

MARCIO RIBEIRO GONÇALVES HERNANDES

MESTRADO EM DIREITO

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFIEO / OSASCO

2009

MARCIO RIBEIRO GONÇALVES HERNANDES

MESTRADO EM DIREITO

DEVIDO PROCESSO LEGAL:
ANÁLISE CRÍTICA DE SUA APLICAÇÃO NO
PROCESSO DO TRABALHO

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFIEO / OSASCO

2009

MARCIO RIBEIRO GONÇALVES HERNANDES

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO, para obtenção do título de MESTRE EM DIREITO, tendo como área de concentração “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, inserido na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material”, sob orientação do Professor Doutor Domingos Sávio Zainaghi.

OSASCO

2009

Banca examinadora

“O próprio fato de que as ciências naturais tenham se tornado exclusivamente ciências de processos e, em seu último estágio, ciências de processos sem retorno, potencialmente irreversíveis e irremediáveis, indica claramente que, seja qual for o poder mental necessário para desencadeá-los, a capacidade humana responsável por esse poder mental – e única força capaz de realizar tais feitos – não é nenhuma capacidade teórica, não é contemplação nem razão; é a faculdade humana de agir, de iniciar processos novos e sem precedentes, cujo resultado é incerto e imprevisível, quer sejam desencadeados na esfera humana ou no reino da natureza.”

HANNAH ARENDT – A condição humana.

Dedico este trabalho, e o esforço dos meus dias, à minha amada esposa Gislene que acredita no amor e na confiança mútua, neste mundo tão conturbado. Dedico também aos meus filhos Rafael e Mariana, realização de meus sonhos e motivo de minha felicidade, por todo o apoio na realização deste projeto.

Agradeço ao Professor Doutor Domingos Sávio Zainaghi por seu exemplo. Paradigma de Professor e Advogado, grande expositor, soube potencializar com suas aulas o esforço na realização deste trabalho.

Aos Professores do curso de Mestrado em Direito da UNIFIEO, que são um exemplo de didática e modelo da construção do saber, sem exceção.

Aos mestres desta jornada, pelo auxílio, em especial ao Prof.^o Antônio Cláudio da Costa Machado, Prof.^a Márcia Cristina de Souza Alvim, Prof.^a Anna Cândida da Cunha Ferraz e Prof.^o Willis Santiago Guerra Filho, por sua imensa capacidade de nos fazer refletir sobre o Direito e sobre a vida.

Aos meus pais: Santo Gonçalves Hernandes e Maisa Ribeiro Gonçalves Hernandes, pela presença constante, orientação social, e apoio incondicional.

Aos amigos insubstituíveis, pela tolerância, e dos quais pretendo longo convívio, agradeço a ajuda nesta jornada, torço por seu sucesso; aos mestres: Nordson Gonçalves de Carvalho, Rosa Maria Soto Riva, Ivan Rosas Teixeira; da Secretária do curso: Nadja, Silvana, Roberta e Silvia.

RESUMO

Se a Constituição garante o respeito à dignidade da pessoa humana e se parte dela se identifica com o princípio da dignidade do trabalhador e suas discussões no âmbito da Justiça, matéria contemplada pelos direitos sociais, o que se propõe é um pequeno debate sobre a precária situação do devido processo legal no âmbito da Justiça do Trabalho, Instituição que preserva o equilíbrio de forças das classes empregadoras e trabalhadoras, mas que sofre a debilidade de normatização para muitas questões processuais relevantes, diante da ausência de um código processual específico.

A abordagem desta dissertação começa pela formação do Estado de Direito e seus fundamentos, tema que, a princípio parece distante do objetivo central, qual seja, o processo trabalhista e o devido processo legal, mas percebemos que tal abordagem se fez necessária diante da questão do princípio da dignidade humana que, no Estado Democrático de Direito, é alcançado pelas forças das Instituições, pelo ordenamento jurídico, e esta quanto ao processo trabalhista é calcada no Devido Processo Legal, portanto, sem esta questão analisada não encontraríamos caminho para atingir o objetivo inicialmente proposto.

Sob tal enfoque passamos à análise do processo, suas formas na Justiça do Trabalho, a prática; os atos, as audiências, as provas, as partes; possibilitando falar do processo dentro do processo, para chegarmos à terceira parte, que contém uma análise, ou mesmo uma crítica acerca da débil concepção do Devido Processo Legal na perspectiva trabalhista e a carência de um Código Processual do Trabalho que poderia representar segurança e previsibilidade na seara laboral.

É evidente que a proteção jurisdicional, que tem como característica primeira o devido processo legal, este não pode ser dúbio ou controvertido. A dubiedade na aplicação de procedimentos processuais se manifesta na vontade das partes, incluindo o Juiz, pois ao lidarem na prática com o processo, desde o conhecimento das medidas e de sua aplicação, há variações em sua aplicação com a utilização da consolidação das leis trabalhistas ou aplicação do código de processo civil ou mesmo dos procedimentos das leis especiais, como as leis de execuções fiscais; ou seja, todas as leis podem ser aplicadas no processo do trabalho diante da carência de um estatuto processual próprio.

Parece importante reconhecer que a Justiça do Trabalho está ativa e está competentemente organizada, mas esta atual condição não afasta a crítica da imprevisibilidade de muitos procedimentos processuais, portanto há ofensa ao Devido Processo Legal.

O fato é que se ainda não temos uma legislação própria processual trabalhista, existem fontes e princípios do direito material e fontes processuais subsidiárias já experimentadas, capazes de permitir a construção da idéia de elaboração de um Código de Processo do Trabalho, sendo esta justamente a reflexão que se extrai da análise desta relevante questão.

Palavras-chave:

Devido Processo Legal, Direito do Trabalho, processo trabalhista

ABSTRACT

If the Constitution guarantees respect for human dignity and part of it is identified with the principle of dignity of workers and their discussions in the Justice area covered by social rights, which is proposed is a small debate about the precarious situation due process under the Labor Law, an institution that preserves the balance of class forces employers and workers, but suffers from weak normalization for many procedural issues relevant in the continued absence of a specific procedural code.

The approach of this thesis begins with the formation of the rule of law and its grounds, a subject that at first seems far removed from the central goal, namely, the labor process and due process, but we realize that such an approach was needed before the question of principle human dignity that the democratic state, is reached by the forces of the institutions, the legal system, and that on the labor process is rooted in the Due Process of Law, therefore, not examined this issue would not find the way to achieve the goal originally proposed .

Under this approach we start the process analysis, forms in the Labor Court, the practice, acts, hearings, evidence, the parties, allowing the process to speak within the process to get to the third part, which contains an analysis or even critical about the weak conception of due process in view labor and the lack of a Code of Procedure of the Work that could pose security and predictability in the harvest work.

It is clear that the court protection, that features the first due process, this cannot be dubious or controversial. The duplicity in the application of procedural requirements is manifested in the willingness of the parties, including the judge, because in practice when dealing with the process, from the knowledge of the

measures and their implementation, there are variations in implementation with the use of consolidation of labor laws or the code of civil procedure or procedures of special laws, as laws of foreclosures that is, all laws can be applied in the work before the lack of a procedural statute itself.

It seems important to recognize that the Labor Court is active and is competently organized, but the current condition does not preclude criticism of the unpredictability of many procedural requirements, so there is offense to due process.

The fact is that if we don't have a procedural own labor laws, there are sources and principles of substantive and a procedural sources subsidiaries have experienced, able to allow that construction or the idea or drafting a Code of Procedure of Labor which is just a reflection that is extracted from the analysis of this important issue.

Keywords:

Due Process of Law, Labor Law, labor process

SUMÁRIO

Introdução.....	14
1. O ESTADO E O ESTADO DE DIREITO.....	16
1.1 Estado de Direito.....	18
1.2 Separação de Poderes.....	22
1.3 Estado Democrático de Direito.....	25
1.3.1 Conceitos e elementos caracterizadores..	27
1.3.2 Governo, soberania e Poder Político.....	30
1.4 Soberania e Estado Constitucional.....	33
1.5 Da Constituição da República Federativa do Brasil.....	35
1.6 Princípio da Dignidade Humana e o Trabalho...	36
1.7 Das garantias fundamentais.....	41
1.8 Isonomia.....	48
2. DIREITOS SOCIAIS e O DIREITO DO TRABALHO...	53
2.1. Direito do Trabalho Material.....	62
2.2 Direito do Trabalho.....	70
2.2.1 Do direito coletivo do Trabalho.....	74
2.3 Da especialização do Direito do Trabalho.....	76
2.3.1 Direito do Trabalho Material e princípios que norteiam o Direito processual do Trabalho.....	80
3. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.....	83
3.1 Fontes do Direito Processual do Trabalho.....	91
3.2 Acesso à Justiça.....	94
3.3 Poder Judiciário.....	103
3.3.1 Independência.....	104
3.3.1.1. Da responsabilidade da magistratura.....	107
3.4 Poder Judiciário Trabalhista.....	109
4. DEVIDO PROCESSO LEGAL na Justiça do Trabalho	112
4.1 Do processo e da petição inicial.....	116

4.1.1	Características do processo trabalhista...	120
4.1.2	<i>Jus Postulandi</i>	121
4.2	Revelia e confissão.....	124
4.3	Partes e Representação.....	127
4.3.1	Do Juiz.....	130
4.4	Contestação.....	133
4.5	Exceções	136
4.6	Da citação (notificação) conhecimento da lide	138
4.7	Publicidade.....	141
4.8	Da conciliação.....	143
4.9	Das provas.....	147
4.9.1	Da prova ilícita.....	151
4.9.2	Ônus da prova.....	152
4.9.3	Depoimentos pessoais.....	156
4.9.4	Das testemunhas.....	159
4.9.4.1	Da contradita das testemunha... 162	
4.9.5	Documentos.....	164
4.9.5.1	Da admissão de documentos e da argüição de falsidade.....	166
4.9.6	Perícia.....	167
4.9.6.1	Honorários de perito.....	169
4.10	Recursos e direito de decorrer.....	171
4.10.1	Duplo grau de jurisdição.....	174
4.11	Coisas julgada... ..	175
5.	APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC. no Processo do Trabalho.....	179
5.1	AUSÊNCIAS E CARÊNCIAS LEGAIS DE GARANTIAS PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.....	189
6.	CONCLUSÃO.....	194
7.	BIBLIOGRAFIA.....	198

INTRODUÇÃO

No início tratamos do Estado e sua formação; o Estado de Direito e a separação do poderes; a supremacia do Estado Democrático de Direito organizado em torno de uma Constituição, que tem como princípio a dignidade humana e a garantia dos direitos fundamentais; dos Poderes, do Judiciário, do devido processo legal, e dentre as quais se coloca o processo trabalhista.

Se os direitos sociais encontram seu grande eco no direito trabalhista é porque no trabalho que o Homem expressa parte importante de sua dignidade, faz dele fonte de sua subsistência, tudo com amparo no ordenamento jurídico, que tenta preservar o convívio social e preservar pacificadas as relações entre patrões e empregados.

Procuramos desvendar no campo dos direitos sociais o fenômeno jurídico do trabalho, dando-lhe o devido relevo; trazendo a interpretação do direito material do trabalho, e seguindo ao estudo do processo trabalhista, âmbito das questões que se pretende o estudo, sob o foco do devido processo legal e das lacunas existentes na seara trabalhista, quando tivermos que nos concentrar em princípios e generalidades dos princípios dos processos em geral, tal a dificuldade de organizar um conhecimento específico do processo trabalhista.

A proteção jurisdicional, a nosso ver, tem uma lacuna a ser corrigida, qual seja, a carência de um Estatuto Processual do Trabalho, capaz de normatizar procedimentos, fazer uma uniformização de procedimentos, trazer segurança aos jurisdicionados que, carentes desta regulamentação específica, tem encontrado apoio na legislação processual civil e outras, ao arrepio, muita vezes da disciplina – ainda que antiga - expressa na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Parece importante reconhecer que o princípio constitucional do devido processo legal abre várias possibilidades de

estudo, apresenta fontes, esclarece princípios (na sua maioria aplicáveis ao direito material) que devem nortear o direito processual trabalhista, objeto central deste estudo.

Não se nega que na prática as fontes e princípios do direito material são utilizados no direito trabalhista processual, mas de forma aleatória, a cada caso, porque não existe um ordenamento próprio. Decorre daí nossa crítica, pleiteando uma análise do assunto.

Já é uniforme o procedimento material trabalhista, devidamente organizado em princípios e fontes, porque então o Estado não realiza o próximo passo e normatiza um Estatuto Processual no âmbito exclusivo do ramo jurídico do Direito do Trabalho.

1. ESTADO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Hans Kelsen¹ expressa a complexividade de definir Estado:

Devido à variedade de objetos que o termo comumente denota, definir “Estado” torna-se difícil...

... A situação revela-se mais simples quando o Estado é discutido a partir de um ponto de vista puramente jurídico. O Estado, então, é tomado em consideração apenas como um fenômeno jurídico, como uma pessoa jurídica, ou seja, como uma corporação.

O Estado é assim considerado quando um grupo social se organiza de forma política, social e jurídica, ocupando um território delimitado, sendo que esta organização é baseada num ordenamento jurídico escrito e que o poder político é exercido por um Governo. Podemos ainda afirmar que o Estado deve ter sua soberania reconhecida interna e externamente.

Dalmo Dallari² afirma que:

O conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano.

Com vista ao alcance do nosso objetivo, não discutiremos o “estado de natureza” original (em que não haveria nenhuma autoridade política e que seria do interesse de cada indivíduo entrar em acordo com os demais para estabelecer o convívio), nem tampouco as teorias relacionadas ao contrato social (em que os termos de tal contrato entre os indivíduos é que determinaria a forma e alcance do

¹ KELSEN, Hans, **Teoria do Estado**, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 150

² DALLARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 85.

governo estabelecido).

A síntese do conceito de Estado que trataremos é então delimitada por governo, povo e território; reconhecimento e soberania.

Aristóteles³ sobre o tema, observa que:

Evidentemente o Estado está na ordem da natureza e antes do indivíduo; porque, se cada indivíduo isolado não se basta a si mesmo, assim também se dará com as partes em relação ao todo. Ora, aquele que não pode viver em sociedade, ou que de nada precisa por bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um bruto ou um deus. A natureza compele assim todos os homens a se associarem. Àquele que primeiro estabeleceu isso se deve o maior bem; porque se o homem, tendo atingido a sua perfeição, é o mais excelente de todos os animais, também é o pior quando vive isolado, sem leis e sem preconceitos.

O Estado é a reunião dos indivíduos que pretendem a consecução de um fim comum, num pacto, ou como preferem os modernos, no contrato social, que se entabula como deve se formar e executar esse funcionamento, regulando-o pelo Direito.

Como vemos, o que chamamos de Estado nasce da necessidade humana de viver em grupo, e da necessidade do grupo de viver harmonicamente, para isso, estipulam-se regras. O Estado é meio, não é fim.

Vemos neste passo que o Direito esta intimamente ligado ao Estado, e podemos afirmar que lhe é intrínseco e consubstancial, pois o Estado atual é um sistema de normas jurídicas.

³ Aristóteles, **A política**, Os Pensadores, São Paulo, Nova Cultura, 2000, Capítulo I, 11º parágrafo

1.1 ESTADO DE DIREITO

O Estado de direito considerado do ponto de vista jurídico, é um sistema institucional, no qual todos são submetidos ao ordenamento legal, desde o simples indivíduo até o próprio Estado e seus governantes.

O Estado de direito é assim ligado ao respeito da hierarquia das normas, da separação dos poderes e dos direitos fundamentais. É aquele no qual os mandatários políticos (na democracia: os eleitos) são submissos às leis promulgadas.

Gomes Canotilho⁴, ao descrever sua interpretação sobre Estado de Direito afirma que:

Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. 'Estado de não direito' será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.

O Estado de direito não exige que todo o direito seja escrito, pois há exemplos de organização do Estado de Direito fundados nos costumes. Num tal sistema de direito, os mandatários políticos devem respeitar o direito baseado no costume com a mesma consideração que num sistema de direito escrito.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p, 11.

Podemos afirmar que Estado de Direito é uma estrutura estatal em que o poder público é definido, limitado e controlado por uma Constituição. Vemos que há a jurisdicização do poder político.

Neste sentido, destaca-se no Estado de Direito o 'império da lei' que significa que a lei deve ser imposta a todos, inclusive ao próprio Estado; o Estado tem personalidade jurídica e por isso é objeto do Direito que ele próprio produz.

Deve haver separação dos poderes, devendo o Poder Executivo não anular o Poder Legislativo, além do que deve ser acompanhado e julgado pelo Poder Judiciário em seus atos, para assegurar a interdependência dos poderes por meio da aplicação do sistema de freios e contrapesos.

Por fim, devem prevalecer os direitos fundamentais, a princípio apenas individuais, depois os direitos sociais e coletivos e finalmente os difusos, tal como hoje são compreendidos.

No entendimento de Miguel Reale⁵: "Por Estado de Direito entende-se aquele que, constituído livremente com base na lei, regula por esta todas as suas decisões".

Norberto Bobbio⁶, ao analisar e descrever o que é Estado de Direito, faz a distinção da necessidade de limites entre os poderes do Estado e da necessidade de limites das funções do Estado, como vemos:

Enquanto o Estado de direito se contrapõe ao Estado absoluto entendido como *legitibus solutus*, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo: deve-se, então,

⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 37.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 17 - 18.

dizer que o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente.

Destaca ainda que deva haver a repartição de poderes no Estado, capaz de mediar às diversas situações e proteger o cidadão, assim afirma Norberto Bobbio⁷:

Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder. Assim entendido, o Estado de direito reflete a velha doutrina [...] da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*.

Destaca-se, na mesma obra de Norberto Bobbio⁸, que no Estado de Direito houve a positivação do direito natural, e ênfase na defesa dos direitos individuais:

Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às

⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro : Campus, 1992, 1990, p. 18

⁸ Ibid, p. 18 - 19.

leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto em linha de princípio invioláveis.

1.2 Separação de poderes

Percebe-se que as normas e regulamentos necessitam de controle para coexistirem e encontrarem coerência, precisam de aplicação e eficácia, não bastando a submissão de alguns ou de uma parte aos seus desígnios, mas a submissão de todos, inclusive do próprio Estado, para possibilitar a ordem social e por fim, a existência e manutenção do próprio Estado.

Portanto, para que as normas valham, para os representados e para os representantes, se faz necessário a repartição dos poderes do Estado, dividindo os poderes a fim de controlá-los entre si.

Montesquieu⁹ ao narrar a importância e especificidade de cada Poder diz:

Há em cada Estado três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Ao propor a separação de poderes, esperava que “o poder controlaria o poder”. Esta afirmação implica responsabilidade do Estado dentro de sua própria estrutura; incluindo a obrigação de criar e aplicar a Lei, por seus representantes, sendo que o próprio Estado e seus representantes assim como os seus representados estão obrigados ao cumprimento das regras que estipularem.

Afirma Willis Santiago¹⁰ que:

Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado

⁹ MONTEQUIEU, **Do espírito das leis**, São Paulo, Saraiva, 2000, livro XI, capítulo VI

¹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Processo constitucional e direitos fundamentais**, 4ª Ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 24.

Democrático de Direito de harmonização de interesses que situam em três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado, a esfera privada, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a esfera coletiva, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.

Temos no Estado brasileiro a tripla partição do poder, consolidados em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, conforme a nossa Constituição.

Cabe primordialmente, no nosso sistema atual, ao Poder Legislativo, por intermédio dos representantes legalmente constituídos e eleitos diretamente, a obrigação de legislar, criando instrumentos legais capazes de dar sustentação à organização social e estrutura ao próprio Estado enquanto ente regulador do convívio social, submetendo todos as normas impostas aos cidadãos, inclusive cuidando do Direito do próprio Estado e seus membros, dando regras e eficácia ao ordenamento neste sentido.

Também podemos afirmar que o poder do Estado é limitado pela lei, que concede e limita os poderes, permitindo o controle desta limitação pelas sanções, e pelo acesso e ao Poder Judiciário, quando o caso necessite de interpretação, integração ou aplicação.

É tradição brasileira a separação de poderes, desde a primeira constituição república, quando nos libertamos do sistema monárquico, seguindo os modelos ocidentais de Governo.

Leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹ que:

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**, Saraiva, 17ª ed., p. 246.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é enfática, a esse respeito, ao proclamar, no seu artigo 16, que *“toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição.*

1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para Alexandre de Moraes¹² “a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais” é que caracterizam o conceito de Estado Democrático de Direito de nossa Carta Magna.

O Estado Democrático de Direito designa o Estado que, estruturado sob a configuração de separação de poderes, garante o respeito das liberdades civis, assegurando a aplicação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, como regras estipuladas em sua Constituição.

É certo afirmar que Estado Democrático de Direito conjuga conceitos complementares, juntos definem a forma de funcionamento, como; a separação dos poderes, o Estado constitucional, o Estado de legalidade, Estado de Garantia dos Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito.

Na definição exposta de Estado de Direito, implicitamente está definido o Estado Democrático de Direito, vez que normas são criadas, aplicadas e regulamentadas pelo próprio Estado que também se sujeita as normas estabelecidas pelo próprio Estado, através de seus representantes politicamente constituídos.

Assim, o Estado cria as leis que passam a ser eficazes também em relação ao próprio Estado, este adstrito ao cumprimento das regras e dos limites por ele mesmo imposto.

Vemos que se trata de Direito Positivo, com normas regidas e consolidadas em Carta Constitucional, realizada com a

¹² MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000. p, 43.

participação popular direta ou por seus representantes.

Vale dizer que o texto, tal como escrito (Estado Democrático de Direito) adjetiva nossa Constituição Federal desde sua abertura e logo no primeiro artigo.

O aspecto principal do Estado Democrático Constitucional reside na distribuição e nos mecanismos institucionais de controle do poder político, fazendo com que este seja efetivamente submetido aos seus destinatários, ou seja, ao povo.

Segundo José Afonso da Silva¹³, o Estado Democrático caracteriza-se por:

se fundar no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento.

¹³ SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 30, dez. 1988. p, 66.

1.3.1 Conceitos, elementos caracterizadores

É comum a apresentação como sinônimas das palavras: povo, população e nação.

Quanto ao conceito de população, na verdade, trata-se de um conceito demográfico, matemático, derivado da geopolítica, que indica o conjunto de pessoas que habitam certo território numa certa época.

Jorge Miranda¹⁴ diz

o específico da nação encontra-se no domínio do espírito, da cultura, da subjectividade... nação não é qualquer grupo cultural, é *uma comunidade cultural com vocação ou aspiração a comunidade política*.

Por fim, temos que a palavra povo é a palavra afeta ao estudo do Estado, pois define seu sentido a partir de um ponto de vista próprio. O mesmo Jorge Miranda¹⁵ acentua esta multiplicidade de noções:

Há noções de povo que se pretendem só jurídicas: as que remontam às Revoluções americana e francesa e prevalecem nos Estados de Direito de tipo ocidental.

Há noções econômico-sociais de povo: as que se encontram no marxismo e também, antes deste e com finalidade oposta, as que sustentam o sufrágio censitário.

Há noções racistas de povo: em especial, a da Alemanha nacional-socialista.

Há noções ético-históricas ou histórico-orgânicas de povo: as do fascismo italiano e do nacionalismo autoritário.

E há noções religiosas: as do fundamentalismo islâmico.

¹⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 190.

¹⁵ *Ibid*, p. 198.

Várias são as condições de aplicação da palavra povo, mas a que melhor define a utilidade neste trabalho é a feita por Hans Kelsen¹⁶ ao afirmar que povo

é constituído pela unidade da ordem jurídica válida para os indivíduos cuja conduta é regulamentada pela ordem jurídica nacional, ou seja, é a esfera pessoal de validade dessa ordem.

Sob este prisma, podemos afirmar que povo constitui uma unidade jurídica, não natural, pois assim como o Estado tem apenas um território cuja unidade é jurídica, tem também apenas um povo.

O indivíduo só será considerado pertencente ao povo quando estiver na esfera pessoal de validade de sua ordem jurídica, neste aspecto.

Paulo Bonavides¹⁷ escreve que a palavra povo contém um significado político, jurídico e sociológico, afirmando que trata-se do "quadro humano sufragante, que se politizou".

Para afirmar sua posição sociológica, afirma que povo "é compreendido como toda a continuidade do elemento humano, projetado historicamente no decurso de várias gerações e dotado de valores e aspirações comuns". Vemos que desta maneira a palavra povo redundava na exposição antes feita do conceito de nação.

Podemos concluir que não há povo sem organização política, assim como não há organização política sem povo, pois ambos têm a mesma origem.

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 334.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 74 a 78.

A dimensão humana do Estado é seu povo, como assinala Jorge Miranda¹⁸:

O povo só existe através do Estado, é sempre o povo do Estado em concreto, dependente da organização específica do Estado (e a ela também subjacente). O povo, que nasce com o Estado, não subsiste senão em face da organização e do poder do Estado, de tal sorte que a eliminação de uma ou de outro acarretaria automaticamente o desaparecimento do povo como tal.

Definimos território como sendo uma área sujeita a soberania, à autoridade estatal.

Podemos afirmar que sem território não há Estado, ainda que exista ou não soberania, pois o território dá suporte fático ao surgimento do Estado, derivando daí o conceito de soberania.

Território é, em última análise, a área geográfica do Estado, segundo Hans Kelsen “o âmbito jurídico do Direito é delimitado pelo território do Estado”. Portanto o território tem como princípios fundamentais que:

- a) não existe Estado sem Território;
- b) a perda temporária do território não implica o fim do Estado;
- c) o território estabelece a área da Soberania do Estado,
- d) o território é objeto de Direito por parte do Estado, sobre o qual tem total autonomia.

A dimensão do território está ligada ao exercício pelo Estado de sua Soberania, e são definidos por suas fronteiras, com limites no espaço aéreo, no subsolo e no mar territorial, além das embaixadas, dos navios e das aeronaves.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 183.

1.3.2 Governo, Soberania, Poder Político

Denomina-se Governo o exercício do poder numa sociedade, por alguém ou por todos ou por um grupo definido.

Assim é que pode ser exercido por todos, por representante ou por representantes eleitos, ou pode ser tomado por um ou vários pelo uso da força ou de outros métodos intimidadores.

Cabe ao governo zelar pela segurança do Estado e de seu povo precipuamente. É certo dizer que com o surgimento das cidades exigiu-se a criação de estruturas de governo mais complexas. Dessa necessidade nasceu a política, definida pelos filósofos gregos como "a arte de governar os homens com o seu consentimento".

Para os gregos, existiam apenas três tipos de governo: aquele exercido por um só homem que chamavam de monarquia; o exercido por um pequeno grupo que chamavam de aristocracia; e o governo do povo denominado democracia ou república. Todos eram aceitáveis, desde que tivessem por objetivo o interesse comum. Rudolf Von Jhering¹⁹ afirma que:

Vida humana e vida social são uma e a mesma coisa. A cidade, isto é, a vida urbana, com seus contatos incessantes e com os seus atritos recíprocos, é a mãe de toda a civilização, não só política, da qual o seu nome dá a idéia primária, mas toda e qualquer civilização, intelectual, moral, econômica, artística. O Estado só intervém, por via do seu direito, quando e unicamente onde essa intervenção é absolutamente necessária para preservar certos ataques a ordem que os seus fins traçaram a si próprios.

¹⁹ JHERING, Rudolf Von, **Zweck im Recht - A Evolução do Direito**, 2ª Edição, 1.956, Ed. Progresso p. 90/91

Nesta perspectiva, podemos afirmar que povo, território, e soberania (poder político) ou Direito (ordem jurídica), fazem nascer o Estado, que se manifesta pelo Poder de regular os direitos individuais e coletivos, por meio da lei.

As regras que surgem do Estado conduzem historicamente a humanidade, exercendo função de poder mediador, por uma pessoa ou grupo, que governa este povo.

Assim o Estado nasce da necessidade humana de coexistir e reger esta coexistência e, na concepção moderna, delegando o poder de decisão aos seus membros eleitos, criando regras e fundamentos comuns a toda a comunidade assistida, para criar assim um ambiente pacífico entre os convives dentro de um princípio regulador, moderador das relações humanas, em suas diversas características. Pacificador, capaz de permitir o funcionamento de sua estrutura para o bem comum.

Como governar bem o Estado tem sido objeto de incontáveis estudos durante o curso da História, tudo para o alcance do que se costumou chamar de bem comum. Devemos citar Aristóteles que na obra *A Política*²⁰, no capítulo IX, do 6º livro, 3º parágrafo, já citava:

Mas a mesma definição deverá por força aplicar-se também às qualidades e aos vícios do Estado e do governo, porque o governo é de algum modo a vida do Estado.

Ao falarmos de governo, devemos ainda citar Marco Túlio Cícero, que tentou sintetizar o pensamento de Aristóteles e Platão, aproximando a idéia de Estado do homem e do mundo, pois como vemos na obra de Cícero²¹, livro III, capítulo XVII a afirmação correta

²⁰ ARISTÓTELES, *A política*, Os Pensadores, São Paulo, Nova Cultura, 2000, p. 185

²¹ CÍCERO, *Dos deveres*, p. 133

que:

Por isso nossos antepassados fizeram contestação entre o direito das pessoas e o direito civil. Tudo o que é de direito civil não o é, por isso, do direito das pessoas; mas tudo o que é do direito das pessoas deve ser considerado de direito civil. O nosso direito civil não é senão espectro do verdadeiro direito e da perfeita justiça; mas peçamos a Deus que ao menos possamos seguir esse espectro, pois que é ele representação dos princípios da natureza e da verdade!

Neste sentido, o governo de um povo apresenta um papel relevante na formação do ordenamento, na concretização das regras e possibilita harmonizar a conduta e convivência do Homem em sociedade.

O Estado deve possibilitar a forma pacífica de convivência social, agindo como mediador de forças, equilíbrio de seus pares, uma vez que sua função é reguladora, mesmo que para esta finalidade tenha de agir coercitivamente, sob a égide de um ordenamento.

1.4 Soberania e Estado Constitucional

A soberania está ligada à questão de racionalização jurídica do Poder, no sentido de transformação da capacidade de coerção em poder legítimo.

Vemos que a soberania nasce como uma prerrogativa, ou um poder supremo, tanto frente a instâncias interiores como exteriores.

Esta transformação do Poder de Fato em Poder de Direito é o que caracteriza o Estado Constitucional Moderno.

Norberto Bobbio²² ao elaborar sua teoria sobre soberania discorre sobre as maneiras que esta existe e as classifica com soberania ampla ou soberania estrita.

Ao descrever a soberania ampla, diz que o poder de mando de última instância, numa sociedade política é um poder supremo e está ligado ao poder político, em oposição à soberania ampla, apresenta uma reflexão quanto à soberania em sentido estrito, que nasce no final do Século XVI, junto com o Estado Absoluto, para caracterizar, de forma plena, o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política, modelo do qual abdicamos em favor da soberania ampla.

Diante desta demonstração, podemos afirmar que o povo é o legítimo detentor da soberania, e não o governo ou monarcas, como antes havia acontecido.

O Estado Constitucional Moderno está vinculado a obrigações externas, que se referem aos tratados bilaterais, as convenções multilaterais e mesmo pela existência, reconhecida e consolidada, de uma prática costumeira no âmbito internacional, como

²² BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 6ª ed. Trad. Carmem Varrialle. Brasília: Ed. da UnB, 1994, p. 1179.

afirma Marcio Paulo Cruz²³.

A compatibilidade dos princípios de Soberania do Estado com esta Sociedade Internacional é firmada geralmente com o consentimento do Estado ou Estados, afirma Hans Kelsen²⁴:

em regra geral, pode-se dizer que o tratado não prejudica a soberania, já que, definitivamente, esta limitação se baseia na própria vontade do Estado limitado; mais ainda: em virtude desta limitação, fica assegurada a soberania estatal.

Podemos afirmar que, do mesmo modo que a Sociedade delega aos seus Governantes o Poder, o Estado Constitucional Moderno assume voluntariamente suas obrigações internacionais, do qual se obrigará por sua própria vontade soberana.

²³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2002. 2001, p. 247

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª ed. Ciudad de México: UNAM, 1969. (1969, p. 421)

1.5 Da Constituição da República Federativa do Brasil

Podemos afirmar que o Estado Moderno se funda no modelo ideal do Estado Democrático de Direito e tem na Constituição seu princípio característico.

Constituição, como a brasileira, é arrimada sob o direito positivo, é rígida, e representa o conjunto de normas (regras e princípios) máximas do ordenamento jurídico de um país.

Como visto no item anterior, descrição do Estado Democrático de Direito, as Constituições limitam e regulam o poder, organizam o Estado e definem direitos e garantias fundamentais. Na verdade, a teoria constitucional moderna prega que as Constituições devem observar a positivação dos direitos fundamentais.

No Brasil, destaca-se a imutabilidade dos direitos fundamentais já consagrados, denominados como cláusulas pétreas, previstas no artigo 60 § 4º da Carta Magna.

Como se vê, as cláusulas pétreas brasileiras (núcleo intangível) atingem justamente as condições dos princípios balisares do denominado Estado Democrático de Direito, que tem no Estado por seu Governo a soberania, na separação de poderes sua sustentação, no poder emanado do Povo sua condição precípua

A segurança das Constituições se estabelece pelo controle de constitucionalidade, que inibe a aplicação de uma norma incompatível com texto constitucional ou permitem seu banimento quando uma norma, em tese, violar a Constituição. Todas as demais regras jurídicas que se consolidarem, ou as infraconstitucionais, só entram em vigência se afeta a doutrina e ordenamento da Constituição, pois não podem contrariar as exigências formais impostas pela própria Constituição nem o seu conteúdo.

1.6 Princípio da Dignidade Humana e o Trabalho

Constitui fundamento da República Federativa do Brasil, literalmente expresso nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição, a Dignidade Humana e valores sociais do trabalho, estando este no centro de todas as relações sociais.

Vemos ainda o tratamento da matéria especificamente ditado que se encontra positivado no texto Constitucional, como se lê no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 3º, incisos III e IV, mencionados e mesmo no título da Ordem Econômica e da Ordem Social (art. 170, caput, que se refere à valorização do trabalho humano).

A dignidade humana esta intrinsecamente ligada ao trabalho e todo nosso ordenamento jurídico, seja constitucional, infraconstitucional ou internacional (tratados e convenções internacionais, celebradas no âmbito da ONU e da OIT), denotam a importância do trabalho como condição primeira para a formação social e humanística em observação à norma legal.

A nossa Constituição prestigia os direitos humanos e estes assumem *status* relevante por quanto se encontram elencados expressamente.

Comumente, tem-se que os princípios fundamentais são a base principiológica da atual Carta Magna, e não raras vezes diz-se que é a razão dos demais princípios, pelo que se desrespeitado, feridos ficarão outros valores constitucionais.

Sua importância é revelada ao inaugurar a Constituição Federal²⁵ como fundamento da República, e tendo como fundamentos,

²⁵ Constituição da República Federativa do Brasil

entre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁶ afirma que as regras expressas em nossas normas constitucionais são uma reação ao longo período de ditadura militar:

A nossa Constituição vigente, inclusive (embora não exclusivamente) como manifesta reação ao período autoritário precedente – no que acabou trilhando caminho similar ao percorrido, entre outras ordens constitucionais, pela Lei Fundamental da Alemanha e, posteriormente, pelas Constituições de Portugal e da Espanha – foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. O Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais...

Entende-se que havia necessidade de demonstração pública do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Podemos afirmar que a dignidade da pessoa humana é um valor inalienável e inerente à pessoa.

A análise do princípio da dignidade humana causa debates quanto à sua flexibilização ou sua imutabilidade. Rizzatto

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009. p. 69

Nunes²⁷ afirma que a dignidade é garantida por um princípio, então é absoluta, plena, e não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo, escreve ele:

Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supra princípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

Neste contexto, podemos afirmar que o trabalho, ou melhor, o direito ao trabalho deve ser contemplado como um dos subprodutos do princípio da dignidade humana, dada a dificuldade acadêmica de definir o que é dignidade humana em todas as suas dimensões.

Hannah Arendt²⁸, em sua crítica à Marx, diferenciando trabalho de "labor" na medida em apenas este último visar manter a condição humana da sobrevivência biológica, demonstra que o trabalho forma o homem, forma sua personalidade, suas habilidades, sua vida social, valorizando o lado humano das pessoas e as sociabilizando.

O sentido do trabalho vai muito além da condição econômica e do alimento do Homem, na verdade, é parte integrante da vida da grande maioria das pessoas que do seu trabalho fazem sua existência de forma saudável, com alimentação, saúde e educação garantidas, além da proteção social, vínculo social, estabilidade emocional.

²⁷ NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 46.

²⁸ ARENDT, Hannah, **A condição humana**, fls. 35, RJ, Editora Forense Universitária, 2000 - 10ª ed.

Em oposição, podemos citar a tristeza da escravidão ou do infortúnio da impossibilidade de trabalho.

É certo afirmar que o trabalho traz dignidade ao Homem, tanto na vida pessoal e social, quanto nas próprias e intrínsecas relações do trabalho.

Christiani Marques²⁹ afirma que:

O princípio da dignidade humana busca propiciar melhores condições de vida ao empregado. Na dignidade humana se valoriza o trabalho humano; na igualdade ou não-discriminação se combatem as desigualdades ou permite-se alguma diferença, desde que legítima e justificada.

Outros princípios regulados pela Constituição Federal que tratam da dignidade humana também se relacionam com o trabalho. É o caso, por exemplo, do princípio da igualdade, ou princípio da isonomia.

O artigo 5º *caput* e inciso I, assim como o artigo 7º do texto constitucional, *caput* e incisos XVIII, XIX, XX, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, legitima perfeitamente o artigo 461 da CLT dentre outras normas infraconstitucionais e contemplam a não discriminação e a igualdade como princípio balizador de valores, tratando-se, portanto, objetivamente, de mais um subproduto principiológico da dignidade humana.

Emmanuel Furtado³⁰ esclarece que:

²⁹ MARQUES, Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética**. São Paulo: LTr, 2002. p. 147.

³⁰ FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Preconceito no trabalho e a discriminação por idade**. São Paulo: LTr, 2004. p. 137.

É assente nas modernas Cartas Políticas, no que não difere a nossa, a elevação da parêmia de que todos são iguais perante a lei. É de se entender que tal eleição não implica tão-somente o nivelamento dos cidadãos diante da norma positivada, mas, ainda, que não há que se legiferar em ferida à isonomia.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello³¹ destaca:

Rezam as constituições – e a brasileira estabelece no art. 5º, caput – que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. 2. O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. [...] A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

São os princípios da dignidade humana e da valorização social do trabalho que se irradia sobre todo o sistema das leis trabalhistas e que deveriam irradiar as questões processuais do direito do trabalho.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 9-10.

1.7 Das Garantias Fundamentais

A Constituição Federal de 1988 constituiu a República Federativa do Brasil sob a forma de um Estado Democrático de Direito que tem por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Neste sentido, e sob tais premissas, a Constituição traçou os objetivos fundamentais, capitulados no artigo 3º. O Estado Democrático de Direito, prevê: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição Federal estabelece que o Brasil, em suas relações internacionais, deve reger-se, entre outros princípios, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, solução pacífica dos conflitos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Em sintonia com a doutrina do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição brasileira incorporou todos dos direitos da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, nos seus artigos. 5º a 17, que constituem o capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais dos indivíduos e grupos sociais existentes em uma sociedade plural como a nossa.

Alexandre de Moraes³² sintetiza da seguinte forma essas características dos direitos humanos fundamentais:

- a) imprescritibilidade: os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo;
- b) inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- c) universalidade: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;
- d) efetividade: a atuação do Poder Público deve ser para garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;
- e) interdependência: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do habeas corpus, bem como prever a prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;
- f) complementaridade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.

Podemos afirmar que a Constituição Brasileira, enquanto, *lex superior*, qualificada por sua supremacia, erige-se como parâmetro de validez das demais normas jurídicas do sistema, inexistindo, portanto, como já asseverava em frase célebre o jurista Rui Barbosa, cláusulas ociosas, com mero valor de conselhos, avisos ou lições.

³² MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p. 42 - 43

Na lição de Miguel Reale³³:

Nossa Constituição contempla o Homem, dá-lhe a atenção devida e ao permitir seus direitos reconhece que é na vida social, que ele, homem, não se confunde com a vida do Estado, além de provocar um "deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade.

Os direitos dos homens são direitos inatos e anteriores ao Estado. As imposições criam limites à atividade estatal que deve pois se abster, o quanto possível, de se intrometer na vida social.

A dignidade, como leciona Jorge Miranda³⁴, pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

É certo que a proclamação do valor distinto da pessoa humana tem como consequência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem. A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a "fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais", a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, o "valor que atrai a realização dos direitos fundamentais".

A manifestação expressa na Constituição dos direitos fundamentais cumpre funções estruturais, são por assim dizer *conditio sine qua non* do Estado Constitucional.

³³ REALE, Miguel **Filosofia do Direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996 p. 4.

³⁴ MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, p. 168/169

Canotilho³⁵ assevera por fim "que a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais".

Como os princípios são considerados "mandamentos nucleares de um sistema", ou "ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas", e neles se expressam os valores constitucionais, os nossos constituintes criaram as chamadas normas-princípios, que constituem os preceitos básicos da organização constitucional.

O núcleo básico de direitos fundamentais previstos em nosso ordenamento constitucional é integrado também por outros direitos e garantias fundamentais expressos em tratados internacionais.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana, e também o trabalho humano, são valores essenciais que dão unidade e sentido à Constituição Federal.

Sartori³⁶ diz que o trabalho é indissociável do ser humano:

é um bem do homem, porque, mediante o trabalho, o homem não somente transforma a natureza, adaptando-a as suas próprias necessidades, mas se realiza a si mesmo como homem e em certo sentido se torna mais homem.

O trabalho constitui o fundamento sobre o qual se edifica a vida familiar. É o trabalho que torna possível a fundação de uma família, uma vez que a família exige os meios de subsistência que o homem obtém normalmente mediante o trabalho.

Percebe-se pela leitura que o trabalho dignifica o homem;

³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Coimbra Editora, 2a. edição, 1984, p. 505.

³⁶ SARTORI, Luís Maria A.(org). **Encíclicas papais do Papa João Paulo II: o profeta do ano 2000**. São Paulo, LTr, 1999, p. 116.

a virtude do trabalho como aptidão moral é algo que faculta ao homem tornar-se bom. O trabalho confere dignidade ao Homem, que torna-se o ser social.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem como princípio fundamental de direito internacional laboral de que *o trabalho não é mercadoria*, tudo na finalidade de proteção do trabalho contra as vicissitudes do mercado de trabalho.

Pode-se afirmar, sob esta ótica que, o trabalho não deve ser visto como um produto de mercantilização puramente capitalista, mas por sua esfera moral e ética, de preservação da dignidade do Homem.

Temos que dentre as garantias fundamentais, a valorização do trabalho, na livre iniciativa, está regida pela Constituição, observados os princípios da função social da propriedade e da busca do pleno emprego. O capítulo da ordem social (artigo 193) tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça social.

O sistema de direitos fundamentais constitui núcleo básico do ordenamento e funciona como critério de interpretação. Enquanto direitos positivados, são metas e objetivos a serem alcançados pelo Estado Democrático de Direito, mas constituem sistema de direitos fundamentais consolidado, alcança portanto todas as esferas do Poder Público; executivo, legislativo e judiciário.

Podemos afirmar que cabe a todas as esferas de atuação, com seu papel determinado e traçado pela própria Constituição, a busca da realização dos objetivos constitucionais.

Segundo a doutrina de Ana Paula Barcellos³⁷:

“A dificuldade maior surge quando os direitos sociais nascem sob a forma de princípios — como o *princípio da dignidade da pessoa humana* ou o da *valorização do trabalho*. Isso porque tais normas não expressam, de forma clara e precisa, o efeito que pretendem produzir ou as condutas que se podem exigir de seu destinatário. Em consequência disso, e sem esquecer a tradição altamente positivista que caracteriza a tradição jurídica brasileira, tudo que se lhes reconhece em termos de eficácia jurídica (de acordo com o estágio atual da doutrina) é: i) a eficácia interpretativa e (ii) a eficácia negativa.

A eficácia interpretativa significa que os princípios e as normas programáticas constitucionais vão orientar a interpretação das normas em geral, inclusive das demais normas constitucionais, de modo que o intérprete encontra-se obrigado a optar, dentre as possíveis exegeses, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente. (...)

A eficácia negativa, por sua vez, associa ao princípio ou à norma programática a consequência pela qual serão considerados inválidos – ou revogados, caso anteriores à promulgação da Constituição – todas as normas ou atos que o contravenham. Os dois aspectos complementam-se nos casos extremos, uma vez que, se não é possível interpretar o ato ou a norma de forma a compatibilizá-los com o princípio constitucional, passa a operar a eficácia negativa para excluí-los do mundo jurídico.

Um desdobramento da eficácia negativa, que se encontra em desenvolvimento na doutrina hoje, é a chamada *vedação do retrocesso*. Essa modalidade de eficácia jurídica pressupõe que os princípios constitucionais que cuidam de direitos fundamentais são concretizados

³⁷ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

através de normas infraconstitucionais, isto é, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária. Além disso, pressupõe também, com base no direito constitucional em vigor, que um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos em questão.

Partindo desses pressupostos, o que a eficácia vedativa do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é, a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando revoga-se uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar.

1.8 Isonomia

Devemos afirmar que o tratamento isonômico é que dá Luz as questões de dignidade humana. Na obra de Rousseau³⁸ vemos a importância da isonomia:

As distinções políticas levam necessariamente às distinções civis. Crescendo a desigualdade entre o povo e seus chefes, faz-se ela logo sentir entre os particulares e nesse meio se modifica de inúmeras maneiras segundo as paixões, os talentos e as ocorrências. O magistrado não poderia usurpar um poder ilegítimo sem engendrar criaturas às quais é forçado a dar certa parte dele. Aliás, os cidadãos só se deixam oprimir quando, levados por uma ambição cega e olhando mais abaixo do que acima de si mesmos, a dominação torna-se-lhes mais cara do que a independência e quando consentem em carregar grilhões para por sua vez poder aplicá-los. É muito difícil reduzir à obediência aquele que não procura comandar e o político mais esperto não conseguiria submeter homens que só desejassem ser livres. Mas a desigualdade se expande, sem dificuldade, entre almas ambiciosas e covardes, sempre prontas a correr os riscos da fortuna e a quase indiferentemente dominar ou servir, conforme lhes seja a fortuna favorável ou contrária.

A Constituição Federal tem como premissa máxima a isonomia como meio de equilíbrio nesta sociedade tão eclética; filosófica e teológica, racial e moralmente, prescrevendo como clausula pétrea, em seu artigo 5º *caput* e demais manifestação constitucionais e infraconstitucionais que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do

³⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**, Segunda Parte, Os pensadores, Ed. Nova Abril, p. 110

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...

O sentimento de igualdade da sociedade hodierna pugna pelo tratamento justo inclusive quanto às normas legais que garantem a remuneração idêntica aos que exercem trabalho de igual valor.

A questão de isonomia esta intimamente ligada à questão da Justiça, contando, inclusive, com intervenções estatais no sentido de diminuir as desigualdades sociais.

Nos primórdios, é verificável que as sociedades gregas e romanas apresentavam desigualdades que não se dissiparam nem mesmo com o pensamento filosófico de Platão e Cícero, respectivamente. Os privilégios eram aceitos normalmente e a existência da escravidão dos Homens não era contestada.

Havia legitimação pelos Poderes da diferenciação em castas, considerações especiais entre ricos e pobres, e não se preocupava em igualar os desiguais, mas sim em tornar jurídica a desigualdade. A verdade é que pouco se fez nos povos antigos para desencadear o processo de igualação das pessoas, uma vez que a desigualdade era legítima.

Segundo Silva³⁹:

Não obstante, na Grécia Antiga, Aristóteles havia vinculado a idéia de igualdade à idéia de justiça, embora houvesse vislumbrado somente uma igualdade-justiça relativa, que dá a cada um o seu. Nesse sentido, como notou Chomé, a igualdade aristotélica seria impensável (diga-se injusta) sem uma desigualdade suplementar, que somente seria satisfeita se o legislador tratasse de

³⁹ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11 ed., São Paulo : Malheiros, 1996, p. 208.

maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais.

O período crítico da desigualdade é justamente a Idade Média e o início do processo industrial, haja vista que a sociedade cada vez mais enrijecia as diferenças e, da mesma forma, o pensamento filosófico as legitimava.

A isonomia foi um avanço social fundado na necessidade exigida pelas transformações sociais, o que nos trouxe ao Estado Moderno, como comenta Silva⁴⁰:

É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e as distorções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.

Diz Mascaro Nascimento⁴¹ que:

... observe-se que o salário, na economia liberal do século XIX, era considerado como o preço de uma mercadoria, sendo estabelecido segundo a lei da oferta e da procura, sem controle algum por parte do Estado, *laissez faire, laissez passer*. Em decorrência dessa liberdade salarial irrestrita, surgiram injustiças entre os salários pagos aos homens que executavam os mesmos serviços, ademais da remuneração bastante inferior do

⁴⁰ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11 ed., São Paulo : Malheiros, 1996.

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 29 ed. rev. São Paulo : LTr, 2003, p. 398.

trabalho feminino.

Com o passar do tempo, esse quadro de desigualdades e injustiças salariais deu azo a reivindicações que levaram os trabalhadores às ruas, em busca da igualdade salarial. Assim, no ano de 1.919, o Tratado de Versailles passou a consagrar, dentre outros, o princípio de "salário igual, sem distinção de sexo, para trabalhos de igual valor". Outrossim, internacionalmente, em 1.948, a Carta das Nações Unidas e, em 1.951, a Convenção nº100 da Organização Internacional do Trabalho ("OIT"), garantiram o direito à isonomia salarial entre homens e mulheres por trabalho de igual valor.

Nas relações processuais, partindo do princípio da igualdade, devemos observar que as partes devem gozar de iguais condições quanto à matéria que objetivam, sendo certo que a aplicação de normas deve prever proporcionalmente o atendimento de ambas as partes da relação processual.

A questão processual neste ponto se funde com a questão material do próprio direito do trabalho, vemos a necessidade de acesso do trabalhador à Justiça como forma de equilíbrio, uma vez que o Capital traz manifesto desequilíbrio entre as partes litigantes, num processo judicial.

Preciosas palavras de Domingos Zainaghi⁴² demonstram que:

Antes do século XIX, o que se convencionou chamar de questão social não ocupava as discussões nos meios políticos e jurídicos. Os efeitos do capitalismo e da industrialização neste século precarizavam com grande intensidade as condições de vida dos trabalhadores e dos

⁴² ZAINAGHI, Domingos Sávio, artigo, Direitos na Constituição de 1988 *in* **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**, org. Eduardo C. B. Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz, Ed. Edifício, p. 243

mais pobres em geral, inclusive os artesões que não podiam competir com a indústria. O problema social surge, portanto, em razão do desnível abissal entre as classes sociais.

Resta patente que é somente pelo Estado organizado, pelo Direito, pela Lei, que se extingue as desigualdades.

2. DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO DO TRABALHO

Os Direitos Sociais estão no âmbito da Constituição Federal dentre àqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos.

Os Direitos Sociais da Constituição Federal brasileira estão estabelecidos, em parte, no artigo 6º da CF/88:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Seu conceito é muito amplo, uma vez que os Direitos Sociais, além do trabalho, incluem-se a educação, a saúde, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados e outros direitos estabelecidos, diga-se de passagem, conforme o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, e fraternidade.

A liberdade representa um sentido negativo, designando, forma geral, o afastamento do Estado de suas atribuições, a não ser a manutenção da ordem (Poder de Polícia), o que a doutrina denominou de direitos de 1º geração.

Já os direitos de terceira geração envolvem um sentido de solidariedade, de justiça social.

Então a matéria de nosso estudo, os direitos sociais denominados direitos sociais de segunda geração, são aqueles que dizem respeito ao cidadão exigir do Estado uma prestação positiva, possibilitando os recursos devidos à satisfação de direitos econômicos,

culturais, e sociais.

Há quem defenda, ainda, a existência de direitos de 4ª geração, em que a preocupação, o foco, não é mais propriamente a vida, mas a qualidade de vida, a ordenação e a disciplina do espaço físico e do meio ambiente.

Informa a própria Constituição Federal um rol de Direitos Sociais a serem considerados, e encontram-se inseridos no Título II da CF/88, no rol dos direitos e garantias fundamentais, dentro do espírito de valorização da dignidade da pessoa humana e efetivação dos valores sociais, em atendimento aos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos III e IV).

Vale dizer que tal enumeração não é fechada, exaustiva (*numerus clausus*), afinal, como dispõe o art. 5º, §2º, da Constituição:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Neste aspecto, os Direitos Sociais exigem do Estado, por suas políticas públicas, ênfase do ordenamento jurídico para criar possibilidades e intervenções pontuais no âmbito da ordem social segundo critérios de justiça distributiva.

Os Direitos Sociais no aspecto do Direito do Trabalho, destacou-se em consequência da Revolução Industrial, e das condições sociais da época.

Ocorre tudo isto no momento histórico em que o Homem é substituído pela máquina, tendo como consequência, desemprego em massa, cinturões de miséria e grande excedente de mão-de-obra.

Diante deste quadro degradante das massas, e da evidente desigualdade social, floresce a necessidade da intervenção do Estado na proteção ao trabalho, ao direito à saúde, à vida em última instância.

A encíclica Papal *Rerum Novarum*⁴³ de 1891, já denunciava as obrigações de empregados e empregadores, sob os seguintes fundamentos:

Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do cristão. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objeto de vergonha, faz honra ao homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços. O cristianismo, além disso, prescreve que se tenham em consideração os interesses espirituais do operário e o bem da sua alma. Aos patrões compete velar para que a isto seja dada plena satisfação, que o operário, não seja entregue à sedução e às solicitações corruptoras, que nada venha enfraquecer o espírito de família, nem os hábitos de economia. Proíbe também aos patrões que imponham aos seus subordinados um trabalho superior às suas forças ou em desarmonia com a sua idade ou o seu sexo.

Mas entre os deveres principais do patrão, é necessário colocar, em primeiro lugar, o de dar a cada um o salário que convém. Certamente, para fixar a justa medida do salário, há numerosos pontos de vista a considerar. Duma maneira geral, recordem-se o rico e o patrão de

⁴³ Papa Leão XIII, **Encíclica Rerum Novarum**, 1891

que explorar a pobreza e a miséria, e especular com a indigência, são coisas igualmente reprovadas pelas leis divinas e humanas; que cometeria um crime de clamar vingança ao céu quem defraudasse a qualquer pessoa no preço dos seus labores: "Eis que o salário, que tendes extorquido por fraude aos vossos operários, clama contra vós; e o seu clamor subiu até os ouvidos dos Deus dos Exércitos" (Tg 5, 4).

O Papa Leão XIII, no que se refere as condições do Trabalho, na mesma encíclica, trata do assunto pretendendo a proteção da mulher e das crianças, além de comentar as observações sobre a preservação da integridade física e psíquica do trabalho, afirmando que:

Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso de fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem, restrita como a sua natureza, tem limites que se não podem ultrapassar. O exercício e o uso aperfeiçoam-na, mas é preciso de que quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que o as forças permitem. Assim, o número de horas do trabalho diário não deve exceder a força dos trabalhadores, e a quantidade do repouso deve ser proporcionada à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários. O trabalho, por exemplo, de extrair pedra, ferro, chumbo, e outros materiais escondidos, debaixo da terra, sendo mais pesado e nocivo à saúde deve ser compensado, com uma duração mais curta. Deve-se também às estações, porque não poucas vezes um trabalho, que facilmente se suportaria numa estação, noutra é de fato insuportável ou somente se vence com dificuldade.

Enfim, o que um homem válido e na força da idade pode

fazer, não será eqüitativo exigir-lo duma mulher ou duma criança. Especialmente a infância, - e isto deve ser estritamente observado, - não deve entrar na oficina senão quando a sua idade tenha suficientemente desenvolvido nela as forças físicas, intelectuais e morais; do contrário, como uma planta ainda tenra, ver-se-á murchar com demasiado precoce, e dar-se-á cabo da sua educação. Trabalhos há também que não se adaptam tanto à mulher, a qual a natureza destina de preferência aos arranjos domésticos, que, por outro lado salvaguardam admiravelmente a honestidade do sexo, e correspondem melhor, pela sua natureza, ao que pede a boa educação dos filhos e a prosperidade da família.

Outras manifestações referente às condições de trabalho, independentemente de seu conteúdo político, são historicamente narradas por documentos imprescindíveis, tais como o Manifesto de Karl Marx e Friedrich Engels sob título Manifesto do Partido Comunista⁴⁴ para demonstrar o pleito que se ergueu para aplicação de novas políticas de justiça distributiva, fundamento dos Direitos Sociais, como se vê:

O crescente emprego de máquinas e a divisão do trabalho, despojando o trabalho do operário de seu caráter autônomo, tiraram-lhe todo atrativo. O produtor passa a um simples apêndice da máquina e só se requer dele a operação mais simples, mais monótona; mais fácil de apreender. Desse modo, o custo do operário se reduz, quase exclusivamente, aos meios de manutenção que lhe são necessários para viver e procriar. Ora, o preço do trabalho, como de toda mercadoria, é igual ao custo de sua produção. Portanto, à medida que aumenta o caráter enfadonho do trabalho, decrescem os salários. Quanto mais se desenvolvem o maquinismo e a divisão do trabalho, mais aumenta a quantidade de trabalho, quer

⁴⁴ Karl Marx e Friedrich Engels, **Manifesto do Partido Comunista**, 1848

pelo prolongamento das horas, quer pelo aumento do trabalho exigido em um tempo determinado, pela aceleração do movimento das máquinas etc. A indústria moderna transformou a pequena oficina do antigo mestre da corporação patriarcal na grande fábrica do industrial capitalista. Massas de operários, amontoadas na fábrica, são organizadas militarmente. Como soldados da indústria, estão sob a vigilância de uma hierarquia completa de oficiais e suboficiais. Não são somente escravos da classe burguesa, do Estado burguês, mas também diariamente, a cada hora, escravos da máquina, do contramestre e, sobretudo, do dono da fábrica. Esse despotismo é tanto mais mesquinho, odioso e exasperador quanto maior é a franqueza com que proclama ter no lucro seu objetivo exclusivo.

Quanto menos habilidade e força o trabalho exige, isto é, quanto mais a indústria moderna progride, tanto mais o trabalho dos homens é suplantado pelo das mulheres e crianças. As diferenças de idade e de sexo não tem mais importância social para a classe operária. Não há senão instrumentos de trabalho, cujo preço varia segundo a idade e o sexo.

Depois de sofrer a exploração do fabricante e de receber seu salário em dinheiro, o operário torna-se presa de outros membros da burguesia, do proprietário, do varejista, do usuário etc...

Vemos que a Declaração de Direitos da Constituição Francesa, de 04.11.1848, esboçou uma ampliação dos direitos humanos fundamentais, que seria, posteriormente, definitiva nos diplomas constitucionais do Século XX. Seu artigo 13, previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados, às crianças abandonadas, aos enfermos e aos velhos sem recursos, cujas famílias não pudessem socorrer.

Seguindo este conceito, outros diplomas constitucionais do Século XX demonstraram expressamente suas preocupações sociais, como se percebe pelos seus principais textos: Constituição Mexicana de 31.01.1917, Constituição de Weimar de 11.08.1919, Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 17.01.1918, seguida pela primeira Constituição Soviética (Lei Fundamental) de 10.07.1918 e ainda Carta do Trabalho, editada pelo Estado fascista italiano de 21.04.1927.

A Constituição mexicana de 1917 garante direitos individuais com fortes tendências sociais, como ênfase aos direitos trabalhistas e a segurança da relação.

A Constituição de Weimar expressou proteção especial do Império em relação ao trabalho, à liberdade de associação para defesa e melhoria das condições de trabalho e de vida, a obrigatoriedade de existência de tempo livre para os empregados e operários poderem exercer seus direitos cívicos e funções públicas gratuitas, garantia de sistema de seguridade social, para conservação da saúde e da capacidade de trabalho, prevenção dos riscos da idade, da invalidez e das vicissitudes da vida.

Com a mesma característica de ampliação dos Direitos Sociais, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, embasada na Revolução de 1917, capítulo II, visava:

suprimir toda a exploração do homem pelo homem, abolir completamente a divisão da sociedade em classes, esmagar implacavelmente todos os exploradores, instaurar a organização socialista da sociedade e fazer triunfar o socialismo em todos os países.

Foi abolido o direito de propriedade privada, sendo que todas as terras passaram a ser propriedade nacional e entregues aos trabalhadores sem qualquer espécie de resgate, na base de uma repartição igualitária em usufruto, nos termos do artigo 1º da citada Lei.

A Lei Fundamental Soviética, de 10.07.1918, proclamou:

a prestação de assistência material e qualquer outra forma de apoio aos operários e aos camponeses mais pobres, a fim de concretizar a igualdade (art. 16), determinando ainda a obrigatoriedade do trabalho (art. 14), com o princípio quem não trabalha não come (art. 18).

Com grande destaque, porque nossos princípios trabalhistas se relacionam com esta, a Carta do Trabalho, de 21.04.1927 do Estado Italiano trouxe um grande avanço em relação aos direitos sociais dos trabalhadores, prevendo, em especial: liberdade sindical, a magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução social.

Concluimos que os direitos sociais, devem formular ampla proteção com prevalência nas garantias da Constituição Federal, assim afirmam Canotilho e Moreira⁴⁵:

a individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado aos de caráter

⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, **Constituição da República portuguesa anotada**, 3ª ed., Coimbra, 1994, p. 361.

peçoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstratos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade.

Afirma Canotilho⁴⁶, ratificando o entendimento, que:

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais é realizado e efetivado através de medidas legislativas ('lei de segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') 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 de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, **Constituição da República portuguesa anotada**, 3ª ed., Coimbra, 1994, p. 21

2.1 Direito do Trabalho Material

Maurício Godinho Delgado⁴⁷ afirma que o Direito Material do Trabalho é

...complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas.

Diante das premissas antecedentes, podemos afirmar que o Direito do Trabalho é o ramo do Direito formado pelo conjunto de regras e princípios jurídicos que protege as relações trabalhistas e, em especial, a relação de emprego, mas também trata da matéria do Direito Coletivo do Trabalho.

Mauro Mascaro Nascimento⁴⁸ ao considerar o Direito Material do Trabalho assevera que "o direito do trabalho tem sido mais vivido do que conceituado...".

Trata-se de especialidade do Direito que trata e regulamenta o comportamento social, modificando os vínculos sociais e jurídicos entre empregados e empregadores, sendo o primeiro caracterizado pelo artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho como a pessoa física que presta serviços de caráter não eventual, com subordinação e mediante pagamento de salário, enquanto que, pelo artigo 2º do mesmo diploma legal, tem-se que empregador é a empresa que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, dirige e assalaria a prestação pessoal de serviço.

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 54.

⁴⁸ NASCIMENTO, Mauro Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

Destaquemos que no Brasil, o Direito do Trabalho por seu caráter protetivo e diante do nosso esquema jurídico de Proteção Social, com ênfase ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) denota-se uma grande preocupação nas relações típicas de trabalho, posto que envolvam o reconhecimento de vínculo de emprego 'com carteira de trabalho assinada', gerador de direitos e obrigações para com o empregador e para com o Estado.

Num sentido lato, e tempos atrás, o trabalho era visto como algo próprio da margem menos favorecida da sociedade, que devia ceder sua força de trabalho em troca de muito pouco ou quase nada. Ocorre que hodiernamente o Trabalho não é considerado como mercadoria, (como assinado pela OIT) e deve, portanto dar à pessoa a oportunidade de inclusão social, o que eleva sua importância perante a sociedade e traz dignidade à sua vida.

A importância do trabalho consolidado como meio de Dignidade da Pessoa Humana e bem jurídico como Direito Fundamental, prevê os valores sociais do trabalho como fundamento da República e consolida inúmeros direitos dos trabalhadores para fundar uma sociedade justa e igualitária.

É através do trabalho que se busca a integração social na comunidade e nas nações, a distribuição de renda, a democracia social.

A Constituição Federal, artigo 7º, afirma:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Conclui-se que da leitura do *caput* do artigo constitucional citado prova que a Lei pode avançar, implementando melhorias, mas nunca retroceder aos consagrados direitos já elencado no citado artigo

7º, propondo melhorias mediante lei ou acordo ou convenções coletivas de trabalho (inciso XXVI).

Podemos dizer assim que o direito material trabalhista, como posto, é considerado como direito humano, tendo especial relevância para o convívio social, daí a necessidade de sua proteção, com atributos da irrenunciabilidade, indisponibilidade e inderrogabilidade, estando assim infensos, seja à autonomia funcional dos Poderes Públicos, seja à autonomia privada dos particulares ou à autonomia privada coletiva das entidades sindicais.

Há consenso da importância da indisponibilidade dos direitos já consagrados e 'consolidados', sendo certo admitir que os juslaboralistas em geral acreditem que o ordenamento trabalhista não pode ser modificado senão para beneficiar o trabalhador, dando ênfase ao passado para demonstrar que se houver modificação dos direitos pode haver conflito de classes, como já ocorreu.

Hoje o Direito Material do Trabalho esta acima da defesa dos modelos políticos; ex. liberais ou comunistas; nem mesmo trata-se da modificação da liberdade dos indivíduos para trabalhar e celebrar contratos (autonomia privada) e interferência nas questões de propriedade privada ou dos meios de produção, pela não intervenção do Estado nos negócios privados, como base do sistema capitalista de produção.

A valorização do trabalho e a preservação do ser humano, que pelo trabalho busca proteger outros valores humanos fora do trabalho e regula o modelo de produção, na perspectiva da construção da justiça social.

É certo, portanto, afirmar que o Direito do Trabalho se integra aos valores fundamentais do Estado que pretende o Bem-Estar Social, obrigando não apenas ao Estado, mas a todos os membros da

sociedade, na medida em que o maior problema social é a ausência de trabalho para todos, pois neste modelo de sociedade, como já ressaltado acima, é do trabalho que as pessoas extraem sua sobrevivência.

No âmbito do Direito Material do Trabalho, vemos a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1988 proclamando os princípios do Direito Internacional do Trabalho:

a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; a abolição efetiva do trabalho infantil; e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Tais princípios internacionais estão capitulados como direitos e obrigações previstos em Convenções pela OIT e assim como as Convenções 87 e 98 — Liberdade Sindical e Negociação Coletiva, as Convenções 29 e 195, Abolição do Trabalho Forçado, as Convenções 138 e 182; Idade Mínima e Abolição das Piores formas de trabalho infantil e as Convenções 100 e 111; Salário igual para trabalho de igual valor e Discriminação em matéria de emprego e ocupação, formam as *core conventions* do Direito Internacional do Trabalho, cuja observação e cumprimento decorrem do simples fato de os Estados membros pertencerem e aderirem à Constituição da OIT.

Podemos afirmar que tais convenções da OIT são o *jus cogens* no âmbito das relações de trabalho. Mesmo àquelas não ratificadas, tem sido observadas pela comunidade internacional e funcionam como moderador social.

É fato que o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos e que tratam de Direito do Trabalho,

e matéria específica que dispõe sobre o direito dos trabalhadores, como àquela que trata da remuneração justa e satisfatória, compatível com a dignidade humana e com o valor do trabalho, assegurando um salário igual para trabalho de igual valor.

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens⁴⁹, assevera que:

Artigo I: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II: Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III: Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo IV: Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Com a mesma influência positiva, manifesta o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁰ dispõe em seu artigo 7º, *in verbis*:

Art. 7º — Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de

⁴⁹ **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

⁵⁰ **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** (1966) Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992

condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) um salário eqüitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; (...) ii) uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto.

Ainda consta que ratificamos o Protocolo Adicional à Convenção Americana (Protocolo de *San Salvador*⁵¹) que estabelece:

artigo 1º. A obrigação de os Estados Partes adotarem as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio de cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo

artigo 2º. A obrigação de adotar disposições de direito interno (medidas legislativas ou de outra natureza), de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições deste Protocolo, que forem necessárias para tornar efetivos esses direitos.

No campo do direito ao trabalho, o *Pacto* dispõe no seu artigo 7º o seguinte:

Condições justas, eqüitativas e satisfatórias de trabalho — Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, eqüitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão, no mínimo, a todos os trabalhadores

⁵¹ **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Adotada em San Salvador, El Salvador, em 17 de Novembro de 1988, no Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral

condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário eqüitativo e igual, sem nenhuma distinção.

Devemos ainda observar o que prescreve o artigo 1º da Convenção da OIT 100⁵² que dispõe que *verbis*:

O termo 'remuneração' abrange o salário ou o vencimento ordinário, de base ou mínimo, e todas as outras regalias pagas direta ou indiretamente, em dinheiro ou em natureza, pelo patrão ao trabalhador em razão do emprego deste último.

Ao Estado cumpre a concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores, assegurando a ordem e garantia mínimas já estabelecidas, decorrente do princípio da dignidade humana e como assegura a legislação por seus instrumentos.

De acordo com os preceitos internacionais e nacional, contempla a Constituição Federal no artigo 7º, inciso IV:

salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V- piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho.

⁵² **Convenção n.º 100 da OIT**, relativa à Igualdade de Remuneração entre a Mão-de-obra Masculina e a Mão-de-obra Feminina em Trabalho de Valor Igual Adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua 34.ª sessão em Genebra na data de 29 de Junho de 1951. Entrada em vigor na ordem internacional: 23 de Maio 1953.

Há ainda no parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal, a autorização aos Estados e o Distrito Federal em legislar sobre questões específicas do salário mínimo, permitindo a melhora desta condição, e com base nesta premissa, foi editada a Lei Complementar 103, de 14.07.2000, que autoriza os Estados e o Distrito Federal a dispor sobre uma questão específica do direito do trabalho, qual seja, a fixação do piso salarial.

Podemos afirmar que o intuito maior do legislador constituinte foi visar o cumprimento das obrigações internacionais e dos objetivos constitucionais do Estado brasileiro, e assim ao autorizar os Estados a fixarem, mediante lei, o piso salarial, buscavam definir sua melhor condição considerando o grau de desenvolvimento sócio-econômico existente no referido Estado tudo na finalidade de construir uma sociedade livre, justa e fraterna, garantir o desenvolvimento nacional e de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais como preceitua a Carta Magna.

2.2 Direito do Trabalho

No âmbito do Direito do Trabalho como Direito Social, a melhor explicação é a de Arnaldo Sussekind⁵³ que formulou a seguinte definição:

Direito do Trabalho é o conjunto de princípios e normas, legais e extralegais, que regem tanto as relações jurídicas individuais e coletivas, oriundas do contrato de trabalho subordinado e, sob certos aspectos, da relação de trabalho profissional autônomo, como diversas questões conexas de índole social, pertinentes ao bem-estar do trabalhador

Ainda segundo Evaristo Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes⁵⁴:

o direito do trabalho é o conjunto de princípios e normas que regulam as relações jurídicas oriundas da prestação de serviço subordinado, e excepcionalmente do autônomo, além de outros aspectos destes últimos como consequência da situação econômico-social das pessoas que o exercem

No mesmo sentido, vemos que Amauri Mascaro Nascimento⁵⁵ afirma:

Direito do trabalho é o ramo da ciência do direito que tem por objeto normas jurídicas que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho, em sua estrutura e atividade.

⁵³ SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 81.

⁵⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. e MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTR, 1995. p. 46.

⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 143.

A definição de Octavio Bueno Magano⁵⁶ enuncia que o Direito do Trabalho é:

o conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais

Para Sergio Pinto Martins⁵⁷:

Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas

O diálogo se faz em relação aos Direitos Sociais tendo o Direito do Trabalho no cerne deste contexto. Sua aplicação, para nosso conteúdo se fixam especificamente ao Direito do Trabalho, levando os pensadores do direito a posicionamentos distintos que podem ser agrupados em três grandes grupos, de acordo com o critério adotado para a construção das definições: subjetivista, objetivista e misto ou complexo.

O pensamento subjetivista enfatiza os sujeitos das relações jurídicas reguladas pelo Direito do Trabalho, ora com especial ênfase ao aspecto da debilidade econômica dos trabalhadores como objetivo principal das normas deste ramo do Direito, e por vezes

⁵⁶ MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. Parte geral, 4ª ed. São Paulo: LTR, 1991. p. 59.

⁵⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de direito do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 17.

colocando a classe trabalhadora como objeto de suas conceituações, tendo como conceito rígido deste trabalhador o empregado no sentido lato daquele empregado registrado e assalariado e excluindo a reflexão das demais formas de prestação de serviço.

Esta conceituação objetivista condiciona as regras legais à proteção dos trabalhadores, diante do poder patronal que é notoriamente reconhecido nesta relação.

Ensina Maurício Godinho Delgado⁵⁸:

Dos três enfoques utilizados para a construção de definições, o menos consistente, do ponto de vista científico, é, sem dúvida, o subjetivista. É que, considerada a relação de emprego como a categoria fundamental sobre que se constrói o Direito do Trabalho, obviamente que o ramo jurídico especializado não irá definir-se, sob o ponto de vista técnico, a partir de qualquer de seus sujeitos, mas a partir de sua categoria fundamental. Por outro lado, o caráter expansionista desse ramo jurídico tem-no feito regular, mesmo que excepcionalmente, relações jurídicas de trabalho que não envolvem exatamente o empregado – o que torna o enfoque subjetivista inábil a apreender todas as relações regidas pelo ramo jurídico em análise.

Ao analisarmos a forma objetivista verificamos que as mesmas também, assim como as subjetivista, não são uniformes. Para alguns, o Direito do Trabalho regula todas as relações de trabalho. Para outros, somente a relação de trabalho subordinado.

A teoria objetivista, segundo a definição de Ives Gandra

⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2003. p. 52-53.

da Silva Martins Filho⁵⁹, é que “O Direito do Trabalho é o ramo do Direito que disciplina as relações de emprego, tanto individuais como coletivas.”

Segundo Amauri Mascaro Nascimento⁶⁰, "há correlação entre os dois ângulos e ambos se confundem, o pessoal e o material."

Sobre o critério misto da definição, os doutrinadores demonstram que este é a fusão dos anteriores aspectos do Direito do Trabalho e faz a combinação dos dois elementos anteriores: o sujeito e a matéria disciplinados pelo Direito do Trabalho.

Ou seja, o Direito do Trabalho pode assim ser definido sob duas perspectivas: como conhecimento humano e como direito objetivo.

Se direito do Trabalho é conhecimento humano, podemos afirmar que esta ciência jurídica tem por objeto de estudo os princípios e normas que regulam as relações de emprego, as relações de trabalho temporário e as relações de trabalho avulso.

Se direito objetivo, no entanto, temos como definição que Direito do Trabalho é o conjunto de princípios e normas que regulam as relações de emprego, as relações de trabalho temporário e as relações de trabalho avulso.

⁵⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 7.

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 140.

2.2.1 Do Direito Coletivo do Trabalho

A Revolução Industrial e os problemas sociais foram os marcos dos direitos dos trabalhadores, marcos da criação dos direitos e da proteção do ser humano que trabalha e passou a receber da legislação trabalhista sua proteção, sendo assim tais fatos as características mais marcante deste ramo do Direito, mas estes fatos não integram sua estrutura essencial.

Destaca-se hodiernamente nas relações trabalhistas os direitos difusos e coletivos nas relações coletivas de trabalho.

Referidas condições coletivas são tratadas atualmente como "Direito Coletivo do Trabalho" ou "Direito Sindical".

As características do Direito do Trabalho concebido no pós-guerra em Versailles, e que tem a relação de trabalho pessoal, subordinado, remunerado e não eventual, chamada "relação de emprego", como categoria básica a partir da qual foram desenvolvidos seus princípios, regras e institutos essenciais, tem seu avanço marcado com a proteção por meio de leis especiais, de duas outras formas de trabalho individual que passaram a integrar o objeto deste ramo do Direito, embora não se confundam com a relação empregatícia: a prestação de serviços de caráter transitório, com intermediação de empresa de trabalho temporário (trabalho temporário), e a prestação de serviços intermitentes, mediante requisição de mão-de-obra a um órgão gestor de mão de obra ou sindicato, que escala trabalhadores cadastrados para os serviços (trabalho avulso).

Maurício Godinho Delgado⁶¹ vê e leciona que esta especialidade de categorias ingressaram no Direito do Trabalho, "não pela natureza de sua relação jurídica particular (que não é

⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2003. p. 58.

empregatícia), porém em decorrência de expressa determinação legal"

Assim, ainda que esta ampliação seja objetiva, podemos afirmar que permanecem excluídas da sua área de abrangência, todas as relações de trabalho não incluídas nas três categorias supramencionadas (relação de emprego, trabalho avulso e trabalho temporário, como o trabalho autônomo, o trabalho eventual, o trabalho prestado por servidores públicos estatutários, o trabalho voluntário, o trabalho afetivo e não remunerado, e por que não citar as condutas humanas ilícitas, entre outras formas de labor humano que não são reguladas pelo Direito do Trabalho.

Uma vez que a doutrina brasileira funde o Direito do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho na mesma espécie de Direito, não dando margem para uma discussão da autonomia do Direito Coletivo do Trabalho, frente ao Direito do Trabalho, não cabe discussão sobre a separação das matérias, e vemos que a matéria sindical como a greve, a negociação coletiva e a própria organização dos sindicatos é tratada todas como matéria do Direito do Trabalho, como demonstra Arnaldo Sussekind⁶²:

há, portanto, no Direito do Trabalho princípios e normas sobre relações individuais de trabalho e direito coletivo do trabalho, abrangendo este último a organização sindical, a negociação coletiva e a greve.

⁶² SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 83.

2.3 Da Especialização do Direito do Trabalho

Citando um exemplo, podemos dizer que na França existe um Código de Trabalho, sendo que no Brasil existe Legislação Trabalhista em várias formas e regulamentos; desde a Constituição Federal no seu preâmbulo, e noutras de forma muita esparsa, como no Primeiro Título que trata dos comandos dos Princípios Fundamentais, no Segundo Título que regula os Direitos e Garantias Fundamentais, com ênfase no primeiro e segundo capítulos que tratam dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, e Dos Direitos Sociais em especial, podendo ainda citar que compõe a estrutura de nosso ordenamento constitucional quando trata da Proteção ao Princípio da Dignidade Humana, como dito, nos Direitos Sociais, ainda aparece expresso nos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias, e na legislação federal, por suas regulamentações propostas pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, na forma de um estatuto próprio e independente, além da publicação de um grande número de leis esparsas tratando de matéria trabalhista, aplicando-se no que couber extensivamente o código civil, o código de processo civil, a Lei de execuções fiscais e as leis especiais.

O ramo do Direito do Trabalho é especialidade própria, tem autonomia doutrinária e jurisdicional, evidencia-se pela existência de um órgão especializado do Poder Judiciário Nacional que aplica o ramo jurídico em estudo: a Justiça Federal do Trabalho.

Sua autonomia científica e especificidade se revelam pela formulação de institutos e princípios próprios, distintos dos institutos e princípios do Direito Civil e dos demais ramos jurídicos, como o princípio da proteção ao trabalhador, da continuidade dos contratos de trabalho, da irrenunciabilidade de direitos, dentre outros.

Deve ser estudado como especialidade, um ramo jurídico autônomo, pois possui características próprias, que, em seu conjunto, o

diferenciam dos demais ramos do Direito, assim como nos ensina Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes⁶³:

o direito do trabalho é um ramo novo, autônomo, independente, da comum ciência jurídica, e por isso mesmo reveste-se de manifestações próprias, de notas típicas, que bem o singularizam e o destacam em relação às outras espécies do gênero único do direito... Caráter em lógica significa tudo o que faz parte da compreensão total de um determinado objeto. Uns são comuns a mais de um objeto; outros, próprios somente; outros, ainda, essenciais; alguns, puramente acidentais. O que importa fixar é que o conjunto de caracteres constitui o todo, que acaba por apresentar fisionomia própria e individual a um dado objeto. Não se deve citar este ou aquele caráter isolado, e sim a totalidade deles, porque em nenhum outro objeto se apresentarão todos reunidos, na mesma ordem e com a mesma eficácia.

Sua autonomia e especialidade se denotam por suas marcantes características, é parte do Direito, mas possui características próprias que o desassocia das demais matérias, com atributos específicos, citamos o protecionismo, coletivismo, justiça social, distribuição de riqueza.

São características do Direito do Trabalho, segundo Alice Monteiro de Barros⁶⁴ que:

entre as características do Direito do Trabalho, a doutrina nacional aponta: a) a tendência *in fieri*, isto é, à ampliação crescente; b) o fato de ser um direito 'tuitivo', de reivindicação de classe; c) de cunho intervencionista; d) o caráter cosmopolita, isto é, influenciado pelas

⁶³ MORAES FILHO, Evaristo de. e MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTR, 1995. p. 59.

⁶⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005. p. 87.

normas internacionais; e) o fato de os seus institutos jurídicos mais típicos serem de ordem coletiva ou socializante; f) o fato de ser um direito em transição.

O Direito do Trabalho, por sua evolução, tenderá a incluir, em seu âmbito de aplicação, um número cada vez maior de categorias de relações laborais até então excluídas de sua regulamentação, como recentemente aconteceu com a inclusão do texto constitucional da Emenda Constitucional n.º 45 de 08/12/2004, que modificou o 114 da Constituição Federal⁶⁵.

Como Direito autônomo em expansão, e quando se

⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004)

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Acrescentado o inciso pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004)

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Acrescentado o inciso pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004)

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Acrescentado o inciso pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004)

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Acrescentado o inciso pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004)

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Acrescentado o inciso pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004)

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Acrescentado o inciso pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004)

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Acrescentado o inciso pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004)

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Acrescentado o inciso pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004)

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Acrescentado o inciso pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004)

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004)

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004)

limitava a regular as relações de emprego aos dias atuais, seu objeto já foi ampliado para regular o trabalho temporário e o trabalho avulso, e não há sinais de que esta tendência de ampliação objetiva tenha cessado. Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes⁶⁶, expressando pensamento, informam que:

o direito do trabalho cresce, realmente, procurando ampliar o seu conteúdo em três direções bem nítidas: em intensidade, em extensão territorial e em extensão pessoal. Em intensidade, porque aumenta cada vez mais os benefícios em favor dos sujeitos desta legislação; em extensão territorial, porque se estende sempre mais no espaço geográfico, interno ou internacional; em extensão pessoal, de vez que tende a incluir em seu âmbito um número cada vez maior de pessoas, até então ausentes de sua proteção". E Conclui que: "apresenta-se o direito do trabalho, desde a sua origem, dominado por inequívoco espírito cosmopolita. Em que pese as pequenas diferenças locais, criaram a técnica moderna e os meios de comunicação e locomoção os mesmos problemas humanos e sociais por toda parte. A chamada sociedade industrial, com todas as suas conseqüências é a mesma no mundo moderno, com maiores ou menores desenvolvimentos. Com ela instalou-se um estado econômico, de produção e de consumo, mais ou menos uniforme, que somente poderia condicionar uma capa de cultura jurídica também homogênea e uniforme.

Diante da relevância da matéria, também no âmbito internacional o Direito do Trabalho se destaca por sua autonomia enquanto ramo específico do Direito, como vemos na participação da Organização Internacional do Trabalho – OIT na formulação de regras de aplicação universal, regras que, tendem a igualar as condições de trabalho em diversos Estados do mundo.

⁶⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. e MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTR, 1995. p. 60.

2.3.1 Direito Material e princípios que norteiam o Direito Processual Trabalhista

Nas palavras de Godinho⁶⁷ Delgado:

são proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.

São princípios de Direito do Trabalho que devem inspirar o Direito Processual do Trabalho:

- a. Princípio da proteção;
- b. Princípio da Norma mais Favorável;
- c. Princípio da Condição mais Benéfica;
- d. Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas;
- e. Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas;
- f. Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva;
- g. Princípio da Irredutibilidade Salarial;
- h. Princípio da Primazia da Realidade;
- i. Princípio da Continuidade da Relação de Emprego;
- j. Princípio "*in dubio pro operario*".

Por tratar-se de ramo especializado e autônomo das ciências jurídicas que mantém pontos de contato com outros ramos do direito, entre os quais o Direito Previdenciário; o Direito Civil; o Direito Comercial e, destacadamente, o Direito Constitucional, haja vista que além de estabelecer princípios que orientam a estruturação do Direito do Trabalho, traz nos 34 (trinta e quatro) incisos e parágrafo único, de seu art. 7º, o conjunto das garantias mínimas ao trabalhador, podemos afirmar que a construção do Direito Processual do Trabalho deve nortear-se pelos mesmos princípios do Direito Material do Trabalho.

⁶⁷ GODINHO, Mauricio, **Curso de Direito do Trabalho**, 3ª ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 184.

Dentre os institutos do Direito do Trabalho e fontes que deve nortear os jurtrabalhistas e que podemos dizer se apresentam abaixo da Constituição Federal e entre as normas e Leis específicas, inclusive a CLT, estão:

I) O Tratado, denominado acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua designação específica⁶⁸;

II) A Convenção, que é uma espécie de tratado aprovado por entidade internacional;

III) O Regulamento Normativo ou Decreto que equivale à lei, conquanto a ela se subordine, situando-se a distinção entre ambas, primordialmente, na origem de sua edição, no caso, o Poder Executivo, mediante ato do Presidente da República e conforme artigo 84 da C.F./88.

IV) A Sentença Normativa que é o regramento jurídico decorrente de decisão judicial em processos de dissídios coletivos, que tem força de Lei e podem durar o prazo máximo de 04 (quatro) anos conforme artigo 868 § único da CLT.

V) A Convenção Coletiva 'da Categoria', que se refere ao acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho, tudo como preceitua o artigo 611 *caput* da CLT.

VI) O Acordo Coletivo de Trabalho que é o ajustamento entre Sindicatos representativos de categorias profissionais e uma ou mais empresas de condições de trabalho no âmbito das relações de trabalho que, respectivamente a integram. O permissivo para que se

⁶⁸ **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, de 23 de maio de 1969 (conforme definição estabelecida no art. 2º, 1, "a")

firmem os acordos coletivos de trabalho vem do § 1º do artigo 611 da CLT.

VII) A Jurisprudência que pode ser entendida como a reiteração de entendimento na aplicação de determinada norma jurídica, pelos tribunais, a partir do exame de casos concretos apreciados.

VIII) A Eqüidade que é, na definição de Acquaviva⁶⁹: “do latim *aequitas*, (...) funda-se na idéia de igualdade, sendo aplicada para a consecução do justo (...) representa aquele sentido de justiça que, por vezes, separa-se da lei para atender a circunstâncias concretas que se deve levar em consideração; caso contrário cometer-se-á a pior das injustiças.”, tudo como consta no artigo 8º da CLT.

IX) A Analogia: que é definida por Acquaviva⁷⁰ como: “... conceituada como o processo lógico pelo qual o aplicador da lei adapta, a um caso concreto não previsto pelo legislador, norma jurídica que tenha o mesmo fundamento.”

X) Os Costumes que vem do latim *consuetudine*, de *consuetumine*, hábito, uso, ou seja, da prática social reiterada e considerada obrigatória. (...) Da mesma forma que não se confunde com a lei, o costume não se confunde com a jurisprudência, por ser criação da consciência popular.

XI) Os Princípios de Direito do Trabalho, ou seja, do latim *principiu*, significando proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro de um sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável.

⁶⁹ ACQUAVICA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004, p. 565.

⁷⁰ *Ibid*, p. 163.

3 DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Mário Pasco⁷¹ comenta e conceitua o Direito Processual do Trabalho da seguinte maneira:

O Direito Processual do Trabalho é, por definição objetiva, um direito instrumental; sua finalidade 'é de atuar, na prática, tornando efetivo e real o Direito Substantivo do Trabalho' (Giglio, 1984, p. 374). Para esse fim, o processo deve guardar adequação com a natureza dos direitos que nele se controvertem; e se as controvérsias e conflitos trabalhistas são intrinsecamente distintos das controvérsias comuns, é indispensável à existência de um direito processual que, atento a essa finalidade, seja adequado à natureza e caracteres daqueles.

É comum a afirmação de que não existe um Direito Processual do Trabalho, mas tal afirmação é conflitante com a *praxis*, pois existe uma Justiça Especializada Trabalhista, existe o Direito do Trabalho Material, tudo limitado juridicamente e socialmente, e como não dizer que suas normas e princípios processuais não existem ou não seguem uma lógica própria.

Para alguns, a aplicação subsidiária do Direito Processual Civil, nos termos do artigo 769 da CLT denota que os princípios são os mesmos em qualquer processo, seja este trabalhista ou civil e que, portanto, não existe uma especificidade laboral no que se refere ao processo, vemos que referido artigo afirma:

Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas

⁷¹ PASCO, Mario. **Fundamentos do Direito Processual do Trabalho**. Revisão Técnica de Amauri Mascaro Nascimento, São Paulo, LTR, 1997, p. 51.

deste Título

São características típicas do processo trabalhista dentre outras a oralidade, uma vez que a maioria dos atos pode ser praticado pelas partes de forma oral; a reclamação (pedido inicial) reduzida a termo; a possibilidade de defesa oral em 20 minutos; as propostas conciliatórias, antecedendo à apresentação da defesa e após a apresentação das razões finais; as próprias razões finais também orais de 10 minutos.

Destaca-se ainda a celeridade processual como princípio, pois o processo do trabalho busca a celeridade como forma de atender as exigências sociais, evitando formalismos desnecessários, como nomeação de perito único, comunicação postal dos atos processuais, eliminação da fase de avaliação dos bens penhorados; permite a conciliação (artigo 764, 831, 847 e 850 da CLT) nos dissídios individuais e coletivos em qualquer fase processual e tentam antes mesmo da instrução de forma obrigatória esta prática.

Vemos a concentração dos atos processuais, ou seja, a busca para dar maior concentração possível de atos processuais numa mesma assentada, como acontece com a audiência única, com determinação de audiência inicial com tentativa de conciliação, recebimento da defesa e realização da instrução e julgamento o feito no mesmo ato; busca da verdade real e livre investigação das provas, como se vê nos permissivos legais, artigo art. 765 CLT e 130 Código de Processo Civil aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho nos termos do artigo 769 da CLT; impulso executório *ex officio* (art. 878 da CLT), quando ocorre da execução ser promovida por qualquer interessado ou *ex officio* pelo Juiz.

Ao analisar o Direito do Trabalho, afirma o doutrinador

Américo Plá Rodríguez⁷² que o fundamento do princípio protetor:

Está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho. Cita que o Direito do Trabalho surgiu como consequência da liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidades econômicas desiguais, portanto que conduzia diferentes formas de exploração.

Para trazer equilíbrio nesta relação tão desigual, os legisladores traduziram em forma de princípios uma compensação para essa desigualdade desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.

Dentro do Direito do Trabalho há o propósito de nivelar desigualdades, necessidade de equilíbrio que o poder econômico impede nas relações ordinárias.

Os princípios processuais constitucionais servem a todo processo, e o processo trabalhista não é exceção, e seguem portanto a aplicação irrestrita a qualquer processo, como exemplo: imparcialidade do juiz; igualdade, contraditório e ampla defesa; motivação das decisões; publicidade; proibição das provas ilícitas; devido processo legal; acesso à justiça e a uma ordem jurídica justa, e inafastabilidade da jurisdição, duplo grau de jurisdição, etc...

Ocorre que o Direito do Trabalho esculpiu normas típicas dentro do seu próprio ordenamento jurídico e doutrinário, e estas lhe dão autonomia e suporte, destacando entre outros o princípio protetor, ou princípio da proteção tutelar, como afirma Plá Rodríguez⁷³:

Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre

⁷² AMÉRICO PLÁ, Rodríguez, **Princípios de Direito do Trabalho**, 3ª Edição, São Paulo, LTr, 2000, pág. 85.

⁷³ Ibid, p. 86.

peças com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive as mais abusivas e iníquas. O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.

Willis Santiago Guerra Filho⁷⁴ afirma que:

Princípio da interpretação conforme a Constituição, que afasta interpretações contrárias a alguma das normas constitucionais, ainda que favoreça o cumprimento de outras delas. Determina, também, esse princípio, a conservação de norma, por inconstitucional, quando seus fins possam se harmonizar com preceitos constitucionais, ao mesmo tempo em que estabelece como limite à interpretação constitucional as próprias regras infra-constitucionais, impedindo que ela resulte numa interpretação *contra legem*, que contrarie a letra e o sentido dessas regras.

Devemos observar que a condição primeira para a admissão da teoria da existência de princípios do Direito Processual do Trabalho é a admissão de que os princípios e normas do direito processual do trabalho devem ser lidos em consonância com os demais princípios constitucionais, assim também o é com relação aos princípios constitucionais do processo, aplicando-se a hermenêutica da interpretação conforme a Constituição.

É fato que o Processo do Trabalho é praticado em muitos casos, diante da carência de um Estatuto Processual Trabalhista próprio, com base Estatuto Processual Civil vigente, e que muitos dos

⁷⁴ GUERRA FILHO. Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 4ª Edição, São Paulo, RCS, 2005, pág. 80.

princípios do Direito Processual Civil estão sujeitos ao ordenamento constitucional, mas devemos destacar que houve privilégios e situações práticas de resultado, que outrora são remanejados ao anseio dos processos tipicamente civis, como os princípios da inércia, da instrumentalidade das formas, oralidade, impulso oficial, eventualidade, preclusão, conciliação e economia processual.

A existência do Direito Processual Trabalhista é negada por vários autores, inclusive *Valentin Carrion*⁷⁵ que afirma:

O direito processual se subdivide em processual penal e processual civil (em sentido lato, ou não penal). As subespécies deste são o processual trabalhista, processual eleitoral, etc. Todas as subespécies do direito processual civil se caracterizam por terem em comum a teoria geral do processo; separam-se dos respectivos direitos materiais (direito civil, direito do trabalho etc.) porque seus princípios e institutos são diversos. São direitos instrumentais que, ele sim, possuem os mesmos princípios e estudam os mesmos institutos. Os princípios de todo os ramos do direito não penal são os mesmos (celeridade, oralidade, simplicidade, instrumentalidade, publicidade etc.), e os institutos também (relação jurídica processual, revelia, confissão, coisa julgada, execução definitiva, etc.). Assim, do ponto de vista jurídico, a afinidade do direito processual do trabalho com o direito processual comum (civil, em sentido lato) é muito maior (de filho para pai) do que com o direito do trabalho (que é objeto de sua aplicação). Assim acontece com o cirurgião de estômago, cuja formação principal pertence à clínica cirúrgica, mais do que à clínica médica, que estuda o funcionamento e tratamento farmacológico daquele órgão. Isso leva à conclusão de que o direito processual do trabalho não é autônomo com referência ao processual

⁷⁵ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**, 30ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2005, pág. 578/579.

civil e não surge do direito material laboral. O direito processual do trabalho não possui princípio próprio algum, pois todos os que o norteiam são do processo civil (oralidade, celeridade, etc.); apenas deu (ou pretendeu dar) a alguns deles maior ênfase e revelo.

Outros autores demonstram que há autonomia do processo do trabalho em relação ao processo civil, como afirma Wilson de Souza Campos Batalha⁷⁶:

O Direito Processual do Trabalho tem características próprias que lhe asseguram relativa autonomia (...) Bastaria uma referência ao artigo 769 da nossa Consolidação das Leis do Trabalho para tornar fora de dúvida à relatividade da autonomia do Direito Processual do Trabalho (...) Autonomia, como obtempera *De Litala* (op, cit., p. 19), autonomia de uma disciplina jurídica não significa independência absoluta em relação às outras disciplinas. Assim, não obstante dotado de autonomia, o direito processual do trabalho está em situação de interdependência com as ciências processuais particulares, notadamente com o direito processual civil, com o qual tem muitíssimos pontos de contato.

Para dirimir as dúvidas acerca da existência de princípios processuais tipicamente trabalhistas, podemos citar a regra do “*in dubio pro operario*”: quando a norma propiciar vários sentidos de interpretações possíveis, deve se prestigiar a interpretação mais favorável ao empregado.

Na prática, e mesmo diante da prova conflitante, a doutrina dominante, entende que não se aplica esta regra no terreno processual mas somente material, devendo o juiz em caso concreto de

⁷⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho**, 2ª Edição, São Paulo, LTR, 1985, p. 139.

dúvida julgar contra o litigante que detinha o ônus probatório.

A doutrina já fixou princípios aplicáveis ao processo trabalhista, como a primazia da realidade, da continuidade da relação de emprego, da irrenunciabilidade de direitos, da irredutibilidade de salários, da boa fé, da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da eqüidade.

Temos que o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho tem como afinidade inseparável o protecionismo do empregado, lhe permitindo irrestritamente o acesso à Justiça.

Há ainda outros exemplos, como na determinação de arquivamento diante da ausência do empregado à sua audiência enquanto ao empregador lhe é aplicado a pena de confissão no Código Processual Civil e revelia, nos termos do artigo 844 da CLT que diz:

O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão, quanto à matéria de fato.

Há ainda o *jus postulandi* previsto no artigo 791 da CLT, que alguns doutrinadores admitem revogado nos termos da Constituição Federal, artigo 133, mas que na prática ainda existe e permite ao empregado a prestação jurisdicional independentemente de constituição de advogado, com pedido (reclamação) meramente verbal, nos termos do artigo 840 da CLT.

Devemos ainda citar que na fase de execução de sentença trabalhista, e ainda tenhamos aplicação prática dos avanços da Lei 11.232/05, podemos dizer que ao Processo do Trabalho, em fase de execução, pode-se aplicar a Lei de Execução Fiscal 6830 de 1.980, como autoriza o artigo 765 combinado com artigo 889 da CLT por

determinação expressa e talvez seja melhor caminho, mesmo diante das mudanças recentes do processo civil quanto a fase de execução.

Observamos ainda que no processo trabalhista existem períodos de prescrição e decadência que são determinados distintamente, muitas vezes menores que os prazos comuns e civis, com exceções sofrendo alterações (ex. atividade rural), matéria que ultrapassa o campo material e se fixa no campo processual.

Título VIII da CLT e seus capítulos e sessões tratam da existência e funcionamento da Justiça do Trabalho, o que aponta para a existência da relação tipicamente trabalhista acima daquela relação processual meramente civil antes combatida.

Além disso, a estrutura do Judiciário também comporta esta divisão, como vemos no campo da Ministério Público e Procuradorias.

No Título X da CLT, há, de fato, expressões e formas do Processo Trabalhista, que diante de sua forma simplista merece complemento e compilação de um Estatuto Processual próprio, como vemos por este enfoque.

3.1 Fontes do Direito Processual do Trabalho

A palavra fonte etimologicamente significa, dentre outras coisas, procedência, proveniência, origem, daí por que, ao tratar das fontes do Direito Processual do Trabalho, estarmos falando da origem das normas trabalhistas.

As fontes do Direito Processual do Trabalho podem ser doutrinariamente divididas em:

a) Fontes Materiais que são as que ditam a substância do próprio direito. São os princípios ideológicos que se refletem na lei.

Podemos afirmar que os fatores econômicos, sociológicos, políticos e filosóficos, destacadamente, entre outros, que acabam por determinar o surgimento, o conteúdo, a orientação e o movimento das normas jurídicas; como por exemplo, já citado a Revolução Industrial, que dá origem as primeiras normas trabalhistas.

b) Fontes Formais: como define Maurício Godinho Godinho⁷⁷

são os meios de revelação e transparência da norma jurídica, os mecanismos exteriores estilizados pelos quais as normas ingressam, instauram-se e cristalizam-se na ordem jurídica.

No âmbito da classificação, a norma pode ter origem estatal (chamadas de autônomas) ou não estatal (chamadas heterônomas) e são as heterônomas as compostas pela Constituição; leis; regulamentos normativos, inclusive expedido através de decretos pelo Presidente da República; tratados e convenções internacionais e pelas sentenças normativas ou autônomas, como acontece nos

⁷⁷ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 141.

costumes; convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho.

Outras fontes de direito processual do trabalho propriamente ditas, podem ser aplicadas, inclusive no âmbito processual trabalhista, como afirma expressamente o artigo 8º § único da CLT:

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

Parágrafo único: O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

No Brasil e na tradição do Direito Positivo, há hierarquia entre as fontes normativas: a Constituição, sempre acima de todas as demais normas; em seguida, em ordem decrescente de preponderância, vem as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias e os decretos.

Podemos afirmar que no Direito do Trabalho (processual e material), contudo, diferentemente de outros ramos do Direito, cuja hierarquia é observada com absoluta rigidez, há espaço para aplicar ao caso concreto o instituto que melhor atenda, observado o caráter social da demanda, à pacificação dos interesses em conflito, mas esta excepcional condição cria certa instabilidade, uma falta de segurança jurídica, incapaz de ser sanada senão pela formatação de leis processual própria.

Temos no Direito do Trabalho, como um dos princípios informadores, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, o que explica a necessidade de uma maior plasticidade na aplicação dos diplomas legais, permitindo-se, assim, que se trave uma “disputa” entre a norma heterônoma estatal e a norma autônoma não-estatal no sentido de aferir qual aquela que melhor acomodar os interesses do trabalhador, maneira pela qual será então prevalente.

Cumpra dizer que os princípios trabalhistas estão para a proteção da relação e garantem a igualdade de direitos das partes em Juízo, mediante o reconhecimento jurídico de tais desigualdades, frente do trabalhador ao capital do empregador, mas isto não pode dizer que se deve ferir o devido processo legal ao arbítrio, portanto a divergência da aplicação de múltiplas normas a cada caso pode gerar sensação de falta de previsibilidade na seara trabalhista.

3.2 Acesso à Justiça

Diante da tripartição de poderes, resta ao cidadão, se ver ameaçado ou usurpado de seu direito, a efetivação de seus direitos pela via de um dos poderes que compõem o Estado, e o Poder ao seu alcance é o Poder Judiciário.

Ao requisitante de um direito frente ao Judiciário denominamos jurisdicionado, e este possui por garantia fundamental e princípio da dignidade humana, ter acesso aos mecanismos que permitam seu questionamento e uma resposta do Estado para seu pleito, assegurando a eficácia dos direitos fundamentais formalmente reconhecidos nos tratados internacionais e nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Os direitos da contenda podem ser variados, como o direito à vida, à liberdade, à integridade física, inviolabilidade do domicílio, etc., e passam pelos direitos de participação, de votar e ser votado, direito de reunião e de associação, etc.; chegando aos direitos sociais, como os direitos individuais e coletivos dos trabalhadores, direitos do consumidor, direitos à proteção social, etc.

Devem, portanto existir no Estado políticas públicas que permitam o acesso ao Judiciário, na finalidade de promover a dignidade humana.

Não basta consagrar os direitos sociais e textualizar os direitos fundamentais, é necessário possibilitar o acesso a todos deste direito e por vezes esse acesso só é possível através do Judiciário, e não somente no implemento de políticas públicas ou regramento ordinário, mas através da força do Estado quando o direito é negado.

Podemos afirmar que a Justiça do Trabalho foi pioneira ao permitir o acesso sem a necessidade de advogado e por mera

reclamação verbal, nos moldes do artigo 791 da CLT, enfatizando a importância do livre acesso ao Poder Judiciário.

Destacamos sobre o tema a norma legal da Lei 1060 de 1.950 que instituiu a Assistência Judiciária Gratuita, e mesmo vigente ainda hoje e acolhida pelo texto Constitucional de 1.988, e esta é discutida por vezes por encontrar óbice na sua consecução.

A *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem Terra, em 15.06.1215, assim como a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Act of Seattlement*, de 12.06.1701, formam claros preceitos da demonstração de fins de acesso à Justiça.

A *Magna Charta Libertatum*, entre outras garantias, o devido processo legal e o livre acesso à Justiça ("Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça", artigo 40); liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país

Podemos afirmar diante destas premissas que a construção do direito europeu deu-se a partir de notórias influências do legado romano e do pensamento cristão.

Na data de 22 de janeiro de 1851 foi publicado na França o primeiro Código de Assistência Judiciária que oficializou essa denominação ao serviço público de assistência jurídica ao cidadão, como nos ensina Capelletti⁷⁸:

O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna

⁷⁸ CAPPELLETTI, M.; Garth, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. (1998, p. 13)

processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

O Acesso à Justiça pode ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos. O enfoque sobre o acesso, e não na simples declaração da existência de direitos, é o modo pelo qual os direitos podem se tornar efetivos.

Devemos observar que a conceito de acesso à Justiça está intimamente ligado ao processo, Watanabe⁷⁹, fala do direito de Acesso à Justiça da seguinte forma:

O direito de Acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; 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 socioeconômica 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 antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características.

⁷⁹ WATANABE, Kazuo, **Acesso à justiça e sociedade moderna**, in Participação e Processo, Revista dos Tribunais, 1988.

Cândido Rangel Dinamarco⁸⁰ afirma que:

Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem

Hodiernamente além das garantias processuais clássicas, que assegurem a possibilidade formal de acesso ao Judiciário, se pretende a busca por uma igualdade jurídica, e uma igualdade técnica e econômica para solução Justa de qualquer litígio submetido ao Judiciário como exercício pleno do acesso à Justiça.

A legislação pátria, em observância da Constituição Federal⁸¹ garante o Acesso à Justiça, como preceitua o artigo 5^o⁸²:

Ratificada em seus termos o artigo 1^o que trata da dignidade humana.⁸³:

Para J. J. Gomes Canotilho⁸⁴ garantia ao Acesso à Justiça “é o meio processual (judicial, administrativo ou mesmo material) adequado para a defesa dos direitos”.

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo, Malheiros, 1995. (1995 p. 48)

⁸¹ **Constituição da República Federativa do Brasil**

⁸² Art. 5^o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

⁸³ Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana.

⁸⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Coimbra Editora, 2a. edição, 1984.

Para Grecco Filho⁸⁵:

as garantias formais são: aquelas que, sem definir o conteúdo do direito, asseguram a ordem jurídica, os princípios da juridicidade, evitando, o arbítrio, balizando a distribuição dos direitos em geral (por exemplo, o princípio da legalidade. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei - ou o da isonomia ou igualdade – Todos são iguais perante a lei). Já as garantias instrumentais ou processuais são “as disposições que visam assegurar a efetividade dos direitos materiais e das garantias normais, cercando, por sua vez, sua aplicação de garantias; sendo exemplos, as garantias do processo, como o da ampla defesa, a instrução contraditória, etc.

No mesmo sentido, vemos que Alvim⁸⁶ afirma que:

Constata-se que a preocupação dos estudiosos com o pleno acesso à Justiça, trouxe três grandes passos, três posições relacionadas aos problemas e barreiras à efetividade do acesso à justiça. Tudo dentro de uma seqüência cronológica: como já se disse anteriormente a primeira “onda” desse movimento foi a instituição e o aprimoramento da assistência judiciária aos pobres; a segunda “onda” reflete-se nas reformas tendentes a possibilitar a defesa de interesses difusos; e, a terceira “onda”, o enfoque de acesso à justiça, resulta da junção ideológica destas “ondas” anteriores, com o fito de vencer as barreiras, implementando reformas no sistema processual, incluindo-se aí, mudança na estrutura dos órgãos jurisdicionais e nos procedimentos judiciais, de acordo com esta visão.

⁸⁵ GRECCO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**, São Paulo: ed. Saraiva 1989 p. 36.

⁸⁶ ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual de direito processual civil**. Vol.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2001.

Há uma regra constitucional, inserida dentre os direitos e garantias fundamentais, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (Art. 5º, XXXV). Tal dispositivo expressa um princípio altamente relevante para o estado democrático de direito, tratando-se da positivação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou, como também é conhecido, do princípio do direito de ação.

Alexandre de Moraes⁸⁷ afirma que seu conteúdo é relevantíssimo, pois significa que se houver violação do direito, mesmo que por mera ameaça, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, se houver plausibilidade, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial pela parte de forma regular.

O princípio da indeclinabilidade da prestação judicial é um dos princípios básicos da própria Jurisdição.

Nery Júnior⁸⁸ escreve:

quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito”, ratificando tal ponto com a premissa que “...a tutela jurisdicional a que tem direito a parte não é qualquer prestação, mas sim, a tutela adequada.

No processo trabalhista, ainda a par do acesso a Justiça, destaca-se a participação dos Sindicatos como substituto processual ou mesmo como patrocinador da causas coletivas.

⁸⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. 2002, p.103

⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 2004, p.132.

No caso de deferimento de assistência judiciária do empregado que não efetivou pedido verbal, ou seja o *jus postulandi* (artigo 791 da CLT), deve o empregado apresentar-se com o advogado do Sindicato para propositura de seu dissídio individual, como consta na previsão expressa na Lei 5.584/70, que inclusive fixa pagamento de honorários ao sindicato assistente, em anômala situação, posto que a Justiça do Trabalho não contempla as verbas de sucumbência em favor do vencedor a teor da Sumula nº. 329 que ratifica o Enunciado 219 também do C. T.S.T e que assinala:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARTIGO Nº. 133 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 - Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado nº. 219 do Tribunal Superior do Trabalho. (Res 21/93 - DJU 21.12.93)

Russomano⁸⁹, propondo uma retomada do que se entendia por assistência judiciária, assinala que:

Tudo repousa, em nosso juízo, em graves equívocos: a) a assistência devida pelo sindicato não deveria ter sido definida como “assistência judiciária”. Embora tornada obrigatória, é serviço assistencial decorrente da natureza de suas finalidades. b) Em nenhum caso se pode admitir que o trabalhador pobre não tenha direito de escolher seu defensor em juízo. c) O recebimento, pelo Sindicato, dos honorários advocatícios é surpreendente e desvirtua sua posição social em face do trabalhador.

Carrion⁹⁰ sobre a Lei 5.584/70, artigo 14, afirma que não poderia ser utilizada para que se restrinja a anterior Lei 1.060/50, de

⁸⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 10 ed. Rio de Janeiro:Forense, 1983. 1983 p.851

⁹⁰ CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 16 ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983 (1983, p. 560)

modo que o sindicato passe a ter a exclusividade da assistência a ser prestada:

a) porque o texto não diz (como poderia parecer) que na Justiça do Trabalho a assistência “só será prestada pelo sindicato”; b) porque uma interpretação limitadora que se deixe levar pela primeira impressão gramatical que transmite o texto, contraria o processo histórico brasileiro; este é no sentido de seu aperfeiçoamento. Pontes de Miranda afirma mesmo que “a escolha de advogado pela parte marca a evolução da justiça gratuita no Brasil” (Comentários ao CPC, 39, art. 67); viola ainda os postulados igualitários; significa retrocesso no próprio direito processual comum brasileiro; falta-lhe visão da grandeza da Justiça e da missão do Advogado; c) porque, perquirindo-se a finalidade da lei, não há vantagem na discriminação contra o necessitado trabalhista, em cotejo com o necessitado do processo comum; seja o advogado do sindicato ou seja o advogado escolhido pelo trabalhador, os honorários serão pagos pelo adversário vencido; d) porque é inconsistente o argumento de que na Justiça do Trabalho o advogado é desnecessário mesmo que se queira conservar o direito da parte postular. E, além do mais, seria como dispensar-se assistência médica dizendo-se que o doente pode automedicar-se sozinho; e) porque se deixariam sem assistência judiciária: os trabalhadores das cidades onde não há sede do sindicato e existe Junta de Conciliação e Julgamento (os promotores nesses casos não tem atribuições); os trabalhadores de sindicatos que não possam organizar a assistência; os servidores públicos estaduais e municipais que não tenham categoria que os represente; as domésticas e seus patrões; as hipóteses em que o advogado do sindicato está impedido; o pequeno empreiteiro; o cliente deste; o pequeno empregador arruinado; certos humildes reclamados (tão

hipossuficientes quanto seus reclamantes); o trabalhador que discorde da orientação adotada pelo sindicato. O remédio não será permitir a aplicação da L. 1060 a estes casos apenas, mas reconhecer francamente a coexistência das duas, sem limitações.

Podemos concluir que existem limitações a serem observadas no intuito de aprimorar o acesso à Justiça e, em especial ao Judiciário Trabalhista.

3.3 Poder Judiciário

O Poder Judiciário é parte fundante do Estado Democrático de Direito, e sua estrutura é erigida sob um regime político escorado na soberania popular, cujo objetivo consista no respeito integral aos direitos fundamentais da pessoa humana.

O Judiciário representa uma notável particularidade, pois se ampara no amplo respeito moral que desde a civilização romana denominava-se *auctoritas*; é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo que constituem o Judiciário.

Desta específica característica destaca-se na democracia a independência deste Poder, e na responsabilidade com que este o órgão estatal exerce as suas funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui.

A verificação da estrutura do Estado Democrático de Direito sob o qual vivemos envolve a participação, a autonomia e o regular funcionamento do Poder Judiciário, segundo os requisitos fundamentais da independência e da responsabilidade.

3.3.1 Independência

Destacamos neste trabalho a importância da separação e da independência dos Poderes, separação e autonomia necessárias para a constituição de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, em que todos são submetidos ao ordenamento jurídico, sem distinção, monopólio ou usurpação do poder, inclusive em relação ao outro Poder, prevalecendo o Império da Lei, onde todos devem se submeter ao ordenamento positivo.

Neste contexto, e delimitando a questão somente à função do Poder Judiciário como Poder autônomo dos demais, podemos também dizer que este é em seu conjunto independente, primeiro por não estar submetido aos demais Poderes do Estado e, em segundo, pela independência dos magistrados que lhe formam o seu conjunto.

Esta autonomia permite que as decisões sejam efetivadas sem submissão, sem comprometimento fisiológico, sem partidarismo ou submissão.

Os juízes não estão subordinados entre eles, nem tampouco e como já afirmados subordinados a outro Poder, não obstante a multiplicidade de instâncias e graus de jurisdição.

Ao contrário da forma estruturada da administração pública, os magistrados não dão nem recebem ordens uns dos outros, nem mesmo prestam contas de suas decisões entre as Instâncias quando ocorre modificação de seu julgamento.

Afirma Paulo Bonavides⁹¹ que:

... é uma garantia institucional do regime democrático. O

⁹¹ BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**, 7ª, São Paulo: Malheiros, 1988, p. 68.

conceito de garantia institucional foi elaborado pela doutrina publicista alemã à época da República de Weimar, para designar as formas de organização dos Poderes Públicos, cuja função é assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais, declarados na Constituição.

Esta precaução permite a restrição do uso da força, delimitando e restringindo a competência dos demais Poderes, pois estes têm predisposição ao abuso de poder.

Podemos afirmar que, como no caso do Brasil em que temos o Poder Executivo entregue ao Chefe do Estado e vivendo o cotidiano do regime presidencialista, este assume poderes concentrados, sendo ao mesmo tempo Chefe de Estado e Chefe de Governo, a legislação sustentando o princípio da independência dos Poderes criou mecanismo que asseguram a autonomia dos magistrados.

É de se observar que existem garantias constitucionais dedicadas aos juízes e que dentre outras se destacam a garantia da irredutibilidade de vencimentos, e a vitaliciedade, a inamovibilidade.

Esta independência do julgador concretiza a garantia jurisdicional de imparcialidade do juiz, na concretização da prestação jurisdicional não subordinada a outra esfera de poder.

Destaca-se na independência do Poder Judiciário que existe a independência administrativa⁹², que se refere ao autogoverno da magistratura, ou seja, sua aptidão de gerenciar com autonomia os elementos pessoais e os meios materiais e financeiros imprescindíveis

⁹² ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 1995, p. 111.

ao exercício da função jurisdicional e a independência política⁹³, pois lhe é lícito julgar e executar o julgado, para dizê-lo sumariamente.

A independência política do Judiciário destina-se a garantir o exercício da função jurisdicional exclusivamente por esse Poder.

⁹³ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 3ª edição, 1995, p. 112

3.3.1.1 Da responsabilidade da magistratura

A independência dos Poderes e a independência funcional e administrativa do Poder Judiciário promovem a harmonia dos Poderes, e possibilita o exercício regular do Poder em todas as esferas.

O Poder, enquanto capacidade de regulamentação social, é do povo e para o povo, é transitório na mão do governante e daquele que age na condução do Estado. O poder político não pertence, como um ativo patrimonial, aos governantes ou agentes estatais, mas é um bem comum do povo. *Res publica, res populi*, dizia-se em Roma.

Neste contexto lógico reside a necessária correlação entre o exercício do poder e a responsabilidade de quem o exerce. Quanto maior o poder, maior a responsabilidade, entendida esta como o dever que incumbe ao detentor do poder, em nome de outrem, de responder pela forma como o exerce.

Todo mandato, indistintamente outorgado, exige um dever de prestar contas (que na língua inglesa denomina-se *accountability*) e a relação de sujeição às sanções cominadas em lei pelo mau exercício do poder (*liability*).

O abuso de poder, ou abuso da autoridade, em nosso ordenamento, se dá de forma horizontal, ligado ao mecanismo da separação de poderes, e o vertical, fundado na soberania popular.

A atuação do Judiciário deve ser submetida a uma fiscalização permanente de sua regularidade, sendo forçoso concluir, para reconhecer esta questão, que os controles institucionais da ação do Judiciário, em nossa sociedade, são muito modestos, e em certos setores, praticamente inexistentes.

Quanto ao controle horizontal dos poderes, podemos afirmar que não existem controles efetivos dos Poderes Executivo e Legislativo sobre o Poder Judiciário, e ainda que este tenha independência no julgamento dos demais Poderes Públicos à luz dos mandamentos constitucionais e legais.

Não se compreende por que o corpo de magistrados não deva se submeter, por igual, a um controle externo do seu comportamento por outros órgãos, para efeito de apuração de suas responsabilidades, tanto no nível penal, quanto no civil e no disciplinar.

Exceção ao poder censório geral do Judiciário, temos as atribuições do Conselho Nacional da Magistratura, estipulada na Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar nº 35, de 14/3/1979 e ao Conselho Nacional de Justiça, por força da Emenda Constitucional nº 45 de 08.12.2004, DOU de 31.12.2004, que modificou o artigo 92 da Constituição Federal, criando o inciso I-A.

3.4 Poder Judiciário Trabalhista

Os primeiros órgãos de jurisdição a tratarem de soluções de conflitos entre empregados e empregadores narrados surgiram em 1.806 na França e denominava-se '*Conseils de Prud'hommes*', formados por representantes das categorias profissionais e econômicas que buscam solução para conflitos primordialmente através da conciliação.

Afirma Domingos Sávio Zainaghi⁹⁴ que: "Os resultados foram tão satisfatórios que até hoje os *conseils du Prud'hommes* existem."

Domingos Sávio Zainaghi prossegue explicando que tal modelo foi inspiração para o surgimento de assembleias para a mesma finalidade na Itália, denominadas *probiviri*.

Na Itália surgiu em 1.800 o *probiviri*, órgão semelhante aos *prud'hommes* franceses. Os *probiviris* tinham formação tripartite, ou seja, eram formados por empregados, empregadores e representantes do Governo, e inicialmente tratavam de controvérsias surgidas na indústria. Com o tempo, o seu campo de atuação foi ampliado para outras categorias. Eram compostos de dois órgãos: uma comissão de conciliação, com um presidente e dois representantes classistas, e um tribunal, o qual era composto de quatro membros, além do presidente e do vice.

Segundo Adalberto Martins⁹⁵:

A Justiça do Trabalho, no Brasil, foi inspirada no modelo

⁹⁴ ZAINAGHI, Domingos Sávio, **A solução Extrajudicial dos Conflitos Trabalhistas no Brasil**, Ed. Ltr, p. 34

⁹⁵ MARTINS, Adalberto, **Manual Didático de Direito Processual do Trabalho**, Ed. Malheiros, 3ª Ed., 2006, p. 52

fascista italiano, o qual contemplava a existência de um representante do Estado (juiz togado), bem como representantes da classe trabalhadora e da categoria econômica (juizes classistas temporários); daí justificando a denominação de justiça partidária. Trata-se de modelo abandonado na própria Itália após a II Guerra Mundial e que persistiu no ordenamento jurídico brasileiro até a promulgação da Emenda Constitucional 24 de 09-12-1999.

Em 1.923, no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio foi criado o Conselho Nacional do Trabalho, com funções meramente consultivas sobre matéria trabalhista e previdenciária.

No Brasil, a Justiça do Trabalho foi criada pela Constituição Federal de 1934, que no seu artigo 122 subordinava-a ao Poder Executivo, e assim foi repetida no artigo 139 da Constituição da República de 1937.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1946, através do artigo 122, é que houve a inclusão da Justiça do Trabalho como órgão do Poder Judiciário, mantida até nossos dias.

Estabelece a Constituição de 1988 no Título IV (da Organização dos Poderes), Capítulo III (Do Poder Judiciário), Seção V (Dos Tribunais e Juizes do Trabalho), nos artigos 111 até 116 (atualmente o artigo 117 foi revogado), a Formação, atribuições e competências da Justiça do Trabalho no âmbito das relações trabalhistas.

Dispõe ainda a legislação constitucional de outros dispositivos que tratam da organização da Justiça do Trabalho, como exemplo no artigo 128, inciso I, letra “b” o Ministério Público do

Trabalho pois lhe faz parte inerente, como preceitua o artigo 127 da Constituição Federal;

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Quanto ao Ministério Público do Trabalho, é bom que se diga não tratar-se de órgão do Poder Judiciário, pois segundo Ives Granda da Silva Martins Filho⁹⁶:

Não faz parte de nenhum dos três Poderes do Estado, mas constitui um órgão extrapoderes para controle dos Poderes clássicos (função de defender a sociedade perante os Poderes Públicos, no concernente aos direitos sociais garantidos pela Constituição) e defesa da sociedade; sua função de *custos legis* decorre da natureza indisponível da maior parte dos direitos trabalhistas (razão da classificação do Direito do Trabalho como Direito Público): o empregado não pode abrir mão de seus principais direitos, cabendo ao Ministério Público do Trabalho defendê-los, mesmo que o trabalhador não o faça, contra decisões judiciais, legislativas ou atos do Executivo que firam os direitos sociais conferidos pela Constituição.

⁹⁶ MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva, **Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho**, Ed. Saraiva, 16ª Ed., p. 164

4. DEVIDO PROCESSO LEGAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O Devido Processo Legal é um conceito muito amplo e que envolve o princípio constitucional, pois é a garantia dos cidadãos e cidadãs de, no caso de participarem de um processo, seja administrativo ou judiciário, ter respeitada de forma integral as regras previstas na legislação.

O Devido Processo Legal é uma figura legal expressa, mas também é um texto normativo aberto, cujo conteúdo mínimo é determinado pelos tribunais de acordo com as circunstâncias históricas e culturais vigentes em cada época em que as decisões são prolatadas.

Em seu conteúdo mínimo, podemos dizer que o devido processo legal é composto de princípios, como exemplo, da necessidade de contraditório e ampla defesa nos processos, da necessidade de um juiz natural para julgar a demanda, da necessidade de as decisões judiciais proferidas no processo serem sempre motivadas, da proibição de produção ou juntada de provas ilícitas aos autos, entre outros elementos que compõe a idéia central de devido processo legal.

Hodiernamente se coloca a idéia de devido processo legal como correlacionada com a idéia de processo justo (aquele que, em síntese, obedece aos parâmetros impostos pela Constituição) e os valores consagrados pela coletividade.

Inclui na temática do devido processo legal, que este tenha um tempo razoável máximo de duração de um processo.

No âmbito do Direito Processual Trabalhista, apresentasse ainda na plena aplicação do princípio de celeridade, pelo fato de se saber que o Direito Trabalhista cuida de matéria de natureza alimentar, a saber, a remuneração do trabalhador é preciso que a solução seja rápida, a fim de satisfazer as necessidades do jurisdicionados quanto a dignidade humana.

Há necessidade, por comando constitucional, de que o processo seja célere, quanto mais há de sê-lo quando se refere ao processo do trabalho.

O respeito à dignidade da pessoa humana, dentro de uma ordem legal do Estado Democrático de Direito e da competência da Justiça do Trabalho passa pelo devido processo legal e tem nesta sua inclinação se o que se pretende é a prestação jurisdicional adequada.

O devido processo legal ultrapassa o conceito da afirmação que se trata do direito processual dos litigantes dentro do processo e da observância da legislação, posto que, além do próprio direito de ação, do direito ao acesso à Justiça e do direito ao contraditório, do Juiz 'justo' e imparcial, vemos que o *due process* relaciona-se a todo o tipo de processo, inclusive e em especial, aos processos criminais, para só depois seu conceito atingir o processo civil e ainda a seara administrativa, para, finalmente, se espalhar nos mais diversos ramos do direito, inclusive o trabalhista.

No capítulo das garantias processuais fundamentais da Carta Magna, vemos no inciso LIV, do art. 5º, da Carta Política, estabelece que não se poderá tocar na liberdade ou no patrimônio de quem quer que seja sem que antes exista o processo legal.

Desta premissa, que a primeira vista parece simples, onde está escrito devido processo legal, devemos observar que para que isto se concretize, necessário é que ocorra primeiramente como

garantia individual e/ou coletiva o amplo Acesso à Justiça; a imparcialidade do juiz; a ampla defesa; a justiça gratuita e assistência judiciária; o juiz natural; a inércia; o contraditório; a oralidade; a coisa julgada; a renúncia à tutela jurisdicional e antes disto, o Estado organizado, os Poderes devidamente constituídos e funcionando e Lei vigente e aplicável.

No âmbito do Devido Processo Legal, e ainda como base do ordenamento regulamentatório, deve o Estado, através do Poder Judiciário dispor de garantias estruturais, tais como a impessoalidade da jurisdição; a permanência da jurisdição; a independência dos juízes; a motivação das decisões; a igualdade concreta; a inexistência de obstáculos ilegítimos; a efetividade qualitativa; o procedimento legal, flexível e previsível às partes; a publicidade; a legalidade estrita no exercício do poder de coerção; o prazo razoável; o duplo grau de jurisdição; o respeito à dignidade humana; a proibição de provas ilícitas, por fim a boa-fé processual.

É certo afirmarmos que o Devido Processo Legal está muito além dos limites processuais expressamente ditados no artigo 5º da Constituição Federal e que sua definição não pode se exaurir nos limites necessários à implementação do devido processo tão-somente com a inserção do referido artigo 5º da Constituição, sendo imprescindível que o tempo possa ir aprimorando o horizonte do que pode ser incorporado pela idéia de processo justo.

Não se pode portanto definir o sentido material de devido processo legal na análise meramente formal, o que sempre redundaria em uma interpretação limitada, restando ao estudioso da matéria que veja com mais abrangência o Direito Material, o Direito Processual e a Humanidade em sua complexidade.

Em uma análise muito crítica do Devido Processo Legal o

jurista Samuel Arruda⁹⁷ afirma que:

A jurisprudência brasileira é superficial nessa específica matéria, não havendo o Supremo Tribunal Federal construído o conceito, de forma a sinalizar o que vai, em cada caso, considerando imprescindível ou desnecessário à conformação do processo devido. Embora haja uma percepção de que a Corte a veja como uma garantia de vasta aplicabilidade, a ausência de um posicionamento mais firme e detalhado da Corte encarregada do julgamento de matéria constitucional é tanto mais grave quanto se sabe que este conceito tem transcendente importância no constitucionalismo brasileiro, e não pode ser facilmente demarcado ou interpretado literalmente. Têm, portanto, integral procedência as críticas tecidas ao STF por Nery Junior. Este autor aponta uma timidez na Corte, que não “interpreta para casos futuros” e “não fixa parâmetros sobre o entendimento da norma constitucional que examina” o que se configura um “grave engano no direito constitucional brasileiro.

⁹⁷ ARRUDA, Samuel Miranda. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo**. Brasília: Brasília Jurídica. 2006. p. 91.

4.1 Do Processo e da petição inicial

Todo processo se inicia com a busca, pelo cidadão ou conjunto de cidadãos de um direito, e é formulado na petição inicial, as ações de conhecimento, ações com pedido condenatório, constitutivas e modificativas, declaratórias, ações executórias típicas, ações cautelares, ações mandamentais.

É importante dizer que quando falamos de reclamação trabalhista ou dissídio, trata-se da mesma questão, por serem palavras com a mesma etimologia, e portanto são tratadas como sinônimas pela doutrina, pois onde se lê dissídio individual cabe ação trabalhista ou reclamação trabalhista, e esta a mais comumente usada.

Ensina Orlando Gomes⁹⁸:

O dissídio de conhecimento deve entender-se toda controvérsia trazida ao processo que exija a atuação da função jurisdicional de investigação do fato, sujeita, necessariamente, ao contraditório, a fim de que se possa fazer atuar a vontade concreta da lei (ou seja, a aplicação da norma positiva - de direito material - ao caso concreto, com vista à prestação da atividade jurisdicional que compoñha a lide). O dissídio de conhecimento classifica-se segundo os sujeitos e segundo a natureza da tutela jurisdicional pretendida.

Continua Orlando Gomes⁹⁹:

“O dissídio de execução deve entender-se toda controvérsia trazida ao processo após a prolação da sentença de mérito, na fase de acerto do título executivo judicial oriundo da sentença (cálculos ou

⁹⁸ ORLANDO GOMES, **Curso de Direito do Trabalho**, Forense, 1984, p. 84.

⁹⁹ *Ibid*, p, 91.

artigos de liquidação, perícia, arbitramento etc.) ou na de expropriação forçada de bens integrantes do patrimônio do devedor (execução, avaliação, penhora, praças e leilões, arrematação, remição, adjudicação, embargos do devedor, agravo de petição etc.), bem assim às referentes à intervenção de terceiros (embargos do arrematante, embargos de terceiro etc.) não abrangidos pela sentença condenatória.

Os dissídios cautelares devem entender-se toda controvérsia trazida ao processo cautelar, isto é,

àquela nova face da jurisdição e como um *tertium genus*, contendo, a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução, e tendo por elemento específico a prevenção.

No processo cautelar não há, propriamente, composição da lide, "mas outorga de uma situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes". O processo cautelar visa salvaguardar a utilidade do processo ou a eficácia da decisão de mérito".

Existem ações da Justiça do Trabalho que não são reclamações trabalhistas, mas que envolvem direito do trabalho, são elas: o inquérito para apuração de falta grave de empregado estável (que também é uma ação); as ações de consignação em pagamento e reconvenção (que é ação do réu (reclamado) em face do autor (reclamante), no mesmo processo) o mandado de segurança, dissídio coletivo em geral, dissídio coletivo instaurado de ofício pelo Presidente do TRT ou pelo Ministério Público do Trabalho, havendo paralisação de atividades (Lei de Greve).

É a petição inicial o instrumento processual utilizado para veicular o exercício da ação trabalhista, ou seja, para provocar a tutela jurisdicional do Estado em dissídio de matéria trabalhista.

É possibilitado a parte ajuizar reclamação trabalhista e se defender sem o amparo de advogado, em virtude do instituto do “*jus postulandi*” (art. 791 da CLT). Sendo lícito afirmar neste caso que a pretensão judicial na Justiça do Trabalho pode ser verbal ou escrita, nos termos do artigo 840 da CLT.

Quando verbal, a petição não precisa preencher os requisitos do artigo 840 da CLT e 282 do CPC, basta que a parte compareça na Secretaria da Vara do Trabalho e reclame verbalmente seu direito.

Neste caso, a reclamação será reduzida a termo pelo funcionário da Vara do Trabalho, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou chefe de secretaria e enviada a parte contrária para sua manifestação em audiência pré-designada.

Mais comum, no entanto é o uso da petição inicial nas ações trabalhistas, certo que desta deve constar a quem deve ser dirigida; a qualificação completa das partes, que são no processo do trabalho denominadas reclamante e reclamado.

A petição inicial deve conter os fatos, com narração completa dos fatos que deram causa ao direito, sendo dispensável a fundamentação jurídica do pedido, mas deve constar o pedido, com esclarecimento de quais são as pretensões da parte.

Já neste aspecto há controvérsia da aplicação da técnica processual civil na reclamação trabalhista, posto que na CLT a formalidade da peça é menor do que as exigências contidas no código de processo civil, como exemplo, o valor da causa, a causa de pedir e o fundamento jurídico.

O pedido pode ser líquido, ilíquido, certo, determinável,

alternativo, sucessivo, ou cumulativo, devendo sempre observar o valor da causa, que pela nova legislação vigente determina qual procedimento será utilizado na demanda, ordinário ou sumaríssimo;

Deve por fim a petição inicial constar a assinatura, seja da parte ou seja de seu procurador com poderes para tanto, e deverá ser protocolada em duas vias, das quais uma será arquivada nos autos do processo e a outra será enviada para o reclamado juntamente com a notificação.

São sujeitos, portanto, o empregado, o empregador, bem como seus representantes legais (quando empregado for menor de idade), sindicatos de classe (nas ações coletivas), e as Procuradorias Regionais do Trabalho.

4.1.1 Características do processo trabalhista

As características do processo do trabalho diferem das demais características do processo, pois existe características típicas, como se vê:

1) ORALIDADE – em sua maioria podem os atos ser praticados pelas partes de forma oral: (a) reclamação (pedido inicial) reduzida a termo; (b) defesa oral (20 minutos). A prática geral é de oferecimento escrito; (c) propostas conciliatórias (antecedendo à apresentação da defesa e após as razões finais); (d) razões finais orais (10 minutos).

2) CELERIDADE - o processo do trabalho busca a celeridade como forma de atender as exigências sociais, evitando formalismos desnecessários. (nomeação de perito único – comunicação postal dos atos processuais – eliminação da fase de avaliação dos bens penhorados, etc...)

3) CONCILIAÇÃO - (a) artigo 764 CLT (os dissídios individuais e coletivos serão sempre sujeitos à conciliação); (b) artigos 847 e 850 CLT (renovação da proposta de conciliação); (c) artigo 831, parágrafo único: vale o termo de conciliação homologado como sentença irrecurável.

4) CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS - busca dar maior concentração possível de atos processuais numa mesma assentada (audiência una), embora a prática mostre um desdobramento: audiência inicial com tentativa de conciliação e recebimento da defesa; e audiência de instrução e julgamento, o que não encontra respaldo na legislação;

5) Busca da verdade real e livre investigação das provas: (artigo 765 CLT e 130 Código de Processo Civil)

6) Impulso executório *ex officio* (artigo 878): a execução poderá ser promovida por qualquer interessado ou *ex officio* pelo Juiz (no caso não se confunde com princípio do impulso processual do artigo 262 do CPC) "

4.1.2 *Jus Postulandi*

O *jus postulandi* que se traduz no direito de postular, é a faculdade outorgada pela lei (CLT, arts. 791 e 843, § 1º) à parte (reclamante ou reclamado) de exercer a capacidade postulatória.

Esta matéria está em debate atual pela doutrina e pela jurisprudência porque fere o Estatuto dos Advogados - Lei n. 8.906/94, artigo 18, inciso I, que afirma ser atividade privativa de advogados “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais” enquanto o artigo 133 da Constituição Federal, estabelece que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

O argumento da validade do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho encontra respaldo em outras Leis, que permitem a postulação judicial sem a presença de advogado, como a que criou os Juizados de Pequenas Causas e os Especiais de Pequenas Causas (Leis 7244/84 e 9099/95), a Lei de Alimentos (5.478/68), a ação popular contemplada no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, o *habeas corpus*, entre outras, mas o destaque é que não houve expressado revogação da CLT (artigos 791 e 839) e o artigo 14 da Lei 5.584, de 16 de junho de 1970, todas normas de caráter instrumental e absolutamente especiais.

Neste conflito entre normas entre a Constituição Federal e as Leis é consagrado o princípio segundo o qual não poderá haver prevalência de norma especial sobre outra também especial, diante da escala estabelecida pelo artigo 59, da Constituição Federal de 1988, uma vez que a lei 8.906/94, além de ser norma de caráter eminentemente estatutária específica, não disciplina integralmente a matéria, quer quanto ao “*Jus Postulandi*”, quer quanto ao deferimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, além de não

regulamentar o artigo 133 da Carta Magna.

Evidente que o Estatuto da Advocacia não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (C.F., artigo 5º, inciso XXXV), daí decorre a validade e não revogação das reclamatórias verbais (CLT, artigos 791 e 839).

Podemos ainda citar que estão vigente 2 (duas) Sumulas do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, censurando a condenação da parte vencida em honorários de advogado (sucumbência), como se lê na Sumula 219, ratificada na Súmula 329, assim expressas:

Súmula TST nº 219 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - HIPÓTESE DE CABIMENTO (Incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 27 da SBDI-II)

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), 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 salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (Ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985)

II - É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70. (Ex-OJ nº 27 - inserida em 20.09.2000).

(Redação dada pela Resolução TST nº 137, DJ 22.08.2005)

Súmula TST nº 329 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARTIGO Nº 133 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 - Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 219 do Tribunal

Superior do Trabalho. (Res 21/93 - DJU 21.12.93).

Ocorre que as dúvidas jurisprudenciais não cessam na questão do *jus postulandi* quando se suscita questões além do pedido inicial, por exemplo, se este instituto tem validade em grau de agravo ou de recurso.

Recentemente manifestou-se o Colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST), desacolhendo Recurso de Revista que não fora subscrito por advogado legalmente constituído, e assumindo posição que tal Recurso depende de capacitação técnica para ser conhecido.

Novamente dividida a doutrina entende que não há qualquer limitação na lei, e que o exercício do *jus postulandi* é possível nos recursos e, também, na ação rescisória, no *habeas corpus*, no *habeas data*, no mandado de segurança, na ação de consignação em pagamento, nas possessórias, nas monitórias e em todos os demais tipos de ação, enquanto de outra parte, correntes igualmente respeitáveis afirmam que o exercício do *jus postulandi* não é sequer possível mas se admitido como válido na primeira Instância, porque a CLT (art. 791) fala em reclamação, querendo referir-se petição inicial, portanto seria incabível estender sua apelação aos demais procedimentos judiciais.

Ocorre que não há na legislação nenhuma específica a satisfazer o convencimento da matéria, e na prática, usando dos princípios do direito do trabalho que, como já mencionamos, norteiam o processo trabalhista, se preserva o interesse do hipossuficiente.

4.2 Revelia e confissão

O que consta do artigo 844 da CLT é que o não comparecimento injustificado do reclamante à audiência impõe o arquivamento do processo; enquanto o não comparecimento do reclamado implica revelia e confissão quanto à matéria de fato.

Art. 844 - O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

Parágrafo único - Ocorrendo, entretanto, motivo relevante, poderá o presidente suspender o julgamento, designando nova audiência.

Afirma Renato Saraiva¹⁰⁰ que:

...a ausência de contestação importa revelia, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados pelo demandante (efeito material da revelia), fatos estes que não mais precisarão ser provados, impondo-se o julgamento imediato do mérito da demanda (efeito processual da revelia)". E Acrescenta que "Impende destacar que, nos domínios do processo do trabalho, mesmo que ocorra a revelia, o revel será notificado, via postal da sentença proferida, conforme previsto no artigo 852 da CLT.

Se ocorrer a ausência do reclamante à audiência inaugural, e estando intimado a comparecer para fins de depoimento, haverá confissão ficta, e não mais arquivamento.

A confissão ficta do empregado permite ao juiz presumir a veracidade das alegações da defesa, da mesma forma que a confissão ficta do empregador permite ao juiz presumir a veracidade das

¹⁰⁰ SARAIVA, Renato, **Curso de Direito Processual do Trabalho**, Ed. Método, 4ª Ed. p. 301

alegações da inicial. A presunção é *juris tantum* (admite prova em contrário).

A súmula do STF n.º 231, afirma que: “O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno”.

É lícito, portanto, ao revel e confesso a apresentação de provas, recebendo o processo no estado que se encontra (preclusão), o que, gize-se, dificilmente ocorre, permitindo ao magistrado o julgamento de acordo com a prova produzida e confissão imposta, ou seja, confissão ficta (*ficta confessio*), consequência da revelia, é simples meio de prova e não impede a colheita do depoimento pessoal ou o fazimento do interrogatório da parte presente nem elimina a possibilidade de oitiva de testemunhas de qualquer das partes, mesmo da ausente.

O julgador deve considerar os demais elementos de prova constantes dos autos (ex. cartões de ponto, recibos etc.). A confissão ficta gera presunção *juris tantum* (admite prova em contrário) das alegações da parte presente à audiência.

Se o reclamante der causa a 2 (dois) arquivamentos consecutivos ficará proibido de demandar na Justiça do Trabalho por seis meses (CLT, art. 732). A esse hiato de suspensão chama-se perempção de instância.

Não existe no processo trabalhista a citação com hora certa, procedimento típico da norma processual civil (CPC, art. 227). No entanto, a CLT determina que se for procurado por duas vezes no prazo de 48 horas e não for encontrado, ou ficar evidente que está se furtando à citação, será citado por edital. É o que diz o art. 841, § 1º da CLT:

Art. 841 - Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou chefe de secretaria, dentro de 48 horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência de julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de cinco dias.

§ 1º - A notificação será feita em registro postal com franquia. Se o reclamado criar embaraços ao seu recebimento, ou não for encontrado, far-se-á a notificação por edital inserto no jornal oficial ou no que publicar o expediente forense, ou, na falta, afixado na sede da Junta ou Juízo.

Existe quem advogue a necessidade de se dar curador especial ao revel citado por edital, na forma do art. 9º, II do CPC, o que não se revela adequado.

Existem pedidos jurídicos que não podem ser confessados e mesmo que confessados, exigem a elaboração de prova em sentido da alegação. É o caso dos pedidos de adicionais de insalubridade ou de periculosidade, pois a revelia e a confissão do reclamado são irrelevantes, nos termos do artigo 195, § 2º, da CLT, que expressamente determina que a apuração desses adicionais se faça, exclusivamente, por meio de prova pericial, a cargo de médico do trabalho ou de engenheiro do trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.

4.3 Partes e representação dos incapazes

Somente quem tem interesse processual pode ser parte da ação, sendo parte somente todo aquele que pede ou contra quem se pede a prestação jurisdicional na ação, neste sentido, vemos que as partes podem ser físicas ou naturais, jurídicas, formais (espólio, massa falida, herança jacente e herança vacante), o condomínio, as sociedades de benemerência e todos os que contratarem empregados sob subordinação e onerosidade, para trabalho de natureza não-eventual e *intuitu personae*, como afirmam os artigos 2º e 3º da CLT.

O menor de 14 anos não pode trabalhar (CF/88, art. 7º, XXXIII) exceto se na condição de aprendiz. Pode o maior de 14 anos e menor de 18 litigar em ação judicial, mesmo sendo relativamente capaz e pode celebrar contrato de trabalho, desde que se observe a assistência paterna, de tutor, de curador ou responsável legal, podendo assinar recibos de pagamento de salário sem qualquer assistência, mas não pode firmar o recibo de rescisão final sendo que na Justiça do Trabalho, os menores de entre 14 e 18 anos deverão ser assistidos.

Em caso de ausência do pai, mãe ou tutor, caberá à Procuradoria do Trabalho oficializar como assistente do menor, sendo que em todos os casos o assistente do menor não o substitui e não pode, pois, fazer acordo em nome do assistido.

No caso de incapazes, estes serão representado em juízo por seus representantes nos termos da Lei Civil (CPC, art. 8º), decorrência da carência de norma específica trabalhista sobre a matéria.

Quanto ao depoimento do empregador, a este é facultado que se faça representar por preposto, que tenha conhecimento dos fatos da lide, conforme posição da doutrina, e segundo Emílio

Gonçalves¹⁰¹:

Ao facultar que na audiência de instrução e julgamento o empregador se faça representar pelo gerente ou por qualquer preposto, estabelece o § 1º do art. 843 da CLT o pressuposto de que o representante tenha conhecimento dos fatos, acrescentando que as declarações do último obrigarão o preponente.

Torna-se, pois, imprescindível que o preposto conheça os fatos sobre os quais versa o dissídio. Esse conhecimento não necessita ser direto. Não se exige que o preposto tenha conhecimento pessoal dos fatos, mas sim que tenha conhecimento dos mesmos. Assim, o fato de haver sido admitido na empresa após a dispensa do reclamante não impede que preste depoimento.

O reclamante, por sua vez, pode ser representado por sindicato, havendo motivo relevante para sua ausência, nos termos do artigo 791 da CLT, que afirma:

Art. 791 - Os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as 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 Advogado.

Art. 843 - Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes, salvo nos casos de reclamationes plúrimas ou ações de cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo sindicato

¹⁰¹ GONÇALVES, Emílio, **O Preposto do Empregador no Processo do Trabalho**, Ed. LTR, 2ª ed., 1.986, p. 25

de sua categoria.

§ 1º - É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento dos fatos, e cujas declarações obrigarão o preponente.

§ 2º - Se por doença ou qualquer outro motivo poderoso, devidamente comprovado, não for possível ao empregado comparecer pessoalmente, poderá fazer-se representar por outro empregado que pertença à mesma profissão, ou pelo seu sindicato.

A massa falida é representada pelo síndico; a concordata, pelo comissário; o condomínio, pelo síndico ou preposto credenciado por ele; o espólio, por seu representante, independentemente de inventário.

4.3.1 Do Juiz

Rudolf von Jhering¹⁰² afirma que:

Por mais preciso que seja o texto da lei, por mais claramente traçada que esteja forma de processo, todo o êxito da administração da justiça assenta em última análise em duas condições que devem reunir-se na pessoa do juiz, e que devem constituir o principal cuidado da legislação. A primeira é só de ordem intelectual, e respeita à ciência requerida e ao discernimento necessário para a aplicação do direito, - juiz deve conhecer a fundo a teoria e a prática do direito... A segunda condição é toda *moral*, é uma questão de caráter. Por esta palavra devemos entender a firmeza da vontade e a coragem moral necessárias para fazer prevalecer o direito sem desvios por considerações de qualquer ordem, amizade ou ódio, respeito humano ou piedade; é a justiça no sentido subjetivo: *constans ac perpetua voluntas suum cuique tribuendi*. O verdadeiro juiz não quer saber de considerações de pessoas: as partes que perante ele comparecem, não são para ele indivíduos determinados, são abstrações encarnadas no autor e no réu. Ele apenas avista deles a forma exterior, desconhecendo o individuo que esta oculta. Repelir tudo o que concretamente seja estranho à questão, elevar o caso da hipótese até à questão abstrata prevista na lei, resolvê-lo como se fora uma operação matemática, em que pouco importa o que os números representam - onças ou arráteis, tostões ou reais, tal é a verdadeira missão do juiz.

Se como vimos na repartição dos poderes, cabe ao Poder Legislativo a elaboração das leis; enquanto ao Poder executivo cabe

¹⁰² JHERING, Rudolf Von, **Zweck in Recht, A evolução do Direito**, 2ª Edição, 1.956, Ed. Progresso, p. 307

fiscalizar o cumprimento das leis e governar (administrar a coisa pública); ao Poder Judiciário cabe primordialmente a função de julgar, por ser esta sua função típica.

Adalberto Martins¹⁰³, analisando textos de Montesquieu pontifica que:

este poder de julgar se traduz na jurisdição, uma das manifestações da soberania do Estado, e que, por sua importância, não poderia ser confiada a órgãos do Executivo ou do Legislativo.

Por semântica, juiz e magistrado são sinônimas, e assim, seguirá o traçado. Ainda de acordo com Adalberto Martins¹⁰⁴:

a magistratura é a forma de exteriorização do Poder Judiciário. O poder de julgar, conferido ao Poder Judiciário, é exercido na pessoa dos magistrados. E daí a afirmação de que os juízes se confundem com o próprio poder que os acolhe.

São os magistrados de todas as cortes e instâncias que formam o Poder Judiciário, assim como os vereadores, deputados e senadores estão para o Poder Legislativo e os prefeitos e governadores e Presidente estão para os respectivos Poderes Executivos.

Os Juízes representam a figura do Estado, tem suas funções, atribuições e condições de prestação de serviço jurisdicional regulamentadas por Leis especiais, não estão adstritos ao Estatuto dos Servidores, nem tampouco a Consolidação das Leis Trabalhistas.

No Brasil a carreira de julgador se faz precipuamente

¹⁰³ MARTINS, Adalberto, **Manual didático de direito processual do trabalho**, São Paulo: Malheiros, 2006, p.59.

¹⁰⁴ Ibid, p.60.

através de concurso público, assim são nomeados e empossados depois de aprovação em concurso público de provas e títulos, salvo exceções expressamente previstas em lei constitucional pois há vagas nos Tribunais que são cargos eletivos de forma indireta.

Ensina Adalberto Martins¹⁰⁵ que:

Os poderes jurisdicionais traduzem-se no poder de direção, instrução de seus julgados. E isto porque o juiz é o *dominus processus*, competindo-lhe a condução suprema do processo.

O fato de o juiz ser o dono do processo não implicar afirmar que possui algum poder disciplinar sobre os demais profissionais do Direito que poderão estar atuando na mesma relação processual (advogado, membro do Ministério Público). Em verdade, o juiz não exerce poder disciplinar, nem se encontra em posição hierárquica superior aos demais técnicos do Direito, muito embora, no exercício de sua atividade jurisdicional, ordene, mande, revogue e pratique todos os atos inerentes ao processo que possam ajudá-lo na formação de seu convencimento, até mesmo contra a vontade de advogados e membros do Ministério Público.

São assegurados ao Juiz o poder de polícia, e as garantias para lhes resguardar a independência, a imparcialidade, pois devem ser tratados como guardiões das liberdades e dos direitos individuais, protegendo e servindo a Constituição Federal e toda a legislação pátria.

¹⁰⁵ MARTINS, Adalberto, **Manual didático de direito processual do trabalho**, São Paulo: Malheiros, 2006, p.61.

4.4 Contestação

Facultativamente, a contestação trabalhista pode ser oral ou ser entregue de forma escrita, (artigo 467 da CLT), mas sempre na primeira audiência.

Explica Antonio Cláudio Costa Machado¹⁰⁶ que:

Contestação é, de longe, a mais importante modalidade de resposta do réu. É que por meio dela se deduzem todas as defesas de mérito – vale dizer, todas as defesas que visam a demonstrar a improcedência do pedido do autor, a inexistência do seu direito, quer pela impugnação direta aos fatos ou ao fundamento do pedido (defesa de mérito direta), quer pela oposição de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos (defesa de mérito indireta) – bem como a maioria das defesas processuais que são aquelas que consubstanciam ataques à própria relação processual ou à ação (defesas processuais que se classificam em objeções ou exceções). Contestação é a ferramenta típica para o exercício do direito de defesa no processo civil.

É lícito dizer que a parte deve, em sede de contestação, requer todas as provas admitidas (artigo 332 do CPC), partindo do princípio do contraditório (liberdade de contradizer com provas).

O processo trabalhista tem no prazo da contestação, o prazo da resposta em sentido amplo, ou seja, tem a parte a oportunidade de apresentar sua defesa (ataque direto sobre o mérito), além disso é nesta oportunidade que pode requer e apresentar reconvenção e apresentar ao Juiz da causa as eventuais exceções.

¹⁰⁶ COSTA MACHADO, Antonio Cláudio, **Código de Processo Civil interpretado e anotado**, Barueri, ed. Manole, 2008, p.673

Há controvérsia seria na Justiça do Trabalho sobre a questão da reconvenção, assim como do chamamento ao processo, da denunciação à lide e da assistência, certo que a CLT é omissa nestas relevantes questões, tem a Justiça do Trabalho agido divergentemente a cada caso concreto.

Por ser parte da matéria de defesa, entendemos que a reconvenção é cabível na Justiça do Trabalho, pois é modalidade da resposta, assim como afirma Antonio Cláudio Costa Machado¹⁰⁷:

Reconvenção é contra-ataque; é a ação de conhecimento incidente que o réu move ao autor no mesmo processo, dada a sua conexão com a causa principal (*reconventio*, etimologicamente significa “citação em sentido contrário”, voltar-se contra o autor na justiça – Pontes de Miranda). A reconvenção faz nascer uma nova relação processual (envolvendo réu-reconvinte, juiz e autor reconvindo) que se desenvolve obedecendo ao procedimento em curso e que, por isso, termina pelo proferimento da sentença única com o julgamento das duas causas, a ação e a reconvenção.

A legislação trabalhista é omissa quanto a existência da reconvenção no processo do trabalho, mas o artigo 769 prevê que “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”, autorizando portanto a aplicação do CPC (art. 315 a 318), o torna a reconvenção admissível no processo do trabalho, até mesmo porque a CLT não a veda expressamente.

Expressamente contido na CLT está o artigo 767 da CLT que afirma ser a compensação e a retenção matérias de defesa. Ora se

¹⁰⁷ COSTA MACHADO, Antonio Cláudio, **Código de Processo Civil interpretado e anotado**, Ed. Manole, p. 690

o crédito que o reclamado julga deter em face do reclamante for maior do que o que se pode pedir na contestação a título de compensação ou de retenção, o reclamado deve argüir a compensação e reconvir pelo que sobejar.

Daí por questão lógica podemos afirmar que parte da defesa se dará por compensação através de reconvenção.

A sentença da reconvenção deve ser a mesma da sentença (art. 318 do CPC), o prazo de sua apresentação, por óbvio, deve ser o mesmo da contestação.

Pela autonomia da ação de reconvenção, mesmo que tenha havido extinção do processo da ação principal deverá haver julgamento da ação de reconvenção.

Diferentemente do procedimento civil, não se admite no procedimento trabalhista a defesa por negação geral. A parte deverá rebater um a um os argumentos da inicial. A inexistência de defesa pode levar ao decreto de revelia e, lógico, de confissão, mesmo que parcial da matéria não impugnada.

Se a parte autora quiser desistir da ação deverá fazê-lo antes da notificação (citação) do réu (reclamado) pois senão dependerá do consentimento deste, como acontece no procedimento civil.

4.5 Exceções

A defesa não consiste apenas em contestar o pedido da causa, pois pode o réu além de contestar, reconvir e excepcionar.

No processo trabalhista são consideradas exceções somente as alegações da parte que tratem da suspeição, impedimento e da incompetência (CLT, artigo 799) e somente estas suspendem o regular processamento do feito.

As demais exceções típicas (do processo civil), como as exceções classificadas em dilatórias que retardam o exame do mérito (falta de representação, incapacidade); e as exceções classificadas como peremptórias e que impedem o exame do mérito (coisa julgada, prescrição, litispendência, perempção); serão lançadas como matéria de defesa no corpo da contestação, não suspendem o feito e são julgadas ao final com todas as demais questões da ação e somente com a entrega da prestação jurisdicional (CLT, arts. 767 e 799, § 1º) e destas também há divergência quanto a sua aplicação nas questões do processo do trabalho.

As exceções contrariam a modalidade de defesa pois trata-se de defesa indireta, ou processual, e embora não contrarie diretamente o fato afirmado na exordial, opõe-lhe outro, ou outros, que possa(m) eliminar ou impedir o andamento e curso da ação, ensejando que ação não prossiga ou que não seja analisada como formulada diante deste incidente que deve ser analisado antes que o próprio mérito da ação, daí que são tratadas como preliminares.

Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁰⁸ afirmam que:

Em virtude da direção contrária dos interesses dos

¹⁰⁸ ARAUJO CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, Antonio Carlos de, Ada Pellegrini, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, Ed. Malheiros, 22ª Ed., p. 288

litigantes, a bilateralidade da ação e do processo desenvolve-se como contradição recíproca. O réu também tem uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais (a pretensão a que o pedido do autor seja rejeitado), a qual assume uma forma antitética à pretensão do autor. É nisso reside o fundamento lógico do contraditório, entendido como ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los; e seu fundamento constitucional é a ampla garantia do direito ao processo e do acesso à justiça.

4.6 Citação (notificação) conhecimento da lide

A citação é o ato pelo qual se dá a notícia a alguém acerca da existência de uma demanda e de que tem um prazo para apresentar defesa.

Como parte da garantia da defesa e contraditório, como parte essencial do Devido Processo Legal, em que o Estado deve dar a parte o direito de defesa em qualquer processo ou procedimento, temos que a citação do processo é fundamental para que a parte ré tenha possibilidade de manifestar-se em defesa, querendo.

Assevera Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁰⁹ que:

Procura-se dar concretude à *igualdade processual* que decorre do princípio da isonomia, inscrito no inciso I do artigo 5º - transformando-a no princípio dinâmico da *par conditio* ou da igualdade de armas, mediante o equilíbrio dos litigantes no processo...

Quanto à citação no processo do Trabalho, podemos afirmar que esta denomina-se de notificação, por força do que consta no artigo 841 da CLT e a qual devemos observar, pois como já dissemos, a Justiça do Trabalho originou-se como Ministério, compondo o executivo, somente depois transmutando-se em especialização do Judiciário, daí decorre determinadas nomenclaturas possuírem matrizes próprias para fazer caracterizar esta especialidade até nossos dias.

Ensina Martins¹¹⁰:

¹⁰⁹ ARAUJO CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, Antonio Carlos de, Ada Pellegrini, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, Ed. Malheiros, 22ª Ed., p. 89

¹¹⁰ MARTINS, Adalberto, **Manual didático de direito processual do trabalho**, São Paulo: Malheiros, 2006, p.100

O art. 841 da Consolidação das Leis do Trabalho trata da citação, muito embora o faça sob o rótulo de notificação, a qual se dá, via de regra, pelo Correio. Todavia, nada obsta a que a citação se faça por meio do Oficial de Justiça nas hipóteses em que a localidade não for servida pelo Correio ou quando frustrada a tentativa da via postal; bem com por edital, quando o reclamado se encontrar em local incerto ou criar embaraços à citação.

Citação, ou no caso da ação trabalhista, notificação, como se sabe, é o chamamento de alguém a juízo para defender-se em ação contra si proposta, inclusive por recente alteração processual valendo também diretamente para execução das sentenças dos processos de conhecimento que independem de nova cientificação.

É certo afirmar que para a validade do processo é indispensável à citação inicial do réu, sob pena de nulidade absoluta da lide.

No processo do trabalho existem alguns tipos de citação, mas a principal é citação postal que é feita pelos correios que detêm o monopólio nacional da entrega de correspondência, sempre através de registro postal com franquia e do qual presume-se válida 48 (quarenta e oito) horas depois de remetida (Sumula 16 do C. T.S.T.), bastando sua entrega ao reclamado ou no seu estabelecimento.

Há ainda, no caso de não ser encontrado o destinatário ou na recusa de recebimento, e estando os serviços postais obrigados, por força de lei, a devolver a citação postal no prazo de quarenta e oito horas, a possibilidade de notificação por mandado, feita por Oficial de Justiça (que anteriormente a mudanças recentes no Código de Processo Civil era efetivas prevalentemente na fase de execução).

Por fim, há a citação por edital, quando o réu estiver em

local incerto e não sabido.

Devemos observar que a Justiça do Trabalho não admite a citação por hora certa, por entender que tal procedimento é incompatível com os ditames do já mencionado artigo 841 e da presunção de notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua regular expedição.

Entre a audiência inaugural designada para apresentação de defesa deve e a citação do réu para esta audiência, deve haver um interregno mínimo de cinco dias.

Por ocorrer da necessidade de citação por precatória sempre que o reclamado residir em outra localidade sobre a qual o juízo processante não possua jurisdição, assim como a citação por carta rogatória quando o reclamado residir no estrangeiro.

4.7 Publicidade

Segundo Adalberto Martins¹¹¹;

trata-se de princípio segundo o qual o processo do trabalho é público, da mesma forma que públicas são as audiências, à luz do artigo 770 da Consolidação das Leis do Trabalho, salvo nos casos em que o interesse social aconselhe que os mesmos não sejam divulgados.

A publicidade traduz princípio geral do direito processual, com sede constitucional. A restrição da publicidade dos atos processuais só pode ocorrer na hipótese de defesa da intimidade ou quando o exigir o interesse social.

A regra é a publicidade dos atos processuais, permitindo-se que a sociedade fiscalize as atividades forenses.

Melhor seria, como acontece nas igrejas e templos, que as audiências ocorressem de portas abertas literalmente, sendo permitido a qualquer cidadão sua presença, desde que devidamente esteja apropriado ao ato solene que se desenvolve

Segundo Saraiva¹¹²;

somente em casos excepcionais é admitido que o processo, na Justiça do Trabalho, corra em segredo de justiça, como nas hipóteses de preservação do direito à intimidade da parte. Discriminação por motivo de doença, sexo, discussão relativa a atos de improbidade praticados pelo obreiro, assédio moral ou sexual.

¹¹¹ MARTINS, Adalberto, **Manual didático de direito processual do trabalho**, São Paulo: Malheiros, 2006, p.47

¹¹² SARAIVA, Renato, **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 166.

A publicidade traz segurança jurídica às partes, traz conforto social quanto aos caminhos da Justiça, demonstra ao povo que as decisões do Poder Judiciário não se faz as escondidas, em gabinetes às costas do cidadão.

4.8 Da conciliação

O comparecimento à audiência é, como já observamos, obrigatório na Justiça do Trabalho para ambas as partes, não havendo pois necessidade das partes requerê-lo.

Como a presença das partes é obrigatória, a primeira medida processual é a tentativa de conciliação das partes; a primeira medida será a tentativa de solução da lide por conciliação das partes.

Conciliar as partes, poeticamente falando, é permitir que as partes façam um julgamento sem intervenção do Estado; é permitir que se acertem antes que o Estado tenha que decidir pelas partes. O acordo é, em síntese, o julgamento das partes.

Prescreve a CLT em seu artigo 764;

Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.

Ratifica o apontamento o artigo 831 da CLT, dizendo que:

A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.

Parágrafo único. No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas. (Redação dada pela Lei nº 10.035, de 25.10.2000).

Antevendo a possibilidade de conciliação das partes, e com a aplicação do modelo social 'neoliberal', houve mudança da legislação, com nova redação dada ao artigo 625-D da CLT, criando a possibilidade de transação do contrato de trabalho em âmbito extrajudicial, diz o mencionado artigo:

“Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria. (Artigo acrescentado pela Lei nº 9.958, de 12.01.2000)

Faço um breve comentário político da Lei em destaque, para dizer que a mesma é reflexo da mudança de postura no Governo, que agiu como Governo, na medida e não adotou uma política de Estado.

Ocorre que o Brasil tem tradição na proteção do trabalho e das relações do trabalho, comemoramos nossa alegria como povo pacífico e submisso a ordem legal.

O Direito do Trabalho se insere em nosso ordenamento jurídico que, por definição, há de ser um todo coerente e lógico. Não pode, conseqüentemente, existir a contrariedade aos princípios básicos desse ordenamento, servimo-nos de regras rígidas que, desde a época do Estado Novo segue um modelo de Estado máximo nas relações de trabalho.

No âmbito das relações trabalhistas, o Estado de tudo cuida, legisla, executa e através do Judiciário dirime os conflitos, sendo assim, prevê e submete regras rígidas nas relações trabalhistas que obrigam 'padrões mínimos' para garantia das condições de remuneração, meio ambiente de trabalho e condições de trabalho em geral.

O Governo presidido por Fernando Henrique Cardoso, adotando posição política, e abandonando políticas sociais históricas, ou seja, àquele almejado Estado Democrático de Direito Social; na tentativa de modificação do modelo de relações laborais, para um modelo político próximo do liberalismo econômico, mas para aplicação nas relações de trabalho, implantou mudanças na organização processual para permitir a denominada 'flexibilização' dos direitos do trabalho, iniciando o processo pela exigência de submissão de qualquer demanda que seria de competência da Justiça do Trabalho para Câmaras Intersindicais de Conciliação no âmbito dos Sindicatos.

Ocorreu na prática que referidas Câmaras de Conciliação só interessava ao patrões, que viam na conciliação o sepultamento de qualquer pretensão trabalhista do empregado, se obtivessem qualquer acordo, é como prescreve a letra da Lei.

Por estes foram elaboradas e instaladas, entrando em funcionamento, tendo pouquíssima representação e peso nas decisões os Sindicatos dos Empregados, que desde ao longo dos anos vem perdendo importância de força nas negociações, sendo que a Justiça de seu lado, iniciou, mas ainda não terminou, o debate sobre a obrigatoriedade ou não da submissão de qualquer demanda ao âmbito da conciliação extrajudicial antes da possibilidade de busca do direito (direito de peticionar, artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal) na Justiça o Direito que entende possuir o demandante.

Aguarda julgamento no STF a Ação Direta de

Constitucionalidade sob n.º ADI 2237.7, entrada no STF em 29.06.2000, tendo como Relator o Ministro Octávio Gallotti, e partes Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) em face do Ilustríssimo Presidente da República do Brasil, questionando a legalidade, validade e extensão do mencionado artigo (625-D da CLT) e sem previsão de julgamento.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região se posicionou através da Súmula 02, pela não obrigatoriedade da submissão da lide à Câmara de Conciliação antes da propositura de ação trabalhista.

Não é no intuito de preservar uma ‘reserva de mercado’ aos advogados, juízes e operadores do direito, nem tampouco congestionar o já caótico Poder Judiciário quando a solução estiver ao alcance da conciliação, prevenindo o litígio, mas resta claro que, na prática, a solução dada à conciliação pelo artigo 625-D ainda não está de acordo com a real e efetiva solução para a construção de um modelo de conciliação paritária, talvez pela falta de fiscalização do Poder Público, não estipulada pela Lei que criou as câmaras de conciliação, ou seja pela falta de boa-fé das partes que tentam aproveitar o benefício da lei de forma abusiva e desonesta, como advertiu e previu ilustríssimo professor Domingos Zainaghi¹¹³:

Deve-se pressupor que a lei será utilizada de forma honesta. Eventuais abusos ou desvios devem ser fiscalizados e punidos pelo Poder Público.

¹¹³ ZAINAGHI, Domingos Sávio, **A solução Extrajudicial dos Conflitos Trabalhistas no Brasil**, Ed. Ltr, p. 76

4.9 Das provas

A palavra prova tem origem latina: *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de). Sua aplicação no universo jurídico tem a mesma raiz, pois, é da prova a demonstração que se faz o justo da decisão no processo. A utilização de meios legais para provar as alegações, por demonstração da veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.

Moacyr Amaral Santos¹¹⁴ grifa em seus dizeres 3 (três) conceitos para narrar à prova, objeto, finalidade e destinatário, e nos mostra que o sentido jurídico da palavra prova não se afasta muito do sentido comum e pode significar tanto a produção dos atos ou dos meios com as quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fato alegado, quanto o meio de prova considerado em si mesmo ou até o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade.

Afirma o jurista que:

Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. A prova tem, pois, um *objeto*. Prova-se um cálculo matemático, a distância do equador ao pólo, o grau alcoólico do vinho, a potência de uma alavanca, uma afirmação científica, um fato histórico. Tem uma *finalidade*: a formação da convicção de alguém. Tem um *destinatário*, que pode ser terceiro, ou terceiros, ou o próprio agente da demonstração.

O ensinamento de Grecco Filho¹¹⁵ demonstra não ter a prova um fim em si mesma, dizendo que “a finalidade da prova é o

¹¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral, **Primeira Linhas de Direito Processual Civil**, Ed. Saraiva, 2º vol., p. 327

¹¹⁵ GRECCO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Volume 1, 14ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999 p. 36

convencimento do juiz, que é o seu destinatário”.

Os meios e formas de apresentação da prova variam em relação à finalidade. Deve-se utilizar métodos adequados para apresentação da prova, sempre em busca da verdade do que se alegou. A regra é a admissibilidade das provas; e as exceções devem ser expressas de forma taxativa e justificada.

A Constituição Federal, no rol dos direitos e garantias individuais, prevê a produção de provas, como se vê no artigo 5º, inciso LV com a ressalva expressa do mesmo artigo no inciso seguinte LVI.

Na Justiça do Trabalho, como em qualquer procedimento judicial, a prova serve para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato ou fatos, na finalidade última que o Juiz, destinatário da prova, solucione o conflito quando divergência existe.

Quanto à prova, podemos afirmar que é regida pelos mesmo princípios que se refere ao contraditório e ampla defesa, sendo permitido às partes sua apresentação e réplica em questão de contra prova.

Segue-se que há o princípio da necessidade da prova, primeiro, porque é ônus de quem alega prova o alegado (artigo 333 do CPC e artigo 818 da CLT), exceto nos casos de inversão do ônus da prova, sendo lícito a apresentação de todas as provas legais (artigo 332 do CPC).

A prova processual deve ser analisada em seu conjunto e não isoladamente, preservando o princípio da unidade da prova, bem como por livre convencimento do Juiz, que como dito, é o destinatário da prova, da imediação (artigo 848 da CLT), que não permite a extração da prova dos autos depois de apresentada.

O processo trabalhista tende a privilegiar a prova oral, dando ênfase ao princípio da oralidade, bem como preserva o princípio da supremacia da realidade em detrimento da formal, haja vista que as relações de trabalho são comumente fraudadas por artifícios formais como contratos e terceirização, por exemplo.

É na matéria de produção das provas no Processo Trabalhista que faz as condições para as maiores divergências no âmbito da falta de segurança jurídica e carência do devido processo legal.

Observamos que não há regramento para condução da audiência no âmbito das provas. Não há necessariamente ordem estabelecida para a realização dos atos processuais em observação ao ônus da prova, como os casos de inversão do ônus da prova (aplicável nas justas causas ou nas matérias de defesa impeditivas e extintivas do direito do autor, como nas alegações de exercício do cargo de confiança ou jornada externa).

Não há segurança ou determinação rígida para a realização de perícias ou colheita de provas escritas ou orais, cabendo ao magistrado a escolha de como conduzir estas questões (nem mesmo há necessariamente deferimento em muitos casos, como nas perícias médicas ou diligenciais de constatação).

O procedimento trabalhista é carente de segurança, haja vista que muitas vezes resta impossível a parte, primeiro, a ciência de qual ato se processará na audiência inicial, ou ainda se haverá tal ato.

É comum a preclusão da prova oral quando a parte, mesmo tendo convidado sua testemunha, nos termos do artigo 825 consolidado, esta não comparece, mas pela texto legal deveria ser permitido a redesignação da audiência com intimação da testemunha.

De fato carece o processo trabalhista de ordem, de obrigatoriedade, e esta carência de expressão rígida permite as partes a condução arbitrária do andamento do processo, ferindo o conceito de devido processo legal.

4.9.1 Da prova ilícita

Como dissemos, a Constituição Federal expressamente tratou a questão da produção de prova ilícita, não a admitindo no conjunto de um processo judicial, com o dispositivo legal assim exposto: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Atento a tudo quanto dissemos, verificamos que no Estado Democrático de Direito, o legislador, assimilando a amplitude dos direitos e garantias individuais e em especial o princípio da dignidade humana, pretende com exceção da permissão de produção da prova ilícita a proteção a honra, a imagem, o domicílio, assim com a intimidade, incluindo a das comunicações, salvo nos casos permitidos no inciso XII, do mesmo artigo 5º da Constituição Federal, referente à autorização em caso de comunicações telefônicas, da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados. Como parâmetro de conflito, temos que há certas espécies de provas ilegais, como as prova ilícitas que não se confundem com as provas ilegítimas.

As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, enquanto as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual, certo então afirmar que determinadas provas ilícitas podem, ao mesmo tempo, ser ilegítimas, se a lei processual também impedir sua produção em juízo.

Ada Pellegrini Grinover¹¹⁶ entende por prova ilícita, em sentido estrito, a prova colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade.

¹¹⁶ ARAÚJO, Antonio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, Ed. Malheiros, 22ª Ed, p. 131

4.9.2 Ônus da prova

Diz o art. 818 da CLT que

a prova das alegações incumbe à parte que as fizer” e artigo 333, inciso I do CPC: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Na doutrina atual, o ônus da prova decorre de três princípios básicos, segundo Greco Filho¹¹⁷:

1) *princípio da indeclinabilidade da jurisdição*, preceituando que o juiz não tem a faculdade de eximir-se de julgar a demanda por entendê-la muito complexa ou de difícil apreciação; 2) *princípio dispositivo*, preceituando que cabe as partes a produção das provas, ficando o magistrado apenas com o dever de complementá-las; e 3) *princípio da persuasão racional na apreciação das provas*, preceituando que o magistrado deverá decidir a lide com base nas provas produzidas e não segundo suas convicções

Em princípio, no processo trabalhista, a prova é de quem pede, ou seja, de quem a alega, pois, o ônus da prova é de quem alega o fato.

Este princípio, devidamente interpretado, leva à seguinte conclusão: ao reclamante cumpre provar os fatos constitutivos do seu direito; ao reclamado incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do reclamante (artigo 333 e seguintes do CPC).

¹¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo. Editora Saraiva. 1984. p. 173.

Costa Machado¹¹⁸ leciona que:

Fato constitutivo é aquele que é apto a dar nascimento à relação jurídica que o autor afirma existir ou ao direito que dá sustentação à pretensão deduzida pelo autor em juízo. Normalmente, ao autor é atribuído o encargo de provar vários fatos constitutivos e não apenas um; tudo dependerá da maior ou menor complexividade da causa de pedir apresentada na petição inicial. A consequência do não desincumbimento do ônus da prova pelo autor é o julgamento de improcedência do pedido (*actore non probante absolvitur réus*).

Podemos dizer que o fato constitutivo do direito, àquele que traduz o direito material da pretensão da ação, é o fato capaz de produzir o direito que a parte pleiteia; geralmente é formado por vários elementos: desse complexo é que surge o direito.

Por definição, os fatos impeditivos são classificados como as circunstâncias excepcionais que retiram todos ou alguns efeitos do pedido, porque sua ausência constitui uma anomalia, eis que costumam acompanhar os fatos constitutivos, ou outros fatos constitutivos.

Os fatos extintivos da pretensão do autor são os que fazem desaparecer um direito que se reconhece preexistiu.

Por fim, fato modificativo é o que substituiu alguns dos efeitos previstos por outros novos ou os alterou sua antiga condição.

Prevendo alguns tipos de defesa específicas na Justiça do Trabalho, esta tem permitido, por construção jurisprudencial e por aplicação do artigo 333, inciso II do Estatuto Processual Civil, assim como Súmula 68, VIII e 338 III do C. T.S.T. a inversão do ônus em caso

¹¹⁸ COSTA MACHADO, Antonio Cláudio, **Código de Processo Civil, interpretado e anotado**, Ed. Manole, p. 714

de equiparação salarial, acidente de trabalho, negação de realização de horas extras sob fundamento de exercício de cargo de confiança pelo empregado ou alegação de serviço externo sem controle de jornada e frequência, ou ainda pela ausência de apresentação de controle e frequência, assim como em específicos casos de demissão por justa e pedido de reversão desta condição pelo empregado.

Nos que parece, se apropriando de termos típicos da matéria juslaboral, o direito consumerista passou a utilizar-se da palavra hipossuficiente, assim como da necessidade desta parte, o hipossuficiente, ter o direito a inversão do ônus da prova.

Hipossuficiente na interpretação do dicionário *Michaelis* tem sentido que serve de referir à pessoa economicamente muito humilde, ou que não é autosuficiente, o que não é o caso do empregado, que se sustenta de seu trabalho, nem tampouco do consumidor, que pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica que tenha condições econômicas de adquirir bens ou serviços.

A expressão hipossuficiente, utilizada primeiramente pelo eminente doutrinador Cesarino Júnior¹¹⁹, autor da prima obra *Direito Social Brasileiro*, descreve que é “todo indivíduo que necessita do produto do seu trabalho para poder viver e fazer viver a sua família”.

A extensão da qualidade de hipossuficiente tem tido um sentido que não se quis dar *a priori*, mas que já é comum sua interpretação como parte mais fraca na relação processual, que requer proteção estatal, inclusive com a inversão do ônus da prova em alguns casos.

Podemos afirmar sobre esta questão que a Justiça do Trabalho tende a aplicar em determinados casos a inversão do ônus da

¹¹⁹ CESARINO JÚNIOR, *Direito Social Brasileiro*, 1º volume, 6ª Ed. Ed. Saraiva, p. 37

prova, sem mesmo existir a previsão legal expressa para esta questão, diferente do que ocorre na relação consumerista.

Podemos acreditar e dizer que a Justiça do Trabalho, estendendo o princípio da dúvida em prol do empregado (*pro operario*), tem se inclinado a conceder a inversão do ônus da prova em muitas matérias, diante da impossibilidade do empregado de produzir determinadas provas, mas como dito, por liberalidade do magistrado, ante a carência de texto expresso nesta matéria.

Vale salientar os ensinamentos de Emília Simeão Albino Sako¹²⁰, que afirma:

A distribuição do ônus da prova se faz de acordo com as possibilidades dos litigantes, conjugada com o que se extrai da observação do que ordinariamente acontece, e segundo as máximas da experiência e as regras da vida. Seu objetivo é harmonizar os interesses do trabalhador e tomador dos serviços, quando em litígio um contra o outro. A lei assegura um tratamento diferenciado ao trabalhador, adotando parâmetros de ordem prática e pública, porque è a parte mais fraca da relação de emprego ou trabalho, razão pela qual, no processo, conta com um tratamento especial no tocante à prova.

¹²⁰ SAKO, Emília Simeão Albino. **A Prova no Processo do Trabalho**. p. 37. São Paulo, Editora Ltr. 2006.

4.9.3 Depoimentos pessoais

Sendo o comparecimento obrigatório, nos termos do artigo 843, que assevera:

Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes...

Resta analisarmos se estão as partes obrigadas a prestarem depoimentos, posto que diz o artigo 844 da CLT que:

O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão, quanto à matéria de fato.

Há omissão quanto à obrigatoriedade de deporem.

Inexistindo acordo, é faculdade do juiz do trabalho ouvir em depoimento pessoais as partes, instrumento processual destinado ao interrogatório das partes em juízo.

O artigo 848 da CLT, expressamente diz que:

Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex-officio ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes. (Redação dada ao caput pela Lei nº 9.022, de 05.04.95).

Há correntes que entendem que somente o Juiz decide pelo interrogatório da parte em audiência, não sendo permitido o requerimento da parte para ouvi-la em depoimento, posto que a CLT não prevê o instituto de depoimento das partes senão do interrogatório, adotado pelo artigo 848 citado, dada a forma de redação do

mencionado artigo, o que discordamos, posto que, sendo a parte lícito produzir provas de audiência, mesmo em caso de confissão e revelia, lhe é lícito exigir o depoimento do adversário na lide, posto que o litigante deve ser detentor do direito de reclamar da parte sua oitiva, para que depoimento pessoal produza prova nos autos, buscando atingir o princípio da busca da verdade real que norteia o processo do trabalho.

Vemos que o artigo 818 da CLT, (A prova das alegações incumbe à parte que as fizer), imputa o ônus da prova a quem alega, e a confissão por depoimento é meio lícito de prova, não podendo o magistrado privar a realização de prova quando possível.

A confissão extraída de depoimento pessoal é chamada provocada, que se distingue da espontânea, ou seja, da manifestada por petição, exatamente porque arrancada do depoimento.

Incumbe ao magistrado, como expressa o artigo 765 da CLT:

ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas

Daí decorre que na audiência, presente a parte, nada justifica a não realização da prova por preciosismo ou prejulgamento, como ocorre sob o enfoque do exclusivo direito ao interrogatório, não permitindo o depoimento.

Podemos afirmar que tem validade e aplicação no processo do Trabalho, por aplicação subsidiária nos termos do artigo 769 da CLT, o artigo 343 do Estatuto Processual Civil, que afirma;

Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a

cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

Em discordância com tal posicionamento, afirma Adalberto Martins¹²¹ que:

Percebe-se, pois, que no processo do trabalho os interrogatórios das partes traduzem faculdade judicial e não direito subjetivo das partes, não obstante as críticas que possam ser endereçadas ao dispositivo consolidado por autores renomados.

De outro lado, mais adequado ao nosso entendimento quanto a esta questão, afirma Renato Saraiva¹²²:

Os meios de prova mais utilizados na Justiça do Trabalho são: depoimento pessoal, documentos, testemunhas e perícias.

E no entanto destaca Saraiva¹²³:

...o requerimento de uma das partes para oitiva do depoimento pessoal da parte contrária poderá ser indeferido (de forma fundamentada) pelo juiz, sem que isso, necessariamente, configure cerceio de defesa, conforme se observa pelos arestos do Tribunal Superior do Trabalho...

¹²¹ MARTINS, Adalberto, **Manual Didático de Direito Processual do Trabalho**, Ed. Malheiros, 3ª Ed. p. 160

¹²² SARAIVA, Renato, **Curso de Direito Processual do Trabalho**, Ed. Método, 4ª Ed., p. 383

¹²³ *Ibid*, p. 346

4.9.4 Das testemunhas

Uma vez convocada a depor em juízo sobre fato ou ato de que tenha conhecimento, a testemunha tem o dever de prestar serviço a Justiça, pois este acontecimento é considerado serviço público, nos termos do parágrafo único do artigo 419 do Código de Processo Civil.

A testemunha não se confunde com as partes. É sempre meio de prova, e deve ser ouvida em privilégio do princípio da oralidade que norteia o processo do trabalho, sendo considerado um meio de prova consciente na declaração de uma pessoa física sobre fatos ou atos controvertidos entre os litigantes.

Ensina Renato Saraiva¹²⁴ que:

a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado (artigo 415 do CPC), sendo ela advertida pelo juiz que incorrerá em sanção penal caso faça afirmação falsa, se cale ou oculte a verdade.

Desde o pacto dos Homens, através de Moisés com Deus, firmou-se no 8º mandamento que o Homem não deveria mentir, nem dizer um falso testemunho e expressamente se fixou que "Não levantarás falso testemunho contra teu próximo" (Exôdo 20, 16).

A sociedade desgosta do alcagüete, e se neste há figura do mentiroso, do mendaz, a lei o penaliza com detenção, nos termos do artigo 342 do Código Penal Brasileiro:

Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou

¹²⁴ SARAIVA, Renato, **Curso de Direito Processual do Trabalho**, Ed. Método, 4ª Ed., p. 358

em juízo arbitral: (Redação da pela Lei nº 10.268 de 28.08.2001, DOU 29.08.2001)

A testemunha é sempre uma pessoa física; sempre uma pessoa estranha ao feito, sem interesse no resultado da lide; deve conhecer dos fatos litigiosos, diretamente ou indiretamente; deve ser capaz de depor.

Os maiores de 16 (dezesseis) anos, segundo a legislação civil podem depor, e se menores de 18 (dezoito) anos devem depor sem compromisso, e se menor de 16 (dezesseis) somente por determinação e com assistência, preenchendo determinados requisitos.

Além dessas exceções, são proibidos de depor, os incapazes, assim considerados os interditos por demência; os que, acometidos por enfermidade ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não possam discerni-los, ou, ao tempo em que devam depor, não estão habilitados a transmitir as percepções; o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhe faltam.

São impedidos de depor, os juizes, nos processo em que funcione como magistrado; a própria parte, pois como já frisamos, testemunha é a pessoa estranha à lide; e a parte somente serve para ser interrogado no processo ou para prestar depoimento pessoal se convocada.

Também são impedidos de testemunhar o tutor, os advogados; finalmente atendendo ao grau de afeto e solidariedade que normalmente os prendem às partes, o cônjuge, os ascendentes e descendentes ou colaterais até o terceiro grau, exceto se o contrário exigir o interesse público ou se tratar de causa relativa ao estado da pessoa, podendo no entanto serem ouvidos sem compromisso.

São considerados suspeitos, o condenado por crime de falso testemunho, desde que com sentença com trânsito em julgado; o que, em razão dos seus costumes, não for digno de fé, tal como o condenado por ilícitos penais, as meretrizes, o ébrio contumaz, etc.; o inimigo capital ou amigo íntimo de uma das partes; o que tiver interesse no litígio.

As testemunhas impedidas ou suspeitas podem, eventualmente, ser ouvidas, desde que estritamente necessário (CLT, artigo 829 e CPC, artigo 405), mas, em tais circunstâncias, não prestarão compromisso de dizer a verdade, e o juiz lhe atribuirá o valor que possam merecer.

A CLT trata das disposições acima transcritas, nos artigos 820 e seguintes da CLT, no entanto é latente a aplicação do Estatuto Processual Civil, de plena aplicabilidade diante das omissões da CLT, não podendo haver dúvida quanto à aplicação subsidiária do CPC.

No processo trabalhista cada parte pode indicar até três testemunhas (artigo 821 da CLT), à exceção do inquérito judicial (rescisão do contrato de trabalho de empregado estável), em que este número se eleva a seis; e aos procedimentos de rito sumaríssimo instituído pela Lei 9.957/2000 em que o limite é de duas testemunhas (artigo 852-H § 2º da CLT).

O limite legal de testemunhas é das partes, e não obsta ao magistrado a oitiva de quantas testemunhas entender necessárias ao deslinde da causa, se cada fato exigir um novo testemunho.

As próprias partes devem conduzir suas testemunhas à audiência, independentemente de notificação (CLT, art. 825), mas nada impede que as indique e se faça necessário intimá-las, sendo omissa a CLT neste aspecto.

4.9.4.1 Da contradita de testemunhas

Na eventualidade de se tratar de testemunha incapaz, impedida ou suspeita, deve o juiz de ofício não aceitá-la, mas desconhecendo o fato deve o advogado da parte interessada, contrária por óbvio a pretensão de quem produziu a prova, argüir a contradita, que significa impugná-la mediante sua incapacidade, impedimento ou suspeição, informando ao juiz, que analisando a questão deverá decidí-la de imediato (§1º do artigo 414 do CPC).

O momento oportuno para contraditar a testemunha na Justiça do Trabalho é logo após sua qualificação e antes de prestar o compromisso judicial que a Lei determina, preservando íntegro o feito, em observância as nulidades citadas nos artigos 794 ao 798 da CLT.

Da contradita cabe dilação probatória, inclusive com a juntada de documentos e oitiva de testemunhas, como se interpreta do §1º do artigo 414 do CPC.

Da decisão judicial que decidir a contradita, por ser meramente decisão interlocutória na Justiça do Trabalho, e mantido o entendimento dos fundamentos do pedido de contradita da testemunha, caberá somente consignar nos autos nos autos os protestos da parte, para futura análise em preliminar de recurso, se for o caso, medida judicial única, porque não existe outra.

Interpretamos trata-se o recurso do caso, denominado protestos, a figura jurídica típica do agravo retido verbal, lícito no procedimento civil consoante artigo 522 do CPC, denominado de protestos na Justiça do Trabalho somente por divergência semântica do hábito juslaboral.

Por não haver expressão jurídica própria, senão somente com identificação próxima com a figura jurídica dos protestos

mencionados no artigo 867 do CPC ou o protesto, em seu conteúdo geral, como forma de protestar.

É interessante a parte que, no intuito de preservar direitos, consigne protestos e os fundamente juridicamente, reiterando-os se for o caso ao final da instrução e nas razões de seu eventual recurso, se for o caso.

É relevante salientar que a consignação dos protestos deve ser fundamentada, se possível com provas, posto que é a manifestação do inconformismo, não devendo tratar-se meramente de expediente retardatário do ato sem objetividade processual.

Vemos que a contradita, ou impugnação expressa da testemunha, se dá pela convicção da parte contra a qual foi arrolada uma testemunha que denuncia o impedimento, a incapacidade, a suspeição ou interesse na demanda.

É facultado pela Lei a possibilidade da testemunha em suas razões deixar de depor, diante dos fundamentos positivos da contradita suscitada, bem como se seu depoimento lhe acarretar grave dano, ou a seu cônjuge, ou a seus parentes consangüíneos ou afins em linha reta ou colateral até segundo grau, ou ainda se deva guardar silêncio por estado ou profissão, nos termos do artigo 406, inciso I e II do CPC.

4.9.5 Dos documentos

A melhor definição da prova documental, pois documento em processo é prova, esta em Costa Machado¹²⁵, na síntese do pensamento de grandes pensadores do direito, ao afirmar que:

Documento é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento (Chiovenda) ou toda coisa capaz de representar um ato (Carnelutti). A força probante dos documentos depende de vários fatores conjugados (origem, autenticidade, veracidade, formalidade), mas não traduz superioridade em relação à força de outras provas, posto inexistir hierarquia entre ela (artigo 131 do CPC).

Por ser um instrumento representativo de um fato ou acontecimento, a prova documental compreende as mais diversas espécies: contratos, recibos, fichas, carteira de trabalho, telegramas, declarações, fotografias, publicações em periódicos, etc.

Na ação trabalhista os documentos só são aceitos se no original ou em certidão autenticada bem como os documentos juntados aos autos somente poderão ser desentranhados quando findo o processo, desde que fique traslado, ou ainda quando sua autenticidade é atestada pelo advogado da parte, que lhe confirme a forma e conteúdo.

Por ser apresentados em idioma estrangeiro, desde que acompanhados das respectivas traduções.

O momento oportuno para a juntada de documentos pelo reclamante é com a petição inicial e, quanto ao reclamado, a oportunidade e a defesa/contestação.

¹²⁵ COSTA MACHADO, Antonio Cláudio, **Código de Processo Civil, interpretado e anotado**, Ed. Manole, p. 739

Diante da aplicação subsidiária do CPC no Processo Trabalhista, na eventualidade do documento encontrar-se em poder da parte contrária, o juiz poderá ordenar a sua exibição, desde que o interessado formule pedido nesse sentido, individuando o documento, assinalando a finalidade da prova e indicando os fatos relacionados com o documento cuja exibição se pretenda, não sem detalhar as circunstâncias em que se fundar para afirmar que o documento existe e se encontra em poder da parte contrária.

A recusa na exibição implica admitir como verdadeiros os fatos que, por meio deste, se pretendia provar, assim como se aplica no processo civil (artigo 302 do CPC).

Por seu valor controverso, e diante dos princípios da oralidade e da supremacia da realidade, é importante destacar que a prova testemunhal não é prestigiada por seu conteúdo, mesmo que formal, haja vista que o conjunto probatório é que determina a validade ou invalidade de documentos, considerando os fatos e as demais provas, como já dito, a exemplo do contrato de trabalho que é um contrato realidade e não mera formalidade de anotação.

Esta observação é pertinente posto que, nos termos do artigo 9º da CLT é expressa a afirmação que

Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Portanto a mera formalidade não pode se sobrepor a realidade dos fatos comprovadas por todos os meios num processo judicial legal e em ordem.

4.9.5.1 Da admissão de documentos e da argüição de falsidade

Contra a juntada do documento pela parte, pode a outra parte, ou o próprio juiz indagar, no momento de sua apresentação; quem efetivou a juntada, a parte ou terceiro; qual a natureza e o fim visado com a prova documental, com as condições que se apresenta o documento. Todos estes questionamentos se fazem necessário para se dizer da necessidade da prova, ou quem sabe até do desentranhamento do documento ou declaração de sua invalidade.

Documentos podem conter vícios, como estampa o Novo Código Civil Brasileiro, no Livro III, Título I, dos defeitos do negócio jurídico; como do erro ou ignorância (arts. 138 a 144); do dolo (arts. 145 a 150); da coação (arts. 151 a 155); do estado de perigo (art. 156); da lesão (art. 157); da fraude contra credores (arts. 158 a 165) e da invalidade do negócio jurídico (arts. 166 a 184).

O documento pode ser falso, em todo ou em parte, e compete à parte suscitar incidente de falsidade, capaz de instaurar um incidente que somente se resolverá com perícia eventualmente, apontado ou ainda, e como já mencionado, demonstrando que o documento contém vício que o invalida na forma ou no conteúdo.

Ensina Moacyr Amaral Santos¹²⁶ que:

Impugnado o documento, assim formado ou completado, cessa a sua fé até que se demonstre, pelos meios ordinário de prova (testemunhas, documentos, perícia), a procedência ou a improcedência da impugnação.

¹²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral, **Primeira Linhas de Direito Processual Civil**, Ed. Saraiva, 2º volume, p. 415

4.9.6 Perícia

Nem sempre estará o juiz habilitado e com condições técnicas para de verificar os fatos ou provas dos autos são verdadeiras, por lhe faltar capacidade científica ou conhecimentos técnicos indispensáveis para conclusão da questão, ainda que não lhe falte capacidade jurídica.

Nesses casos, quando se fizer necessário, a prova pericial surge como o instrumento adequado e indispensável, louvando-se o magistrado nos trabalhos elaborados por especialistas na área, denominados juridicamente de peritos.

No procedimento trabalhista existem várias questões que podem ser analisadas em várias especialidades, sendo, por exemplo obrigatória a vistoria e a inspeção judicial nos casos de pedido de insalubridade e periculosidade, ou facultativa nos casos de exames médicos, levantamentos contábeis, cálculos entre outros.

A legislação não exige do Perito menos que conhecimento na área, formação acadêmica superior completa e que seja compromissado nos autos, de confiança do magistrado, haja vista que será seu laudo que embasará a decisão judicial, ainda que não se atrele as conclusões do laudo pericial à decisão judicial que ficará a cargo do magistrado dentro do conjunto fático-comprobatório.

Deferida a prova pericial requerida, ou determinada *ex officio* pelo juiz, a perícia será realizada por perito único designado pelo juiz, podendo as partes indicar assistentes.

A legislação laboral é omissa em assentar o momento da realização da perícia, se antes ou após a instrução processual, antes ou após a oitiva de depoimentos pessoais e testemunhais, sendo que a legislação contempla a possibilidade de inquirição dos peritos em

audiência adrede determinada para esta finalidade, o que, ao nosso entender, a falta de disciplina na ordem processual da realização da perícia prejudica a parte, o contraditório e a formação da convicção do magistrado, diante da necessidade de elaboração primeiro da perícia para depois ouvir as partes e testemunhas, elucidando o que a perícia não teve a capacidade de elucidar.

Da extensão da competência da Justiça do Trabalho marcada pela emenda constitucional 45 constatamos a necessidade de perito médicos para análise de pedidos como doenças e acidentes de trabalho, assim como há necessidade de peritos contábeis para cálculos e peritos grafotécnicos para incidentes processuais, não bastasse engenheiros, técnicos de segurança do trabalho como já indicado.

Não podemos deixar de citar por fim, que, nos termos do artigo 440 do Estatuto Processual Civil pode inspecionar ou determinar a inspeção de pessoas ou coisas (empresas), a fim de esclarecer fato de interesse à decisão da causa, como ensina Adalberto Martins¹²⁷:

Não existe a mínima dúvida de que referido dispositivo legal tem aplicação no processo do trabalho, à mingua de vedação expressa e total silêncio do diploma consolidado, a teor de seu art. 769. A propósito, imaginamos que o processo trabalhista traduziria campo fértil à inspeção judicial, tendo em vista a ampla liberdade na direção do processo conferida ao magistrado pelo artigo 765 da CLT.

¹²⁷ MARTINS, Adalberto, **Manual Didático de Direito Processual do Trabalho**, 3ª Ed. Ed. Malheiros, p. 172

4.9.6.1 Honorários de perito

Prescreve o Estatuto Processo Civil que a prova incumbe a quem a pretende, e por este raciocínio o custo da prova técnica judicial deveria ser suportada por quem a requereu, e com a sentença determinado o reembolso quem fosse o sucumbente da medida, mas não é necessariamente o que ocorre nas questões da Justiça do Trabalho.

Por total ausência de estipulação legal sobre a questão, não existe padrão fixo e estável para a explicitação da questão.

Havia uma Súmula do Colendo Tribunal Superior do Trabalho que determinava o pagamento da perícia pelo vencido da perícia, e seu texto dizia:

honorários periciais - responsabilidade - A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente da pretensão relativa ao objeto da perícia.

Ocorre que referida sumula teve validade e vigência entre 09.12.85 até seu cancelamento pela resolução do próprio TST nº 121 publicada no DJ 21.11.2003.

Atualmente esta em vigor, somente para a região Metropolitana da Grande São Paulo, os Provimentos GP/CR 09/2007, 10/2006 e 13/2006 emanados da Corregedoria do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que estipula responsabilidade dos honorários ao erário público e por conta do Tribunal da 2ª Região, somente e sempre que houver sucumbência do reclamante, e se este gozar do deferimento na ação de Justiça Gratuita, nos termos do artigo 4º e 9º da Lei 1060/50 compatível com o artigo parágrafo 3º do artigo 790 da CLT, não importando se é da parte sucumbente na pretensão relativa

ao objeto da perícia.

Tem sido praxe judicial em imputar a responsabilidade de pagamento pericial a parte vencida na matéria pericial.

Ocorre ainda que determinadas perícias para sua realização são necessárias e exigidas à antecipação de custas, e por vezes o reclamante não possui recursos financeiros, gerando prejuízo da prova requerida, decorrendo daí necessidade de saídas jurídicas para a prestação jurisdicional sem prejuízo do cidadão, por isso a iniciativa do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo da 2ª Região de pagamento de certas perícias, demonstra uma experiência bem sucedida, diante da carência de texto expresso para a questão de antecipação de honorários não previsto em nenhum ordenamento aplicável na Justiça do Trabalho.

4.10 Recurso e direito de recorrer

Segundo Renato Saraiva¹²⁸:

A primeira corrente, minoritária, sustenta que o recurso é uma ação autônoma em relação àquela em que as partes se encontram envolvidas, ou seja, o recurso consistiria em nova ação (de natureza constitutiva negativa) diversa da que originou a peça vestibular.

A segunda corrente, majoritária afirma que a natureza jurídica do recurso seria a de prolongamento do exercício do direito de ação, dentro do mesmo processo.

Recurso é a provocação do reexame de determinada decisão pela autoridade hierarquicamente superior, em regra, ou pela própria autoridade prolatora da decisão, objetivando a reforma ou modificação do julgado.

Em outras palavras, recurso é o remédio processual concedido às partes, ao terceiro prejudicado ou ao Ministério Público, objetivando que a decisão judicial impugnada seja submetida a novo julgamento, ordinariamente, pela autoridade hierarquicamente superior àquela que proferiu a decisão.

Em relação à natureza jurídica do recurso preferimos dizer que o recurso é um direito subjetivo processual, atuando com espécie de extensão do próprio direito de ação permitindo a reanálise da matéria pela extensão da Corte hierarquicamente superior. Segundo Mascaro Nascimento¹²⁹, os recursos trabalhistas são os seguintes:

RECURSO ORDINÁRIO – Deve ser interposto em 8 dias, das decisões finais das juntas para os Tribunais Regionais do Trabalho e das decisões definitivas

¹²⁸ SARAIVA, Renato, **Curso de Direito Processual do Trabalho**, Ed. Método, 4ª Ed., p.. 442.

¹²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Iniciação ao Direito do Trabalho**, São Paulo: Ltr, 1999, p. 587.

proferidas por estes Tribunais para o Tribunal Superior do Trabalho, em processos da sua competência originária (dissídios coletivos, mandados de segurança, impugnação de juízes classistas, ação rescisória). Para recorrer, o empregador tem de fazer o depósito da condenação até certo limite.

RECURSO DE REVISTA – cabe das decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho para o Tribunal Superior do Trabalho (Turmas), salvo em execução de sentença. No Tribunais Regionais divididos em Turmas, cabe revista da decisão da Turma diretamente para o Tribunal Superior. O prazo de 8 dias para o recurso é contado a partir da publicação do acórdão no jornal oficial, sendo este recurso de dois tipos, o primeiro por violação literal da norma; o segundo por divergência interpretativa. Não é qualquer tipo de norma cuja literal violação permite revista, mas apenas, lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal. Quanto à interpretação diversa é aquela que difere da que tiver sido dada por outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte. Este recurso é dotado de efeito apenas devolutivo.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – É para discutir questões constitucionais. O controle da constitucionalidade das leis é direto ou indireto.

AGRAVO DE PETIÇÃO – É interposto, no prazo de 8 dias, das sentenças proferidas pelo juiz presidente das Juntas de Conciliação e Julgamento na execução. É julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho. A amplitude do seu cabimento levou a jurisprudência predominante a restringi-lo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – É recurso destinado a reexaminar despachos de juízes ou relatores que negarem seguimento a recurso. Serão processados em auto separados, com cópia das peças principais do processo. O agravo de instrumento só terá efeito

suspensivo se o juiz o atribuir.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – São destinados a provocar o pronunciamento do mesmo órgão prolator da decisão, quando há lacunas, obscuridade ou contradições na redação da decisão.

AGRAVO REGIMENTAL – Cabe agravo regimental, do despacho do presidente do Tribunal ou de Turma que indeferir o recurso de embargos, do despacho do relator que negar prosseguimento a recurso, do despacho do relator que indeferir a petição de ação rescisória, do despacho do presidente da Turma que deferir, em parte, o recurso de embargos. Não cabível contra decisões colegiadas.

Por ser direito da parte o inconformismo, destacamos que o direito de recorrer no direito brasileiro tem sido preservado, até mesmo como forma de possibilidade de reanálise por outra Corte Superior a bem do aprimoramento da tese jurídica em debate.

Nos ensina Costa Machado¹³⁰

A palavra “recurso” em direito processual pode ser compreendida em quatro sentidos diferentes. Em primeiro lugar, recurso é um dos meios de impugnação de decisões judiciais (além dele, existem ações impugnativas, como a ação rescisória – arts. 485 e segs. - , o mandado de segurança, o *habeas corpus*). Em segundo, recurso é o direito subjetivo processual que a parte tem de impugnar decisões . Em terceiro, é a palavra que identifica cada um dos recursos em espécie (apelação, agravo, etc. –v. art. 496). E, finalmente, em quarto lugar, recurso é o instituto jurídico-processual que torna concreto o princípio do duplo grau de jurisdição.

¹³⁰ COSTA MACHADO, Antonio Cláudio, **Código de Processo Civil, interpretado e anotado**, Ed. Manole, p. 933

4.10.1 Duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição refere-se à possibilidade do reexame de uma demanda (administrativa ou judicial) pela instância superior, mediante interposição de recurso em face da decisão do órgão de instância inferior, e funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso.

Assim leciona Renato Saraiva¹³¹:

o princípio do duplo grau de jurisdição impõe a obrigatoriedade, pelo menos, de duas instâncias (judicial ou administrativa, conforme o caso), bem como o atinente recurso que garanta às partes a devolução da matéria apreciada à instância superior.

De acordo com Martins¹³²:

Não se trata de uma garantia constitucional, mas tão somente, um princípio processual. Vale dizer, não obstante a Constituição Federal assegure o amplo direito da defesa no art. 5º, LV, o fato é que a norma processual poderá restringir o acesso ao duplo grau de jurisdição. Assim, no processo do trabalho não se admite recurso das sentenças prolatadas nas reclamações cujo valor da causa não seja superior a dois salários mínimos, a teor do art. 2º, § 4º, da Lei 5.584, de 1970, salvo se versarem sobre matéria constitucional. Lembrem-se que o valor a ser considerado é o do salário mínimo vigente à época do ajuizamento da ação.

¹³¹ SARAIVA, Renato, **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 41.

¹³² MARTINS, Adalberto, **Manual didático de direito processual do trabalho**, São Paulo: Malheiros, 2006, p.50

4.11 Coisa julgada

É no momento em que a decisão judicial se torna irrecorrível, é que ocorre o trânsito em julgado, surgindo a denominada coisa julgada.

Renato Saraiva¹³³ conceitua a coisa julgada como:

A sentença prolatada, com ou sem resolução do mérito, poderá ela ainda ser objetivo de recurso (em regra). Todavia embora o ordenamento jurídico ainda preveja muitos recursos, o que acaba por postergar a marcha processual, o fato é que, esgotadas todas as possibilidades de recurso, a decisão torna-se irrecorrível, imutável. O mesmo ocorre quando a parte não apresenta recurso no tempo ou prazo legal (intempestividade).

Coisa julgada consiste no *status* assumido pelo pronunciamento judicial quando a decisão nele emanada não tenha sido objeto de apelo, ou mesmo se foram esgotados todos os recursos cabíveis.

Continua Saraiva¹³⁴:

A coisa julgada é definida como qualidade especial da sentença, a qual, por força de lei, torna imutáveis e indiscutíveis as questões já decididas no bojo do processo. Em outras palavras, a sentença judicial, quando acobertada pela coisa julgada, é havida como verdadeira, impedindo que seja renovada a discussão de sua parte dispositiva, atingindo não apenas autor e réu, mas também terceiros.

¹³³ SARAIVA, Renato, **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 406.

¹³⁴ *Ibid*, p. 406.

Por outro lado, frise-se que a coisa julgada é uma característica da jurisdição, uma vez que somente o ato jurisdicional está sujeito à coisa julgada, a qual confere imutabilidade e definitividade às decisões. Transitada em julgada a decisão, portanto, nenhuma outra pessoa, nem mesmo as próprias partes, outro juiz, enfim, ninguém mais poderá apreciar a matéria ali contida.

A Coisa Julgada somente obriga as partes entre as quais foi prolatada, não prejudicando nem beneficiando terceiros. A ilustre processualista Ada Pellegrini Grinover¹³⁵, inclinando-se pela posição de Liebman, afirma:

é favorável à limitação da coisa julgada apenas às partes”, resguardando ao terceiro a possibilidade de opor-se aos efeitos da sentença, que para ele são imutáveis.

Ainda nesse raciocínio é a manifestação de Ovídio Baptista da Silva¹³⁶: “irrestrita e absoluta a limitação da coisa julgada somente às partes”, em notável estudo publicado.

Moacyr Amaral Santos¹³⁷ ensina que:

A sentença diz respeito às partes na relação processual, não a terceiros, estranhos a esta. Transitando em julgado a sentença, por não caberem mais recursos, ou por não terem sido em tempo interpostos, ou, ainda por ser irrecorrível, produz ela coisa julgada, isto é, torna-se imutável: é lei entre as partes.

A doutrina divide a coisa julgada em coisa julgada formal

¹³⁵ ARAÚJO, Antonio Carlos de., GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, Ed. Malheiros, 22ª Ed., p. 45

¹³⁶ DA SILVA Ovídio Baptista, **Coletânea Sentença e Coisa Julgada**, Porto Alegre, Fabris Ed.

¹³⁷ SANTOS, Moacyr Amaral, **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 2.º Volume, 19.ª Edição, pág. 16

e coisa julgada material.

A coisa julgada formal é comum a todas as sentenças que se tornem irrecorríveis, ou seja, qualquer sentença, seja definitiva ou terminativa, que não seja permitido recorrer transita em julgado, tornando impossível sua alteração, estará acobertada pelo manto da coisa julgada formal.

Explica Renato Saraiva¹³⁸;

proferida a sentença, seja terminativa ou definitiva, a ausência de recurso no prazo legal ou o esgotamento dos apelos possíveis, tornando a decisão imutável, enseja a formação da coisa julgada formal.

Ou seja, a coisa julgada formal existirá em qualquer processo, consistindo na situação concreta de não ser mais cabível nenhum recurso, surgindo, portanto, como consequência da preclusão recursal e da irrecorribilidade da matéria.

A coisa julgada material é típica das sentenças definitivas, em que houve a resolução do mérito.

Transita em julgada a decisão definitiva, ocorre à coisa julgada material, ou seja, julgou a matéria objeto da prestação jurisdicional e dela não cabe mais recurso, tornando-se imutável a decisão, não sendo permitida a rediscussão da sua parte dispositiva dentro do mesmo processo nem em outra relação jurídico-processual.

De acordo com Saraiva¹³⁹:

a sentença que julgar o pedido (sentença de mérito), ao

¹³⁸ SARAIVA, Renato, **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 407.

¹³⁹ Ibid, p. 408.

transitar em julgado, produz a denominada coisa julgada material, também designada de *res judicata*.

Na mesma lição, nos ensina Saraiva¹⁴⁰:

A diferença crucial entre ambas reside no fato de que, quando o processo é extinto sem resolução do mérito, se permite a renovação da demanda, porque não há coisa julgada material, em razão de decisão não ser definitiva, mas apenas coisa julgada formal. Ao revés, quando ocorre a resolução do mérito não se permite a renovação da ação, justamente porque a decisão se tornou definitiva e imutável, atingindo toda e qualquer demanda seguinte, a qual seja idêntica à anterior, formando-se a coisa julgada material.

¹⁴⁰ SARAIVA, Renato, **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 408.

5. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO

Parece-nos necessário transcrever novamente o artigo 769 da CLT que disciplina os requisitos para aplicação subsidiária do Direito Processual Comum ao Processo do Trabalho, porque sua redução é auto-explicativa, contendo a seguinte redação:

Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Conforme a redação do referido dispositivo legal, são requisitos para a aplicação do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho:

a) omissão da CLT, ou seja, quando a CLT, ou a legislação processual extravagante não disciplina a matéria;

b) compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho. Vale dizer: a norma do CPC além de ser compatível com as regras que regem o Processo do Trabalho, deve ser compatível com os princípios que norteiam o Direito Processual do Trabalho, máxime o acesso à Justiça e o devido processo legal.

Em voga o debate, vemos que recentes alterações do Código de Processo Civil, em especial pelo conteúdo das Leis 11.187/2005, 11.232/05, 11.276/06, 1277/06 e 11.280/2006, fez renascer as discussões sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho e se é possível a aplicação da regra processual civil se há regra expressa em sentido contrário na CLT, com sucedâneo das vantagens ao processo no que se refere à celeridade e a efetivação.

Parece apropriado manter íntegro o pouco que resta de efetivo na disciplina processual trabalhista, suas vantagens e desvantagens em comparação ao direito processual civil, não devendo aceitar as vantagens de um lado e de outro, ficando sem rosto a segurança processual ao bem prazer do julgador, criando uma instabilidade processual a cada feito e a cada local de tramite da ação, embaraçando o conhecimento jurídico como se houvesse vários códigos ou nenhum, ou como se cada juiz tivesse em mente *seu* próprio Código Processual.

É este justamente o argumento daqueles que exigem a nova formulação de uma ferramenta processual trabalhista autônoma das demais.

A aplicação de uma norma específica processual ao direito do trabalho deve ser o caminho a ser perseguido pelos processualistas, abdicando definitivamente da aplicação subsidiária do processo civil no processo do trabalho, pondo ponto final na carência de legislação específica na matéria que já tem *status* de Justiça Especializada quanto ao direito material, ainda que não possua autonomia processual para cuidar de sua matéria.

Teixeira Filho¹⁴¹ se apresenta contrário à aplicação do Código de Processo Civil quando a Consolidação das Leis do Trabalho apresentar norma própria para sua consumação, afirmando:

Todos sabemos que o art. 769, da CLT, permite a adoção supletiva de normas do processo civil desde que: a) a CLT seja omissa quanto à matéria; b) a norma do CPC não apresente incompatibilidade com a letra ou com o espírito do processo do trabalho.

¹⁴¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Processo do Trabalho – Embargos à Execução ou Impugnação à sentença?** (A propósito do art. 475-J, do CPC), *In* Revista LTR 70-10/1180.

Não foi por obra do acaso que o legislador trabalhista inseriu o 'requisito da omissão antes da compatibilidade: foi, isto sim, em decorrência de um proposital critério *lógico-axiológico*.

Desta forma, para que se possa cogitar da compatibilidade, ou não, de norma do processo civil com a do trabalho é absolutamente necessário, *ex vi legis*, que antes disso, se verifique, se a CLT se revela omissa a respeito da material. Inexistindo omissão, nenhum intérprete estará autorizado a perquirir sobre a mencionada compatibilidade. Aquela constitui, portanto, pressuposto fundamental desta.

A exemplo da controvérsia da aplicação subsidiária de normas processuais civis no direito do trabalho, encontra eco nas novas ementas da Justiça do Trabalho, emanadas do mesmo Tribunal por Turmas distintas, manifestando-se distintamente sobre o mesmo assunto e sobre a possibilidade de aplicação subsidiária, como podemos ver:

Aplicação do art. 475-J da CLT. O art. 880 da CLT dispõe sobre a citação, prazo de cumprimento do respectivo mandado, bem como a opção de garantia do juízo para possibilitar a discussão da execução, enquanto o art. 475-J do CPC traz um prazo para pagamento diverso, deixa de exigir garantia para a discussão da execução e ainda põe a exigência de uma multa, na hipótese de não pagamento tempestivo, o que revela a incompatibilidade entre ambos os procedimentos, não implementando as condições do art. 769 da CLT e afastando a aplicação do art. 475-J do CPC no processo do trabalho. (TRT/SP - 01903200738102000 - RO - Ac. 6ªT 20090877041 - Rel. RAFAEL EDSON PUGLIESE RIBEIRO - DOE 16/10/2009)

MULTA DO ART. 475-J DO CPC - É perfeitamente cabível no processo do trabalho a multa do art. 475-J DO CPC,

pois sendo um benefício para o trabalhador, é acolhida pelo caput do art. 7º da Constituição Federal e pelo § único do art. 8º da CLT. Vemos a multa em questão como um avanço do processo de execução e o Direito do Trabalho não pode ficar atrás do processo civil. Seria um contra-senso e violaria a sistemática de nosso ordenamento jurídico dar aos direitos comuns mais facilidade para execução e não reconhecer para os créditos trabalhistas estas mesmas condições, eis que a lei reconhece que estes últimos são privilegiados e têm natureza alimentar. Estaríamos aceitando a situação absurda de que um empréstimo, por exemplo, de uma financeira possa ser cobrado com a multa em tela enquanto que a cobrança de um mês de salário, não. O direito do Trabalho, dadas as suas características, absorve sempre qualquer melhoria no processo de execução que tenha origem do processo civil. Mantenho a decisão. (TRT/SP - 00545200946202000 - RO - Ac. 11ªT 20090896941 - Rel. JOMAR LUZ DE VASSIMON FREITAS - DOE 27/10/2009)

Outras correntes, abdicando da segurança jurídica do devido processo legal, preferem manifestar-se favorável à aplicação das normas processuais civis face do processo do trabalho, mesmo quando contrarias texto processual trabalhista já expresso, como Souto Maior¹⁴², que argumenta que o sobre a efetividade processual, e a eventual melhoria da prestação jurisdicional trabalhista, deve esquecer-se da segurança jurídica e do devido processo legal, sob os seguintes fundamentos:

Das duas condições fixadas no artigo 769, da CLT, extrai-se um princípio, que deve servir de base para tal análise: a aplicação de normas do Código de Processo Civil no procedimento trabalhista só se justifica quando for

¹⁴² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Reflexos das Alterações no Código de Processo Civil no Processo do Trabalho**. Revista LTR 70-08/920.

necessária e eficaz para melhorar a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista.

(...) O direito processual trabalhista, diante do seu caráter instrumental, está voltado à aplicação de um direito material, o direito do trabalho, que é permeado de questões de ordem pública, que exigem da prestação jurisdicional muito mais que celeridade; exigem que a noção de efetividade seja levada às últimas conseqüências. O processo precisa ser rápido, mas, ao mesmo tempo, eficiente para conferir o que é de cada um por direito, buscando corrigir os abusos e obtenções de vantagens econômicas que se procura com o desrespeito à ordem jurídica.

Pensando no aspecto instrumental do processo, vale lembrar que o direito material trabalhista é um direito social por excelência, cuja ineficácia pode gerar graves distúrbios tanto de natureza econômica quanto social.

(...) Ainda nesta linha, de fixar pressupostos teóricos necessários para a análise da questão da subsidiariedade do processo comum ao processo do trabalho, partindo do princípio de que se deve priorizar a melhoria da prestação jurisdicional, é importante, por fim, deixar claro que sendo a inovação do processo civil efetivamente eficaz, não se poderá recusar sua aplicação no processo do trabalho com o argumento de que a CLT não é omissa. Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido neste sentido no processo civil, sob pena de se negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios da aplicação subsidiária do processo civil. Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais

simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usar a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter por efeito um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo.

Em suma, quando há alguma alteração no processo civil o seu reflexo na esfera trabalhista só pode ser benéfico, tanto no prisma do processo do trabalho quanto do direito do trabalho, dado o caráter instrumental da ciência processual.

O argumento bem fundamento do nobre julgador merece ressalvas, pois se esquece da *práxis* e do devido processo legal, da segurança jurídica e da observância e prevalência do conhecimento comum, da previsibilidade do ato, permitindo o contraditório e a ampla defesa.

O Processo não pode ser um turbilhão, um rolo compressor, e deve atingir seu fim por meios claros e objetivos, dando segurança as partes, permitindo o devido processo legal, sereno por assim dizer; compatíveis por normas e procedimentos uniformes, onde quer que se apresente, de forma consensual com as demais normas e princípios e igual a todos, para propiciar o princípio da dignidade humana.

A previsão legal, àquela mencionada na separação de poderes e que faz o Estado funcionar em ordem e exatidão, atribuindo a cada qual a responsabilidade por sua atividade e permitindo aos poderes o controle entre si de suas forças, deve mediar esta situação, não permitindo ao julgador, representante do poder judiciário, que se aproveite de qualquer lei, onde quer que esteja, a bem de algum princípio do direito material, colocando de lado a segurança jurídica, o

ordenamento processual, o contraditório e a ampla defesa, subjugando a aplicação Lei, que a cada caso e cada Juiz pode ser aplicada a seu *bel* prazer.

O direito processual do trabalho é carente sim de legislação, falta-lhe essência e métodos próprios, pois os métodos emprestados já não mais lhe servem e por vezes trazem prejuízos os jurisdicionados, portanto ao cidadão.

O novo processo trabalhista, que nascerá com um código próprio, deve propiciar um melhor acesso do trabalhador à Justiça, bem como suas regras processuais devem convergir para um célere e efetivo acesso à Justiça do Trabalho, com segurança as partes, aplicação de procedimentos comuns em todos os casos, agindo com impessoalidade indistintamente para apresentar-se em ordem do devido processo legal.

Os argumentos contrários a não aplicação do ordenamento trabalhista no processo provam que a interpretação isolada da CLT não é suficiente no âmbito processual, pois por vezes contraria princípios constitucionais do processo, máxime o do acesso efetivo e real à justiça do trabalho, duração razoável do processo, bem como a uma ordem jurídica justa, para garantia acima de tudo, a dignidade da pessoa humana do trabalhador e melhoria da sua condição social, mas não é por isso a aplicação irrestrita do CPC ou de qualquer outra norma processual alienígena deva ser aplicada a cada caso, a cada processo, por cada juiz, em especial quando a norma contrarie expressa manifestação já contida na CLT.

Se assim fosse admitido, cada caso se deveria dar uma interpretação, aplicando um regra processual de outra competência no Direito Processual do Trabalho, para atingir o resultado, mas não é esse o caminho.

Resta evidente que os argumentos desembocam na necessidade premente de realização de um Código de Processo Trabalhista e não da aplicação de outras normas na omissão ou outras que contrariem o que já é expresso no texto consolidado.

O Direito Material do Trabalho adota o princípio protetor, e tem como um dos seus vetores a regra da norma mais benéfica, mas este princípio não pode servir no que tange ao processo para aplicação de qualquer lei em benefício da causa, pois ofende o contraditório a ampla defesa, ofendendo assim o devido processo legal, pois causa incomodo a 'flexibilização' irrestrita a cada caso; causando espanto a cada procedimento, carecendo o processo de segurança jurídica.

O Direito Processual do Trabalho não pode se subjuar ao Direito Processual Civil, especialmente quando a norma seja contrária à CLT.

O direito material não está acima do direito instrumental, e o princípio da norma mais benéfica, não se aplica a questão de escolher dentre duas regras a mais efetiva, senão ao intérprete deveria se valer dos princípios da equidade, razoabilidade e proporcionalidade, o que só seria aplicável em face da total omissão de legislação específica, o que não é o caso.

Diz com propriedade João Baptista Lopes¹⁴³, referindo-se ao princípio da proporcionalidade na seara processual:

no campo do processo civil, é intensa sua aplicação, tanto no processo de conhecimento como no de execução e no cautelar. No dia-a-dia forense, vê-se o juiz diante de princípios em estado de tensão conflitiva, que o obrigam a avaliar os interesses em jogo para adotar a solução que

¹⁴³ LOPES, João Batista. **Princípio de Proporcionalidade e Efetividade do Processo Civil**. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni, São Paulo, RT, 2005, pág. 135.

mais se ajuste aos valores consagrados na ordem jurídica. O princípio da proporcionalidade tem íntima relação com a efetividade do processo na medida em que, ao solucionar o conflito segundo os ditames da ordem constitucional, está o juiz concedendo a adequada proteção ao direito e atendendo aos escopos do processo.

Afirma Ísis Almeida¹⁴⁴ que

se é certo que um direito processual sempre contém princípios básicos de fundo e de forma comuns a outras espécies de direito adjetivo, é certo, por outro lado, que, na interpretação e na aplicação desses princípios, o juiz ou jurista tem de levar em conta a índole do direito substantivo a que correspondem às regras em exame.

Com didática exemplar o processualista Cândido Dinamarco¹⁴⁵ explica que:

Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. Repudia-se um juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico. Ele é um instrumento político de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso. As leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. Em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões que as considerem isoladamente e imponham o comando emergente da mera interpretação gramatical. Nunca é

¹⁴⁴ ALMEIDA, Ísis. **Manual de Direito Processual do Trabalho**, 9ª Edição, 1º Volume: São Paulo, LTR, 1998, p. 19.

¹⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 12ª Edição, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 361.

dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática) e, sobretudo à luz dos valores aceitos (interpretação sociológica, axiológica).

5.1. AUSÊNCIAS E CARÊNCIAS LEGAIS DE GARANTIAS PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Feitas as considerações sobre a aplicação subsidiária de normas do processo civil em relação ao processo trabalhista, face às garantias constitucionais do processo, asseguradas principalmente nos incisos LIV, LV do art. 5º da Constituição Federal, ou seja, entre os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa para efetividade da tutela jurisdicional no processo trabalhista, cabe considerar que muitas lacunas legais existem e devem ser sanadas.

Expressa o inciso LV do art. 5º da C.F. que:

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O inciso LIV do mesmo artigo é claro e auto explicável ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A Constituição Federal incorporou de forma expressa o princípio do devido processo legal como garantia constitucional do jurisdicionado e este princípio configura verdadeira dupla proteção ao cidadão na medida em que atua tanto no âmbito material de proteção ao direito da liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar ao indivíduo paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa.

É sempre importante destacarmos que o devido processo legal tem como sustentáculos a ampla defesa e o contraditório, assegurados nos incisos constitucionais supracitados.

Ensina Alexandre de Moraes¹⁴⁶, ao tratar sobre estas garantias processuais, que

Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe versão que melhor apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Entendemos que o devido processo legal, no âmbito processual, significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes e quando não existem cabe ao Poder Legislativo a resolução da questão com efetivação da garantia ao princípio a realização de Lei para regulamentar esta ausência.

O destinatário da Justiça é o próprio jurisdicionado e o Estado não pode se omitir naquilo que lhe é obrigação.

Há a exigência de paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa, e o processo trabalhista hoje é defeituoso, dependente de interpretação analógica de outras legislações ao procedimento trabalhista, na realidade, a paridade de armas tem como destinatário não apenas o Estado, mas também a parte contrária, e esta lacuna causa problemas e dificuldade ao contraditório diante da imprevisibilidade dos procedimentos judiciais na Justiça do Trabalho.

¹⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 361.

Alguns exemplos atuais ilustram o problema: ninguém converge dizer se um juiz ou vara fará a oitiva de testemunhas ou depoimento pessoal antes ou depois de realização de uma perícia.

A própria perícia não está incluída numa ordem processual, se duas, qual a ordem de realização, se três, nada fala os instrumentos processuais atuais.

Pode o juiz admitir ou não a ausência de testemunha, adiando ou não o prosseguimento da instrução, dando o juiz à interpretação que bem lhe convier ao feito diante da ausência da testemunha (artigo 825 da CLT).

Na fase de execução, é necessário ou não a intimação do devedor, aplicasse ou não a multa do artigo 475-J do CPC, certo que estas indagações são parte de um rol infundável de queixas de falta de segurança processual que todo militante sente ao ingressar com o pleito trabalhista na Justiça Especializada.

Estes exemplos pontuam questões simples, corriqueiras, e outras mais graves se apresentam na imprevisibilidade da carência de recursos quando o arbítrio é cometido, ou quando a legislação débil sequer é efetivada por falta de critérios claros para sua aplicação.

A falta de previsibilidade processual é sério comprometimento da segurança jurídica e do devido processo legal, que pode comprometer a ordem, e as garantias fundamentais, trazendo ofensa ao princípio da dignidade humana, que por fim, compromete o Estado e a paz social.

Percebe-se assim a importância da segurança jurídica, da validade e necessidade da garantia do princípio do devido processo, do contraditório, da ampla defesa, sendo estas garantias processuais,

motivo pelo qual parte da doutrina chega a admitir que este princípio do devido processo legal, assegurado pela ampla defesa e pelo contraditório, seria um princípio absoluto que sempre há de ser observado, sob pena de nulidade do processo.

Domingos Sávio Zainaghi¹⁴⁷ demonstra objetivamente as dificuldades do operador de direito do Trabalho quando traz os problemas de interpretação a norma, entre outros quando comenta as dificuldades processuais que se extraem de medidas urgentes ao falar de embargos à execução, como vemos:

Não há unanimidade na doutrina quanto ao cabimento destes embargos no processo do trabalho. Para uns, não cabem embargos contra decisão que homologa a arrematação ou adjudicação, entendendo que contrais decisões cabe agravo de petição. Outra corrente entende que cabem embargos na forma prevista na própria CLT (ART.884). Uma terceira corrente entende plenamente aplicável o dispositivo do CPC, por omissão da CLT, pois os embargos os embargos previstos no art. 844 são cabíveis somente após a realização da penhora ou do depósito garantidor da execução. Discorda, ainda, da primeira corrente, pois afirma que a decisão que homologa a arrematação ou adjudicação é irrecorrível, devendo ser atacada via embargos, pois tal decisão é similar à sentença de liquidação, ou seja, meramente homologatória. Problema sério instala-se, pois as três correntes têm lógica. Nós nos filiamos a última.

O processo ou procedimento deve ser disciplinado, rígido, assegurando as partes o tratamento isonômico sendo que a insegurança jurídica compromete a isonomia, no exercício das faculdades processuais, valendo como devido processo legal para

¹⁴⁷ ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Processo do Trabalho**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 114.

todos.

Para esta qualificação se almeja o significado da supremacia absoluta e incontestável do contraditório e da ampla defesa sobre outros princípios de nosso ordenamento, no que se refere ao processo.

Temos em mente que a Constituição garante o respeito à dignidade, segurança e previsibilidade nas questões da pessoa humana (art. 1º, III, da C.F), fundamentando a questão em observância ao direito do trabalhador e aos direitos sociais (art. 6º e 7º da C.F), cremos que a presente discussão demonstra a precária situação do devido processo legal no âmbito da Justiça do Trabalho, e do acesso à tutela da justiça (efetividade da tutela – art. 5º LXXVIII da C.F.).

Dever-se ter em mente que o Direito Processual possui na verdade uma função meramente instrumental, mas deve ser formal, regular e uniforme.

O direito processual não possui um fim em si mesmo, devendo este procurar sempre cumprir sua função de garantir efetividade ao direito material, no presente caso, o direito do trabalho e desta forma deve-se aprimorar o direito processual com a mesma agilidade que se renovam as condições sociais, pois sem a mesma agilidade sempre haverá retardo na prestação jurisdicional.

É esta insegurança jurídica, sentida no processo, que é em última análise a responsabilidade do Estado, através do Poder Judiciário de equilibrar o convívio social e permitir a felicidade da nação.

6. CONCLUSÃO

Os conceitos básicos de Cidadania, Direito e Justiça nascem em primeiro âmbito do convívio social.

Um povo se funde em nação, assume um território, constitui um Governo, no nosso caso um Governo moderno, um Estado Democrático de Direito, com Constituição rígida; daí esse cidadão espera que das relações interpessoais, que se forma o Estado, se tenha garantias e proteção, na busca do bem estar comum, abdicando de certas liberdades, e submetendo-se as leis, em troca da garantia de sobrevivência e do bem estar.

Este Estado Democrático de Direito, com opção constitucional de liberdade, privilegia as garantias fundamentais e a proteção da dignidade humana, prestigia e protege as relações sociais e em especial as relações de trabalho.

Temos em mente que a Constituição garante o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da C.F), fundamentando a questão em observância ao direito do trabalhador e aos direitos sociais (art. 6º e 7º da C.F).

Ocorre que, a nosso ver, a proteção ao Direito Material do Trabalho tem encontrado óbice no acesso à tutela jurisdicional (efetividade da tutela – art. 5º LXXVIII da C.F.) por ausência de garantias processuais e carência de segurança jurídica no âmbito da Justiça do Trabalho, diante da ausência de um Estatuto Processual Trabalhista.

Este trabalho encerra uma crítica a ausência de um ordenamento processual específico e dependência do direito processual trabalhista da utilização de mecanismos processuais civis, ou de legislação esparsa, contrários aos regulamentados

expressamente na CLT.

Creemos que a presente discussão demonstra a precária situação do devido processo legal no âmbito da Justiça do Trabalho.

O Direito do Trabalho tem várias fontes, vários institutos e princípios, no entanto não tem legislação processual própria, senão poucos procedimentos estipulados pela CLT que tem sido aparelhado com os ensinamentos de outras disciplinas, isto por ser escassa, antiquada e por vezes omissa, abdicando assim o procedimento trabalhista de sua especialidade enquanto ramo autônomo do direito de escolher as diretrizes e a instrumentalização do exercício do direito processual face à demanda do direito material.

O Judiciário Trabalhista, refém desta carência de legislação específica e por imposição prática, arrimado em apoio didático do artigo 769 da CLT, tenta 'driblar' esta carência com a realização das ferramentas processuais típicas do procedimento civil, mas o resultado por vezes é a insegurança do jurisdicionado que pretende a prestação jurisdicional e não encontra segurança jurídica e nem tampouco antevê quais procedimentos seguros serão efetivados nos autos para garantia de seus direitos.

Essa carência, que repito, é a carência de um Código de Processo Trabalhista, permite a plena condução do processo ao talante do magistrado, como se esse é quem tivesse dentro de si um código de procedimento, um código processual.

Vemos que tal condição excepcional ofende o Estado, ofende a Democracia, por atingir princípios constitucionais de primeira ordem como o devido processo legal, que abarca em seu conteúdo o direito ao contraditório e a ampla defesa, conferindo ofensa às garantias fundamentais e por fim atingindo o princípio da dignidade humana.

Se observarmos que o Direito Processual do Trabalho é, por definição, meio, por tratar-se mero instrumento da prima finalidade que é de atuar, na prática, tornando efetivo e real o Direito material do Trabalho, como pode este mecanismo não dispor de regulamento próprio e depender de interpretação para cada caso em concreto de aplicação de legislação alienígena para cada situação, diante da escassez de suas normas.

Basta para alguns a aplicação subsidiária do Processo Civil, nos termos do artigo 769 da CLT, mas a realidade é que não existe uma especificidade processual laboral e muitos procedimentos judiciais não encontram eco na legislação que deveria ser ordenada, obrigatória e impessoal, permitindo o livre acesso ao Judiciário e garantias do devido processo legal em cada processo.

Já percebemos o grande movimento dos estudiosos do direito que, no âmbito civil, já discutem a constitucionalização do processo, enquanto no âmbito trabalhista se discute a relação e aplicação do direito processo civil no processo trabalhista, mesmo quando a CLT discorda expressamente de tal entendimento.

O novo processo trabalhista, que nascerá com um código próprio, deve propiciar um melhor acesso do trabalhador à Justiça, bem como suas regras processuais devem convergir para um célere e efetivo acesso à Justiça, permitindo segurança as partes quanto a forma dos procedimentos a serem realizados, forma comum em todos os casos, agindo com impessoalidade indistintamente para apresentar-se em ordem do devido processo legal.

O que se pede ao final destas parcas linhas é que, dentro da ordem jurídica existente, o Estado, por seus Poderes distintos e devidamente constituídos, formulem um Código de Processo Trabalhista capaz de regulamentar as questões praticas do direito

processual trabalhista, retirando este da escuridão da interpretação de outras normas enquanto ramo específico do Direito.

Um Código de Processo Trabalhista, com observância dos princípios e garantias, fundamentado no Estado Democrático de Direito, com observação das normas constitucionais do devido processo legal, tudo para possibilitar a prevalência das Garantias Individuais e privilegiar o princípio da dignidade humana.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2004.
- AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11 ed., São Paulo : Malheiros, 1996.
- ALMEIDA, Ísis. Manual de Direito Processual do Trabalho, 9ª Ed, São Paulo, LTR, 1998.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. Manual de direito processual civil. vol.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2001.
- ARISTÓTELES. Política. in Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- ARRUDA, Samuel Miranda. O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo. Brasília: Brasília Jurídica. 2006.
- ARAÚJO, Antonio Carlos de., GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, Ed. Malheiros, 22ª Ed.
- ARENDT, Hannah, A condição humana, RJ, Editora Forense Universitária.
- AZAMBUJA, Darcy, Teoria Geral do Estado, 29ª Ed. Globo
- BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2005.
- BASTOS, Celso. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de Direito Judiciário do Trabalho, 2ª ed, São Paulo, LTR, 1985.
- BEBBER, Júlio César. Princípios do Processo do Trabalho, São Paulo: LTR, 1997.
- BOBBIO, Norberto et alii. Dicionário de política. 6 ed. Trad. Carmem Varrialle et alii. Brasília: Ed. da UnB, 1994
- _____, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

- _____, Norberto. A Teoria das Formas de Governo. 2. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1980.
- _____; BOVERO, Michelangelo (Org.). Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BONAVIDES, CAMPANHOLE, Adriano e Hilton Lobo Campanhole. Constituições do Brasil. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- BONAVIDES, Paes de Andrade. História Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BONAVIDES, Paulo Curso de Direito Constitucional, 7ª, São Paulo: Malheiros, 1988.
- _____, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça. Florianópolis: Habitus, 2001.
- CALMON, Pedro. Curso de Teoria Geral do Estado. Rio/São Paulo: Freitas Bastos, 1964.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- _____, J.J. Gomes. Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, 2a. edição, 1984.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 30ª ed, São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHO, José Orlando Rocha de. Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.
- CHAVES, Luciano Athayde. A Recente Reforma no Processo Comum Reflexos no Direito Judiciário do Trabalho. 2ª . São Paulo: Ltr. 2006.
- CITTADINO, Gisele. Pluralismo. Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COSTA MACHADO, Antonio Cláudio da, Código de Processo Civil,

- interpretado e anotado, Barueri, ed. Manole, 2007
- CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do Direito Constitucional. 2. ed. rev. _____, . Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.
- DALLARI, Dalmo. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- _____, Maurício Godinho. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho, São Paulo, LTr, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo, 12ª ed, São Paulo, Malheiros, 2005.
- _____. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo, Malheiros, 1995.
- DONATO, Messias Pereira. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1979.
- ENGELS, Friedrich. A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. Tradução de Leandro Konder. 14. ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1997.
- FARIAS, Edilson Pereira. Colisão de Direitos, São Paulo: Sérgio Antonio Fabris, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia possível. São Paulo: Saraiva, 1972.
- _____. Curso de Direito Constitucional. 21ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1994.
- FIÚZA, César. Direito Civil - Curso Completo, Del Rey Ed., 5ª ed., 2002.
- FURTADO, Emmanuel Teófilo. Preconceito no trabalho e a discriminação por idade. São Paulo: LTr, 2004.
- GALENO, Lacerda. Requisitos do Mandado de Injunção. Zero Hora, Porto Alegre, RS, 25.10.88.
- GARVEY, John H. e ALEINTKOFF, T. Alexander. Modern constitutional theory : a reader, St. Paul : West Publishing, 1991.

- GODINHO, Mauricio. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed., São Paulo: LTr, 2004.
- GOMES, ORLANDO, Curso de Direito do Trabalho, Forense, 1984.
- GOMES, Fábio. Carência de Ação. São Paulo: Rt, 1999.
- GONÇALVES, Emílio. O Preposto do Empregador no Processo do Trabalho, São Paulo: LTR, 1986.
- GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades, São Paulo: ed. Saraiva 1989.
- _____. Direito Processual Civil Brasileiro. Volume 1, 14ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta, São Paulo, RT, 1998.
- GUERRA FILHO. Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, 4ª ed, São Paulo: RCS, 2005.
- HAMILTON, Alexander, JAY, John, MADISON, James. O Federalista. In Os Pensadores. São Paulo: Victor Civita Editor, 1979.
- JHERING, Rudolf von, Zweck in Recht, A evolução do Direito, 2ª Edição, 1.956, Ed. Progresso
- JÚNIOR, Cesarino, Direito Social Brasileiro, 1º volume, 6ª Ed. Ed. Saraiva
- Kelsen, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____, Teoria do Estado, São Paulo: Martins Fontes, 2000
- LIMA, Francisco Meton Marques de. Elementos de direito do trabalho. 10ª ed. São Paulo: LTR, 2004.
- LIMA, George Marmelstein. Os Direitos Fundamentais e o Poder Judiciário. Fortaleza: Premium, 2001.
- LOPES, João Batista. Princípio de Proporcionalidade e Efetividade do Processo Civil. São Paulo, RT, 2005.
- MAGANO, Octavio Bueno. Manual de direito do trabalho. Parte geral, 4ª ed. São Paulo: LTR, 1991.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Reflexos das Alterações no Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. Revista LTR 70-08/920.
- _____. A fúria, Revista Trabalhista Direito e Processo, Rio de Janeiro, Forense, julho/setembro de 2002.

- MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 24ª ed. rev. atual./pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado. Tradução de Alceu Amoroso Lima. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959.
- MARQUES, Christiani. O contrato de trabalho e a discriminação estética. São Paulo: LTr, 2002.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual esquemático de direito e processo do trabalho. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MARTINS NETO, João dos Passos. Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARTINS, Adalberto, Manual didático de direito processual do trabalho, São Paulo: Malheiros, 2006.
- MARTINS, Sergio Pinto. Curso de direito do trabalho. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- _____. Direito Processual do Trabalho, 16ª ed, São Paulo: Atlas, 2001.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 8ª ed, São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de Direito Político. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1997.
- _____, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 1ª ed. - 4ª tiragem. Rio de Janeiro:Forense, 2007.
- MONTESQUIEU, O Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MORAES FILHO, Evaristo de. e MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao direito do trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTR, 1995.
- MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do

- trabalho. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Dos Princípios do Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTR, 2000.
- _____. Iniciação ao Direito do Trabalho, São Paulo, LTr, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NUNES, Antonio Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PASCO, Mario. Fundamentos do Direito Processual do Trabalho. Revisão Técnica de Amauri Mascaro Nascimento, São Paulo, LTR, 1997.
- PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho, 3ª ed, São Paulo, LTr, 2000.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 10 ed. Rio de Janeiro:Forense, 1983.
- _____. O empregado e o empregador no direito brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial. São Paulo, LTr, 2004.
- SANTOS, Moacyr Amaral, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 2.º volume, 19.ª Edição
- SARAIVA, Renato, Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Método, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 7ª Ed. 2009.
- SARTORI, Luís Maria A. (org). Encíclicas papais do Papa João Paulo II: o profeta do ano 2000. São Paulo, LTr, 1999.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. Org. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. O estado democrático de direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, 1988.

SÓLON, Aristóteles, Política, in: os pensadores, São Paulo : Nova Cultural, 2000.

SOLON, Ari Marcelo. Teoria da Soberania como problema da norma jurídica e da decisão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997

SUSSEKIND, Arnaldo. Curso de direito do trabalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Processo do Trabalho – Embargos à Execução ou impugnação à sentença? (A propósito do art. 475-J, do CPC), *In Revista LTR 70-10/1180*.

WATANABE, Kazuo, Acesso à justiça e sociedade moderna, in “Participação e Processo”, Revista dos Tribunais, 1988

ZAINAGHI, Domingos Sávio, A solução Extrajudicial dos Conflitos Trabalhistas no Brasil, Ed. Ltr

_____. Domingos Sávio, Direitos na Constituição de 1988 *in* Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização, org. Eduardo C. B. Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz, Ed. Edifício, p. 243

_____, Domingos Sávio, Processo do Trabalho, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR (textos)

Constituição da República Federativa do Brasil

Código de Processo Civil

Consolidação das Leis do Trabalho

Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) *Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992*

Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Adotada em San Salvador, El Salvador, em 17 de Novembro de 1988, no Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral*

Convenção n.º 100 da OIT, relativa à Igualdade de Remuneração entre a Mão-de-obra Masculina e a Mão-de-obra Feminina em Trabalho de Valor Igual Adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua 34.^a sessão em Genebra na data de 29 de Junho de 1951. Entrada em vigor na ordem internacional: 23 de Maio 1953.

Papa Leão XIII, Encíclica Rerum Novarum, 1891

Karl Marx e Friedrich Engels, Manifesto do Partido Comunista, 1848