PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

FACULDADE MINEIRA DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**PRINCÍPIOS TRABALHISTAS, ACESSO À JUSTIÇA E *JUS*
POSTULANDI DAS PRÓPRIAS PARTES: alcance da justiça ou
quimera jurídica?**

Dayse Coelho de Almeida

Belo Horizonte

2007

Dayse Coelho de Almeida

**PRINCÍPIOS TRABALHISTAS, ACESSO À JUSTIÇA E *JUS*
POSTULANDI DAS PRÓPRIAS PARTES: alcance da justiça ou
quimera jurídica?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta.

Belo Horizonte

2007

FICHA CATALOGRÁFICA

A447p Almeida, Dayse Coelho de
Princípios trabalhistas, acesso à justiça e *jus postulandi* das próprias partes: alcance da justiça ou quimera jurídica? / Dayse Coelho de Almeida. Belo Horizonte, 2007.
102f.

Orientador: José Roberto Freire Pimenta
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito
Bibliografia

1. Direito do trabalho. 2. Princípio jurídico. 3. Direitos e garantias individuais. 4. Acesso à justiça. 5. *jus postulandi*. I. Pimenta, José Roberto Freire. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 331.16

Dayse Coelho de Almeida

PRINCÍPIOS TRABALHISTAS, ACESSO À JUSTIÇA E *JUS POSTULANDI* DAS PRÓPRIAS PARTES: alcance da justiça ou quimera jurídica?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta (Orientador) – PUC Minas.

Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault – PUC Minas

Profa. Dra. Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt - UNA

AGRADECIMENTOS

A Deus, nosso Senhor, pela graça da vida e a força necessária para trilhar os caminhos da fé, esperança e virtude.

Aos meus pais, Maria das Graças Coelho de Almeida e João Carlos Coelho de Almeida, pelo apoio emocional e pela presença constante em minha vida.

À minha irmã, Denise Coelho de Almeida, pelo consolo nos momentos difíceis, pelo carinho e apoio incondicionais.

À minha avó, Dona Maria Alves Coelho, pelas sábias palavras e acolhida em sua casa.

Ao meu orientador Professor Doutor José Roberto Freire Pimenta pela ternura, dedicação e pelos ensinamentos de vida.

Aos professores doutores Maurício Godinho Delgado, Luiz Otávio Linhares Renault, Márcio Túlio Viana, Lusia Ribeiro Pereira, Antônio Cota Marçal, José Luiz Quadros de Magalhães e Menelick de Carvalho Netto pela paciência e esmero na arte de ensinar.

Às minhas colegas-irmãs Ana Carolina Gonçalves Vieira, Andréa Rodrigues de Moraes, Carolina Lobato Góes de Araújo, Florença Dumont Oliveira, Juliana Portilho Floriani, Maria Cecília Máximo Teodoro, Mirna Savoi Silveira Boson, Roberta Freitas Guerra, Vanessa dos Reis Pereira e demais colegas que cursavam disciplinas isoladas do Mestrado em Direito do Trabalho da PUC Minas.

RESUMO

Esta dissertação tem como escopo analisar o instituto do *jus postulandi* das próprias partes na Justiça do Trabalho. Para tanto, a abordagem foi dividida em três partes: as raízes e tendências históricas do Direito do Trabalho, a principiologia trabalhista e o *jus postulandi* das partes no Direito Laboral.

A análise preliminar é feita sob os auspícios da história do Direito do Trabalho no Brasil e dentro do contexto mundial. Esta visa marcar as influências históricas sob as quais o *jus postulandi* das partes foi inserido no ordenamento jurídico trabalhista.

Sem embargo da importância e relevância de estudos sociológicos, econômicos, antropológicos e psicológicos, dentre tantas outras ciências que poderiam ser utilizadas, o paralelo histórico-evolutivo, realçado pela abundante bibliografia, tanto jurídica quanto sociológica e econômica, foi bastante explorado neste trabalho.

Num segundo momento, e após os conceitos base terem sido relatados, surgiu a necessidade imperativa de contrapor o conhecimento obtido diante do panorama hodierno do Direito Trabalhista brasileiro, observando a influência da flexibilização, globalização e caracteres neoliberais por ela reavivados.

Com seu decorrer e de forma pautada, a dissertação buscou a defesa do patamar civilizatório mínimo, símile trabalhista do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, ambos os princípios constitucionais da mais alta complexidade e dimensão axiológica, como forma de enaltecimento e consagração do Estado Democrático de Direito brasileiro. Esta abordagem foi feita com ênfase nos direitos sociais fundamentais, em especial os trabalhistas.

Igualmente, o acesso à justiça e sua expressão como direito fundamental foi alvo de detida análise. A idéia da máxima efetividade dos direitos fundamentais, tendo como consequência natural o acesso à justiça, foi explorada detalhadamente. Esta foi abordada sob a perspectiva constitucional, enfatizando a importância do *jus postulandi* das partes na Justiça do Trabalho como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito do Trabalho, princípios justralhistas, direitos fundamentais, acesso à justiça e *jus postulandi* das próprias partes.

ABSTRACT

This dissertation has as support to analyze the institute of the jus postulandi of the own parts in the Working Justice. For so much, the approach was divided in three parts: the roots and historical tendencies of the Working Law, the labour beginning and the jus postulandi of the parts in the Labor Law.

The preliminary analysis is made under the auspices of the history of the Working Law in Brazil and inside of the world context. It aim to mark the historical influences under which the jus postulandi of the parts was inserted in the labour legal commanding.

Without embargo of the importance, and relevance of sociological, economic, anthropologic, and psychological studies, among so much other sciences that could be used, the historical-evolute parallel, enhanced by the abundant bibliography, as much juridical as sociological and economic, it was quite explored in this work.

In a second moment, and after the base concepts had been related, it arose the imperative necessity of opposing the knowledge obtained before the hodiernal panorama of the Brazilian Labour Law, observing the influence of the flexibility, globalization, and neo-liberal characters revived by it.

With its elapse, and in an arranged way, the dissertation searched the defense of the minimum landing of civilization, labour similarity of the beginning of the human person's dignity, and of the social value of the work, both constitutional beginnings of the higher complexity and essential dimension, as exaltation form, and consecration of the Democratic State of Brazilian Law. This approach was made with emphasis in the fundamental social laws, especially the labour ones.

Equally, the access to the justice and its expression as fundamental law were aim of thorough analysis. The idea of the maxim effectiveness of the fundamental laws, it having as natural consequence the access to the justice, was explored in full detail. This was approached under the constitutional perspective, emphasizing the importance of the jus postulandi of the parts in the Working Justice as instrument of become effective the fundamental laws.

Key words: Working Law, jus-labour beginnings, fundamental laws, access to the justice and jus postulandi of the own parts.

LISTA DE ABREVIATURAS

Abr. - Abril

Art. - Artigo

Coord. - Coordenador

Coords. - Coordenadores

Dez. - Dezembro

Ed. - Edição

Fev. - Fevereiro

Jan. - Janeiro

Jul. - Julho

Jun. - Junho

Mai. - Maio

n. - número

Nº - número

Nov. - Novembro

Out. - Outubro

p. - página

Proc. - Processo

Set. - Setembro

Vol. - Volume

LISTA DE SIGLAS

1ª Seção de Dissídios Individuais (SD1)

2ª Seção de Dissídios Individuais (SD2)

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN)

Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

Centro de Atualização Jurídica (CAJ)

Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT)

Consolidação das leis do Trabalho (CLT)

Constituição Federal de 1988 (CF/88)

Emenda Constitucional número 45 de 2004 (EC 45/04)

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)

Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)

Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Santa Catarina (SC)

Supremo Tribunal Federal (STF)

Tribunal Superior do Trabalho (TST)

Universidade Federal Fluminense (UFF)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O DIREITO DO TRABALHO: RAÍZES HISTÓRICAS NO BRASIL E NO MUNDO.....	13
2.1 O conceito de Direito	13
2.2 O Direito do Trabalho	14
2.3 O Direito do Trabalho no mundo	15
2.3.1 Fase Pré-industrial	16
2.3.2 Fase Industrial	18
2.3.3 Fases Empírico-normativas do Direito do Trabalho	21
2.4 O Direito do Trabalho no Brasil	22
2.4.1 Fases do Direito do Trabalho Brasileiro	22
2.5 Crise do Direito do Trabalho	24
2.6 História e Evolução do Direito Processual do Trabalho	30
3 PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO, INDISPONIBILIDADE, PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VALOR SOCIAL DO TRABALHO	34
3.1 Conceituação de princípio, importância e função no ordenamento jurídico	34
3.2 Princípio da Proteção	38
3.2.1 <i>In dubio pro operário</i>	39
3.2.2 <i>Norma mais favorável</i>	42
3.2.3 <i>Condição mais benéfica ou condição mais favorável</i>	43
3.2.4 <i>A Crise do princípio da proteção</i>	44
3.3 Princípio da indisponibilidade	48
3.4 Proibição de retrocesso social e fundamentalidade dos direitos sociais	50
3.5 Princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho	60

3.6 Inter-relacionamento dos princípios capitulados	64
4 O <i>JUS POSTULANDI</i>	67
4.1 Conceituação e caracteres gerais do instituto	67
4.2 <i>Jus Postulandi</i> no Direito do Trabalho	69
4.3 Constitucionalidade e legalidade do <i>Jus Postulandi</i>	72
4.4 Acesso à Justiça, Assistência Judiciária Gratuita e Defensoria Pública: direitos fundamentais	78
4.4.1 Acesso à Justiça	78
4.4.2 Assistência Judiciária Gratuita e Defensoria Pública	80
4.4.3 Honorários Advocatícios na Justiça do Trabalho e <i>Jus Postulandi</i>	85
5. CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação será fundamentada em pesquisas bibliográficas críticas e comparativas sobre a temática trabalhista do *jus postulandi* das partes na Justiça do Trabalho, abordando a história do direito do trabalho e a principiologia trabalhista, inicialmente. Em seguida, o acesso à justiça como direito fundamental foi confrontado com o *jus postulandi* das partes na Justiça do Trabalho.

O capítulo inaugural terá como fito caracterizar o Direito do Trabalho em suas etapas históricas, fundamentais para o entendimento de quaisquer princípios, peculiaridades ou caracteres. A aparente digressão é ponto fundamental para a compreensão e dimensionamento dos institutos analisados, de forma a extrair deles significado concreto.

O segundo capítulo analisará os princípios da indisponibilidade, irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, da proteção, da proibição de retrocesso social, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, relacionando-os uns com os outros e deles extraindo um substrato axiológico. Estes princípios são os valores base de todo o sistema just trabalhista brasileiro e consubstanciam, em parte, o que há de fundamental no Estado Democrático de Direito, mormente no tocante à seara trabalhista, eminentemente social.

Na terceira fase da dissertação será abordada a crise do Direito do Trabalho como cenário para apreciação dos institutos. Também será abordado o atual panorama do Direito do Trabalho, críticas, desafios e perspectivas, ainda que de forma incidental, vez que não se trata do objeto central desta pesquisa.

Na quarta etapa, será abordado o *jus postulandi* e o acesso à justiça, através do confronto de postulados e a principiologia constitucional-trabalhista, de forma que o estudo

ganhe contornos lógicos mais precisos. Este capítulo tentará fornecer algumas respostas aos questionamentos que serão, paulatinamente, expostos ao decorrer do texto, colocando, por vezes, a validade do *jus postulandi* das partes em xeque.

Em caráter conclusivo, embora esta não seja a presunção da modesta pesquisa apresentada, será realizada uma releitura ampla do exposto, ainda que de forma pontual, visando auferir base teórica, comparativa para tecer as considerações finais, buscando religar os tópicos abordados e fomentar uma crítica capaz de auxiliar e agudizar as posteriores análises da temática abordada.

2 O DIREITO DO TRABALHO: RAÍZES HISTÓRICAS NO BRASIL E NO MUNDO

A abordagem inicial do Direito, enquanto ciência dinâmica em constante construção e reconstrução, é perspectiva obrigatória se o objetivo foca-se no acompanhar das mudanças advindas da vida em sociedade, em seu sentido multifacetado.

2.1 O conceito de Direito

Conceituar o Direito tem sido um dos grandes desafios filosóficos hodiernos. Uma definição única e universalmente válida do Direito é avidamente perseguida pelos jusfilósofos, sem muito sucesso dada a multiplicidade de culturas e estágios diferenciados de vivência em que cada nação se encontra. Sem dimensionar, nesta problemática, a diferença de linguagem, religião etc.

O primeiro impulso para solucionar o problema é de nuance semântica. Os lingüistas esforçam-se em imprimir significado para uma reunião de valores, tentando colocar significado no que é plurisignificante, camaleônico, plurifacetado. Encerrar o conceito de Direito apenas na acepção semântica é impingir limites estreitos a um objeto demasiado complexo e mutante.

No aspecto semântico Ferreira (2004, p.683) conceitua Direito como sendo: “[...] 13. Ciência das normas obrigatórias que disciplinam as relações dos homens em sociedade”. A tentativa de conceituar, embora útil e em parte verdadeira, é frustrada quando tenta cercear a dimensão axiológica da Ciência Jurídica, colocando-a apenas como instrumento de imposição de condutas, quando é sabido que o Direito não somente desta forma se apresenta, haja vista a existência de normas dispositivas ou de cunho hermenêutico, por exemplo.

O vocábulo “direito” não deita raízes no Direito Romano. Nos fora trazido pelo Direito Canônico através do vocábulo latino *directum*, que significa caminho reto, conduta reta. A cultura judaico-cristã trouxe a palavra Direito para nossa cultura pelos ensinamentos bíblicos, principalmente.

O grande problema filosófico é estabelecer um conceito de direito universalmente válido. Duas correntes filosóficas antagônicas¹ se estabeleceram, a

¹ Apenas a título ilustrativo salientamos que as correntes são formadas pelos idealistas e pelos positivistas. A primeira corrente formada pelos neokantianos e criticistas e a segunda formada pelos céticos e pelos agnósticos.

primeira favorável à fixação de um conceito universal e válido para Direito e a outra contrária a este intento.

Dentro da Ciência Jurídica há várias subdivisões, direito civil, constitucional, administrativo, tributário, penal e outros, o que por si só, culmina numa dificuldade conceitual, pois cada um destes ramos do Direito tem suas peculiaridades, características, nascem fruto de valores diferenciados e com finalidades tutelares diversas. Até mesmo dentro de uma nação existem inúmeras possíveis conceituações para o Direito, a depender dos fatores histórico-culturais de cada indivíduo perquirido.

Todas estas dificuldades, e muitas outras, deságuam na filosofia a esperança de conceituar o Direito, ainda que de forma precária, haja vista a mutabilidade advinda da própria sociedade, destinatária e construtora de normas e condutas que visem uma melhor convivência, visando o bem comum, a paz social e, por último, mas não menos importante, a felicidade. Conceitos estes amplamente subjetivos e também, mutantes.

Não se pode olvidar que o Direito é fruto da sociedade e para esta se volta. A sociedade despeja nele a responsabilidade de acompanhá-la na sua evolução, viabilizando a vida em comum, dirimindo conflitos, amenizando diferenças sociais, econômicas, culturais, religiosas. Enfim, é do Direito a tarefa de organizar a sociedade e direcioná-la para a fraternidade, advinda da união da comunidade, do agrupamento, como bem destacou Dworkin (1999), alcançando seus fins de paz social, bem comum e justiça.

2.2 O Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho, ramo especializado do Direito, destinado a balizar os comportamentos advindos e oriundos do trabalho, equilibrando a desigualdade decorrente da preponderância econômica do empregador e a notória necessidade de emprego e subsistência do empregado, é de vital importância para entender e

Esta reputa impossível conceituar direito porque isto encerra-o numa constante, incompatível com a variação e multiplicidade de fatores que envolvem o fenômeno jurídico. Aquela reputa impossível formar ciência jurídica sem o conceito da experiência válido e universal.

raciocinar a dinâmica da ciência jurídica, suas peculiaridades e funções. Como bem asseverou Renault:

O Direito do Trabalho, como se sabe, foi fruto de violentas lutas e de algumas concessões do capital, que necessitava de uma fórmula jurídica moderna, que assoalhasse a utilização pacífica e disciplinada da mão-de-obra em massa, necessária e útil à implementação e ao desenvolvimento da revolução industrial. (RENAULT, 2004, p.74)

Fruto de intensos embates entre a classe trabalhadora e a patronal, de cunho eminentemente coletivo, embora também apreciado sob a faceta individual, o Direito Laboral é o último depositário da esperança de justiça de um povo. A compreensão histórico-evolutiva deste ramo especializado é fundamental para o entendimento de quaisquer institutos a ele ligados ou relacionados. Inicialmente partiremos de uma análise do Direito do Trabalho no mundo, desaguando no Direito do Trabalho brasileiro, suas peculiaridades e caracteres. Conforme aduz Conceição:

O Direito do Trabalho não teve origem ao acaso: ele é resultado das mudanças econômicas, políticas e sociais causadas pela Revolução Industrial e pelo capitalismo na sociedade, bem como da ação coletiva dos trabalhadores que, ao se unirem, conseguiram estabelecer um patamar mínimo de direitos, valorizando, desta forma, o trabalho humano e melhorando as condições de sua prestação. (CONCEIÇÃO, 2004, p.114)

Abordaremos noções acerca da história do Direito do Trabalho no mundo e no Brasil visando analisar o surgimento do jus postulandi das próprias partes no Direito brasileiro.

2.3 O Direito do Trabalho no mundo

Dividiremos o estudo em partes: a primeira denominar-se-á fase pré-industrial, seguindo-se pela fase industrial e chegando, num momento posterior, à sistematização das fases do desenvolvimento empírico-normativo do Direito do Trabalho de Delgado (2005, p. 93), que abrangem do século XIX às últimas décadas do século XX.

O Direito do Trabalho surge de uma combinação de valores, sendo necessária a identificação das múltiplas razões que dão origem ao fenômeno sócio-jurídico trabalhista (DELGADO, 2005, p.87).

2.3.1 Fase Pré-industrial

Inicialmente o homem coletava os frutos naturais visando sua própria subsistência. Posteriormente, na Antigüidade, o ser humano começou a intervir na natureza e a fabricar peças que o auxiliariam na realização do trabalho, lascas de pedra ou de madeira, que foram sendo sofisticados para melhor atender às necessidades (CONCEIÇÃO, 2004, p. 94-95). A não sujeição à natureza propiciou ao homem um avanço, passando a criar animais e a dividir os serviços a serem realizados de acordo com o sexo e à aptidão.

Apesar de a escravidão ter origem na submissão dos povos vencidos em guerras, não se sabe ao certo quando ela se iniciou. Nas civilizações gregas e romanas o trabalho não era valorizado e destinado aos escravizados, principalmente. Em Roma, de igual sorte, o escravo tinha valor apenas pela sua capacidade produtiva. A condição de trabalhador, pois, era extremamente discriminada, rechaçada.

A sociedade pré-industrial foi marcada pela inexistência de um arcabouço normativo protetivo. Isto ocorre porque esta sociedade foi marcada pela predominância da cultura escravocrata, como forma impulsionadora da produção. O escravo, por não ser considerado sequer ser humano, não tinha direitos de natureza alguma.

Ainda no período do Império Romano a prestação de serviços durante tempo determinado, chamada *locatio operarum*, era bastante comum e gerava ganhos financeiros para o prestador. Também havia a contratação para a realização de obra certa, chamada *locatio operis faciendi*, similar ao que conhecemos hoje como pequena empreitada.

Com a chegada da doutrina cristã, o feudalismo foi o modo de produção adotado e que veio substituir o modo de produção escravagista. Os feudos não exploravam a escravidão, a organização do trabalho dava-se sob a forma de

servidão, onde o servo cultivava a terra do senhor e era protegido por este, recebendo o senhor, em troca, parte da produção. A servidão não era tão superior à escravidão, embora o servo fosse relativamente livre (HUBERMAN, 1986). O servo, diferente do escravo, não era uma propriedade.

Posteriormente, quando as Corporações de Ofício surgiram, de certa forma houve avanço, pois a este tempo existia maior liberdade, eis que o trabalhador, agora chamado de aprendiz, não era mais atrelado à terra e à atividade econômica nos mesmos moldes da servidão. Aprendia-se um ofício, o que teoricamente possibilitaria uma ascensão social, desde que o aprendiz realizasse a obra mestra, peça que dependia da aprovação do Artesão principal, a qual raramente era dada, haja vista a exploração dos aprendizes e a reserva de mercado.

Nas Corporações de Ofício, o aprendiz era vigiado em todas as suas atividades, fossem elas de qualquer natureza (PINTO, 1999, p.31). O fator positivo é que as corporações eram regidas por instrumentos normativos que visavam regular as relações laborais, algo inédito até então. Com o advento das Cruzadas e do descobrimento das Américas, o fluxo mercantil aumentou avassaladoramente, dando suporte ao Absolutismo dos Monarcas dos Estados Nacionais, que visava reduzir o poder dos senhores feudais e unificar, nas mãos do Soberano, o território e as riquezas novamente.

A política mercantilista favoreceu a derrocada dos feudos e o crescimento do comércio. A nova classe social, os burgueses, passou a desenvolver as novas atividades econômicas mercantis. As trocas foram substituídas por vendas uma vez que a moeda tinha sido estabelecida. O resultado desta política de incentivo ao comércio e à mobilidade social foi tornar os feudos estruturas arcaicas e insustentáveis. Os feudos foram se extinguindo e os que antes eram servos passaram à condição de trabalhadores disponíveis, migrantes para as cidades.

O sistema feudal foi rapidamente substituído pelas pequenas manufaturas, que causaram a extinção das Corporações de Ofício. Como bem disse Conceição (2004, p.107) “a manufatura foi uma estrutura intermediária entre as corporações de ofício e as fábricas”.

2.3.2 Fase Industrial

A sociedade industrial é o berço do Direito do Trabalho: através dela surgiu o trabalho assalariado e subordinado, que possibilitou o reconhecimento do caráter contraprestativo do labor humano. O fator histórico que impulsionou o início da fase industrial foi a Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII. Esta foi impulsionada pela utilização da energia hidráulica no setor têxtil, e logo depois pela utilização da energia do vapor e o surgimento de fábricas siderúrgicas (ANDRADE, 2005, p.60).

A Revolução Industrial foi impulsionada pelo descobrimento do vapor como fonte energética viável a incrementar e dinamizar a produção. Ela significou uma mudança tecnológica fundamental para o progresso da humanidade. Inaugurou, de forma definitiva e inegável, a forma de trabalho prestado pessoalmente, visando dar lucro a outrem e mediante o recebimento de valores pecuniários. Isto, claramente, fomentou um desgaste entre as duas classes sociais de interesses divergentes e antagônicos. Este desgaste originou a luta de classes.

A introdução do maquinário representou uma reviravolta do modo de produção, impingindo uma reorganização social, política e econômica de toda a sociedade e do Estado (PINTO, 2000, p.21). Andrade bem descreve o gradual processo histórico em que o capitalismo surgiu:

O sistema capitalista surgiu através da supremacia da liberdade de mercado sobre o feudalismo, mas, em dois momentos distintos. Na Inglaterra, em 1689; e, na França, em 1789. É fruto, inicialmente, da Reforma Protestante; depois, da Gloriosa Revolução Inglesa e, finalmente, da Revolução Francesa. (ANDRADE, 2005, p. 60)

Rapidamente operou-se a substituição dos aprendizes por trabalhadores assalariados, uma vez que a demanda de seus serviços não exigia preparo específico, tal qual o serviço artesanal inexoravelmente necessitava. A grande indústria aniquilou as Corporações de Ofício, que se extinguíram quase que em sua totalidade.

O trabalho livre e assalariado constitui elemento de vital importância para a análise histórico-evolutiva do Direito do Trabalho no mundo. Representa um divisor de águas, pontificado como o elemento central da relação produtiva inaugurada pela nova forma de energia e a implantação de maquinário na produção (DELGADO, 2005, p. 87). Foi justamente na Revolução Industrial que o trabalho assalariado ganhou dimensão marcante e a sociedade foi dividida em classe trabalhadora

assalariada e classe industrial ou capitalista, tomadora desta força de trabalho e beneficiária dos lucros da produção.

Esta fase histórica é marcada pelo profundo desrespeito ao ser humano, explorado em grau máximo. As diferenças sociais muito se acentuaram e os valores do liberalismo, calcados na preservação da propriedade, livre iniciativa e concorrência e exploração máxima da força de trabalho, lavaram os trabalhadores ao desespero, a exemplo do episódio de destruição das máquinas, chamado ludismo².

Símbolo e filho da Revolução Industrial, o Direito do Trabalho surgiu como uma resposta às péssimas condições de labor e aos níveis críticos de polaridade rentável dos grandes industriais, em face da miséria crescente e aterradora dos trabalhadores. O ideal liberal de igualdade entre o obreiro e o industrial foi a principal causa e justificativa para o abandono governamental, naquela época, ao trabalhador. O Estado Liberal fundado na absoluta liberdade contratual estava configurado, deixando desprotegido e assim prejudicando o hipossuficiente da relação jurídica.

A Revolução Industrial significou um período negro para a história do trabalho, onde o ser humano e seu trabalho foram reduzidos ao patamar de coisa, de objeto. Até mesmo a morte foi banalizada, tamanha a exploração e a insalubridade a que eram submetidos os trabalhadores dentro das fábricas. Verdadeiro processo de atrofia humanística, do qual devemos guardar na memória para nunca permitir o retorno.

Não obstante existirem muitos fatores negativos, também há fatores positivos. Em virtude da Revolução Industrial, as cidades passaram pela necessária urbanização para agregar a massa trabalhadora vinda do campo em busca de melhores condições de vida. A utilização da máquina no setor produtivo adquiriu contornos irreversíveis (PINTO, 2000, p. 22). A introdução da máquina foi sutil forma de desumanizar o trabalho, tornando-o mecanizado (CONCEIÇÃO, 2004, p.109).

Delgado enumera como fator econômico:

² O nome deriva de Ned Ludd, um dos líderes do movimento. Os luditas chamaram muita atenção pelos seus atos. Invadiram fábricas e destruíram máquinas, que, segundo os luditas, por serem mais eficientes que os homens, tiravam seus trabalhos, requerendo, contudo, duras horas de jornada de trabalho. Os luditas ficaram lembrados como "os quebradores de máquinas".

[...] o processo generalizado e crescente de concentração industrial (concentração empresarial ou de capital, no sentido mais amplo), característico dos países europeus ocidentais e dos Estados Unidos da América de fins do século XVIII e principalmente desenrolar do século XIX. Esse processo, sobretudo, terá o condão de acentuar outros fatores convergentes, como a utilização maciça da força de trabalho pelo sistema produtivo e a formação de grandes contingentes urbanos operários naquelas sociedades. (DELGADO, 2005, p.88)

Dentre os que se rebelaram ou tencionaram melhores condições de trabalho e de vida, alguns encontraram a morte, outros a vida com sentido, com ideologia. Tantas foram as correntes ideológicas que fundamentaram a luta trabalhista, tais como o marxismo, comunismo e as doutrinas sociais religiosas, que se formou uma consciência de classe e uma união em torno da melhoria das condições de vida para todos os trabalhadores. Esta identificação da massa proletária, através da similitude de funções e de habitação comum em torno das grandes fábricas, foi fator de agrupamento relevante para a formação do direito coletivo do trabalho e do próprio direito do trabalho (DELGADO, 2005; CONCEIÇÃO, 2004).

Justamente em razão da preponderância, no Estado Liberal, dos valores intrinsecamente privados, individuais e fomentadores de desigualdades, os trabalhadores reuniram-se na forma de associações coletivas, mais tarde sindicatos, com o fito de frear a exploração desmesurada e reequilibrar a situação que a omissão estatal criou. Das reivindicações e pressão social, o Direito do Trabalho foi sendo, aos poucos, construído no mundo. A insatisfação da massa de trabalhadores do período industrial e os conflitos criaram a necessidade da existência de um instrumento de contenção social e apaziguamento dos ânimos, ou seja, o Direito do Trabalho.

A chamada Justiça Social, defendida pela doutrina social-cristã e albergada pelas Encíclicas Papais: *Rerum Novarum* e *Laborem Exercens*, assumiu importante fundamento ideológico, juntamente com o ideário marxista (NASCIMENTO, 2001).

A união dos trabalhadores foi fundamento propulsor para o surgimento de novas vertentes teórico-políticas, tais quais: o comunismo, socialismo, etc. O coletivo foi suplantando o individual e a massa trabalhadora ganhou força e capacidade de negociar.

A pressão social dos trabalhadores e suas negociações coletivas produziram fragmentos legislativos, que foram se somando às tímidas produções estatais. Nos países desenvolvidos e democráticos a experiência demonstrou que o Direito do

Trabalho surgido dos anseios sociais e através de negociações coletivas foi amplamente recepcionado por seus ordenamentos jurídicos, apesar da produção normativa estatal também ser relevante e pontual.

2.3.3 Fases Empírico-normativas do Direito do Trabalho

Esta nomenclatura pertence a Delgado (2005) e dimensiona de forma sistemática e organizada as fases pelas quais o Direito do Trabalho passou.

A primeira fase foi por ele chamada de incipiente ou esparsa, em razão da produção legislativa escassa e orientada somente à proteção de mulheres e crianças da exploração a que vinham sendo submetidas. Esta fase ainda não representa uma sistematização uniforme, apta a organizar um ramo jurídico. Marcada pelo *Peel's Act*, datado de 1802, esta época produziu timidamente instrumentos normativos específicos e insuficientes para fundamentar uma seara jurídica delineada, também em razão da pouca mobilização coletiva.

A segunda fase, marcada pela sistematização e consolidação do Direito do Trabalho, representa um avanço pujante do ramo jurídico específico aqui tratado. O marco inicial desta segunda fase reside no Manifesto Comunista, datado de 1848, seguido por outros movimentos de índole coletiva, não menos importantes. Grandes acontecimentos históricos, a exemplo da criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pelo Tratado de Versalhes, a Primeira Guerra Mundial e a Constituição de Weimar, marcaram esta etapa, fornecendo subsídios ao desenvolvimento do Direito do Trabalho. Destacamos a criação da OIT³, que significou o reconhecimento de normas trabalhistas no plano internacional.

A proficuidade desta segunda fase para o Direito do Trabalho é evidente: inúmeros ganhos legislativos, advindos da consciência de classe, foram incorporados aos trabalhadores urbanos. A mudança social propugnada pela teoria de Marx e Engels e pela doutrina social da Igreja, na qual a classe subordinada teria acesso aos bens da vida e a igualdade seria possível, seduziu milhares (DELGADO, 2005, p. 95).

³ A criação da OIT, em 1919, visava promover e harmonizar direitos do trabalho através do estabelecimento e aplicação de [normas internacionais do trabalho](#).

Esta mudança de pensamento e a consciência de classe fomentaram a terceira fase, caracterizada pela institucionalização do Direito do Trabalho. Nesta, o Direito do Trabalho assume sua dimensão jurídica plena. O fim da Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Mexicana de 1917 lançaram as bases da constitucionalização do Direito do Trabalho.

Neste interregno, a Segunda Guerra Mundial mobilizou a massa trabalhadora na indústria bélica, inclusive com a inserção da mulher. O modelo fordista de produção em massa foi definitivamente consagrado pelas guerras mundiais (HOBSBAWM, 2004, p.54).

O Direito do Trabalho, no plano mundial, consolidou-se no período pós-segunda Guerra Mundial, formando suas bases científicas e normativas. Esta consolidação ou afirmação significou um período de ganhos juslaborais consideráveis para os trabalhadores. Entretanto, o direito do trabalho entrou em crise, denominada também de quarta fase e que será mais bem explorada adiante.

2.4 O Direito do Trabalho no Brasil

Em virtude das diferenças sociais, econômicas, políticas e culturais, as etapas de surgimento, desenvolvimento e afirmação do Direito do Trabalho brasileiro ocorreram de forma diferente. O Brasil alcançou o processo de industrialização de forma tardia comparado à Europa, razão pela qual as fases não coincidem com as européias cronologicamente.

2.4.1 Fases do Direito do Trabalho Brasileiro

A história jurídico-trabalhista brasileira inicia-se na existência do trabalho livre, este entendido como conducente ao trabalho subordinado, ou seja, a relação empregatícia tradicional. Antes da abolição da escravidão havia trabalho livre e subordinado, mas este era reduzido e em situações muito específicas. Dessa forma,

Somente após a abolição da escravatura em 1888 é possível analisar o Direito Trabalhista brasileiro em virtude de sua categoria central, o trabalho livre, estar plenamente caracterizada.

Da abolição escravagista até 1930, com o advento do ciclo cafeeiro paulista, o crescimento da prestação de serviços e o despontar industrial de São Paulo e Rio de Janeiro, as primeiras tentativas de organização operária foram surgindo. A maioria destas organizações operárias era formada por imigrantes europeus, que realizavam oposição ao capitalismo (IGLESIAS, 1970).

O Estado legiferava⁴ em doses homeopáticas nas questões trabalhistas pela sua característica, nesta fase, de Liberal, o que culminava na ausência de intervenção e o predomínio da autonomia privada pura. Também as pressões político-ideológicas que imprimiam ao Estado o afastamento da política social, deixada ao sabor do mercado. Estas legislações esparsas que aos poucos foram surgindo neste período, em sua maioria, significavam apenas paliativo diante das condições indignas de trabalho (CONCEIÇÃO, 2004). Segundo Lajugie:

Desde o início do século XIX, homens, como Sismondi, Dupont-White e os defensores das escolas socialistas e, um pouco mais tarde, as diversas correntes de pensamento oriundas do Cristianismo social e do solidarismo, reclamaram a intervenção em matéria social. Essa intervenção resultará de início, na elaboração de um direito do trabalho inspirado na preocupação de proteger os trabalhadores contra os riscos que lhes são próprios, para desabrochar, finalmente, numa concepção mais ampla do progresso social, baseado na solidariedade de todos os cidadãos diante dos riscos de vida, como o Seguro Social. (LAJUGIE, 1974, p. 64)

Numa segunda etapa, de consolidação e afirmação propriamente dita do Direito do Trabalho brasileiro, iniciada em 1930 com a queda do ciclo cafeeiro advinda da Crise do Estado Liberal e da República Velha e pela Revolução de 30, a oficialização da seara jurídica trabalhista estendeu-se, ocupando espaço inclusive nas Constituições vindouras, destacando-se a Constituição Federal de 1988, em vigência. Como bem acentua sobre a crise do ciclo cafeeiro Furtado:

É das tensões internas da economia cafeeira em sua etapa de crise que surgirão os elementos de um sistema econômico autônomo, capaz de gerar o seu próprio impulso de crescimento, concluindo-se então definitivamente a etapa colonial brasileira (FURTADO, 1969, p. 42).

⁴ A título ilustrativo: Decreto 439 de 1890; Decreto 843 de 1890; Decreto 565 de 1890; Lei 4.982 de 1925 e Lei 1.869 de 1922 (DELGADO, 2005, p. 108-109)

A influência do período getulista ou Era Vargas catapultou o Direito do Trabalho ao *status* jurídico concreto de direito positivado e específico através da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). A política intervencionista de Vargas garantiu ao Direito do Trabalho uma relativa segurança evolutiva, mantida pelo ápice controlador estatal, tanto da movimentação político-organizada pelos movimentos sociais, quanto pela meticulosa legislação, que impunha ditames específicos, regulando sobremaneira as relações trabalhistas coletivas, submetendo-as ao crivo e controle estatal.

Tudo isto, culminou em um Direito do Trabalho outorgado pelo aparato estatal e não conquistado pelos interessados. O Estado tratou de criar todo o instrumental, a exemplo da Justiça do Trabalho, do Ministério do Trabalho e tantos outros, tencionando o controle e reduzindo a possibilidade de organização e luta por direitos através da formação de sindicatos fortes e independentes do crivo estatal. O que não significa que não houveram pressões sociais significativas, sem as quais não teríamos o Direito do Trabalho hoje existente.

Muito embora o período getulista tenha cerceado, em parte, os movimentos sociais, foi de fundamental importância para o surgimento e consolidação do Direito do Trabalho brasileiro e representa um marco na história jurídica do país.

Inicialmente pouco ou quase nada de legislado possuía, passando em um período curto a ter uma legislação minuciosa e forte controle estatal, pautado pelo modelo centralizador e autoritário de Getúlio Vargas no período de 1930 a 1945. Este lapso temporal reduzido não possibilitou o amadurecimento do povo e das instituições (DELGADO, 2005, p. 113).

2.5 A Crise do Direito do Trabalho

O início do século XX foi marcado por novas concepções organizacionais do trabalho. Primeiro, a doutrina de Frederick Winslow Taylor, chamada taylorismo, na qual cada empregado trabalhava em seu setor, ignorando os demais, participando de forma apenas incidental no processo produtivo (LAJUGIE, 1974, p. 69).

O método de organização taylorista foi o preponderante no período inicial do século XX, sistematizando o trabalho de forma a concentrar controle na direção e no

planejamento do trabalho, o que reduzia a participação do trabalhador no modo de realização da tarefa, cingindo-se ele, tão somente, a executá-la. Este método não importou em avanço tecnológico relevante.

Logo depois da falência deste modelo, pela sua alienação do restante da produção, surgiu a doutrina de Henri Ford, o fordismo, também chamado de produção em série. Este modelo mantinha os trabalhadores fixos, elaborando serviços repetitivos, recebendo a matéria prima através de esteiras rolantes para transformação produtiva. O serviço repetitivo, por ser cansativo, desgastante e insalubre, dando ensejo a lesões por esforço repetitivo e a doenças ocupacionais, não era o mais perfeito dos modelos. Porém, este modelo garantiu o avanço produtivo necessário à época.

O sistema capitalista tem-se adaptado, com sucesso, aos desafios e reveses a que é submetido. Sua capacidade de reestruturação e adequabilidade explicam o porquê de sua permanência no mundo e seu avanço na quase totalidade do globo terrestre.

O período entre as duas grandes guerras mundiais representou um período de instabilidade capitalista. Os abalos econômicos advindos guerras geram prejuízos econômicos, políticos e sociais. Estes repercutem nos anos seguintes e influenciam a produção de leis.

Na primeira guerra mundial, período onde se registra o início da crise mais duradoura do sistema capitalista (ANDRADE, 2005, p. 68), a crise alcançou até mesmo a economia estadunidense, não de forma decisiva, eis que se sabe que das duas guerras os Estados Unidos da América saiu economicamente mais forte, firmando sua hegemonia. Os níveis de desemprego tiveram aumentos estrondosos até mesmo na Europa, que “declinou no cenário econômico mundial” (LAJUGIE, 1974, p. 56). A economia estava em descontrole e um verdadeiro colapso do sistema capitalista foi experimentado, culminando, em 1929, com a quebra das bolsas da Wall Street.

A Grande Depressão do período entre guerras fundamentou a formulação de planos econômicos aptos a resgatar o déficit social existente, como o New Deal de Roosevelt, onde a intervenção estatal foi aceita como única forma de reequilibrar a situação e reavivar o sistema capitalista. “O capitalismo individualista e abstencionista dá lugar a um capitalismo intervencionista e, por vezes, a um capitalismo estatal.” (LAJUGIE, 1974, p. 59), Keynes, citado por Andrade, advertia

que “o capitalismo é um sistema econômico essencialmente instável e tende constantemente ao desequilíbrio, razão pela qual é imprescindível a presença do Estado na Economia.” (ANDRADE, 2005, p. 70).

Com o fim da segunda guerra mundial as idéias de John Maynard Keynes resgataram, de certa forma, o capitalismo e propiciaram um retorno ao estado anterior de relativa estabilidade, com o controle da recessão e o retorno da empregabilidade. O keynesianismo defendia o incremento da renda dos trabalhadores como forma de fazer circular o capital, o que seria utilizado para consumir a produção, eliminando a possibilidade de excesso produtivo e corrigindo o baixo consumo, que propiciava recessões. A intervenção estatal na economia visava de corrigir as distorções do mercado e propiciar a realização de políticas públicas, funcionando como equilíbrio e alternativa aos reveses do mercado.

O Estado de Bem-Estar Social foi se sedimentando, corrigindo as distorções da crise do sistema capitalista e reconstruindo a paz social perdida no momento de colapso. Mas, também o Estado Social entrou em crise e foram se afirmando as bases para o retorno do liberalismo, sob novas vestes. Para que o modelo fordista, cujo sucesso era assegurado pela doutrina de Keynes tivesse pleno êxito, se faziam necessárias correções salariais a maior para os trabalhadores de forma progressiva, o que reduziria o lucro imediato dos grandes empresários. Como contrapeso, os preços foram aumentados e repassados ao consumidor, o que gerou inflação (SINGER, 1983), instaurando a crise. Acerca da influência da crise petrolífera, entre 1973 e 1974, Singer aponta:

Sendo a crise do petróleo de origem externa e de caráter mundial, ela serve magnificamente de excusa para o descalabro inflacionário em que entramos [Brasil], sobretudo desde 1979. Sem negar o caráter de agravante desta crise, é preciso constatar, no entanto, que a inflação brasileira se acelerou desde 1973, ou seja, antes que o preço do petróleo começasse a disparar e que os profundos desequilíbrios que a era do “milagre” ensejou, são, sem dúvida, a causa principal do atual descontrole inflacionário. (SINGER, 1983, p.60)

Todos estes aspectos mencionados, fizeram com que o Estado de Bem Estar Social recuasse e os investimentos públicos no social fossem sendo, aos poucos reduzidos. A acentuação do desemprego e do alto custo do aparato social era fatores determinantes para a derrocada posterior do modelo de Estado Social, provedor.

Após a segunda guerra mundial os defensores do retorno do liberalismo, a destacar Fredrich Hayek (1983), Milton Friedman (1977), Ludwig Von Mises (1991) e Michael Polanyi (2000), dentre tantos outros adeptos, começaram a atacar as idéias keynesianas.

Esta forte reação contra o Estado de Bem-Estar Social e seus instrumentos de controle do mercado pauta-se pela destruição dos moldes coletivos de insurgência trabalhista. O retorno liberal inibe a mobilização em busca de direitos sociais, em especial os trabalhistas pela formação do exército de reserva de mão-de-obra desempregada.

Os governos Thatcher na Inglaterra, Reagan nos Estados Unidos, Kohl na Alemanha, Pinochet no Chile e Schluter na Dinamarca serviram de sustentáculo prático para que a teoria neoliberal encontra-se berço. A idéia de que a vida econômica é regida pelos mecanismos de preço e de mercado é a base deste modelo político (ANDRADE, 2005, p. 71-72).

Os principais aspectos destes governos citados eram: privatização, abertura de mercado, desregulamentação, estado mínimo e tudo que fosse viável a impedir oposição e organização social reivindicatória. O modelo fordista não era mais adequado e não respondia à crise, o que culminou pelo fortalecimento da ideologia de retorno dos aspectos liberais econômicos.

A crise no Direito do Trabalho, tão bem explicitada em PIMENTA *et al* (2004), surgiu de uma desestruturação econômica causada pela crise petrolífera de 1973, intervencionismo estatal, déficit fiscal e redução dos postos de trabalho, dentre fatores outros tão relevantes e que obviamente guardaram conseqüências sociais, políticas, ideológicas. Deste período em que a acentuada mecanização da produção avançava sobre os empregos, advieram teorias de desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho, fundadas num possível fim do trabalho, tese que parece não ter vingado, haja vista a continuação do modelo de produção até os dias atuais, com algumas alterações. O modelo chamado toyotista, em razão da fábrica japonesa da Toyota, primava pela tecnologia informacional, redução de custos extrema e produção maximizada num modelo de indústria reduzido, mínimo e com estoques reduzidos. A produção neste modelo é focada na exata medida do que pode vender (VIANA, 2004, p.159-160).

A crise alterou os padrões dantes estabelecidos e sob os quais o Direito do Trabalho se afirmou, sendo necessária uma readaptação. O declínio do Estado

Social fomentado pelas escolhas políticas dos centros da pujança capitalista, tais quais Inglaterra com Margaret Thatcher, Ronald Reagan nos Estados Unidos da América e Alemanha com Helmut Kohl, geraram o desmonte do aparato social e fragmentação dos direitos trabalhistas (DELGADO, 2005, p. 99). Este período, sem dúvida, ameaçou a sobrevivência do Direito Laboral pela crescente informalidade, terceirização e tendência desregulamentadora e flexibilizatória. No modelo toyotista ou *just in time* não haveria lugar para o Direito do Trabalho. Somente os altos empregados auferem ganhos reais, a massa trabalhadora é contumazmente substituída e substituível.

Todos estes fatores ensejaram com a prevalência ideológica e fática do neoliberalismo. Este baseado na idéia de Estado mínimo com pouca ou quase nenhuma intervenção, apropriação máxima da tecnologia pelos setores produtivos, privatização, competitividade empresarial à patamares mundiais. Este neoliberalismo, com sua volta acentuada aos ditames de livre mercado liberal, significou um passo atrás na conquista das normas trabalhistas.

A soma de fatores ocasiona uma massa de excluídos, (semi) analfabetos, desempregados, marginalizados ou em empregos precários, sem direitos trabalhistas, sem reconhecimento estatal da sua hipossuficiência frente ao novo mercado laboral.

O Brasil acolheu o sistema toyotista de produção e o neoliberalismo com alguns anos de atraso com relação a Europa e aos Estados Unidos da América. Da mesma forma o Direito do Trabalho brasileiro entrou em crise, haja vista a influência do neoliberalismo, através de formas sutis e incisivas, como a terceirização e o incremento da possibilidade de flexibilização diante de um modelo coletivo-sindical pouco preparado para auferir ganhos reais nas negociações. A economia globalizada, neoliberal por excelência, induziu ainda mais o aviltamento das condições trabalhistas, uma vez que a competição foi esmerada.

Na dinâmica brasileira várias medidas foram tomadas, no intuito claro de desregulamentar e flexibilizar o conteúdo normativo trabalhista, a exemplo da estabilidade decenal que foi substituída pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço⁵ (FGTS), o que facilitou a despedida imotivada; do banco de horas; o

⁵ O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não significou, propriamente, o início do processo neoliberal, mas representa ou é marco da desregulamentação e flexibilização progressivas no Direito do Trabalho brasileiro.

alargamento das possibilidades de contratação por tempo determinado, dentre inúmeras outras.

Entretanto, diante da crise do sistema capitalista, sobreveio justamente a necessidade de se garantir um patamar mínimo que possibilite, até mesmo, viabilizar a convivência harmônica e evitar uma eventual guerra civil fomentada pela desigualdade e caos social.

A Constituição Federal de 1988 é, sem dúvida, um ponto de referência do Direito do Trabalho brasileiro. Este ganhou destaque pela especificidade constitucional. Esta Constituição, apesar de romper com o autoritarismo, recepcionou a organização coletiva trabalhista de Getúlio Vargas. A necessidade de registro dos sindicatos e a unicidade sindical são exemplos do controle estatal sobre o modelo trabalhista coletivo brasileiro.

As conquistas advindas da Constituição Federal de 1988 vêm sendo cotidianamente atacadas pelo neoliberalismo, que tem feições mundiais e visa derruir o Direito do Trabalho pela flexibilização, desregulamentação, terceirização e quarteirização, dentre outros modos sutis de substituição de direitos por acordos, novos modelos pseudo-mantenedores de emprego, na maioria das vezes visando reduzir e retirar o patrimônio jurídico dos trabalhadores, adquirido em décadas de esforço.

A crise que abala o Direito do Trabalho é própria das transformações sob as quais o mundo passa. Os institutos jurídico-trabalhistas sofrem conseqüências diretas com a instauração de uma crise no ramo jurídico do qual fazem parte. Portanto, a crise do Direito do Trabalho afeta o *jus postulandi* das próprias partes na Justiça do Trabalho e propicia a reflexão acerca da sua manutenção neste contexto de crise e de avanço da globalização e do neoliberalismo. Estes causando a flexibilização e a desregulamentação, cada vez maiores, do Direito Laboral.

No momento de crise, não seria o *jus postulandi* das partes mais um instrumento de desmonte dos direitos sociais, em especial os trabalhistas, auferidos com muita luta e cotidianamente atacados? Para responder a este questionamento são necessários um estudo principiológico do Direito do Trabalho e uma pesquisa do próprio instituto do *jus postulandi* das próprias partes, sob pena de conclusão rasa e sem fundamento.

Recentemente, em 2004, a Emenda Constitucional n. 45, ampliou significativamente a competência trabalhista, trazendo conseqüências ainda

desconhecidas, embora o aumento de competência signifique uma majoração de poder e importância para a Justiça do Trabalho. Certamente, a Emenda 45 é um marco para o Direito do Trabalho brasileiro.

Como forma de melhor compreender a crise e os fundamentos do Direito do Trabalho brasileiro, a análise de seus princípios fundamentais é essencial para a análise do *jus postulandi* das próprias partes, o que adiante faremos.

2.6 História e Evolução do Direito Processual do Trabalho

A abordagem das raízes históricas do Direito Processual do Trabalho justifica-se pelo instituto do *jus postulandi* das próprias partes, assunto central deste trabalho, ser de índole processual e aplicar-se no direito processual trabalhista e cível, especialmente.

O Direito Processual do Trabalho surgiu quando começaram a ser utilizados os métodos de solução dos conflitos trabalhistas⁶. O Direito Processual, em geral, é instrumento para realização do Direito Material ao qual está vinculado, funcionando como meio para se assegurar a tutela estatal e o respeito às normas. O Direito do Trabalho é, pois, ponto de partida para o surgimento do Direito Processual Trabalhista. Em razão disto, é desnecessário repetir a abordagem histórica anteriormente realizada, uma vez que tem utilidade tanto no âmbito material, quanto no ramo processual trabalhista. Desta forma, neste tópico faremos, tão somente, referência aos acontecimentos históricos mais relevantes.

A Revolução Industrial, em razão da industrialização, polarizou a massa trabalhadora próximo às fábricas e voltada à produção. O choque de interesses entre os operários e os industriais agravou-se pela abstenção do Estado em legislar protegendo o trabalhador (NASCIMENTO, 1992, p. 31). Este, em virtude da exploração e das péssimas condições de trabalho, começou a se organizar e a defender seus próprios interesses, através da utilização da autodefesa. O ludismo, episódio da destruição das máquinas, e as greves podem ser encaixados nesta fase de insatisfação obreira. Este período foi bem explicado por Giglio:

⁶ Os métodos de solução de conflito são: a autodefesa, a autocomposição e a heterocomposição.

A revolução industrial determinou profundas mudanças nas condições de trabalho. A utilização de máquinas que faziam, como o tear, o serviço de vários trabalhadores causou o desemprego em massa. O aumento da oferta de mão-de-obra, diante da pequena procura por trabalhadores, acarretou o aviltamento de salários. O grande lucro propiciado pelas máquinas trouxe como conseqüências a concentração de riquezas nas mãos dos poucos empresários e o empobrecimento generalizado da população (GIGLIO, 2003, p. 01).

A autodefesa, entendida como utilização de meios próprios para defesa de seus interesses, não interessava ao Estado Liberal, que perdia o controle da situação e a produção se tornava instável, reduzindo lucros. Em razão disto, o Estado começou a normatizar, mas somente na esfera material, direitos trabalhistas. Esta atividade legiferante visava inibir a autotutela, que ameaçava a produção e o poder do Estado. Para apaziguar os ânimos, o Estado elaborou formas de autocomposição, que significava conciliar as partes sem atribuir vencedores às contendas, o que garantia um controle estatal sob a forma de resolução do conflito.

Leite explica o surgimento das primeiras normas processuais:

As primeiras normas processuais para a solução de conflitos trabalhistas foram inspiradas nas tradicionais funções dos *Conseils de Prud'Hommes*, da França (1806), que eram compostos presumivelmente de "homens prudentes", íntegros, versados em alguma coisa e com a capacitação para julgar seus semelhantes. O Conselho possuía, inicialmente, funções extrajudiciais e, posteriormente, passou a ter funções judiciárias para julgar ações decorrentes dos conflitos nas indústrias e no comércio (LEITE, 2006, p. 100).

Este conselho, esclarece o autor citado, permanece ainda em atividade e a escolha dos membros integrantes é por sufrágio universal, que assegura a composição paritária no órgão (LEITE, 2006, p. 101).

Na Itália, a *Carta del Lavoro* criou a magistratura trabalhista, incumbindo-a da solução dos conflitos trabalhistas. Da mesma forma, os Tribunais Industriais espanhóis e alemães encarregados de dirimir as querelas laborais (SILVA, 2000, p. 16).

No Brasil a história do direito do trabalho e a história do direito processual trabalhista coincidem e se confundem. Podemos dividir a história processual trabalhista brasileira nas seguintes fases: institucionalização, constitucionalização e consolidação da Justiça do Trabalho. Estas fases representam os percalços pelos quais passou o Processo do Trabalho.

A primeira fase inicia-se com contornos administrativos, voltada à conciliação, dos Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem (Lei 1.637/1907), que interferiam nos conflitos de forma facultativa (LEITE, 2006, p. 104). Não somente no Brasil foram criados órgãos permanentes de conciliação e arbitragem. A Alemanha, a Espanha, o México, a Austrália, a Argentina e a Nova Zelândia também adotaram este sistema. Logo após, surgem os Tribunais Rurais de São Paulo (Lei 1.869/22), primeiros órgãos responsáveis pelos litígios trabalhistas, que funcionavam apenas para julgar as lides oriundas de serviços agrícolas rurais, limitadas ao valor máximo de 500 (quinhentos) mil réis. Inicialmente a conciliação era facultativa, tornando-se, posteriormente, obrigatória (GIGLIO, 2003, p. 02).

Após a Revolução de 30, “Getúlio Vargas promulgou, em pequeno interregno de tempo, grande número de leis trabalhistas” (GIGLIO, 2003, p. 03). Nesta fase, surgem as Comissões Mistas de Conciliação (destinadas a resolver conflitos coletivos) e as Juntas de Conciliação e Julgamento (1932), que tentavam conciliar, mas também tinham o poder de julgar as lides individuais trabalhistas, embora submetidas à carta avocatória do Ministro do Trabalho a qualquer tempo. Nota-se, nesta fase, que a feição administrativa e prioritariamente conciliatória, sem poder de jurisdição, vai aos poucos decaindo. No decorrer desta fase, o direito processual foi evoluindo e ganhando aos poucos espaço pleno de jurisdição.

Num segundo momento, ou fase, a constitucionalização do direito processual trabalhista é observada nas Constituições de 1934 e 1937, e também nas seguintes até a Constituição Federal vigente. A Justiça do Trabalho ao ser reconhecida e elevada ao *status* de previsão constitucional representa uma evolução no sentido de reconhecimento, pelo Estado, da sua importância.

Em 1943, o Decreto-lei 5.452 (Consolidação das Leis do Trabalho) foi promulgado e representou a organização e sistematização de toda a legislação trabalhista anteriormente produzida, facilitando o acesso do cidadão ao arcabouço normativo laboral e promovendo cidadania. Entretanto, somente em 1946 com o Decreto-lei 9.777, a Justiça do Trabalho passa a integrar a estrutura do Poder Judiciário (NASCIMENTO, 1992, p. 48). A Constituição de 1946 recepcionou o decreto-lei citado, estabelecendo uma estrutura administrativa própria para a Justiça do Trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) traz inúmeras regras de natureza processual, dentre elas a instituição do *jus postulandi* das próprias partes, que

significa que podem as partes litigar por si mesmas, sem a presença obrigatória de um advogado. Exceção no Direito Processual Trabalhista, o *jus postulandi* das partes representa uma inovação. Esta consubstanciava-se na idéia de que o processo trabalhista é mais simples, o que hoje não encontra respaldo fático, haja vista a complexidade e avanço do processo do trabalho em relação ao processo civil e penal. Por isto, é tão relevante a análise histórica sob a qual o instituto processual do *jus postulandi* das partes foi trazido ao Direito Laboral, dimensioná-lo sob a perspectiva histórico-evolutiva, tanto do Direito material, quanto do direito processual trabalhista significa compreender melhor o seu alcance e significado neste ramo jurídico especializado.

A fase contemporânea (LEITE, 2006, p. 105) trata dos desafios da Justiça do Trabalho diante do aumento de conflitos e, também, da majoração de competência trazida pela Emenda Constitucional 45, que trouxe para a Justiça Laboral praticamente todos os conflitos em que o labor humano estiver em discussão. O Direito processual, nesta fase, recebe a incumbência de garantir a plena eficácia, efetividade e aplicabilidade do Direito material do Trabalho, garantindo ao cidadão o acesso à Justiça. Como bem salienta Leite:

É nessa fase que se verifica a necessidade de se instaurar uma nova cultura humanística entre os juristas e operadores do Direito Processual do Trabalho, o que passa pela concepção de que o processo deve propiciar a concretização dos direitos humanos de segunda dimensão, que são direitos sociais dos trabalhadores (LEITE, 2006, p. 105)

Sob a perspectiva do acesso à Justiça, o *jus postulandi* das partes será analisado, abordando inicialmente os princípios justralhistas e se há harmonia entre eles e àquele. Para, posteriormente, adentrar especifica e diretamente no tema, em capítulo próprio.

3 PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO, INDISPONIBILIDADE, IRRENUNCIABILIDADE, DA PROTEÇÃO, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

O estudo da principiologia significa adentrar no âmago do objeto pesquisado, o *jus postulandi* das partes no Direito do Trabalho. Sem o confronto do tema com os princípios correlatos, a pesquisa restaria inútil, no tocante ao desnudamento da realidade.

Este capítulo destina-se a analisar as bases principiológicas do Direito do Trabalho, com o fito de possibilitar uma análise se o *jus postulandi* das partes é um instituto em conformidade com os princípios justrabalhistas.

O *jus postulandi* das partes é a capacidade de que o cidadão capaz tem de apresentar-se em nome próprio e sem advogado perante o Poder Judiciário. Trata-se de exceção à regra, na qual a capacidade postulatória pertence ao profissional habilitado para tanto, o advogado. As partes, tanto autora como ré na demanda, podem participar do processo sem a necessária intervenção de um advogado que defenda os direitos por elas postulados. No processo trabalhista o *jus postulandi* das partes é admitido até o fim do processo nos limites da jurisdição trabalhista.

Para analisar a conformidade dos princípios trabalhistas e o *jus postulandi* das partes, invertemos a ordem que normalmente se observa. Inicialmente abordaremos os princípios justrabalhistas específicos para, em posterior momento, abordar os princípios constitucionais relacionados e por fim capitular todo o conteúdo axiológico abordado e retirar um substrato que seja apto ao confronto com o objeto central desta pesquisa: o *jus postulandi* das partes.

3.1 Conceituação de princípio, importância e função no ordenamento jurídico

O estudo principiológico do Direito é indispensável quando o foco da pesquisa consubstancia-se em analisar a aplicabilidade do *jus postulandi* das partes no Direito do Trabalho, e os efeitos e conseqüências desta aplicação. Analisar a compatibilidade de qualquer instituto é confrontá-lo com sua base principiológica, pois somente desta se pode constatar sua validade.

A natureza do princípio jurídico é justamente tornar o Direito uma ciência moldável à realidade social, histórica e cultural, sem recorrer a alterações legislativas. É o princípio a base, a fonte e o substrato do Direito. Conforme aduz Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 1981, p. 230)

Os princípios são a fonte valorativa na qual o legislador busca conceitos para elaborar normas. Desta forma, toda a produção heterônoma normativa é um reflexo do conteúdo principiológico do Direito. Dissociar princípio de Direito é retirar deste o seu fundamento, é extrair da ciência jurídica talvez o único sentido de perenidade que se lhe possa emprestar.

A função integrativa dos princípios garante ao sistema normativo uma coesão e cobertura dinâmicas. Em virtude da própria essência humana de mutabilidade, a necessidade de valores maiores capazes de alcançar situações jurídicas não positivadas é imperativa. E os princípios surgem neste momento de lacuna, para amenizar os efeitos danosos da falta de normatização e uma eventual insegurança jurídica.

Pinto (2000, p.69) define princípios como “[...] o núcleo inicial do próprio Direito, a cuja volta vai tomando forma toda a sua estrutura cientificamente orgânica”. Esta idéia é profícua, porque dimensiona o princípio como fundamento de onde surge o próprio Direito.

Os princípios possibilitam um direcionamento racional e lógico do sistema jurídico. Inegável afirmar que no conceito também reside, em parte, a importância. O princípio jurídico é critério para a idealização de normas e para a viabilização dos preceitos axiológicos nele contidos, principalmente quando a análise repousa sobre os princípios constitucionais, mas também quando o olhar foca-se sob os princípios justralhistas.

Ainda sobre a importância dos princípios jurídicos, Delgado afirma que:

A importância dos princípios na Ciência do Direito, entretanto, não tem obviamente o condão de transformá-los em axiomas absolutos e imutáveis. Ao contrário, sua validade se preserva apenas caso considerados em seus limites conceituais e históricos específicos, enquanto *sínteses de orientações essenciais assimiladas por ordens jurídicas em determinados períodos históricos*. Os princípios jurídicos despontam, assim, como sínteses conceituais de nítida inserção histórica, submetendo-se a uma

inevitável dinâmica de superação e eclipsamento, como qualquer outro fenômeno cultural produzido. (DELGADO, 2005, p.187)

Através da compreensão dos princípios é possível uma visão macro e ao mesmo tempo microanalítica do sistema jurídico, possibilitando ao observador do fenômeno jurídico um entendimento mais pormenorizado e dinâmico do objeto de estudo, objetivo perseguido neste trabalho.

Antes de adentrar nos princípios em si, serão abordadas as funções dos princípios jurídicos. Barros (2006, p.168) aponta que os princípios têm como funções: “[...] **informar** o legislador, **orientar** o juiz na sua atividade interpretativa, e, por fim integrar o direito, que é a **função normativa**”. Da mesma forma trata o assunto Martins (2006, p.61): “Os princípios têm várias funções: informadora, normativa e interpretativa”. Esta tríplice dimensão do princípio jurídico garante uma perfeita cobertura das lacunas.

Delgado (2005) aborda a função dos princípios de acordo com fases. Segundo o autor, a primeira fase é a pré-jurídica ou política, na qual os princípios constituem uma direção construtiva do Direito, o que corresponderia à dimensão informativa levantada por Barros (2006), embora o autor reconheça que a fonte orientadora do legislador é externa ao sistema jurídico, residindo nos movimentos políticos e ideologias sócio-políticas.

A fase jurídica, caracterizada por Delgado (2005), identifica três funções distintas para os princípios jurídicos: descritiva ou informativa, normativa subsidiária e normativa concorrente.

Na primeira função é fornecido o instrumental que viabiliza a compreensão de como deve ser formada e interpretada uma regra jurídica, com base nos princípios existentes.

A segunda função é de suprimento de lacunas, os princípios atuam como correção das imperfeições do sistema jurídico, mais propriamente integração jurídica é a nomenclatura correta para delimitar esta função.

A terceira e não menos importante função, é a normativa concorrente. Esta função confere ao princípio uma dimensão de comando legal cogente, por ser ele o fundamento, é também o pressuposto de validade da norma. Não se trata o princípio jurídico de mero enunciado, mas de norma imperativa. Desta forma, podemos dizer que os princípios são normas superiores. Porém, para evitar a insegurança jurídica Godinho aponta a correta leitura desta afirmação:

É claro que a prevalência dos princípios sobre as regras legais, defendida por diversos desses autores, é relativa, sob pena de criar-se total insegurança na ordem jurídica e meio social regulado. Na verdade, parece-nos mais adequado sustentar que, em vez de função normativa própria, específica, autônoma, verifica-se que os princípios atuam como comandos jurídicos instigadores, tendo, no fundo, uma função normativa concorrente. Trata-se de papel normativo concorrente, mas não autônomo, apartado do conjunto jurídico geral e a ele contraposto. (DELGADO, 2005, p.190)

O dimensionamento de princípio como comando normativo concorrente não põe fim ao debate, mas serve de notável auxílio para se evitar excrescências e despautérios na aplicação irrestrita dos princípios, o que poderia significar a derruição do sistema jurídico ou o colapso das instituições, diante da insegurança jurídica que poderia surgir.

Rodriguez (2000, p. 61), o mais renomado estudioso dos princípios justralhistas, tratou de sete princípios norteadores do Direito do Trabalho: princípio da proteção; princípio da irrenunciabilidade dos direitos; princípio da continuidade da relação de emprego; princípio da primazia da realidade; princípio da razoabilidade; princípio da boa-fé e princípio da não discriminação. A doutrina brasileira adota em parte a classificação principiológica de Rodriguez e alguns até a extrapolam, como Delgado (2005), que trata de nove princípios, os quais denomina de núcleo basilar, como também há quem apenas reconheça um único princípio, o protetivo, no qual estão contidos todos os outros, a exemplo de Pinto (2000, p.71): “não duvidamos em afirmar que seu *princípio primário*, do qual emergiram, por desdobramento, todos os demais, é o da proteção do *hipossuficiente econômico*”.

No próximo tópico abordaremos os princípios justralhistas específicos, para depois abordar os princípios constitucionais mais relevantes e atinentes diretamente à temática aqui tratada. Por entender ser o princípio da proteção ou tuitivo o mais relevante porque desnuda a própria função do Direito do Trabalho, iniciaremos o estudo por ele, incidentalmente fazendo referência também aos demais.

3.2 Princípio da Proteção

O Direito do Trabalho, conforme anteriormente demonstrado, é fruto de intenso processo histórico, que propiciou o amadurecimento e surgimento de seus institutos, bem como o reconhecimento de sua autonomia científica. Os princípios aplicados no Direito Civil foram, paulatinamente, sendo substituídos por princípios juslaborais próprios, mais atinentes com a peculiaridade do Direito Laboral. Esta substituição foi necessária pela finalidade distinta e pela incompatibilidade do espírito jurídico-trabalhista com as diretrizes privatísticas e individualistas do Direito Civil. Guerra bem delineou as bases de surgimento do princípio tuitivo:

Tal princípio veio substituir a antiga regra liberalista consistente na irrestrita liberdade de contratar e na ampla autonomia da vontade das partes contratantes. A referida mudança de paradigma ocorreu a partir da constatação de que as partes dos contratos de prestação de serviços, à época firmados, não se encontravam no mesmo pé de igualdade econômica. De fato, a condição jurídico-econômica de hipossuficiência do trabalhador em relação ao seu tomador de serviços fez com que a ordem jurídica do Estado Social enunciasse um princípio jurídico estribado em sua proteção. (GUERRA, 2005, p.29)

O Estado Social foi responsável pela gestação e maturação do princípio protetivo, em embate com o princípio civilista da autonomia da vontade e os fundamentos ideológicos do liberalismo, funcionando como o fiel da balança de interesses e evitando discrepâncias. A intervenção propiciada pelo modelo de Estado Social na seara jurídica deu aplicabilidade ao princípio protetivo, através da inserção de normas públicas a respeito, que não poderiam ser afastadas pelas partes interessadas, sob os argumentos: liberdade de contratar e autonomia da vontade:

Firmou-se, então, o preceito fundamental que dá o traço mais vivo do Direito do Trabalho: é imperioso amparar-se com a proteção jurídica a debilidade econômica do empregado, na relação individual de emprego, a fim de restabelecer, em termos reais, a igualdade jurídica entre ele e o empregador (PINTO, 2000, p.71).

O princípio tuitivo ou protetivo é o cânone inspirador de todas as normas trabalhistas. O axioma de proteger o trabalhador como forma de reequilibrar a relação jurídica deste com o poderio econômico daquele significou o ponto de partida de todos os ordenamentos ou regramentos jurídico-trabalhistas no mundo.

De raiz intrinsecamente histórica, o princípio tuitivo é uma resposta eficaz à questão social. A desigualdade fática entre empregado e empregador é a principal

justificativa para a existência do princípio protetivo. Esta diferença é reconhecida pelo ordenamento jurídico e tem feições jurídicas, econômicas, educacionais, sociais e psicológicas, dentre outras.

A disparidade entre os atores sociais, que caracteriza o Direito do Trabalho e ratifica sua importância como ramo autônomo do Direito, encontrou correção em sede principiológica, estendendo o princípio tuitivo para todo o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive as normas de saúde e segurança do trabalho.

Diante da impossibilidade do obreiro discutir as cláusulas contratuais do contrato de trabalho, devendo necessariamente submeter-se às condições impostas pelo empregador acaso queira ser contratado, o princípio protetivo é fator nivelador do contrato de adesão trabalhista (SILVA, 1999, p. 22).

Em razão de seu aspecto corretivo da desigualdade, o princípio protetivo é colocado como basilar ou fundamental, dentre todos os existentes. “O princípio da proteção é considerado o princípio dos princípios de Direito do Trabalho”, como Cairo Júnior apontou (2006). A dimensão teleológica do Direito do Trabalho encontrou no princípio tuitivo seu reflexo maior.

”Pode-se dizer que o princípio da proteção pode ser desmembrado em três: (a) o *in dubio pro operario*; (b) o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; (c) o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador” (MARTINS, 2006, p. 63). Delgado (2005, p. 199) salienta que não seriam apenas estas três dimensões as encontradas no princípio tuitivo, refletindo-se este em todos os demais princípios inspiradores do complexo normativo trabalhista. Passemos à análise de cada uma das três facetas do princípio protetivo.

3.2.1 *In dubio pro operário*

A faceta do princípio tuitivo denominada *in dubio pro operario* ou *in dubio pro misero* como aponta Amaral (2001), foi construída ou extraída das noções do *in dubio pro reo* do Direito Penal, do *in dubio contra fiscum* do Direito Tributário e *favor debitoris* do Direito Civil. Todas estas noções se baseiam na idéia da proteção da parte menos favorecida na relação jurídica, visando a tutela de bem jurídico mais relevante. Este ideário, oriundo do Direito Civil, do Direito Tributário, do Direito Penal

e de todos os ramos jurídicos existentes, encaixa-se perfeitamente com a idéia do princípio protetivo e evidencia que, em existindo duas ou mais interpretações divergentes e sendo todas viáveis, aplica-se a interpretação que for mais favorável ao trabalhador. Trata-se, pois, de orientação hermenêutica específica.

O *in dubio pro operario* “[...] não se aplica integralmente no processo do trabalho, pois, havendo dúvida, à primeira vista, não se poderia decidir em favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus da prova [...]” (MARTINS, 2006, p.63).

Da mesma forma Cairo Júnior:

Quando há duas normas possíveis de serem aplicadas ao mesmo caso concreto, devem ser utilizadas determinadas regras para sua escolha, como, *verbi gratia*, a da lei mais recente, a da lei hierarquicamente superior, a da norma mais benéfica, que não se confundem com a regra do *in dubio pro misero*.

Esta regra deve ser aplicada no âmbito do Direito Material do Trabalho e jamais no que se refere ao Direito Processual Laboral, onde as partes devem merecer tratamento isonômico. Se o juiz, depois de produzida a prova processual ainda tiver dúvidas, deverá julgar de acordo com a distribuição do ônus da prova e não com a aplicação do *in dubio pro operario*. (CAIRO JUNIOR, 2006, p.51)

Esta posição não é livre de opositores, como Russomano que aduz:

[...] que se deve decidir em favor do empregado sempre que o juiz estiver, com fundados motivos, hesitante entre duas soluções opostas. E quer essa dúvida resulte da ‘interpretação da lei’, quer resulte da ‘avaliação crítica da prova’, a conclusão do magistrado deve ser a mesma. (RUSSOMANO, 1990, p. 44)

Como se pode observar, a questão não resta pacificada. O posicionamento adotado nesta dissertação é de que a faceta do *in dubio pro operario* é de índole hermenêutica, aplicando-se portanto nas questões de direito, e não encontra aplicação em matéria processual, onde as regras do ônus probatório devem prevalecer, sob pena de subverter a finalidade do princípio da proteção. Ao invés de igualar as partes ocorreria o desnivelamento da relação jurídico-trabalhista. No mesmo sentido Teixeira Filho (1991, p.102) e Pinto (2000, p. 72).

O *in dubio pro operário*, por ser de natureza hermenêutica, obedece à teleologia trabalhista, quando favorece o empregado diante de uma situação de ampla possibilidade interpretativa. Acaso isto fosse elástico ao campo processual, haveria uma incongruência ou paradoxo, no esteio do aduzido por Amaral:

A decisão em benefício do empregado, pelo simples fato de ser empregado, não é decisão que se coaduna com as normas jurídicas positivadas, mas, ao contrário disso, reflete atitude piedosa, de favor, que se ressent de qualquer lastro de juridicidade. Torna a sentença frágil, suscetível de virtual reforma pelo grau de jurisdição superior. A desigualdade real entre as partes, entretanto, há de ser outorgada por leis processuais adequadas e não pela pessoa do julgador, a poder de certos critérios subjetivos e casuísticos. (AMARAL, 2001)

Ademais, no momento de elaboração da norma processual o legislador já sofreu influência do arcabouço principiológico trabalhista e pelo crivo da análise de sua constitucionalidade inerente ao legislativo, sendo descabido que novamente se afaste a aplicabilidade da norma processual visando, novamente, proteger o empregado.

No mesmo sentido Gomes, confirmando a posição adotada:

A regra *in dubio pro operario* constitui um critério de interpretação jurídica, conforme o qual, diante de mais de um sentido possível e razoável para a norma, o aplicador do Direito deve escolher o que seja condizente com o abrandamento da desigualdade material que caracteriza a relação de emprego (GOMES, 2001, p. 46)

A dimensão do princípio protetivo denominada *in dubio pro operário* não reside em propiciar maneiras de favorecer o empregado a qualquer preço. Com propriedade e fundamento Delgado (2005, p. 212) critica o *in dubio pro operario* por duas causas diferentes: a primeira, porque este está contido na dimensão do princípio protetivo – norma mais favorável, e, em segundo lugar, porque sua aplicação ofende o princípio do juiz natural porque ingressa em seara judicante de avaliação e valoração dos fatos, o que terminaria por desequilibrar e desacreditar a Justiça do Trabalho como órgão judicante sério e equânime. Sob estes sólidos argumentos, o autor citado reputa o princípio do *in dubio pro operario* desnecessário, posição com a qual concordamos.

Ademais, é o caso concreto que irá determinar o possível alcance deste postulado do princípio protetivo, desde que não se contrarie a vontade do legislador e que realmente existam duas ou mais interpretações possíveis e amplamente viáveis, não vencidas pelos critérios hermenêuticos vigentes. Estes critérios, aliados aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, certamente conduzirão a uma aplicação equânime da norma trabalhista e não propriamente à utilização do *in dubio pro operario* no orbe trabalhista.

3.2.2 Norma mais favorável

O princípio da aplicação da norma mais favorável preconiza que no Direito Laboral a norma que ofereça maior proteção ao trabalhador deverá ser preferivelmente aplicada. Não importa a hierarquia normativa: a norma que mais direitos proporcionar ao obreiro será aplicada de forma imediata. O que induz o reconhecimento de um critério diferenciado de hierarquia normativa, que subverte a pirâmide kelseniana (LIMA FILHO, 2000, p. 130). Lima realça de que forma deve haver a aplicação da norma mais favorável:

[...] existe um limite para a aplicação da norma mais favorável ao empregado, já que o intérprete ou aplicador da lei não deve ter em vista o empregado considerado isoladamente, mas, deve buscar a preservação do interesse coletivo. (LIMA, 1997, p. 33)

Delgado explicita que o aplicador do Direito deve buscar a aplicação da norma que mais vantagens trazer ao obreiro em três dimensões:

[...] *no instante de elaboração da regra* (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou *no contexto de confronto entre regras concorrentes* (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, *no contexto de interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do sentido de regra trabalhista). (DELGADO, 2005, p. 199)

A aplicação da norma mais favorável conduz o operador do Direito a um esteio normativo e protetivo amplo, capaz de afastar a prevalência da hierarquia para estabelecer situação jurídica mais vantajosa ao obreiro. A escolha da norma mais favorável não é realizada de forma desordenada e discricionária, vedada a despótica construção normativa, uma vez que o aplicador da norma não possui função legiferante.

Até mesmo no tocante à normatividade, a norma mais favorável encontra guarida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no item 8 de seu artigo 19:

Em nenhum caso poderá considerar-se que a adoção de um convênio ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de um convênio por qualquer Membro, prejudicará qualquer lei, sentença, costume ou acordo que garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis que as que figurem no convênio ou na recomendação.

A importância da acolhida internacional desta importante faceta do princípio protetivo garante uma maior legitimidade às conquistas trabalhistas.

3.2.3 Condição mais benéfica ou condição mais favorável

O princípio da aplicação da condição mais benéfica produz efeitos semelhantes aos produzidos direito adquirido, no tocante à manutenção da vantagem conquistada no contrato de trabalho ou regulamento da empresa, impedindo a piora da condição antes já oferecida ao obreiro. Ficam ressalvados apenas os contratos de trabalho iniciados após a modificação, quando obviamente se aplica o novo conteúdo, sem empecilhos de nenhuma ordem. Martins (2006, p. 63) aduz que “É aplicação da regra do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF), do fato de o trabalhador já ter conquistado certo direito, que não pode ser modificado, no sentido de outorgar uma condição desfavorável ao obreiro”.

O entendimento esposado na Súmula 51 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) é de que as alterações que modifiquem ou retirem as vantagens atribuídas ao trabalhador só atingem os contratos posteriores às mesmas, ou seja, somente os obreiros admitidos após a mudança dos contratos ou regulamentos podem ser submetidos às novas condições menos benéficas.

De acordo com Guerra (2005), o princípio da inalterabilidade contratual lesiva seria um desdobramento da condição mais benéfica, preservando a aplicação do avançado quando beneficiar o obreiro.

3.2.4 A Crise do princípio da proteção

A crise do princípio da proteção decorre da própria crise do Direito do Trabalho. O princípio central deste ramo especializado não poderia sair incólume da crise pela qual passa o ramo jurídico que fundamenta. O avanço da globalização gera uma pressão social nos países periféricos, como o Brasil, que não estão inseridos de forma plena na proposta globalizatória de mercado e produção. Esta inadequação gera no plano interno um excesso de mão-de-obra ociosa e desempregada, o que pressiona os indicadores sociais negativamente e a exclusão social se torna mais um dos inúmeros aspectos negativos existentes.

O Estado do Bem-Estar Social foi base para a prevalência do primado do trabalho ou emprego na sociedade capitalista. Foi nele que o Direito do Trabalho se afirmou e o emprego foi colocado como objeto central da sociedade, porque através dele o ser humano se afirma e encontra sua inserção familiar, social e econômica, como bem aponta Delgado tratando do trabalho regulado, ou seja, do emprego na sociedade democrática:

Á medida que a Democracia consiste, em essência, na atribuição de poder também a quem é destituído de riqueza – ao contrário das sociedades estritamente excludentes de antes do século XIX, na História -, o trabalho assume caráter de ser o mais relevante meio garantidor de um mínimo de poder social à grande massa da população, que é destituída de riqueza e de outros meios lícitos de alcance desta. Percebeu, desse modo, com sabedoria essa matriz cultural, a falácia de instituir Democracia sem um correspondente sistema econômico-social valorizador do trabalho humano. (DELGADO, 2006, p. 29)

A afirmação da centralidade do trabalho fomentou a inserção de normas de conteúdo protetivo, garantindo um patamar civilizatório mínimo⁷ numa sociedade democrática. Esta centralidade do emprego significou um grande avanço social.

A adoção da teoria neoliberal pelo Estado produz uma influência nefasta no Direito do Trabalho, comumente apontado como o vilão do progresso e da pujança econômica, avançando teses de que não haverá mais trabalho e que, se as normas trabalhistas não forem desregulamentadas ou flexibilizadas, o caos será instalado.

O Estado Neoliberal significa uma ruptura com a teleologia trabalhista, no sentido de reduzir ou amesquinhar o patrimônio jurídico conquistado pelos trabalhadores. Suas bases ideológicas pregam uma hipervalorização da economia e do consumo, relegando a segundo plano o valor humano como aspecto relevante e

⁷ Expressão de Maurício Godinho Delgado.

essencial do capitalismo. A prevalência e a defesa de interesses privados, bem como o incentivo à especulação financeira e à subserviência ao capital estrangeiro, se traduzem num notório desprestígio do valor do trabalho e dos próprios trabalhadores.

Delgado (2006, p. 18) bem abordou e descreveu o avanço do “pensamento econômico hegemônico” e de que forma ele atua no sentido de derruir os direitos trabalhistas, em verdadeiro processo de desmonte de qualquer traço do Estado Social, consubstanciando-se no ultraliberalismo. Este voltado exclusivamente para a proteção do mercado e do capital privado. Esta hegemonia do pensamento econômico desregulamentador baseia-se no retorno do liberalismo, iniciado nas décadas de 70 a 90 do século passado pela predominância política de governos adeptos desta teoria, ocupando importantes chefias de Estado, como Thatcher, Reagan e Kohl, tudo isto tonificado pela globalização.

A inevitabilidade do processo globalizatório é apenas um dos fundamentos do retorno do predomínio liberal na seara econômico-política, segundo Delgado (2006). Este também decorre da combinação de várias outras causas, a saber: ausência de contraponto eficaz; aderência do poder político; desaparecimento do contraponto externo com a derrocada do império soviético; dominação dos meios de comunicação de massa com um discurso uníssono, dentre outras igualmente relevantes, às quais não adentraremos em razão do recorte temático.

A sociedade, pressionada pela desigualdade social e os níveis de desemprego, é manipulada de forma relativamente fácil. Sob o argumento de que facilitará a melhora econômico-social, o Direito do Trabalho vem sendo colocado em segundo plano. O discurso de fim do emprego de teóricos como Rifkin (1995, p. 15), chamado por Delgado (2006, p. 35) de “matriz apologética ou resignada” e que se fulcra na terceira revolução tecnológica⁸, na concorrência em patamar global, no desemprego estrutural etc.

Não apenas Rifkin (1995) defendeu a tese de que o emprego acabaria. Isto também o fez Tofler:

O conceito de “emprego” é um anacronismo, um produto da Revolução Industrial. Chegando ao fim a era industrial, o conceito eventualmente desaparecerá ou terá que ser realisticamente redefinido, a fim de incluir numerosas atividades produtivas – embora não remuneradas. É preciso

⁸ Nomenclatura dada às recentes inovações tecnológicas das últimas décadas.

repensar o significado de termo como “trabalho”, “emprego”, “desemprego”.
(TOFLER, 1983, p. 68)

Não concordamos com a posição adotada pelo autor certamente de há muito a Revolução Industrial findou, e o modo de produção em seus pilares básicos continua o mesmo, centrado no consumo. A sociedade hodierna é ainda mais centralizada no consumo. Até mesmo é considerada uma patologia social, denominada consumismo⁹, que talvez signifique o expoente da cultura global, onde tudo é descartável e fluido. Não se vislumbra sinal de que o consumo de bens e serviços irá reduzir-se ou dissipar-se, razão pela qual tal modelo produtivo tende a se perpetuar.

Em razão do aspecto central do atual sistema econômico é, ainda, o modo capitalista de produção. Desta forma, o consumo de bens e serviços é efeito central e da maior importância na manutenção do sistema. Através da persistência do modo de produção capitalista, voltado para o consumo, afasta o fim dos empregos apregoado.

A tecnologia e seu suposto poder de destruição de postos de trabalho tem sido o principal argumento através do qual o princípio da proteção é atacado. Entretanto, não é ela a causa do desemprego, ao menos não em separado, uma vez que os postos de trabalho aniquilados pelo surgimento de nova tecnologia são substituídos pelo surgimento de outro produto, também produzido por trabalhadores e estes, por sua vez, estarão trabalhando, consoante Delgado (2006). Se esta afirmação não fosse verdadeira, o mundo teria acabado na Revolução Industrial, quando as máquinas substituíram a mão-de-obra em grande escala e posteriormente o surgimento de novas fábricas, todas baseadas no consumo em massa, ocupou e substituiu os empregos existentes. Soares bem delimitou o que o pensamento neoliberal combate:

[...] é preciso ter claro que a redução do desemprego, ou em outros termos, o aumento da empregabilidade, assim como a melhoria dos salários, a distribuição de renda, a melhoria da qualidade de vida dos setores marginalizados da sociedade, não fazem parte da lógica neoliberal. Ao contrário, essas são políticas absolutamente antagônicas aos princípios do capitalismo, especialmente na sua versão mais atual, o neoliberalismo. (SOARES, 2001, p. 117)

No Brasil, podem ser observados indícios da instalação de um pensamento flexibilizatório e desregulamentador em 1966, durante do regime ditatorial militar brasileiro, quando o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) foi criado, possibilitando a dispensa mais facilmente em razão da não estabilidade empregatícia, sendo seguido pela possibilidade de contratação de trabalho temporário em 1974. Esta marcha de flexibilização só estagnou com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe inegavelmente outro vigor às relações jurídico-trabalhistas. De 1995 até 2002, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, as medidas flexibilizatórias foram adotadas sem empecilhos. Os ataques ao patrimônio jurídico-trabalhista do obreiro estendem-se até hoje, a exemplo da alteração no Contrato de Aprendizagem, no qual a idade para continuar na condição de aprendiz foi elasticada aos 21 anos, por exemplo.

O Estado novamente esquiva-se de seu papel regulador e entrega, paulatinamente, o obreiro à sua própria sorte, permitindo cada vez mais a prevalência do negociado sob o legislado, aprovando leis que retrocedem na dignidade do trabalhador e no patamar civilizatório que o Direito do Trabalho erigiu como mínimo, como bem salienta Delgado (2005). Até mesmo quando as normas repousam numa formalidade perfeita e uma prática destoante, onde a aplicabilidade não existe ou existe apenas em parte. Guerra (2005, p. 38) afirma que “O grande problema é que esse direito de garantias apenas formais acaba por favorecer a exclusão social, que exsurge do exame dos crescentes níveis de desemprego e de subemprego em todas as partes do mundo”.

O princípio da proteção, conforme explicado, está em crise, mas esta não significa que está a ponto de desaparecer ou perder por completo sua aplicabilidade e eficácia. Ao contrário, a crise é o momento de reafirmá-lo como escolha política, no sentido de preservar a dignidade dos trabalhadores brasileiros, garantindo-se-lhes uma legislação condizente com a Constituição Federal de 1988.

3.3 Princípio da indisponibilidade

O princípio da indisponibilidade também recebe o nome de princípio da irrenunciabilidade e decorre da imperatividade ou inderrogabilidade das normas

trabalhistas. Esta significa que no Direito do Trabalho há a predominância ou preponderância de normas jurídicas obrigatórias, de cuja aplicação os sujeitos da relação jurídico-trabalhista não podem prescindir através da autonomia da vontade.

A imperatividade das normas trabalhistas assegura ao trabalhador a proteção de não poder validamente renunciar à sua aplicação ou, em outras palavras, de dispor do arcabouço normativo que o protege. Isto decorre do reconhecimento de sua hipossuficiência na relação laboral, uma vez que o exercício destes direitos subjetivos se dá em face do empregador. Em razão disto a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), no artigo 444, aduz que não se pode modificar as normas trabalhistas, quer parcialmente, quer completamente, ou seja, a derrogação e a revogação não podem ocorrer por força da vontade das partes.

Lima (1997) adverte que a renúncia deve ser admitida, no Direito do Trabalho, de forma bastante cautelosa, haja vista que o obreiro, que necessita dos recursos atinentes à contraprestação pelo seu labor para sua subsistência, não poderá suportar a demora do processo, uma vez que as verbas que aguarda receber são de natureza alimentar e necessita das referências do antigo empregador para conseguir uma nova ocupação. Estas condições reduzem seu poder de resistência frente a eventuais abusos. Consoante visto, em todas as etapas e até mesmo no fim do contrato de trabalho, está o obreiro em situação de desvantagem fática e jurídica em relação a seu empregador.

A renunciabilidade de direitos é princípio consagrado no Direito Civil, de índole eminentemente privatística, no qual a autonomia da vontade permite que os sujeitos disponham de seus direitos, auferindo ou não ganhos com esta atitude. Entretanto, neste campo as partes já se encontram numa igualdade presumida por força da manifestação de vontade plena, livre de pressões de qualquer ordem, o que notadamente não ocorre no campo trabalhista.

A transação é comumente utilizada para maquiar a renúncia. Para que efetivamente possa haver transação, além das regras para realização do negócio jurídico, deve haver concessões recíprocas, ou seja, ambas as partes devem auferir ganhos e perdas. A ausência da concessão recíproca importa em mera renúncia de direitos, o que é repellido pelo Direito Laboral. Não abordaremos as questões relativas aos direitos coletivamente considerados, haja vista que a temática direciona-se à utilidade do *jus postulandi* das partes, instituto aplicável apenas nas lides individuais trabalhistas.

A irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, como aponta Pinto (2000), é dirigida ao empregado, vez que o empregador tem autonomia de vontade plena, podendo renunciar às suas prerrogativas sem danos. O momento em que a proibição de renúncia dos direitos trabalhistas opera no contrato de trabalho é na fase pré-contratual, na contratual e na pós-contratual. Desta sorte, o obreiro está protegido durante toda a relação jurídica.

Pinto (2000) ainda explica a relevante diferença entre renúncia e inércia: a primeira provoca extinção do direito em razão da abdicação ao direito e a segunda apenas põe o direito em estado criogênico, porém latente e vivo até o momento em que ocorra a prescrição ou decadência. A inércia só tem conseqüências para o empregado em havendo prescrição, e a renúncia macula de nulidade absoluta a disposição de vontade pelo empregado, devendo esta ser analisada antes da prescrição.

Qualquer manifestação de vontade no sentido de renunciar a direito trabalhista é viciada, pois ofende ao princípio da irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos direitos laborais, gerando uma presunção *jure et de jure*, da qual não se admite prova em contrário, como bem asseverou Cairo Júnior (2006, p. 52). Até mesmo pela incidência do artigo 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) opera-se a nulidade de pleno direito.

A impossibilidade de o trabalhador dispor das vantagens que a lei e o contrato de trabalho lhe asseguram é o “veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego” (DELGADO, 2005, p. 201).

A limitação de que tratamos visa proteger o trabalhador do poderio do empregador no momento da contratação e no decorrer do contrato de trabalho, quando o obreiro dele depende para subsistir. Ademais, ficaria o empregado exposto a todo tipo de abusos, em razão das regras de mercado que reduzem custos.

Guerra (2005, p. 33) assevera que as normas atinentes ao Direito do Trabalho, salvo raros exemplos, são de ordem pública das quais as partes não poderão “validamente dispensar sua aplicação por meio de simples manifestação de vontade”. Justamente pelo arcabouço normativo trabalhista ser considerado de índole pública, afasta-se a característica peculiar ao Direito Privado da autonomia da vontade plena, mitigando-se sua aplicação severamente. “Esta restrição é tida como instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face

do desequilíbrio de poderes inerente ao contrato de emprego”, nas palavras de Delgado (2005, p. 201).

Nassif (2005, p. 212) aponta que “a proteção, entretanto, está restrita aos trabalhadores contratados mediante subordinação, que representam somente um terço da mão de obra brasileira”. A autora citada tem razão em verdade a grande massa trabalhadora encontra-se à margem da legislação trabalhista e, a julgar pela sociedade de consumo em que vivemos, onde tudo é padronizado, podemos afirmar com razoável segurança que, se um empregado de uma empresa de médio porte, ou até mesmo de grandes empresas e multinacionais, consegue auferir êxito numa lide trabalhista comprovando que teve direitos desrespeitados pelo seu empregador, provavelmente seus demais colegas também são tratados de forma símile, padronizada, uniforme. O caráter massivo e metaindividual das lesões praticadas contra os direitos trabalhistas é inegável numa sociedade que adota padrões para suas relações, a exemplo das relações contratuais, através dos contratos de adesão.

3.4 Proibição de retrocesso social e fundamentalidade dos direitos sociais

A relevância acerca da discussão da proibição de retrocesso social e a fundamentalidade dos direitos sociais é justificada no momento em que avança a flexibilização dos direitos trabalhistas. Esta é consequência do ideário neoliberal que vem sedimentando-se na globalização. A temática é relevante, mormente quando se observa uma tendência de supressão destes direitos e minimização de sua aplicabilidade pelo processo de avanço neoliberal antes tratado.

Os direitos sociais, por sua própria natureza, exigem do poder político uma destinação de recursos para sua aplicabilidade plena, o que suscita importantes escolhas ideológicas e políticas com o objetivo de alcançar o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária, ideais insertos no art. 3º, I da Constituição Federal de 1988. Como aduziu Baracho:

[...] os direitos fundamentais, na sua primeira elaboração, prendem-se à concepção individualista da liberdade no Estado, característica da contraposição Estado-indivíduo. Posteriormente, os direitos fundamentais passam a ter um conteúdo social, através da introdução, ao lado dos tradicionais direitos fundamentais individualistas, dos denominados direitos

sociais, referentes ao trabalho, assistência e atividade econômica. Surge um nova interpretação do velho direito fundamental, que passa a atender às novas exigências sociais. (BARACHO, 1995, p. 6)

Elencados nos artigos 6º ao 11º da Constituição Federal, os direitos sociais são: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Os direitos sociais trabalhistas são encontrados dos artigos 7º ao 11º, nos quais muitas garantias, ainda que mínimas, são ofertadas ao trabalhador brasileiro, seja ele urbano ou rural. A visão de que os direitos sociais são também direitos fundamentais exsurge como um escudo de proteção a estes direitos, inclusive por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), impingindo um dever de observância e realização material dos mesmos. Sob este aspecto Martins Neto afirmou que:

Num Estado Constitucional de Direito, democraticamente legitimado, é precisamente a anexação de uma cláusula pétrea a um dado direito subjetivo o que melhor certifica a sua fundamentalidade, porque é assim, ao declará-lo intocável e pondo-o a salvo inclusive de ocasionais maiorias parlamentares, que o poder constituinte originário o reconhece como um bem sem o qual não é possível viver em hipótese alguma. Por isso que, objetivamente, fundamental é, em última instância, pétreo. (MARTINS NETO, 2001, p. 86)

Apesar dos direitos sociais não estarem localizados no artigo 5º da Constituição Federal é possível caracteriza-los como fundamentais em razão da sua ligação com os direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, valores albergados na principiologia constitucional como fundamentais.

Muito se discute sobre a inclusão ou não dos direitos sociais no rol das cláusulas pétreas, uma vez que a Constituição adotou uma terminologia que não abriga, à primeira vista, esta posição. E, a partir da leitura do art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal, a controvérsia ganha corpo. A interpretação literal abre um horizonte para a imprecisão dos vocábulos usados, uma vez que estes não se repetem em nenhum outro lugar da Constituição.

Há referências no texto constitucional de direitos individuais e coletivos no art. 5º da Constituição Federal, de modo que a interpretação literal deixaria de fora o rol do art. 5º, resultado absurdo num Estado submetido às leis sob um regime democrático. A interpretação literal não se presta a elucidar a questão, pelo próprio caráter sistemático adotado na redação da Constituição.

Para resolver o problema, a adoção do entendimento de que tanto os direitos individuais quanto os coletivos são cláusulas pétreas exsurge viável, até mesmo pela orientação hermenêutica emanada do próprio art. 5º, § 2º da Constituição Federal, que diz expressamente que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O que indica, claramente, que se trata de um rol exemplificativo.

A leitura restritiva dos direitos fundamentais resulta em notável prejuízo ao cidadão, porque este terá seu patrimônio jurídico reduzido. Isto ocorre tanto de forma numérica, quando reduz o rol de direitos fundamentais, quanto de forma sofisticada, através do enquadramento dos direitos sociais como meras normas programáticas¹⁰.

O encarceramento dos direitos fundamentais sociais no conceito frágil e patético de normas programáticas não faz sentido, uma vez que os valores sociais são os pilares do Estado Democrático de Direito. E o que são as cláusulas pétreas se não o reconhecimento de que aqueles valores são de suma importância e por isto precisam ser cuidadosamente protegidos dos reveses políticos, marcados pela instabilidade e pelo jogo ou troca de interesses? Sendo assim, a manutenção da nossa ordem constitucional emerge como única forma de não contradizer a finalidade dela mesma.

No plano do direito internacional, o Brasil foi signatário de alguns tratados que reconhecem os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), do Protocolo de São Salvador (1988) adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e o Pacto de São José da Costa Rica. Neste último, o Brasil acolheu expressamente o princípio do não retrocesso social, também chamado de aplicação progressiva dos direitos sociais, ou seja, a impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição, garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico.

Canotilho, ao apontar o ser humano como fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes políticos inerentes à representação política, ressalta a importância da dignidade da pessoa humana albergada no ordenamento:

¹⁰ Pontes de Miranda conceitua as normas programáticas como sendo "aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames que são programas dados à sua função". (PONTES DE MIRANDA, 1969, p. 126-127)

[...] perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. (CANOTILHO, 1998, p.221)

A fundamentalidade dos direitos é tema que sempre gera polêmica, inclusive até hoje, uma vez que não houve consenso a respeito. Até mesmo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹¹ (ADPF), ação constitucional que visa proteger os preceitos fundamentais¹², carece de uma definição mais incisiva, uma vez que estes ainda não estão explicitados de forma direta, salientando-se que isto não significa necessariamente prejuízo, uma vez que um rol taxativo recomenda uma interpretação restritiva, decerto não benéfica ao cidadão.

O reconhecimento pelo Estado dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais tem como consequência jurídica a blindagem dos mesmos, em razão da sua consideração de cláusulas pétreas. Como bem elucidou Sarlet:

A garantia de intangibilidade desse núcleo ou conteúdo essencial de matérias (nominadas de cláusulas pétreas), além de assegurar a identidade do Estado brasileiro e a prevalência dos princípios que fundamentam o regime democrático, especialmente o referido princípio da dignidade da pessoa humana, resguarda também a Carta Constitucional dos “casuismos da política e do absolutismo das maiorias parlamentares”. (SARLET, 2001, p. 354)

E isto força o Estado a cumprir sua finalidade, que é promover o bem comum, como apregoa Magalhães (2002, p. 220), *ex vi* do artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira, que preceitua: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A análise crítica dos postulados dos direitos fundamentais e sua relação visceral com os direitos sociais, este espécie daquele, assume contornos essenciais.

¹¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) criada pela renumeração do antigo parágrafo único em § 1º, pela Emenda Constitucional numero 03, de 17/03/1993, e regulamentada pela Lei nº 9.882, de 03/12/1999, publicada no DOU, de 06/12/1999.

¹² Preceito fundamental [...] é toda norma constituída validamente ante a concorrência de todos os interesses individuais, difusos e coletivos, em um processo discursivo democraticamente instituído. É mais do que princípio fundamental e garantia constitucional. É a soma de ambos com os direitos humanos [...] e no âmbito institucional relaciona-se com o dever, na perspectiva da moralidade política, e a possibilidade do cidadão em resistir aos abusos e às indiferenças decorrentes do exercício ou do exercente das funções do poder (autoridade/decisão) da administração pública. Certamente que seu conteúdo se dá apenas no caso concreto. (CHAI, 2004, p. 117)

Os direitos sociais são ordinariamente classificados como normas constitucionais programáticas, ficando condicionados a reserva do possível¹³. Bobbio tem uma posição interessante pela relevância de sua crítica:

Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de 'programáticas'. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o 'programa' é apenas uma obrigação moral ou, no máximo política, pode ainda ser chamado de direito? **A diferença entre esses auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos não será tão grande que torna impróprio ou, pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros?** (BOBBIO, 1992, p.77-78, grifo nosso)

E a crítica de Bobbio (1992) é oportuna, especialmente quando se considera o conteúdo de promessas em matéria de direitos. Nestas promessas é que reside a descrença do brasileiro na política e também na justiça, porque se nem o que está escrito vale, de que poderá se socorrer? Para clarear ainda mais a incorreção do tratamento dos direitos sociais como normas programáticas, a depender do possível de ser realizado, estando, portanto, condicionadas e dependentes de escolha legislativa posterior, a lição de Barroso é elucidativa:

O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática. Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao 'seguro desemprego' em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tenha especial proteção do Estado (CF, art. 226). No primeiro caso, existe um verdadeiro direito. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente, frustrada pelo legislador ordinário. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na 'desproteção' da família. (BARROSO, 2001, p. 120)

O citado doutrinador defende a teoria da máxima aplicabilidade das normas

¹³ "A reserva do possível acaba por possuir uma dimensão preponderantemente jurídica, de mandamento de realização dos direitos fundamentais sociais dentro de um padrão de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de ferimento do sistema constitucional como um todo, bem como uma dimensão especialmente fática, de mandamento de observância da realidade, da existência de recursos materiais e da exigência razoável e proporcional de alocação de recursos." (OLSEN, 2006, p. 228)

constitucionais, única forma de dotar a Constituição de caráter normativo real e de fornecer ao cidadão, seu destinatário final, uma proteção efetiva. E não parece legítimo que se defenda que os direitos fundamentais são apenas enunciados sem força normativa, presos ao acaso da boa vontade do legislador infraconstitucional.

Sarlet ainda aponta outro perigo do entendimento de direitos sociais como normas programáticas, afirmando:

[...] negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. (SARLET, 2004, p. 162)

Embora seja sabido que o legislador dispõe de uma margem de discricionariedade numa democracia, não se pode admitir que possa ele ignorar o conteúdo da Constituição e legislar no sentido de desconstruir ou dissolver a vontade do legislador originário. Aqui reside o cerne da questão, que se consubstancia no princípio da vedação de retrocesso nos direitos sociais. Embora a abordagem deste princípio intrínseco seja recente no Brasil, como adverte Streck, eis que:

Embora (o princípio da proibição de retrocesso social) ainda não esteja suficientemente difundido entre nós, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional. (STRECK, 1999, p. 31)

Embora, como Streck (1999) afirmou, não esteja ele ainda difundido de maneira ampla, está a cada dia ganhando mais corpo e arrebanhando defensores, tendo como nascedouro a doutrina lusitana de Canotilho que define o princípio da proibição de retrocesso social na forma seguinte:

[...] o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado. (CANOTILHO, 1998, p. 321 e 2001, p. 81)

Canotilho (1998) tem como adeptos no Brasil doutrinadores como Sarlet (2004) e Barroso (2001). Verifica-se, com Barroso (2001, p. 158) que apesar do princípio da proibição de retrocesso social não estar explícito na Constituição brasileira, assim como o direito de resistência e o princípio da dignidade da pessoa humana, tem plena aplicabilidade. Aduz o citado autor que o mandamento constitucional, ao instituir determinado direito, opera uma “incorporação ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”. Na mesma linha Piovesan:

O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los. (PIOVESAN, 2000)

Diante da transição paradigmática pela qual a sociedade contemporânea passa, buscando a afirmação e a fundamentação dos direitos, o princípio da vedação de retrocesso dos direitos sociais é um corolário democrático da sociedade brasileira. É indissociável a idéia de que a Constituição foi criada para propiciar cidadãos dignos, garantindo-lhes a mínima proteção para que lhes seja assegurada uma vida boa, uma vida feliz. Corroborando com isto, Piovesan explicitou a essencialidade do princípio da dignidade da pessoa humana, aduzindo:

A dignidade da pessoa humana, vê-se assim, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro".(PIOVESAN, 2000, p. 54-55)

Note-se que os próprios limites materiais no tocante ao poder de reforma da Constituição significam um entrave à sanha reformista do legislador, sempre preocupado, como se observa no Brasil, em criar novas leis ou reformular as antigas, dando pouca atenção à efetividade e à Constituição.

O direito à proibição de retrocesso social significa uma importante conquista civilizatória. O conteúdo impeditivo deste princípio torna possível brechar planos políticos que enfraqueçam os direitos fundamentais. Funciona, até mesmo, como forma de mensuração utilizável no controle de constitucionalidade em abstrato,

favorecendo e fortalecendo o arcabouço de assistência social do Estado e as organizações envolvidas neste processo.

Além do mais, o princípio da reserva de justiça¹⁴ da Constituição exprime a vontade do titular do Poder Constituinte, este legítimo quando seja depositário dos valores inspiradores do conteúdo normativo da Carta Magna. O poder constitucional é limitado aos valores base em que fora sedimentado. Por oportuno, cumpre citar Vieira (1999, p. 224), por abordar mais uma premissa, aduzindo que “não mais é possível pensar a Constituição – e mais ainda as suas cláusulas constitucionais intangíveis – sem levar em conta suas qualidades intrínsecas, seu valor ético”. O valor intrínseco de uma Constituição não pode ser desprezado ou subjugado, sob pena de ruir o conteúdo normativo da mesma.

Em um país tão marcado pela desigualdade social como o Brasil, os impactos do processo de globalização econômica e as matrizes neoliberais políticas fazem brotar no constitucionalismo contemporâneo a necessidade de elaborar formas de proteger os direitos sociais, em especial os trabalhistas, garantindo o mínimo necessário à dignidade de vida.

A globalização econômica faz com que os Estados, em geral, percam o controle de sua economia, atingindo seu poder de gestão, imprimindo ações diretivas a favorecer ou desfavorecer, a depender da ocasião, os direitos sociais. O que tem acontecido é uma tendência de retrocesso na proteção e na efetividade destes direitos, por vários fatores, dentre eles a diminuição da máquina estatal, notadamente a assistencial, e o desmantelamento dos direitos trabalhistas através da flexibilização.

O Direito, enquanto ciência social aplicada, deve transpassar da mera dogmática e alcançar a realidade, indo além da análise do problema, propondo soluções palpáveis e de aplicabilidade imediata. Esta função social urge ser incessantemente perseguida, sob pena de retrocesso na própria civilização, e seguir ao encontro do estado democrático de direito prometido na Constituição.

Como salienta Luño (1993, p. 215), os direitos sociais, denominados por Bobbio (1992) como de segunda geração, exsurgem do reconhecimento de que

¹⁴ “Fala-se hodiernamente em uma “reserva de justiça” na Lei Suprema de um país, partindo-se da idéia de que o povo é o titular do Poder Constituinte, que somente será legítimo na medida em que for consentâneo com os princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça, da liberdade e da igualdade”. (GLANZ, 2007)

“liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas a uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e à não-liberdade de muitos”, o que condiz com a idéia de mínimo existencial garantido através da intervenção positiva do Estado. Disto extrai-se a essencialidade dos direitos sociais e a relevância jurídica enquanto bens tutelados pela Carta Magna, a saber: direito a educação, saúde, ao lazer, ao trabalho e à moradia. Todos estes direitos estão contidos no mínimo existencial englobado no conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana.

A crise por que vive o direito tem reflexos nos direitos fundamentais. O panorama de crise será mais ou menos agudo a depender das posições políticas adotadas. Isto se dá pelo impacto da globalização e da afirmação do paradigma alcunhado neoliberal, que impõe aos países periféricos uma lógica perversa de Estado mínimo, subordinação a órgãos como o Fundo Monetário Internacional e a situações de competição desigual.

Como adverte Sarlet, a crise, entretanto, não é fruto apenas disto:

É, contudo, comum a todos os direitos fundamentais, de todas as espécies e ‘gerações’, além de não poder ser atribuída, no que diz com suas causas imediatas, exclusivamente ao fenômeno da globalização econômica e ao avanço do ideário e da ‘praxis’ neoliberal.

[...]

Para além disso, convém que fique registrado que - além da crise dos direitos fundamentais não se restringir aos direitos sociais - a crise dos direitos sociais, por sua vez, **atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos.** [...] Basta, neste contexto, observar que o aumento dos índices de exclusão social, somados à crescente marginalização, tem gerado um aumento assustador da criminalidade e violência nas relações sociais em geral, acarretando, por sua vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade, dentre outros bens jurídicos fundamentais.(grifo nosso) (SARLET, 2001, p.8)

Diante deste contexto de crise, o direito do trabalho é afetado de forma incisiva e seu desmantelo contribui para o aumento da violência, principalmente em razão do desemprego. O único caminho que pode despontar para a satisfação de uma sociedade justa e igualitária é garantir, por força e proteção da Constituição Federal, a dignidade do trabalho. E não só isto, propiciar formas de que estas normas sejam efetivamente cumpridas.

Em nosso país, em que pesem os prestimosos esforços doutrinários em garantir a fundamentalidade dos Direitos Sociais, a prática ainda é tímida. É possível

afirmar que o constitucionalismo moderno e suas perspectivas filosóficas encontram-se além de nosso tempo, porém são iniciativas fundamentais para o amadurecimento da nossa democracia e o sucesso futuro de nosso povo.

A ameaça sobre os direitos sociais está sempre presente em países em desenvolvimento como o Brasil, em que a globalização econômica tem como efeito a exclusão social e a mitigação de recursos orçamentários. Porém, sem dúvida, é um avanço significativo da nossa sociedade o reconhecimento constitucional dos direitos sociais, em especial os trabalhistas, haja vista a quantidade e pluralidade dos mesmos, ocupando todos os artigos no tópico de direitos sociais elencados na Constituição Federal.

Entretanto, a conquista normativa pura, não é motivo para comemoração, pois é apenas o primeiro passo rumo a uma luta maior: sua efetivação. Dentro da perspectiva de cidadania, é dever de todos participar sócio-politicamente do processo de fortalecimento da democracia. A participação ativa é fundamental para que o texto constitucional saia das promessas e do simples discurso demagógico.

Os direitos fundamentais sociais, em seu cerne, possuem um projeto emancipatório fascinante, assim como pressupõem e afetam a todos os direitos fundamentais, uma vez que, lutando por estes direitos e sua efetivação, constrói-se a emancipação real do ser humano. Significam a saída da cidadania do plano jurídico-formal para o campo sócio-econômico. E nisto reside a beleza dos direitos fundamentais.

3.5 Princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho

A regulação jurídica da relação capital *versus* trabalho é o objeto central da jurisdição trabalhista. Nos dias atuais, o Direito do Trabalho encontra muitos obstáculos à sua plena aplicabilidade, haja vista que lhe é dada a pecha de entrave econômico e a responsabilidade pelos altos níveis de desemprego.

O Direito do Trabalho, desde sua criação, enfrenta percalços para se afirmar, como já fora relatado no decorrer deste trabalho. Recentemente estava seriamente ameaçado de extinção e havia, no Brasil, forte pressão para desmoralizá-lo. Hodiernamente, a situação parece ter mudado de prisma: ao invés de extinção, a

Justiça do Trabalho recebeu do legislador, um significativo aumento de competência, através da Emenda Constitucional número 45.

Ao grande capital nacional e internacional, a eficácia das leis trabalhistas não interessa. É notória a efetividade da justiça trabalhista em comparação com a justiça comum. Celeridade e eficácia são marcas do ramo especializado trabalhista, o que certamente impinge ao empregador cumprir as normas trabalhistas, ao menos porque sabe que se o empregado for ao aparato jurisdicional trabalhista terá acolhida em tempo razoável sua pretensão, desde que esta seja procedente.

O Direito do Trabalho, porém, está distante de alcançar grande parte dos trabalhadores no Brasil. Na verdade, o trabalhador brasileiro, em sua esmagadora maioria, encontra-se na informalidade, portanto, à margem do direito trabalhista. Existem dados oriundos de pesquisa na qual 60% (sessenta por cento) da população economicamente ativa exerce trabalho informal (TIRIBA, 2003, p.37). Neste contexto, é essencial afirmar que mesmo no trabalho formal registra-se desrespeito às normas trabalhistas.

O princípio constitucional da valorização do trabalho emerge como uma forma de proteção humanística ao trabalhador, tão desvalorizado em razão dos resultados econômicos de sua exploração. É preciso reestruturar todo o pensamento social acerca do trabalho, envolvendo a sociedade numa discussão ampla e irrestrita sobre o papel do trabalho no mundo contemporâneo, discutindo desafios e perspectivas, visando encontrar soluções para a atual crise pela qual o Direito do Trabalho passa. Deon consegue explicar com clareza a necessidade de reconduzir o homem à condição de elemento mais importante na relação capital-trabalho:

Entretanto, a globalização da economia, por meio de seus instrumentos, como a revolução tecnológica, inferiorizou o homem à condição de mero instrumento de trabalho, substituindo-o pela máquina e priorizando o capital sobre o valor da dignidade humana. É claro que se deve buscar o progresso econômico do país, no entanto o desenvolvimento político, o econômico e o social devem estar harmonizados com o ordenamento jurídico, para que os direitos fundamentais não sejam ignorados na relação de trabalho. (DEON, 2004)

Renault acentua bem o perigo de entender o trabalho humano estritamente como bem material, ressaltando a importância da dimensão humanística do mesmo:

Note-se, acima de tudo, que ainda é necessária a erradicação por completo da mentalidade de que o trabalho, qualquer que seja o sistema de

produção, é um simples bem material, que só interessa ao indivíduo e não a toda a sociedade; é indispensável o convencimento por parte de alguns setores produtivos de que a organização do trabalho alheio “deslizou” definitiva e irremediavelmente, há mais de um século, do plano puramente contratual para uma necessária e indispensável dimensão de tutela, pouco importando se o sistema da produção é rígido ou flexível, fordista ou toyotista. (RENAULT, 2004, p.75)

O significado mais importante do trabalho é a dignidade que confere ao ser humano, constituindo-se em equívoco vislumbrá-lo apenas em sua dimensão econômica e desumanizada. Até na questão do desenvolvimento de um país, o fator mais relevante é a qualidade de vida dos cidadãos e não apenas percentuais de crescimento e localização topográfica em lista numérica de países mais pujantes economicamente. Da mesma forma entende Nascimento (1981, p. 44), aduzindo que “os reflexos da globalização não caracterizam o desenvolvimento do país, visto que, para isso, seria necessária a melhoria de qualidade de vida dos homens”.

Garantir a mínima dignidade aos trabalhadores é o que visam todos os princípios peculiares do direito laboral. Desta forma, a desestruturação dos mesmos implica na desconstrução do aparato jurisdicional trabalhista, numa relação de causa e efeito. A atenuação dos princípios constitucionais trabalhistas aqui tratados reflete no esfacelamento da Justiça do Trabalho.

A desedificação da Justiça do Trabalho pode ser vislumbrada nas formas mutantes de cooperativas e terceirização, a título de exemplo, desembocando em absorção ilegal da mão-de-obra, sob as vestes de legalidade estrita. Estes aspectos são favorecidos pela desigualdade sócio-econômica brasileira. Deste modo, o ciclo vicioso da exploração e do desrespeito às normas trabalhistas prospera.

Nascimento (1998, p. 241) acredita que o Estado tem essencial participação no compromisso de efetivar os direitos sociais, principalmente em razão do cunho político das decisões relativas aos direitos sociais.

A Constituição Federal é um marco instrumental de mudança de paradigma social porque adota valores que norteiam toda a interpretação das leis e imprime ao aplicador do direito uma nova tônica. Esta tônica é voltada para a satisfação dos interesses garantidos nos preceitos constitucionais, conferindo-lhes o valor axiológico e pragmático concretos, de modo a permitir que os direitos se efetivem.

No artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) encontramos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos de construção da sociedade brasileira, concebida inserta no Estado Democrático de

Direito. O trabalho é compreendido como instrumento de realização e efetivação da justiça social, porque age distribuindo renda (PITAS, 1998).

Sarlet ocupou-se de conceituar a dignidade da pessoa humana como sendo a qualidade intrínseca do ser humano que o faz merecer:

[...] respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p. 62)

É bastante emblemática a preocupação com que o legislador constitucional construiu as bases do Estado Democrático de Direito, alçando seus pilares em valores humanísticos e, secundariamente, em valores econômicos. A relevância da escolha constitucional é fundamental para entendimento da Justiça do Trabalho.

O conceito de labor, na expressão constitucional “valorização do trabalho”, deve ser compreendido como emprego. Porque é o emprego o veículo de inserção do trabalhador no sistema capitalista globalizado, e só deste modo é possível garantir-lhe um patamar concreto de afirmação individual, familiar, social, ética e econômica. (DELGADO, 2004)

A correta leitura constitucional do princípio da valorização do trabalho está ligada intrinsecamente com o emprego, porque é a única forma de coerência com os demais imperativos principiológicos constitucionais, como o princípio da justiça social e da busca do pleno emprego (conforme o art. 170, VIII da Constituição Federal de 1988).

“É o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, 2002, p. 68). Com estes dizeres, Sarlet torna cristalino que o ser humano é razão de ser do Estado e para ele devem se voltar todas as garantias e proteções.

Não se trata aqui de orientação hermenêutica, mas de imperativo constitucional absoluto. A interpretação idônea e coerente com a Constituição, deste modo, é sempre a que satisfizer o conteúdo jurídico destes princípios. O Estado Democrático de Direito tem como base a realização de sua Constituição, como bem observou Jucá, “fazendo com que os objetivos políticos decididos pela Constituição

sejam atingidos através da prática da aplicação do ordenamento jurídico por parte da própria sociedade”. (JUCÁ, 1997, p. 111)

O Direito do Trabalho é um núcleo de resistência ao dito “capitalismo selvagem”, no qual o lucro justifica tudo, inclusive a exploração sem limites da força de trabalho. Por conseguinte, o Direito do Trabalho torna-se um alvo porque, mitigada a sua aplicação, ocorrerá facilmente o desrespeito aos direitos trabalhistas.

Instaura-se um novo paradigma, onde se favorece o oferecimento de trabalho a qualquer custo (SOUTO MAIOR, 2005, p. 261). O que nos remete a uma possível realidade futura assombrosa, no qual todos os valores e princípios juslaborais constitucionais serão simplesmente aniquilados e o Direito do Trabalho fatalmente encontrará seu fim. Em razão disto, para que se possa garantir a permanência do Direito Laboral, é necessária uma análise crítica intrínseca para depois proceder a uma análise extrínseca, a fim de perceber primeiro os problemas internos e corrigi-los.

O patrimônio jurídico-trabalhista deve ser mantido, não por motivos exclusivamente protecionistas, mas por constituir parte da dimensão dignificante do ser humano, valor abraçado pela Constituição Federal, juntamente com o princípio da valorização do trabalho. O momento em que a cidadania do trabalhador e a mensuração de seu labor são desrespeitados, a democracia está ameaçada. Só se pode falar em Estado Democrático quando se asseguram efetivamente normas protetivas ao trabalhador.

3.6 Inter - relacionamento dos princípios capitulados

Relacionar os princípios abordados é essencial para elucidar o que de valor foi abraçado pelo legislador constitucional e infraconstitucional, a fim de que seja possível confrontar se realmente o *jus postulandi* das partes encontra-se de acordo com o Direito do Trabalho e se é instrumento viabilizador do seu conteúdo principiológico.

As conquistas sociais foram sendo alcançadas no decorrer de grande lapso temporal e correspondem a todo um aparato normativo de proteção, obtido através de lutas e pressão social, o Direito do Trabalho, tanto no plano mundial quando no

nacional. É ele, portanto, fruto de um processo de amadurecimento da sociedade e da percepção de que, no sistema capitalista o valor trabalho é peça-chave para o modelo de produção e para que o trabalhador também seja consumidor. A mola que faz com que o capital circule também é formada pela massa trabalhadora.

Após a Emenda Constitucional número 45, que ampliou significativamente a competência trabalhista, estendendo também o alcance de princípios específicos trabalhistas às novas relações a partir de agora pela competência da Justiça do Trabalho, afastou a possibilidade de vingar tese na qual se prega a extinção da mesma como solução para os problemas sociais. Mas, mesmo após esta aparente vitória, o desafio é de concretização dos direitos trabalhistas, como alerta Silva (2002, p. 157).

Entretanto, com a crise do Direito do Trabalho e a própria crise do princípio da proteção, referência axiológica maior deste ramo jurídico especializado, fica aberta uma porta para que a teoria ultraliberal se instaure completamente, uma vez que em parte encontra-se enraizada (DELGADO, 2006). É preciso criar formas de garantir a incidência dos princípios abordados, garantindo ao obreiro um patamar civilizatório mínimo que lhe propicie cidadania.

O princípio protetivo ou tuitivo opera efeitos no sentido de complementar o axioma constitucional de forma mais direcionada, garantindo ao obreiro efetiva proteção por reconhecer sua fragilidade ante o empregador. O princípio tuitivo apresenta três facetas, *in dubio pro operario*, condição mais benéfica e norma mais favorável, garantindo uma tríplice proteção eficaz no sentido de evitar que a dignidade imbuída nas normas trabalhistas seja afastada.

A indisponibilidade dos direitos trabalhistas ou irrenunciabilidade seria a expressão agudizada do princípio da igualdade, na sua acepção material, uma vez que não se trata de abstração, mas forma concreta de reequilíbrio das partes no momento do estabelecimento do contrato de trabalho, o desenrolar do mesmo e a sua rescisão contratual. Diante da desigualdade fática entre empregado e empregador, principalmente em razão da disparidade econômica entre as partes, o Direito tratou de estabelecer formas de torná-los sujeitos em situação de igualdade, através do princípio da proteção, e da indisponibilidade. Este último protege o obreiro da sua fragilidade frente ao contrato de trabalho e sua necessidade de subsistência o que mina sua condição de resistência.

A incapacidade de dispor dos direitos trabalhistas assegurados pelo ordenamento jurídico contempla o obreiro com verdadeira blindagem em face da sua limitada autonomia da vontade em razão da hipossuficiência.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho precisam estar em consonância com os demais princípios e a recíproca também é verdadeira. Como bem salientou Martins (2005, p. 20), deve haver um equilíbrio entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho. Somente através das oportunidades oriundas da livre iniciativa os empregos surgirão e a dignidade obtida pelo trabalho regulado, inserindo o obreiro na vida social, será alcançada. O artigo 1º da Constituição Federal, um dos mais importantes de todo o texto constitucional, é a expressão maior do que o constituinte almeja.

Acaso observada a seqüência adotada pelo Constituinte no artigo 1º, nas alíneas: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Esta ordenação respeita uma rígida ordem de valores, que estabelecem uma hierarquia entre eles. Sendo assim, a soberania seria o fundamento mais importante, sendo imediatamente seguido pela cidadania, à qual estão contidos a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a livre iniciativa. Nos dizeres de Martins (2005, p.19) “Eu diria que todo direito é voltado para a dignidade da pessoa humana”. Posição que perfilhamos, sem dúvida.

O valor social do trabalho e a livre iniciativa seriam as primeiras formas de propiciar o alcance da dignidade da pessoa humana. Seria o primeiro instrumental pelo qual o ser humano na sua dimensão do que trabalha, empreende, como sendo vetor chave do seu próprio papel social.

O *jus postulandi* das próprias partes na Justiça do Trabalho, na particular análise dos princípios tratados neste trabalho, resta incólume e se mostra plenamente compatível com a principiologia apresentada.

A Consolidação das Leis do Trabalho ao estabelecer a capacidade postulatória pessoalmente na Justiça do Trabalho pretendeu garantir a incidência do princípio da proteção, através da não obrigatoriedade de advogado simplificou e desonerou o obreiro, visando obviamente facilitar o acesso ao judiciário. Fora justamente esta a inspiração, propiciar ao trabalhador uma forma descomplicada de satisfazer suas pretensões de natureza trabalhista, garantindo oralidade, celeridade e rapidez na solução das demandas.

A indisponibilidade dos direitos trabalhista também não foi afetada pelo citado instituto, continua o obreiro sem poder abrir mão do seu arcabouço normativo específico e que lhe é favorável.

Os demais princípios de natureza constitucional, sistematicamente interpretados com o direito fundamental de acesso à justiça, como se verá adiante, também não são óbices para a validade do *jus postulandi* das próprias partes. Em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana por ter sido observado ao se garantir ao trabalhador mais humilde, muitas vezes analfabeto, a possibilidade de gratuitamente ser atendido pela Justiça do Trabalho e, mediante atermiação, ter sua reclamação trabalhista reduzida a termo e obter as orientações iniciais de como deve proceder. Neste aspecto, a Justiça Trabalhista em razão do seu aspecto eminentemente social avançou na forma de facilitar o acesso à justiça.

4 *JUS POSTULANDI*

4.1 Conceituação e caracteres gerais do instituto

O processo trabalhista difere em muitos pontos do processo civil, e até mesmo os princípios orientadores são diversos ou possuem alcance diferenciado na Justiça especializada trabalhista.

No processo civil, assim estabelece o artigo 36 do Código de Processo Civil: “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a

tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

O processo do trabalho, embora se utilize subsidiariamente o Código de Processo Civil, trata a matéria de forma específica. Existe a previsão no artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho que as partes, tanto a Reclamante quanto a Reclamada, podem atuar no processo sem a obrigatória interferência do advogado. Este artigo implica na adoção do *jus postulandi* das próprias partes na Justiça do Trabalho.

Para estar em juízo é necessário ter capacidade processual que, nos dizeres de Sidou (1999, p. 117), é: “habilitação para estar em juízo como autor ou réu, conferida a toda pessoa que se achar no exercício de seus direitos civis, e configurada pelas formas causal (*legitimatío ad causam*) e processual (*legitimatío ad processum*)”. A primeira hipótese de legitimação é a *ad causam*, que é “a qualidade de agir da pessoa civilmente capaz, que se identifica em juízo como o próprio titular do direito que reclama ou defende, ou o verdadeiro sujeito, ativo ou passivo, de uma mesma relação jurídica controvertida” (HORCAIO, 2006, p. 630) e a segunda é a legitimação *ad processum* que é “o conjunto de legitimidade e capacidade para agir e reagir em juízo como sujeito ativo ou passivo de uma mesma relação processual, por si ou autorizado por outrem, ou em função de mandatário judicial legalmente habilitado” (HORCAIO, 2006, p. 630).

O *jus postulandi* das partes seria a possibilidade, aberta pela legislação vigente, de estar em juízo e durante o processo sem o acompanhamento de advogado. Nesse caso, a parte pode livremente defender seus interesses em juízo, da maneira que achar conveniente. O vocábulo *jus postulandi*, de origem latina, significa direito o de postular. Postulação significa (HORCAIO, 2006, p. 840): “pedido, petição, reivindicação, requerimento. Exposição do fato e alegação do direito que a parte apresente a juízo, fundamentado na pretensão sua ou refutamento à de outrem”. Nas palavras de Pinto:

Jus Postulandi pessoal, simples efeito da capacidade postulatória, não é uma peculiaridade legal, em si. Esta se traduz no reconhecimento da capacidade de postular em juízo a quem não está legalmente habilitado ao exercício da advocacia, quebrando o princípio geral da tríplice manifestação de capacidade, em processo (capacidade ad processum, capacidade ad causam e capacidade postulatória), esta última só pode ser reconhecida ao advogado, ou seja, ao Bacharel em direito regularmente

escrito na Ordem dos Advogados do Brasil, de modo a facultar-lhe o exercício da profissão. (PINTO, 1991, p. 60).

Esta faculdade de postular no processo sem a presença de advogado é exceção às regras processuais comuns, que preconizam o desenvolvimento processual com a participação do advogado, seja o contratado privadamente ou o proveniente da defensoria pública, dos núcleos de assistência judiciária das universidades ou da nomeação pelo juiz da causa de defensor dativo. Afinal, a proposta constitucional de acesso à justiça tem como fito inserir os menos favorecidos economicamente na prática dos direitos fundamentais, em especial o direito fundamental de petição (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal), o da inafastabilidade do Poder Judiciário, o de assistência judiciária gratuita (artigo 5º, inciso LXXIV e artigo 134, ambos da Constituição Federal de 1988) e o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal).

Existe previsão legal do *jus postulandi* das partes nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais (artigo 9º da Lei 9.099/95), nos Juizados Especiais Cíveis Federais artigo 10º da Lei 10.259/01), na Justiça do Trabalho (artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho) e para impetrar *Habeas Corpus* (artigo 660 do Código de Processo Penal). Afora estas hipóteses, não pode o cidadão postular em nome próprio sem a presença de um advogado. Como se verifica, trata-se de instituto jurídico excepcional e que somente pode ser utilizado em havendo permissivo legal.

4.2 *Jus Postulandi* no Direito do Trabalho

O artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho instituiu o *jus postulandi* das partes na Justiça do Trabalho, *in verbis*:

Artigo 791 Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final.

§ 1º Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogados.

O artigo 791, *caput*, ao atribuir o *jus postulandi* das partes aos próprios empregado e empregador, certamente fazia referência a todo trabalhador que litigar na Justiça do Trabalho e não apenas àqueles que afirmam estar num dos pólos da relação de emprego. Esta idéia foi abraçada na seguinte decisão recente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho:

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. OAB. RECLAMAÇÃO VERBAL. EXTINÇÃO. CAPACIDADE POSTULATÓRIA.

1. Inviável declarar-se, no âmbito do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a supressão de reclamação verbal em processos trabalhistas de determinadas localidades. A matéria refoge à competência puramente administrativa do CSJT e, ademais, subsiste a capacidade postulatória das partes expressamente prevista no art. 791, da CLT, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (ADIN nº 1127/DF).

2. Recurso a que se nega provimento.

[...]

A propósito, não se deve fazer a interpretação meramente ‘gramatical’ do art. 791, da CLT, de modo que, à luz do art. 763, do mesmo texto consolidado, é imperioso concluir que, no processo trabalhista, as partes (ainda que não empregados ou empregadores), terão direito ao *jus postulandi*. Caso contrário, o trabalhador eventual, não raro mais hipossuficiente do que o empregado com CTPS anotada, não teria direito de livre acesso ao Judiciário, pessoalmente, o que constitui um absurdo, por simples lógica. Assim já acontece *verbi gratia*, com o pequeno empreiteiro (art. 652, a, III, da CLT) ou o trabalhador avulso (art. 643, da CLT), que, mesmo sem serem empregados, podem valer-se do *jus postulandi*. (grifo nosso) (PROC. Nº TST-CSJT-147/2006-000-90-00.2. Acórdão do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Conselheiro Relator João Oreste Dalazen. Brasília, 22 de setembro de 2006. Disponível em: informatica.jt.gov.br/pls/portal/url/ITEM/22AF098BB7282115E040000A130C26C9. Acesso em 26 dez. 2006.)

Existem posições em contrário, que entendem ser o *jus postulandi* das partes na Justiça do Trabalho “restrito apenas às demandas que envolvam relação de emprego”, a exemplo de Saraiva (2006, p. 42). A interpretação restritiva significaria ofensa ao princípio da igualdade e colocaria as categorias especiais de trabalhadores hipossuficientes à margem de um benefício de ordem social extremamente relevante, garantidor do acesso à justiça na ordem trabalhista. O acesso à justiça de forma pessoal pelo obreiro e pelo empregador é parte do substrato contemporâneo jurídico e significa possibilitar ao empregado a capacidade real e efetiva de reivindicação de seus direitos na esfera judicial.

O *caput* do citado artigo traz em seu bojo a idéia de facultatividade no exercício do *jus postulandi* pelas partes. Quando o legislador utiliza “poderão”,

impinge ao hermenêuta que se considere apenas uma possibilidade, dentre outras existentes, o mesmo não ocorre com o vocábulo “deverão” que implica em obrigação. Ao empregado e ao empregador o exercício do *jus postulandi* é facultativo, como bem evidencia o parágrafo primeiro do artigo 791. A possibilidade do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho reveste-se de caráter social, visando permitir aos menos abastados a possibilidade de acesso ao judiciário.

O exercício do *jus postulandi* pela própria parte estende-se até o final da instância da Justiça do Trabalho (COSTA, 1995, p 306) pode o litigante se fazer presente: nas varas trabalhistas, nos Tribunais Regionais e no Tribunal Superior do Trabalho, o que afasta a continuidade em outra jurisdição, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. A interposição de recurso trabalhista é possível sem advogado (NASCIMENTO, 1992, p. 188). Conforme transcrição de ementa do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

EMENTA

EMENTA: *JUS POSTULANDI* EXTENSÃO E LIMITES. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO DIRETAMENTE PELA PARTE. O *jus postulandi* traduz a capacidade postulatória conferida pela lei trabalhista à própria parte, que não necessita constituir procurador habilitado para praticar atos no processo laboral, sendo certo que, ao elevar ao nível constitucional o princípio que consagra a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, não pretendeu o constituinte extinguir o *jus postulandi* das partes no Judiciário Trabalhista. (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PROC: RO - 00933-2003-108-03-00-0. 1ª turma. Relator Maurício José Godinho Delgado. Publicado no Diário de Justiça de Minas Gerais em 28-11-2003, p. 05)

Porém, para os recursos especial e extraordinário, se faz obrigatória a representação por advogado, em razão da exceção que constitui a própria parte poder postular. A compreensão contrária significaria transformar a exceção em regra.

Mas nem todos os estudiosos aprovam o *jus postulandi* das partes: a Ordem dos Advogados do Brasil já tentou extirpá-lo, reputando-o de inconstitucional, como se verá adiante. Dentre os contrários à manutenção da capacidade postulatória pessoal das partes na Justiça do Trabalho estão: Malta (1993, p. 211) e Russomano (1990, p. 853), que argumentam que se instaura verdadeira desigualdade

processual a desprestígio do empregado, parte hipossuficiente da relação jurídica trabalhista. Consoante Teixeira Filho:

A vida prática demonstrou, num incontável número de ocasiões, que, quando um dos litigantes ia a juízo sem advogado, mas outro se fazia acompanhar por procurador judicial, o que se presenciava, dramaticamente, não era uma porfia equilibrada, mas um massacre. (TEIXEIRA FILHO, 1997, p. 186)

Sobre esta impossibilidade técnica de lidar com as minúcias processuais, é forçoso reconhecer que a maioria dos cidadãos desconhece até mesmo o direito material trabalhista, o que certamente se agrava diante do direito processual discutido apenas em juízo, com pouca visibilidade da mídia e inacessível à população (GUIMARÃES, 1980, p. 59).

Na Justiça do Trabalho existem servidores responsáveis por atender aos cidadãos que desejam fazer uso do seu direito de postular em juízo pessoalmente, reduzindo a termo as informações que os reclamantes oralmente vão prestando. A atenuação, nome com que se batizou esta prática é a única forma de atender os analfabetos, que não teriam como elaborar por escrito sua petição. Os servidores informam e auxiliam o jurisdicionado, esclarecendo dúvidas, organizando de forma encadeada e lógica as pretensões do reclamante, enfim, procedendo à devida procedimentalização do *jus postulandi* da parte necessária ao primeiro impulso de uma Reclamatória Trabalhista.

O *jus postulandi* das partes no processo trabalhista se justifica pela especificidade da principiologia deste, em especial os princípios da celeridade e oralidade. O citado instituto é até mesmo considerado princípio do direito processual trabalhista, como se colhe em Saraiva (2006, p. 41-42) e Almeida (1993).

4.3 Constitucionalidade e legalidade do *Jus Postulandi*

O advogado recebeu do artigo 133 da Constituição Federal a função de partícipe essencial na administração da Justiça, nos seguintes termos: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". Sua participação confere

à prestação jurisdicional contornos de justa e equânime, haja vista que a sua presença garante o correto andamento técnico do processo e viabiliza o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, partes do devido processo legal, de forma esmerada. A presença do advogado dá ares de legitimidade ainda maiores ao poder jurisdicional, contribuindo, inclusive, para o aprimoramento das instituições democráticas.

O artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho editado antes da promulgação da Constituição de 1988 e de forma aparentemente contrária, estabelece que na Justiça do Trabalho o *jus postulandi* das partes é válido, ou seja, que as partes na lide trabalhista têm a opção de postular em juízo, durante toda a lide, sem a presença de um advogado como já se disse antes. O artigo em comento aduz que: "os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final".

Justamente em razão da Consolidação das Leis Trabalhistas ser norma anterior à Constituição Federal, dúvidas despontaram acerca da recepção do artigo 791, ou seja, se há compatibilidade jurídica que justifique a aplicação do *jus postulandi* após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Para solucionar a questão, é preciso determinar em qual classificação das normas constitucionais se encaixará o artigo 133 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal (STF) adotou a classificação das normas constitucionais de José Afonso da Silva¹⁵, que consiste em: normas de eficácia plena, contida e limitada. Vale frisar que todas as normas constitucionais possuem eficácia: jurídica ou jurídica e social (TEMER, 2002, p. 23).

As chamadas normas de eficácia plena ou imediata têm conteúdo normativo completo, estando aptas a produzir efeitos sem a necessidade de nenhuma complementação, ou seja, incidem de forma imediata e direta enquanto comando normativo. Por definição, bastam por si mesmas para obrigar ao cumprimento do que almejou o legislador.

Silva definiu-as como sendo aquelas que:

[...] não exigem a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se

¹⁵ A classificação de José Afonso da Silva foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal em: RT 723/231 e Mandado de Injunção 4382/GO, a título exemplificativo.

apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nela regulados (SILVA, 2001, p. 101).

São normas constitucionais de eficácia contida, prospectiva, redutível ou restringível as que, embora sejam de aplicabilidade imediata, não possuem força para produzir integralmente os efeitos que isoladamente podem produzir, vez que se almeja que o legislador infraconstitucional venha a restringir seu âmbito de incidência por lei posterior, contendo parte de sua força normativa e reduzindo o campo de seus efeitos. A contenção de eficácia e aplicabilidade pode ocorrer por imperativo de lei infraconstitucional, na maioria dos casos, por motivo de ordem pública, bons costumes e paz social, para restringir direitos, ou, ainda, pelo próprio texto constitucional (LENZA, 2005, p. 74). Este tipo de norma tem eficácia plena enquanto não for concreta a restrição por lei posterior, ou seja, produz todos os seus efeitos nos limites da interpretação do texto constitucional.

Nos dizeres de Silva:

[...] são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos dos conceitos gerais nelas enunciados (SILVA, 2001, p. 116).

As normas de eficácia limitada, diferida ou mediata caracterizam-se pela impossibilidade de aplicabilidade imediata sem a existência de comando normativo complementar ou integrativo. Entretanto, existe vinculação balizadora do âmbito legiferante do legislador infraconstitucional, o que garante observância do mínimo instituído pela norma constitucional de eficácia limitada.

Sem dúvida, o artigo 133 da Constituição Federal trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada. Esta afirmação pode ser feita em razão da presença da expressão “nos limites da lei” que traz consigo o imperativo de surgir legislação posterior que regulamente a matéria de forma a impor balizas a respeito da indispensabilidade do advogado na administração da justiça. O próprio legislador constituinte impôs que a lei poderá limitar a presença do advogado.

O legislador constitucional por certo não quis tornar a postulação em juízo um monopólio absoluto e sem exceções do advogado, mas ressaltar sua importância e que não é possível impedir a atuação do advogado devidamente constituído em nenhum órgão jurisdicional. Resta constitucionalmente garantida, pois, ao advogado,

a proteção em face de quaisquer atos que visem impedi-lo de realizar seu mister, em sendo contratado ou designado.

No momento em que se entende que a norma prevista no artigo 133 da Constituição Federal é de eficácia limitada, outra saída não há que se reconhecer que a Constituição Federal recepcionou a regra do artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, assim como o artigo 9º, *caput*, da Lei 9.099/95 e, também, o artigo 10 da Lei 10.259/01.

O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) dispõe no artigo 1º que é atividade privativa, exclusiva de advogado, a postulação perante os órgãos do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais. Este dispositivo e outros do mesmo diploma legal foram alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1127 impetrada pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

Lei geral, o Estatuto da Advocacia, não tem condão de revogar lei especial, *in casu*, a Consolidação das Leis do Trabalho; nem pode pretender impedir a limitação oriunda da vontade constitucional. Da mesma forma, a lei posterior somente opera revogação quando expressamente assim o declare, haja incompatibilidade ou regulação da matéria de que trata a lei anterior, as duas normas podem se harmonizar perfeitamente. Estas são as regras para revogação dispostas no artigo 2º, parágrafos 1º e 2º da Lei de Introdução do Código Civil.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1127 proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 17/05/2006 e publicada no Diário Oficial da União em 26/05/2006. Esta julgou inconstitucional o artigo 1º do Estatuto da Advocacia (“São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”), apenas na expressão “qualquer”, conservando a expressão “aos juizados especiais” por entender que houve norma posterior regulamentando a matéria, ou seja, as leis dos juizados especiais. O vocábulo “qualquer” foi suprimido em razão de que pode haver, por via legislativa, postulação sem a presença de advogado, a exemplo da Justiça do Trabalho. Restou destacado que o legislador pode “dispensar a participação do advogado em determinadas causas, sujeita esta dispensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade” (COSTA; HAIDAR, 2006).

Com relação ao artigo 2º, *caput*, do Estatuto da Advocacia, que aduz ser o advogado indispensável à Administração da Justiça foi declarada constitucional,

respaldada a decisão no conteúdo do artigo 133 da Constituição Federal e considerada dentro dos “limites da lei” previstos na parte final do citado artigo.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em insurgência contra o *jus postulandi* das próprias partes nos Juizados Especiais, impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade em 2004, que recebeu o número 3168 e foi julgada em 19/06/2006. O Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do artigo 10º da Lei 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais), estabelecendo a limitação do *jus postulandi* das partes apenas à esfera cível. No tocante à parte criminal dos Juizados Especiais Federais é necessária a presença de advogado. Da mesma forma, foi considerado constitucional o artigo 3º da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Estaduais) que trata da obrigatoriedade da presença do advogado nos processos criminais.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade número 1127 e 3168 confirmaram a constitucionalidade do *jus postulandi* das partes nos Juizados Especiais Estaduais e Federais nas questões cíveis, na Justiça do Trabalho e na Justiça de Paz, além do já afirmada possibilidade da utilização da capacidade postulatória da própria parte para impetrar *Habeas Corpus*.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, desde a promulgação da Constituição Federal, já vinha se manifestando no sentido de que o *jus postulandi* das partes na Justiça do Trabalho havia sido recepcionado pelo ordenamento constitucional e o *jus postulandi* das partes dos Juizados Especiais, tanto estaduais quanto federais, era constitucional. Dessa forma, não houve grande surpresa com o desenrolar das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. A título de exemplo o julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

EMENTA: JUSTIÇA DO TRABALHO. *JUS POSTULANDI*. VALIDADE. ARTIGOS 791 E 839 DA CLT. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. A jurisprudência predominante é no sentido de que ainda vigora no processo do trabalho o chamado "jus postulandi", que autoriza que empregados e empregadores possam reclamar pessoalmente na Justiça do Trabalho, além de acompanhar suas ações até o final, independentemente de estar assistidos por advogado. Embora a validade deste princípio da postulação pelas próprias partes tenha sido questionada quando da promulgação da Constituição de 1988 - cujo artigo 133 preceitua que o advogado é indispensável à administração da justiça -, é certo que permanecem em vigor os dispositivos da CLT que lhe dão sustentação, que são os artigos 791 e 839. Enquanto não houver manifestação definitiva do excelso Supremo Tribunal Federal acerca da não-recepção destes dispositivos por

parte na nova ordem constitucional, é mesmo de se autorizar que as ações trabalhistas sejam processadas pela via da atermação ou, até, por meio de petição redigida e elaborada pelo próprio postulante. É certo, ainda, que esta prerrogativa também envolve a interposição de recursos perante os tribunais (todos eles; inclusive, os Superiores), pois é justamente esta a preceituação do citado artigo 791 da CLT, no sentido de que "os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final". Diante deste panorama, também não se poderá impor à parte que recorre, com base no "jus postulandi", qualquer excesso de formalismo na elaboração do apelo, sob pena de desvirtuação do próprio instituto. Isto significa que basta que esta se manifeste em juízo, seja de forma escrita, seja por meio de manifestação tomada a termo na Secretaria da Vara, expressando a sua discordância quanto à decisão proferida. (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. DECISÃO: 23 08 2005 PROC: RO - [00343-2004-054-03-00-1](#), Segunda Turma, Juiz Relator Bolívar Viegas Peixoto. Publicado no Diário de Justiça de Minas Gerais em 31-08-2005, p.11).

Da mesma forma o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

EMENTA

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. DEFESA INICIAL. RECUSA DO PRINCÍPIO DO "JUS POSTULANDI". CERCEAMENTO DE DEFESA. Implica cerceamento de direito. Decisão que condiciona a validade da defesa inicial no processo do trabalho, ainda que em procedimento sumaríssimo, à interferência de advogado e aplica, por esse fato, revelia à reclamada, mesmo estando presente em audiência o preposto. Recurso de Embargos conhecido e provido. (Tribunal Superior do trabalho. PROC. 747761. SD1. Ministro Relator João Batista Brito Pereira. Publicado no Diário de Justiça de 10-05-2002)

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. "JUS POSTULANDI".
1. Acórdão que acolhe pedido de rescisão de sentença que não aceita a defesa apresentada pela então Reclamada, por estar desacompanhada de advogada, com fulcro no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8906/94. Alegação de ofensa ao art. 791, da CLT, que admite o "**jus postulandi**" das partes na Justiça do Trabalho.
2. Ofende o art. 791, da CLT, sentença que não reconhece o "**jus postulandi**" na Justiça do Trabalho, haja vista entendimento do E. Supremo Tribunal Federal em liminar concedida na ADIN nº 1127-8 (DJ de 7-10-94), por meio da qual se suspendeu a eficácia do inciso I do art. 1º da Lei 8906/94. Irrelevante perquirir a eficácia da liminar, porquanto o que importa é a perspectiva objetivamente palpável da declaração definitiva de inconstitucionalidade, que, como visto, reveste-se de eficácia retroativa (art. 27, da Lei nº 9868/99).
3. Recurso ordinário do Requerido não provido. (Tribunal Superior do Trabalho. PROC: 664801. Ministro Relator João Oreste Dalazen. SD2. Publicado no Diário de Justiça em 14-06-2002)

EMENTA

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUBSISTÊNCIA DO ART. 791 DA CLT - SENTIDO E ALCANCE DO ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
Sempre foi da tradição do Direito Processual do Trabalho poderem, empregado e empregador, postular e defender pessoalmente seus direitos, independentemente da assistência dos profissionais do Direito,

devendo ser destacado que, antes mesmo da atual Constituição prescrever a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça (art. 133), idêntica norma já existia na legislação infraconstitucional (art. 62 da Lei nº 4215, de 27-4-63 - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), mas nem por isso entendeu-se que fora revogada a norma consolidada (art. 791).

Assim, ao elevar ao nível constitucional o princípio que consagra a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, o constituinte não pretendeu, por certo, extinguir o "**jus postulandi**" das partes no Judiciário Trabalhista, visto que condicionou sua aplicação "aos limites da lei" (art. 113 - parte final), o que autoriza a conclusão de que, enquanto não sobrevier norma federal dispendo em sentido contrário, a subsistência do art. 791 da CLT, que é federal, revela-se compatível com a nova ordem constitucional.

Recurso de revista provido, no tema. (Tribunal Superior do Trabalho. PROC. 509744. 4ª Turma. Ministro Relator Milton de Moura França. Publicado no Diário de Justiça em 16-11-2001, p. 600)

Após o julgamento desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, resta prejudicada a discussão da inconstitucionalidade do *jus postulandi* das partes, em razão da última instância em matéria constitucional ter-se manifestado no sentido de manutenção do mesmo, considerando-o constitucional. Diante do fato de que somente por alteração legislativa infraconstitucional regulando a mesma matéria, ou emenda constitucional modificando a redação do artigo 133, seria possível a extirpação do *jus postulandi* das próprias partes, alguns projetos de lei¹⁶ foram apresentados.

O primeiro é o Projeto de Lei n. 5.396/05, do Deputado Ivo José do Partido dos Trabalhadores de Minas Gerais, o qual visava modificar o artigo 9º da Lei dos Juizados Especiais, no sentido de limitar o *jus postulandi* das partes somente às causas em que o valor discutido seja até cinco salários mínimos. Este projeto foi rejeitado no mérito pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal e arquivado em 31.01.2007. O segundo é o Projeto de Lei 5.096/05, de autoria do Deputado Vignatti do Partido dos Trabalhadores de Santa Catarina, que pretendia tornar a presença do advogado obrigatória nos Juizados Especiais Estaduais e Federais. Este projeto foi arquivado em 31.01.2007 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal.

Muitas vezes também se manifestam em defesa do *jus postulandi* das partes no processo trabalhista, a exemplo de Franco Filho (1999) que, em análise às propostas de reforma do judiciário atinentes à Justiça do Trabalho, mostrou-se

¹⁶ Informações deste projeto de lei podem ser consultadas em: <http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes>.

contrário à proposta de extinção do *jus postulandi* das partes, considerando que nos rincões distantes o jurisdicionado ficaria desamparado, principalmente nas lides de menor valor, as quais o advogado não terá interesse em postular, se considerado o reduzido custo-benefício, o que acarretará em óbice ao acesso à Justiça.

4.4 Acesso à Justiça, Assistência Judiciária Gratuita e Defensoria Pública: direitos fundamentais.

4.4.1 Acesso à Justiça

O *jus postulandi* das próprias partes é exceção à regra processual que determina que a capacidade postulatória cinge-se ao advogado. O instituto foi concebido como forma de garantir o acesso à Justiça, principalmente sob o fundamento da baixa complexidade das demandas onde é permitido postular sem advogado, a exemplo dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais e da Justiça do Trabalho.

O processo de desburocratização do Direito tem levado a inúmeras alterações legislativas, com a finalidade de melhorar a efetividade, a celeridade e a segurança jurídica. O acesso à justiça tem compreendido não somente o acesso ao Poder Judiciário, na sua dimensão de ingresso nas vias judiciais, mas a garantia de provimento jurisdicional célere, eficaz e justo. O acesso à justiça significa propiciar ao jurisdicionado o acesso à ordem jurídica justa, não somente o acesso ao Poder Judiciário ou a um provimento de mérito, no dizeres de Watanabe:

a) o *direito de acesso à justiça* é, fundamentalmente, *direito de acesso à ordem jurídica justa*; b) são dados elementares desse direito: 1) o direito à *informação e perfeito conhecimento do direito substancial* e à *organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; 2) *direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa*; 3) *direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos*; 4) *direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características.* (WATANABE, 1988, p. 135)

Os quatro requisitos que compõem o acesso à justiça propostos por Watanabe são de vital importância para efetivar a cidadania proposta no artigo 1º, inciso II da Constituição Federal, princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Destacamos, dentre os apresentados, o último elemento proposto: direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça. Este elemento nos conduz à imediata e premente efetivação da assistência jurídica gratuita custeada pelo Estado, razão pela qual impõe-se a instauração da Defensoria Pública, tanto para atender aos Juizados Especiais, mas principalmente para atender à Justiça do Trabalho, principalmente pelo caráter alimentar das verbas trabalhistas, e pela incidência do princípio protetivo e dos princípios constitucionais do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana. E, ainda, como forma de garantir a indisponibilidade real dos direitos trabalhistas, protegendo o jurisdicionado da sua ignorância técnica, no que tange às peculiaridades jurídicas da litigância.

Carrion define assistência judiciária e justiça gratuita, diferenciando-os, embora nesta pesquisa os dois termos sejam utilizados como equivalentes, por estes termos serem gênero e espécie:

Assistência Judiciária é o benefício concedido ao necessitado de, gratuitamente, movimentar o processo e utilizar os serviços profissionais de advogado e dos demais auxiliares da Justiça, inclusive os peritos; Assistência Judiciária seria o gênero e Justiça Gratuita espécie, mais restrita, consistente apenas na isenção de emolumentos dos serventários da Justiça, custas e taxas. As origens do instituto remontam à Grécia e Roma. (CARRION, 2005, p. 596)

O cidadão tem direito ao contraditório e à ampla defesa, assegurados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Este direito incidirá sobre as pessoas hipossuficientes economicamente, se for sistematicamente interpretado e aplicado juntamente com o direito à assistência judiciária gratuita pelo Estado, prevista no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, e com a instituição da Defensoria Pública, cuja previsão é localizada no artigo 134 da Constituição de 1988.

O acesso à justiça pode ser compreendido como acesso à tutela jurisdicional através dos instrumentos procedimentais adequados, assegurando-se assim a satisfação ou a eficácia dos direitos fundamentais. Garantir os direitos fundamentais por meio do acesso à justiça é propiciar aos cidadãos jurisdição hábil a corrigir as

pretensões jurídicas equivocadas e valer-se da coerção estatal para dar eficácia aos provimentos jurisdicionais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12-13).

Um constante aperfeiçoamento no acesso à justiça é necessário para acompanhar as mudanças pelas quais o mundo passa. Como bem salienta Almeida:

[...] as duas ondas renovatórias do acesso à justiça – ‘assistência judiciária gratuita e representação em juízo dos interesses de massa - não foram suficientes para resolver a problemática do acesso à justiça. Surge aí, então, o que é denominado ‘um novo enfoque do acesso à justiça’, como a terceira onda renovatória do acesso à justiça, que abrange as outras duas e vai muito além. O que se objetiva nessa terceira onda é operacionalizar todo o sistema de acesso à justiça, aperfeiçoando, inclusive o sistema de assistência judiciária gratuita e o sistema de tutela dos interesses de massas. (ALMEIDA, 2003, p. 85-86)

Este novo enfoque do acesso à Justiça propicia a continuação do modelo de assistência jurídica de modo dinâmico e sempre aberto à alterações para aperfeiçoar os institutos. O *jus postulandi* das próprias partes na Justiça do Trabalho poderia, sob este ponto de vista, ser melhorado no sentido de garantir ao hipossuficiente o acesso à ordem jurídica justa.

4.4.2 Assistência Judiciária Gratuita e Defensoria Pública

Diante da carência estatal de recursos para propiciar a assistência judiciária gratuita e estando a defensoria pública, ainda, em vias de formação, o *jus postulandi* das partes propicia a única forma do hipossuficiente econômico litigar e obter do Estado a tutela jurisdicional a que tem direito. De outra forma, seria inviável ao cidadão de poucos recursos ter acesso ao aparato jurisdicional, haja vista os altos custos que representam a contratação de um advogado e o pagamento de custas processuais, que tornariam inviável o acesso ao Judiciário, quer pela relação custo da demanda, benefício possivelmente aferido, quer do ponto de vista do montante em valores pecuniários discutido, por vezes até inferior a um salário mínimo.

Embora seja atribuição constitucional do Estado propiciar a assistência judiciária gratuita a quem não tem condições financeiras de arcar com os custos, bem como instaurar as Defensorias Públicas, a insuficiência de recursos tem sido

um grande entrave. São muitas as prioridades, todas de igual importância, a saber: saúde, educação, lazer, meio ambiente equilibrado etc.

O melhor caminho, sem dúvida, seria o amparo da assistência judiciária gratuita e da instauração da Defensoria a fim de se evitar desigualdade entre as partes, principalmente no sentido técnico-jurídico (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 149), uma vez que o processo civil e o processo do trabalho têm significativa complexidade. Ao cidadão leigo é forçoso admitir que não seja possível entender e praticar os atos processuais sem prejuízo do seu direito, principalmente quando a parte *ex adversa* encontra-se acompanhada de advogado. Esta situação coloca o magistrado numa posição de certa forma incômoda, pois não tem permissão em nenhuma jurisdição de atuar como advogado da parte desassistida, sob pena de perda da neutralidade e isenção necessários a um julgamento imparcial.

Mesmo na Justiça do Trabalho, na qual preponderam princípios que favorecem o empregado, considerado o hipossuficiente da relação jurídica, há limites para a atuação do magistrado, haja vista que também nesta jurisdição especializada a imparcialidade do magistrado e o pré-julgamento são vedados. Russomano explica a posição incômoda em que fica o magistrado:

Muitas vezes o juiz sente que a parte está com o direito a seu favor. A própria alegação do interessado, entretanto, põe por terra sua pretensão, porque mal fundada, mal articulada, mal explicada e, sobretudo, mal defendida. Na condução da prova, o problema se acentua e agrava. E todos sabemos que a decisão depende do que os autos revelarem o que está provado. (RUSSOMANO, 1990, p. 853)

O domínio da técnica processual, tanto trabalhista quanto cível, é reservado ao profissional jurídico. Este, preparado de forma acadêmica, prática e ética para exercer o múnus público da advocacia. Como bem disse Cintra; Grinover e Dinamarco (1995, p. 216): "[...] o advogado aparece como integrante da categoria dos juristas, tendo perante a sociedade a sua função específica e participando, ao lado dos demais, do trabalho de promover a observância da ordem jurídica e o acesso dos seus clientes à ordem jurídica".

Certamente há cidadãos que possuem condições de litigar com propriedade, a exemplo de prepostos, pessoas mais instruídas, ou alguém que por qualquer razão tenha contato com o mundo jurídico, a exemplo dos contadores, profissionais de relações humanas e até mesmo acadêmicos de Direito. Entretanto, não se pode

afirmar que grande parcela da população, desprovida de recursos e com baixa escolaridade, compreenda e tenha experiência suficiente em impugnar documentos, inquirir testemunhas, e elaborar recursos, principalmente diante da complexidade da matéria recursal e da gama de conhecimentos técnicos necessários para tanto. Souto Maior manifesta-se sobre o assunto, aduzindo:

[...] sob a perspectiva do conceito de processo efetivo, ou seja, aquele que é eficiente para dar a cada um o que é seu por direito e nada além disso, a presença do advogado é fator decisivo para que a consecução deste ideal. Com efeito, nos processos trabalhistas, não raramente, discutem-se temas como: interrupção da prescrição; ilegitimidade de parte, em decorrência de subempreitada, sucessão, terceirização, grupo de empresas; litispendência; personalidade jurídica; desconsideração da personalidade jurídica; tutela antecipada; ação monitória; contagem de prazos; nulidades processuais; ônus da prova etc. (SOUTO MAIOR, 2006)

A saída seria a extinção do *jus postulandi* das partes? Considerar o *jus postulandi* apenas em seus aspectos negativos é amesquinhar a visão sobre seu significado social, sob o qual o cidadão é protegido da lógica mercantilista. Lógica esta que não pode contaminar a prestação jurisdicional, sob pena de se coibir o direito fundamental do acesso à justiça. Ademais, consoante visto, o legislador constitucional erigiu o *jus postulandi* das partes como instrumento de garantia de cidadania, juntamente com a assistência judiciária gratuita e a defensoria pública. Sem o *jus postulandi* das próprias partes não haveria meio de se garantir ao hipossuficiente o seu direito fundamental de acesso à justiça. Sob este aspecto, é imperioso pugnar pela sua manutenção.

Ainda, não parece lógico forçar a intervenção obrigatória de um advogado. Do ponto de vista do litigante não é razoável forçá-lo a constituir advogado, uma vez que seu pleito pode envolver menor complexidade e a Constituição Federal não considerou a postulação em juízo monopólio da advocacia. A opção por manter o *jus postulandi* das partes em determinadas e excepcionais circunstâncias se configura condizente com a autonomia da vontade, na qual o cidadão pode ou não fazer uso da opção que a legislação lhe concedeu. Aliás, natural e gradualmente a participação dos advogados nestas causas já tem crescido espontaneamente, segundo notícia Nanci:

Já para o coordenador dos Juizados Especiais Federais de São Paulo e desembargador federal José Eduardo Santos Neves, a presença de advogados no órgão é uma conseqüência natural e ela vem crescendo com

o tempo. Segundo ele, quando o Juizado foi instalado no estado, 95% dos pedidos eram feitos diretamente pelos autores. Hoje, esse índice despencou para 40%. (NANCI, 2005)

Tal notícia conduz à conclusão de que a opção pelo uso ou não do patrocínio de um advogado tem sido exercitada, embora a assistência judiciária gratuita através da Defensoria Pública não esteja sendo ofertada ao cidadão, o que é uma afronta ao seu direito fundamental de acesso à justiça. O que não se pode admitir é que, ao invés de opção, o cidadão sem recursos tenha que se submeter à litigância sem advogado, calcada nos eventuais prejuízos pelo seu desconhecimento da técnica jurídica, em razão da inexistência da assistência judiciária gratuita e de defensoria pública, direitos de cidadania inerentes ao Estado Democrático de Direito. Como bem advertiu Dinamarco:

[...] a efetividade do processo está bastante ligada ao modo como se dá curso à participação dos litigantes em contraditório e à participação inquisitiva do juiz. O grau dessa participação de todos constitui fator de aprimoramento da qualidade do produto final, ou seja, fator de efetividade do processo do ponto de vista do escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito. (DINAMARCO, 1987, p. 420)

O processo civil e o processo trabalhista perseguem a efetividade, de forma que a participação das partes em situação jurídica de verdadeira igualdade processual, alcançada de forma plena pela postulação técnica de um profissional jurídico, certamente conduzirá ao provimento de mérito justo, finalidade última do monopólio estatal da jurisdição. É a efetividade, também, um direito fundamental, principalmente quando ela implique em concretizar direitos sociais, como os trabalhistas. Na medida em que a busca por meios de pacificação de conflito e de realização da justiça avança, também avança a efetividade dos direitos.

Dentro da concepção de Cappelletti e Garth (1988), o acesso à justiça tem sido classificado em ondas: a primeira consiste na assistência judiciária aos hipossuficientes econômicos, com objetivo de lhes propiciar, através do custeio estatal, meios de obter a tutela jurisdicional. A segunda onda visa assegurar a tutela dos interesses difusos e coletivos. A terceira onda ou etapa consiste na reforma da legislação processual, no sentido de proporcionar a efetividade da tutela jurisdicional.

A Constituição Federal de 1988, no tocante à assistência judiciária gratuita, à tutela dos interesses difusos e coletivos e, à efetividade da tutela jurisdicional

recepcionou a idéia das ondas de acesso à justiça, como valores a serem protegidos. O artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal prevê que o Estado prestará assistência judiciária gratuita aos que não tiverem, mediante seus próprios recursos, meios financeiros para fazê-lo. No artigo 134, a Constituição Federal incumbe este mister à Defensoria Pública, órgão criado especialmente para atender aos fins da assistência judiciária gratuita. O legislador constitucional reconhece a necessidade de prover patrocínio jurídico aos mais necessitados, sob pena de lhes retirar o acesso ao Judiciário e, conseqüentemente, o acesso à justiça. Mesmo diante do comando constitucional, nem todos os estados brasileiros contam com a presença da Defensoria Pública em suas capitais e a sua presença municipal interiorana é quase inexistente.

Quase todos os Estados possuem Defensorias Públicas, com exceção de Santa Catarina. A Constituição Federal vigente promulgada em outubro de 1988 permanece até os dias atuais sem alcançar a totalidade dos Estados brasileiros com a assistência judiciária gratuita. No caso de Santa Catarina, a Ordem dos Advogados do Brasil, em convênio com o Tribunal de Justiça Estadual e os núcleos de assistência judiciária das universidades, proporcionam, via defensor dativo, a assistência judiciária gratuita aos menos favorecidos.

Na Justiça do Trabalho, pertencente à estrutura judiciária federal brasileira, nem mesmo há previsão de uma Defensoria Pública específica. A Defensoria Pública da União, criada em 1994 pela Lei Complementar número 88, do mesmo ano, foi implantada em 1995 em alguns Estados e no Distrito Federal. Atualmente está presente nos seguintes Estados-membros: Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Sergipe e São Paulo. Os estados do Amapá, Maranhão, Mato Grosso e Tocantins ainda não contam com a atuação da Defensoria Pública da União. E, mesmo nos estados onde há Defensoria Pública da União, o contingente humano de defensores é insuficiente para atender à demanda.

O artigo 14 da Lei Complementar número 88 prevê a atuação da Defensoria Pública da União na Justiça do Trabalho. Mesmo diante desta previsão, a atuação dos Defensores Públicos da União tem-se dado apenas na Justiça Federal Comum. Não se prega, neste trabalho, que imediatamente a Defensoria Pública da União

passa a atender todas as demandas trabalhistas em que sua atuação se faça necessária, mas que seja criada a Defensoria Pública do Trabalho, da mesma forma em que isto ocorreu com a Procuradoria do Trabalho, protegendo a especificidade da função com concurso público e carreira próprios. Quando o citado artigo 14 trata das especializações da Justiça Federal, no âmbito trabalhista, eleitoral e militar, acreditamos que ficou reservado a leis posteriores a instituição das mesmas, assim como ocorreu com as Procuradorias da República, que já se desdobram em Comum (que acumula a função eleitoral), e as específicas Militar e do Trabalho.

Com a ampliação de competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional 45/04, ainda maior e mais urgente é a necessidade de colocar a última e talvez mais importante peça no sistema de prestação da tutela jurisdicional trabalhista: a instituição de uma Defensoria Pública específica, apta a lidar com os conflitos da relação de emprego e da relação de trabalho, bem como com as peculiaridades dos princípios justralhistas e com o aparato processual próprio.

4.4.3 Honorários Advocatícios na Justiça do Trabalho e Jus Postulandi

Sem a Defensoria Pública Trabalhista, o obreiro não tem acesso à Assistência Judiciária gratuita, o que lhe impinge o ônus da contratação de um advogado, que faz normalmente contrato de risco, sujeito o empregado ao pagamento de 20% (vinte por cento) do valor que receberá na sentença de mérito. Acaso resolva fazer acordo, o mesmo percentual incidirá. O advogado, evidentemente, não age de forma repreensível, pois sobrevive do exercício da advocacia e necessita do pagamento dos honorários convencionados. Mas, diante da ausência da Defensoria Pública e o obreiro não tendo qualquer outra opção, ou contrata advogado ou litiga sozinho, exposto a inúmeros prejuízos ao seu direito.

O Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento, em suas Súmulas 219 e 329, que só cabe o pagamento de honorários advocatícios em favor da parte vencedora da demanda quando o trabalhador receber salário igual ou superior a 2 (dois) salários mínimos, declare não possuir capacidade financeira de arcar com a demanda sem prejuízo ao seu próprio sustento e a assistência for prestada pelo

sindicato de categoria profissional a que pertencer o trabalhador. A súmula 219 limita a percepção dos honorários advocatícios a 15% (quinze por cento) e reputa-os devidos ao sindicato e não ao(s) advogado(s). *In verbis*:

Súmula número 219, do Tribunal Superior do Trabalho: Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (Resolução Administrativa número 14, de 12.9.85 — Diário de Justiça de 19.9.85).

Súmula número 329, do Tribunal Superior do Trabalho: Honorários Advocatícios. Artigo 133 da Constituição da República, de 1988. Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, permanece válido o entendimento 'consubstanciado no Enunciado número. 219 do Tribunal Superior do Trabalho (Publicado no Diário de Justiça de 21.12.93).

A Lei 5.584/70 estabelece que os que recebem mais de dois salários mínimos também fazem *jus* à assistência judiciária gratuita, desde que comprovem que os custos da demanda prejudicariam o sustento próprio ou da família. O artigo 18 da Lei 5.584/70 assegura ao obreiro, ainda que não sindicalizado, o direito à assistência da entidade sindical de sua categoria profissional. Esta mesma lei estabelece que seja atribuição da autoridade do Ministério do Trabalho firmar declaração de hipossuficiência e na ausência dela, do Delegado de Polícia do domicílio do obreiro, o que certamente é atentado à dignidade da pessoa humana, pelo que se impõe que o obreiro poderá, por simples declaração de ser pobre nos termos da lei, utilizar-se da justiça gratuita, na forma jurídica estabelecida na Lei 7.510/86, que deu nova redação ao artigo 4º da Lei 1.060/50.

Firmamos entendimento de que a Lei 1.060/50 e a Lei 5.584/70 foram recepcionadas pelo texto constitucional de 1988 e não guardam nenhum traço de incompatibilidade entre si. Dessa forma, a Lei 5.584/70, por significar uma restrição ao acesso à justiça, deve ser interpretada como regulamentação da assistência gratuita por meio dos sindicatos. Assim, não há incompatibilidade com a Lei 1.060/50, que trata da forma ampla de assistência judiciária gratuita, recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Acaso não se interpretasse desta forma, isso significa posicionar a Lei 5.584/70 como óbice ao acesso ao judiciário, o que incitaria a discussão sobre sua recepção pela Constituição de 1988, uma vez que o cabe à

Defensoria Pública, por força constitucional, a prestação da assistência judiciária gratuita e, onde não houver, de acordo com o artigo 22, parágrafo 1º da Lei 8.906 deverá ser oferecido advogado que será remunerado através da arbitragem de honorários pelo magistrado de acordo com tabela expedida pela Ordem dos Advogados do Brasil (SOARES, 2004).

Delegar ao sindicato da categoria a incumbência de promover a assistência judiciária gratuita é temerário. A estrutura dos sindicatos da grande maioria das categorias é de pequeno porte, não contando nem mesmo com advogado e, diante do enfraquecimento sindical, reputar os honorários advocatícios devidos somente quando a assistência for realizada por sindicato é certamente um empecilho ao exercício do direito ao acesso à justiça, na sua vertente de redução dos óbices citada por Cappelletti e Garth (1988).

Exceção à regra, tanto fática como juridicamente, o *jus postulandi* das partes na Justiça do Trabalho, de forma a considerar a retirada dos honorários limitando-os às hipóteses de assistência sindical, é transformar a exceção em regra. Não se podem conceber regras gerais retiradas de substrato excepcional.

A falta de opção torna o *jus postulandi* das próprias partes, na Justiça do Trabalho, praticamente obrigatório, forçando o trabalhador a receber sempre 80% (oitenta por cento) do que tiver sido pago pela parte contrária, seja através de sentença, seja em acordo, a não ser nas reduzidas hipóteses de pagamento dos honorários advocatícios pela parte vencida da demanda. É como se o obreiro tivesse que suportar todas as conseqüências da litigância, mesmo quando seja a parte vencedora da demanda, além de se prejudicar pela impossibilidade de suportar o fator tempo no processo (haja vista que na maioria esmagadora dos casos encontra-se desempregado e as verbas que pleiteia são de natureza alimentar), ainda terá que pagar por perseguir direitos por vezes líquidos e certos.

A sucumbência é aplicada na Justiça do Trabalho na produção de prova técnica, onde a parte que sucumbe arca com os honorários periciais. Em razão disto, não há verdadeiro óbice lógico ou jurídico à aplicação da regra da sucumbência também com relação aos honorários advocatícios. Conforme aduz Marinoni:

O trabalhador pobre que não pode enfrentar os riscos de uma derrota tem direito à assistência judiciária gratuita e, portanto, quando sucumbente, não precisa pagar os honorários do advogado da parte vencedora. Contudo, não é justo que aquele que teve o seu direito reconhecido sofra uma diminuição patrimonial. O processo estaria impondo um prejuízo ao autor

que tem razão, e o sistema inibindo o acesso do trabalhador, através de advogado, à justiça. (MARINONI, 1996, p. 27)

A parte vencedora da demanda não pode ser penalizada por movimentar o aparato jurisdicional, nos dizeres de Chiovenda:

A atuação da lei não se deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante. (CHIOVENDA, 1998, p. 258)

De outra forma não poderia se entender, uma vez que a sucumbência no tocante aos honorários advocatícios em nada prejudica ou torna incoerente o *jus postulandi* das partes. Ambos os institutos podem coexistir no processo trabalhista. O argumento de que a sucumbência prejudicaria o obreiro vencido na demanda não se sustenta, diante da gratuidade de justiça da assistência judiciária. A sucumbência poderia funcionar como inibidor da utilização da Justiça do Trabalho como homologadora de rescisões contratuais trabalhistas, assegurando a melhor utilização do tempo e dos recursos do aparelho judiciário e proporcionando a celeridade para as lides em que realmente se discutam lides verdadeiras.

Os honorários advocatícios em razão da sucumbência fazem parte da lógica processual (ROMITA, 1998, p. 794). Ademais, não existe vedação legal para a condenação da parte vencida ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, como salienta Souto Maior:

[...] mesmo sob o prisma da interpretação literal não se justifica o entendimento dos Enunciados ns. 219 e 329, do TST. Os textos legais (arts. 14 e 16, da Lei n. 5.584/70 e art. 791, da CLT) não desautorizam, expressamente, a condenação em honorários quando o reclamante for assistido por advogado particular. A ilação neste sentido é plenamente injustificável sob o prisma interpretativo, pois que confere uma ampliação ao texto legal sem o menor fundamento. (SOUTO MAIOR, 2006)

A ausência da sucumbência reduz a possibilidade de real opção entre o exercício do *jus postulandi* pela própria parte ou a contratação de advogado. Esta última sob o custeio do obreiro, uma vez que não se tem assistência judiciária garantida e gratuita, assegurando o livre acesso à justiça. Afinal, o que restará ao obreiro carente de recursos que pleiteia verbas de pequena monta, em causas que certamente serão dispensadas pelos advogados em razão da contraprestação pelos

serviços ser inviável, sob a análise do custo-benefício? Não haverá, para o obreiro que mais necessita opção e sim imposição do exercício pessoal do *jus postulandi*.

Fonseca (1993, p. 127) posiciona-se pela manutenção do *jus postulandi* da parte no processo trabalhista, como forma de se evitar a negatória de tutela jurisdicional aos que: não tenham condições econômicas; não possam ser assistidos pelo sindicato e que não contem com a assistência judiciária provinda do Estado. Mesma posição tem Almeida (1994, p. 69): “[...] a subsistência do *jus postulandi* no Processo do Trabalho, ressaltando o seu alto significado social, como meio de facilitar o acesso do hipossuficiente aos pretórios trabalhistas”.

A Defensoria Pública na Justiça do Trabalho é o único instrumento capaz de concretizar o direito fundamental do acesso à justiça e, por conseguinte, estabelecer a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais. Privar o obreiro da assistência judiciária à que faz *jus* significa retirar parcela de sua cidadania.

5. CONCLUSÃO

O *jus postulandi* das próprias partes, na Justiça do Trabalho, se mostra coerente com a principiologia e teleologia do Direito do Trabalho, alcançando verdadeiro significado social, no sentido de garantir ao jurisdicionado acesso simplificado ao Judiciário. Mas, consoante visto, não se trata de apenas dar acesso formal, mas sim de propiciar o acesso à ordem jurídica justa.

O acesso à ordem jurídica justa implica no zelo pela igualdade processual entre os litigantes, conferindo aos que não possam arcar com as custas e despesas processuais, nem tampouco possam contar com a assistência estatal gratuita, no sentido de lhes propiciar meios de equilibrar a relação processual. Sem estes meios, não há que se falar em acesso à ordem jurídica justa, mas de mero acesso formal ao Judiciário.

A principiologia trabalhista, em especial o princípio tuitivo, encontram franca expressão na existência e permissivo legal das partes poderem pessoalmente atuar no Judiciário Trabalhista. São justamente os princípios do direito material do trabalho que protegem o obreiro que se utiliza pessoalmente do *jus postulandi*, propiciando ao magistrado trabalhista que zele, de forma indireta, não pelos interesses do obreiro litigante em pessoa, mas sim pela vontade constitucional e do legislador

ordinário, sem que isto prejudique a sua imparcialidade, nem importe pré-julgamento.

O instituto sobreviveu até mesmo a várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade e se afirmou como constitucional na ordem jurídica brasileira, desconstituindo o pretendido monopólio da capacidade postulatória do advogado. De igual modo o *jus postulandi* exercido pessoalmente pelas partes se afirmou como legal.

A possibilidade de litigar sem a presença de advogado na Justiça do Trabalho tem sido reconhecida diante do caráter social do instituto, que se acentua diante da omissão estatal em propiciar a assistência judiciária gratuita em prol do jurisdicionado trabalhista.

O *jus postulandi* das partes está sedimentado na cultura jurídica brasileira, mas não pode se converter em único instrumento viável de acesso à justiça dos hipossuficientes econômicos, sob pena de subversão da finalidade social do instituto, fazendo-o funcionar como instrumento de exclusão e aviltamento dos direitos trabalhistas, fundamentais em sua essência. Deve haver a real opção para o jurisdicionado de se fazer acompanhar por defensor público, o que lhe propiciará reais chances de sair vencedor da demanda, em razão do preparo técnico do profissional jurídico.

No Judiciário Trabalhista, conforme demonstrado no decorrer deste trabalho, não existe assistência judiciária gratuita. O obreiro e o empregador podem exercer o *jus postulandi* pessoalmente, ou então, contratar um advogado, nos casos onde não há possibilidade de assistência jurídica pelo sindicato da categoria. A contratação de um advogado, normalmente vinculado a um contrato de risco à razão de 20% (vinte por cento) do valor da causa, onera excessivamente o obreiro. Este, fragilizado pela sua hipossuficiência econômica, pelo desemprego, pelo temor de perder boa referência que lhe garantirá um novo posto de trabalho e por não poder aguardar o desenrolar do processo pela natureza alimentar das verbas pleiteadas, tem grandes chances de fazer um acordo.

A capacidade de postular em juízo sem a obrigatória intervenção de advogado, na Justiça do Trabalho, não pode servir de instrumento de coação a realização de acordos. Tampouco pode ser utilizada como via indireta de flexibilizar direitos em prejuízo do empregado, parte notoriamente hipossuficiente na relação de emprego.

O acordo firmado em razão dos motivos supracitados não beneficiará o obreiro. Acaso esteja acompanhado de advogado, o obreiro receberá apenas parte das parcelas pleiteadas, em razão do acordo, e ainda terá que descontar o percentual acordado a título de honorários advocatícios. Ou então, no caso de estar desacompanhado, a parte *ex adversa* ofertará acordo ainda mais desvantajoso ao obreiro, por entender que além das fragilidades apontadas, não há profissional que o advirta que a proposta oferecida pelo ex-empregador é demasiadamente inferior aos direitos que faz *jus*.

A insuficiência de recursos do Estado não pode ser fundamento para a negativa de tutela jurisdicional justa, obtida através do respeito ao devido processo legal e o efetivo acesso à justiça. Estes alcançados através da assistência judiciária gratuita como opção volitiva do jurisdicionado.

Ao estabelecer os direitos sociais o legislador constitucional o fez optando por um projeto de emancipação do cidadão hipossuficiente. A finalidade da inclusão destes direitos na Constituição foi proteger o cidadão da mercantilização destes mesmos direitos, evitando a exclusão social. Em razão disto, por se tratarem àqueles de direitos fundamentais não pode haver omissão estatal em assegurar a concretização dos mesmos, sob pena de sacrifício da cidadania, fundamento da República Federativa do Brasil.

Enquanto não houver uma efetiva assistência judiciária gratuita, será o *jus postulandi* das partes mero paliativo ou placebo jurídico, destinado apenas a enganar e a propiciar falsa noção de cidadania. Não se pode olvidar, entretanto, que o placebo ministrado ao doente pode fazer agravar o seu mal, ou até mesmo ceifar-lhe a vida. Destino o qual os direitos fundamentais não podem experimentar, sob pena de subversão do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal, ao garantir ao cidadão o direito de ação, a inafastabilidade do poder jurisdicional, o direito de petição, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a assistência judiciária gratuita e o acesso à justiça, o fez visando proporcionar ao jurisdicionado o máximo de eficácia e efetividade na prestação da justiça. Estes direitos fundamentais, porém, somente serão assegurados se houver real opção entre o *jus postulandi* das próprias partes ou a assistência judiciária gratuita.

Isto, evidentemente, até o dia em que o Estado brasileiro resolver concretizar, em toda sua extensão e teleologia, o disposto pelo artigo 134 da Constituição

também para a esfera trabalhista: ou seja, através da instituição da Defensoria Pública capaz de assegurar, também neste âmbito, a assistência judiciária gratuita que é elemento central e indispensável à concretização do direito fundamental dos trabalhadores brasileiros de acesso à justiça e a uma tutela jurisdicional efetiva, como lhes é constitucionalmente prometido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso Prático de Processo do Trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

ALMEIDA, Gregório Asssagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Isis. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 1993.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Limitações à aplicação do princípio da proteção no direito do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2137>>. Acesso em: 04 set. 2006.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade**. São Paulo: LTR, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Organização dos textos realizada por Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari e Melchíades Rodrigues Martins. 33. Ed. São Paulo: LTr, 2006. 804 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 16 de out. 2005.

BRASIL. Lei 1.060/50. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de fev. 1950.

BRASIL. Lei 10.259/01. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de Jul. 2001.

BRASIL. Lei 5.584/70. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da [Consolidação das Leis do Trabalho](#), disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 de jun. 1970.

BRASIL. Lei 7.510/86. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, com as alterações posteriores, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 de jul, 1986.

BRASIL. Lei 8.906/94. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de jul. de 1994.

BRASIL. Lei 9.099/95. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 de set. 1995.

BRASIL. Lei Complementar n. 88. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de dez. 1996.

CAIRO JÚNIOR, José. **Direito do trabalho**. Vol. I. Salvador: JusPODIVM, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

CHAI, Cassius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental: identidade constitucional e vetos à democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1 ed. São Paulo: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido de Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

CONCEIÇÃO, Daniela Torres. Contratação do trabalho no sistema capitalista: das modalidades de conexão laborativa nos sistemas pré-capitalistas a formula empregatícia do capitalismo. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Coordenadores). **Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.

COSTA, Coqueijo. **Direito Processual do Trabalho**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

COSTA, Priscyla; HAIDAR, Rodrigo. Estatuto da Advocacia. Resultado do julgamento do STF divide advogados. **Consultor Jurídico**, 19 mai. 2006. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/44549,1>. Acesso em: 29 nov. 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios do Direito individual e coletivo do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2004.

DEON, Rodrigo. Os impactos sociais diante do ressurgimento das idéias liberais, e a dignidade da pessoa humana, como limite à flexibilização do Direito do Trabalho. **DireitoNet**, São Paulo, 04 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/14/52/1452/>>. Acesso em: 06 abr. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FONSECA, Vicente José Malheiros da. **Reforma da Execução Trabalhista e outros estudos**. São Paulo: LTr, 1993.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A Reforma do Judiciário II: O Futuro da Justiça do Trabalho. Palestra realizada no II Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, em 28.10.99, Brasília - DF. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol. 1, n. 6, outubro/novembro 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_06/refor_jud2.htm. Acesso em: 19 out. 2006.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Arte Nova, 1977.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 9 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

GIGLIO, Wagner. **Direito Processual do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

GLANZ, Aída. Os direitos sociais e a moderna teoria da Constituição. **Site da Procuradoria Regional da 1ª Região**. Disponível em: <http://www.prt1.mpt.gov.br/AidaArtigoDecisorioTrabalhista.doc>. Acesso em 01 jan. 2007.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. **A aplicação do Princípio Protetor no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

GUERRA, Roberta Freitas. Os desafios do princípio da proteção frente ao novo inciso I do art. 114 da Constituição da República de 1988. In: DELGADO, Maurício Godinho; TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEREIRA, Vanessa dos Reis (Coords.). **Relação de trabalho: fundamentos interpretativos para a nova competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

GUIMARÃES, Hélio de Miranda. A Justiça e os Homens. **Revista de Direito do Trabalho**, número 26, julho-agosto, Ano 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

HAYEK, Friedrich August. **Os fundamentos da liberdade**. Brasília: UnB, 1983.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

HORCAIO, Ivan. **Dicionário Jurídico Referenciado**. São Paulo: Primeira Impressão, 2006.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21 ed. Rio de Janeiro: Koogan, 1986.

IGLESIAS, Francisco. Situação da história econômica do Brasil. **Separata dos anais de história**, n. 2, Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Assis, 1970.

JUCÁ, Francisco Pedro. **A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais**. São Paulo: LTr, 1997.

LAJUGIE, Joseph. **Os sistemas econômicos**. Tradução Geraldo Gerson de Souza. Coleção "Saber Atual". São Paulo: DIFEL, 1974.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Método, 2005.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Princípios de Direito do Trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1997.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Hierarquia das normas: prevalência da Constituição e o princípio da norma mais favorável no Direito do Trabalho. **Síntese**

Trabalhista, Porto Alegre, n. 132, jun. 2000, p. 129-139.

LUÑO, Antônio Henrique Pérez. **Los Derechos fundamentales**. Madri: Tecnos, 1993.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Tomo I, 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentus, 2002.

MALTA, Cristóvão Piragibe Tostes. **Prática do Processo Trabalhista**. 24 edição. São Paulo: LTr, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição**. Comentários à Constituição brasileira. Vol. 1. Barueri: Manole, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo, Atlas, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Uma proposta de caracterização e de taxionomia dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. Tese de doutorado da Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador: Prof. Dr. César Luiz Pasold. Florianópolis (SC), novembro de 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MISES, Ludwig von. **Intervencionismo**. Uma análise econômica. Rio de Janeiro: Instituto Liberal/Expressão e Cultura, 1991.

NANCI, Luciana. Livre e desprotegido. Ausência de advogado nos Juizados prejudica cidadão. **Revista Consultor Jurídico**, 3 de agosto de 2005. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/36798,1>. Acesso em: 15 dez. 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1981.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do trabalho**. 27 ed. São Paulo: LTr, 2001.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Globalização e exclusão social: fenômenos de uma nova crise da modernidade? In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho**. Curitiba: Edibej, 1998.

NASSIF, Elaine. **Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos**. Paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista. São Paulo: LTr, 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente a reserva do possível**. Dissertação de mestrado do Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Orientadora Profa. Dra. Regina Maria Macedo Néri Ferrari, Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2006. 378f. Disponível em: <http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/1884/3084/1/Disserta%3F%3Fo++Ana+Carolina+Lopes+Olsen.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2007.

PIMENTA, José Roberto et al. (Coords). **Direito do Trabalho**: Evolução, crise e perspectiva. São Paulo: LTr, 2004.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo Trabalhista de Conhecimento**. 4 edição. São Paulo: LTr, 1991.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Não a desconstitucionalização dos direitos sociais. **Revista Consultor Jurídico**, 02 de junho de 2000. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/2843/>>. Acesso em 15 abr. 2006.

PITAS, José Severino da Silva. Questões práticas relevantes. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**, Campo Grande, n. 5, 1998, p. 152-153.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**. As origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PROC. Nº TST-CSJT-147/2006-000-90-00.2. Acórdão do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Conselheiro Relator João Oreste Dalazen. Brasília, 22 de setembro de 2006. Disponível em: informatica.jt.gov.br/pls/portal/url/ITEM/22AF098BB7282115E040000A130C26C9. Acesso em 26 dez. 2006.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Que é isto – O Direito do Trabalho? In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Coords). **Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**. São Paulo: Makron Books, 1995.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. Tradução Wagner Giglio. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direito do Trabalho: Temas em Aberto**. São Paulo: LTr, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto

de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: 2004, número 2, p. 121-168.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001, p.08. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2006.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

SILVA, Antônio Álvares da. **Flexibilização das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. A justiça do trabalho em outros países. **Revista Síntese Trabalhista**. Porto Alegre: Síntese, n. 127, jan. 2000, p. 14-17.

SINGER, Paul. **Guia da inflação para o povo**. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

SOARES, L. C. Correa. **E se o capitalismo acabasse?** Ensaio para um sistema sociopolítico que exercita a democracia e recupera a essencialidade humana. Curitiba: Edição do autor, 2001.

SOARES, Evanna. *Jus postulandi* e os honorários de advogado na Justiça do Trabalho à luz do novo estatuto da advocacia. **Site da Procuradoria do Trabalho da 22ª Região**, ago. 2004. Disponível em: <http://www.prt22.mpt.gov.br/trabevan20.htm>. Acesso em: 12 nov. 2006.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Honorários advocatícios no processo do trabalho: uma reviravolta imposta também pelo novo Código Civil. **Revista da Escola da Magistratura do Trabalho da 15ª Região**, número 21. Disponível em: http://www.trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev21Art4.pdf. Acesso em 25 dez. 2006.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Justiça do Trabalho: a justiça do trabalhador. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coordenadores). **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTr, 2000.

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 1991.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Sistema dos Recursos Trabalhistas**. 9 Ed. São Paulo: LTr, 1997.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TIRIBA, Lia. **Educação e mundos do trabalho**: retratos da economia popular em Angra dos Reis. Universidade Federal Fluminense (UFF), 2003.

TOFLER, Alvin. **Previsões e premissas**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1983.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PROC: RO - [00933-2003-108-03-00-0](#). 1ª turma. Relator Maurício José Godinho Delgado. Publicado no Diário de Justiça de Minas Gerais em 28-11-2003, p. 05.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. PROC: RO - [00343-2004-054-03-00-1](#), Segunda Turma, Juiz Relator Bolívar Viegas Peixoto. Publicado no Diário de Justiça de Minas Gerais em 31-08-2005, p.11.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PROC. 747761. SD1. Ministro Relator João Batista Brito Pereira. Publicado no Diário de Justiça de 10-05-2002.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PROC: 664801. Ministro Relator João Oreste Dalazen. SD2. Publicado no Diário de Justiça em 14-06-2002.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PROC. 509744. 4ª Turma. Ministro Relator Milton de Moura França. Publicado no Diário de Justiça em 16-11-2001, p. 600.

VIANA, Márcio Túlio. Crise do capitalismo e do trabalho e reflexos da crise no Direito do Trabalho. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Coordenadores). **Direito do Trabalho**: Evolução, Crise, Perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**: Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coordenadora). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.