

O ATIVISMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Gustavo Luiz Poli¹

Ricardo Córdova Diniz²

Resumo: O Brasil não vive uma boa fase de sua história, mas as adversidades impelem os cidadãos, em especial os operadores do Direito, a reexaminar não só o ordenamento jurídico, mas também o panorama institucional do País. Em meio ao acentuado aumento do desemprego e dos conflitos trabalhistas, a Justiça do Trabalho experimenta forte crescimento em seu volume de trabalho e aparece como um ator notável na busca pela pacificação coletiva, o que faz eclodirem discussões – muitas reavivando concepções que denotam conservadorismo – em torno da sua figura institucional. Aqui, depara-se com as indagações que constituem o problema de pesquisa do presente artigo: Existiria ativismo na Justiça do Trabalho? Seria ele causa ou consequência da alta litigiosidade? Seria ele uma vertente protecionista indevida dessa Justiça Especializada? Quais as perspectivas futuras sobre o assunto? Frente a isso, este artigo procura responder a essas questões sem perder de mira a conjectura atual e os alicerces próprios do Direito do Trabalho, que o animam e o legitimam como ramo autônomo. A técnica de pesquisa será a observação analítica de verbetes sumulados ou orientadores da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho³.

73

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Justiça do Trabalho. Litigiosidade.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2014). Advogado militante em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Ex-estagiário do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) e do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT - 12). gustavoluizpoli@hotmail.com

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2002). Magistrado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT - 12) na titularidade da 3ª Vara do Trabalho de Itajaí/SC. Professor da Graduação em Direito na UNIVALI. ricardo.diniz@trt12.jus.br

³ Também denominado de TST neste artigo.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de crises econômica e política, todo o seio social é combalido pelos nefastos efeitos desses episódios. A desaceleração da atividade comercial faz enlanguescer a produção e diminuir os investimentos, deprecando forte contenção de despesas e desencadeando catastróficas consequências: desemprego e empobrecimento, que retroalimentam o colapso por meio da queda de consumo, ensejando um ciclo vicioso na economia brasileira.

Os conflitos trabalhistas tornam-se, então, um conseqüência corriqueira do cenário em que se vive, e a Justiça do Trabalho, no cumprimento da sua função jurisdicional precípua e do seu desiderato institucional de bem-estar social, experimenta forte crescimento do seu volume de trabalho e aparece como um ator notável na busca pela pacificação coletiva.

Nesse contexto, eclodem discussões – muitas reavivando concepções que denotam conservadorismo – em torno desta Justiça Especializada. Assim é que, no corrente ano de 2017, ao se iniciarem os debates sobre uma proposta de reforma da legislação trabalhista, disse o Presidente da Câmara dos Deputados, Sr. Rodrigo Maia:

Juízes tomando decisões das mais irresponsáveis quebraram o sistema de bar, restaurantes e hotel no Rio de Janeiro. O setor de serviço e de alimentação quebrou pela irresponsabilidade da Justiça do Trabalho no Rio (...) Agora tivemos que aprovar uma regulamentação da gorjeta porque isso foi quebrando todo mundo pela irresponsabilidade da Justiça brasileira, da Justiça do Trabalho, que não deveria nem existir⁴.

Ao externar sua opinião, o parlamentar, evidentemente, deixou perceber sua irresignação com o protagonismo de magistrados trabalhistas no exercício do seu mister. Retine claro que, no ponto de vista apontado, é indicada uma conduta que, em tese, vai além (ou contra) do que se espera do Poder Judiciário em relação a determinados temas, exigindo ou ensejando, *a posteriori*, uma ação contrária, tipicamente legislativa, para impor um parâmetro normativo balizador a tal desenvoltura forense.

⁴ Fragmento extraído de reportagem elaborada por Fernando Nakagawa, do jornal O Estado de São Paulo, e veiculada na internet conforme citação nas referências.

Em justa sintonia, o Presidente do TST, Ministro Ives Gandra Martins Filho, falou que a reforma trabalhista discutida mediante iniciativa do Governo Temer,

[...] é uma reação a um movimento de ativismo da Justiça do Trabalho que ocorreu até mesmo na Corte que ele comanda⁵. Dentre outras considerações no sentido de que a alteração legislativa tem por escopo se contrapor a jurisprudência recente do TST, o Ministro ainda externou a seguinte opinião: “Se lembrarmos da terceira lei de Isaac Newton, veremos que para cada ação há uma reação (...) Em 2011 e em 2012, nós mudamos 34 precedentes para criar e estender direitos aos trabalhadores. Fizemos isso sem mudança na lei e sem estudar os casos especificamente. Em minha visão, nós legislamos⁶.”

Aqui se depara com as indagações que constituem o problema de pesquisa do presente artigo: Existiria ativismo judicial na Justiça do Trabalho? Seria ele causa ou consequência da alta litigiosidade? Seria ele uma vertente protecionista indevida dessa Justiça Especializada? Quais as perspectivas futuras sobre o assunto?

Frente a isso, este artigo procura responder a essas questões sem perder de mira a conjectura atual e os alicerces próprios do Direito do Trabalho, que o animam e o legitimam como ramo autônomo. A técnica de pesquisa será a observação analítica de verbetes sumulados ou orientadores da jurisprudência uniforme do TST.

75

2 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO E CAUSAS DE SUA APARIÇÃO NO BRASIL

O “ativismo judicial”, também associado ao termo “judicialização da política”⁷, consiste basicamente em um fenômeno ocorrente nas relações institucionais entre os Três Poderes do Estado, no qual se observa uma proeminência do Judiciário na resolução de assuntos que, em tese, competiriam ao Executivo e ao Legislativo.

⁵ Fragmento extraído de reportagem elaborada por Juliano Basile, do periódico *Valor Econômico*, e veiculada na internet conforme citação nas referências bibliográficas.

⁶ Idem.

⁷ Há quem defenda tratarem-se de categorias semelhantes e próximas, porém com significados distintos.

BARROSO (2008, p. 6), citado por PRADO FILHO (2014), preconiza que o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. O autor do artigo que faz essa referência salienta que tal aparição institucional

[...] diz respeito, então, a uma postura proativa do magistrado de extrair o máximo dos preceitos constitucionais sem criar novas leis. Para tanto, o Judiciário pode, em alguns casos, ir além de sua competência e suprir omissões dos poderes verdadeiramente legitimados.

Parte-se, então, da ideia de que o Poder Judiciário amplia seu âmbito de ação sobre matérias que estão além da sua competência clássica, isto é, aquela delineada a partir dos ensinamentos de Montesquieu (Tripartição do Poder). Nesse diapasão, considera-se o aumento vertiginoso da litigiosidade e a proliferação de decisões judiciais percebidas como interpretativamente inovadoras.

76

Torna-se tarefa árdua para os pesquisadores e interessados no assunto encontrar o linde entre o que, realmente, foi delegado à apreciação do Poder Judiciário pelos jurisdicionados e pelo próprio sistema jurídico, ainda que tendo conteúdo político, e aquilo que, de fato, parte de iniciativa própria da magistratura.

Das ideias iniciais sobre ativismo judicial deriva a ilação de que a propalada “revisão”, pelo Poder Judiciário, dos atos provenientes dos Poderes Executivo e Legislativo é algo inegavelmente antagônico ao Princípio da Tripartição do Poder e, na contramão da harmonia que desse se espera, vai de encontro aos “freios e contrapesos” jurídicos voltados ao equilíbrio entre as instituições.

Contudo, sabendo que a Separação dos Poderes é Princípio Constitucional, ainda que se tenha, por isso, o ativismo judicial como uma anomalia institucional, ele não perfaz uma exclusividade do Brasil, ostentando dimensões internacionais.

Segundo os estudiosos do assunto, a predominância ou, ao menos, o notável destaque da atividade jurisdicional nos regimes democráticos exsurge após o término da Segunda Guerra Mundial com o fortalecimento

das Constituições na condição de normas de posição suprema no Direito, positivando direitos sociais e rompendo com o costume de versar apenas acerca de questões políticas e de organização do Estado, exigindo, assim, um encadeamento vinculante com o restante do arcabouço infraconstitucional.

Prado Filho (2014), por exemplo, com base nos ensinamentos de Barroso (2005, p. 6-15), menciona que:

[...] Assim sendo, os dispositivos constitucionais, inclusive os princípios, passaram a ter força vinculante e obrigatória, os direitos fundamentais passaram a ser perseguidos junto ao Poder Judiciário e tornou-se necessário uma maior participação intelectual do magistrado, tendo em vista a necessidade de suas valorações a fim de dar efetividade às cláusulas abertas. A aplicação dos princípios, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da solidariedade e da valorização social do trabalho e o juízo de ponderação de valores a ser realizado pelo juiz demonstram sua importância para a nova ordem neoconstitucionalista.

Portanto, 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. Nessa senda, tem-se que os princípios constitucionais passam a ser, assim com as regras, dotados de uma função normogenética, sendo considerados espécie do gênero norma.

Portanto, as origens do ativismo judicial, se analisadas pelo viés histórico, remontam à revolução social e jurídica ocorrida a partir da segunda metade do século XX, quando a comunidade internacional, ainda ressentida pelas tragédias da guerra, içou a Constituição a um patamar de domínio na reconstrução do Estado Democrático de Direito e na criação de um revestimento normativo restaurador dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Carvalho (2004)⁸, sob outra ótica, destaca estudos que citam as peculiaridades do modelo jurisdicional norte-americano como paradigmático no tocante ao ativismo judicial, em especial quando se observa o controle de constitucionalidade. Aponta que, finda a “Guerra

⁸ A obra desse estudioso foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

Fria” com o desmantelamento da URSS⁹ e a derrocada do socialismo no Leste Europeu, consolidaram-se os EUA¹⁰ como a maior potência capitalista do planeta, fato que deu protuberância aos seus mecanismos institucionais, dentre os quais o *judicial review*, adotado pelas novas democracias nos períodos seguintes, trazendo consigo o fortalecimento da judicatura.

Convém enfatizar que, no sistema de jurisdição dos EUA, país que integra a Família do Direito da *Common Law*, o precedente judicial é um verdadeiro estandarte no arcabouço normativo e decisório, sendo notória, por isso, a amplitude interpretativa dos julgadores diante de determinado caso. Situação diversa ocorre nos países da Família do Direito Romano-Germânico (*Civil Law*), entre eles o Brasil, onde a norma positivada impera no sistema jurisdicional em conformidade com uma hierarquia em que o texto constitucional ocupa o pináculo do ordenamento, daí ter lugar o controle de constitucionalidade.

78 Consabido, no entanto, que a lei posta/codificada não antevê regramentos para todas as situações enfrentadas pelos jurisdicionados, de modo que, em muitos litígios, o magistrado se depara com lacunas e omissões da norma e não pode se eximir do serviço público de “dizer o Direito”, impasse que o impele a prover, por complemento, algo que, originalmente, é de competência legislativa.

Doutro norte, também é certo que a proliferação de leis, decretos e congêneres é uma porta aberta não só a antinomias normativas, mas também ao próprio descumprimento do direito posto pelo legislador, gerando um quadro de insatisfação da população com os poderes representativos, motivo pelo qual acaba por delegar a resolução de assuntos de ordem política ao Poder Judiciário, ainda que a Tripartição do Poder tenha previsão constitucional e que isso possa ensejar um descompasso institucional manifestado da proeminência desse Poder.

É aqui que germina, a depender do caso e da matéria a ele pertinente, o ativismo judicial, de modo que os países do Direito Romanista estão mais propensos ao seu aparecimento.

⁹ União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

¹⁰ Estados Unidos da América.

No Brasil, o ativismo judicial é visto, sobretudo, após o advento da ordem constitucional mais recente, erigida em 1988. Os pesquisadores são quase uníssonos ao apontarem, dentre as causas do fenômeno, a promulgação da Carta Maior de 1988, que consagrou o processo de redemocratização levado a efeito após o término do regime de exceção militar, vigente de 1964 a 1985.

Verbicaro (2008)¹¹, ao alistar os fatores que reputa como ensejadores do ativismo judicial brasileiro, menciona a “[...] a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas...” Ora, a correlação não poderia ser mais clara: se compete ao Poder Judiciário, primordialmente, a salvaguarda da Lei Magna, incumbe-lhe, naturalmente, o encargo de interpretar e integrar as disposições nela contidas, campo que se revela prolífico para desfechos inéditos em julgamentos e, assim, a assimilação, pela sociedade, de que determinada questão política foi resolvida pelos magistrados.

Carvalho (2004)¹² afirma que o ativismo judicial no Brasil adveio, também, da “constitucionalização dos direitos fundamentais”, mencionando, na sequência, o intenso controle de constitucionalidade exercido pelo STF¹³ no período posterior à promulgação da CRFB¹⁴/1988 e reiterando, ao fim, que a “nova arquitetura institucional” viabiliza a presença do Poder Judiciário nos processos decisórios originalmente políticos.

Prado Filho (2014), valendo-se da doutrina de Barroso (2008, p. 3-4), ao tratar da importância da Carta Política de 1988 no processo vivenciado diz que:

Já a constitucionalização abrangente refere-se ao fato da Constituição de 1988 ser prolixa e abranger uma diversidade de temas anteriormente afastados da seara constitucional. Assim, temas antes de competência do processo político majoritário foram estabelecidos

¹¹ A obra dessa estudiosa foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

¹² A obra desse estudioso foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

¹³ Supremo Tribunal Federal.

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

na Constituição, de forma a transformar Política em Direito.

Em linha de convergência, o Ministro do STJ¹⁵ Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, em 25/05/2017, ao palestrar em evento organizado pela Seccional da OAB/SC¹⁶, assim discorreu:

[...] Chego agora ao ativismo judicial. Não temos como formular uma lei para cada situação específica. A lei é um parâmetro traçado dentro das balizas constitucionais e deve ser interpretada diante dos casos concretos, diante de nós (...) E qual o limite do ativismo judicial? Não tem? Tem: é a ética, a Carta Magna, a Constituição, e a parte principal da Constituição que são os direitos de base. Nossa carta de 88 é uma das que mais celebra os direitos de base em comparação com constituições de todo o mundo.

Marchetti e Cortez (2009)¹⁷ aduzem que, da Constituição de 1988, sobreveio uma “tradição republicana” pela qual o Poder Judiciário não seria simplesmente um órgão destinado à garantia de direitos e deveres em sua acepção individual, mas também um órgão democrático para a conquista de novos direitos coletivos e difusos.

80

Além da propensão normativa da Carta Federal de 1988 a uma participação maior do Poder Judiciário no provimento das demandas sociais, mesmo quando não adstritas a matérias puramente jurídicas, forte incitação ao aparecimento do comportamento institucional ora versado advém da inércia e/ou omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em cumprirem a contento as suas funções e resolverem assuntos de sua competência.

Acerca disso, Torquato (2008)¹⁸ afirma que *os magistrados, no vácuo Legislativo, decidiram agir*. Do mesmo modo, segundo a reportagem¹⁹ divulgada pelo sítio virtual do TRT-12 em outubro/2012, o finado Ministro Teori Albino Zavascki, quando indicado para integrar o STF, ao ser

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça.

¹⁶ Dados extraídos de notícia divulgada no sítio virtual da Seccional da OAB/SC, conforme citação nas referências.

¹⁷ A obra desses estudiosos foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

¹⁸ A obra desses estudiosos foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

¹⁹ Autoria de Rodrigo Haidar, da Revista Consultor Jurídico, conforme citação nas referências.

sabatinado pela CCJ²⁰ do Senado Federal, justificou o ativismo judicial na omissão do Poder Legislativo.

O magistrado catarinense também afirmou, na ocasião, que “o Judiciário atua justamente naqueles casos em que o legislador deixa de disciplinar” e exemplificou aduzindo à situação da Lei n.º. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) que, não tendo sido recepcionada pela Carta Política de 1988, foi declarada inconstitucional pelo Excelso Pretório em 30-4-2009 (julgamento da ADPF²¹ n.º. 130), inexistindo, até o presente momento, ímpeto por parte do Congresso Nacional em editar uma nova lei federal sobre a matéria.

Verbicaro (2008)²², por sua vez, aponta a “ineficiência do sistema político-decisório e a deficiência do Poder Legislativo” na condição de circunstâncias que dão azo ao ativismo judicial, asseverando, na sequência, que é incumbência constitucional do Poder Judiciário a proteção aos direitos e garantias fundamentais, apesar de que, amiúde, ele tenha que intervir em matérias da área política para atender a tal ônus. A estudiosa conclui que a jurisdição se transformou em um novo e democrático campo de participação política e conquista ou efetivação de direitos sociais, tratando-se, pois, de um *espaço público* com caráter alternativo e complementar aos ambientes clássicos de representação política.

Entrementes, a mídia e a vivência política brasileira demonstram que os ocupantes de cargos eletivos têm exercido, em geral, uma representação distante daquela desejada pelos cidadãos que, não tendo atendidas as suas solicitações ao Poder Público, buscam suprir suas necessidades por meio da prestação jurisdicional, muitas vezes de forma sucessiva à insatisfação de direitos constitucionais na esfera administrativa.

Segundo conclusões de Poli e Ramos (2013):

[...] o ativismo judicial no Brasil seria uma variada manifestação da assimetria funcional que há muito ocorre no Poder Estatal. Com a redemocratização em 1985, o Poder Legislativo Federal passou a

²⁰ Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

²¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

²² A obra dessa estudiosa foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

desempenhar um ‘papel mais eloquente’ em virtude dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte e do diálogo ininterrupto que deveria ser mantido com o Poder Executivo Federal, necessidade que foi comprovada em 1992 no processo de *impeachment* do então Presidente da República Fernando Collor de Mello. No entanto, as relações conturbadas entre Legislativo e Executivo (nos anos seguintes) deterioraram o sistema político em prejuízo dos interesses e necessidades da população, daí germinando a atual proeminência do Poder Judiciário em defesa das ordens de primeira grandeza.

Nesse vértice, a presença característica do ativismo judicial pode ser descrita nos casos de concessão de liminares em mandados de segurança objetivando vagas em estabelecimentos de ensino público regular (creches principalmente) ou o fornecimento de medicamentos não contemplados pelas listagens do SUS²³.

82 Arelado à deterioração do sistema político-partidário na representação da sociedade, em que se percebe a vulneração de direitos, especialmente no que tange a questões básicas como saúde, educação, previdência e assistência sociais, está o público e notório descontentamento dos cidadãos com a atuação do Estado.

Carvalho (2004)²⁴ é incisivo ao referir-se à *crescente pressão da sociedade civil* como causa do ativismo judicial no Brasil. O doutrinador assinala que “toda demanda social que não envolva interesse suficiente ou agregue alto custo certamente encontrará dificuldade para ser efetivada” e, por tal razão, “as instituições majoritárias mostram-se incapazes em dar provimento às demandas sociais”, o que compele os magistrados a decidirem conflitos que deveriam ser debatidos e resolvidos na seara política, registrando-se que, independentemente do motivo, aos juízes é vedado negar jurisdição.

Marchetti e Cortez (2009)²⁵ rematam que o ativismo judicial seria o diagnóstico da “incapacidade dos mecanismos representativos em

²³ Sistema Único de Saúde.

²⁴ A obra desse estudioso foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

²⁵ A obra desses estudiosos foi analisada em artigo anterior de um dos autores do presente, identificado nas referências.

garantir os direitos individuais e coletivos na sociedade”, isto é, a falência da representação e do processo político em executar reformas ou manter programas que beneficiem a população.

Por fim, ponderadas as constatações dos estudos abordados, ressoa de forma inegável que, independentemente das causas que, em maior ou menor intensidade, estimulem a proatividade do Poder Judiciário no cotidiano do País, o aumento da litigiosidade é uma realidade que nele interage e, seja consequência primária ou secundária, impõe um forte desafio à administração da Justiça. E não se olvide que os estudos sobre ativismo judicial e judicialização da política costumam apontar o crescimento substancial da litigiosidade como uma das consequências de tais fenômenos.

3 A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA COMO FONTE DO ATIVISMO JUDICIAL

Sendo o ativismo judicial algo percebido na conjuntura brasileira e, por isso, objeto de estudo acadêmico, cabe perscrutar se, em específico ao Direito do Trabalho, a legislação infraconstitucional teria participação dentre os fatores que dão azo ao fenômeno no âmbito dos dissídios individuais. Para tanto, além da análise basal do Princípio da Proteção e das derivações jurídicas que dele emanam e, de modo inconcusso, interferem na interpretação do ordenamento, mostra-se necessário, outrossim, revisitar pontos históricos da normatização das relações de trabalho no Brasil, já que o momento de criação dessas regras jurídicas traz revelações importantes sobre o serviço da Justiça do Trabalho. Há, também, que se dar relevo ao Princípio da Inquisitorialidade, pertinente ao Direito Adjetivo do Trabalho.

Urge reforçar que esse artigo tenciona examinar situações imbricadas aos dissídios individuais e não aos coletivos, pois o viés adotado para a pesquisa parte da premissa de que é a variedade dos conflitos particularizados, onde se miscigenam múltiplos temas, a principal mola propulsora do ativismo judicial, sendo mister observar que, em regra, o Direito Coletivo do Trabalho aborda questões inclinadas a uma homogeneidade de interesses de certa categoria, não possuindo o mesmo potencial.

O Direito Juslaboral tem sua pedra fundante no Princípio da

Proteção que, estreme de dúvidas, é seu notável propulsor e reflete o seu espírito na condição de ramo jurídico, que sobreveio em patrocínio dos trabalhadores nas relações de labor, seriamente desestabilizadas pela disparidade econômica *inter partes*, deprecante e legitimadora da intervenção do Estado em tal campo. Por oportuno, Süssekind, Maranhão, Vianna e Teixeira Filho (1999, p. 152-153) indicam que a consagrada expressão “intervenção básica do Estado” reflete a real motivação consubstanciada nas “regras cogentes” do Direito do Trabalho.

Assim, o Princípio Tutelar centraliza o desiderato do Direito Trabalhista no mundo jurídico e se volta, por sua índole protetiva, aos objetivos de promoção da igualdade e bem-estar sociais, presentes, inclusive, na Constituição Federal.

Plá Rodriguez (1978, p. 28) conceitua o Princípio Tutelativo da seguinte maneira:

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

Plá Rodriguez (1978, p. 42-43) ainda fala que o Princípio da Proteção está dotado de irradiação tríplice, mas sob feixes inconfundíveis (também designados de “Princípios”): o da “regra *in dubio, pro operario*”; o da “regra da norma mais favorável” e o da “regra da condição mais benéfica”. Consoante a lição evocada, a primeira regra consiste em um recurso para sanar dúvidas na interpretação do conteúdo legal, ocasião em que, admissível mais de uma ilação, decidir-se-á pela que mais favorecer o trabalhador; a segunda, no mandamento autorizante para que, aplicável mais de uma norma, se eleja a mais favorável ao obreiro, independentemente de ser hierarquicamente inferior a outras; a terceira, no mandamento proibitivo para que as normas recém-editadas excluam ou reduzam condições mais benéficas ao obreiro, viabilizando-lhe, pois, sob essas jazer.

Delgado (2012, p. 193) é incisivo ao proferir que o Princípio Tuitivo é o respaldo basal desse ramo do Direito, porquanto [...] *sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.*

Nesse compasso, é preciso atinar que o Princípio da Proteção é fonte recorrente do operador do Direito a fim de colmatar lacunas normativas e dirimir antinomias jurídicas, servindo como elemento fortemente presente nas hipóteses de interpretação e integração da lei *lato sensu*. Por certo, a inteligência de tal preceito se revela como uma peculiaridade que, para além do seu aspecto jurídico, mas também social e científico, propicia o comportamento ativista do julgador trabalhista, especialmente quando, tendo em conta a realidade legal existente no Brasil e as multifárias vivências dos sujeitos das relações de trabalho, sinaliza novidades, principalmente, na jurisprudência relacionada aos dissídios individuais e, com isso, implica sobremodo na situação apresentada pelo jurisdicionado.

Destarte, o Princípio Protetivo inclina o Juiz do Trabalho a inovações no exercício de aplicação dos mandamentos jurídicos aos casos que aprecia.

A partir de agora, passa-se a rememorar os matizes históricos do Direito do Trabalho, os quais induzem a constatações importantes na seara nacional do ativismo judicial.

Em um cenário internacional, o prefalado ramo do Direito iniciou-se de modo sofrido pelas classes obreiras que, padecendo de muitas formas de injustiça e de um estado deplorável no meio social, principalmente em decorrência da carência de regulamentação jurídica relacionada ao labor humano, passou a reivindicar direitos e melhores condições de vida por meio de manifestações públicas coletivas, muitas assumindo caráter revoltoso e sendo reprimidas com violência.

Castro e Lazzari (2012, p. 38) comentam tal fase histórica:

[...] as revoltas operárias permaneceram por todo o século XIX, ocorrendo de modo simultâneo e paulatino, um movimento de cada vez maior tolerância às causas operárias (cessação da proibição de coalizões entre trabalhadores, primeiras leis de proteção ao trabalhador), o que culminaria numa concepção diversa de Estado,

a que se denominaria Estado Social, Estado de Bem-Estar, ou ainda, Estado Contemporâneo.

Russomano (1981, p. 18) anota o advento dessa nova mentalidade:

[...] o mundo contemporâneo abandonou, há muito, os antigos conceitos da Justiça Comutativa, pois as novas realidades sociais e econômicas, ao longo da História, mostraram que não basta dar a cada um o que é seu para que a sociedade seja justa. Na verdade, algumas vezes, é dando a cada um o que não é seu que se engrandece a condição humana e que se redime a injustiça dos grandes abismos sociais.

Não diferente de outras nações, no Brasil, as condições de vida dos trabalhadores assalariados após a abolição da escravidão (1888) eram precárias e estavam longe de um patamar mínimo de dignidade humana, sendo que as greves das primeiras décadas do século XX representam importante fonte material do Direito do Trabalho Nacional, bem como marcos dos precedentes fáticos da industrialização do País.

86

A respeito do famigerado “Estado de Bem-estar Social” no Brasil, conquanto já existissem, de forma esparsa e tímida, normas imbricadas à seguridade social (por exemplo, a Lei “Elói Chaves” de 1923), foi a partir de 1930, com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder que se percebeu maior proliferação de leis trabalhistas, atingindo o ápice com a outorga do Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943, que instituiu a CLT²⁶. É esse Diploma Legal que, apesar de alterado em vários pontos desde a sua edição, se encontra atualmente em vigência na substancial disciplina do Direito Material e Processual do Trabalho no Brasil.

Deste modo, a principal compilação legal trabalhista do Brasil possui mais de 74 anos de vigência, e isso tem relevância quando se observam procedimentos do direito processual, mormente em torno da figura do magistrado.

Não se pode perder de mira o fato de que, quando outorgada a CLT (1943), o Brasil vivia um regime de exceção desde 1937, quando fora instituído o “Estado Novo”, sendo que, como característica de um governo com contornos ditatoriais, centralizava-se no aparato estatal o

²⁶ Consolidação das Leis do Trabalho.

poder decisório sobre vários assuntos importantes da vida social. Foi, pois, sob uma ambiência de autoafirmação do Estado como “agente” do desenvolvimento e da distribuição impositiva da riqueza produzida que nasceu a fundamental lei juslaboral do País, sendo conferida ao operador judicial uma especial envergadura no tocante a sua atuação dentro do litígio, isto é, como participante do contexto pertinente às relações de trabalho.

Citam-se alguns exemplos existentes na legislação:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

[...]

Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

[...]

Art. 790. [...]

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

[...]

Art. 852 - D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Art. 852 - E. Aberta a sessão, o juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência.

[...]

Art. 852-I. [...]

§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

[...]

Art. 876 - [...]

Parágrafo único. Serão executadas *ex officio* as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

[...]

Art. 878 - A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

[...]

Art. 880. Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.

Malgrado subsista, no cotidiano prático da Justiça do Trabalho, incomensurável número de outras hipóteses, igualmente merecedoras de lembrança, os dezoito artigos supracitados contêm amostras suficientes de que a legislação infraconstitucional consubstancia obrigações procedimentais do magistrado na geração ou condução do processo. E isso torna inegável o fato de que as normas de ordem pública estampadas na CLT representam, sim, um dos fatores importantes para o comportamento ativista na Justiça Especializada do Trabalho.

Como se observa nos dispositivos legais acima transcritos, em vários momentos, a legislação determina ações positivas do magistrado com vistas à utilidade prática do processo trabalhista e à pacificação dos conflitos recíditos nessa área, deveras importante ao Direito. É peremptório dar ênfase,

por exemplo, às várias providências que podem ser deflagradas de ofício pelo juiz (principalmente no que concerne à execução dos julgados), além da manifesta preocupação com a facilitação e estimulação da conciliação e, por fim, com as finalidades sociais ínsitas ao ordenamento laboral, notadamente quanto ao bem-estar coletivo que se espera das decisões e iniciativas judiciais.

Não se afirma, taxativamente, que a CLT é a causa do ativismo judicial, pois, conforme se explanará no item adjacente, esse é encontrado justamente nas situações em que não existe previsão legal ou essa é dúbia ou anacrônica, ou seja, quando se exige do julgador que, a fim de pôr termo à controvérsia, adote uma solução além da atividade dogmática de declarar a vontade da lei ao caso concreto, remediando a lacuna ou a imperfeição normativa. Porém, é manifesto que as ações permitidas pela legislação impulsionam e encorajam novas investidas na busca pela excelência da prestação jurisdicional e em favor da integridade das normas existentes e da inclusão das novas realidades do mundo do trabalho à órbita do Direito.

Tal realidade pode ser observada na jurisprudência pátria:

89

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS – LEI Nº 10.101/2000 – NORMA COLETIVA “EM BRANCO” – ATIVISMO JUDICIAL – INTEGRAÇÃO DA NORMA COM A FINALIDADE DE CONFERIR CONCRETUDE AO DIREITO. 1. Na vigência da Constituição de 1988, o Poder Judiciário assumiu, destacadamente, a guarda dos valores constantes no texto constitucional, investindo-se no chamado ativismo judicial, que o autoriza afastar-se das limitações do positivismo dogmático para, proativamente, interpretar e criar as normas necessárias à concretização das garantias fundamentais. 2. Nos termos da Lei nº 10.101/2000, a concretude do direito à participação nos lucros depende de negociação entre empresa e empregados para sua efetivação. 3. Na espécie, o direito à parcela foi instituído por convenção coletiva de trabalho que, nada obstante, deixou sem definição objetiva os parâmetros para sua efetivação, ao dispor que a participação se daria “na forma que vier a ser estabelecida em lei”; ou seja, “dá-se com uma mão e tira-se com a outra”. 4. Nesse contexto, em que a vantagem foi instituída de modo formal, mas pende de ato suplementar para sua efetivação, justifica-se a intervenção desta justiça especializada na relação contratual, com o escopo de implementar a integração da norma que, abstratamente, deferiu

a vantagem.

(TRT-5. Processo nº 0000749-83.2013.5.05.0038. Classe Processual: RO. Relatoria: Des. Ivana Mércia Nilo de Magaldi. Órgão Judicante: 1ª Turma. Julgado em 2-6-2014. Acórdão Publicado em 4-6-2014). (grifos insertos)

É de bom alvitre, entretantes, lembrar que o Direito Processual do Trabalho, dentre outros, é orientado pelo Princípio da Inquisitorialidade, o qual implica no aumento dos poderes do juiz trabalhista no que se refere ao processamento da lide e à adequação de todas as demais questões a ele inerentes e dele derivadas, sendo mitigadas as possibilidades de prevalência dos interesses das partes na arena processual.

Sobre isso, Leite (2007, p. 60-61) ensina:

Após o ajuizamento da ação, o juiz assume o dever de prestar a jurisdição, de acordo com os poderes que o ordenamento jurídico lhe confere.

[...]

No que concerne ao direito processual do trabalho, o art. 765 da CLT estabelece que “os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

Além disso, há algumas hipóteses que operacionalizam o princípio inquisitivo no direito processual do trabalho, a saber: a reclamação trabalhista instaurada pelo juiz do trabalho em virtude de expediente (processo administrativo) oriundo da DRT (CLT, art. 39), a execução promovida *ex officio* (CLT, art. 878) e a “instauração da instância” pelo juiz presidente do Tribunal, nos casos de greve (CLT, art. 856), sendo que esta última hipótese, como já afirmado na epígrafe anterior, mostra-se incompatível com o art. 114, §§ 2º e 3º, da CF.

Em linha de convergência, Schiavi (2009, p. 95), ao iniciar subitem de sua obra com o título *Majoração dos poderes do Juiz do Trabalho na direção do Processo*, assim leciona:

O art. 765 da CLT possibilita ao Juiz do Trabalho maiores poderes na direção do processo, podendo *ex officio*, determinar qualquer diligência processual para formar seu convencimento em busca da verdade, inclusive são amplos os poderes instrutórios do Juiz do Trabalho;

Conforme o art. 878 da CLT, a execução da sentença trabalhista poderá ser promovida de ofício pelo Juiz do Trabalho.

Por sua vez, veja-se o seguinte precedente judicial:

CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. Para o Direito do Trabalho, a formalidade cede lugar à realidade, razão pela qual a lei assegura ampla liberdade aos juízos e tribunais na condução do processo (CLT, art. 757), sendo a inquisitorialidade uma das características particulares do processo trabalhista.

(TRT-1. Processo nº 0000160-58.2010.5.01.0022. Classe Processual: RO. Relatoria: Juíza Convocada Patrícia Pellegrini Baptista da Silva. Órgão Judicante: 3ª Turma. Julgado em 29-4-2013. Acórdão Publicado em 22-5-2013). (grifo inserto)

Logo, o Princípio da Inquisitorialidade é outra fonte legitimadora dos atos que partem do impulso oficial do julgador, iniciativa tal que vai muito além de providências ordenatórias ante os deveres legais existentes, encampando uma amplitude característica, inclusive no que diz respeito a assuntos de produção probatória e execução. Em suma, os artigos celetistas acima observados apenas cristalizam tal preceito inquisitivo e lhe dão operatividade.

91

Consoante se percebeu, a legislação trabalhista antevê, desde muito, até mesmo em razão do lastro histórico da CLT, que o juiz é compelido a ser o principal protagonista do processo em várias de suas fases. Assimila-se que isso é um fator importante quando se versa sobre ativismo judicial.

Todavia, é preciso notar que há uma distinção relevante quando se examinam as particularidades da Justiça Especializada Laboral: ao passo que, muitas vezes à míngua de qualquer previsão legal nesse sentido, os juízes federais e estaduais se deparam com litígios em que se discutem matérias políticas ou visando literal provimento de algo de competência própria do Executivo ou do Legislativo, o juiz do trabalho, ao decidir de modo tido por ativista, já usufrui de um suporte jurídico autorizante e instigador inserido na lei com a qual lida cotidianamente.

Finalizando essa parte do desenvolvimento do artigo, passa-se ao último item, em que são analisados precedentes jurisprudenciais emblemáticos do TST, sintetizados em verbetes, nos quais se percebe a

iniciativa ativista da aludida Corte Superior e se nota que a edição desses enunciados, além de ser deprecada pela situação de celeuma jurídica, está atrelada a assuntos relevantes que reclamariam uma regulação por lei, mas cuja solução, mesmo advinda de atividade do Poder Judiciário, muitas vezes com imperfeições, servem, em regra, para afeiçoar o Direito.

4 O ATIVISMO NO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

92 Seguindo as informações ventiladas na introdução, a reforma das leis trabalhistas proposta pelo Governo Federal (Poder Executivo), em trâmite no Congresso Nacional, colima atingir as Súmulas do TST que são concebidas, segundo diversos representantes das classes empresarial e política, a partir de um ativismo judicial exacerbado. Dizem essas pessoas que o TST teria subtraído a competência do Legislativo e que a reforma visa pôr o “trem nos trilhos”, ou seja, recuperar a atribuição originária do Parlamento para editar leis sobre Direito do Trabalho. Em última análise, essa reforma acaba por envolver um jogo de poder (“quem pode mais”).

Nesse contexto, a dúvida científica que se coloca é a seguinte: o TST subtraiu, em algumas de suas súmulas, a competência do Poder Legislativo ou apenas cumpriu seu dever constitucional de concretizar o direito? Evidente que essa questão é polêmica, porém existe, nos meios jurídico, político e empresarial, uma concepção equivocada de ativismo judicial, como se, ao Judiciário, fosse apenas permitido submeter os fatos à lei posta e, a partir daí, determinar o cumprimento da lei dentro de seus exatos limites. Agir de forma diferente implicaria em ativismo judicial, o que é encarado, pelos políticos e empresários, como transgressão funcional do juiz a valores republicanos.

Esse enquadramento pressupõe que a lei é publicada sem defeitos de clareza e alcance. Não existiriam omissões, contradições ou obscuridades na lei. A lei seria algo perfeito, com flexibilidade suficiente para abranger todas as particularidades dos casos e as mudanças de realidade. A única interpretação possível da lei seria, pois, a literal, e o Poder Legislativo teria a exclusividade na construção do Direito. Aliás, partindo dessa ideia, sequer haveria necessidade de juízes, bastando ao Estado criar a função de um

executor de leis a mando do Legislativo.

Contudo, a evolução e a complexidade da sociedade, especialmente no que diz respeito às relações de trabalho, não permitem a edição de leis perfeitas. Além disso, no próprio processo legislativo, em razão das diversas correntes ideológicas dos membros do Parlamento, não se consegue produzir normas sem vazios (espaços onde não se conseguiu construir uma maioria de votos). Exemplo disso, o disposto no art. 7º, inciso XV, da Constituição da República: *repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos*. Explica-se: os constituintes do bloco da direita queriam o repouso semanal em qualquer dia da semana, ao passo que os constituintes do bloco da esquerda queriam aos domingos. Como não houve consenso, aprovou-se uma proposta intermediária, *repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos* (redação com conteúdo incerto quanto à forma de gozo do repouso semanal). Ao proceder dessa forma, os membros do Poder Constituinte remeteram para o Judiciário a missão de delimitar e concretizar esse direito fundamental quanto ao dia da semana em que deve ser gozado (posteriormente, por lei ordinária, estabeleceu-se a regra quanto aos dias em que o repouso deve coincidir com o dia de domingo).

93

Portanto, o próprio Legislativo, no que diz respeito às leis trabalhistas, abre espaços para a Justiça do Trabalho agir como uma espécie de legislador, a fim de preencher os vazios intencionais e não-intencionais da lei. Isso se dá porque a legislação trabalhista é impregnada de interesses eleitorais (votar contra a classe dos trabalhadores pode representar a derrota do parlamentar nas próximas eleições). Além disso, a dinâmica do mundo do trabalho transforma a lei em um produto sujeito a constante aprimoramento pela via judicial, pois, ao mesmo tempo em que o Estado exige a prestação jurisdicional (o juiz não pode se recusar a dizer o direito), a legislação escrita não oferece todas as saídas necessárias à solução do caso concreto, muitas vezes impregnado de situações que o legislador sequer imaginara quando criou a lei. Isso expande o espaço decisório do juiz, o que gera a sensação de que ele está se imiscuindo em competências que não lhe pertencem e quando essas decisões desafiam interesses econômicos, essa impressão, que geralmente não passa de uma mera sensação, é apontada como algo real e ameaçador ao Estado de Direito, o que demanda uma reparação enérgica e imediata.

Em uma visão ponderada e isenta, o ativismo judicial mostra-se como fenômeno natural mesmo no sistema jurídico romano/germânico (um subproduto desse sistema), e a atuação da Justiça do Trabalho, especialmente do TST, não pode ser vista, em regra, como uma anomalia sistêmica, especialmente considerando, como anteriormente comentado neste artigo, os Princípios do Direito do Trabalho e a própria CLT, que oferecem um campo mais vasto - e permitido - para o juiz construir soluções reputadas, negativamente, por muitos doutrinadores, como decorrentes de um ativismo judicial, a fim de se aperfeiçoar a lei e, com isso, provocar um movimento no sentido de se fazer concretizar os direitos sociais previstos na Constituição da República.

Como se infere do que foi falado nos outros tópicos desse artigo, a efetivação dos valores constitucionais, como os direitos sociais, exige uma participação mais ampla do Estado, com o envolvimento de todos os poderes, porque não é possível esperar que uma nova lei seja editada toda vez que aparece uma situação inusitada, não disciplinada por norma editada pelo Poder Legislativo. Portanto, o ativismo observado no TST não representa usurpação do Poder Legislativo ou uma judicialização da política, mas sim um fenômeno natural, necessário, legítimo e fortalecedor das regras democráticas do país.

Em uma análise aprofundada, percebe-se que os problemas apontados não residem no ativismo propriamente dito, que é algo inevitável, inclusive no sistema brasileiro, mas sim no meio utilizado e nas soluções encontradas pelo TST para determinadas situações jurídicas. Exemplo disso é a questão do intervalo previsto no art. 71 da Consolidação. A jurisprudência era no sentido de que a concessão parcial do intervalo intrajornada implicava obrigação de o empregador pagar ao empregado, como hora extra, a parcela suprimida do seu intervalo. Porém, o TST, por meio da Súmula nº 437, causou uma reviravolta nessa matéria ao orientar que a “concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido”. O TST foi além:

Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e

alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput, §4º, da CLT.

Fora a surpresa que causou no meio jurídico (e, daí, nasce a sensação de que houve a intenção de legislar, e não a de pacificar a jurisprudência), o TST construiu uma solução cujos efeitos podem se mostrar nefastos às relações de trabalho e potencialmente capazes de gerar mais litigiosidade. É que essa Súmula cria uma situação de difícil administração no campo prático, pois a supressão de apenas um minuto, por exemplo, já dá direito ao empregado de receber 60 minutos de horas extras, e isso faz com que o empregador tenha que controlar filigranas da relação de trabalho. De outro lado, criou-se uma situação em que, por menor que seja, o descumprimento da norma gera ressarcimento desproporcional, o que leva a própria vítima, quiçá, a ter interesse na violação.

Na parte final da Súmula, outra orientação jurisprudencial questionável foi construída. Ao dizer que, nas jornadas de 6 horas diárias, a prorrogação habitual de jornada gera direito ao intervalo de uma hora, e não apenas aos quinze minutos previstos no art. 71 da Consolidação das Leis do Trabalho, o Tribunal criou o mesmo problema apontado no parágrafo anterior, porém, com mais um gravame: para os empregados que trabalham, total ou parcialmente, no horário noturno, por força do art. 73, *a hora do trabalho noturno será computada com 52 minutos e 30 segundos*, ou seja, considerando que seis horas (relógio) de trabalho noturno implicam, ficticiamente, prorrogação de jornada em quarenta e cinco minutos por dia, o empregado, mesmo tendo gozado do intervalo de quinze minutos previsto em lei, terá direito de receber horas extras pela não concessão do intervalo de uma hora.

Essas construções de entendimentos jurisprudenciais geraram revoltas nos meios jurídico e empresarial, não pelo ativismo em si, como antes dito, mas pelas escolhas, aparentemente precipitadas, e pela forma como foram produzidas pelo TST.

Na sua missão constitucional de concretizar valores constitucionais, o TST pratica acertos e erros e, por ser o Tribunal brasileiro que mais emite orientações jurisprudenciais, esses acertos e erros se tornam mais aparentes e sujeitos a críticas de forma mais constante no meio social.

O ativismo no TST não pode ser apontado como exclusivamente protecionista para os empregados (causador da expansão do Direito do Trabalho via judicial – chamado de ativismo positivo). Ele também constrói situações jurídicas que beneficiam os empregadores, com restrição de direitos para os trabalhadores (chamado de ativismo negativo).

Vejamos exemplos concretos em verbetes sumulados:

Súmula nº 291: o art. 59 da CLT autoriza a contratação de horas extraordinárias, limitadas a duas por dia. O art. 468 da CLT, por seu turno, proíbe as alterações contratuais unilaterais e, se bilaterais, as que causarem prejuízo ao empregado, de forma direta ou indireta. Assim, contratada a prestação diária de horas extras, o empregador não poderia, em regra, suprimir o pagamento dessas horas, mesmo que de forma bilateral, pois causaria redução salarial, proibida por lei.

96 Dessa forma, suprimida a prestação das horas extras, o valor respectivo integrava-se ao salário do empregado. Esse era o entendimento predominante no âmbito da Justiça do Trabalho, contudo, por intermédio da Súmula nº 291, o TST “autorizou” a supressão da prestação das horas extras e do respectivo pagamento, independentemente da vontade do empregado, mediante indenização, “correspondente ao valor de 1 (um) mês de horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviços acima da jornada normal”. A Súmula em questão fortaleceu o poder diretivo do empregador (restringido) mesmo considerando a indenização, os direitos do empregado, advindos da lei e da jurisprudência anterior consolidada.

Súmula nº 331: na década de 1980, intensificou-se no Brasil a ideia da terceirização, porém, a legislação brasileira admitia a prestação de trabalho por meio de interposta pessoa em poucos casos (trabalho temporário, serviço de vigilância, conservação e limpeza). Portanto, em regra, a contratação de trabalhadores por empresa interposta era ilegal, gerando, pois, a formação do vínculo de emprego direto com o próprio tomador dos serviços, com a responsabilização solidária das empresas.

O TST, quando editou a Súmula nº 331, fez uma concessão à realidade (assim diziam os empresários), pela qual considerou lícita “a terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador,

desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”. Além disso, limitou a responsabilidade do tomador de serviços pelas verbas trabalhistas, de solidária para subsidiária. Se não fosse, pois, essa decisão, até hoje a terceirização seria ilegal.

Pode-se dizer que a Súmula nº 331 foi a “lei” que autorizou a terceirização no Brasil.

Súmula nº 342: o art. 462 da CLT proíbe a realização de descontos no salário do empregado, salvo adiantamentos, os autorizados por lei, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Em razão dessa proibição, os trabalhadores acionavam a Justiça do Trabalho a fim de obterem a restituição de descontos de seguro de vida, planos de saúde e odontológicos, previdência privada associações e entidades cooperativas, pois tais descontos não eram autorizados pela lei, tampouco por convenções ou acordos coletivos de trabalho. O TST, diante dessas demandas, ampliou o rol de descontos previsto no art. 462 da CLT, autorizando o empregador a efetuar, mediante autorização do empregado, o desconto de todos os itens acima relacionados, ou seja, o ativismo no Judiciário contemplou uma demanda da classe empresarial que, dentro da visão dos críticos do ativismo, somente poderia ser autorizada por lei.

No campo do Direito Processual do Trabalho, o ativismo no TST também se faz presente. Exemplo disso, a **Súmula nº 425:** o art. 791 da CLT estabelece que “os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final”. Contudo, por meio da Súmula nº 425, limitou-se esse direito. Ficou definido que o

jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Essa Súmula limitou direitos das duas partes envolvidas na relação de emprego.

A partir desses enunciados, é possível verificar que há ativismo no TST, contudo, como dito alhures, isso é inerente a sua própria função constitucional, e não pode ser percebido como usurpação de poder, mas

sim como atividade que complementa, de forma harmônica, a atuação dos outros Poderes e o ativismo ora beneficia o empregado, com a ampliação de direitos, ora beneficia o empregador, com a ampliação de seu poder diretivo ou com interpretação reducionista dos direitos do empregado, e ora limita ou amplia direitos das duas partes da relação, mas com o objetivo de concretizar a Constituição, especialmente os direitos fundamentais, dentro da lógica republicana.

A existência do ativismo demanda maior parcimônia na apreciação das questões que são submetidas ao Judiciário, especialmente quanto à análise dos efeitos e dos limites de suas decisões a fim de se evitar efeitos colaterais mais prejudiciais à sociedade dos que os causados pelo problema que se tentou resolver.

O ativismo não pode, no sistema jurídico brasileiro, representar a regra, especialmente na Justiça do Trabalho, que maneja uma legislação de alto impacto social em razão de sua abrangência logística. Ele deve ser praticado de forma comedida, somente quando necessário, com razoabilidade (evitar a sedução pelo ativismo irrestrito, que é uma face da sedução pelo poder), de forma a não quebrar as ideias de previsibilidade e segurança do direito, pois ninguém gosta de ouvir a famigerada frase proferida pelo advogado: *tudo dependerá do entendimento do juiz*.

Enfim sopesada tal realidade, vê-se que o ativismo judicial, muito embora até possa se constituir em um fator de estímulo, não é causa direta da crescente litigiosidade nem a única consequência dessa, apesar de mais próximo dessa última circunstância. Não se revela, também, como a solução mais adequada ao grande volume de lides processadas, mas é um fato inerente ao cenário visto no modelo jurisdicional e sociopolítico do Brasil e, por isso, digno de estudo, reflexão e aprimoramento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, versou-se sobre o ativismo na Justiça do Trabalho tendo em vista o atual panorama nacional, em que a disrupção econômica e o forte crescimento do desemprego exacerbaram, também, o aumento dos conflitos trabalhistas e, por consectário, dos litígios submetidos

à solução do Estado. Não se olvida que isso direciona especial destaque para a atuação desse ramo especializado do Judiciário e incita, inclusive, a manifestação de opiniões contrárias ao seu serviço ou favoráveis a reformas no particular, tal como, aliás, é o intento do Poder Executivo Federal e seu séquito no Congresso Nacional.

No que se refere ao ativismo judicial, tal fenômeno, que possui nível mundial, está presente no aparato jurisdicional do Brasil, sobretudo porque, embora seu ordenamento pertença ao Direito Romano-Germânico, a realidade mostra que se abeirou da Família da *Common Law* ao prestigiar e fortalecer a figura do precedente judicial nos últimos anos, algo cristalizado com acuidade no CPC /2015, que fortaleceu a jurisprudência em termos decisórios.

Ademais, a realidade do Brasil é altamente propícia ao ativismo judicial devido a fatores políticos (em que as forças tradicionais de representação política exercem um papel díssono daquele desejado pela população), sociais (em que o Estado mostra-se falido no provimento das demandas sociais) e jurídicos (em que sobeja a produção legiferante, a Constituição é um terreno fértil a interpretações variadas em face do seu teor programático e o Poder Judiciário se encontra pressionado pelos jurisdicionados com a sobrecarga de processos a apreciar, os quais tratam de multifárias matérias).

Feitas tais ponderações, buscou-se, com o estudo, responder a estes questionamentos: Existiria ativismo judicial na Justiça do Trabalho? Seria ele causa ou consequência da alta litigiosidade? Seria ele uma vertente protecionista indevida dessa Justiça Especializada? Quais as perspectivas futuras sobre o assunto?

Relativamente à primeira indagação, obteve-se resposta positiva, pois, se o ativismo judicial existe no Brasil, a Justiça do Trabalho, que é órgão do Poder Judiciário, está sujeita, naturalmente, à sua ocorrência, fato esse notado na jurisprudência, de modo especial naquela sumulada, na qual se encontra a regulamentação de matérias a respeito das quais a lei é silenciosa ou, ao menos, apontaria o contrário em uma interpretação primária. Outrossim, o fato de o principal Diploma Legal juslaboral possuir mais de setenta anos de vigência e ter sido editado durante um governo de

traços autoritários também é um fator histórico que enseja postura ativa na exegese a ser feita, sobretudo em face das novas situações de contenda causadas pelo trabalho moderno.

Em relação à segunda indagação, conquanto não se possa determinar o grau em que o ativismo judicial é causa e/ou consequência da alta litigiosidade, resta hialino que o Poder Judiciário, em regra, não atua de ofício, mas passa a impulsionar os processos cujo julgamento lhe é submetido, ou seja, é inerte, mas, se provocado, é autônomo na condução da lide até a fase de efetiva operação da jurisdição. Com isso, é razoável e sensato pontuar que, mesmo na carência de lei ou na existência de antinomias, a integração da norma ou o uso de recurso jurídicos que permitam superar suas lacunas está abrangida nas atribuições usuais do magistrado. O ativismo nasce quando a inovação interpretativa gera decisões que, em tese, equivalem a autêntico serviço legislativo em função da sua repercussão na sociedade.

100 A partir disso, pode-se asseverar que o ativismo está mais próximo de uma consequência do elevado número de conflitos judiciais e dos muitos temas e assuntos que compõem essas cizânias no âmbito das relações individuais de trabalho, daí a instigação do Poder Judiciário a resolvê-las e carecer, pois, do encontro de nova hermenêutica a fim de decidir questões que não tem previsão normativa ou que, a princípio, o desfecho desejado pela parte não teria sinal favorável, à primeira vista, pelo recurso da analogia. Todavia, não há negar que, nas situações em que o ativismo judicial dá azo a decisões apazíveis a determinado grupo de interesse, ainda que tal circunstância não seja, por si só, a causa direta para o ajuizamento de processos, ela não deixa de ser um fator de estímulo à majoração de litígios sobre a referida matéria.

No que tange à terceira pergunta, o exame de verbetes jurisprudenciais, no item nº 4, aponta que o ativismo presente na Justiça do Trabalho se revela benéfico ou antagônico, em termos de conteúdo e entendimento decisório, para ambos os sujeitos da relação de emprego. É certo que a concepção coletiva usual ainda é permeada pela crença (aliás, pelo sofisma) de que a Justiça do Trabalho é um órgão protecionista, o que seria um papel indigestamente interpretado para alguns. Entretanto, o estudo evidencia que, além de também desaguar de modo interessante

para os empregadores, o comportamento ativista ocorre justamente nos casos em que o Legislativo se absteve de gerar o regramento jurídico ou, se assim desejava, não o fez por outros motivos. Portanto, não teria relação com protecionismo, mesmo que a mídia divulgue opiniões de autoridades políticas ou classistas nesse sentido.

Por último, considerando as inovações que advirão da propalada “Reforma Trabalhista”, de propositura do atual Governo Federal, tem-se que isso não deve interferir de forma decisiva para a redução dos índices de litigiosidade, afinal os conflitos trabalhistas existem (e continuarão a existir) de modo independentemente do novo teor que se venha a imprimir às normas regentes ou de eventuais limitações ao acesso à Justiça. Pelo contrário, as novas leis são passíveis de gerar novas divergências, cabendo ao Poder Judiciário dirimi-las, quiçá através do próprio controle de constitucionalidade, sobretudo o difuso.

E, nisso, o Direito do Trabalho ostenta peculiar envergadura. De modo ilustrativo, transcreve-se o que disse a Desembargadora Ligia Maria Teixeira Gouvêa na Seção Especial da Edição 2016 da Revista do TRT-12 (p. 34):

Não se olvide que a gênese do Direito do Trabalho se encontra na Justiça Distributiva, já presente no pensamento aristotélico e que vocaciona o juslaboralismo à perspectiva nitidamente social, que lhe é distintiva e vai de encontro ao postulado do Estado Democrático de Direito ao preconizar a edificação de uma sociedade justa e solidária. Nesse vértice, a Justiça do Trabalho é o instrumento a quem, constitucionalmente, é atribuída a coadjuvação/consecução desse escopo.

Finalmente, conclui-se que as progressões futuras indicam que o ativismo judicial sobreviverá a esse período de efervescência, até porque é transcendente à jurisdição em seu sentido básico, e granjeará um novo terreno de ação no porvir. No presente, em meio a esse momento tormentoso para o Estado e o povo brasileiro, o norte a ser seguido, ainda que não absolutamente alcançado, deve ser a segurança jurídica e o respeito aos Princípios informadores do Direito Trabalhista.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DA OAB/SC. **Notícias**. 26-5-2017. XVIII Conferência Estadual: “A lei deve ser interpretada diante de fatos concretos”, diz ministro Buzzi. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/noticias/xviii-conferencia-estadual-lidquoa-lei-deve-ser-interpretada-diante-fatos-concretosrdquo-diz-ministro/14112>. Acesso em: 30 maio 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. dez 2008. *apud* PRADO FILHO, Alexandre Vieira. O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização. **Evocati Revista**, nº. 101 (1º-5-2014). ISSN 1980-6434. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=607>. Acesso em: 21 maio 2017.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. nov 2005. *apud* PRADO FILHO, Alexandre Vieira. O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização. **Evocati Revista**, nº. 101 (01/05/2014). ISSN 1980-6434. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=607>. Acesso em: 21 maio 2017.

BASILE, Juliano. Reforma é reação a ativismo do TST, diz Gandra. **Valor Econômico**. 13-6-2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/5003080/reforma-trabalhista-e-reacao-ativismo-do-tst-diz-gandra-filho>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, nº. 23. Curitiba (PR). nov. 2004.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14. ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª Edição, São Paulo: LTr, 2012.

HAIDAR, Rodrigo. Zavascki justifica ativismo pela omissão do Congresso. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/noticias/2012/outubro.jsp>>. Acesso em: 22 out. 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A Judicialização da Competição Política: o TSE e as coligações eleitorais. **Opinião Pública**. vol. 15. n. 2. Campinas (SP). nov. 2009.

NAKAGAWA, Fernando. Para presidente da Câmara, Justiça do Trabalho ‘não deveria nem existir’. **O Estado de S. Paulo**, 8-3-2017. Disponível em: <<http://economia.estadao>.

com.br/noticias/geral,para-presidente-da-camara-justica-do-trabalho-nao-deveria-nem-existir,70001692193>. Acesso em: 21 maio 2017.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978. Tradução de Wagner D. Giglio.

POLI, Gustavo Luiz; RAMOS, Flávio. Apontamentos Acerca da Judicialização da Política no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 21 maio 2017.

PRADO FILHO, Alexandre Vieira. O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização. **Evocati Revista**, n. 101 (1º-5-2014). ISSN 1980-6434. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=607>. Acesso em: 21 maio 2017.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. *apud* CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14. ed. rev. e atual., Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes; MARANHÃO, Délio Barreto de Albuquerque; VIANNA, José de Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. vol. I, 18. ed. atual. São Paulo: LTr, 1999.

TORQUATO, Gaudêncio. O Judiciário desce do Olimpo. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 31 ago. 2008, p. A2.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região”, v. 19. n. 28, Escola Judicial do TRT da 12ª Região, Florianópolis, 2016. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/escola/extranet/Institucional.jsp> – ISSN 1984-3658>. Acesso em: 21 maio 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Jurisprudência. Livro de Súmulas, OJs e PNs**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Jurisprud-18-12-2013-igual-IRem.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**. vol. 4, n. 2, São Paulo, jul./dez. 2008.