

ATIVISMO JUDICIAL TRABALHISTA: UM ENSAIO ENTRE A RAZOABILIDADE E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR

JUDICIAL ACTIVISM LABOR: A TEST BETWEEN REASONABLENESS AND PROTECTING THE DIGNITY OF WORKER

Aloísio Alencar Bolwerk¹

Maria Leonice da Silva Berezowski²

RESUMO

O presente artigo aborda reflexão sobre a incidência do ativismo judicial na esfera do direito do trabalho. Atividade esta que, em determinadas situações, termina por afetar negativamente direitos do trabalhador a tal ponto de afrontar sua dignidade humana. Questiona-se assim o debate quanto à legitimidade do exercício jurisdicional praticado pela Justiça Trabalhista no que tange a atuação quase legislativa e, portanto, no desempenho de função atípica. Nesta senda, arrimado no ideal interpretativo da corrente pós-positivista, resta justificada atuação premente por parte do Poder Judiciário ou configura exacerbação interpretativa a violar valores e direitos conquistados e consagrados ao longo da história? Em sua atividade e consequente prestação jurisdicional, nota-se conduta a acarretar respostas desarrazoadas, de conteúdo inconstitucional, ferindo, inclusive direitos adquiridos pelo trabalhador. Tal arguição encontra respaldo filosófico no princípio protetor do Direito do Trabalho, bem como na avaliação que se faz quanto à fragilidade da dignidade humana do trabalhador quando posta em debate em sede de atividade judicial que não se faz reger por parâmetros e limites jurídicos, desencadeando, assim, num exercício jurisdicional sem compromisso com a razoabilidade e com os efeitos sociais provocados na classe trabalhadora.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Razoabilidade. Dignidade Humana. Trabalhador.

ABSTRACT

This article discusses reflection on the incidence of judicial activism in the sphere of labor law. Activity is that in certain situations, ends up negatively affecting employee rights to the point of facing their human dignity. Thus questioned the debate about the legitimacy of judicial review exercise carried out by the Labor Court in relation to quasi-legislative and therefore the performance of atypical function performance. In this vein, supported the interpretive ideal of post-positivist stream, left justified urgent action by the judiciary or sets

¹ Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Tocantins, de Teoria do Direito do CEULP/ULBRA. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins. Advogado.

² Doutoranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL). Professora de Direito da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO).

interpretative exacerbation violating rights and values enshrined and conquered throughout history? In its activity and consequent adjudication, there is action to cause unreasonable answers, unconstitutional content, wounding, including rights acquired by the worker. Such philosophical argumentation finds support in protective principle of labor law, as well as evaluating what is done about the fragility of the human dignity of the worker when put into debate in judicial activity that does not regulate by legal parameters and limits, triggering, thus, a court exercising without commitment to fairness and the social effects of the working class.

KEYWORDS: Judicial Activism. Reasonableness. Human Dignity. Worker.

INTRODUÇÃO

O enfoque do presente tema traz consigo análise filosófica sobre a dignidade da pessoa humana entrelaçada ao conteúdo pertinente ao direito do trabalho. Este liame é posto em discussão levando-se em conta a atividade jurisdicional, entendida enquanto exercício interpretativo por parte do Poder Judiciário em torno de questões jurídicas que passam pelo seu crivo de apreciação, bem como a forma como estão sendo apresentadas as respostas jurídicas deste Poder.

A reflexão de conteúdo jusfilosófico leva em consideração parâmetros e limites em relação ao ato interpretativo que desencadeia no que vem a se caracterizar enquanto ativismo judicial, principalmente no tocante à análise do juízo de adequabilidade empenhado pelo hermeneuta quando da fundamentação e da argumentação empregadas ao caso em tela. Para atingir este desiderato é imprescindível fazer abordagem em torno da dignidade humana ao tema em tela, vez que tal princípio faz insurgir o pensar sobre o homem e sua existência, deparando-se com questões que envolvem o “ser”, portanto, dotado de fenomenologia que abraça o mundo ontológico. Assim, a jusfilosofia que abraça a dignidade eleva o pensamento para considerar a vida com dignidade, que em seu *status* epistemológico de compreensão e concepção – ou na linha interpretativa Kantiana – comporta dizer que a dignidade não é questionável ou mensurável em relação ao homem porque em verdade é imanente à natureza deste, assumindo verdadeiro caráter transcendental.

Assim, o prisma interpretativo que paira sobre este princípio é a reflexão sobre sua imanência e transcendência, sem levar em conta qualquer juízo que possa acarretar em comparações ou que pretenda torná-la finita. É cediço que, ao se tratar de dignidade, o equilíbrio é preexistente, não ensejando mensuração. Sendo assim, não é passível de

negociações e ou comparações e nem mesmo de apreciação que possa importar em valoração material.

Posicionamento contrário ao acima arrimado é renegar aquilo que para Kant é supremo e não têm limites e que foi veementemente mostrado em seu escoreito imperativo categórico, bastando para sua compreensão a clarividência para entender que tudo vem depois da dignidade, em decorrência da irradiação valorativa imaterial dela, ou seja, reflexo da evidente carga axiológica e jurídica deste princípio geral do direito.

Quando o ordenamento jurídico se apresenta baseado nesta premissa maior, tem-se de fato a conjugação dos valores morais e o respeito às normas como uma sequência de atividades práticas que norteiam a vida dos cidadãos, não restando dúvidas de que valores substanciais estão sendo dignificados de acordo com sua imprescindível posição, fazendo com que o arcabouço jurídico seja passível de derivação.

Na esfera trabalhista, especificamente, é possível acentuar a colaboração do pensamento Kantiano em retratar a importância da singularidade da dignidade humana do trabalhador, percebendo que o mesmo é um fim e não um meio que de forma inflexível passa a ser utilizado e abusado pelo sistema capitalista para alcance de fins econômicos. Assim, a dinâmica capitalista termina por inverter valores presentes na relação de trabalho e o que se prestaria a servir ao bem-estar do trabalhador acaba por abastecer unilateralmente os anseios mercantis de ordem excessivamente lucrativa.

Notam-se situações maculadas pela inversão de valores que denotam numa ausência de racionalidade e de razoabilidade, mitigando menções atreladas à moral e à dignidade do trabalhador, enquadrando-o num círculo vício mercantilista sem qualquer comprometimento com os direitos e a valorização deste.

Reconhecer a dignidade do trabalhador é reconhecer a relevância da ontologia, portanto da dignidade do “ser”. O ordenamento jurídico e em especial as normas trabalhistas devem ser fustigadas para atingir este desiderato, qual seja: de reafirmação das conquistas dos direitos sociais em consonância com a leitura dos direitos humanos da classe trabalhadora.

Nesta senda, a valorização do trabalho humano passa a ser norma-padrão contrária a qualquer intento que objetiva mitigá-la ou condicioná-la ao regime de servidão do trabalhador. A este deve ser resguardada atenção ao contexto social, mediante políticas internas (institucionais) que possam oportunizar e incentivar o livre e pleno trabalho, corolários indispensáveis e que fomentam a participação e a inserção do trabalhador no processo de auto-reconhecimento como um fim em si mesmo.

1 REFLEXÕES SOCIAIS E HISTÓRICAS DO TRABALHO

Nota-se que a percepção e a proximidade coerente deste assunto contextualizada na sociedade contemporânea subjaz o retrato trazido no seio da Constituição Federal de 1988, aclamada por ser a Constituição Cidadã. No livro constitucional ratifica-se a relevância jurídica e a exaltação da dignidade humana em suas diversas vertentes interpretativas, principalmente a incidente na esfera trabalhista.

Ao se analisar a dignidade humana em suas diversas vertentes interpretativas pretende-se demonstrar a profundidade do grau de fundamentalidade de sua existência para a sociedade, para o ordenamento e, claro, o seu entrelaçamento imante nas relações trabalhistas. A fundamentalidade da existência digna que ratifica a condição humana prevista na Constituição Federal é anterior ao processo constitucional, servindo o texto jurídico supremo como instrumento ratificador, vez que a dignidade é intrínseca do ser humano.

Dessa verdade teológica, que identifica o homem à imagem e semelhança do Criador, derivam sua eminente dignidade e grandeza, bem como seu lugar na história e na sociedade. Por isso, a dignidade da pessoa humana não é, nem nunca foi, uma criação constitucional, mas um dado que preexiste a toda a experiência especulativa, razão por que, no âmbito do Direito, só o ser humano é o centro de imputação jurídica, valor supremo da ordem jurídica. (GOMES, 2005, p. 21).

A sociedade ainda vive sob um espectro de dúvidas e comportamentos que se chocam com a valorização do trabalho. Tal fato termina por inverter valores humanísticos porque associa a classe trabalhadora a uma “peça” passível de descarte, convertendo-a ao mero “status” de “homo laboris”³.

O materialismo histórico do texto constitucional preocupou-se com a dignidade e a valorização da classe trabalhadora, trazendo em seu bojo a cientificidade dos seus significados conceituais. Agora, diante da atual conjectura constitucional, resta o olhar hermenêutico interpretativo e compromissado com o reforço e a robustez dos direitos trabalhistas.

É neste contexto e a partir da interpretação Kantiana que se nota a ideia concebida de que a dignidade humana é o ponto de partida para a afirmação do ser como centro, onde não há possibilidade para a “coisificação” do homem e nem a supérflua ideia de considerá-lo como uma mera condição para o alcance de pretensões puramente materiais, mas sim o “ser” como o próprio marco teleológico a ser alcançado.

³ Expressão utilizada por Hannah Arendt *in* **A condição Humana**.

É inegável o reconhecimento da evolução nas relações de trabalho, pois ao se retratar a figura do trabalhador do século XIII, o que se observou foi a construção de uma sociedade solidificada em relações sociais deturpadas e retratadas de forma evidentemente dolosa em relação à exploração do trabalhador e conseqüente desconsideração de sua dignidade.

Muitas mudanças correram no transcorrer da passagem histórica, porém, ainda é de se notar a permanência da existência do “homo laboris”, que em verdade remete ao retrato de uma realidade servil que teima em rondar as relações de trabalho. Contemporaneamente, apesar das relações se apresentarem mais sofisticadas em virtude dos meios tecnológicos empregados, esta mesma tecnologia que beneficia também traz novamente temores e inseguranças daquelas situações que aparentemente imaginavam-se superadas.

Percebe-se uma grande mobilização social envolta pela flexibilização das relações trabalhistas, proposta esta que faz parte de uma abordagem arraigada no pensamento neoliberal e que nos dias atuais tem amparo no negativismo do ativismo judicial, o qual precisa ser reavaliado e levado à discussão, visto que a partir de uma abordagem equivocada sobre o tema, este pode trazer ou fazer vivenciar situações não mais toleráveis, considerando o consenso social trabalhista existente a partir dos direitos adquiridos conquistados pela classe.

Aceitar estes reflexos negativos seria o mesmo que admitir um retrocesso, não apenas histórico, mas também jurídico-constitucional. Ademais, tal aceitação também tem reflexos negativos no processo democrático de construção e reivindicação dos direitos trabalhistas, pois configuraria diminuição do direito coletivo, desqualificando sua real e efetiva importância e contribuição na composição do tecido jurídico dos direitos dos trabalhadores.

Para algumas correntes doutrinárias, a flexibilização dos direitos trabalhistas importaria na retomada de uma abordagem ultrapassada das relações preeminente compostas pela figura do empregador e do empregado, criando aí um hiato entre os dois polos. Esta mesma base doutrinária conclui que de acordo com as diretrizes do Estado Democrático de Direito seria um desajuste jurídico estabelecer tal flexibilização, fazendo retornar e prevalecer os ideais do liberalismo, onde a classe opressora (patronal) voltaria a ter todo o domínio da relação e a parte hipossuficiente (o trabalhador) restaria apenas à subordinação e obediência, vez que sem forças não conseguiria ver sua verdade prevalecer por falta de mobilização e representação.

Importante consignar que a corrente de pensamento neoliberal que vem ganhando espaço no mundo capitalista se apresenta firmada na ideia de que com a flexibilização das

relações de trabalho, o empregador teria um campo de atuação maior, o que denotaria tipos de políticas adotadas que trariam também para o empregado resultados benéficos.

2 A DIGNIDADE HUMANA COMO BASE PARA O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DOS TRABALHADOR

Importante e pertinente consignar neste momento breve distinção entre valores e princípios, pois embora relacionados aos valores, os princípios com estes não se confundem, vez que se relacionam aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. Ademais, os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, já os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento. Rizzato Nunes também pondera sobre esta distinção:

É preciso deixar clara uma distinção entre princípio e valor, para buscar eliminar a confusão que se faz entre os conceitos na linguagem jurídica corrente. Com efeito, têm-se usado os dois termos indistintamente, como se tivessem o mesmo conteúdo semântico. Mas o fato é que, enquanto o valor é sempre um relativo, na medida em que vale, isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização. O princípio é, assim, um axioma inexorável e que, do ponto de vista do Direito, faz parte do próprio linguajar desse setor de conhecimento. Não é possível afastá-lo, portanto. O valor sofre toda a influência de componente histórico, geográfico, pessoal, sócia, local etc. e acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação – jurídicas ou não (...). O princípio, não. Uma vez constatado, impõe-se sem alternativa de variação. (202, p. 05).

No que tange à dignidade da pessoa humana, esta assume natureza axiológica, na medida em que é um valor agregado ao homem enquanto ente ontológico, e também de princípio quando passa a ser alicerce norteador da Carta Constitucional. Assim, a dignidade é um “metaprincípio” porque conglomera hibridez em sua peculiar natureza.

Nas relações de trabalho, a dignidade chancela a efetividade do princípio da proteção do trabalhador, além de atribuir tônica teleológica aos demais princípios incidentes nas relações de trabalho, princípios estes que de forma expressa ou implícita encontram-se reconhecidos na Carta Constitucional. Ademais, a força irradiadora da dignidade torna

possível a legitimidade de qualquer desdobramento constitucional e infraconstitucional vigente e que justifica a busca do ideal de bem-comum.

Reconhecer o patamar de importância dos princípios é erigi-los à categoria de valores imanes ao ordenamento jurídico, levando em conta a abrangência da natureza irradiadora que a dignidade comporta. Para Sergio Pinto Martins (2006, p. 41) princípios são proposições básicas que fundamentam as ciências. Para o Direito, o princípio e seu fundamento resultam na base que irá informar e inspirar normas jurídicas. No Direito do Trabalho não se nega o seu propósito teleológico que é proteger o trabalhador sempre que este perceber que sua seara de direitos e garantias foram afetados. Sendo assim, o princípio da proteção do trabalhador prima pela prevenção e melhoria nas condições enquanto idealizador de atividades laborais inseridas na ordem econômica.

O princípio da proteção fundamenta o exercício jurídico do direito do trabalho e, neste passo epistemológico, tal princípio assume patamar de excelência sobre as normas aplicáveis neste enredo. Isto não quer dizer que a proteção do trabalhador se dará a qualquer custo e em quaisquer situações, mas sim nos casos em que não seja comprovada sua má conduta, deverá haver interpretação benéfica para este.

Américo Rodriguez Plá (2000, *passim*) entende que não se contraria normas em nome do princípio da proteção do trabalhador, mas se interpreta normas com esta lógica de pensamento, o que faz o princípio ser restritivo no seu campo de atuação, mas também consequente aplicador do direito adquirido.

Ainda segundo o autor, o princípio da proteção do trabalhador representa mandamento nuclear nas relações de trabalho e mantém íntima relação com a dignidade humana. A classificação por ele apresentada demonstra o reconhecimento do ordenamento jurídico em tutelar a dignidade do trabalhador nos seus três principais pilares: princípio do *in dubio* pró-operário, princípio da norma mais favorável e princípio da condição mais benéfica. (2000, *passim*).

O Princípio do *in dubio* pró-operário deve ser considerado quando, face a um caso concreto, apreciado pelo exercício jurisdicional, dentre muitas respostas possíveis, deve-se primar por aquela que exterioriza e que condiciona situação mais favorável a condição humana do empregado. Poderá o juiz exercer a sua função jurisdicional interpretando de modo mais favorável ao empregado, aplicando o princípio da norma mais favorável quando estiver diante da possibilidade de existência de mais de uma norma aplicável (Constituição, lei, convenção coletiva etc.), utiliza-se a mais favorável ao empregado, ainda que provoque uma suposta e ideológica quebra de hierarquia entre normas.

Quanto ao princípio da condição mais benéfica, a aplicação de norma recente (autônoma ou heterônoma), não poderá afetar direitos adquiridos pelo trabalhador. Vale ressaltar que o problema trazido pela flexibilização das normas trabalhistas está exatamente na afetação e fragmentação do direito do trabalhador exaltado neste princípio através de acordos coletivos e convenções coletivas, estando regulamentado no art.468 da CLT, *in verbis*:

Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Mesmo assim, algumas opiniões doutrinárias divergem quanto à permanência ou não do princípio da proteção. Aqueles que discordam de sua prevalência alegam que este princípio foi necessário durante determinado período ou época de instabilidade em virtude da escassez normativa do direito do trabalho. Desta forma, tal princípio estaria superado, portanto, em desuso no contexto da atualidade. Outra corrente divergente e majoritária acentua o reconhecimento e a importância fundamental deste princípio e seus respectivos desdobramentos, vez que há intrinsecamente o reconhecimento e aplicação de outro princípio com maior carga valorativa e que indubitavelmente não pode ser afastado deste tipo de relação que é a dignidade humana.

Corroborando com o posicionamento acima, destaca Pérez Leñero, (RODRIGUEZ, 2000, p. 103).

a tutela, como baseada na justiça e em uma forma especial dela, a equidade, não pode ser transitória. A tutela sempre terá sua razão de ser no desnível econômico, que se manifesta no contrato de maneira substancial. Nesse sentido, não se pode falar em transitoriedade.

O reconhecimento da dignidade humana do trabalhador não significa uma retaliação social pelos tempos difíceis enfrentados pelos trabalhadores em momentos passados. Não é o intuito fazer a classe patronal pagar um suposto preço em prol de uma suposta depreciação da dignidade humana que em momento anterior fora afrontada. Este reconhecimento jurídico acalenta e tutela toda a sociedade, visto que ao se posicionar assim prestigia não só a classe trabalhadora, mas também o imprescindível reconhecimento da importância da classe patronal.

Uma sociedade inserida num Estado Democrática de Direito não pode conceber o retrocesso, ou seja, o ressurgimento de máculas passadas que possam desprezar os direitos trabalhistas. Reconhecer a dignidade do trabalhador e protegê-la juridicamente significa

avalizar sua existência e admitir que não pode haver vida plena sem dignidade e para que este permaneça e viva na sua plenitude é de suma importância o resguardo da tutela de forma ímpar.

3 CONSIDERAÇÕES HERMENÊUTICAS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

A Hermenêutica Jurídica⁴ é de salutar importância para compor a abordagem sobre o ato interpretativo que envolve o ativismo judicial, pois permite abertura interpretativa para que outras fontes, a exemplo da linguagem, possam estabelecer a relação dialógica pós-positivista. O olhar hermenêutico enseja a aproximação dos conteúdos dos diplomas legais, possibilita a flexibilização de princípios de direito e a ponderação de valores dentro de critérios de razoabilidade/proporcionalidade.

Toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance das suas prescrições. Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta (MAXIMILIANO, 2009, p. 8).

Quanto ao ativismo judicial, de modo geral, este se baseia na ideia de pró-atividade do Poder Judiciário, o real exercício jurisdicional preeminente da figura do magistrado, em especial aos juízes do trabalho em perceber o momento adequado para privilegiar pontos cruciais dentro do processo. Acrescenta-se a esta máxima, muitas discussões quanto à legalidade deste feito ou deste posicionamento e ainda questiona-se quanto ao abuso de poder balizado poderia significar, bem como o processo hermenêutico utilizado e que se mostra desarrazoado em algumas respostas judiciais.

O ativismo judicial se caracteriza por um modo pró-ativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais. O ativismo judicial é uma forma de interpretação

⁴ A palavra Hermenêutica provem do grego *Hermeneúein*, interpretar, e deriva de Hermes, deus da mitologia grega, filho de Zeus e Maia, considerado o intérprete da vontade divina. Habitando a terra, era um deus próximo à Humanidade, o melhor amigo dos homens. (NADER, 2002, p. 261).

constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva. (SILVA, 2003, *passim*).

Percebe-se que o não reconhecimento ou a resposta jurídica que afete os direitos fundamentais são os principais exemplos que dão ênfase às preocupações em relação à produção ativa advinda do ativismo judicial. Corre-se o risco de fazer perpetrar ranços jurídicos ou vícios de toda ordem em favor de um judicialismo de interpretação deturpada.

Outra expressão bastante utilizada e vinculada a temas que envolvem a discussão é o protagonismo judicial, espécie de ativismo que se ausenta do comprometimento que deve ser intrínseco à atividade jurisdicional.

(...) 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 ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores? (Streck, 2013, *passim*).

O ativismo judiciário trabalhista passa por discussões que apontam pela ilegitimidade destas decisões ou ingerências feitas pelo Poder Judiciário, já que a legitimidade, principalmente com relação às demandas de ordem pública, pertence àqueles que foram escolhidos por meio de um pleito legal para representar de fato a vontade do povo.

Para que se vislumbre um coerente posicionamento do Poder Judiciário é necessário que o mesmo se desdobre em trabalhos interpretativos e hermenêuticos para só assim averiguar-se uma moldagem determinante e positiva com relação ao ativismo judicial. Sabe-se que a norma ou a lei não alcança todas as situações de litígio, sendo levadas à apreciação do judiciário e, nestas situações, especialmente, construídas no dia-a-dia da realidade da dinâmica social é que estão suscetíveis ao ativismo judicial ora discutido.

A norma dita o “dever-ser”, as variações possíveis que podem ocorrer necessitam de atividade jurisdicional, atividade esta que não se resume na simples subsunção das normas. O Poder Judiciário se vê então imbuído de apreciar os casos concretos utilizando-se da interpretação hermenêutica, principalmente para dar respostas pontuais e de caráter responsável aos anseios da sociedade.

Para Celso Ribeiro Bastos, (1997, p 25) a lei tem a força dos ciprestes: mesmo nas grandes ventanias ela curva-se, mas não quebra; cessado o vendaval, ela retoma o mesmo lugar.

Verifica-se que a figura do magistrado, sempre tão envolvida com as reais situações jurídicas concretas pode trabalhar com parâmetros que se sustentem, ainda que alargados, desde que os mesmos estejam embasados sempre no saber jurídico dialogado com a razoabilidade. Todavia, para a consecução deste fim interpretativo, faz-se necessário a consideração axiológica do caso concreto em consonância com a realidade do contexto social.

Nestas ocasiões pontuais é que se verifica o verdadeiro ativismo judicial, principalmente na esfera trabalhista, onde se intenta reconhecer o direito legítimo do trabalhador dignificando-o por meio do texto constitucional e das normas infraconstitucionais. Reconstrói-se assim o sentido da norma para aquela situação concreta, visto que a abstração faz parte dos enunciados normativos, recaindo, desta forma numa metodologia que emprega a indução ao invés da mera dedução.

Legislar para todas as situações específicas não é a resposta que se espera, ou mesmo não seria a escolha razoável e nem eficaz. Tal conduta somente acarretaria num processo ainda maior de morosidade em relação à solução das demandas. Ademais, tal pensamento reforça o modelo formal-positivista de aplicação do direito que, em verdade, demonstra falência por ausência de adequabilidade ao caso concreto.

Sobre esta reflexão Lenio Streck, (2010) chama a atenção pela preocupação preeminente em deixar clara a urgência e a necessidade da dissolução do paradigma de que a legislação deve estar atrelada ao resultado que o juiz ou tribunal pretende. Esta realidade significa o próprio protagonismo/ativismo judicial, o que demonstra o teor da subjetividade das decisões.

(...) onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Havendo, porém, lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção. (BARROSO, 2009).

A par destas considerações, entende-se, então, que o positivismo clássico como realmente se mostra quanto à sua aplicação não apresenta respaldo jurídico suficiente para as situações de impasses ou de lides jurídicas propostas face ao Poder Judiciário, fato este que justificaria os novos parâmetros adotados pelo magistrado a fim de dar respostas plausíveis a partir de interpretações, utilizando-se de métodos, a exemplo do indutivo, que possam se coadunar/adequabilizar com o ritmo da dinâmica das relações de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imprescindível a discussão sobre a razoabilidade do preeminente e intensivo ativismo judicial na comunidade jurídica. A vertente pós-positivista de interpretação do direito coligada aos novos comportamentos da sociedade atual não admite mais a realização de trabalho e elaboração de respostas judiciárias sem a devida reflexão ou sem o exercício hermenêutico que a corrente remete.

Importante discutir que o Poder Judiciário vem atuando cada vez com mais liberdade, mas é importante considerar que esta liberdade autorizada pelo próprio Estado Democrático de Direito não significa a usurpação de direitos adquiridos ou mesmo de competências legislativas, isto é, a liberdade que Estado confere e que é utilizada em prol de uma atividade judicial não pode ensejar inserções desarrazoadas e desprovidas de argumento e de fundamentação. A celeuma a ser enfrentada em torno do ativismo judicial reside na percepção de que tal postura judiciária está intrinsecamente ligada a opiniões de cunho pessoal e que acabam sendo reproduzidas nas decisões judiciais de modo inadequado, mediante interpretação deturpada e mesmo desprovidas de alinhamento constitucional. Por vezes, a interpretação se socorre de metodologia que termina em ensejar retrocesso aos direitos trabalhistas outrora implantados a partir de lutas e reivindicações.

Esta ideia de retrocesso preocupa a comunidade jurídica, principalmente a acadêmica, gerando discussões sobre o tema. O que se nota é um “pseudo-ativismo” judicial na esfera trabalhista, muitas vezes calcado em razões e percepções subjetivas e que mais se aproximam do senso comum em virtude de produtos (decisões) desprovidos de metodologia e embasamento jurídico que possam gerar interpretação racional, razoável e valorativa do caso concreto. Noutros termos, na defesa de uma atividade judicial que se auto-intitula de concretizadora tem-se resultados exacerbados e nada consoantes com o real exercício jurisdicional do Poder Judiciário. Tal fato desemboca em ofensas aos direitos fundamentais e adquiridos pelo trabalhador. Assim, é possível perceber decisões que se afastam da carga valorativa da dignidade do trabalhador e ao invés de resguardar e proteger sua condição processual, terminam por reforçar sua fragilidade diante da demanda.

Todavia, a atividade judicial que se presta à análise axiológica voltada para a dignidade, bem-estar e valorização do trabalho humano deve ganhar espaço, pois se mostra entabulada de argumento convincente e de robusto fundamento, alinhando-se, por conseguinte, com a ordem constitucional. O Estado Democrático de Direito é libertário, porém, justificar um ativismo judicial absoluto em nome deste valor contraria a essência

democrática do Estado em si porque perpetua atuação incondicional e sem limites para o mero exercício da vontade do julgador.

O ativismo judicial deve esbarrar na essência de onde “somos filhos” de uma constituição vigente intitulada como Constituição Cidadã. Permitir a qualquer um dos poderes, pilares de nossa sociedade, o abuso, a funcionalidade a partir de prismas pessoais com vasta incidência de preconceitos e discriminações acarreta no afastamento da razoabilidade que deve ser própria da atividade jurisdicional.

Nem mesmo o Poder Judiciário realizando função atípica ao “legislar”, em muitas situações através do ativismo judicial, está dotado desta possibilidade de arranhar as balizas constitucionais do Estado. Não se pretende assim informar que se deve manter constricto a uma atividade jurisdicional engessada onde a mesma não pode se debruçar com interesse sobre cada caso proposto, mas sim chamar a atenção para que esta questão sobre a atividade judicial seja tratada com a relevância que merece, a fim de evitar que isto leve a mais uma daquelas situações crônicas que se tornam praticamente impossíveis de se reverter.

Princípios constitucionais, direitos e conquistas trabalhistas fazem parte do pano de fundo constitucional e retirá-los a partir ou em nome de um “ativismo judicial” irresponsável, baseado em opiniões pessoais, as quais não passaram por um crivo de discussão constitucional não condiz com a expressão atividade jurisdicional democrática.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARRUDA, José Jobson de Andrade. **A revolução industrial**. 3 ed. São Paulo: Ática, 1994.

BARRETO, Gláucia. **Curso de direito do trabalho**. Niterói: Impetus, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Temas de direito constitucional, tomo IV. *In*: Resenha. Rio de Janeiro: 2009, p. 21

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. *In*: Resenha. Rio de Janeiro: 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 25.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho - CLT**. 30. São Paulo-Ed. Saraiva, 2007.

BUSSINGER, Marcela de Azevedo. **Liberdade e dignidade em Kant e o princípio da dignidade humana como fundamento do direito do trabalho.** Revista de Direitos e garantias Fundamentais, Vitória, n. 4, p. 121-128, jul./dez. 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia.** São Paulo: Brasiliense, 1989.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Trabalho e pena.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 32, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder Político dos Juízes. In: Justiça e Democracia –** Revista semestral de informações e debates, n. 01, 1996

FACCHINI NETO, Eugênio. **O Judiciário no Mundo Contemporâneo.** Revista da Ajuris, Ano XXXIV, nº108, Dezembro de 2007.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas. **São Paulo: LTr, 2005.**

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** São Paulo: RCS, 2005.

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

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil. **Instituições Políticas Democráticas: O Segredo da Legitimidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEDREIRA, Luiz de Pinho. **Principiologia do direito do trabalho.** Salvador: Gráfica Contraste, 1996.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **O trabalho como valor.** Revista LTr, São Paulo, v. 12, n. 64, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional.** São Paulo: Faculdade de Direito USP. Tese de titularidade, 2009.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3^a ed. Atual. São Paulo: LTr, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2^a ed. São Paulo: LTr, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Consultor Jurídico – Senso Incomum, 2013.

_____. **O que é isto - Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário, crises e acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.