

ATIVISMO JUDICIAL DO TST E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: um possível instrumento de efetivação de direitos
Rachel Freire de Abreu Neta¹

RESUMO: O presente estudo tem por finalidade apresentar a importância das construções jurisprudenciais para o desenvolvimento do Direito do Trabalho, como também os riscos inerentes ao processo de tomada de decisões, visto que a construção do Direito do Trabalho baseia-se, essencialmente, na inovação/renovação dos precedentes judiciais de acordo com as necessidades prementes de cada momento histórico.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Análise Crítica do Ativismo Judicial do TST 3. A aplicação do Princípio da Proporcionalidade. 4. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As decisões judiciais representam importante fator de evolução do Direito, capazes de influenciar novas decisões como também, de forma mais ampla, aptas a contribuir para o desenvolvimento de um Direito mais progressista, voltado para a proteção de princípios (e/ou direitos) fundamentais.

Essa necessidade de garantir direitos manifesta-se em todos os ramos – como é o caso da seara trabalhista –, tendo como fundamento principal a dignidade da pessoa humana, também aplicado no âmbito das relações privadas.

A questão relativa à realização dos direitos sociais não se encontra abarcada, apenas, em um âmbito de eficácia vertical, atinente às relações do Estado com particulares. Não se pode olvidar, ademais, a eficácia horizontal dos direitos sociais, manifestada em uma relação firmada exclusivamente por particulares.

Para tanto, mister se faz ressaltar o relevante papel que o Judiciário tem desenvolvido na atualidade, com destaque para a seara trabalhista, eis que a construção do Direito do Trabalho baseia-se, essencialmente, na inovação/renovação dos precedentes judiciais de acordo com as necessidades manifestadas à época.

Recomenda-se, dessa forma, uma análise voltada à efetivação dos direitos fundamentais, com fulcro no princípio da proporcionalidade.

2. ANÁLISE CRÍTICA DO ATIVISMO JUDICIAL DO TST

De fato, originariamente, “os poderes públicos eram aqueles que maior risco ofereciam às liberdades dos cidadãos”². A evolução da sociedade gerou, todavia, relações jurídicas mais complexas, daí a percepção de que mesmo os particulares poderiam figurar como agentes agressores de direitos fundamentais.

Tal situação ainda se mostra mais gravosa quando envolve vínculos firmados entre empregados e empregadores. Isso porque essa relação jurídica é dotada de características especiais, dependendo a sua configuração da existência de subordinação jurídica, daí se dizer que já nasce desequilibrada.

1.A autora é Bacharela pela UFBA e Servidora Pública Federal, exercendo atualmente o cargo de Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, é pós-graduada em Direito do Estado pelo Juspodivm e pós-graduada em Direito Constitucional do Trabalho pela Escola Judicial do TRT 5ª Região em convênio com a UFBA, Salvador – BA, endereço eletrônico: rachel.ssa@gmail.com, telefones: (71) 3249-3172 e (71)8846-9424, julho, 2011.

2..AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas. São Paulo: LTR, 2007, p. 62.

Nesse mesmo sentido, observe-se a seguinte assertiva do autor Júlio Ricardo de Paula Amaral, in verbis:

Note-se, portanto, que as relações de trabalho se mostram, com toda certeza, como um dos campos das relações jurídico-privadas nas quais os direitos fundamentais estão mais suscetíveis de alcançar maior relevância, e, por conseguinte, maior vulnerabilidade. Isso decorre da própria natureza do trabalho assalariado, onde a pessoa do trabalhador envida os seus esforços para a realização de uma atividade em proveito alheio. Essa relação jurídica, de forma quase inquestionável, em face da situação de sujeição de uma das partes em relação à outra, pressupõe maiores riscos que em outros vínculos entre sujeitos privados, no que tange aos direitos do trabalhador, tanto como pessoa como na qualidade de cidadão.

Outro ponto de destaque diz respeito à incidência direta e imediata dos direitos fundamentais no âmbito privado, especialmente nas relações jurídico-trabalhistas. De mais a mais, a autonomia da vontade encontra como limite intransponível o conteúdo mínimo de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, daí a possibilidade de se falar em um “mínimo existencial” a ser respeitado mesmo que na relação entre particulares.

A modernidade tem gerado a proliferação de estruturas empresariais verdadeiramente complexas e cujo poder de negociação motiva, em grande medida, a flexibilização de direitos trabalhistas.

É justamente nesse contexto que se fala no fenômeno do “ativismo judicial”. Trata-se, pois, do “protagonismo do Poder Judiciário, com a ampliação das possibilidades de atuação dos juízes nas ocasiões em que são chamados a aplicar e interpretar as leis, inovando no ordenamento jurídico ou complementado as disposições legais existentes”³.

Essa postura mais ativa do Judiciário apresenta-se de forma marcante no âmbito trabalhista. O Tribunal Superior do Trabalho mostra-se, hoje, como um dos principais agentes de produção do Direito do Trabalho.

As súmulas e orientações jurisprudenciais deste Tribunal orientam de modo relevante os magistrados, daí a necessidade de uma atuação responsável, em conformidade com os direitos fundamentais dos trabalhadores.

“Na verdade, o que se constata é uma transferência da demanda por direitos do Legislativo para o Judiciário, assim como uma expectativa de que o Judiciário venha a suprir a falta de serviços da Administração Pública”⁴. Tal expectativa, todavia, dificilmente será alcançada.

De fato, o Judiciário goza, na atualidade, de uma importante função social e política, especialmente quando se fala na necessidade premente de efetivação de direitos, destacando-se, nesse ponto, os direitos sociais, de teor prestacional.

Ocorre que a atuação isolada do Judiciário na realização desses direitos pode gerar, em certa medida, a sua fragilização. Isso porque a garantia de sua concretização ficará muitas vezes dependendo do entendimento pessoal do magistrado responsável pela prestação jurisdicional, o que não se pode admitir.

O fortalecimento do Judiciário representa, sem dúvida, um meio de

3.COUTINHO, Grijaldo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. “O Ativismo Judicial do TST como fator de flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil”, in *O Mundo do Trabalho: leituras críticas da jurisprudência do TST: em defesa do direito do trabalho* (obra coletiva), p. 125, LTr, São Paulo, 2009.

4.COUTINHO; MELO FILHO, op. cit., p. 128.

aproximação entre este Poder e a sociedade. Contudo, isso não é suficiente. É preciso, ademais, que haja o fortalecimento da prestação jurisdicional, evitando assim decisões totalmente díspares proferidas por um mesmo órgão, a depender do entendimento subjetivo do julgador.

Para tanto, mister se faz adotar uma interpretação mais voltada para a realização dos direitos fundamentais, com o fito de assim realizar o núcleo essencial da Carta Maior, em conformidade com os imperativos de justiça.

Nesse sentido, observe-se a seguinte assertiva dos autores Grijalbo Fernandes Coutinho e Hugo Cavalcanti Melo Filho⁵ ao tratarem dos riscos inerentes a um ativismo judicial desprendido dos direitos fundamentais na seara trabalhista, a saber:

Muitas foram as vozes que se levantaram contra o princípio basilar do Direito do Trabalho – protetor do hipossuficiente -, no sentido de que o referido mandamento faz parte de um mundo do trabalho já superado. Assim como a estatização, a matriz do Direito do Trabalho passou a figurar no rol das práticas ultrapassadas. A assimilação dessas idéias abriu o caminho para a precarização ainda mais selvagem das frágeis relações de trabalho no Brasil.

[...] Os juízes brasileiros, assim como os demais agentes políticos, em certa medida, também foram “cooptados” pela avassaladora onda que atribuía ao Direito do Trabalho a responsabilidade pelo desemprego, pela informalidade e pelas selvagens condições de trabalho impostas ao contingente mais expressivo dos empregados.

Dessa forma, não se quer, de modo algum, retirar do Judiciário, em especial o trabalhista, a sua importância para a realização de direitos. O que se deseja, de fato, é uma atuação responsável dos magistrados, analisando o caso concreto segundo as suas especificidades no contexto em que estiver inserido.

Afinal, tem-se um sistema bastante complexo, marcado por interações constantes entre a doutrina, jurisprudência e a produção legislativa.

Para tanto, é possível identificar a influência constante da aplicação da teoria dos princípios, como também da busca por uma proteção mais marcante dos direitos fundamentais sociais, especialmente em se tratando de matéria trabalhista, em que a hipossuficiência do trabalhador já é manifesta.

Desse modo, é preciso ter a exata noção de que uma simples decisão judicial pode repercutir em outras hipóteses, como também servir de instrumento para a construção de um novo Direito.

É preciso, pois, reconhecer o caráter sistêmico do Direito, de modo a identificar a verdadeira relação simbiótica entre jurisprudência, doutrina e produção legislativa, em perfeita sintonia para a sua constante evolução. Isso, contudo, não basta. Percebida essa relação, há que se exigir dos magistrados uma maior responsabilidade social, especialmente quando suas decisões tratarem de matérias sobre as quais perdurem marcantes divergências.

Nessas situações, a adoção de um ou outro posicionamento jurídico exige um ônus argumentativo ainda maior, evitando assim a proliferação de decisões injustas.

É nesse contexto, pois, que se defende a adoção de uma interpretação mais voltada para a proteção e garantia dos direitos fundamentais, posto que são estes direitos que compõem o núcleo essencial da Carta Maior, daí exigirem também uma

5.COUTINHO; MELO FILHO, op. cit., p. 127.

maior proteção.

3. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Tem-se reconhecido, na atualidade, o caráter principiológico das normas que introduzem, no mundo jurídico, os direitos fundamentais. Com isso, o problema quanto à realização necessária de todos esses direitos encontrou uma solução plausível: a aplicação de um juízo de ponderação entre os interesses em jogo.

Assim fazendo, por meio do critério da proporcionalidade, reputa-se possível a limitação de certos direitos, de acordo com a situação fática. O objetivo dessa restrição é, justamente, a busca pela justiça no caso concreto. Foi, portanto, a partir da consagração dessa modalidade de solução jurídica que o referido princípio, como máxima de interpretação que é, passou a ser consagrado, com mais afinco, pelas diversas ordens jurídicas.

Nesses termos, cumpre destacar que se tem adotado, para este trabalho, a “teoria externa” das limitações dos direitos fundamentais. Isso porque, embora existam, de fato, dificuldades metodológicas – em razão da subjetividade inerente à ponderação de interesses –, esse método pode se mostrar bastante adequado por meio da fixação de novos parâmetros e da realização de ponderações minuciosas, devidamente motivadas⁶.

A “teoria interna”, por seu turno, adota como solução jurídica a simples definição da abrangência desses direitos e, por conseguinte, dos limites a eles inerentes. Ocorre que, nesse último caso, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais tem de ser drasticamente reduzido, para evitar conflitos de interesses. Ademais, elege-se como critério, em substituição ao processo ponderativo, o juízo sobre a adequação das normas aos casos concretos, que se mostra ainda mais incontornável e subjetivo⁷.

O princípio da proporcionalidade “fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa”⁸. É inerente, pois, ao próprio Estado de Direito, devendo ser aplicado, com precisão, às três esferas do poder.

Não restam dúvidas, nesse ínterim, quanto à sua adoção pelo Estado democrático brasileiro. “No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional”⁹. Pode-se encontrá-la, ainda, inserida na noção de outros princípios, com destaque para o princípio da igualdade que, em sua face material, muito se aproxima do critério da proporcionalidade.

Faz-se mister ressaltar, ademais, o entendimento defendida por Humberto Ávila¹⁰, segundo o qual a proporcionalidade pode ser vista ora como postulado nor-

6.SARMENTO, Daniel. “Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos”, in *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres* (obra coletiva), p. 267 e segs., Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 293.

7.SARMENTO, op. cit., p. 293-294.

8.BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 400.

9.BONAVIDES, op. cit., p. 434.

10.ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122-123.

mativo, ora como princípio¹¹. A esse propósito, destaque-se o seguinte trecho de sua obra, no qual trata da proporcionalidade como postulado:

A partir de agora não será mais examinado o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado. Superou-se o âmbito das normas para adentrar o terreno das metanormas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas.¹²

Outro questionamento acerca do critério da proporcionalidade gira em torno da sua inter-relação com a noção de razoabilidade. Isso porque havia, tradicionalmente, uma concepção voltada para a similitude desses princípios. Hoje, contudo, a distinção entre ambos mostra-se evidente, posto que a razoabilidade encontra-se voltada, em regra, para o equilíbrio da decisão – apresenta uma idéia mais generalizante – enquanto a proporcionalidade representa um juízo de ponderação – exige, pois, uma relação de causalidade entre um meio e fim, inexistente na razoabilidade¹³.

Contudo, os Tribunais Superiores, ainda nos dias atuais, não possuem uniformidade terminológica, como também não utilizam critérios claros de fundamentação, embora seja possível – analisando com presteza o decisum – distinguir se é caso de aplicação fática da proporcionalidade ou da razoabilidade.¹⁴

Nesse contexto, ao tratar, mais precisamente, da razoabilidade, Ávila¹⁵ traz três significados para esse termo, podendo designar equidade – quando atinente ao dever de conciliar o geral com o individual –, congruência – exige a harmonização do Direito com suas condições externas de aplicação – ou equivalência – voltada para o dever de vinculação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Sobre a questão acima aludida, mostra-se de grande valor a seguinte colocação de Piscitelli¹⁶:

Inicialmente, devemos nos ater ao conceito de que a razoabilidade está circunscrita à idéia de equilíbrio de uma decisão; já a proporcionalidade *latu sensu* analisa a adequação da via eleita que vai restringir um direito em prol de outro, a necessidade no sentido de se escolher a alternativa

11. Humberto Ávila assevera, de forma precisa, a distinção entre princípios e postulados. Quanto a isso, o autor estabelece que a proporcionalidade, como princípio, é o dever de se buscar situações equânimes; e como postulado, é o conjunto de preceitos a orientar o intérprete. Adota-se, nesse trabalho, essa dupla acepção, cuja definição teórica apresenta-se abaixo:

“Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.” (ÁVILA, *op. cit.*, p. 123)

12. ÁVILA, *op. cit.*, p. 123.

13. ÁVILA, *op. cit.*, p. 146.

14. ÁVILA, *op. cit.*, p. 139.

15. ÁVILA, *op. cit.*, p. 139-146.

16. PISCITELLI, Rui Magalhães. A dignidade da pessoa e os limites a ela impostos pela reserva do possível. *Ciência Jurídica*. São Paulo, n. 134, mar./abr. 2007, p. 60.

menos gravosa ao valor sacrificado e a proporcionalidade estrito senso, esta consistente na comparação entre dois bens em disputa.

Ao fazer a devida distinção entre os princípios sob análise, Piscitelli¹⁷ apresenta os elementos intrínsecos – também chamados de subprincípios – à noção de proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tais elementos, em conjunto, dão à proporcionalidade a densidade indispensável para alcançar a sua função primordial: garantir a máxima efetividade possível dos direitos fundamentais¹⁸.

A esse respeito, colhe-se dos ensinamentos de Ávila¹⁹, que, de forma simplificada, distingue os subprincípios componentes da noção de proporcionalidade, a saber:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.

Dessa forma, o juízo concernente a esses três elementos deve ser feito, na situação concreta, pelo Judiciário, “em casos de conflitos entre princípios constitucionais não solucionados previamente pelo Legislativo, ou quando o equacionamento da questão empreendido por ele se revele inconstitucional”²⁰.

O princípio da proporcionalidade possui, portanto, como principal campo de sua atuação, a matéria atinente aos direitos fundamentais, verificando, dessa forma, a sua essencialidade no caso concreto. Para isso, faz-se mister, pois, uma ponderação de bens e valores.

Percebida a necessidade de instaurar um processo ponderativo, defendeu-se, por muito tempo, que a valoração atinente a esse processo seria atribuição exclusiva do legislador, posto que a ele competiria a concretização dos conteúdos de liberdade e justiça.²¹ Nesses termos, seria atribuído ao Poder Judiciário o dever, apenas, de verificar a validade de uma lei ou restringir-lhe o sentido em caso de confronto com a vontade do constituinte²².

Ocorre que, em uma interpretação com fulcro nos direitos fundamentais, pouco importa, de fato, a esfera de Poder a que está vinculado o agente desse processo ponderativo. Ademais, essa atribuição pode ser exercida pelo legislador, juiz ou, até mesmo, pelo administrador. O que interessa, em verdade, é a controlabilidade do resultado restritivo em questão, de modo a extrair, dos direitos envolvidos, a máxima

17.PISCITELLI, op. cit., p. 60.

18.BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 75.

19.ÁVILA, op. cit, p. 146.

20.SARMENTO, op. cit, p. 294.

21.BARROS, op. Cit, p. 171-172.

22..BARROS, op. cit., p. 171-172.

efetividade possível²³.

Nesse aspecto, muito se defende que o critério da proporcionalidade pode resultar em uma manifesta violação à separação dos poderes. Isso porque, na medida em que se amplia a esfera de atuação do magistrado, tende-se a reduzir o raio de competência elaborativa do legislador.²⁴ Contudo, esse princípio interpretativo não pode ser visto isoladamente. Analisando-o, dessa forma, em consonância com a chamada “interpretação conforme a Constituição”, reduz-se, via de regra, o risco de reforço dos poderes judiciais, não havendo motivo para se falar em invasão de atribuições²⁵.

Sob essa ótica, o Judiciário assume o papel de executor material da justiça, adotando o aludido critério como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais²⁶.

“Com efeito, o princípio da proporcionalidade, cuja vigência no ordenamento brasileiro é hoje reconhecida [...], estabelece critérios intersubjetivamente controláveis para resolução de colisões envolvendo interesses constitucionais”²⁷.

Dessa forma, não se pode afastar, de forma alguma, a incidência do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito do Trabalho, eis que o conflito de direitos é uma realidade na esfera jurídica, não estando restrito às relações do Poder Público com os particulares.

Nesse sentido, observe-se a seguinte assertiva do autor Júlio Ricardo de Paula Amaral²⁸, a saber:

Percebe-se, de forma cristalina, que, nos dias atuais, com as mencionadas transformações no âmbito do Direito do Trabalho, o princípio da proporcionalidade desempenha uma tarefa essencial na preservação e proteção dos direitos fundamentais do trabalhador perante os renovados poderes empresariais, e não apenas com respeito aos denominados direitos laborais inespecíficos, mas também com relação aos direitos especificamente trabalhistas de âmbito coletivo, sindicalização, greve, negociação, reunião e conflito, perante as intervenções ilegítimas dos poderes públicos e, em especial, das ingerências dos empregadores.

D’outra sorte, a aplicação da proporcionalidade, no que concerne aos seus aspectos indicadores de equidade, é, por certo, de grande importância.

23.Segundo Robert Alexy, o critério da proporcionalidade é um mandado de otimização entre princípios, de modo a garantir que, nos conflitos entre direitos fundamentais, consiga-se realizar, ao máximo possível, aquele que se mostrar mais essencial no caso concreto, com o menor grau de afetação aos demais. (ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 110-114)

24.BONAVIDES, op. cit., p. 426.

25.Quanto a isso, destaque-se a seguinte colocação de Bonavides:

“O princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição, move-se, pois, em direção contrária a esse entendimento e, ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor.

O legislador sai, por conseguinte, fortalecido; e esse fortalecimento parte de uma doutrina de juízes concebida no uso jurisprudencial do controle de constitucionalidade.[...]” (BONAVIDES, op. cit., p. 427)

26.Nesse sentido, Suzana de Toledo Barros:

“Já restou dito que o problema dos direitos fundamentais hoje está calcado na problemática de sua efetividade. A garantia de sua eficácia jurídica e material não se resolveu com a simples positivação do seu conteúdo em uma carta constitucional [...]” (BARROS, op. cit., p. 92)

27.SARMENTO, op. cit., p. 309.

28.AMARAL, op. cit., p. 100.

Nesse sentido, ressalte-se a seguinte assertiva de Bonavides²⁹:

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópic, envolve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras [...], a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso [...], concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.

Não há dúvida, portanto, quanto à relevância da equidade na realização da justiça no caso concreto. Esse instrumento, contudo, não basta. Faz-se necessário, pois, garantir a efetividade da prestação jurisdicional, evitando soluções encontradas, unicamente, com fulcro no juízo pessoal do magistrado.

Determina-se, ademais, com base na proporcionalidade, a medida do dever de indenizar, impedindo, dessa forma, a proliferação de prestações jurisdicionais eminentemente frágeis.

Nesse contexto, mostra-se de grande valor a função do magistrado, do qual passa a ser exigido um maior esforço argumentativo no sentido de demonstrar as razões que serviram de fundamento para a sua decisão, daí se falar em acréscimo de responsabilidade social e institucional³⁰. “Esse esforço é ainda maior quando se trata de aplicar o direito em um país com elevado nível de desigualdade social”³¹.

No exercício da função jurisdicional, reputa-se necessário, a todo o tempo, o emprego do princípio da proporcionalidade, cujo papel voltado à ponderação de bens e valores visa proporcionar, do modo mais intenso possível, a realização dos direitos consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio.

É com base nesse processo ponderativo que se deve levar em conta, de um lado, o exercício do poder diretivo do empregador, já que incumbem a ele, também, os riscos do negócio, sem olvidar, posto que de fundamental importância, a necessidade de contribuir para a efetivação dos direitos dos trabalhadores.

4. CONCLUSÃO

O equilíbrio do contrato de trabalho, na atualidade, somente se faz possível mediante o respeito e a realização dos direitos fundamentais do trabalhador, afinal a liberdade de empresa, ainda que goze de proteção especial, tem como limite intransponível a dignidade da pessoa humana.

Isso não significa que os poderes do empregador na direção do negócio estejam fragilizados. Ao contrário: tais poderes perduram por estarem vinculados ao próprio sistema produtivo, mas nunca de forma absoluta. A realização dos direitos fundamentais dos trabalhadores sustenta, nos dias de hoje, relevância evidente, exigindo, portanto, que as decisões judiciais adotem critérios voltados para a ponderação de interesses, com fulcro no princípio da proporcionalidade.

Tudo isso há de ser observado, ainda, tendo em vista os danos que devem ser, de fato, reparados e a medida desse dever sucessivo de indenizar, juízo este que também torna imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

29. BONAVIDES, op. cit., p. 426.

30. PINTO, Helena Elias. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

31. PINTO, op. cit., p. 19.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas. São Paulo: LTR, 2007, p. 100.

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

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22. ed.

São Paulo: Malheiros, 2008.

COUTINHO, Grijaldo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. "O Ativismo Judicial do TST como fator de flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil", in O Mundo do Trabalho - Leituras críticas da jurisprudência do TST: Em defesa do direito do trabalho (obra coletiva), p. 125 e segs., LTr, São Paulo, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Proporcionalidade. Síntese. Porto Alegre, v.16, nº 186, dez. 2004.

PINTO, Helena Elias. Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PISCITELLI, Rui Magalhães. A dignidade da pessoa e os limites a ela impostos pela reserva do possível. Ciência Jurídica. São Paulo, n. 134, mar./abr. 2007.

SARMENTO, Daniel. "Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos", in Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres (obra coletiva), p. 267 e segs., Renovar, Rio de Janeiro, 2006.