



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

GRADUAÇÃO EM DIREITO

HELENA BEZERRA DIAS

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO AO
HIPOSSUFICIENTE NO PROCESSO DO TRABALHO E A
CONSEQUENTE INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA
TRABALHISTA
(LEI 13.467/17)**

Salvador

2017

HELENA BEZERRA DIAS

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO AO
HIPOSSUFICIENTE NO PROCESSO DO TRABALHO E A
CONSEQUENTE INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA
TRABALHISTA
(LEI 13.467/17)**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda

Salvador

2017

HELENA BEZERRA DIAS

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO AO
HIPOSSUFICIENTE NO PROCESSO DO TRABALHO E A
CONSEQUENTE INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA
TRABALHISTA
(LEI 13.467/17)**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof(a) Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda
Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo-USP

2º Examinador: Prof. Cláudio Dias Lima Filho
Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia-UFBA

3º Examinador: Prof. Pedro Lino de Carvalho Júnior
Doutorado em Filosofia pela Universidade Federal da Bahia – UFBA

*Ao meu Senhor Jesus Cristo e à
Nossa mãe, a Virgem Santíssima!
Aos meus pais, Miguel e Enaide, os amo até a eternidade!*

AGRADECIMENTOS

Ao Deus que é Amor e não nega o que É, sempre me amando em cada passo. Ele que me conduz todos os dias de minha vida, mesmo que não saiba o caminho que estamos a percorrer. Ao Meu Senhor Jesus Cristo e à Virgem Santíssima, minha eterna gratidão! Tudo que os dedique sempre será insuficiente, pois tudo o que tenho e sou devo ao Amor daqueles que em mim confiam. Agradeço por ser fruto de um desígnio amoroso e eterno do Pai celestial que não engana e não se engana jamais, concedendo-me o Direito como vocação e encaminhando meus passos para a justiça. “Eu, *Iahweh*, te chamei para o serviço da Justiça, tomei-te pela mão e te modelei.” (Is. 42, 6).

Ao meu pai, Miguel, por ser instrumento de Deus na minha formação, por ter me dado a UFBA como um sonho. Estudar nas mesmas cadeiras que o senhor é motivo de alegria para mim, principalmente por crer que os sonhos podem ser realizados. À minha mãe, Enaide, por ser a mãe mais maravilhosa e dedicada desse mundo, por estudar comigo sempre, desde a mais tenra idade, por dar-me o estudo como um valor. A senhora sempre será insubstituível, pois me cativou e se tornou eternamente responsável por mim.

À querida pró Rosângela, meu eterno agradecimento por toda dedicação, paciência e cuidado conferidos a mim. Por jamais estar cansada, por sempre cuidar de suas orientandas como verdadeiras filhas, com toda doçura que só uma “Rosa” pode ter. A admiro muito por toda sua inteligência e determinação, sou grata por ter convivido com alguém tão cheia de dons e, ao mesmo tempo, tão acessível e humilde.

Ao querido professor Johnson Meira (meu vovô adotado), minha gratidão eterna, mesmo antes de ser sua aluna já notava o quanto era especial para essa faculdade. O que seria da UFBA sem Johnson? Um dos corações mais puros que já conheci, umas das almas mais dedicadas ao trabalho e um dos seres mais brilhantes que nós temos por lá. Professor Johnson, sou muito agradecida por todos os ensinamentos em processo do trabalho, sindical e na vida. E por toda a ajuda dispensada a mim e a todos os alunos.

Aos meus irmãos Guel e Bebel minha gratidão e oferecimento desse humilde trabalho que vocês jamais esqueçam que os amo. Às minhas amigas que são como irmãs que me ouviram todos esses anos e cuidam de mim, Adriana, Cintia, Ialle, Lay, Leka, Lu, Luana, Luíza, Nathy, Palloma e Sofia. A uma das pessoas mais importantes para que eu chegasse aqui, Dona Joaquina, sua simplicidade e pureza de coração servem como estímulo para que eu prossiga. Aos que não pude mencionar, gratidão eterna!

DIAS, Helena Bezerra. *A aplicação do princípio de proteção ao hipossuficiente no processo do trabalho e a consequente inconstitucionalidade da reforma trabalhista (lei 13.467/17) 2017*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RESUMO

Este trabalho declina-se sobre a aplicação do princípio de proteção ao hipossuficiente no processo trabalhista, analisando a inconstitucionalidade da reforma do trabalho. É feito um rápido estudo sobre o Estado Democrático de Direito e a supremacia constitucional, que se reflete na aplicação dos princípios magnos nos ramos setoriais do Direito. O princípio tuitivo é analisado no direito material do trabalho e a sua relevância, sendo chamado de princípio *mater*. A aplicação do princípio ao hipossuficiente apenas ao direito material demonstra-se insuficiente e torna-se premente a sua utilização ao elemento de concreção do direito material, que é o processo. As normas processuais e suas interpretações passam por uma influência do princípio protetivo e apesar de demonstrada certa divergência doutrinária, defende-se nesse trabalho a referida aplicabilidade. A reforma trabalhista em alguns de seus artigos também é mencionada nessa monografia, pois relacionam-se ao princípio tuitivo, ou a contradição a esse. Defendendo-se a inconstitucionalidade do texto reformista e a sua estranheza com o Direito Trabalhista pátrio.

Palavras-Chave: Proteção ao trabalhador; Inconstitucionalidade; Hipossuficiência; Inferioridade; Processo do trabalho.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O CONTEXTO GERAL DO NEOCONSTITUCIONALISMO	10
2.1 O poder normativo constitucional.....	11
2.2 Aplicação dos princípios sob um juízo de ponderação.....	14
2.3 Direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	15
2.4 Princípios interpretativos do texto constitucional.....	16
3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO HIPOSSUFICIENTE	19
3.1 Conceito.....	20
3.2 Influência das encíclicas papais na formação do princípio da proteção ao hipossuficiente.....	23
3.3 Aferição da hipossuficiência.....	24
3.4 Proibição do retrocesso social no direito do trabalho.....	27
4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO HIPOSSUFICIENTE NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO	30
4.1 Direito processual do trabalho.....	31
4.2 Princípio da proteção do trabalhador no processo do trabalho.....	32
4.2.1 Exemplos de normas protetivas ao trabalhador no processo do trabalho.....	33
4.3 Princípio da igualdade processual.....	41
4.4 Controvérsias doutrinárias.....	43
4.5 Neoprocessualismo e os princípios constitucionais.....	46
4.6 Reforma trabalhista.....	48
5 CONCLUSÃO	57
6 REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho debruça-se sobre a análise da formação de um sistema jurídico, lastreado em conceitos dignitários em que ocorre a aplicação do princípio de proteção ao hipossuficiente na relação empregatícia dentro do ramo setorial trabalhista. Defende-se essa utilização no direito processual do trabalho e a demonstração da sua existência permeando as normas processuais. Além de manifestar-se pela inconstitucionalidade do texto reformista (Lei n. 13.467/2017), por estar eivado de evidente contradição aos princípios constitucionais e laborais erigidos pela Carta Política.

O princípio tuitivo impulsiona a formação normativa, a hermenêutica laboral, a jurisprudência trabalhista e passou por um processo de recrudescimento. Ao passo em que os povos tinham seus direitos apreciados e defendidos, a proteção ao hipossuficiente se tornava mais premente e eficaz. Os organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) acabam por defender a sua aplicação, demonstrando que o trabalhador necessita de tutela diferenciada e adequada à sua condição, ou seja, é uma preocupação de escala global.

Convenções e congressos internacionais, recomendações quanto à forma de atuação, normas de segurança e medicina do trabalho, parecem orbitar em torno do hipossuficiente na relação empregatícia e a sua manifesta necessidade de proteção. Os princípios de igualdade e dignidade da pessoa humana adotados pelo texto constitucional tornam-se lastro para a formação e aceitação de um direito trabalhista pautado em conceitos de proteção e justiça sociais.

A formação normativa permeada por esses basilares não se restringe às normas de caráter material, mas abrangem a criação também das normas processuais trabalhistas. Apesar de haver divergência doutrinária quanto a esse ponto, por isso a relevância do presente estudo, defende-se que as regras processuais são a concreção do elemento material e caso não adotem postura consentânea às normas que regem, não passarão de mero formalismo que não atinge a meta teleológica a que se propõem, qual seja, ordenar a sociedade a um caminho de justiça e conseqüente paz social.

O item 2 desta monografia analisa o Estado Democrático de Direito e a sua necessária constitucionalização. A supremacia do texto magno e sua força irradiante em um período pós Segunda Guerra Mundial tornou-se imprescindível para o controle dos poderes e a efetivação dos direitos fundamentais. O poder normativo da Constituição, a

forma como se deve aplicar os princípios sob um juízo de ponderação, os direitos fundamentais na Constituição Cidadã, bem como os princípios interpretativos que a regem, também são detalhados nesse tópico.

O item 3 deste estudo versa sobre o princípio tuitivo no direito laboral, seu conceito, sua importância prática, sua força imperativa na formação dos demais princípios laborais sendo inclusive denominado de princípio *mater*. Além de mencionar alguns pontos de influência histórica em sua formação como as encíclicas papais, bem como promover um critério de aferição quanto à medida da hipossuficiência obreira para uma aplicação mais justa e eficaz, do precitado princípio. Em derradeiro, salienta-se a vedação ao retrocesso social, defendido pela constituição e pelo direito laboral, denotando que nenhuma alteração pode contraditar-se a isso.

O item 4 detalha a aplicação do princípio da proteção ao trabalhador empregado ao processo do trabalho; realizando uma análise de normas processuais civis quanto à formação de procedimentos; minuciando exemplos claros em que as normas processuais laborais já adotam o princípio protecionista em sua formação e interpretação; explicando o conceito de igualdade na Teoria Geral do Processo, que é consentâneo ao critério isonômico trabalhista; assim como apresentando as divergências doutrinárias daqueles que não aceitam a aplicação processual desse princípio; demonstrando a existência de um neoprocessualismo permeado pelos princípios constitucionais e, por fim, detalha-se o texto reformista e demonstra-se a sua total inconstitucionalidade.

A metodologia aplicada no presente estudo foi a pesquisa bibliográfica. Esse tipo de pesquisa envolve a busca de livros, monografias, teses, dissertações, artigos publicados em revistas especializadas, jornais e periódicos, atentando para a precaução de incluir os fundamentos das teses ora vigentes, em busca dos alicerces para firmar o novo entendimento sobre o tema, especialmente quanto à aplicação do princípio da proteção ao trabalhador ao processo do trabalho e ao texto da reforma trabalhista.

2 CONTEXTO GERAL DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O texto constitucional possui o pejo de organizar a administração do poder, cerceando a atuação dos dirigentes, e instituir direitos fundamentais, que além de auxiliarem nesse objetivo, limitando os arbítrios de possíveis ditadores, possibilitem um mínimo existencial, para os cidadãos daquele Estado. Ocorre que nem sempre os textos *magnos* foram vistos dessa maneira e, hodiernamente, mesmo em Estados Democráticos de Direito, são por vezes desrespeitados em sua essência.

O neoconstitucionalismo, movimento surgido após a Segunda Guerra Mundial, é reacionário a toda a ordem jurídica até então imposta, em que o positivismo exacerbado, a interpretação literal do texto da lei e a inviabilidade de uma hermenêutica criativa, moldada às mudanças culturais, construíram paradoxalmente uma insegurança social, mesmo que objetivasse uma total segurança jurídica.

As incongruências com o princípio de dignidade da pessoa humana, cometidas durante os governos nazistas, socialistas e capitalistas, feitas com amparo legal, demonstraram que bastava revogar uma lei para que todo um sistema se transformasse, sem que nenhuma conquista histórica ou direito fosse deveras respeitado.

A lei, vista como a obtenção de maior firmeza para defender os governados do alvedrio de seus chefes de Estado, mostrava perder sua finalidade de proteção para tornar-se instrumento de manipulação. Aquilo que, à época da Revolução Francesa, servira para criar uma segurança jurídica, tornara-se manobra de engessamento social. Segundo o professor Dirley da Cunha Júnior, o “Estado Legislativo de Direito cederia espaço para o Estado Constitucional de Direito”, ou seja, a Constituição serviria como resposta jurídica a todo o ocorrido nas primeiras décadas do século passado¹.

Essas constituições reacionárias não poderiam, todavia, ser cópias das antigas nem limitar-se aos anseios sociais da primeira fase de constitucionalismo; tornou-se imprescindível adotar instrumentos compatíveis aos seus novos objetivos. O texto constitucional passou a ser visto como uma pauta de valores, que deve nortear toda a interpretação infraconstitucional.

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 39.

2.1 O poder normativo constitucional

O texto magno, como mencionado em oportunidade anterior, no período positivista, era considerado com acepções que distam sobremaneira do que se concebe atualmente. Segundo Ferdinand Lassalle, a constituição era um reflexo da sociedade que regia; destarte, deveria apenas expressar em uma folha de papel aquilo que fosse caro e necessário àquele convívio social. Não havia, para Lassalle, manifestação jurídica no texto constitucional, apenas uma expressão política, isto é, os fatores reais de poder eram os pontos principais que não poderiam ser olvidados. A constituição era um mero *ser*, não havia espaço para projeções, metas a serem alcançadas; a realidade presente era o único objetivo.

A constituição real, como era nominada por Ferdinand Lassalle, derivaria das escolhas políticas de determinada pátria, chegando inclusive a dizer que uma campanha pautada no cumprimento do texto constitucional era inócua, visto que a constituição que não é seguida não é constituição, pois não se adequa à realidade. A carta política do país não passa de uma somatória dos fatores reais de poder, todos esses elementos políticos, que não possuíam espaço na seara jurídica, a qual ocupava-se da legislação infraconstitucional, essa sim, digna de nota, para o precitado autor.

Apesar de anacrônica e estranha ao pensamento hodierno, a construção de Lassalle importava à sua época, conforme reitera Flávia Moreira Guimarães Pessoa², quando o denomina de “pai” do sociologismo e demonstra que há pontos de intersecção entre o seu pensamento e o de Konrad Hesse. Era natural que em um período positivista o direito constitucional fosse rechaçado; contudo, é incabível a manutenção de tal pensamento na contemporaneidade.

Konrad Hesse³ detalha em sua obra a relevância de se conferir valor jurídico e vinculativo à Constituição. Para que isso aconteça, imprescindível se faz um diálogo com a realidade, ou seja, admite-se que o texto não deve distar do mundo fático a ponto de criar um mundo idílico; todavia, recorrer à unilateralidade, para o autor, é onde reside o

²PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *A força normativa da constituição: um cotejo entre as ideias de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse*. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=116>. Acesso em: 28 jun. 2017.

³HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.p. 14

erro. Não se deve buscar apenas uma constituição de puro *ser (sein)*, como também não se pode recorrer apenas ao *dever ser (Sollen)*. O extremismo radical na postura escolhida, elegendo uma das possibilidades como compartimentos estanques, é o que prejudica a concessão de eficácia social para uma carta constitucional.

Diz ainda que “a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente”⁴. Deve existir uma relação entre a realidade e o ordenamento jurídico para constituir um alicerce onde se fundamentará a imposição de novos deveres e de novas perspectivas. Nessas condições, segundo Hesse, alcançar-se-á tanto a eficácia quanto a construção de sociedades mais complexas e bem estruturadas, sobre um legítimo ordenamento jurídico, lastreado por uma constituição forte.

Deve ser pontuada também a sua preocupação em defender a aplicação da “vontade” constitucional, com o intuito de se evitar desvios e ordenações injustas. Critica as revisões ao texto constitucional, pois as avalia como um modo de manipulação dos governantes para impor aquilo que desejarem. Em derradeiro, elege como fundamental para conferir força normativa à constituição uma devida interpretação, baseada na concretização normativa, sem olvidar a utilização módica do instrumento hermenêutico da mutação constitucional, sempre limitado pela finalidade do texto, não podendo distar-se sobremaneira deste.

Em outro livro, Hesse⁵ elenca como tarefas fundamentais de uma constituição a integração, a organização e a direção jurídicas. A primeira consiste em formar unidade entre posicionamentos díspares do plexo social – é admissível que toda sociedade é formada por grupos e subgrupos que se contradizem, e tentar defender a todos geraria antinomias. Todavia, se deve apresentar, o máximo possível, as idiossincrasias de uma nação, na tentativa de integrar o povo e representá-lo efetivamente – exemplo disto é a Carta Magna Brasileira de 1988, que adotou uma formulação eclética.

A segunda tarefa está mais voltada para o modo do Estado constituir seus órgãos, administrando seu poder de forma coerente. Por derradeiro, a direção jurídica é o elemento que institui direitos fundamentais, que devem nortear todo o ordenamento jurídico, estatuidos valores e uma ordem moral reta.

A primazia constitucional – seu caráter aberto e vinculante, pressupostos para

⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 18.

⁵ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3-6.

sua efetividade – e o que Hesse denomina como garantia imanente também são conceitos trazidos a lume a partir da segunda metade do século XX. Em um Estado Democrático de Direito, torna-se fundamental que haja supremacia do texto constitucional, visto que, ocorrendo conflito de normas no sistema jurídico, deve ser resolvido tendo por parâmetro a essência constitucional, buscando formar resoluções coerentes à vontade ali expressa.

Escolhem-se valores – políticos, jurídicos, históricos, dentre outros – que traduzem a condição de um povo. Esta carga axiológica deve ser considerada, conquanto se afirme a insubordinação do poder originário constitucional a qualquer ordem preexistente. Há uma barreira, qual seja, os direitos fundamentais acolhidos por uma comunidade, que já foram conquistados e não podem ser retirados. Se o contrário for possível, basta uma nova constituição para exterminar toda a luta de uma sociedade.

É imprescindível aludir a ideia de correlação que deve existir entre a realidade e a ordem jurídica para Hesse, os ditos pressupostos de efetividade. Embora seja certa que não se pode estagnar uma sociedade, o legislador deve acautelar-se ao criar normas de difícil efetivação prática, visto que carecerão de efetividade social, mesmo que possuam a eficácia jurídica.

A Constituição brasileira de 1988, que é analítica, possui em seus dispositivos normas que parecem ser inatingíveis a princípio, mas que têm formatado mudanças na perspectiva social, como o artigo 5º, LV, o qual afirma - “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”⁶. A busca por um processo justo, equânime, aberto ao contraditório e à ampla defesa poderia parecer impossível nos tempos de pós-ditadura, mas tornou-se uma máxima e é constantemente defendida contra os alvedrios daqueles que não a querem respeitar.

Destarte, o *dever ser*, primado no texto constitucional pátrio, foi capaz de engendrar mudanças no corpo social, demonstrando que as ideias de Lassalle, de que a constituição deve puramente expressar os fatores reais de poder, teria estagnado as sociedades e colocado sob o jugo da vontade dos governantes.

As normas programáticas tornaram-se essenciais para formatação de transformações. E, se essas não forem de logo concebíveis, são de imediato protegidas pela impossibilidade de formação de novas normas contrárias àquilo estatuído como necessário para a ordem constitucional.

⁶SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 9

2.2 Aplicação dos princípios sob um juízo de ponderação

O autor Robert Alexy⁷ elucida a construção dos direitos fundamentais, sob a perspectiva de regras ou de princípios, dentro de um ordenamento jurídico. Aduz que as regras tendem a ser mais rigorosas e fechadas, além de estarem em um mesmo patamar hierárquico, o qual não se destacaria em um conflito normativo. Uma vez erigidos como princípios constitucionais, os direitos fundamentais possuiriam uma amplitude de atuação maior, com força normativa para as legislações infraconstitucionais, sobrepujando-as caso houvesse alguma antinomia.

É o que ele denomina de “efeito de irradiação”⁸ – os princípios possuem a capacidade de refletir na formação dos demais diplomas legais, de nortear as interpretações daqueles que os utilizem, de solver conflitos práticos hermenêuticos; são por fim valores espalhados por todo um sistema jurídico que tentam reger. Surge então outro conceito que é o de aplicação de um juízo de ponderação.

A ponderação, segundo Alexy, consiste em uma ferramenta imprescindível para a devida utilização dos princípios, sendo formada por um princípio mais abrangente, que é o da proporcionalidade, o qual se compõe “de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito”⁹. O princípio da idoneidade, também denominado de adequação, é aquele que tenta coadunar a situação posta ao princípio correlato, observando se os meios eleitos serão os mais apropriados para determinado fim.

A necessidade avalia a economicidade da ação pretendida. Pode-se ter encontrado a adequação; entretanto, deve-se observar se esta é imprescindível ou se já sofreu, por exemplo, uma preclusão consumativa e o ato pode não mais encontrar amparo no mundo fático, não sendo mais exigível. Já a proporcionalidade, em sentido estrito, tenta equilibrar os princípios em conflito, observando aquele que foi mais desrespeitado, para conferir-lhe maior valia em sua aplicação prática.

⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 105-116.

⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 108.

⁹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 110.

Os valores que estruturam a lei são de relevância prática extrema, quanto mais se esta legislação for a carta constitucional de um Estado Democrático de Direito. Devido ao efeito irradiativo, os princípios tendem a coordenar as mais diversas situações, exigindo-se, destarte, uma forma de aplicação módica, analisando cada caso concreto.

O juízo de ponderação extrapola a simples ideia de bom senso, enraizado na mentalidade popular, mas encontra nele seu lastro, isto é, deve-se sempre observar o caso concreto e utilizar a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. É consensual que os princípios não se aplicam do mesmo modo que as regras, visto que possuem uma amplitude e abstração superiores, apresentando cláusulas gerais e conceitos abertos, por exemplo, somente definíveis na situação analisada.

2.3 Direitos fundamentais na Constituição de 1988

A carta política brasileira de 1988 foi elaborada em um momento histórico de conquistas, após um longo período de restrições ditatoriais. Havia um anseio por liberdade, por satisfação dos direitos que foram retirados de toda uma nação, e era necessário externar todas essas questões em um texto, uma constituição cidadã e democrática, que protegesse o Estado Social.

Ingo Wolfgang Sarlet atribui a três elementos da carta constitucional a extensibilidade dos direitos fundamentais, quais sejam, o “caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente”¹⁰. A escolha por um diploma legal tão analítico deve-se, segundo o autor, a uma desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, após sucessivos problemas sofridos na ditadura. A carta constitucional, além de suprema, deveria elencar o máximo de situações possíveis, pois era imprescindível que se protegesse todos os direitos fundamentais, que foram dantes tão violados.

O pluralismo, que adotou diversas correntes de pensamento então vigentes, foi capaz de abranger posicionamentos conflitantes, representativos de distintos grupos, o que facilitou um uso teórico mais vasto, inclusive os relativos aos direitos humanos. Quanto ao seu aspecto dirigente e programático, a Constituição Federal optou por nortear

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64.

as políticas públicas, estabelecendo metas e formas de atuação, o que facilitaria uma realização maior dos direitos fundamentais em um campo prático.

Sarlet¹¹ pontua a relevância conferida aos direitos fundamentais na Carta Magna, aduzindo as seguintes provas da sua importância: a) a localização dos precitados direitos, postos logo no início do texto; b) a nomenclatura adotada, ou seja, “direitos e garantias fundamentais”, e não mais “direitos e garantias individuais”; c) o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal, que estatui a aplicação imediata dos direitos fundamentais; d) a escolha destes como cláusulas pétreas, no artigo 60, §4º, do texto maior; e e) o maior âmbito de atuação dos precitados direitos, como o detalhamento constante do artigo 7º, quanto aos direitos dos trabalhadores.

Note-se também a existência de uma cláusula de abertura material¹² no parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual é possível a existência de direitos fundamentais dispostos esparsamente pela legislação infraconstitucional e em tratados internacionais. Em outras palavras, além do alto detalhamento no texto constitucional, o rol de direitos fundamentais não é taxativo, não se exaure e pode ser sempre ampliado. Também as cláusulas pétreas são passíveis de ampliação. Este dispositivo é outra conquista de um sistema que pretende proteger e aplicar as garantias fundamentais, lastreado em um conceito de dignidade da pessoa humana.

2.4 Princípios interpretativos do texto constitucional

A atividade interpretativa, tão peculiar ao universo jurídico, não lhe é exclusiva, mas é primordial para o seu desenvolvimento e aplicação. Cada matéria tende a possuir princípios norteadores que permeiam o processo de subsunção das normas-regra, como, por exemplo, o princípio da proteção ao hipossuficiente no direito do trabalho. O direito constitucional não difere das outras disciplinas e também possui diretrizes interpretativas, com a distinção de que essas também regulam a interpretação das demais áreas jurídicas, devido à supremacia constitucional.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 66-68.

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º. [...] §2º. 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.

Luís Roberto Barroso distingue os princípios materiais em fundamentais, gerais e setoriais¹³. Recorrendo a uma conceituação tautológica, os primeiros são aqueles que representam o alicerce da formação de um Estado, com a definição da forma, regime e sistema de governo¹⁴. Os princípios gerais são consectários lógicos dos fundamentais, visto que possuem o objetivo de dar concretude ao que está determinado como base constitucional, tendendo a ser mais próximos das regras. Os setoriais possuem um maior grau de especificação e se propõem a regular situações únicas sobre assuntos mais pontuados. Considerando que a Constituição de 1988 é analítica, o uso dos últimos princípios é majorado.

Dirley da Cunha Júnior¹⁵ compila alguns princípios essenciais à hermenêutica constitucional. Segundo o princípio da unidade de texto, deve-se observar a constituição como um sistema global, em que as normas buscam fundamento umas nas outras, onde não há hierarquia interna e todas possuem um mesmo valor, pois são derivadas de um mesmo poder primário formador. Já o princípio integrador, se encarrega de perquirir um sentido interpretativo do texto que seja capaz de unir o povo, ou seja, deve-se extrair da norma aquilo que sirva a uma maior coesão social.

O princípio da maior efetividade informa que deve ser adotada a interpretação que garanta maior efetividade ao texto constitucional, visto que os dispositivos constitucionais não devem ser meras sequências vocabulares que em nada mudem a realidade social. Destaque-se ainda o princípio da interpretação conforme a constituição, que ilumina todo o ordenamento jurídico, asseverando que em todos os outros ramos do direito deve ser sempre buscada uma interpretação que se coadune ao texto constitucional. Em outras palavras, não basta a presunção de constitucionalidade das leis; estas devem ser interpretadas em um sentido que prestigie os princípios magnos, sejam eles fundamentais, gerais ou setoriais, conforme mencionado. Deve-se primar que todo o sistema jurídico esteja eivado de uma carga constitucional, que seus valores permeiem todas as escolhas jurídicas, que os intérpretes do direito sejam capazes de adotar a extração do sentido da norma que mais enalteça o texto constitucional.

A construção do constitucionalismo contemporâneo passou pelo abandono das

¹³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.academia.edu/download/41034300/HERMENEUTICA.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017. .p. 166-167

¹⁴ Ibidem. p. 166-167

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 217-227.

ideias de Lassalle e adoção da compreensão garantista de Konrad Hesse, que busca trazer um texto constitucional dotado de metas e programas, não apenas baseado no ser, mas no dever ser. A imprescindibilidade de uma força normativa constitucional, que atualmente se traduz nos princípios interpretativos adotados, demonstra que a supremacia constitucional consolidou-se e a ideia de que a ciência constitucional não é jurídica já foi de todo ultrapassada.

Após alguns anos de redemocratização, o ordenamento pátrio apresenta princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana¹⁶, que se encontram popularizados, mas não deveras efetivados. É um processo histórico que demanda ainda muito labor para ser concretizado. A constituição cidadã deve nortear, conforme a máxima interpretativa, todo o ordenamento jurídico, e isto se reflete em normas ditas materiais e processuais.

A influência constitucional é primordial na elaboração dos diplomas legislativos infraconstitucionais. Não é suficiente processos de “emendas” nos textos e interpretações coadunantes; é imprescindível que o Estado Democrático de Direito permeie todos os diplomas legais, que os princípios fundamentais, gerais e setoriais¹⁷ de uma constituição sejam diretrizes para o alcance de uma efetividade no mundo jurídico.

O direito processual encontra-se jungido ao direito material, conquanto não seja mero instrumental jurídico. No escopo de ser alcançada a plena efetivação deste último, as normas processuais devem refletir os princípios constitucionais setoriais de cada ramo – e esta conclusão também se aplica ao direito do trabalho. A diretriz de proteção ao hipossuficiente não deve ser aplicada apenas às normas materiais, mas também ao direito processual. A paridade de armas é conceito longínquo quando não há esta equivalência na realidade processual.

Algumas normas do processo do trabalho já refletem a constitucionalização do direito referida, mas muitos avanços devem-se à jurisprudência. Considerando que a Carta Magna impõe eficácia e erigiu, no setor trabalhista, regramentos que enaltecem a proteção do trabalhador, imperioso se faz que as regras processuais se afastem do conservadorismo e se façam subsumidas, efetivamente, ao princípio da proteção do hipossuficiente.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.academia.edu/download/41034300/HERMENEUTICA.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017.p. 171

¹⁷ *Ibidem*. p. 166-167

3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO HIPOSSUFICIENTE

Os princípios, como já detalhado, são de suma importância no direito hodierno e atuam, segundo o autor Sérgio Pinto Martins¹⁸, sobre as funções informadora, normativa e interpretativa. A função informadora permeia todo o sistema jurídico com a carga valorativa veiculada por aquele princípio, isto é, atua na elaboração das leis como elemento norteador.

A função normativa está relacionada ao preenchimento de lacunas em um ordenamento jurídico, ou seja, na ausência de norma-regra para aquela situação específica deve-se recorrer a um princípio. Considerando que os princípios são também normas, porém dotadas de maior abstração, a função normativa é inerente à sua própria natureza jurídica.

A função interpretativa implica uma aplicação do princípio no momento de extração do sentido da norma, devendo ser utilizada aquela que mais se coaduna com o sistema principiológico eleito. A precitada função normativa também é denominada como integrativa pelo autor¹⁹, que menciona o art. 8º da CLT, o qual possibilita a utilização de outros meios de resolução dos conflitos judiciais quando não há tutela por norma específica.

Os princípios tornaram-se, em todos os ramos do direito, alicerces para as mais diversas funções, passando também pelo crivo da vontade constitucional em sua formação e manutenção. Há princípios gerais e outros específicos de cada ramo do direito, o que ocorre com o direito do trabalho, por exemplo. A Constituição adota uma postura protecionista ao trabalhador, de sorte que as normas devem ser construídas e interpretadas sob esta ótica. Todavia, a Carta Magna também adota o princípio de livre concorrência no direito empresarial, porquanto é uma carta política complexa e eclética. Torna-se imperioso, destarte, o sopesamento destes princípios no caso concreto.

No direito laboral, alguns princípios se destacam, como o da irrenunciabilidade de direitos, da continuidade da relação de emprego e da primazia da realidade, como assevera o precitado autor²⁰, mas todos orbitam sob a máxima de que o hipossuficiente

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129.

¹⁹ *Ibidem*, p. 129.

²⁰ *Ibidem*, p. 133-137.

deve ser protegido. Todo e qualquer princípio no direito do trabalho deve passar por esse crivo axiológico quando se trata de aplicação e interpretação de normas trabalhistas.

3.1 Conceito

Em um Estado Democrático de Direito, deve-se primar, na relação triangular entre magistrado e partes, e destas entre si, por uma paridade de armas, isto é, por uma mesma condição de atuação, para que o direito não se torne elemento corroborante as desigualdades já existentes na vida social. Essa igualdade não deveria existir apenas no momento em que se deflagra um conflito submetido à jurisdição; muito ao revés, deveria informar todas as relações tuteladas pelo direito. Conquanto não seja possível a aplicação dessa ideia de igualdade em todas as etapas, são realizadas tentativas em inúmeras oportunidades; por exemplo, são estabelecidas normas que evitam condições discriminatórias no ato da contratação.

Um conceito incipiente de igualdade, mediante o qual seja vedado qualquer tipo de distinção, enseja a luta por uma aplicação equânime do direito. Porém, no mundo fático, é evidente que não há essa igualdade entre as pessoas e, se fosse adotada uma postura literalista de interpretação, não se poderia fazer distinção alguma entre os indivíduos, o que resultaria em um direito fundado em injustiças sociais.

O que o texto constitucional pretende revelar, em sua materialidade, é que não se pode fazer deferência legislativa a cidadãos mais abastados, como já consumado em momentos anteriores da história, bem como não se deve discriminar aqueles que possuem comportamentos diversos, elegendo uma conduta como mais aceitável e rechaçando outra. Não é admissível que se estabeleça uma igualdade formal entre as partes processo, pois não se pode olvidar que, nas relações cotidianas, não há igualdade entre as pessoas e nas relações jurisdicionais isto se torna mais evidente.

No direito laboral, as lides ocorrem, em geral, entre empregados e empregadores, possuindo estes últimos poder econômico quase sempre superior, poder disciplinar e outros meios de coação do empregado. A discrepância de poder entre ambos é de fácil percepção. E, quando um conflito material se torna uma lide, o magistrado não pode se valer de uma interpretação gramatical, que seria insuficiente, adotando a postura de que todos devem ser tratados com igualdade perante a lei.

É consensual que não deve haver favorecimentos, mas igualar o empregado ao

empregador dentro de um processo não parece atender à vontade constitucional nem à legislação trabalhista. É imprescindível que haja uma igualdade material; o empregado precisa ascender “degraus” para possibilitar uma efetiva aplicação do dispositivo constitucional.

O princípio tuitivo é específico e confere à parte hipossuficiente a condição de buscar a tutela jurisdicional de seus direitos, no escopo de, dentre outros pedidos, não sofrer discriminação na relação de trabalho, obter o pagamento de verbas trabalhistas, obter o respeito às garantias de emprego, etc. A proteção do hipossuficiente estrutura toda a formação dos demais princípios laborais, bem como suas regras e interpretação. Através de uma interpretação sistêmica do texto constitucional, pode-se extrair o princípio do não retrocesso social.

O autor Arnaldo Süssekind²¹ seleciona como corolário o *princípio da norma mais favorável*, que deve nortear o intérprete a optar pela interpretação que mais favoreça o empregado, quando for cabível à situação mais de uma interpretação. Em outras palavras, independentemente da alocação hierárquica, deve-se utilizar a norma que confira mais direitos ao trabalhador. Muitos sentem estranheza quanto a esse princípio; no entanto, premente se faz aludir à explicação de que de nada valeria a igualdade formal se esta estivesse desacompanhada da igualdade material.

O subprincípio da *condição mais benéfica* determina que, quando ocorre mudança contratual ou regulamentar ao longo do vínculo, deve ser aplicada aquela mais benéfica ao trabalhador. Desde que o trabalhador tenha sido contratado sob a égide de determinado regulamento de empresa ou cláusula contratual, terá a possibilidade de escolher aquela condição que lhe seja mais favorável em caso de mudança, não sendo aceitável coação por parte do empregador nessa escolha, conforme estatui o *caput* do artigo 468 da CLT²². Deve-se sempre primar por alterações que reflitam conquistas para a classe trabalhadora.

O princípio da primazia da realidade, também conhecido como verdade real, objetiva a persecução do ocorrido no mundo fático, sem se ater, sobremaneira, àquilo que fora pactuado ou que esteja registrado documentalmente, tendo em vista que o empregador encontra-se em situação de vantagem e que pode mascarar a relação concreta.

²¹SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 119

²²BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Artigo 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

O magistrado deve primar pelo alcance da verdade, valendo-se de todos os meios de prova possíveis, valorando a cada uma de acordo com esse preceito.

A inalterabilidade do contrato em prejuízo do trabalhador reflete a ideia de que é necessário haver um critério regulamentar para mudanças, ou seja, não se pode dirimir conquistas sociais fazendo alterações contratuais individuais. Caso admissível, o empregador poderia coagir o empregado a aceitar alterações prejudiciais para evitar a perda de sua fonte de renda. Há, contudo, mitigação desse princípio, com a aceitação de alterações advindas de negociações coletivas ou de decisões judiciais.

O autor²³ aponta ainda, como corolário do princípio da proteção do hipossuficiente, os princípios da integralidade e o da intangibilidade, que têm por finalidade proteger o salário do trabalhador de descontos indevidos e os dota de impenhorabilidade, respectivamente, com o intuito de que a renda do empregado não lhe seja tirada também por terceiros, levando-o à condição de indignidade, pois faltaria o necessário para manter-se. E, em caso de falência do empregador, as dívidas salariais apresentam ordem preferencial de pagamento.

Apesar de ser um princípio consagrado no direito laboral, há aqueles que não o aceitam e divergem quanto à sua aplicação, pautando-se no argumento de que a aplicação da proteção ao trabalhador pode engendrar uma insegurança jurídica invencível, pois sempre se buscaria defender o empregado. Destarte, haveria injustiças contra o empregador e desequilíbrios no ordenamento jurídico.

Comunga deste pensamento Alonso García, citado por Américo Plá Rodríguez²⁴, sob fundamento de que toda aplicação principiológica pode ser dotada de exageros. Plá Rodríguez refuta este entendimento, pois, se há uma aplicação dentro dos liames de proporcionalidade, o empregador estará em condições de defesa. Torna-se imperioso apenas que não se legitimem injustiças ao empregado, por temor de aplicação de um princípio. Cabe aos magistrados e advogados ajustarem-no aos casos concretos, com a adequada aplicação do princípio.

²³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 120

²⁴ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. atual. - São Paulo: LTr, 2000, p. 100-101

3.2 Influência das encíclicas papais na formação do princípio da proteção ao hipossuficiente

O direito, exceto quando visto sob uma perspectiva de direito natural, passa pela construção histórica e pelos valores erigidos em uma sociedade como dignos de serem tutelados.

O direito laboral não difere, portanto, desta perspectiva, pois foi desenvolvido dentro de sociedades que produziram e reproduziram valores, ou seja, que se adequavam às modificações da realidade de forma mais letárgica ou mais célere, a depender das circunstâncias. Os autores Orlando Gomes e Elson Gottschalk²⁵ dividem quatro momentos de relevância histórica para formação do direito do trabalho e, dentre estes, destacam o papel da encíclica papal *Rerum Novarum* (1891), do Papa Leão XIII e, mais tarde, a encíclica *Mater et Magistra* (1961). Deve-se salientar que, apesar de já alcançados pelos ideais de laicismo do século XVIII, pós-revolução francesa, os europeus da época professavam majoritariamente a fé católica.

Destarte, a adoção de uma postura protecionista ao trabalhador por parte da Igreja ensejava maior credibilidade às reivindicações operárias, tornando mais legítimo o discurso e rechaçando os arbítrios até então cometidos pelos empregadores. Inúmeros direitos trabalhistas foram elencados e propalados pela *Rerum Novarum*; todavia, a relevância da discussão, sob a perspectiva social, não permitiria que o intuito moralizante das relações de emprego se encerrasse com o seu texto.

Evaristo de Moraes Filho²⁶ salienta a existência de diversas outras encíclicas papais que primavam pelo tratamento das questões laborais, tais como a *Quadragesimo Anno* e *Casti Connubii* (1931, Papa Pio XI). A primeira foi editada com intuito comemorativo pelos quarenta anos de promulgação da encíclica *Rerum Novarum*. As encíclicas *Mater et Magistra* e *Pacem in Terris* (1961 e 1963, Papa João XXIII), *Populorum Progressio* (Papa Paulo VI) e as encíclicas *Laborem Exercens* (1981) e *Centesimus Annus* (Papa João Paulo II) também são relevantes como instrumento de veiculação de direitos e garantias para melhoria das condições de vida dos trabalhadores.

²⁵GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 5

²⁶MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 67.

Note-se que, com a laicização dos Estados, a influência da moral católica foi de certa forma diminuída – todavia, a importância conferida ao tema por meio de um trabalho detalhista não se pode olvidar. As precitadas encíclicas, de um modo geral, defendem uma proteção àquele que é hipossuficiente na relação empregatícia, sendo contrárias, por exemplo, ao trabalho infantil e às jornadas extenuantes de trabalho que não possibilitem um descanso adequado, convívio social e familiar. Nestes documentos são pleiteados o repouso semanal remunerado nos dias de domingo e o resguardo dos dias santificados; além disso, refuta-se a persecução de lucro a todo custo, explorando a massa operária que não participa das conquistas econômicas. Defendem ainda a existência de entidades sindicais que sejam representativas da classe obreira e, se preciso for, a greve como último recurso para solução de impasses. Sufragam a ideia de um salário justo que atenda às necessidades do trabalhador e de sua família, para que vivam com dignidade, visto que a Igreja não defendia o trabalho da mulher fora do lar familiar.

O tema do trabalho foi ressignificado dentro da doutrina católica, pois antes era colocado como um “castigo de Deus” e depois foi erigido como “trabalho redentor”. Melhores condições de vida e de trabalho foram exaustivamente detalhadas e defendidas dentro das encíclicas papais. Em uma sociedade ocidental que se desenvolveu sob a égide de valores cristãos católicos, a opinião e a normatividade da Igreja ensejaram mudanças.

3.3 Aferição da hipossuficiência

É imprescindível a conceituação de hipossuficiência para o direito laboral, bem como seus limites no caso concreto e o nível de cuidado que precisa ser garantido à parte mais débil da relação contratual. É preciso estabelecer se todas as espécies de empregado devem ser tratadas do mesmo modo pelo direito.

Pinho Pedreira²⁷ salienta que o direito laboral não é o único a possuir uma ideia de proteção aos mais fracos nas relações contratuais. Cita, por exemplo, os contratos de locação, os serviços públicos, o direito dos consumidores e tantos outros em que é de fácil constatação a necessidade de resguardar uma equiparação entre as partes, devido à incongruência fática. Na definição do que viria a ser a parte mais débil de uma relação,

²⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 22.

vale-se da conceituação de Gérard Couturier, que diz haver três formas de inferioridade: por constrangimento, ignorância e vulnerabilidade. No constrangimento, a parte contratante encontra-se constrangida a admitir as cláusulas impostas, visto que se encontra em situação de pequena amplitude de negociação. Ocorre, por exemplo, no momento de admissão por meio de um contrato de trabalho, que pode ser elemento de extrema exploração.

O autor sufraga ainda a ideia de subordinação virtual, que seria a inferioridade protraída por toda a relação empregatícia e não apenas existente no momento de pactuação. O trabalhador sente-se constrangido, durante todo o lapso temporal da relação de emprego, em expressar livremente a sua vontade e aquilo que necessita pleitear. É um elemento constante de coação, ensejado pelo temor de perder seu emprego, que o faz ser submisso.

A ignorância, por seu turno, é relativa à ausência de capacidade de compreensão dos termos pactuados. Há, na relação contratual, uma parte que entende e conhece as cláusulas determinadas, enquanto a outra apenas as aceita, sem possuir condições intelectivas de contestá-las, pois falta-lhe conhecimento jurídico para tanto.

O empregado encontra-se, muitas vezes, inserido nesta situação; todavia, o dever de informação e o seu acesso ampliado têm diminuído paulatinamente esta barreira. Não se pode olvidar que é quase idílico esperar que o trabalhador, desamparado juridicamente no ato de contratação, venha a possuir os mesmos meios de compreensão que o empregador, acompanhado de profissionais jurídicos que produzem, em geral, os documentos contratuais.

A vulnerabilidade diz respeito à própria condição física do trabalhador, que envolve seu corpo na prestação de serviços. Destarte, o empregado pode encontrar condições extenuantes, que o tornariam mais frágeis, caso não ocorra a devida proteção do seu meio ambiente de trabalho. Surgem então as normas referentes à segurança e à medicina do trabalho, no intuito de minimizar esta desigualdade.

Pinho Pedreira²⁸ ainda sintetiza esta classificação de Couturier, salientando que a importância da proteção do trabalhador se fundamenta na sua subordinação jurídica ao empregador, na dependência econômica do empregado, no seu comprometimento físico na feitura dos serviços e na sua falta de conhecimento técnico quanto às condições de trabalho e aos seus direitos.

²⁸SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 24-26.

Importa essa classificação quanto à debilidade do empregado frente ao seu contratante, no momento de aferição da hipossuficiência, para verificação da medida de proteção exigida no caso concreto. Note-se a premência de modular a aplicação desse princípio tendo em conta as peculiaridades do trabalhador. Um gerente administrativo de formação em nível superior não pode ser tratado do mesmo modo que um pedreiro, por exemplo, tendo em vista o critério do conhecimento jurídico e escolaridade. O mesmo ocorre se o elemento de avaliação for a vulnerabilidade, observando-se que o profissional da construção civil, por apresentar exigências físicas maiores, necessita de um amparo maior de normas protecionistas e maior fiscalização do seu ambiente de trabalho.

A razoabilidade e a proporcionalidade na aplicação do princípio da proteção do hipossuficiente passam necessariamente por esse crivo: identificar o nível de desamparo do trabalhador em cada situação. Devem ser aumentados os cuidados para aqueles mais constrangidos na relação empregatícia, dotados de menor conhecimento sobre o pactuado e mais vulneráveis quanto ao seu ambiente de trabalho.

O direito não deve ter por escopo apenas remediar o que já foi feito erroneamente; incumbe-lhe permear o sistema jurídico de normas que tutelem a diminuição das discrepâncias, possibilitando a celebração de contratos cada vez mais informativos e a adoção de normas de ordem pública, como as que versam sobre segurança e medicina do trabalho, não permitindo alterações prejudiciais para os trabalhadores²⁹.

O processo deve ser utilizado para reparar conflitos pontuais, mas não pode ser o único momento em que se tenta dirimir as desigualdades fáticas entre os contratantes do pacto laboral.

Os critérios para aferição da hipossuficiência devem estar relacionados às inferioridades observadas em cada caso. O nível de proteção utilizado para o empregado precisa estar diretamente relacionado ao seu grau de desigualdade em relação ao polopatronal.

²⁹ BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. **Artigo 468**. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

3.4 Proibição do retrocesso social no direito do trabalho

A construção de um sistema jurídico lastreado na proteção do trabalhador foi feita em um desenrolar histórico de lutas. Os movimentos grevistas, as mortes de muitos empregados, direta ou indiretamente devido às condições insalubres a que eram submetidos, os estudos de profissionais de direito que erigiram como máxima a necessidade de tutela maior ao hipossuficiente, tudo isso deve nortear os legisladores no momento de feitura de diplomas legais.

O direito, segundo Streck³⁰, é dotado de autonomia, não podendo submeter-se a pressões populares, políticas, econômicas ou de qualquer tipo. Não se pode cometer reiteradamente os mesmos erros históricos, em que governantes suplantam as conquistas do povo e impõem determinações em que se locupletam da força de trabalho alheia, juntamente com alguns grupamentos de sua simpatia.

O ordenamento jurídico não pode subtrair garantias conquistadas ou convalidadas. A dignidade da pessoa humana, assim como o princípio do valor social do trabalho, que são fundamentos da Constituição³¹, permeiam todo o sistema jurídico.

Saliente-se que a Carta Magna menciona o valor social do trabalho e não apenas seu valor econômico em si, ou seja, um dos fundamentos constitucionais é de que o trabalho deve ser visto como um bem jurídico de máxima relevância, conformador da própria identidade social. Criar normas que contrariem essa imposição revela uma atecnia e um desconhecimento da Constituição e de seus fundamentos, ou quiçá uma vontade manifesta de contrariá-la.

Normas que suprimem direitos e diminuem o patamar civilizatório de uma determinada sociedade são eivadas de inconstitucionalidade material, já que contradizem direitos fundamentais constitucionais. Em um direito pós-positivista, amparado pela utilização de princípios com grau de normatividade efetiva, não é admissível esta antinomia. Toda e qualquer reforma ou formação legislativa deve se pautar nos princípios

³⁰ARAÚJO, Eduardo Marques Vieira. *O direito do trabalho pós positivista: por uma teoria geral justabalhista no contexto do neoconstitucionalismo*. São Paulo: LTr, 2014, p. 76.

³¹ ARAÚJO, Eduardo Marques Vieira. *O direito do trabalho pós positivista: por uma teoria geral justabalhista no contexto do neoconstitucionalismo*. São Paulo: LTr, 2014, p. 33-34.

constitucionais e na vedação ao seu retrocesso.

A constituição adota, em seu artigo 60,§4^{o32}, cláusulas pétreas cujo conteúdo está infenso a reformas constitucionais. Entre os incisos encontra-se a proibição de restrição ou abolição de direitos e garantias fundamentais – o que revela a proibição do retrocesso, isto é, só é possível proposta de emenda que amplie os direitos fundamentais.

O valor social do trabalho (fundamento da República Federativa do Brasil), os artigos 7º a 11 da Constituição Federal (que conferem aos trabalhadores uma série de direitos) e toda a construção do direito laboral em volta do princípio de proteção ao trabalhador permitem demonstrar que as garantias erigidas constitucionalmente devem sempre ser respeitadas. Caso contrário, a norma inconstitucional deve ser defenestrada do sistema jurídico, qualquer que seja a sua hierarquia.

O princípio da proteção do hipossuficiente é uma conquista que permeia todas as relações empregatícias e deve ser encarado como um direito fundamental a ser observado obrigatoriamente no processo de formação das leis ou na elaboração dos contratos, por exemplo. A dignidade da pessoa humana perpassa todos os setores da vida humana, dentre eles o trabalho; há uma parcela importante na vida de uma pessoa relativa ao seu labor, o que não pode ser minimizado.

Como salienta Georgenor de Sousa Franco Filho³³, a OIT (Organização Internacional do Trabalho) elegeu, por meio da Declaração da Filadélfia (1944), quatro princípios basilares sobre os quais repousam suas atividades: a) o trabalho não é uma mercadoria; b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto; c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral; d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando ao bem comum.

Não se deve subtrair do trabalho o seu caráter de dignificação do homem, estabelecendo condições e contraprestações aviltantes que impossibilitem a manutenção do obreiro. Tenta-se mitigar, na contemporaneidade, a aplicação do princípio de proteção do trabalhador através de uma argumentação que recorre às questões econômicas, visto

³²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 60. [...] § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

³³FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 125

que, para alguns, é impossível manter uma ordem monetária com tantos encargos trabalhistas. São aduzidas como exemplo legislações alienígenas em que o empregado não possui uma gama de direitos tão vasta e em que os países apresentam maior poderio financeiro. Sérgio Torres Teixeira e Fábio Túlio Barroso³⁴ detalham a existência dessa nova realidade que vem permeando as relações de trabalho.

O princípio do não retrocesso social é uma forma de prevalência daquilo que foi conquistado no direito laboral e que não pode ser retirado pelo alvedrio das novas ordens econômicas de contexto neoliberal. A política de abstencionismo estatal, em relações onde não existe igualdade de condições, não pode ser firmada.

Torna-se imprescindível a primazia de um princípio de dignidade do trabalhador, que somente pode ser alcançada por uma proteção eficiente dos seus direitos, dantes conquistados, e de uma luta por igualdade material. A privatização do direito do trabalho ensejaria um retrocesso. Desta sorte, defende-se que os direitos trabalhistas devem apenas recrudescer, jamais podendo ocorrer a diminuição destes³⁵.

O trabalho constitui-se como elemento de formação da identidade da pessoa, pois estabelece relações sociais e está infiltrado na mentalidade do indivíduo desde a mais tenra idade, vez que a vida estudantil, além de outros objetivos, prima pela preparação para o ambiente de trabalho. Nem todas as relações de trabalho são empregatícias; todavia, existindo sob esta modalidade, percebe-se a condição supracitada de debilidade do empregado com relação ao seu empregador.

A equiparação entre ambos, inexistente no mundo material, é o intuito do direito laboral. Conquanto aparente ser utópico, na verdade é uma necessidade que se apresenta no momento de criação e aplicação das normas, instrumentalizada pelo princípio da proteção do hipossuficiente. Retirar do trabalhador as condições de efetivar seus direitos e de possuir um trabalho digno é retirar-lhe uma das causas de sua existência e fadá-lo ao sentimento de inutilidade, talvez um dos mais desonrosos para uma pessoa.

Este princípio, que está consolidado como *principaliter* no direito material do trabalho, gera controvérsias quanto à sua utilização no direito processual, porque as normas procedimentais devem refletir o máximo de imparcialidade do trâmite do julgamento. O direito processual encontra-se regido pelo princípio de paridade de armas,

³⁴TEIXEIRA, Sérgio Torres; BARROSO, Fábio Túlio. Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilidade laboral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 3, jul./set. 2009, p. 65-69

³⁵*Ibidem*, p. 65-69

o que contradiz o conceito e a finalidade da proteção do hipossuficiente, à primeira vista.

4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO HIPOSSUFICIENTE NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

O direito processual possui diversas classificações quanto à sua definição e aplicabilidade. Didier³⁶ faz menção a três formas de entender o processo: método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica. O poder de criar normas se manifesta em que toda produção normativa, seja ela administrativa, legislativa, jurisdicional ou negocial, decorrendo de uma tramitação processual.

O ato jurídico complexo ocorre tendo em vista que há uma ordenação de atos para a consecução de um fim, aquele almejado processualmente. Todo o proceder das partes e do magistrado deve objetivar a resolução desse emaranhado jurídico de postulações, visando a uma harmonia entre esses atos sucessivos. A relação jurídica é, na verdade, um corolário desse ato complexo; ela se consubstancia quando se formam situações tuteladas pelo direito, em que há arguições, contestações, direitos, competências e os mais diversos institutos – gera-se um “feixe” de relações imbricadas.

Cumprido salientar que as relações tuteladas são dotadas de variadas especificações do direito. São diversos os ramos de direito material, pois os bens jurídicos da vida são variados e a proteção de cada um exige distinções entre as formas de atuação. Desse modo, o direito relativo às relações familiares não pode possuir o mesmo viés que o setor que cuida de questões tributárias. O direito material é, portanto, diferente e o direito processual que o materializa também deve ser.

Preleciona Didier³⁷ que o processo deve ser uma forma de concreção daquilo que está previsto nos diplomas legais; portanto, não pode apartar-se daquilo que tutela, da situação específica para a qual foi evocado. Ele é o instrumento para o direito substancial alcançar sua finalidade. Alguns autores, como Calmon de Passos³⁸, não são afetos a essa denominação, por parecer ensejar uma relação de inferioridade ao processo

³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 30- 33.

³⁷*Ibidem*, p. 37- 39.

³⁸*Ibidem*, p. 37- 39.

em si.

Entretanto, há entre eles (direito material e processual que o tutele) uma relação de circularidade, como afirma Carnelutti³⁹, isto é, um serve ao outro, não de modo competitivo, mas com proação. É imprescindível a existência de um diálogo entre suas normas. Afinal, de pouca valia será uma norma substancial que salvguarde uma situação se o direito processual a impossibilitar de todo, já que a formação de uma lide é inúmeras vezes o modo de perquirir determinados direitos, regida por normas processuais.

4.1 Direito processual do trabalho

O direito processual do trabalho servirá de instrumento para a concreção das normas de direito material relativas aos empregados celetistas. Conquanto a competência da Justiça do Trabalho alcance todas as relações de trabalho, seu núcleo de atuação primacial refere-se aos liames empregatícios. Amauri Mascaro⁴⁰ diz que esse ramo do direito está voltado para a resolução das lides vindouras de conflitos trabalhistas, possuindo normas que regem desde a atuação dos titulares de direitos e deveres até os procedimentos que devem ser adotados pelos tribunais, tudo com a finalidade de se alcançar uma imposição decisional pelo Estado-Juiz.

Sérgio Pinto Martins⁴¹ alude aos princípios, regras e instituições da disciplina voltados para a resolução de conflitos individuais e coletivos, formados no bojo das relações de trabalho. Em sua definição, Eduardo Gabriel Saad⁴², além de mencionar esses elementos, versa sobre a capacidade das normas processuais trabalhistas regerem a atividade dos órgãos jurisdicionais e seus agentes.

Por instrumentalizar uma parcela do direito dotada de tantas peculiaridades, de autonomia científica, legislativa e didática, o processo do trabalho deve servir para o direito substancial que rege, com os meios oportunos de concreção das legislações trabalhistas e de seus objetivos.

³⁹ CARNELUTTI, Francesco. Profilo de iraportitradiritto e processo. *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, v.35, n. 4, p. 539-550.

⁴⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59.

⁴¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 18.

⁴² SAAD, Eduardo Gabriel. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 40.

Para tanto, Mauro Schiavi⁴³ se reporta aos três objetivos do direito processual do trabalho, quais sejam: assegurar ao trabalhador o seu acesso à Justiça Especializada, motivar que se cumpra a legislação pertinente às relações trabalhistas em seu tocante individual e coletivo e à legislação social e extinguir, com justeza, as lides trabalhistas. Esses objetivos já denotam que o trabalhador e a tutela dos seus direitos é a principal diretriz para o processo do trabalho.

4.2 Princípio da proteção do trabalhador no processo do trabalho

Os ritos procedimentais trabalhistas possuem, em si, condições próprias, relativas às peculiaridades do ramo que materializam. Dentre essas especificidades está a existência do princípio *mater* do direito laboral, qual seja, da proteção ao hipossuficiente. Esta é a base da construção do arcabouço jurídico trabalhista, possuindo também irradiação em sua parcela processual.

O hipossuficiente precisa de uma tutela eficiente de seus direitos; caso contrário, não haverá uma tentativa real de dirimir essa discrepância fática. Todavia, a determinação material que serve para direcionar a feitura de regulamentos internos, contratos e tantas outras relações pré-processuais encontra sua efetivação dentro da formação triangular de um processo.

O processo necessita ser um instrumento apto para o direito que tutela. Destarte, as ferramentas processuais devem seguir o objetivo do processo do trabalho de viabilizar o acesso do trabalhador à justiça e não só sob a perspectiva formalística, mas com a entrega de uma prestação jurisdicional que perquire a verdade real e a justiça.

Por esta razão, é imperiosa a aplicação do princípio de proteção do hipossuficiente, norteando as normas procedimentais. Schiavi⁴⁴ denomina “protecionismo temperado ao trabalhador” a aplicação do princípio *mater* nessa seara normativa. O trabalhador, que é a parte débil durante todo o vínculo empregatício, não perderá sua debilidade ao ser despedido ou ter pedido demissão. Pelo contrário, até a inferioridade pela via do constrangimento pode ser observada neste momento, quando se teme, por exemplo, desagradar o ex-patrão, que poderá não ser justo ao passar suas

⁴³ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 117.

⁴⁴ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 124-126.

referências para um novo emprego. Nota-se ainda uma mácula nos empregados que buscaram a Justiça do Trabalho para solver seus conflitos, no ato de contratação por novos empregadores.

Sendo assim, o empregado, no momento processual, continua a ser aquele que possui escassez de meios para o embate. É aquele que se encontra, via de regra, em condição financeira, intelectual e até probatória inferior à de seu empregador. E criar um princípio que o proteja apenas antes do momento mais crucial de definição da sua vida laboral parece ser insuficiente.

Schiavi⁴⁵ define esse protecionismo como uma igualdade substancial das partes no processo laboral, revelando seu esteio constitucional, previsto no artigo 5º, *caput* e inciso XXXV⁴⁶, da Carta Magna. O magistrado deve buscar a isonomia, tentando corrigir os desequilíbrios fáticos, por meio da via processual, utilizando-se para tanto de regras procedimentais e também os princípios constitucionais, combinados às circunstâncias que regem o caso concreto.

4.2.1 Exemplos de normas protetivas ao trabalhador no processo do trabalho

Schiavi⁴⁷ traz alguns exemplos concretos em que o princípio de proteção ao trabalhador já é utilizado, como o artigo 844 da CLT⁴⁸, em que a ausência do reclamante em audiência importa em arquivamento do processo, enquanto que para o reclamado a dureza da pena é muito maior, ou seja, revelia e a confissão quanto à matéria de fato. Essa norma é uma manifestação da proteção ao trabalhador, que é o maior interessado em receber o valor pecuniário relativo às verbas trabalhistas, pois, em geral, encontra-se em desamparo econômico.

O legislador adotou uma postura protetiva ao estabelecer uma pena tão drástica ao empregador, pois, por vigorar o princípio da oralidade na Justiça do Trabalho e ser tentada a solução dos conflitos em audiência, este poderia ponderar, ao analisar o caso

⁴⁵ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 125.

⁴⁶SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 07.

⁴⁷ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 125.

⁴⁸SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 284.

concreto, se era rentável ou não comparecer à audiência. Também se considera que o reclamado possui mais condições de chegar até o local, de possuir um amparo jurídico de profissional habilitado e até mesmo a manutenção das maiorias das provas documentais a seu dispor.

O empregado, a *contrario sensu*, apresenta todos os empecilhos opostos às facilidades do empregador; não possui, apesar de vigorar na prática trabalhista os contratos de risco, condições financeiras de procurar profissional jurídico habilitado. Apresenta dificuldades de locomoção maiores para chegar à audiência e, como já foi dito, é aquele que possui maior interesse em que a demanda seja resolvida com celeridade, tendo-se em conta sua condição de carência econômica.

Saliente-se que, ao procurar a resolução de conflitos na seara trabalhista, a maioria dos demandantes encontra-se em desemprego ou, se já possuem novo local de trabalho, foram despedidos pelos empregadores contra os quais estão litigando. Isso manifesta que as condições aviltantes de vida a que estão submetidos lhes exigem celeridade no recebimento das verbas a que fazem jus. Já o empregador que esteja inadimplente não possui pressa para pagar, pois encontra-se, via de regra, em condição de superioridade econômica. O legislador, atento a essa realidade, adotou no precitado artigo da CLT uma postura protecionista ao reclamante, estabelecendo, em uma norma de caráter puramente processual, um viés protecionista.

Schiavi⁴⁹ continua sua exemplificação com a inversão do ônus de prova em favor do empregado e também ao fato de haver inúmeras presunções que beneficiam o trabalhador. Sabe-se que o ônus de prova, dentro de um conceito de cooperação processual, adotado atualmente, deve ser imposto àquele que possui maiores condições de trazer a prova ao conhecimento do magistrado.

Em geral, a parte que recebe o encargo de formar as provas, levando-as aos autos processuais, acaba se desvencilhando do ônus, tendo em vista que isso poderá evitar uma desvantagem decorrente da sua não observância, conforme preleciona Didier⁵⁰. Dentro de um processo em que se visa à economia processual, evitando-se atos desnecessários ou dispendiosos, atrelado à celeridade, potencializada no ramo processualístico trabalhista, a prova deve ser imposta àquele que tenha maior facilidade em formá-la.

⁴⁹ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 125.

⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 106-107.

O empregador possui, em geral, maiores condições de formação das provas documentais, por exemplo. Apenas a título ilustrativo, a jornada de trabalho, que influencia sobremaneira nas verbas a serem recebidas, pode ser comprovada por intermédio de prova testemunhal e por prova documental. Entretanto, no caso do reclamante, torna-se mais difícil conseguir colegas de trabalho que queiram testemunhar na Justiça do Trabalho contra o empregador, ou seja, nesta circunstância incide o elemento da inferioridade por constrangimento.

Quanto às presunções que favorecem o trabalhador, há o exemplo expresso do princípio da continuidade da relação de emprego, mencionado por Lopes Haas⁵¹. Dessa forma, quando há negativa de prestação de serviços e de despedimento, presume-se a existência do vínculo em favor do empregado e o *onus probandi* pertence ao contratante da prestação de serviços, conforme estatui a súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho⁵².

Com a admissibilidade do *jus postulandi*, a parte, conforme revela o artigo 790 da CLT⁵³, pode reclamar pessoalmente na Justiça do Trabalho. Caso não esteja acompanhada de profissional habilitado, ainda assim poderá postular nas Varas e Tribunais Regionais do Trabalho, ressalvando-se os casos de ações rescisórias, cautelares e mandados de segurança, de acordo com a preleção da súmula 425 do Tribunal Superior do Trabalho⁵⁴. Isso possibilita, em tese, o acesso à Justiça ao trabalhador hipossuficiente que não possui meios para o custeio dos honorários advocatícios.

Premente se faz observar que o *jus postulandi* é apenas uma possibilidade para aquele que o queira utilizar. Na prática, a ausência de defesa técnica pode prejudicar o reclamante que, em geral, não detém conhecimentos jurídicos e, se os tem, não os possui em proporção exigida por uma ação judicial. Desta sorte, é corriqueira a celebração, entre os reclamantes e seus patronos, dos denominados contratos de risco, com cláusula *quota litis*, visto que é inviável a um hipossuficiente econômico que se encontra desempregado arcar com os valores de honorários. Os advogados recebem ao final do trabalho, caso obtenham sucesso na demanda.

⁵¹ HAAS, Arlindo Pedro Lopes. *Extinção dos contratos individuais de trabalho: modalidades e efeitos*. Disponível em: <aulas.verbojuridico3.com/.../Trabalho_Hass_16JB_extincao_contrato_parte1_ead.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

⁵²SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1124.

⁵³SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 267.

⁵⁴*Ibidem*, p. 1143.

Diante dessa situação de inferioridade econômica, surge então um dos exemplos mais protecionistas, dentro do direito processual do trabalho, a gratuidade de justiça⁵⁵, com manifesta facilidade de concessão do benefício ao reclamante. Previsto no art. 790 § 3º da CLT⁵⁶, estabelece um critério objetivo que é o recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, e um critério subjetivo, qual seja, a declaração sob as penas da lei de que a parte não tem como pagar as custas processuais sem prejuízo de sua manutenção ou de seu núcleo familiar.

O próprio Estado Juiz que prima pela prestação jurisdicional a ele conferida, arruma meios reais de acesso à justiça. Note que o artigo precitado não faz menção a termos como reclamante, trabalhador ou empregado. Apenas se infere pelo critério objetivo que se trate de trabalhador assalariado, ao se citar o valor a ser percebido. Isso ocorre porque a referida norma ocupa-se de tutelar o hipossuficiente em seu conceito amplo, exercendo uma verdadeira paridade de armas processuais.

Dessa forma, não são abrangidos pela norma aqueles que são empregados de alto poder aquisitivo, que possuem cargos onde a inferioridade econômica pouco se observa, pois não se enquadram em nenhuma das possibilidades legais. Enquanto que a *contrario sensu*, as pessoas jurídicas que não tenham condições de arcar com o custeio processual estão isentas de seu pagamento, é o que diz a súmula 481 do STJ⁵⁷, não importando a existência de finalidade lucrativa. Ou seja, o empregador que não possui condições de manter os pagamentos exigidos por um processo, sem prejudicar seu sustento e de sua família, pode valer-se do benefício bastando comprová-lo.

Essa norma é um exemplo de defesa ao hipossuficiente processual, seja esse reclamante ou reclamado, desde que se enquadre nos critérios legais. É um exemplo de que não há favoritismos quando se aplicam normas de proteção àquele que se encontra em situação de desvantagem, pois essa inferioridade pode residir tanto na figura do trabalhador frente ao Estado que o cobra e ao seu empregador que detenha maior poderio econômico, como ao empregador que pode estar em condição de inferioridade quanto àquilo que lhe é exigido para a prestação de uma tutela jurisdicional. O acesso à justiça e sua efetivação se dá para todo o povo brasileiro, seja em que situação financeira se encontre.

⁵⁵ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 125.

⁵⁶SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 265.

⁵⁷*Ibidem*, p. 1108.

A exigência de depósito recursal⁵⁸, prevista no art. 899,§1º, da CLT⁵⁹, feita ao reclamado, também é uma manifestação processual do protecionismo conferido ao trabalhador, visto que, se evitam interposições recursais meramente protelatórias, observando a relevância da celeridade, já mencionada, na resolução da causa, em decorrência da necessidade do reclamante receber as verbas a que faz jus. O reclamado que não possui pressa para pagar poderia valer-se desse direito de recorrer como um artifício.

Outro benefício trazido por essa norma é que o valor do depósito, converter-se-á em favor do reclamante caso esse obtenha sucesso frente às instâncias superiores. Forma-se uma espécie de “caixa” que assegura ao hipossuficiente a condição de receber um valor mínimo estatuído anualmente pelo TST como teto para o depósito recursal, que se supõe consoante a critério de dignidade da pessoa humana.

O maior poder conferido ao magistrado trabalhista, na condução da marcha processual, também é uma manifesta peculiaridade de protecionismo ao trabalhador⁶⁰. O art. 765 da CLT⁶¹ confere ampla liberdade aos juízos e Tribunais do Trabalho, no direcionamento do processo, perquirindo sempre pela celeridade. O juiz possui total condição de indeferir diligências inúteis ou protelatórias, não que isso não ocorra no processo civil⁶², de acordo com o art. 370 do CPC, contudo, essa característica é potencializada no processualismo trabalhista.

O art. 878 da CLT⁶³ é ainda mais concreto na concessão de poder ao magistrado na condução do processo, quando permite na fase executória a sua instauração *ex officio* pelo Juiz ou Tribunal Regional que possua competência. Saliente-se que o parágrafo único permite ainda promoção da execução pela Procuradoria da Justiça do Trabalho, quando se tratar de decisão dos Tribunais Regionais.

Os magistrados podem então promover a execução no processo se a acharem pertinente, note-se que esse regramento é vanguardista em relação às possibilidades presentes de execução no processo civil atual, onde se extinguiu quase por completo a autonomia entre as fases cognitivas e executórias do processo.

⁵⁸ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 125.

⁵⁹ SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 307.

⁶⁰ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 125.

⁶¹ SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 259.

⁶² *Ibidem*, p. 361.

⁶³ *Ibidem*, p. 294.

A definição da competência territorial de acordo com a localidade onde se deu a prestação de serviços é outra característica peculiar⁶⁴, note-se que toda a disciplina do art. 651 da CLT⁶⁵, possui o pejo de facilitar o acesso à justiça ao trabalhador. O parágrafo primeiro, por exemplo, elege a localidade da agência ou filial a que o empregado esteja subordinado, em se faltando, a competência será delineada no lugar onde o empregado tenha domicílio ou no território mais próximo, onde exista Vara do Trabalho.

Pode-se extrair dessa norma, que o legislador quis facilitar ao trabalhador o seu acesso ao poder judiciário, pois infere-se que o empregado resida no local onde presta serviços e se isso não ocorrer possuirá algum vínculo com o local. Ocorre que, há uma tendência jurisprudencial, em aceitar a postulação processual, em Varas que não possuam nenhuma relação com a prestação de trabalho. Por vezes o trabalhador, torna-se itinerante, vai em busca de novos empregos em cidades diferentes, que distam muito uma das outras.

E acaba por mudar-se para cidades em estados diferentes de onde se prestava serviços anteriormente. Dessa forma, precisa para seu sustento arrumar um emprego, seja onde for sua localidade e não pode também desistir de postular quanto às verbas trabalhistas a que faz jus em seu antigo emprego. Viajar para a antiga cidade onde laborava torna-se inviável, seja pelos custos, seja pelo fato de já possuir um novo emprego. O acesso à justiça, primado pela carta constitucional, em seu art. 5º, XXXV⁶⁶, fica ameaçado.

Nesse sentido, alguns tribunais têm decidido por aplicar o dispositivo constitucional de acesso à justiça, aos casos em que se notem essa dificuldade ao trabalhador, de chegar ao local de postulação determinado. O próprio CPC, em seu art. 46, caput⁶⁷, define como competente o foro de domicílio do réu, norma que seria mais favorável ao trabalhador.

Aluda-se que o art. 769 da CLT⁶⁸, permite o uso subsidiário da legislação processual comum, nos casos de omissão, desde que não seja incompatível com os regramentos do processo do trabalho. Já o art. 15 do novel CPC⁶⁹, disciplina uma aplicação supletiva, abrangendo também os casos de omissão parcial.

No caso relativo à competência territorial para as ações que sejam propostas por

⁶⁴ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 125.

⁶⁵SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 240.

⁶⁶*Ibidem*, p. 8.

⁶⁷*Ibidem*, p. 330.

⁶⁸*Ibidem*, p. 259.

⁶⁹*Ibidem*, p. 328.

reclamantes que não residam mais na localidade da pretérita prestação de serviços, a norma processual civil encontra-se mais consoante com o princípio de proteção ao hipossuficiente. Ressalve-se que o empregado que aciona a justiça, quer a resolução de sua demanda com a maior ligeireza, não sendo lógico que esteja criando embaraços para receber, ou seja, se esse não se encontra em condições de ajuizar em determinado lugar, sua ação, acredita-se que não o faz propositalmente.

Nesse sentido, há julgados, como o acórdão do TRT 5, 2ª Turma⁷⁰, onde o princípio de acesso a justiça é mencionado como fundamento, para derogar-se a competência para o domicílio do reclamante. O precitado teor do artigo do dispositivo processual civil, também fora colocado como fundamento. O dispêndio em custear o processo seria excessivo ao reclamante, inviabilizando por completo seu amplo acesso à justiça, princípio constitucional que se encontra em superioridade hierárquica quanto às regras processualísticas.

O poder conferido constitucionalmente à Justiça do trabalho, de normatização, tendo em vista a resolução dos dissídios coletivos de natureza econômica, previsto no art. 114, §2º, da CF⁷¹. O próprio artigo menciona que devem ser respeitadas “as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho”. A jurisdição trabalhista acaba recebendo esse poder⁷², tendo em vista a necessidade de proteção ao trabalhador que, apesar de representado por sua organização sindical, nesses casos em destaque, podem encontrar-se em conflitos insolúveis com o polo empregador, quando se faz premente a atuação de um terceiro imparcial.

O magistrado possuirá, então, capacidade de prolatar uma sentença normativa que regerá a categoria, ou seja, estará realizando atividade legislativa. Isto ocorre, com o intuito de proteger o trabalhador da situação de ausência de tutela normativa específica para sua categoria, ou se essa existir, não esteja de acordo com o princípio *mater* do direito laboral.

A súmula 338 do TST, em seu inciso III⁷³, traz uma inversão do ônus da prova, quando o assunto em litígio for hora extraordinária e o empregador tenha trazido aos autos

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. *Recurso Ordinário n. 0001546-93.2016.5.05.0122*. Relatora Desembargadora Luíza Lomba; Órgão julgador: Segunda Turma; Data de publicação: 11.07.2017.

⁷¹SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 39.

⁷² SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 126.

⁷³SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1134.

cartões britânicos. Dessa forma, se presumirá verdadeira a jornada alegada pelo empregado, reclamante, é um dos exemplos trazidos por Barbosa Garcia⁷⁴.

A alteração da súmula 303 do TST⁷⁵, por meio da resolução 211/2016, é uma amostra da manifesta adequação àquilo consubstanciado, no CPC 15, visto que esse determina tetos maiores de condenação para o reexame necessário quando a decisão for contrária à Fazenda Pública. Antes, o valor exigido na súmula era superior a 60 (sessenta) salários mínimos, para que ocorresse o duplo grau de jurisdição. Atualmente, esse termo fora modificado para reexame necessário e os valores dos tetos de condenação exigidos foram majorados, em consonância com o disposto no CPC.

Essa modificação beneficia o hipossuficiente, haja vista a celeridade ser um objetivo do processo do trabalho e uma necessidade do reclamante alterar os tetos para o reexame, adotando valores maiores, diminui a incidência desse instituto, o que pode acelerar as execuções trabalhistas. Ou seja, o CPC, que é um diploma, em tese, estranho à legislação trabalhista estava também nessa norma, mais consentâneo com o princípio de proteção ao trabalhador, sendo aplicado pelo TST em reforma de entendimento sumular.

Os diversos exemplos da aplicação do princípio *mater* do direito material do trabalho, aplicado ao seu ramo processual, não estão esgotados. São inúmeras as resoluções cotidianas procedimentais, adotadas pelos magistrados que utilizam por base o precitado princípio, pois, em dúvida, deve-se optar em favor do operário. Esse outro princípio (*in dubio pro operario*) que possui evidência prática dentro da marcha processual, faz com que os magistrados ordenem-se por um processo que cumpra com um dos objetivos principais do direito processual do trabalho, qual seja, “impulsionar o cumprimento da legislação trabalhista e da social”⁷⁶.

Essa amostra é apenas corroborante que o princípio de proteção ao hipossuficiente já é utilizado de maneira vasta, no direito processual do trabalho. Contando com a aplicação de dispositivos celetistas, de jurisprudência e doutrina trabalhistas e normas que seriam consideradas estranhas ao direito laboral, mas que guardam semelhança com o conceito central protetivo e são, por isso, utilizadas, como o novel Código de Processo Civil. O próprio TST, que possui o condão de uniformizar a

⁷⁴ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 62.

⁷⁵ SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1131.

⁷⁶ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 117.

jurisprudência pátria, ao adotar uma alteração de entendimento sumular com o intuito de salvar o trabalhador da letargia processual, demonstra que há um critério máximo na atividade jurídica trabalhista: cuidar dos interesses do hipossuficiente com zelo e sobriedade.

4.3 Princípio da igualdade processual

O princípio da igualdade processual, também conhecido por paridade de armas, visa proteger as partes de favoritismos processuais, tão constantes em tempos pretéritos. A teoria geral do processo cuida de estudar esse princípio, já que esse norteia todos os ramos processuais, dentro de um Estado Democrático de Direito. Deve-se perquirir um processo em que se obtenha uma justeza não só das decisões, mas também dos meios para alcançá-las.

O art.5º, caput, do texto magno⁷⁷ é de onde se extrai este princípio, a igualdade no tratamento conferido pelo Estado deve ser diretriz de toda a condução processual, permitindo-se que as partes e seus patronos possuam equivalência em juízo. Didier⁷⁸ explica que o art. 7º do CPC⁷⁹ é corolário dessa máxima constitucional, a igualdade de todos perante a lei e subdivide-se em quatro aspectos, o juiz deve estar dotado de imparcialidade para solver aquele caso concreto, isso permite que nenhuma das partes seja beneficiada por amizades ou inimizades com o magistrado julgador.

O acesso à justiça deve ser igualitário para todos, não podendo haver qualquer espécie de discriminação negativa, isto é, deve-se fomentar um alcance a tutela jurisdicional do indivíduo que se sinta lesado em seus direitos, não importando nenhuma de suas escolhas pessoais no tratamento que receberá da justiça. A diminuição dos entraves que dificultem o acesso à justiça é outra característica mencionada pelo autor, essas desigualdades podem ser a nível econômico (dirimidas pela gratuidade de justiça), a nível de comunicativo (quando a parte precisa, por exemplo, de um tradutor), a nível

⁷⁷SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 07.

⁷⁸DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 97.

⁷⁹SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 327.

territorial (que pode ser corrigida com a adoção de videoconferências); enfim, há muitos exemplos de desigualdade de acesso à justiça e muitas formas de saná-los.

Em derradeiro, alude que deve haver uma paridade no acesso das informações processuais, visto que essas são imprescindíveis para a formação de um contraditório e de uma ampla defesa, realmente existentes e válidos, sob a perspectiva material. Surge, então, uma questão relevante que é a da igualdade substancial, o próprio autor⁸⁰ revela que distinguir as partes em alguns momentos, em seu tratamento, é a forma de conferir a real paridade de armas.

Ada Pellegrini⁸¹ detalha essa paridade, ressaltando que o conceito de igualdade jurídica não deve estar alheio aos fatores claros de totais desigualdades fáticas entre as partes litigantes. O conceito formulado pela literalidade do dispositivo legal engendraria uma interpretação de que a igualdade formal seria suficiente, no entanto, a aplicação da isonomia, anseia por uma igualdade que vai além disso, busca-se uma igualdade substancial, permitindo que aqueles hipossuficientes dentro do jogo processual adquiram realmente as mesmas condições de desenvolver o processo.

Diante de diversos exemplos em que, na teoria geral do processo e no ramo processualístico civil, são aplicados o princípio da igualdade, adotando-se a postura supracitada de se perquirir a igualdade substancial, pode-se concluir que essa forma interpretativa não é exclusiva do ramo trabalhista. Regras que são criadas no processo civil, como nomear curador para incapazes, (art. 72 do CPC⁸²), prioridade de tramitação processual para idosos ou portadores de doenças graves (art,1048 do CPC⁸³), intimação do Ministério Público, quando houver interesse de incapaz (art. 178,II, CPC⁸⁴), são alguns dos exemplos trazidos por Didier⁸⁵ para demonstrar que há, de fato, a necessidade de uma igualdade material, também no processo civil.

Destarte, o conceito de inferioridade que permeia o direito material do trabalho não é exclusivo desse. Um processo realmente construído de acordo com o teor constitucional precisa estar atento a essas desigualdades e tentar atenuá-las com os

⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 98.

⁸¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 62-64.

⁸²SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 332.

⁸³*Ibidem*, p. 427.

⁸⁴*Ibidem*, p. 344.

⁸⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 98.

instrumentos que lhe são cabíveis. É importante que o magistrado mantenha a imparcialidade com relação às partes, não se afeiçoando com essa ou aquela, a ponto de exercer favoritismos. Todavia, o intuito interpretativo já consagrado do princípio da igualdade é buscar uma igualdade material, tanto no momento da feitura das normas, principalmente, como no momento da marcha processual. O magistrado não possui poder legislativo para editar normas *ad hoc* para beneficiar aquele hipossuficiente processual, mas pode conduzir o processo de forma em que ocorra uma maior equivalência entre as partes.

4.4 Controvérsias doutrinárias

O princípio protetivo aplicado ao processo do trabalho, apesar de demonstrar-se aceito por grande corrente doutrinária, é refutado por alguns autores, que contradizem os pontos de sua efetividade e não o consideram como algo que deve ser posto em prática no ramo processualístico trabalhista.

Cairo Jr⁸⁶ é um dos autores que não acredita ser cabível tal aplicação. Inicialmente, diz que não pode comungar do entendimento consentâneo a utilização do princípio de proteção ao trabalhador no processo laboral, pois o que há realmente é uma instrumentalização que facilita o acesso à justiça por parte do empregado, de modo maior do que aquela conferida ao empregador. Isso decorre do reconhecimento da regra de isonomia, explicando que, por isso, não se deve solucionar conflitos decorrentes de relação de trabalho autônomo com regras oriundas do processo do trabalho.

Ou seja, o autor defende que o princípio *mater* não pode ser aplicado no ramo processualístico, todavia, acredita que a maior facilidade de acesso à justiça ao trabalhador, decorre de uma relação isonômica que encontra seu esteio apenas no processo civil. Essa isonomia possui seu fundamento em regramento geral do direito e reflete-se em normas específicas para os ramos mais diversos do direito. Cairo Jr. é categórico ao afirmar que engendraria injustiças possibilitar outra “proteção” ao trabalhador, qual seja processual, quando esse já está amparado por inúmeras normas de direito material com caráter protetivo.

⁸⁶ CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito processual do trabalho*. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 53-56.

Há, portanto, uma literalidade na interpretação do princípio de paridade de armas, ele diz que os benefícios conferidos ao trabalhador decorrem da “jurisdição laboral e não do processo *stricto sensu*”. A paridade de armas é vista como algo estanque, que deve ser sob a perspectiva formal de extrema igualdade. Olvidando-se do fato de que ela inexistente materialmente, em relações tão desniveladas. O autor parte, então, para uma refutação pontual dos argumentos contrários à sua ideia.

Começa a refutar a imposição de depósito recursal para o empregador, mencionando que o empregado nunca o deve fazer, mas que também o reclamado estará dispensado em casos onde seja constatável sua impossibilidade financeira. Na verdade, como já foi dito, isso corrobora apenas que a aplicação do princípio protetivo se dá ao hipossuficiente, seja em que polo processual esse se encontre. A justiça do trabalho prima pela proteção de todos que se encontrem em situação de inferioridade, garantindo-lhes pelo menos o mínimo, que é o acesso à justiça.

O autor⁸⁷ continua com a gratuidade de justiça quando conferida ao empregador, segue-se então a mesma situação antes exposta, há sim uma busca pelo acesso à justiça para todo o povo, mas há a facilitação deste acesso para aqueles ditos hipossuficientes, esse pode ser trabalhador ou não. A definição da competência territorial em razão do local de prestação de serviços, também é pontuada pelo precitado autor; esse diz que esta fixação se dá no local onde é sediada a empresa e, apenas de modo excepcional, o domicílio do empregado será o lugar de competência.

A interpretação parece incorrer em erro, visto que a definição do local de prestação de serviços se dá por haver uma inferência lógica de que o empregado esteja ali domiciliado e, por isso, possua maior facilidade de acesso à tutela jurisdicional. Tanto que o art. 651⁸⁸ traz em seus parágrafos claras manifestações de protetividade ao trabalhador, concedendo a estes variadas opções de foro competente para suas arguições. Ademais o autor olvidou-se também dos entendimentos adotados pelos tribunais, atualmente, de que o acesso à justiça é conceito constitucional máximo, estando acima das normas infraconstitucionais, devendo ser respeitado, optando-se pelo domicílio do reclamante nos casos em que essa seja a única forma de prestação de tutela jurisdicional viável para o trabalhador.

⁸⁷ CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito processual do trabalho*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 55.

⁸⁸SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 240.

Menciona a inexistência de utilização da regra de interpretação *in dubio pro operario* em questões probatórias, ou seja, se a prova não foi completa para o convencimento do juiz, não se deve optar por um favorecimento do polo obreiro. Isso é de fato necessário, visto que se deve primar por uma igualdade substancial, todavia, isso não deve induzir ao pensamento de que o trabalhador está dotado de razão em sua demanda e que tudo deve conspirar para que receba ganho de causa. Ocorreria sim uma interpretação injusta. O conceito de *in dubio pro operario* está mais relacionado ao fato de, por exemplo, haver uma prova documental, onde se revele falta de clareza contratual e uma inferioridade intelectual do empregado, nesse caso a cláusula obscura deve ser interpretada em favor do obreiro.

A execução promovida de ofício pelo juiz, art.878 da CLT⁸⁹, também é refutada pelo autor, que se pauta na questão do princípio inquisitivo e de como é usado para ambas as partes. Ocorre que o magistrado, ao promover a execução desse modo, acaba por auxiliar quase em todos os casos o reclamante, que é o maior interessado em receber o valor da condenação com celeridade, sendo quase inconcebível que no âmbito *juslaboral*, o contrário venha a acontecer. É uma norma de caráter geral, mas que especificamente atende ao anseio do polo obreiro.

O arquivamento da ação caso se ausente na audiência inicial a parte autora, é outra exemplificação posta pelo autor. Esse diz que o mesmo acontecerá para empregador ou empregado, basta que se ausente, não revelando proteção alguma ao trabalhador. A norma deve ser analisada também em sua aplicação prática, observando as hipóteses mais incidentes. Nesse caso, a justiça do trabalho possui como parte autora essencialmente composta por empregados. Não se pode esquecer de que raras são as vezes nas quais uma ação é proposta pelo empregador e que a penalidade a esse imposta, em geral, é mais gravosa.

Conclui ainda admitindo que, realmente, há um reflexo do caráter protecionista do direito substancial em seu ramo processual, já que esse deve concretizar as normas daquele. Entretanto, garante que o juiz deve lastrear-se no princípio constitucional de igualdade entre as partes e no disposto no art. 1º do CPC⁹⁰, ordenando todo o processo civil, de acordo com aquilo disposto constitucionalmente. Pontua ainda uma lista de doutrinadores que acreditam ser possível a aplicação do princípio protetivo também no

⁸⁹SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 294.

⁹⁰*Ibidem*, p. 327.

processo trabalhista, entre eles estão: Bezerra Leite, Wagner Giglio, Coqueijo Costa, Sérgio Pinto, Renato Saraiva, Jouberto Cavalcante e Francisco Neto.

Enquanto que Rodrigues Pinto⁹¹ se põe contrário a esse entendimento, afirmando que o equilíbrio processual inexistente a partir do momento em que se permite beneficiar uma das partes e a outra não. Utilizando inclusive a expressão de “tutor do empregado” para definir o órgão público que aplica, por exemplo, a regra do *in dubio pro misero*, quando avalia questões puramente processuais.

4.5 Neoprocessualismo e os princípios constitucionais

Dentro de um contexto neoconstitucional, em que a carta magna assume o ápice da pirâmide normativa e é dotada de uma força irradiante para todas as normas infraconstitucionais, torna-se impossível dissociar o teor constitucional das regras que ditam os processos. O ramo processual, que sempre fora concebido como oriundo do direito público, é eivado pelas determinações e conceitos constitucionais. Pensar o processo, nos tempos hodiernos, deve ser pensar a aplicação prática da constituição dentro do âmbito jurisdicional, administrativo, legislativo ou negocial.

Cleber Lúcio⁹², utiliza o termo neoprocessualismo para designar o regramento contemporâneo processual que é norteado pelas máximas constitucionais. Ou seja, as normas procedimentais estão passando por um período de “principialização”, conforme determina o autor. Apesar de ser uma seara do direito mais avessa a mudanças e estagnada em suas determinações, o direito processual vem enfrentando transformações, seja em suas codificações como o novel código de processo civil, seja no modo de interpretar normas já vigentes.

O autor⁹³ segue detalhando alguns princípios constitucionais que não podem ser olvidados em um devido processo constitucional, devendo permear todo o sistema. Salienta que o CPC, em seu art. 1º, ⁹⁴ diz que o processo civil deve estar consentâneo aos

⁹¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: LTr, p. 54.

⁹² ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 58.

⁹³ *Ibidem*, p. 101- 104.

⁹⁴ SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 327.

valores e fundamentos constitucionais, sendo que o art. 15 do precitado diploma legal⁹⁵, lido com o art. 769 da CLT⁹⁶, ressalta a possibilidade de utilização do código de processo civil na legislação trabalhista, em casos de omissão parcial ou total, agindo supletiva ou subsidiariamente. Sendo assim, há mais uma motivação para que os valores constitucionais sejam regras também ao processo trabalhista.

Dessa forma, se houver norma processual que esteja em desacordo com o teor constitucional, seja em sua redação, seja em sua interpretação, essa estará revogada. Caso alusivo é o da competência territorial, já citado. O princípio do livre acesso à justiça⁹⁷ deve sobrepujar qualquer norma infraconstitucional que dificulte ou impossibilite esse acesso, ressalve-se que esse princípio compõe a lista de direitos fundamentais, que são cláusulas pétreas, não podendo ser dirimido em sua abrangência, apenas ampliado.

A letargia para que os ramos processuais estejam conforme a constituição já foi mencionada, quando se observa, por exemplo, que os códigos com normas relativas aos procedimentos, como o código civil, o código penal e a CLT, foram todos concebidos em momento anterior à promulgação da Constituição cidadã. Tendo sido, só em 2015, promulgado um novo código de processo civil que estava de acordo com o disposto na Carta Magna.

A CLT, datada dos primeiros meados do século passado, possui, ou possuía caráter protetivo ao trabalhador, em muitos de seus artigos e interpretações abalizadas. Sempre se primou, salvo em momentos de retrocessos sociais, por defender e tutelar os direitos de uma massa trabalhadora que não apresenta, na maioria dos casos, superioridade em relação ao seu empregador, seja ela econômica, intelectual ou volitiva, já que apresenta sempre elementos de coação sob as escolhas que deve fazer.

O texto constitucional é a manifestação de que a dignidade da pessoa humana deve ser erigida como valor fundamental irradiante e não como argumento generalizado e vazio. As normas processuais trabalhistas devem estar ordenadas a um fim, promover ao máximo a dignificação da pessoa, seja essa empregadora ou trabalhadora. É imprescindível que todas as normas de urbanidade, de ritos e condução processual sejam permeadas por uma constituição cidadã que, apesar de manifestamente programática,

⁹⁵*Ibidem*, p. 328.

⁹⁶*Ibidem*, p. 259.

⁹⁷SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 08.

demonstra que o direito não é puro *ser*, mas também *dever ser*, conforme defende Hesse⁹⁸.

4.6 Reforma trabalhista

Os movimentos históricos de construção de direitos humanos, erigidos como fundamentais, as conquistas sociais consolidadas em um texto constitucional e toda a luta de um povo que labora para conquistar a sobrevivência parece não terem sido suficientes para nortear os legisladores e políticos pátrios que, no dia 13 de julho de 2017, aprovaram por definitivo o projeto de lei N° 13.467⁹⁹, o qual entrará em vigor após 120 (cento e vinte) dias da data de sua publicação, a saber, em novembro do presente ano.

A reforma trabalhista, conforme foi denominada, parece ser uma maneira de desprezitar o que está consolidado como conquista de uma nação, isto é, recai na vedação ao retrocesso social. Optou-se por criar novos textos de artigos os quais aparentam beneficiar apenas ao empregador. Tudo decorre de uma argumentação econômica em que se diz que o empregador não pode arcar com os encargos trabalhistas e manter a massa obreira. Dessa forma, seria melhor, para o trabalhador, manter o emprego em condições aviltantes do que não possuir emprego algum.

Essa argumentação é débil por si só, visto que o texto magno estatui como um de seus objetivos, conforme já foi aludido, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, no artigo 1º, IV, da CF¹⁰⁰. Não se menciona o seu valor econômico e sim sua importância para a construção de uma sociedade lastreada em critérios dignitários. O trabalho deve sim engendrar produção, todavia, o risco da atividade pertence ao empregador, e esse, por ser o administrador, assume as possibilidades de sucesso e fracasso de suas negociações.

Quanto à eficácia social, em termos quantitativos, a reforma parece não ter possuído aceitabilidade de grande parte da população. E, quanto a sua constitucionalidade, paira uma certeza de contradição ao texto magno, seus princípios e reflexos, possuindo constitucionalidade formal, pois essa é relativa à sua formação. Mas,

⁹⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

⁹⁹ BRASIL. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Disponível em: <<http://www.imprensa nacional.gov.br/verificacao-autenticidade>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

¹⁰⁰SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 07.

padecendo de inconstitucionalidade material em seus dispositivos, contrariando a supremacia constitucional e suas determinações.

O princípio *mater* do direito laboral também pareceu deixar de permear a criação das normas trabalhistas, o artigo 58, §2º¹⁰¹, dispõe sobre as horas *in itinere*, nas quais o trabalhador perdeu o direito de perceber os valores relativos às horas extraordinárias de deslocamento, seja em transporte fornecido ou não pelo empregador. O art. 75-E¹⁰² menciona que o empregador deverá instruir os seus empregados quanto às precauções para evitar doenças e acidentes, impondo aos empregados a assinatura de um termo de responsabilidade, onde esse se comprometerá a seguir as instruções.

Ocorre que as normas de segurança e de medicina do trabalho que são indisponíveis parecem passíveis de negociação, neste caso, menosprezando-se o critério de inferioridade do empregado no momento da pactuação, seja pela coação econômica, pois precisa do emprego, seja pela ausência de condições intelectivas para compreender que estará anuindo com a perda de sua saúde, devido a atividades insalubres, perigosas ou com alto nível de desproteção ao trabalhador.

Outro artigo bastante temerário dessa reforma é o artigo 442-B¹⁰³, cujo teor afirma que a contratação do trabalhador como autônomo, seguida as formalidades, afasta a qualidade de empregado. Dessa maneira, basta que o contrato determine haver uma relação autônoma para que o vínculo empregatício não seja formado. Mais uma vez, a parte hipossuficiente da relação, que precisa manter-se e manter sua família, aceitará o disposto, sem chances de discussão das cláusulas contratuais, existindo uma verdadeira coação no ato da assinatura, ou seja, ensejará a criação de contratos simulatórios, eivados de vícios de vontade.

A primazia da realidade será, então olvidada, já que, pela forma redacional, basta que o contrato disponha sobre a autonomia para que essa seja considerada como existente. A má-fé não deve ser presumida, nem de patrões nem de empregados, todavia, se ela não existisse, não seria necessário a criação de leis e sanções correlatas em uma sociedade complexa. Crer que contratos empregatícios formados entre partes contrastantes serão dotados de toda a boa-fé, sem que haja elementos que coíbam atos ilícitos e corriqueiros, denota certo puerilismo, ou estrategismo de uma classe contrária à proteção e aos direito

¹⁰¹ BRASIL. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Disponível em: <<http://www.imprensanacional.gov.br/verificacao-autenticidade>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

¹⁰²*Ibidem*.

¹⁰³ BRASIL. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Disponível em: <<http://www.imprensanacional.gov.br/verificacao-autenticidade>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

dos trabalhadores.

O art.457, §2º¹⁰⁴, menciona que as importâncias ainda que habituais, entregues sob o título de ajuda de custo, mesmo que sejam auxílio-alimentação, não integrarão o valor de remuneração do empregado e não servirão de base de incidência para qualquer encargo trabalhista ou previdenciário. A remuneração será paga ao empregado conforme seja mais confortável ao empregador, sendo que nada integrará os valores remuneratórios, o auxílio-alimentação não será visto como salário *in natura* e o empregador não apresentará o encargo de dispender recursos que são manifestamente devidos aos empregados.

O art. 477-B¹⁰⁵ versa sobre o plano de demissão voluntária ou incentivada, para o ato de dispensa, seja ela, individual, plúrima ou coletiva, uma vez existente em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ensejará quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação de emprego, exceto se as partes estipularem ao contrário. O princípio que presume a continuidade do vínculo empregatício, criando a máxima de que os contratos trabalhistas são, em geral, de prazo indeterminado, foi olvidado nesse artigo. Não se pode dar uma quitação geral sobre todas as verbas rescisórias às quais o trabalhador faz jus, por meio de um acordo ou convenção coletiva, produzida antes do ato de dispensa.

A judicialização de todos os atos humanos, não parece ser a via adequada, tanto que são utilizados meios de composição diversos. Todavia, faz-se premente salientar que as verbas rescisórias envolvem a vida laborativa de um empregado, seja um funcionário de muitos anos, seja aquele novato que não é menos digno de proteção. Esse trabalhador, que possui verbas a receber, que pode ficar desempregado por tempo significativo, que participou da formação do lucro do seu empregador, pode simplesmente perder o direito de perceber suas verbas devidas, se assim definir o sindicato de sua categoria.

Mesmo que o sindicato seja o representante daquela categoria de trabalhadores e que haja uma “paridade” entre as partes em uma negociação coletiva, não se pode esquecer que essa reforma trabalhista irá enfraquecer sobremaneira o poder de negociação sindical, e ainda antes disso, os sindicatos tinham muitas vezes que fazer concessões, o que é próprio de uma composição, na tentativa de auxiliar a massa obreira. Alguns estudiosos afirmam que os sindicatos vão fortalecer-se sem a contribuição sindical

¹⁰⁴*Ibidem.*

¹⁰⁵ BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www.imprensanacional.gov.br/verificacao-autenticidade>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

obrigatória, que realmente parecia contrariar a liberdade sindical, entretanto, o que se enxerga são sindicatos sem poderio para argumentar paritariamente com os entes patronais.

Ocorrerá a supremacia do negociado sobre o legislado, essa medida contemporânea, pode-se dizer, advinda do processo civil, em que é possível, conforme o artigo 190 do CPC¹⁰⁶, mudanças procedimentais no processo que envolvam partes plenamente capazes sobre direitos que permitam a autocomposição. Seria um avanço para o processo de independência negociativa, se as partes pudessem compor aquilo que consideram como possível. Os críticos do princípio protetivo, arguem que os sindicatos representam a categoria, e por isso estão habilitados para transigir sobre os direitos dos trabalhadores, dessa forma, a negociação anterior ao processo, feita por partes livres, deve ser respeitada.

Mesmo que já houvesse uma aceitação de que os sindicatos poderiam aceitar condições que *a priori* parecessem ruins para o trabalhador, mas que, sob a perspectiva fática, representassem a manutenção dos empregos, não se pode aceitar que um acordo ou convenção coletiva enseje quitação geral de todos os direitos trabalhistas de modo pleno e irrevogável do empregado, sob a perspectiva individual. Lesiona também o livre e amplo acesso à justiça, artigo 5º, XXXV, da CF¹⁰⁷, pois nem lei pode excluir a apreciação do judiciário, não que se esteja dizendo que o trabalhador não poderá ajuizar demanda trabalhista, todavia, será um acesso apenas formal, visto que, em sua materialidade, nada lhe será devido, pois a prova documental se sobreporá, sem que a primazia da realidade seja mais um critério de valoração das provas.

O artigo 507-B¹⁰⁸ diz também que é facultado aos empregados e empregadores, firmarem termo de quitação anual das obrigações trabalhistas, vigente ou não o contrato de emprego. Dessa forma, caso o trabalhador não seja abrangido pelo artigo anteriormente citado, poderá recair nessa hipótese legal, a cada ano receber quitação que será avaliada pelo sindicato, impossibilitando na prática que o empregado acorra a justiça laboral para reclamar suas verbas. Atualmente havia uma forma do sindicato, ao fim do vínculo empregatício, dar quitação às verbas trabalhistas quando se fazia ressalvas os termos de

¹⁰⁶SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 345.

¹⁰⁷SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 08.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www.imprensanacional.gov.br/verificacao-autenticidade>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

rescisão de contrato de trabalho. Todavia, apesar de haver calculistas nos sindicatos e pessoas habilitadas, esses serviços tendem a desaparecer após a insuficiência econômica que enfrentarão as entidades de classe, após o fim da contribuição sindical obrigatória.

Permitir que a cada ano seja dada quitação anual das verbas trabalhistas, sob essas condições, é permitir que a cada ano sejam possivelmente retirados do trabalhador seus direitos. Os adeptos da reforma podem arguir que essa regra seja benéfica ao trabalhador, visto que, se isso ocorre, o empregado não será alcançado pela prescrição quinquenal. No entanto, mais uma vez, faz-se necessário aludir ao conceito primaz de Gérard Couturier, detalhado por Pinho Pedreira¹⁰⁹, sobre a inferioridade, se o empregado ainda possui vínculo com o empregador que o sustenta, essa quitação é eivada de toda a disparidade entre as partes acordantes, desrespeitando a isonomia material.

No ato de quitação anual, se encontrarão: patrão detentor do capital e fornecedor da remuneração que possibilita o sustento do trabalhador, o empregado, dotado de inferioridade por constrangimento e intelectual, visto que as verbas trabalhistas não são instituto de fácil entendimento, e um sindicato enfraquecido e mesmo que não o seja, não irá incentivar que seu representado tome atitudes que o façam perder o emprego. Sob essas condições díspares será firmado um acordo de quitação das verbas trabalhistas.

O artigo 611-A¹¹⁰ instaura a prevalência do negociado sobre o legislado em diversos pontos, sendo que muitos são indisponíveis de negociação, haja vista dizerem respeito a normas de segurança e de medicina do trabalho. É exemplo disso o inciso III, que dispõe ser possível acordar sobre o intervalo intrajornada, respeitando-se o limite mínimo de trinta minutos, ou seja, se em acordo ou convenção coletiva se definir um intervalo de trinta minutos de pausa restaurativa para o trabalhador, esse ficará impossibilitado até mesmo de sair do trabalho no momento do almoço, a menos que more muito próximo do local onde labore.

A norma que definia um intervalo intrajornada mínimo de uma hora para quem laborasse entre seis e oito horas, artigo 71 da CLT¹¹¹, era norma de segurança e medicina do trabalho, indisponível para pactuações adversas, o tempo de meia hora parece diminuto ao extremo para que o trabalhador restaure suas forças, faça uma refeição de modo

¹⁰⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 24-26.

¹¹⁰ BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www.imprensa nacional.gov.br/verificacao-autenticidade>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

¹¹¹ SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2017, p. 138.

adequado e paciente, descansando após a alimentação mesmo que em tempo mínimo.

O inciso II desse artigo, fala ainda de banco de horas anual, instituto que sempre foi mal visto pelos doutrinadores, dentre eles Maurício Godinho¹¹², que já se referia à lei 9.601/98 como contrária ao protecionismo clássico, pelo menos nesse artigo, ao instituir um banco de horas anual. Salienta que esse instituto contraria ao disposto no artigo 7º, XXII, da CF¹¹³, pois aumenta o risco inerente ao trabalho ao criar uma norma que gerará jornadas extenuantes em certas épocas do ano e, ao mesmo tempo, períodos em que o trabalhador ficará ocioso, o que também não é bom para sua saúde mental.

O artigo 614 § 3º¹¹⁴ fala sobre a duração do acordo ou convenção coletiva do trabalho não superior ao prazo de dois anos, o que já existia. Entretanto, agora fica vedada a ultratividade e, desse modo, caso não haja instrumento coletivo de negociação nesse período, o trabalhador ficará desamparado por disposição específica para a sua categoria. O artigo 790-B¹¹⁵ dispõe que a responsabilidade para o pagamento dos honorários devidos ao perito pertencem à parte sucumbente, ainda que essa seja beneficiária da justiça gratuita. Ou seja, o empregado hipossuficiente e em geral, desempregado, terá que custear o pagamento de perito se for sucumbente na perícia.

Mais uma vez se recai no princípio constitucional de acesso à justiça, art. 5º, XXXV da CF¹¹⁶, o trabalhador dificilmente adentrará a seara trabalhista com pedido de prestação de tutela jurisdicional, visto que, com a quitação anual, as verbas requeridas serão em montante bastante inferior ao habitual, logo, o trabalhador não poderá correr os riscos de um processo, afinal, poderá sair mais insolvente do que no instante de ajuizamento da ação e preferirá aceitar o que lhe for entregue. A inferioridade do trabalhador que já era clara vai ao extremo de retirar-lhe também a voz, a sua representação tornou-se inferior ao ponto de não possuir condições de litigar e ser ouvido.

O §4º faz um adendo ao dizer que a União suportará os honorários periciais, se o beneficiário da justiça gratuita não possuir créditos suficientes para quitá-los, saliente-se que é mencionado no parágrafo que créditos decorrentes de outros processos podem ser descontados. De qualquer modo, o hipossuficiente sairá perdendo naquilo que já tem

¹¹² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1008-1017.

¹¹³ SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 10.

¹¹⁴ BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www.imprensa nacional.gov.br/verificacao-autenticidade>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

¹¹⁵ Ibidem. p. 5

¹¹⁶ SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 08.

pouco.

O artigo 791-A, §3º¹¹⁷, traz à justiça do trabalho a ampliação dos honorários sucumbenciais, que já eram devidos em algumas hipóteses. Entretanto, esse instituto não era praxe nessa seara do direito, devido à hipossuficiência constante de uma das partes, qual seja o empregado na maioria dos casos. Essa modificação também cerceia a abrangência dos pedidos, pois basta perder uma postulação para que haja sucumbência parcial e pagamento dos honorários correspondentes. Custos esse que o reclamante não pode arcar.

O §4º faz uma ressalva ao dizer que, se faltarem créditos ao beneficiário da justiça gratuita, ficará suspensa a exigibilidade, podendo haver execução nos dois anos subsequentes. O trabalhador não deixará de perder o valor a que fazia jus de suas verbas para o advogado da parte contrária.

Pontuou-se algumas questões trazidas pela reforma e tantas outras não foram mencionadas, todavia, pode-se observar que não há um ponto se quer que represente um ganho ao trabalhador. Pelo contrário, houve manifesto retrocesso social, ato proibido constitucionalmente. O empregado perdeu direitos conquistados em décadas de luta e em anos de trabalho árduo. É uma perda coletiva e será uma perda constante individual. A diminuição do desemprego que é o argumento utilizado, se for alcançada, não será capaz de retirar a condição de indignidade, talvez minorá-la em curto prazo. A vida laborativa do empregado será marcada por tanta instabilidade quanto o desemprego, mas agora, com o peso maior de saber que as condições dificilmente melhorarão.

Apesar de o conceito de justiça ser amplo, relativo e talvez indefinível, sob uma perspectiva doutrinária, basta observar essa modificação legislativa e o sentimento que permeará o imaginário obreiro, para se saber que os trabalhadores se sentirão injustiçados. Um dos únicos elementos protetivos que esses trabalhadores possuíam, talvez o único, era um direito setorial, pautado na proteção à parte hipossuficiente, direito esse que tende a ruir depois dessa reforma e voltar a pertencer ao ramo civil. Visto que, o princípio protetivo, que era o elemento material que dissociava os setores do direito, parece deixar de existir com essa modificação.

O direito material do trabalho, que agora será substancialmente inconstitucional, pois ferirá as disposições da carta constituinte de proteção ao trabalhador e seu objetivo de conferir um valor social, será acompanhado pelo ramo processual que o concretiza.

¹¹⁷ BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www.imprensa nacional.gov.br/verificacao-autenticidade>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

Porquanto há normas de caráter processual nessa modificação legislativa, e essas também foram despidas de seu teor protetivo ao trabalhador. A reforma carece até de aceitação pelo ramo de direito civil, já que, como foi citado, aceita-se um conceito de igualdade material e efetiva e não apenas formalística, dentro do processo civil.

O legislador, ao buscar amparo em legislações alienígenas onde as normas protetivas ao trabalhador são mais escassas, acabou por criar “retalhos” na legislação pátria, pois não se pode dizer que essa reforma se encaixe num sistema lastreado pelos princípios dignitários da Constituição cidadã. Criou-se em verdade uma série de antinomias entre as normas, salientando-se que essas antinomias são de pior grau, porque manifestam-se em desrespeito principiológico.

Insta mencionar a análise feita por Godinho¹¹⁸ sobre o princípio da vedação ao retrocesso social. O autor afirma que fica proibida a feitura de normas e a sua aceitação jurídica, se essas revelarem um retroceder na perspectiva da sociedade civil ou política. Continua explicando que, dentro do direito do trabalho, esse princípio é de especial relevância, visto que, nele, se relaciona o mundo laboral capitalista com o princípio da dignidade humana, a economia precisa crescer, entretanto isso deve-se dar em consonância com um recrudescimento também do valor dignitário de cada pessoa e da coletividade de trabalhadores.

Argumenta que o fundamento desse princípio encontra-se no Direito Internacional em momento anterior à constituinte de 1988 e, sob a perspectiva de sua existência, esse princípio seria dividido em dois lastros. O primeiro seria que os direitos trabalhistas são também direitos humanos, enquanto que o segundo seria a diretriz protetiva ao trabalhador que existe na Organização Internacional do Trabalho.

O autor salienta que o precitado princípio encontra-se disposto na Constituição de 1988, de modo implícito, como nos princípios de “dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e emprego, do bem-estar e da justiça sociais, da subordinação da propriedade à sua função socioambiental” e, com efeito, é facilmente aferível que o retroceder não deve ser uma via para os momentos de crise. Seja porque lhe falta esteio jurídico, seja porque lhe falta legitimidade popular.

¹¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 184-186.

Alude¹¹⁹ ainda sobre o art.5, §2º da CF¹²⁰, em que tratados internacionais podem compor o cenário jurídico brasileiro. Destarte, o Brasil que é signatário da Organização Internacional do Trabalho, ao admitir normas fundadas em caráter regressivo, está a ferir acordos e indicações internacionais, das quais faz parte. A constituição é o texto magno de um país onde vigora o neoconstitucionalismo e, se essa confere a diplomas legislativos alienígenas condição constitucional, a conhecida cláusula de abertura material anteriormente citada, deve ser respeitada em sua integralidade.

A classe de profissionais jurídicos trabalhistas foi quase em sua totalidade contrária ao movimento reformista, por indicar manifestamente uma atuação inconstitucional em diversos pontos. Houve uma nota pública com esse teor, assinada pelo Ministério Público do Trabalho e mais treze entidades de relevância social, dentre elas a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), dentre outras¹²¹.

A espoliação de um povo não deve ser primada por nenhum sistema jurídico. O Brasil já é um país de grande desigualdade social, econômica, intelectual, majorar essas discrepâncias por meio de leis iníquas não parece ser a via adequada para fazer com que haja melhoria social. A população encontra-se ainda anestesiada e parecer não mensurar os efeitos dessa reforma, na verdade, isso não pode ser definível de imediato nem pelos mais preclaros juristas, pode-se apenas, através de uma análise histórica e econômica, observar que há um prejudicado maior, e esse é a massa obreira.

A divisão setorial do ramo laboral também deverá deixar de existir, voltando a ser apenas uma das espécies civis, onde o trabalhador não receberá a tutela que lhe é devida. Séculos de luta e construção de direitos, de formação de doutrinas e jurisprudências protetivas, sucumbem por uma decisão legislativa, inconstitucional e ilegítima. Por meio de tais estatutos, o governo esquece-se de sua finalidade principal, que é promover, estimular e desenvolver o bem estar social. As classes não precisam viver em eterno conflito, mas, se estão carecidas do que lhes é básico, devem insurgir-se contra aqueles que as espoliam, com justa medida, sem permitir que toda a história seja olvidada

¹¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 186.

¹²⁰SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 10.

¹²¹ Carta capital. (online) Disponível em: <justificando.cartacapital.com.br/.../mpt-e-entidades-divulgam-nota-contra-votacao-da-reforma-trabalhista>. Acesso em: 09 ago. 2017.

pelo ato de alguns.

5 CONCLUSÃO

A aplicação do princípio protetivo no direito material do trabalho é uma verdade incontestável. Criou-se um ramo do direito em que o empregado é contemplado em suas peculiaridades, sendo “elevado” naquilo que se mostra como inferior em relação ao polo patronal, para alcançar uma equivalência entre as partes. As normas de direito material visam promover os ideais de justiça social, na tentativa de dirimir ou ao menos minimizar as desigualdades dos mais diversos modos encontrados nas relações empregatícias.

Ocorre que a concreção desses direitos, em geral, se dá pela via processual, por ser ramo autônomo, o direito do trabalho possui regras próprias de processualística. Não se pode erigir, por exemplo, o processo civil como a forma correta de condução dos procedimentos, olvidando-se de que cada ramo possui características que lhe são próprias. Dessa forma, adotar um conceito de igualdade processual dotado de pragmatismo, mas alheio aos desníveis sociais, seria consumir um processo que não respeita o real objetivo da entrega de uma devida prestação jurisdicional.

Se existem procedimentos específicos para o direito laboral é porque esses diferem em muitos pontos do processo comum, ou seja, é consectário lógico que o processo do trabalho apresenta normas compatíveis com os direitos que tutela. Sendo assim deve-se formar um processo compatível com as premissas constitucionais, permeado pelos princípios *magno*, entretanto, em nada “submisso” ao processo civil. A aplicação supletiva e subsidiária do CPC, não denota em nenhum momento uma aplicação substitutiva. Há os que acreditam existir uma relação hierárquica entre os precitados ramos, sendo inferior o direito do trabalho, assim como aqueles as quais tutela seria um processo “hipossuficiente”.

Na verdade, isso revela um desconhecimento dos resultados processuais trabalhistas, da celeridade e organização da Justiça do Trabalho e do próprio conhecimento jurídico, em que não se elegem ramos superiores a outros, exceto pela supremacia constitucional. Não se pode pensar o processo do trabalho ainda como um dos setores civis, há sem dúvida um diálogo, mas inexistente uma dependência. Dessa forma, utilizar o princípio protetivo nas normas processuais não é só uma possibilidade como também um dever.

Um devido processo legal, tão primado constitucionalmente, deve adotar os princípios constitucionais concernentes a sua área de atuação. A proteção ao trabalhador é manifesta no texto magno e faz-se imperiosa a sua aplicação em processo que se pretenda constitucional. Os exemplos são vastos em que o princípio tuitivo já é aceito e aplicado; todavia, ainda há doutrina divergente quanto à sua utilização. Doutrina essa que pauta seus argumentos em um conceito de igualdade infundado e em um processo civil e não relacionado ao trabalhador.

O princípio protetivo que possui esteio constitucional foi esquecido quando se criou a reforma trabalhista que, em verdade, deveria denominar-se por reforma patronal. Afinal, é evidente em cada norma analisada a total discrepância com os mandamentos constitucionais e com o princípio *mater* do direito do trabalho. Cada dispositivo representa um retrocesso à condição do trabalhador, aos seus direitos, às suas lutas de séculos. Há uma total incoerência com tudo defendido em um Estado Social que utiliza uma constituição eclética, há uma intromissão econômica deplorável na feitura dessas normas e em sua aprovação, revelando um total desfavor ao polo obreiro.

Os dispositivos são um manifesto retrocesso social conduta vedada constitucionalmente. A ausência de publicidade também é clara. O trabalhador que já apresenta a predita inferioridade intelectual possuiu seus direitos retirados sordidamente e ainda não consegue dimensionar tudo o que lhe será imposto. Sua voz será calada porque o processo tornar-se-á impossível de manutenção por sua parte. Seus direitos serão retirados a cada ano quando se formarem quitações fraudulentas. Sua saúde perecerá quando as normas de higiene e medicina do trabalho forem transformadas. Seu bem-estar será retirado, pois a cada dia ou noite retornará ao seu seio familiar com a sensação de exploração e impotência.

Essa reforma retira do trabalhador brasileiro não só os direitos já adquiridos, mas retira-lhe também a força para lutar, a projeção de um futuro melhor, a esperança de crer que a inferioridade na qual se encontra é cuidada por alguém. A denominação do princípio por protetivo não é em vão, a justiça era o lugar de amparo para aquele que constantemente podia ser violado. Agora, os vilipêndios serão constantes, no cotidiano laboral, nas normas e na sua aplicação.

Cumprido salientar que a luta de classes existe, mas que a cooperação entre elas é mais fundamental. O que os grandes empresários e seus legisladores parecem ter esquecido é de que não há lucro sem massa obreira e de que não há crescimento econômico sem aqueles que todos os dias produzem a riqueza do país. Riqueza essa que

não se resume ao critério econômico, mas que se revela em um povo que possui fé em dias melhores, esperança de que eles chegarão e de que terão condições de aproveitá-los.

Conclui-se pela aplicação do princípio protetivo ao processo do trabalho e a inconstitucionalidade da reforma trabalhista/ patronal. E assim como os trabalhadores antigos possuíram fé em melhores condições de trabalho e conseguiram, mais uma vez, a história demonstra que a luta nunca cessa, e que cabe ao povo, sejam trabalhadores ou juristas, não desistir daquilo que lhe pertence, não permitir que levem o que muitos lutaram para que se tivesse.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015
- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2016
- ARAÚJO, Eduardo Marques Vieira. *O direito do trabalho pós positivista: por uma teoria geral justrabalhista no contexto do neoconstitucionalismo*. São Paulo: LTr, 2014
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.academia.edu/download/41034300/HERMENEUTICA.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017
- BRASIL. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Disponível em: <<http://www.imprensanacional.gov.br/verificacao-autenticidade>>. Acesso em: 03 ago. 2017
- CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito processual do trabalho*. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2017
- CARNELUTTI, Francesco. *Profilodeiraportitradiritto e processo*. *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, v.35, n. 4
- CARTA CAPITAL. (online) Disponível em: <justificando.cartacapital.com.br/.../mpt-e-entidades-divulgam-nota-contravotacao-da-reforma-trabalhista>. Acesso em: 09 ago. 2017.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2012
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador:

Juspodivm, 2013

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17.ed. Salvador: Juspodivm, 2015

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

HAAS, Arlindo Pedro Lopes. *Extinção dos contratos individuais de trabalho: modalidades e efeitos*. Disponível em:

<aulas.verbojuridico3.com/.../Trabalho_Hass_16JB_extincao_contrato_parte1_ead.pdf>
. Acesso em: 24 jul. 2017

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2006

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *A força normativa da constituição: um cotejo entre as ideias de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse*. Disponível em:

<http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=116>. Acesso em: 28 jun. 2017

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: LTr

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978

SAAD, Eduardo Gabriel. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007

SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; SOUTO, Rafael Tonassi. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016

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

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

TEIXEIRA, Sérgio Torres; BARROSO, Fábio Túlio. Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilidade laboral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 3, jul./set. 2009