: a terceirização de serviços, a não discriminação do empregado portador de doença grave e a limitação a garantia de emprego da gestante.

Todos os temas mencionados como exemplos forma amplamente discutidos e regulamentados pelo Tribunal Superior do Trabalho em razão da omissão legislativa e por envolver diversos direitos fundamentais tais como a dignidade da pessoa humana e valorização social do trabalho.

Porém, é indubitável que essa ferramenta em posse do Poder Judiciário (ativismo judicial) seja utilizada com o devido cuidado, que pode acarretar na criação de um ilimitado Poder Judicante em detrimento dos demais poderes, comprometendo, definitivamente, a cláusula pétrea da Separação dos Poderes.

8 REFERÊNCIAS

BARROSO, Jose Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, in: RDE. Revista de Direito do Estado, 2009.

BRASIL, **Consolidação das leis do Trabalho - CLT**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. São Paulo. Saraiva, 2014

BASTOS, Aurélio Wander. **Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris Ltda, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo. Ltr. 2006

DUARTE, Écio Oto Ramos, POZZOLO Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006

MACHADO, Ednilson Donisete. **Ativismo judicial: limites constitucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: letras jurídicas, 2011

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição**. São Paulo. Editora Método, 2008.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. **Poderes Executórios do Juiz**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STREK, Lênio Luiz. **O ativismo Judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Consultor Jurídico - Senso Incomum, 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Índice de Súmulas do TST. Disponível em. Acesso em 20 de novembro de 2014.