



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**“HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS”**

**A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS E O RESPEITO À  
AUTONOMIA DA VONTADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

**CAMILA MARIA SIMIÃO**

**JUIZ DE FORA/ MG**  
**2015**

**CAMILA MARIA SIMIÃO**

**A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS E O RESPEITO À  
AUTONOMIA DA VONTADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título em Mestre em Direito.

Área de Concentração: Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo.

Orientador: Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior.

**JUIZ DE FORA/ MG  
2015**

S593d SIMÃO, Camila Maria

A desjudicialização dos conflitos trabalhistas e o respeito à autonomia da vontade dos direitos fundamentais sociais / Camila Maria Simão. Juiz de Fora, 2015.

Orientador: Prof. Antônio Pereira Gaio Júnior  
Dissertação de mestrado (Curso de Direito) – Mestrado em hermenêutica e direitos fundamentais Universidade Presidente Antônio Carlos de Juiz de Fora (UNIPAC JF), 2015.

1. Direitos Fundamentais. 2. Desjudicialização. 3. Conflitos Trabalhistas  
I. Título.

CDD: 344.01

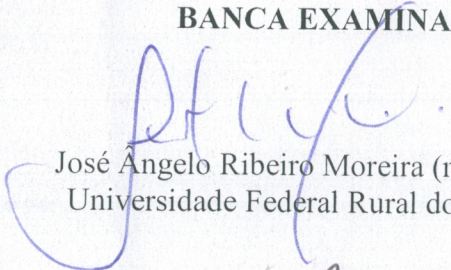
**Camila Maria Simião**

**“A Desjudicialização dos conflitos trabalhistas e o respeito à autonomia da vontade dos  
Direitos Fundamentais Sociais”**

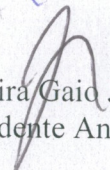
Dissertação apresentada à Universidade Presidente  
Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial  
para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 03/07/2015

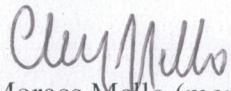
**BANCA EXAMINADORA**



José Ângelo Ribeiro Moreira (membro externo)  
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro



Antônio Pereira Gaio Júnior (orientador)  
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC



Cleyson de Moraes Mello (membro interno)  
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

**Dedicatória:**

Dedico este árduo trabalho aos meus amados pais, a minha mais que amada irmã, ao meu marido, parceiro, amigo e companheiro de todas as horas daqui à eternidade, e por último, mas não menos e sim mais importante, meus filhos de patinhas.



## **Agradecimentos**

Agradeço inicialmente a Deus, todos os anjos e santos, em especial meu Santo Expedito, por nunca terem me desamparado, deixado faltar fé e amor, desistir ou simplesmente fraquejar, por sempre me manter mesmo ante as dificuldades, distância, barreiras, e cansaço, de pé!!

Agradeço imensa e profundamente aos meus pais – Pedro e Osmarina – pela minha formação pessoal, ética e profissional, por serem exemplos em minha vida, pelo constante apoio e força, por nunca terem duvidado de minha determinação e competência, mesmo quando eu duvidava. Agradeço por serem os melhores pais do mundo, por terem me proporcionado a melhor infância, adolescência e juventude que eu poderia desejar, mas em especial neste momento, por terem me dado a melhor herança que um filho pode receber, a educação.

Agradeço a minha irmã linda e amada – Sara – “mama”, por sempre estar ao meu lado, mesmo nas brigas e nas discordâncias, por sempre me dar forças e motivação, por acreditar que eu seria capaz, pelas madrugadas de companheirismo, pelos inúmeros resumos em italiano corrigidos e em especial pela revisão, carinho e cuidado com este trabalho quanto a sua ortografia e revisão gramatical.

Agradeço ao meu marido, meu eterno namorado – Adriano – pela paciência, força, dedicação, companheirismo e acima de tudo, por simplesmente estar ao meu lado em todos e especialmente nos momentos de maior dificuldade. Por nunca deixar faltar qualidades e adjetivos ao meu trabalho, por manter a peteca sempre no ar mesmo com o deslocamento semanal, com minha ausência em datas especiais, feriados, e finais de semana. Por se preocupar com tudo, enquanto eu me preocupava em cumprir os créditos, obrigada por tudo que me fez, faz e sei que ainda fará. Amo você!

Agradeço aos meus eternos alunos da Universidade de Cuiabá – UNIC Sorriso/MT, por entenderem minha ausência e faltas semanais, e constantes palavras de motivação e força, agradeço a todos na pessoa de minha amada Juliana Schneider, “Juzinha” linda, que tanto, tanto mas tanto ajudou durante as minhas infinitas viagens e faltas.

Agradeço a todos meus amigos, em especial a galera do mestrado que tanto me motivou, ajudou, seja mandando um texto, um resumo da aula perdida, um socorro na secretaria e tantas outras situações que só que está no Mato Grosso pode passar. Agradeço a todos na pessoa de meu grande amigo, logo mais Doutor, Juliano de Lima, meu incentivador master, meu amigo da ciência, meu amigo da educação, o primeiro a me informar do edital da UNIPAC e a me presentear com um dicionário de italiano para a prova de proficiência, moras em meu coração.

Agradeço aos meus professores de graduação, que são até hoje carinhosamente lembrados e tomados como exemplos, aos meus professores dos créditos cumpridos no programa de mestrado, em especial, ao meu orientador Prof. Dr. Gaio, por ser este exemplo de pessoa e profissional, pela paciência, pela possibilidade da troca do conhecimento, por sua contribuição imensurável para construção e término deste trabalho, por ser mais que meu orientador, ser meu mentor intelectual para vida.

Agradeço aos meus filhos de patinhas, os mais lindos da galáxia – Teco (em memória) e Paçoca – mamãe ama vocês!!!!

## RESUMO

O Direito do Trabalho nasce como instrumento limitador da pura vontade das partes, impondo, por meio da legislação, doutrina, súmulas e conjunto principiológico, as diretrizes básicas para uma prestação de serviços segura, saudável, e, acima de tudo, digna. A elevação do Direito do Trabalho (do trabalho em si) à categoria de direito fundamental social proporciona a descoberta de sua função edificante e social perante as partes, todavia, petrifica as relações, pois, converte estas disposições em indisponíveis e irrenunciáveis, forçando empregado e o empregador, quando, diante de um conflito a demissão, a via coletiva (quando possível), e, a pior medida, a busca “obrigatória” ao Poder Judiciário, com a distribuição de mais um novo processo, a somar com tantos outros havidos nesta Justiça Especializada. Apesar de não ocorrer na legislação nacional a expressa proibição do socorrer-se por intermédio de vias alternativas, em sendo, os meios propícios para a solução do conflito, além da jurisdição, a doutrina e o Tribunal Superior do Trabalho não chegam a uma conclusão majoritária quanto à aplicabilidade ou não destas vias aos conflitos individuais trabalhistas.

**Palavras-chave:** Indisponibilidade de Direitos – Jurisdição Obrigatória – Meios Propícios para a Solução de Conflitos.

## ABSTRACT

Labour Law emerges as a restriction tool against the pure will of the parties, imposing through legislation, doctrine, precedents and a set of principles the basic guidelines for a safe, healthy and, above all, dignified provision of services. Although the elevation of the Labour Law (of work itself) to the category of fundamental social right provides the discovery of its uplifting and social function in the face of the parties, it petrifies relations, for it turns these provisions into unavailable and indispensable ones, forcing employee and the employer, when faced with a conflict to dismissal, to collective route (where possible) and, the worst of all, to the "mandatory" Court of Justice through the institution of a new action, which adds up to many existing others in the Specialized Justice. Even though there isn't an express prohibition to alternative paths in national legislation, the doctrine and the Superior Labor Court, as means to conflict resolution along with jurisdiction, do not come to a majoritarian conclusion about the possibility or impossibility of applying these pathways to individual labor conflicts.

**Keywords:** Unavailability of Rights – Compulsory Jurisdiction – Means to Conflict Resolution.



## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

a.C: Antes de Cristo  
CC: Código Civil  
CCP: Comissão de Conciliação Prévia  
CF: Constituição Federal  
CLT: Consolidação das Leis do Trabalho  
CNJ: Conselho Nacional de Justiça  
CPC: Código de Processo Civil  
E/C: Emenda Constitucional  
FGTS: Fundo de Garantia por Tempo de Serviço  
MPT: Ministério Público do Trabalho  
OIT: Organização Internacional do Trabalho  
P.L.: Projeto de Lei  
PJe: Processo Judicial Eletrônico  
STF: Supremo Tribunal Federal  
TJ: Tribunal de Justiça  
TRT: Tribunal Regional do Trabalho  
TST: Tribunal Superior do Trabalho  
v.g.: Verbi Gratia

## SUMÁRIO

|                                                                                                                                                  |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                                                                                           | <b>11</b>  |
| <b>1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA JURISDIÇÃO, PROCESSO E JUSTIÇA DO TRABALHO .....</b>                                             | <b>15</b>  |
| 1.1 O início da Jurisdição e sua evolução até a Tutela Jurisdicional .....                                                                       | 15         |
| 1.2 Evolução Histórica do conceito de Trabalho e suas atuais implicações.....                                                                    | 22         |
| 1.3 A Era Vargas e a Justiça do Trabalho, seu início e impacto na Sociedade. Emenda Constitucional 24/99 e o fim da representação classista..... | 25         |
| 1.4 Estudos do Conceito de Processo, sua evolução e adequação às mutações da Sociedade .....                                                     | 29         |
| 1.5 A “Satisfação” da Sociedade, e, a Crise do Poder Judiciário.....                                                                             | 42         |
| <b>2. DIREITO DO TRABALHO COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL E SUA JUDICIALIZAÇÃO .....</b>                                                         | <b>46</b>  |
| 2.1 Análise da natureza jurídica do Direito Material do Trabalho, sua disponibilidade e indisponibilidade.....                                   | 46         |
| 2.2 A medida Processual frente ao descumprimento do Direito Material – Transação dos Direitos Trabalhistas na Justiça do Trabalho .....          | 58         |
| 2.2.1 Renúncia de Direitos Materiais Trabalhistas .....                                                                                          | 64         |
| 2.2.2 A Conciliação na Justiça do Trabalho .....                                                                                                 | 66         |
| 2.3 Flexibilização das Leis Trabalhistas e a Judicialização dos Conflitos Laborais .....                                                         | 70         |
| <b>3. MEIOS PROPÍCIOS A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO SISTEMA PÁTRIO E SUA APLICABILIDADE NAS RELAÇÕES LABORAIS .....</b>                              | <b>82</b>  |
| 3.1 Mediação.....                                                                                                                                | 82         |
| 3.2 Conciliação.....                                                                                                                             | 87         |
| 3.3 Arbitragem .....                                                                                                                             | 91         |
| 3.4 Negociação .....                                                                                                                             | 97         |
| 3.5 Comissão de Conciliação Prévia .....                                                                                                         | 98         |
| <b>4. A EFETIVIDADE DAS GARANTIAS LABORAIS ATRAVÉS DA DESJUDICIALIZAÇÃO .....</b>                                                                | <b>102</b> |
| 4.1 A desjudicialização dos direitos trabalhistas como efetividade do direito fundamental.....                                                   | 102        |

|                                                                                                                                          |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.2 O Princípio da Autonomia da Vontade e o Direito Fundamental à Possibilidade de Solução Menos Traumática nos Conflitos Laborais. .... | 107        |
| 4.3 O posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho acerca do tema.....                                                                | 115        |
| <b>5. CONCLUSÃO.....</b>                                                                                                                 | <b>120</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                                                                                                  | <b>123</b> |

## INTRODUÇÃO

Desde o início, com o ingresso na graduação em cursos de Direito, o acadêmico aprende, às vezes com certa dificuldade, a distinção entre competência e jurisdição e, por vezes, chega a confundir uma com a outra por serem no estudo inicial – em Teoria Geral do Processo – partes complementares de uma das funções Estatais.

Não cumpre neste momento a tarefa de distinguir acadêmica e pedagogicamente a diferença entre tais, mas sim, o estudo da jurisdição como forma de resolução de lides trabalhistas, e, o direito de escolha, o livre arbítrio havido para as partes de não terem, apenas no Poder Judiciário trabalhista, o meio ou método único de resolução do caso concreto.

Para a abordagem do tema iniciou-se o estudo por meio das considerações históricas e a evolução da jurisdição, utilizando-se conceitos básicos como o de ação e processo numa abordagem generalista até o ponto específico da pesquisa que é a Justiça do Trabalho.

Jurisdição trata-se de uma função Estatal, sendo inviável ao Estado estar em diversos lugares e ao mesmo tempo, detendo competência plena para diversas atividades, este, delega a função jurisdicional ao Poder Judiciário, passando, assim, os magistrados a exercerem o poder de resolução das lides que lhes são apresentadas (sendo a última, distribuídas de acordo com sua competência).

Logo, um conceito lúdico de jurisdição é pensar neste como um todo, em sendo, o poder de pacificar, resolver o caso concreto, aplicando e entregando o direito para as partes em conflito, exercício este promovido pelos magistrados em decorrência da delegação estatal, por sua vez, a competência seria uma parte deste todo, pois, trata-se da divisão de varas, regiões, e tribunais (localidade), bem como a matéria a ser tratada (trabalho, penal, cível...).

O grande problema enfrentado no estudo é a concentração da jurisdição como atividade exclusiva do Poder Judiciário, em sendo, apenas este seria o detentor do poder de resolução da lide em conflitos trabalhistas. Elege-se esta matéria específica,

pois, apesar dos métodos propícios de resolução da lide, a Justiça do Trabalho, nos dias presentes, insiste na judicialização dos conflitos trabalhistas.

Enfrentada a temática jurisdicional, passa-se ao estudo do direito do trabalho como garantia fundamental social e sua consequente judicialização. Sendo o direito do trabalho garantidor e protetor da parte mais vulnerável da relação laboral – o empregado – este, concentra-se em um conjunto de regras de natureza jurídica privada, contudo, de cunho protecional eivado pelos princípios da indisponibilidade e irrenunciabilidade, sendo para tanto – dispor ou renunciar – válidos apenas quanto à presença do juízo trabalhista por meio da via processual.

A análise a ser feita é o monopólio que o país atravessa no que tange o poder jurisdicional, concentrado apenas no Poder Judiciário, ora, se jurisdição é o delegar da função de resolução da lide, a aplicação e entrega do direito via processo, não se pode esquecer que o poder de resolução via processual pode ser exercido por um Sindicato (Acordos e Convenções Coletivas), Síndico (reunião de condomínio, livros e atas), Ministério do Trabalho e Emprego, do mesmo modo que outros Poderes, como o Poder Executivo (processo administrativo) e outras possibilidades.

A sociedade, na época presente, vive o Estado Constitucionalista – neoliberal –, contudo, ainda amarrada a um conceito unitário de jurisdição; o indivíduo depara-se com diversas possibilidades de resolução do conflito muitas até mais céleres que o próprio Poder Judiciário, v.g., tais como intervenções e atuações Sindicais; uso da Arbitragem; desenvolvimento e aplicação de projetos voltados a Mediação de Conflitos, e etc., mas, quando o conflito é laboral, vê todas estas possibilidades tolhidas pelo próprio Estado que as valida.

A grande questão é a insistência da processualística em entregar a função jurisdicional somente ao Poder Judiciário – Juiz – Estado –, quando o próprio texto Constitucional oferece ao cidadão os métodos extrajudiciais, reconhecendo a conciliação, as demandas administrativas e o papel dos Poderes (Executivo e Legislativo) em sua resolução.

Evoluindo quanto ao tema, debatida a jurisdição e o processo trabalhista, passa-se ao enfrentamento das possibilidades não jurisdicionais, em sendo, os meios ou

os chamados métodos propícios (alternativos) para a resolução da lide aplicáveis ao direito e conflitos laborais.

A Lei de Arbitragem – n. 9.307 de 1996, atuação do Procurador do Trabalho em mesas de mediação, a Comissão de Conciliação Prévia – CLT e tantos outros exemplos, na qual se destaca o Estatuto da Advocacia prevendo que acima de qualquer litígio judicial, deve o advogado atuar na conciliação das partes.

Da mesma forma, o desvincular da conciliação como método jurisdicional o uso da Lei dos Juizados Especiais Cíveis como forma de conciliar extrajudicialmente, cabendo ao magistrado trabalhista apenas receber a petição de acordo, de composição e homologar a mesma, gerando-se, assim, um título passível de execução imediata, sem possibilidade de recursos.

Da leitura do texto Constitucional, artigo 5º, §4º, resta evidente que, até mesmo a “parte” da competência, não comporta mais um conceito absoluto, pois, há a possibilidade de um julgamento e execução de decisão por um Tribunal Internacional, mesmo de casos havidos no território nacional.

Por último, debate-se a necessidade e os efeitos da flexibilização das normas laborais e a consequente desjudicialização como forma de garantir a celeridade e o exato cumprimento dos direitos trabalhistas, em sendo estes, fundamentais sociais.

Diante da evolução da sociedade, do indivíduo por si, e das relações, resta impossível o associar do conceito de jurisdição a Soberania Estatal, porque, de acordo com os elementos compositores do Estado – Povo, Território e Soberania –, até um ente Sindical pode ser considerado soberano, pois, pode ter os associados e categoria como seu povo, possui a limitação territorial como espaço de atuação, e, por fim, é detentor de inquestionável soberania, sendo um ente autônomo livre de qualquer tipo de fiscalização ou intervenção.

Logo, precisa-se afrontar a jurisdição de forma globalizada, não mais unitária; o poder de resolução de casos concretos, recomposição, retorno da condição anterior e aplicação do direito via sentença, não será exercido apenas pelo Juiz, pode, também o árbitro que, por Lei (Arbitragem), o considera representante do Estado,

exercer esta mesma atribuição. Deve-se acompanhar o avanço da sociedade e a sua frenética necessidade de pronta resolução, que, o Poder Judiciário por si só não consegue atender; a jurisdição modernizou-se para atingir de forma mais célere seu escopo, a resolução de litígios, sendo esta globalizada não apenas do Estado, mas em constante diálogo com este.



## **BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA JURISDIÇÃO, PROCESSO E JUSTIÇA DO TRABALHO**

### **1.1 O início da Jurisdição e sua evolução até a Tutela Jurisdicional**

No início dos tempos antigos, não se debateria separação de poderes, tutela, delegação, defesa, leis postas, judiciário, pacificação, processo e tantos outros termos comuns para considerável parte dos cidadãos, seja este, leigo ao direito ou estudioso da área. Nem sempre a figura do Estado se fez presente para a manutenção da ordem e paz social, resolvendo litígios havidos em decorrência de interesses díspares, logo, era cabível ao homem, por si e para si, mediante sua força a imposição do justo.

Uma das características dos animais é caminhar em bandos, assim, sempre terá a soma do mais forte ao mais fraco, e o revezamento na hora da caça e proteção, não sendo diferente o homem que, desde o estudo da caverna, aglomera-se em bandos para sobrevivência estabelecendo comunidades, nas quais, tem-se na figura do mais forte o líder que entrega, a cada um, funções para a vida em comunidade.

Com a evolução do homem estas comunidades quando melhor organizadas passaram a ser chamadas de sociedade. A vida em sociedade traz ao homem inúmeras restrições como regras de convívio, moral, ética, até mesmo o direito posto, mesmo assim, o homem escolhe viver em sociedade por ser algo nato, vivo em seu interior, não sendo viável ao homem uma vida solitária, errante, privada do convívio entre familiares, amigos, profissionais e outros.

Como conclusão pode-se afirmar que predomina, atualmente, a aceitação de que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas. É inegável, entretanto, que o contratualismo exerceu e continua exercendo grande influência prática, devendo-se mesmo reconhecer sua presença marcante na ideia contemporânea de democracia (DALLARI, 2000, p. 18).

Ainda na comunidade, o relacionar-se com outros leva o homem ao conflito, natural pelo choque de vontades, pré-disposições, especialmente pelo fato de se ter mais interesses do que bens disponíveis. É natural ao se buscar sempre mais não dar-se por

satisfeito, gerando, assim, atritos. Nessa fase o que se tem é a força, o exercício da autodefesa, onde cada um protege o que é seu de forma corporal; duas características marcantes desta (autotutela) são a inexistência de um juiz imparcial, alheio às pessoas envolvidas, e, a imposição da decisão do mais forte, perspicaz e astuto a outra parte, sempre, fraca e vulnerável.

Com a evolução do homem e sua formação comunitária, não seria mais concebível a resolução de litígios pela autodefesa, utilizando-se da força corporal, passa-se, então, aos métodos da autocomposição. Não seria mais possível o simples aceite de leis advindas de seres divinos, o medo da fúria de deuses, e os sacrifícios para contentamento dos mesmos; o natural, nascido e havido do homem, passa a ser questionado pelo próprio homem.

Hoje, se entre duas pessoas há um conflito, caracterizado por uma das causas de insatisfação descritas acima (resistência de outrem ou veto jurídico à satisfação voluntária), em princípio o direito impõe que, se se quiser pôr fim a essa situação, seja chamado o Estado-juiz, o caso concreto (declaração) e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade (execução). Nem sempre foi assim, contudo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 20).

No século XVIII com o movimento e revolução causada pelo Iluminismo, o homem passa a despir-se da veste natural e a questionar os abusos praticados pela Igreja e Estado, nascendo as primeiras ideias que se tem de leis, direito posto. Passa-se a discutir este, a utilizar seus conceitos e conteúdos como forma de inibir, pacificar, e controlar a vida em sociedade.

Com a derrocada do direito natural, passa-se aos debates do direito objetivo, posto pelo Estado para controlar a vida em sociedade, com a ideia central de formalizar procedimentos, regras, com o intuito de uma vida pacífica entre os homens, *ubi jus ibi societas*; contudo, destaca-se e explica-se que a figura do juiz surgiu antes do legislador.

Os próprios homens foram percebendo de forma gradativa que não mais seria possível dar continuidade ao sistema da resolução de conflitos pela autodefesa; passa-se a ter a autocomposição, em sendo, os homens resolvendo seus litígios, mas com o auxílio de uma terceira pessoa, elegia-se então a figura de um árbitro, pessoa de

confiança de ambas as partes, imparcial na resolução, geralmente sacerdotes, pois, estes possuíam ligações com as divindades possibilitando assim um auxílio e resolução acertados.

Com o afirmar do Estado e sua imposição de vontades particulares, de acordo com a história, em meados do século II a.C., este passou a tomar para si diversas funções já exercidas por religiosos, anciões, e homens comuns, uma delas é a resolução e pacificação de litígios. Quanto à manutenção da paz, dentre as relações sociais, a interferência estatal não se fazia obrigatória, mas sim optativa, quando as partes assim demonstrassem interesse.

Com a faculdade de se buscar o Estado, desenvolveu-se inicialmente a Jurisdição voluntária, na qual as partes envolvidas em um litígio buscavam um pretor que se comprometia perante estas a escolher a melhor lei a ser aplicável ao caso, e as partes, compromissavam-se a aceitar tal escolha – decisão imposta.

O pretor tratava-se de uma autoridade local que apenas selecionava e dizia qual a melhor lei a ser aplicada ao caso concreto; após esta escolha, o pretor elegia um cidadão romano, que não fazia parte da magistratura – chamado árbitro –, para que este, com base no litígio e lei escolhida, resolvesse o caso, efetivasse a norma e pacificasse as partes. Tanto a atividade do pretor, quanto a do cidadão romano eram jurisdicionais, baseadas na aplicação da lei e resolução do caso concreto.

Aproximadamente no século II a.C. – em Roma –, já vivia o fenômeno da separação dos poderes, tema tratado por diversos filósofos como Montesquieu e Maquiavel séculos após este período. Tal fenômeno foi instituído pela Lei das XII Tábuas, na qual o pretor tomou para si o papel do árbitro, passando também a efetivar a norma e pacificar as partes, prolatando, assim, sentença ao caso concreto; neste período data-se a passagem da Justiça privada para a pública.

Foi Roma, sem dúvida, na República e no Império que erigiu o grande monumento jurídico que legou para a posteridade. Os romanos construíram um sistema jurídico superior a qualquer outro conhecido. Toda a doutrina romana serve de base para nosso direito ocidental (VENOSA, 2014, p. 268)

Com o aparecimento da Lei das XII Tábuas, extingue-se de forma definitiva a autotutela – que já havia sido banida desde os primórdios de Roma –, surgindo, deste modo, a arbitragem obrigatória, caso as partes desejassem a resolução de seu conflito de forma justa e pacífica, estavam obrigadas a buscar o Estado na figura do pretor. Em 305 d.C., foi extinta a arbitragem em Roma, nascendo assim de forma definitiva a figura do Estado-juiz.

Em critério mais amplo e, por isso, vetorizando de forma segura a incidência do instituto com a sua atuação primária nas órbitas dos poderes do Estado, somado ao real e efetivo comprometimento *lato e stricto sensu* com o exercício da atividade jurisdicional, Celso Neves considerou a Jurisdição como *poder*, relacionando-a ao plano da soberania estatal, justificada pela manifestação do monopólio estatal em sede de capacidade de decidir e impor, imperativamente, suas decisões; como *função*, justificada pelas atribuições que caracterizam os órgãos estatais, estas diretamente relacionadas à promoção da pacificação social por meio do processo, como *atividade*, já aí relacionada à prática dos atos no âmbito do processo – instrumento pelo qual a jurisdição opera – exercício este praticado pelo magistrado, oriundo do poder a ele conferido pelo próprio Estado (GAIO JÚNIOR, 2013, p.36).

Historicamente o conceito de jurisdição é ligado à ideia de soberania, desta forma, o estudo na jurisdição no Brasil inicia-se pelas ordenações de Portugal. As primeiras leis brasileiras – Ordenações –, as Afonsinas, de 1446, assim como as seguintes, Manuelinas e Filipinas, tratavam dos cargos públicos, posse de terras, alguns tipos especiais de crimes, comércio marítimo e outras disposições; destaca-se que, em casos de pecados, crimes sexuais e heresia era invocado o direito canônico.

As primeiras Ordenações, as Afonsinas, de 1446, em nome de D. Afonso V, foram motivadas pela necessidade de os portugueses consolidarem sua nacionalidade, inclusive por meio das instituições jurídicas. O precursor da obra teria sido João Fernandes d'Aregas, também conhecido como João das Regras. Teria ele traduzido o Corpus Juris, mas não há conhecimento dessa tradução. A principal fonte dessas ordenações foram o Direito Romano e o Canônico, dos quais foram extraídos trechos inteiros. Algumas disposições são tiradas da Lei das Sete Partidas, já referida. Essas ordenações substituíram essa lei. Essas ordenações resultaram de ampla consolidação das leis promulgadas até então e abarcaram cinco livros que cobrem os cargos públicos, a posse de terras outros assuntos, até o direito penal (VENOSA, 2014, p.298).

Foi no Brasil-Colônia que a ideia de jurisdição passou a ser encontrada e aplicada; neste período ainda se empregavam as leis de Portugal, com adaptações frente ao direito especial da Colônia, e a jurisdição era exercida pelo ouvidor-geral – sistema este que muito se assemelha ao dos dias atuais. Os magistrados eram nomeados por Portugal e enviados à Colônia para representar os interesses do país de origem, desconhecendo – e sem a menor pretensão de conhecer – os problemas sociais locais.

É deste período que nasce a ideia da neutralidade e imparcialidade do juízo, contudo, no Brasil-Colônia, os magistrados eram levados pelo desejo de pertencerem à nobreza, assim a troca de favores, o tráfico de influências brota deste período, pois desta forma, os magistrados se tornavam cúmplices da aristocracia local, recebendo do favorecimento a posse de terras.

Já durante o período Imperial, com a edição do Código de Processo Criminal em 1832, a jurisdição sofre drásticas mudanças, iniciando neste período a reforma do Judiciário. Nesta época tem-se a criação de cargos de juiz de paz, juiz municipal, e juiz de direito na primeira instância, sendo a segunda instância os já criados tribunais de relação, e em 1828 a criação da terceira instância com o Supremo Tribunal de Justiça.

Os magistrados da época desempenharam papel político importante porque podiam candidatar-se a deputado e terminavam como legisladores. Na função jurisdicional, estavam presos a interesses políticos, porque eram indicados pelo Imperador e essa indicação dependia, evidentemente, de apadrinhamento político (VENOSA, 2014, P. 303).

Definida a República no Brasil, a primeira Constituição deste período foi a de 1891, pioneira por tratar de temas como, presidencialismo, separação dos poderes, estabelecimento dos graus de jurisdição (capítulo V, seção III), autonomia dos Estados e a garantia dos direitos individuais. A organização judiciária deste período, o exercício da jurisdição trazem heranças passadas, com a mudança da indicação de locais para a pacificação dos conflitos, sendo novidade a este período o controle difuso de constitucionalidade. Urge destacar que, a primeira Constituição Brasileira a tratar do tema jurisdição, ainda no Império, foi a de 1824 que dedicava seu título 6º ao tema.

Na atualidade, o Estado chamado pela Constituição Federal de 1988 de Social, tomou para si o monopólio da jurisdição, somente este é detentor do poder jurisdicional de aplicar o Direito ao caso concreto. Sabe-se que é impossível ao Estado, estar em todos os lugares ao mesmo tempo, resolvendo demandas das mais variadas competências possíveis, assim, o Estado moderno para melhor desempenho de seu escopo, dividiu seu poder soberano em partes – Executivo; Legislativo e Judiciário –, estes poderes desempenham funções primordiais de Estado.

Cabe, ao Poder Executivo, a guarda da administração pública; ao Poder Legislativo, a manutenção da ordem jurídica, por meio da edição de Leis; e, por fim, ao Poder Judiciário foi entregue o poder jurisdicional de aplicação do Direito ao caso concreto, resolvendo o litígio, devolvendo a paz social. Destaca-se que dentre estes não há o exercício exclusivo de cada função, pode um exercer atividades natas de outro sem o atrito de competências.

Tem-se logo que, somente o Estado por meio da delegação, separação de poderes, por intermédio do Poder Judiciário seria o detentor do poder jurisdicional de aplicar o Direito, dizer este ao caso concreto, contudo, o ordenamento jurídico nacional, permite de modo excepcional o exercício da jurisdição por outros meios.

Dentre as hipóteses que se encontram insertas no ordenamento jurídico nacional, aponta-se como essencial a Lei n. 9.307 de 1996, conhecida como Lei de Arbitragem que logo em seu artigo primeiro narra a possibilidade de resolução, sendo as partes capazes, o litígio versado sobre direitos patrimoniais disponíveis, podem livremente nomear um terceiro – árbitro –, para a resolução de seu litígio.

Cabe frisar aqui que, no caso, a ressalva feita acerca de direitos “transacionáveis”, a despeito do próprio texto legal indicar “direitos patrimoniais disponíveis” (art.1º) como aqueles passíveis de solução pela arbitragem, possui razão de ser. Ainda que o direito possa ser indisponível, não significa que seja impossível de ser transacionado como v.g., os alimentos. Nisso, o direito de alimentos é, verdadeiramente, indisponível, no entanto, quanto ao *quantum* referente a ele, o mesmo não podemos sustentar idêntica indisponibilidade, dada a possibilidade de ser objeto de transação, disponível nestes termos (GAIO JUNIOR, 2013, p.769).

Outros exemplos que se tomam, primeiro, Lei Complementar n. 75 de 1993 que trata da organização do Ministério Público da União, em seu artigo 83 define as atribuições do Ministério Público do Trabalho, especificando em seu inciso XI a possibilidade do Procurador atuar como árbitro em dissídios de competência trabalhista. Ainda na esfera laboral, segundo, possibilidade de atuação administrativa do Ministério do Trabalho e Emprego agir como mediador de conflitos, dissídios individuais.

Aponta-se, ainda, o Código Civil nacional que, em seus artigos 851, 852 e 853, tratam da possibilidade extrajudicial para resolução de conflitos, via compromisso da arbitragem. Já no artigo 1.210 do mesmo texto, tem-se narrativa que requer muito cuidado quanto a sua interpretação e aplicação ao caso concreto, pois, seria possível pelo artigo a retomada da autotutela, ou seja, a própria defesa diante do caso concreto.

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, **poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força**, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. *(grifo nosso)*

O Estado, após a evolução do direito romano, tomou para si o poder jurisdicional, centralizando mais um poder e função, nos dias atuais, vive-se a fase conhecida por judicialização da jurisdição, em sendo, apenas o Poder Judiciário deteria a capacidade de aplicar o direito ao caso concreto, a resolução do litígio, ideia combatida com poucos exemplos, mas não difundida dentre a sociedade, especialmente aos leigos e menos providos que carregam a ideia que, somente o Judiciário é capaz de resolver seus litígios, entregar “seu direito”, levando assim ao abarrotamento de varas com infinitos processos. A função estatal pacificadora vem enfrentando sua pior fase, sendo sabido que o tempo é o pior inimigo da jurisdição eficaz, cada vez mais, faz-se necessário o difundir dos meios propícios, que são, inclusive, autorizados por lei – exemplos citados, de pacificação social.

E hoje, prevalecendo as ideias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o **bem-comum** e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação com justiça* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p.25).

Após a análise histórica evidencia-se o fundir da jurisdição com o Poder Judiciário, na história esta era exercida por uma dada pessoa, nomeada ou indicada pelo Estado, para representar este na prática de aplicação do direito ao caso concreto, devolvendo assim a paz a sociedade. Pelos primórdios herda-se a noção de fato de jurisdição, no qual, qualquer um do povo, capaz de articular era dotado desta, pois, ouvia as partes, dialogava e pregava a melhor resolução ao caso, neste período com o evidente prejuízo do vencer pela força, ou lei do mais forte.

## 1.2 Evolução Histórica do conceito de Trabalho e suas atuais implicações

A etimologia do vocábulo trabalho carrega dois enfoques a serem analisados, inicialmente o bíblico da palavra. Em Gênesis resta evidente que Adão e Eva habitavam o paraíso, e, por viverem de forma pura, necessitavam trabalhar apenas para a manutenção do jardim e para sua subsistência, contudo, após o pecado original e expulsão do paraíso, Adão e Eva são obrigados ao labor para produzir alimentos e assim sobreviver; num primeiro momento, o trabalho é dito como dignidade, prazer, satisfação do homem, após, como castigo pelo pecado original.

No primeiro enfoque do estudo, analisa-se a questão do castigo, o associar da palavra trabalho a algo penoso, doloroso, sofrido, sendo a origem da palavra advinda do latim – *tripalium*, que nada mais era que um instrumento de madeira, espécie de canga posta nos animais para puxar arado.

A palavra trabalho sob o primeiro enfoque denota castigo, tanto que, as primeiras fases históricas do Direito do Trabalho são estudadas pela negação do



indivíduo trabalhador, a visualização deste como uma coisa, *res*, de seu proprietário, *dominus*. Nas primeiras fases históricas não se estuda a disciplina pela inexistência de direitos e imposições, mas sim, apenas de deveres e obrigações, logo, observa-se apenas o esforço físico em si.

Na Grécia e Roma antiga, digno era aquele que exercia ofícios intelectuais, que trabalhava com as palavras, sem se sujar ou transpirar, por sua vez, os que se dedicavam ao esforço braçal, físico eram tidos como a escória daquela sociedade.

As primeiras fases do trabalho e consequentemente da matéria Direito do Trabalho estudam a exploração do indivíduo – escravidão, servidão e corporações de ofício – os castigos impostos a este, as jornadas desumanas, a ausência de salários e o explorar do trabalho de crianças e mulheres.

Na sociedade industrial – Revolução Industrial Século XVIII –, a visão “escravagista” do trabalhador começa a ser deixada de lado, e ao indivíduo são dadas algumas garantias no ambiente laboral. Este período é considerado o marco na evolução do estudo histórico do Direito do Trabalho, carregando, até os dias atuais, conceitos advindos desta época, tais como o de contrato de trabalho, salário, definição de jornada de trabalho; mas também, é neste período que a exploração da mão de obra infantil e feminina vive seu ápice nas minas de carvão, alimento único para as indústrias, desta fase em especial, as têxteis.

É também neste período que nasce a ideia e as primeiras definições dos Sindicatos – associações –; haja vista tanto abuso, as muitas mortes e a demasiada exploração de crianças e mulheres, os trabalhadores começaram a vislumbrar que, por meio da união, eles ganhariam forças e voz. Nasceram, também nesta fase, as primeiras ideias de greve; e, por último, aponta-se o despertar da Igreja para os debates laborais, pois em 1891 é publicada pelo Papa Leão XIII a encíclica *Rerum Novarum*, na qual se buscava condições mínimas de trabalho de forma digna, bem como, a fixação de um salário mínimo, definição de uma jornada laboral e uma maior participação do Estado na prestação de serviços. Cumpre informar que, as encíclicas não tinham peso de lei, e não eram obrigatórias, sendo apenas meras orientações.

O segundo enfoque que se aplica a palavra trabalho é o voltar-se não só para o labor no qual se emprega a força física, mas também a energia intelectual visando a produtividade, ou seja, a evolução do trabalho, o dignificar do homem, e a função social da empresa, estes são conceitos que passam a serem abordados partindo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, bem como antes, com o fenômeno chamado Constitucionalismo Social, ou seja, a inclusão de leis e disposições trabalhistas em Constituições de diversos países, a exemplo, a do México, de 1917 – primeira a tratar do tema.

O progresso do Direito do Trabalho e da palavra trabalho acompanha a evolução do homem, sociedade, relações comerciais, mas, acima de tudo, o movimento de intervenção Estatal, no qual, num primeiro momento, se tem a ausência do Estado numa situação intermediária o intervencionismo, inclusive nas relações particulares – v.g., o contrato de trabalho e num segundo momento a autonomia das partes envolvidas, interessadas –, o Estado ocuparia um papel de mínimo interventor apenas no intuito de ditar regras básicas, limites máximos entre as partes – v.g., o salário mínimo, jornada laboral máxima dentre outros –, sendo esta fase estudada como o neoliberalismo no Direito do Trabalho.

O trabalho no século XXI vem retroagindo no tempo quanto aos conceitos, atualmente, vive-se um momento no qual as empresas produzem cada vez mais, com menos mão-de-obra, seja pelo enxugar natural dos quadros corporativos, seja pela tecnologia que toma o espaço do trabalhador, pessoa física. O crescimento da produtividade, na atualidade, não é mais devido à força laboral humana, mas sim, a informatização a robótica, que leva ao aumento do desemprego mundial, bem como do subemprego.

O trabalho encontra-se atualmente em uma sociedade pós-industrial, na qual áreas diversas tomam corpo, exigindo dos legisladores a prometida reforma trabalhista; como exemplo tem-se o *home working*, pesquisadores, labor misto – ora como pessoa física, ora como jurídica – e etc. O evoluir do trabalho leva também ao avanço do Direito do Trabalho, que nasceu com o intuito de proteção do empregado, na busca da redução das desigualdades sociais, na atualidade, muito mais voltado à proteção do meio ambiente laboral, à personalidade jurídica do trabalhador, à integridade física, mas

em especial, à busca pela flexibilização das leis, e à autonomia das partes com a intervenção sindical.

### **1.3 A Era Vargas e a Justiça do Trabalho, seu início e impacto na Sociedade. A Emenda Constitucional 24/99 e o fim da representação classista**

O chamado “pai dos pobres” Getúlio Dornelles Vargas, é considerado uma das figuras políticas mais importantes da história do Brasil, carregando ainda o peso da instituição de muitas normas trabalhistas, algumas em vigor ainda nos dias atuais, e pela implantação da Justiça do Trabalho.

Getúlio Vargas foi presidente do Brasil entre os períodos de 1930 a 1945, e 1951 a 1954, responsável pelo chamado Estado Novo – 1937 –, fase de sua presidência durante a qual fechou o Congresso Nacional atribuindo o poder ao militarismo, passando a governar de forma ditatorial, perseguindo políticos e censurando manifestações contrárias a seu Governo, adotando na sua forma de chefiar traços do nazismo e fascismo, especialmente deste último, que foi inspirador de algumas práticas implementadas ao estudo do Direito do Trabalho, aplicáveis ainda nos dias atuais, v.g., o imposto sindical presentemente conhecido como contribuição sindical, bem como a própria Consolidação das Leis do Trabalho baseada na *Carta Del Lavoro* da Itália (LOPES; QUEIROZ; ACCA, 2009, p.519 a 530).

Os estudos históricos voltados à figura de Vargas são divididos entre, ser ele o “pai dos pobres”, aquele que se preocupou com a figura do trabalhador, buscou melhorias e organização de institutos voltados à prestação de serviços, trouxe a proteção do empregado frente ao meio laboral, ou, ser uma figura oportunista, que viu no trabalhador uma massa facilmente manipulável, e por isso, dissimuladamente preocupou-se e voltou-se para esta categoria. Independe da linha que se adota, é inegável o impacto positivo da Era Vargas ao Direito e Processo do Trabalho, pois, foi durante este período que o País passou a contar com um “código” trabalhista e uma justiça especializada nesta matéria.

Outro fato destacável é que não foi Getúlio Vargas o “inventor” do Direito do Trabalho, sendo este apenas o responsável pela organização, sistematização e propagação da matéria, pois, o labor acompanha o homem desde o início dos tempos antigos, por sua vez, o Direito do Trabalho passa a ser inicialmente visualizado no período da Revolução Industrial – conceito de salário, contrato, jornada laboral – mas, ganha corpo e status de direito de fato apenas após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho –, em 1919, e, com as primeiras Constituições a tratar do tema, como a de Weimar e a do México.

Foram editadas durante a Era Vargas as Leis que regulamentaram, e, algumas que ainda regulamentam direitos como: o salário mínimo; criação da Carteira de Trabalho e Previdência Social; férias remuneradas; descanso semanal remunerado; acesso a previdência social; décimo terceiro salário; fundo de garantia por tempo de serviço, dentre tantas outras garantias individuais do trabalhador.

Quanto ao Direito Processual do Trabalho, a contribuição de Vargas foi no sentido de institucionalizar alguns órgãos que atuam na defesa, e proteção do direito material imposto. Destes órgãos destacam-se a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio – em 1930 –, as Comissões Mistas de Conciliação, voltadas para a resolução de conflitos coletivos de trabalho, e as Juntas de Conciliação e Julgamento – ambas criadas em 1932 – para a resolução de conflitos individuais; tem-se, pois, o primeiro momento da futura Justiça do Trabalho. Urge destacar que esta primeira organização possuía caráter totalmente administrativo, o que explica, nos dias atuais, algumas terminologias próprias ao processo trabalhista, tais como reclamação, reclamante, reclamado e outras.

A primeira Constituição nacional a tratar o tema, já como Justiça do Trabalho, foi a de 1934, contudo, não houve de plano a instalação imediata junto ao Judiciário; uma das justificativas do chamado Estado Novo consistiu na demora e o debate desnecessário que o Congresso Nacional travou sobre o tema. Fora somente em 1939 instituída com o Decreto-Lei n. 1.237 a Justiça do Trabalho, passando a ser parte oficial do Judiciário mais ainda com ares administrativos, pois, sua formação, ingresso, e proteção ainda não seguiam as premissas constitucionais (GOMES; GOTTSCHALK, 1995, p. 01 a 19).

Com a Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho perdeu seu status de atuação administrativa e passou de forma definitiva a seguir os moldes existenciais ditados pela Constituição Federal, obtendo independência com relação ao Estado, seguindo as prerrogativas da magistratura e organizando-se de forma escalonada, com o Decreto-Lei n. 9.797; foram, então, instituídos os segundos e terceiro graus de jurisdição trabalhista, em sendo os Conselhos Regionais do Trabalho, que equivalem nos dias atuais aos Tribunais Regionais do Trabalho e o Conselho Nacional do Trabalho, presentemente, o Tribunal Superior do Trabalho.

Na cronologia do estudo do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, necessário se faz prestar cautela quanto à existência inicial da organização – Justiça do Trabalho –, e após, edição da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Esta última nasce da necessidade de compilar, juntar as inúmeras leis esparsas havidas sobre o tema – trabalho –, eis, então, a explicação do porque de ser Consolidação e não Código; é consolidação por se tratar de uma união de leis existentes com a edição de novas, necessárias ao estudo processual, como competência e recursos. Promulgada em 1943, fruto do Decreto-Lei n. 5.452, o “código” trabalhista nasce apenas três anos antes da Justiça do Trabalho ser oficialmente reconhecida; anterior a sua edição, os trabalhadores dependiam das leis esparsas, quando inexistentes ao tema, ficavam a mercê do Código Civil, no tocante ao estudo da prestação de serviços.

O Direito do Trabalho nasce e a Justiça do Trabalho é instituída, ambos baseados na proteção do trabalho, no equilíbrio entre a parte mais fraca – hipossuficiente – e a mais forte – favorecida técnica, econômica e juridicamente –, ou seja, empregado e empregador. Desde o início da Justiça do Trabalho até o ano de 1999, vive-se o ápice do protecionismo, bem como a decadência do Direito do Trabalho, pois, até este ano, a matéria e o processo passam a ser conhecidos apenas como do trabalhador, sendo sempre certa a vitória deste.

Até 1999, a Justiça do Trabalho era organizada por meio dos chamados vogais, mantinha uma representação classista em todos os seus graus de jurisdição, nos quais, juízes leigos, indicados pelos respectivos sindicatos, ficavam ao lado, atuavam, participavam da decisão junto aos juízes togados. Tal composição, de certo modo,

comprometia a imparcialidade e neutralidade nas decisões, fora o problema da falta de formação profissional, em muitas das vezes, destes juízes classistas.

O preparo do magistrado era inquestionável ao par destes juízes classistas, contudo, este primeiro, se via obrigado a sentenciar junto aos últimos, que, além da evidente falta de preparo, possuíam conhecimento prático específico de uma única área profissional – v.g., o indicado pelo sindicato dos trabalhadores no comércio, conhecia das particularidades comerciárias, não industriais, agrícolas, e outras. É deste período que se construiu a mazela que a Justiça do Trabalho é apenas do empregado, na dúvida, todo direito era sempre entregue ao mais vulnerável, fraco, o trabalhador.

Denomina-se representação paritária a presença, nos órgãos judiciais trabalhistas, de juízes leigos, ao lado dos juízes togados, e que eram indicados em listas pelas organizações sindicais, passando a compor os quadros de juízes da Justiça do Trabalho. Não será demais ver as suas formas e a sua significação.

A representação paritária existiu nas Juntas e Tribunais. O nome dos representantes perante as Juntas, pela CLT, era vogal. A Constituição de 1988 os denominou juízes classistas (art. 116). Nos Tribunais Regionais eram também denominados juízes classistas. No Tribunal Superior do Trabalho eram ministros classistas.

Havia representantes classistas de empregados e empregadores.

A representação classista era temporária; a investidura era limitada no tempo. O mandato dos representantes classistas, em todas as instâncias, era de três anos (CF, art. 117). Havia suplentes de classistas.

Permitia-se uma recondução dos classistas das Juntas (CF, art. 116, parágrafo único), mas a Constituição não previa recondução dos classistas dos tribunais (NASCIMENTO, 2009, p. 151-154).

Com o advento da Emenda Constitucional n. 24 de 1999, houve a extinção da representação classista, foi abolida a nomenclatura Juntas de Conciliação e Julgamento, sendo modificada toda a estrutura e órgãos da Justiça do Trabalho. Cumpre destacar que, após a aludida emenda, a Consolidação das Leis do Trabalho não passou pela necessária reforma, mantendo em seu texto até os dias atuais a nomenclatura Juntas, terminologia não mais utilizada para denominação de Varas do Trabalho, sendo evidente, o prejudicar de tal texto.

As Juntas passaram a ser chamadas de Varas do Trabalho, estas, representadas pelos Juízes do Trabalho, sendo o segundo grau os Tribunais Regionais do Trabalho e o grau último, Tribunal Superior do Trabalho. O principal passo dado pela edição da E/C 24, foi o término da representação classista, passando as Varas a terem apenas juízes togados, investidos de jurisdição via concurso público, gozando das garantias e vedações constitucionais, e os Tribunais de juízes promovidos, e membros advindos do quinto constitucional.

Por meio da Emenda Constitucional n. 24, imprimiu-se a Justiça do Trabalho o caráter protetivo a figura do trabalhador, sendo retirado o papel apelativo antes assumido, Justiça do Trabalhador, tem-se, então, a jurisdição e competência especializadas nas matérias específicas e afins ao trabalho – dilatação da competência – com a edição da E/C 45 de 2004, sendo comum, nos dias presentes, empregadores vencedores em demandas pelas premissas processuais – contraditório, ampla defesa, instrumento probatório do bastante alegado –, e não mais a mera entrega do direito ao mais fraco.

#### **1.4 Estudos do Conceito de Processo, sua evolução e adequação às mutações da Sociedade**

Como citado em momento anterior, o homem necessita viver em grupos, associações por afinidades ou necessidade, destes agrupares nascem os conflitos e sua pronta vontade de resolução. Diante dessa necessidade, do retorno a condição anterior e entrega da paz social, surge a aplicação ou efetivação do direito material, aquele que garante ao homem seus direitos fundamentais, como, a vida, a propriedade, a saúde e etc., porém, de nada adiantaria a mera previsão de um direito que respalda materialmente o homem, se, havendo descumprimento, não existisse um instrumento, ou meio, capaz de coibir, obrigar ao cumprimento deste, ou obrigação, violados, ou então, na iminência de o ser.

Da vida em sociedade, de forma organizada, nasce o direito como um conjunto de regras impostas aos homens que nesta habitam, com o intuito de organizar

sua vida, impor limites, e manter a paz baseada na ordem. Havendo o descumprimento ou ameaçada deste frente ao direito material, surge o instrumento utilizado pelo Estado na expectativa de resolução, seja ela amigável – acordo –, ou forçada – sentença –, o processo, sendo este considerado o meio de atuação do direito material, visto como o início das relações, ambas, buscam o final que é a resolução da lide.

O estudo e o processo em si, da forma que se encontram no momento presente, em especial o civil, são fruto do processo romano e germânico, último como menor importância haja vista que, trata-se de um processo menos evoluído que atendia as demandas de um povo primitivo, contudo, cumpre destaque o pleito na Grécia antiga, apesar de sua pouca influência nos moldes processuais, é neste período que se enfatiza princípios como o livre convencimento do juízo; no exercício do julgamento liberto de convicções religiosas, rituais, crenças e deuses, muito comuns à época; bem como o contraditório, por meio da audiência bilateral.

Como veremos, a bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo. Em todo processo contencioso há pelo menos duas partes: autor e réu. O autor (demandante) instaura a relação processual, invocando a tutela jurisdicional, mas a relação processual só se completa e põe-se em condições de preparar o provimento judicial com o chamamento do réu a juízo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 55).

Foi durante o século XX que o processo, em especial o civil, enfrentou diversificadas mudanças, em especial, o trato humanístico dado pelos estudiosos da temática que passam a analisar os reais escopos do processo, sua efetivação por meio do tempo, simplificação e acesso, sendo este o instrumento que possibilita a análise do desenvolvimento de povos.

Antes da existência do processo romano, inspirador do modelo contemporâneo, já era possível, observar as primeiras tentativas de institucionalizar o processo como meio de resolução, instrumento pacificador, contudo, por intermédio de métodos que, nos dias atuais, são totalmente questionáveis, a exemplo, citam-se os povos antigos e as Leis de *Hammourabi*, em que, o credor poderia vender a família de seu devedor a título de satisfação de sua dívida.



Podemos traçar o seguinte quadro da evolução histórica do Direito Processual Civil do Ocidente:

- 1.º) processo civil romano, de 754 a.C. a 568 d.C;
- 2.º) processo civil romano-barbárico, de 568 a 1100, aproximadamente;
- 3.º) período de elaboração do processo comum, de 1100 a 1500, mais ou menos;
- 4.º) período moderno, de 1500 a 1868, antes da renovação dos estudos do Direito Processual, a nosso ver iniciados com a obra de Oskar Bülow, precisamente em 1868;
- 5.º) de 1868 até hoje, podemos considerar como o período contemporâneo, que é o realmente relevante, tendo em vista que o processo, dogmaticamente, e como ciência, é contemporâneo.

Sem embargo disso, as modificações sofridas mais recentemente justificam uma outra divisão, relativa ao período que estamos vivendo, nos último trinta anos.

- 6.º) período propriamente contemporâneo – se é usualmente entendida, da data de 1868 até recentemente, como representando a fase contemporânea do processo, julgamos que depois da Segunda Guerra Mundial acentuou-se a ausência de dogmatismo, tendo em vista as carências de que, universalmente, se reconhece estar se ressentindo a distribuição da Justiça (ALVIM, 2011, p. 60 a 61).

Dentro do estudo da evolução processual é de grande relevância apontar a progresso do processo romano que, doutrinariamente se deu por meio de três fases, em sendo: período das *legis actiones*, ou ações da lei, que compreende os anos de 754 a.C. até 149 a.C., aproximadamente. Esse momento é considerado a fase primitiva do processo, o direito é totalmente descrito em leis, neste caso específico, nas Leis das XII Tábuas. O destaque deste período, é a formação exclusivamente processual do direito romano, a jurisdição do Estado e a existência de mais ações – procedimentos – do que direitos em si.

A segunda fase é o período do processo formulário, nesta, apesar deste continuar a ser de forma predominante oral, passa a ter ao menos uma base mínima de escrita. Desse momento é destacável o avanço do direito romano pela Itália; antes desta abrangência o que se tinha era que, apenas romanos, poderiam invocar a jurisdição, assim, para a existência do acesso e expansão do Judiciário surgiram as fórmulas fornecidas pelo pretor, aplicáveis aos não romanos quando estes submetiam um conflito a resolução.

A última fase, período da *extraordinaria cognitio*, perdurou entre os anos de 200 e 565 da era cristã, fase conhecida pelo desaparecer dos árbitros particulares. Com a tomada total da jurisdição pelo Estado – função –, o procedimento deixa a forma verbal e assume a escrita passando a existir padrões, até os dias atuais, utilizados como o do pedido do autor, ataque de sentença via recursal, entre outros. É evidente a ascensão do Estado-Juiz, bem como a má gestão estatal do processo, daí, algumas mazelas vividas na atualidade como a morosidade, produção de provas inverídicas, entre outras. É neste período que o processo passa a ter como conceito ser o instrumento garantidor do direito material violado.

Nos dois períodos inicialmente apontados tem-se a chamada justiça privada, bem como a denominação *ordo iudiciorum privatorum*, em sendo, um procedimento duplo em que ao dispor o litígio a resolução tem-se que participam deste o Estado e juízes privados – árbitros nomeados. Por sua vez, na última fase tem-se a ruptura da justiça privada, e talvez sejam dessa época as primeiras ideias de acesso à justiça. A publicização do processo é evidente, não só isso, mas também o evidente centralizar do processo e procedimentos da figura do Estado-Juiz.

Nos primeiros períodos em estudo, vigorou a justiça privada como sistema de resolução de litígios; as etapas de andamento dessas épocas assim se davam: a primeira, conhecida como *in iure*, na qual as partes buscam um magistrado, ou pretor, e apresentam seu litígio, e o magistrado atua em nome do Estado; e a segunda, conhecida como *in iudicio*, consiste na recepção e produção de provas pelo juiz com a finalidade de resolução via prolatação de sentença. O destaque que se dá a este período é a existência de duas classes de juízes, em sendo o magistrado ou pretor, e, o juiz ou árbitro, sendo os primeiros representantes do Estado, e os segundos, autoridades privadas que exerciam a jurisdição de forma eventual e pontual, no intuito de resolução das lides havidas.

É somente no terceiro período que a justiça pública surge, quando o Estado passa a resolver os conflitos por meio do magistrado, cidadão romano, com formação profissional, considerado a época como funcionário público, investido do chamado *imperium* (autoridade); nesta fase, o magistrado cumpre todas as etapas do processo, recebe as partes, as ouve, recebe e produz provas, e, ao final, prolata sua decisão. É

evidente que neste período desaparece a divisão do procedimento via *in iure*, e, *in iudicio*. O grande diferencial havido neste período, relacionado à questão das sentenças, é que estas deixam de ser exclusivamente por pecúnia, característica marcante da justiça privada.

Sem dúvida, o processo sofreu e acompanhou toda a evolução do homem e sociedade, o qual está inserto, seguindo as ideologias históricas, políticas e sociais, variando sua estruturação de acordo com o momento e região. A evolução processual ocorreu no sentido da publicização do processo, bem como para o monopólio da jurisdição, centralizando unicamente ao Estado esta função.

Com a queda do Império Romano, houve, além da dominação militar e política dos povos germânicos, a imposição de seus costumes e de seu direito.

Assim, muitas das conquistas do Direito Romano foram postas ao esquecimento, aterradas pelas instituições contempladas pelos bárbaros e que, sabiamente, eram mais atrasadas que as dos próprios romanos (GAIO JÚNIOR, 2013, p. 11).

Nesta etapa, tem-se o chamado Processo Germânico. Com a vitória dos germânicos – conhecidos como bárbaros – sobre os romanos, este povo impôs, aos romanos, seus costumes, tradições e crenças rudimentares, acarretando ao processo um retrocesso, em especial, pelo fato dos germânicos acreditarem que os deuses e divindades participavam de julgamentos e influenciavam em decisões.

O processo é exercido, neste período, de maneira oral, não pela sua celeridade, mas sim, pela falta de conhecimento da escrita, pois, por se tratar de um povo rudimentar estava-se diante de analfabetos. Nesta fase, o fim do processo é a conciliação entre as partes, não mais emanada pelo Estado, cumprindo determinações ditadas por este, mas sim, com base em experiências espirituais, divinas, religiosas; nesse momento, a produção de provas não serve para o convencimento do juízo, porém, para o movimentar da parte contrária, o processo passou a ter características de acusatório.

Reconhecia-se no processo romano que o juiz não era o detentor da verdade pura, e para sempre; neste já havia os efeitos do argumento julgado que significava dizer a segurança de romanos no gozo dos bens da vida, todavia, situação diferente ocorreu no processo germânico, pois, por ser baseado em obras divinas e deuses, o argumento julgado deixou de existir.

No processo romano, fica evidente a jurisdição desempenhada pelo juiz – papel deste –, em exercício de uma função pública, diferente do germânico, em que não se observa poder semelhante, pois, a incumbência do juiz era a de mero acompanhamento das partes e suas produções, destinadas não ao convencimento deste, mas sim, ao movimento da parte contrária – acusatório, ônus da prova. Sentenciando o juízo, ao final, com base na intercessão divina, a ideia romana de jurisdição – *iurisdictio* –, é substituída por assembleias.

Com a criação das Universidades, a primeira das quais a de Bolonha (séc. XI da nossa Era), surgiu a escola dos glosadores e, posteriormente, a dos pós glosadores, que muito se preocuparam com o estudo do direito romano, procurando adaptá-los às necessidades do seu tempo. Em consequência desses estudos, surgiu um tipo de processo denominado *processo comum medieval*, de fundo romano-canônico, mas impregnado de elementos germânicos e de novos institutos espontaneamente formados pelo uso (ALVIM, 2007, p. 28).

É vidente que a fase germânica não apenas e simplesmente retrocedeu o processo romano, como também contribuiu de forma evolutiva ao processo, pois, os germânicos possuíam diversos métodos e instituições novos aos romanos o que contribuiu para a evolução de ambos os povos.

A nova fase pós período germânico é fruto de diversas adaptações, a primeira delas é a manutenção do direito romano por meio da Igreja Católica, bem como fusões de normas e institutos do direito romano; canônico; germânico; do direito comum, e com ele, a nova fase do processo comum.

O período de formação do processo comum (processo comum medieval) é assim dividido: a) período dos glosadores, de 1100 até 1271; b) período dos pós-glosadores, de 1271 a 1400; e, finalmente, c) período da jurisprudência culta, de 1400 até 1500.

O processo comum era escrito, lento e de maior complexidade, a produção de provas e prolação de sentença se voltam às práticas romanas, porém, com a fusão ao direito canônico, tais complexidades foram amenizadas, pois, este trouxe o processo sumário que eliminou algumas formalidades havidas no comum, fruto de tantas fusões e junções de fases processuais. Tempos depois, o processo comum expandiu-se pela Europa, tendo alguns de seus procedimentos e métodos aperfeiçoados sob influência da abertura de universidades de direito, este aprimoramento caminhou para a base do processo moderno (ALVIM, 2011, p.63 a 65).

Nesta fase não se observa o processo como meio de resolução de um litígio havido entre as partes, mas sim, como recurso de solução de questões. Neste período, o processo é totalmente de ordem privada, e não se baseia em leis para a resposta de questões, mas sim, em uma construção doutrinária. A característica em destaque desta fase é o que se tem, no presente, por incidente processual, neste período o juiz só seria capaz de resolver o processo em si quando solucionasse questões envolvidas no objeto central deste.

Nesse ponto, as atividades do juízo se parecem com as do período romano, pois, trata-se da função de conhecimento das questões apresentadas. Nesta fase, o argumento julgado é variante, dependendo da verdade adotada pelo juízo, dispondo as partes, da possibilidade finita de recursos. Demais características deste período são: prova escrita; regulamentação por princípios; lentidão; e a formalização de atos praticados na forma oral por meio de atas. Feita as considerações acerca da evolução processual em suas principais escolas, cabe traçar o progresso havido no Brasil por meio das Ordenações do Reino; Regulamento 737; e, Códigos de Processo Civil.

No período compreendido como Brasil Colônia, de 1500 até 1822, o país atravessou diversos momentos impactantes à constituição do direito e do processo por meio das chamadas ordenações. Dentre as mais importantes, destacam-se: Ordenações Afonsinas, baixadas por D. Afonso V, em 1446 (antes mesmo do período colonial), considerada a primeira grande lei com a ascensão de Portugal como nação; as Ordenações Manuelinas, baixadas pelo rei D. Manuel, em 1521 – após o fim do vigor das ordenações afonsinas –; e, por fim, em 1595, as Ordenações do Reino, baixadas

por D. Felipe I de Portugal e II da Espanha, vigorando até meados de 1850. Estas ordenações eram, à época, o equivalente atual ao Código de Processo Civil.

As ordenações tinham por escopo a abrangência do Império, bem como de suas colônias, contudo, devido às particularidades e regionalismos, nem todas as normas eram de fácil aplicação no Brasil, sendo necessário, então, adaptações a cada localidade. As Ordenações Filipinas eram formadas por cinco livros e demonstravam uma estrutura praxista considerada moderna para o período. O que tange ao processo estava centralizado no livro terceiro, sendo este dividido de forma muito semelhante ao Código de Processo Civil, em sendo, fases: primeira postulatória; segunda instrutória; terceira decisória; e, quarta executória – que se destacava pelo excesso de formalidades. Além desta divisão, de imediato, apontava o processo por ritos, sendo estes o processo comum; processo sumário; e, em alguns casos, os processos especiais. É evidente que a inspiração das Ordenações Filipinas encontrava-se no Direito Romano, Bárbaro e no Direito Canônico.

Com a queda da Colônia e independência do país, em 1850 teve-se o primeiro grande marco nacional no que tange ao processo, em sendo, o Código de Processo Comercial – Regulamento 737 –, responsável pelos assuntos de natureza comercial, e, ainda em vigor, as Ordenações Filipinas regiam a matéria de ordem processual civil.

Ainda produzindo efeitos – as Ordenações Filipinas –, e com a existência de leis extravagantes – editadas durante o Brasil Império –, em 1871, o governo nomeou e encarregou o Conselheiro Ribas – Antônio Joaquim Ribas, considerado o responsável pela sistematização do Direito Nacional – a estabelecer estas normativas, e, em 1876 foi aprovada por resolução imperial a Consolidação das Leis de Processo Civil – Consolidação Ribas.

Com a proclamação da República, o Decreto 763, de 1890, estabeleceu que o Regulamento 737 passaria a reger também o processo das causas cíveis, entretanto ficaram excluídos da aplicação do Regulamento 737 os processos especiais, tais como: as ações de execução e hipotecárias, as ações possessórias, as ações fiscais, as ações de despejo de casas, as ações de honorários de médicos e farmacêuticos, as ações de reforma de autos, etc. Além destes, ficaram excluídos também os procedimentos de jurisdição

graciosa (voluntária), como a nomeação e remoção de tutores, a arrecadação e administração de heranças jacentes dentre outros.

Assim, após 1890, o processo das causas cíveis e comerciais passou a ser disciplinado pelo Regulamento 737, com exceção dos processos especiais e de jurisdição graciosa que permaneceram sendo regidos pela Consolidação de Ribas, vale ressaltar, pelas Ordenações do Reino. Deve-se salientar a adoção, com a Constituição de 1891, do controle pelos órgãos jurisdicionais da constitucionalidade das leis como importante inovação dessa época (GAIO JÚNIOR, 2013, p. 14).

Outro fator determinante ocorrido neste período que impactou o Direito foi, em 1891, a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, especialmente no texto o que tangia a respeito da competência legislativa dos Estados, a exemplo de primeiros códigos de processo. Por Estado – movimento com início em 1905 –, tem-se em: 1915, o Código de Processo da Bahia; 1916, o Código de Processo de Minas Gerais; e, 1923, o Código de Processo de São Paulo, um dos últimos Estados. Com a antiga ou nova formatação, o Regulamento de 737 foi o Código de Processo Civil nacional até 1939, quando se teve, de fato, a promulgação do CPC (Código de Processo Civil).

Evidentemente que a delegação de competência para legislar sobre matéria processual não trouxe consequências positivas, e, diante de uma nova Constituição, a de 1934, passou a União a ter competência privativa sobre a matéria Processual Civil, unificando, assim, os códigos Estaduais, mantendo a individualidade apenas no que tange a questão da divisão e organização judiciária de cada Estado.

Sob o efeito de um golpe de Estado, a Constituição de 1937 manteve a competência privativa da União sob legislar em material processual – reafirmação da reunificação processual –; o único grande momento enfrentado por tal constituinte foi o fechamento da Justiça Federal – primeiro grau –, abalando assim a organização do Judiciário. Os processos sob esta competência foram redistribuídos a Justiça Comum a varas denominadas de Fazenda Nacional. Com a Constituição de 1946, iniciou-se o movimento de criação dos Tribunais Federais, que, em 1947, foram, de fato, instalados – Tribunal Federal Regional. Em 1966 fora novamente recriada e reaberta a Justiça Federal.

Ainda na vigência da Constituição de 1937, vários foram os projetos de Código de Processo Civil elaborados, contudo, apenas o apresentado pelo advogado Pedro Batista Martins fora concluído e entregue ao então Ministro da Justiça. O Código de 1939 ficou conhecido pelo seu excesso de formalismos, pela ampla possibilidade de protelação, demora – mesmo com a limitação recursal –, mas acima de tudo, por causa da ausência de uma visão social pacificadora do processo, que era tido como instrumento de impasse – luta entre as partes, e não de resolução. Os pontos positivos do Código de 1939, sem dúvida, foram os atos de direção do processo pelo magistrado, e a adoção do princípio da instrumentalidade dos atos processuais, com a aplicação do efeito das nulidades aos atos que não atendem as práticas e regras deste.

Em 1960, apesar de ter sido um curto governo, foi por meio de Jânio Quadros que se iniciou uma reforma na legislação brasileira; no que diz respeito ao processo civil em 1964, foi elaborado o anteprojeto pelo Ministro Alfredo Buzaid, revisado por Luís Antonio de Andrade e Luiz Machado Guimarães – substituído após sua morte por José Frederico Marques. Este anteprojeto foi encaminhado ao Congresso em 1972, sendo sancionado pelo Presidente da República Emílio G. Médici, em dez de janeiro de 1973, por meio da Lei n. 5.869.

Os principais destaques havidos no texto foram a manutenção e remodelação dos recursos, e os procedimentos especiais, dentre outros, o vigente Código dá, ao processo, um tratamento mais científico e sistemático. Desde então, o Código e o Processo Civil Brasileiro vêm enfrentando inúmeras mudanças, reformas e transformações, a exemplo, a do agravo de instrumento retido; recursos no procedimento sumaríssimo; trâmite da execução; instituição do juizado especial; jurisdição coletiva e tantas outras.

Irei me deter em particular no segundo processo, o da multiplicação, pois ele se presta melhor a algumas considerações sobre as relações entre direitos do homem e sociedade, sobre a origem social dos direitos do homem, sobre a estreita conexão existente entre mudança social e nascimento de novos direitos, sobre temas que, em minha opinião, podem ser mais interessantes para uma reunião de sociólogos do direito, de estudiosos cuja tarefa específica é refletir sobre o direito como fenômeno social.

Também os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social. Ou, pelo menos, são também um fenômeno social: e, entre os vários pontos



de vista de onde podem ser examinados (filosófico, jurídico, econômico, etc.), há lugar para o sociológico, precisamente o da sociologia jurídica.

Essa multiplicação (já dizendo “proliferação”) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo. É supérfluo notar que, entre esses três processos, existem relações de interdependência: o reconhecimento de novos direitos de (onde “de” indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direitos a (onde “a” indica objeto). Ainda mais supérfluo é observar, o que importa para nossos fins, que todas as três causas dessa multiplicação cada vez mais acelerada dos direitos do homem revelam, de modo cada vez mais evidente e explícito, a necessidade de fazer referência a um contexto social determinado (BOBBIO, 2004, p. 63).

Como observado anteriormente, o direito e o processo, os códigos – leis – acompanham a evolução da sociedade, se adaptando as novas necessidades e apelos, nos dias atuais, de escopo mais coletivo que a simples resolução de lides individuais, a exemplo, a Lei de Ação Civil Pública, o enfrentamento de matérias que atinjam um número maior de pessoas – interesses das massas –, os novos direitos advindos da tutela do meio ambiente, da ordem econômica, e, a adaptação do homem a era digital.

A atual fase do processo civil vem sofrendo grandes modificações, pois vive o duelo entre a inovação, processo moderno, e a manutenção do clássico, busca sua própria identidade por meio da construção de um modelo ligado a atual fase e realidade da sociedade, acompanha a digitalização de direitos, coletivização de ações, enfrentou reformas do judiciário, enfim, tenta de alguma forma se atualizar e modernizar, porém, o grande problema é a obscuridade enfrentada, pois, até o momento, não se encontram dados ou doutrinas que apontem o exato rumo do processo, como, em qual fase se estava e para onde se caminha.

O grande problema desta modernização, além da caminhada no escuro, é a tentativa desenfreada de renovação das leis brasileiras, a exemplo, o projeto do novo Código de Processo Civil – Senado PL n. 166/2010, Câmara PL n. 8.046/2010. Renovam-se leis, mas não se muda o pensamento da sociedade – que acredita apenas na resolução via processo –, e tampouco se reformula o Poder Judiciário, que é

estruturalmente pobre – estrutura básica: pessoal, equipamentos, número insuficiente de juízes e etc.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio de seu relatório anual denominado Justiça em Números, aponta alguns dados e índices que levam as respostas de questionamentos como a morosidade e o tempo razoável de duração dos processos. A Organização das Nações Unidas (ONU) recomenda que, para cada 100 (cem) mil habitantes, o Estado conte com 7,6 (sete ponto seis) juízes, número, nos dias atuais, atendido pelo país, contudo, em estados, regiões, ou áreas consideradas de pequeno porte. Todavia, em áreas consideradas de grande porte, como, por exemplo, São Paulo e Minas Gerais, tem-se uma média de 5,2 (cinco ponto dois) a 6,9 (seis ponto nove) juízes para cada 100 (cem) mil habitantes, um número muito inferior ao apontado como ideal pela ONU.

Outros dois dados alarmantes são o número de processos julgados por cada juiz, e, a quantidade de novos processos por ano que são distribuídos. Para a ONU (recomendações), o ideal do Poder Judiciário seria que cada juiz julgasse uma média de 400 (quatrocentos) processos por ano, contudo, mesmo em áreas consideradas de pequeno porte, conforme disposição do CNJ, a exemplo, o Estado de Mato Grosso, a média de julgamentos por juiz se perfaz em 1.300 (mil e trezentos) processos julgados por ano.

O número mais alarmante é a quantidade de novos processos distribuídos na Justiça Estadual: ano base do relatório 2014/2013, encontra-se em trâmite 74,2 (setenta e quatro ponto dois) milhões de processos, e, em 2013, foram distribuídos 20,3 (vinte ponto três) milhões de novos casos, o que se perfaz a uma média de 6.531 (seis mil quinhentos e trinta e um) processos para cada um dos 11.361 (onze mil trezentos e sessenta e um) juízes empossados em suas respectivas Varas. Uma curiosidade que se aponta é o fato da ausência do preenchimento de vagas disponíveis para a magistratura. Nos dias atuais, conta-se com 11.361 (onze mil trezentos e sessenta e um) juízes empossados, contudo, o número de vagas autorizadas por lei é de 15.916 (quinze mil novecentos e dezesseis) cargos. Os dados apontados para análise correspondem ao primeiro grau da Justiça Estadual, de acordo com relatório de 2014, ano base 2013, realizado pelo CNJ (Justiça em Números).

Para complementar o estudo dos dados voltados ao Poder Judiciário Nacional, cabe o apontamento de alguns números relacionados à Justiça do Trabalho, justificativa parcial para o ainda considerado “célere” andamento processual em tal órgão. A média de juízes para cada 100 (cem) mil habitantes, em uma região considerada de pequeno porte, como o Estado de Mato Grosso, é de 2,2 (dois ponto dois) juízes, e, em regiões consideradas de grande porte, como São Paulo e Minas Gerais, é de 1,8 a 2,2 (um ponto oito/dois ponto dois), e, 1,1 a 1,5 (um ponto um/um ponto cinco), respectivamente. Número muito abaixo do ideal, mesmo para uma justiça especializada.

Fator preocupante é número de novos processos havidos apenas no ano de 2013, relatório 2014 do CNJ, em sendo, 04 (quatro) milhões de novos processos, somados aos 7,9 (sete ponto nove) já existentes em trâmite, número muito grande para uma justiça especializada, com rol de competência reduzido, de acordo com a disposição do artigo 114 da Constituição Federal.

Os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça em seu relatório anual denominado “Justiça em Números”, apontam para dois fatores, o primeiro é a falta de motivação – salarial, segurança, localidade, etc. – e o despreparo dos candidatos no que tange a falta de preenchimento de vagas autorizadas por lei para cargos da magistratura; o segundo é banalização do processo, o que se revela pelo alto índice de distribuição de novos casos, revelando uma sociedade que está a perder sua civilidade e suas vias de acordo, deixando tudo a mercê do Poder Judiciário.

A civilidade não é, pois, outra coisa que um andar de acordo. Mas se os homens têm necessidade do processo, isto quer dizer que falta acordo entre eles. E aqui novamente aflora o tal conceito de acordo que já dissemos ser fundamental para o direito. O gérmen da discórdia é o conflito de interesses. Quem tem fome, tem interesse em dispor de pão com que se saciar. Se forem dois os que têm fome e o pão basta apenas para um, surge o conflito entre eles. Conflito que, se os tais são incivis, se converte numa luta: em virtude desta, o mais forte se sacia e o outro continua com fome. Em contrapartida, se fossem inteiramente civis ou civilizados, dividiram o pão entre eles, não segundo suas forças, mas segundo suas necessidades. Mas pode se dar também um estado de ânimo do qual não surja à luta, mas que lhe propicie surgir de um momento para o outro: um dos dois quer todo o pão para si e o outro se opõe a isso. Uma situação dessas ainda não é guerra entre ambos, mas a contém em potência, de onde se conclui que alguém ou algo deve intervir para evitá-la. Esse algo é o processo, que se chama civil por que ainda não surgiu o delito que reclama a pena; e a situação, frente a qual intervém, toma o nome de litígio ou *lide* (CARNELUTTI, 2012, p. 25 e 26).

Nos dias atuais, o processo não pode mais ser encarado como um fim, mero instrumento de aplicação do direito e resolução do conflito apresentado; ele deve ser estudado como meio, instrumento que apresenta às partes as possibilidades de resolução, sendo o democrático, a efetivação do justo, o social, pois, reporta-se ao passado por meio da reconstituição de uma relação – trabalhista, civil, penal, entre outras –, entregando o direito – moldado àquela realidade –, pacificando a sociedade – família, rua, bairro, etc. É por intermédio deste instrumento que se garante a efetivação das garantias constitucionalmente asseguradas a cada indivíduo.

### **1.5 A “Satisfação” da Sociedade e a Crise do Poder Judiciário**

A conceituação rudimentar do processo e o enfrentamento deste como um mero instrumento de entrega da razão ou do direito, não é efeito de uma sociedade em crise ou pouco favorecida educacionalmente, mas sim, é o triste reflexo da adversidade que o Poder Judiciário atravessa, e não somente nos dias atuais. O atual cenário deste é o dos mais questionáveis e o mais frágil dentre os Poderes que constituem o Estado. Além da crise interna, atravessa-se também uma externa, advinda da falta de credibilidade atribuída pela sociedade a este.

A sociedade passou a acreditar menos no Poder Judiciário, alguns, baseados em escândalos e notícias “fabulosas” apresentadas pelas mídias do país, outros, por serem “vítimas” diretas da crise interna, importando, ao final, a falta de credibilidade da população para o Poder Judiciário. Muito da crise externa é reflexo dos motivos internos como a corrupção de magistrados, morosidade, ausência de capacitação dos serventuários, demasiada burocracia, falta de informatização, inexistência de pessoal, e tantos outros fatores.

Para a sociedade, o Poder Judiciário não cumpre mais o seu papel primordial de manutenção da ordem, atendimento igualitário e respeito ao cidadão, e, a cada novo escândalo político, infelizmente se tem uma nova má influência deste para o cidadão, que, por vezes, sem muito entender um conjunto probatório, simplesmente crê que a justiça foi feita apenas para os mais abastados.

O Conselho Nacional de Justiça realiza de forma periódica pesquisas de satisfação e clima organizacional, sob a ótica de três grandes grupos, em sendo: usuários, magistrados, e servidores. O último levantamento de dados ocorreu durante o mês de setembro do ano de 2011 (dois mil e onze), e os números negativos referentes à satisfação dos primeiros é, no mínimo, alarmante.

Os dados em questão encontram-se disponíveis no site do CNJ, que contou, para a realização desta pesquisa, com a participação de 18.688 (dezoito mil seiscentos e oitenta e oito) pessoas usuárias do Poder Judiciário, sendo elas, advogados, estagiários, partes em processo, pesquisadores, entre outras, com idades entre 20 (vinte) e 70 (setenta) anos. Foram realizadas perguntas variadas a estes usuários, como tempo para atendimento, e resolução do processo, interesse e atenção no atendimento, audiência no horário previsto, limpeza e organização, entre outras.

O mais impressionante na pesquisa é o alto número de insatisfação dos usuários perante o Poder Judiciário: salvo as questões relacionadas à limpeza, organização, acessibilidade, e canais de acesso, as demais, todas tiveram respostas negativas, e, as que mais surpreenderam foram as associadas ao tempo. Para a pergunta “os processos são concluídos no prazo previsto na forma da legislação?”, 10.601 (dez mil seiscentas e uma) pessoas responderam “nunca”.

Para a questão “as audiências são realizadas no horário previsto?”, 11.730 (onze mil setecentas e trinta) pessoas responderam “não”. Outro fator que chama a atenção está relacionado ao pessoal, aos servidores. Em perguntas associadas a estes como interesse e informação para atendimento, rapidez, e resolução de dúvidas, o número também foi negativo, pois, para os usuários, poucas vezes ou nunca se tem celeridade, solução, e informação quando solicitadas. Estes fatores são internos ao Poder Judiciário, contudo, com reflexo e impacto externo, sendo esta a visão da sociedade para com o Poder, estando o mesmo gasto e enfraquecido.

Outro ponto importante quando se discute a crise do Poder Judiciário é a sua falta de informatização, pois, a sociedade atravessa o período chamado “*fast food*”, em que as relações são aceleradas com respostas imediatas, quase tudo é para o agora. A dinâmica toma conta das relações pessoais e profissionais, e, atualmente, dúvidas e

esclarecimentos são trocados em questão de segundos por meios eletrônicos e infinitos aplicativos.

O Poder Judiciário conta com a informatização, mas não dotada da rapidez e celeridade cobradas pela sociedade, pois, o tempo processual entre uma distribuição e sentença de primeiro grau pode, dependendo do caso concreto, levar anos, quando a população aflita por respostas, contando com um aplicativo de mensagens, pode resolver situações em poucos segundos.

Em 2006 entrou em vigor a Lei n. 11.419 que regula o chamado processo judicial eletrônico; quase dez anos após sua vigência, o país não conta com um instrumento totalmente informatizado, e, mesmo nos Estados que utilizam este método, não são raras as vezes que o chamado PJ-e está fora do ar, ou, passando por manutenção, restando como opção o conhecido (um pouco coloquial) e arcaico papel.

Vários são os fatores que justificam a crise e a insatisfação da sociedade para com o Poder Judiciário, contudo, o mais relevante de todos os pontos é o tempo, a morosidade processual causada, em boa parte, pelo fenômeno da judicialização das garantias e consequente excesso de distribuições.

As estatísticas de movimentação processual, disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal, apontam que, até o dia 17 (dezessete) de maio do ano em curso, foram protocolados 33.561 (trinta e três mil quinhentos e sessenta e um) processos no Brasil, isto só perante o STF, sendo julgados de forma monocrática e colegiada 37.992 (trinta e sete mil novecentos e noventa e dois) processos, claro, de estatísticas e distribuições passadas.

O que mais causa preocupação é o efeito “bola de neve”, pois, estes números alarmantes de protocolos não são característica da atualidade; talvez, o momento seja de acentuada distribuição e busca ao Poder Judiciário, contudo, o excesso de novos processos é apontado pelo estudo do Supremo Tribunal Federal desde 1940, em que foram distribuídos 2.419 (dois mil quatrocentos e dezenove) novas demandas no país para 1.469 (mil quatrocentos e sessenta e nove) julgamentos.

Neste excesso é apontada apenas a instância máxima do país, ou seja, o STF; os fatores mais graves são: o número reduzido de competências deste Tribunal, a

lista excessiva de formalidades, e requisitos para serem preenchidos e demonstrados para que um processo chegue até o mesmo.

A morosidade processual é um dos principais motivos da crise, além dela, há também a falta de credibilidade e insatisfação da sociedade; estes problemas nada mais são do que o resultado de tantos outros fatores negativos que impactam no bom andamento e celeridade processual, tais como a falta de magistrados, equipamentos sucateados, ausência de serventuários, e, tantos fatores que serão apontados adiante, com base nos números do relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Observa-se que, mesmo a Justiça do Trabalho, ainda considerada célere, aponta um andamento processual cada vez mais lento, de acordo com as estatísticas publicadas anualmente no site do Tribunal Superior do Trabalho. Tomando-se por base os dados da 23ª Região, considerada de pequeno porte, um processo trabalhista, dentre sua distribuição, recurso para o TRT e devolução pelo Tribunal Superior do Trabalho, dura 661 (seiscentos e sessenta e um) dias em média, excluindo-se a fase de execução – estes são dados apurados no ano de 2014 (dois mil e quatorze).

Pode-se verificar, ainda, que os dados junto a Justiça Comum são ainda mais alarmantes; utilizando as estatísticas de um Tribunal considerado de pequeno porte, de acordo com os números disponíveis no site do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, o mesmo contava no ano de 2014 (dois mil e quatorze) com 942.334 (novecentos e quarenta e dois mil trezentos e trinta e quatro) processos ativos, para 225 (duzentos e vinte e cinco) juízes em atividade, com tempo médio de resolução, em primeira instância, de 02 (dois) a 03 (três) anos, de acordo com as particularidades de cada caso.

Outro fator, este de aspecto interessante, no que diz respeito à crise do Poder Judiciário, está relacionado aos chamados novos direitos e à dificuldade de se adaptar às novas demandas da sociedade. Não só esta aponta traços de confusão quando se discute os conceitos de direito e de justiça, pois alguns magistrados de práticas arcaicas, ou até mesmo engessadas, ao se deparar com os chamados novos direitos ficam às margens da real necessidade e resposta da sociedade, se limitando a uma prática estritamente

positivista, como se a justiça fosse obrigada a entregar o direito pela simples e pura aplicação do direito.

O grande problema é o fato de que não existem normas jurídicas para todas as situações, especialmente, aos novos direitos, visto que muitos sequer foram discutidos pelo Poder Legislativo, e, mesmo com a expressa autorização do Código Civil para o uso e aplicação da analogia, costume e princípios gerais do direito, alguns juízes não se libertam da aplicação excessiva da norma, como se esta fosse a única a justificar seu ato. Entre os novos direitos, encontram-se questões relacionadas à biotecnologia, comércio eletrônico, cyber trabalho, relações homoafetivas, e etc.

Tantos outros são os fatores que justificam a crise vivida pelo Poder Judiciário, a insatisfação e a falta de confiança da sociedade diante desta instituição, tais como o excesso de burocracias, número demasiado de recursos e formas de procrastinar o processo, alto custo financeiro para manutenção do mesmo e carência econômica da sociedade, desinformação, medo do processo, falta de conhecimento dos direitos e obrigações, entre outros. Assim, resta evidente que a morosidade, a lentidão processual é o principal fator que impulsiona o Poder Judiciário à sua crise, destacando-se a afronta ao direito fundamental da razoável duração do processo.

## **DIREITO DO TRABALHO COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL E SUA JUDICIALIZAÇÃO**

### **2.1 Análise da natureza jurídica do Direito Material do Trabalho, sua disponibilidade e indisponibilidade**

O labor existe desde os tempos antigos, historicamente o conceito de trabalho decorre de algo desagradável, envolvendo dor, castigo, ou tortura. Na Grécia e Roma Antiga, tarefa era para escravos, indignos – trabalho físico, extração da força, suor –, pois, o exercício divino, justo dos senhores era apenas o intelectual – filósofos, políticos.

Na atualidade, o trabalho é conceituado sob o prisma da força física e da intelectual, pressupõe uma ação com o objetivo de cumprimento de um resultado –



montar um veículo; vender um bem; escrever um livro; dar aulas; desenvolver um sistema e tantos outros. Toda esta atividade humana quando praticada em favor de terceiros – empregador; empresa – constitui o objeto de estudo do Direito do Trabalho, pois, a este não interessa a prática, esforço, ou ação para si próprio – sem a dependência de outrem.

Para nós, o conceito de Direito do Trabalho é um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana. Também é recheado de normas destinadas aos sindicatos e associações representativas; à atenuação e forma de solução dos conflitos individuais, coletivos e difusos, existentes entre capital e trabalho; à estabilização da economia social e à melhoria da condição social de todos os relacionados (CASSAR, 2011, p.5).

Há muito tempo o Direito do Trabalho deixou de ser um conjunto de normas aplicáveis em respeito e proteção do trabalho subordinado, especialmente pelo fato de não ser mais encarado apenas como guardião da Consolidação das Leis do Trabalho – momento da constitucionalização dos direitos trabalhistas. O trabalho, no momento presente, pode ser definido também pelas relações análogas, bem como pelo amparo das relações coletivas e sindicais. O Direito do Trabalho, em sua atualidade, estuda as relações trabalhistas de fora para dentro, e o impacto da evolução econômica, política e social nas relações laborais.

Dentro do estudo da evolução histórica do Direito do Trabalho no mundo, destaca-se desde a escravidão até as corporações de ofício o trabalho forçado, penoso, de caráter explorador, sendo o homem tido como um objeto não sujeito detentor de direitos. A principal fase histórica, período que fixou características que até os dias atuais são estudadas e aplicadas, é a Revolução Industrial – 1760/1820 e 1840. Neste período, inicia-se a substituição do ser humano pelas máquinas; o desespero do homem por uma colocação; a queda dos salários; a exploração do labor infantil; a desvalorização do emprego da mulher; a depreciação e os acidentes de trabalho – em razão das minas de carvão serem o combustível dessas indústrias. Mas, é neste período que se tem início as associações (chamadas, nos dias atuais, de sindicatos) com a

finalidade de buscar melhores condições de trabalho; as primeiras linhas do contrato laboral; o salário – valor combinado, fixo pela prestação de serviços –; e a limitação da jornada de trabalho – especialmente aos menores. Neste período, tinha-se a plena autonomia das partes, sem a mínima interferência do Estado.

É na evolução deste período, especialmente com a descoberta da energia elétrica, em 1880, que o Direito do Trabalho começa a criar corpo e estruturar-se de forma legal, a exemplo, tem-se em 1891 a Igreja buscando proteção e melhorias ao trabalhador por meio da publicação da Encíclica *Rerum Novarum*, que tentava trazer regras mínimas para a diminuição da exploração – salário mínimo; jornada de trabalho; e a necessária intervenção estatal.

Em 1917 e 1919, tem-se início o fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho, com as Constituições do México, em 1917, conhecidas por serem as primeiras a tratar e proteger o direito dos trabalhadores, e, a da Alemanha – Weimar, 1919 –, ano que marca a criação da Organização Internacional do Trabalho por meio do Tratado de Paz, em Versalhes, que colocava fim a Primeira Guerra Mundial. Iniciou-se, pois, mais um fenômeno no direito do trabalho, em sendo, a universalização ou unificação das leis trabalhistas.

Dois marcos internacionais com reflexo de ordem nacional foram, em 1927, a edição da *Carta Del Lavoro*, normas trabalhistas da Itália que influenciaram a composição e estruturação sindical do Brasil, e que, mais tarde, influenciaria a organização da Justiça do Trabalho. Este texto, editado sob a influência do corporativismo, gerou no país a fase de maior intervenção estatal nas relações trabalhistas. O outro marco foi, em 1948, a edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem que tentava em seu texto tratar, dentre outros direitos e garantias, o direito de forma universal ao trabalho digno, livre, com limites de jornada e remuneração, filiação sindical, e, tratamento igualitário no ambiente de trabalho, o que refletiria de modo direto, anos depois, na Constituição de 1988 em seu artigo 7º.

No Brasil, por sua vez, o principal marco da evolução histórica do direito do trabalho ocorreu em 1888, com a assinatura da Lei Áurea. Mesmo que tenha abolido a escravidão apenas teoricamente, esta é considerada um marco, pois, atravessada esta

fase, o homem passa a ser sujeito de direitos, senhor de suas vontades e livre para traçar seu caminho.

Em 1890, tem-se a primeira lei (ao menos conhecida) que, de algum modo tratou de garantias trabalhistas, em que o então Ministro da Agricultura concedeu em forma de aviso, férias remuneradas de 15 dias úteis aos trabalhadores da Estrada de Ferro Central do Brasil. Deste então, diversas foram às leis editadas na esfera trabalhista.

O Código Civil de 1916 também contribui para as disposições laborais, quando em seu texto tratou da locação de serviços, mas, evidentemente que, em 1930, quando Getúlio Vargas tornou-se presidente do país, é que se começou uma organização e sistematização do Direito e Processo do Trabalho. Em seu governo de 1934 teve-se a primeira Constituição do país a tratar do tema direito do trabalho; no ano de 1936 foi instituído o salário mínimo nacional; em 1937 ocorreram o golpe de Getúlio Vargas e a influência do corporativismo italiano; no ano de 1939 aconteceu a organização da Justiça do Trabalho; e, em 1943 foi publicada a Consolidação das Leis do Trabalho.

Com a deposição de Getúlio Vargas em 1946, a Constituição, deste mesmo ano, foi considerada democrática, manteve os direitos narrados na anterior e acrescentou outros como a participação dos empregados nos lucros da empresa, e, enfim, a Justiça do Trabalho passou a ser parte do Poder Judiciário, deixando de ser um órgão do Poder Executivo. Até chegar a atual Constituição, há uma extensa produção legislativa no que tange o Direito do Trabalho, a exemplos, em 1966, Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; Lei do Trabalho Doméstico, de 1972; dentre outras.

O período contemporâneo para o Direito do Trabalho tem seu início com a Constituição de 1988, implicando, dentre outros direitos, o redimensionamento entre Sindicatos e Estado – ruptura do paradigma corporativista –, abandono da concepção individualista; retomada do homem como o ser principal da proteção; olhar social; e, acima de qualquer discussão, a afirmação da dignidade da pessoa.

Certamente, o Direito do Trabalho clássico, nascido em outro contexto, quando se tratava de mecanismo de defesa do operário frente às fábricas – no primeiro momento da revolução industrial, como instrumento de combate da proletarianização do

labor, como único meio de defesa e busca de melhorias –, no momento presente, acompanha as novas formas de trabalho e subordinação, os novos direitos e garantias ao trabalhador, mas, quanto a sua essência, ainda é o mesmo do período industrial, é o direito que visa proteger a relação laboral especialmente no que diz respeito a parte mais fraca – empregado.

Outro fator a ser vencido é o referente às teorias que cercam o estudo da natureza jurídica do Direito do Trabalho, partindo do estudo do direito romano clássico, no qual, o direito ou era público ou era privado, sendo o primeiro dedicado à análise do estado das coisas, e o segundo, à utilidade do cidadão. Algumas teorias foram somadas a este estudo, como a do direito social, misto, e unitário, contudo, o que interessa, neste momento, é apenas a teoria aplicável ao Direito do Trabalho quanto a sua natureza jurídica.

Apesar do Direito do Trabalho possuir normas de direito público e privado, sofrer intervencionismo estatal, e deter normas de ordem pública – v.g., medicina e segurança do trabalho –, o estudo do direito tutelar do trabalho é ramo do direito privado, pois, forma-se por meio do instrumento particular – o contrato, que regulamenta interesses privados. Como exemplo desta natureza privada tem-se o artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, no qual, empregado e empregador estabelecem suas condições para a prestação de serviços.

As relações jurídicas entre trabalhador e Estado e empregador e Estado, por alguns constituindo um setor que denominam direito protecionista do trabalho, não transformam a natureza privada do direito do trabalho tendo em vista a natureza incidental dessas relações que são instrumentais, isto é, destinam-se a dar melhor disciplina à relação jurídica fundamental, que é entre empregado e empregador (NASCIMENTO, 2011, p.358).

Vencida a problemática da natureza jurídica, passa-se ao debate da divisão do estudo da matéria Direito do Trabalho, em sendo, direito material, tutelar, e coletivo, e, posteriormente, Direito Processual do Trabalho. O interessante neste ponto é o compreender o estudo material e os princípios que cercam a temática.

No direito material do trabalho encontram-se as garantias fundamentais aplicáveis ao labor subordinado de modo a garantir ao trabalhador, por meio do

princípio da dignidade da pessoa, um ambiente digno e condições dignas para suas atividades.

A Consolidação das Leis do Trabalho em diversos artigos aponta estas garantias ao empregado, como nos artigos 58 – duração do trabalho –, 129 – férias –, 457 – remuneração –, e outros, sendo basilar ao tema o artigo 7º da Constituição Federal que narra em seus trinta e quatro incisos os direitos sociais relacionados ao trabalho – trabalhador urbano e rural.

## CAPÍTULO II DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) (CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

O direito material do trabalho com sua carga protecionista integra o rol dos direitos fundamentais do homem, pois, assim como outros direitos tidos como essenciais, preocupa-se com a melhoria da condição de vida do hipossuficiente – trabalhador –, e as garantias mínimas que forçam a proteção estatal frente ao empregador, com a finalidade de obtenção da igualdade social.

É sabido que a terminologia “direitos fundamentais”, utilizada pela Constituição Federal, causa, em grandes proporções, dúvidas quanto ao seu conceito, em especial, a definição de qual termo utilizar dentre: direitos humanos; direitos do homem; direitos constitucionais; liberdades individuais; direitos da pessoa humana; entre outros.

Para o equilíbrio da terminologia, mantém-se o uso de direitos fundamentais, que assim podem ser definidos como direitos basilares para a existência digna de qualquer cidadão, independente de qualquer condição específica de vida. Também podem ser conceituados como o direito de proteção do cidadão frente às práticas do Estado, em que este elabora uma norma para o cidadão se defender deste próprio.

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p.41).

Ao iniciarem uma relação de trabalho, empregado e empregador trazem a este vínculo, os direitos fundamentais que cercam sua condição de indivíduo – aqueles narrados pelo artigo 7º da Constituição Federal – o que provoca efeitos diretos na pactuação, ou seja, contrato de trabalho, e no ambiente organizacional. O direito ao trabalho e as normas de proteção do trabalhador são direitos fundamentais sociais, em sendo, aqueles que buscam a melhoria de vida aos hipossuficientes.

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (MORAES, 2009, p.195).

O direito do trabalho em si, em sua forma específica, apresenta a questão fundamental social por meio do conjunto principiológico pertinente ao tema, ressalta-se a denominação fundamental social, porque não é a matéria direito do trabalho em si um direito fundamental, pois, por se tratar de um ramo privado do direito não vincula o indivíduo ao Estado. Trata-se de um direito fundamental da ordem social, porque, além de assim ser apresentado pela Constituição Federal de 1988, é direito de status positivos por permitir ao cidadão cobrar do Estado dada postura, situação e atuação no sentido de melhorar suas condições de vida.

A resposta estatal a esta cobrança com o fim de realização dos direitos sociais pode ser de dois modos, primeiro, por meio de prestações materiais – oferta de bens e serviços pelo Estado aos que não têm ou não podem ter –, v.g., atendimento médico-hospitalar gratuito via Sistema Único de Saúde. Segundo, por intermédio de prestações normativas, em sendo, com a edição de Leis que garantam interesses individuais – v.g., a Lei n. 12.382 de 2011 que instituiu o valor do salário mínimo daquele ano e a política de valorização do mesmo.

Entendido o labor como um direito fundamental social, passa-se a compreender a forma de afetação ao Direito do Trabalho, este, por meio de seus princípios. A matéria, em seu nascimento, tem como essência o combate às condições péssimas e exploratórias de trabalho em decorrência do período da Revolução Industrial, em especial, surge em razão da indiferença do Estado – Liberalismo da Revolução Francesa – diante destas ocorrências, e violação da questão social. Nasce, pois, para combater a exploração do homem pelo homem – empregador, senhor absoluto da relação laboral. Esta rejeição deixou clara a função do direito do trabalho de proteger o trabalhador, pelo fato deste não conseguir se defender por si mesmo, e, por causa da disparidade social e econômica havida entre empregado e empregador.

Evidente a disparidade social, jurídica, técnica e econômica havida entre as partes na relação de trabalho, passa-se à evolução da fase liberal para um período de intervenção Estatal, assumindo este um papel ativo frente às relações laborais, interferindo em prol do proletariado. O intervencionismo do Estado passa a ser claro por meio da edição de leis que garantiam a preservação de direitos básicos como o salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, não discriminação do trabalho do menor e da mulher, entre outros.

Desta interferência Estatal nasce a heteroproteção do trabalhador, em sendo, a convicção do Estado de promover a defesa deste, adotando uma postura atuante e interferente, como forma de manter o equilíbrio social e econômico por meio da dignificação pelo trabalho e proteção social ao mais fraco.

O Direito do Trabalho é conhecido não só pelo seu ordenamento jurídico protecionista – ao hipossuficiente –, pelas suas garantias materiais, por suas imposições e sanções ao que viola o direito material posto, mas também, pelo seu conjunto principiológico regido pela batuta do princípio da proteção.

As garantias materiais no texto Constitucional de 1988 estão narradas no artigo sétimo, dentre seus vários incisos – direito material individual do trabalhador –, na sequência do oitavo ao décimo primeiro, encontram-se as garantias materiais coletivas, a exemplo, o direito de greve.

Na Consolidação das Leis do Trabalho não há uma reunião específica de garantias como férias, jornada, salário, aviso, entre outras, pois, estas se encontram espalhadas pelo texto laboral.

Como toda matéria, o direito do trabalho conta com a utilização de princípios gerais, constitucionais, e com seu conjunto de princípios específicos.

Ao nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, que para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.

Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de *modelos jurídicos*, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de *isonomia* (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos etc (REALE, 2001, p.306 e 307).

Entendido o conceito de princípio, sob a linguagem primitiva de início, de onde brota, ou seja, do começo, bem como da terminologia jurídica ante o prisma das funções: integradora, que serve para superar as lacunas havidas na lei; informadora, a base para a inspiração desta; e a normativa, a de maior debate dentre doutrinadores e estudiosos, pois, indaga-se se os princípios seriam normas, e a resposta causa algumas vertentes, sendo a majoritária, inclusive, adotada pelo Professor Amauri Mascaro do Nascimento (2011, p.450). Segundo esta, para que um princípio seja aplicado a um caso concreto, este precisa de força normativa, assim, a utilização deste só prospera quando é feito em conjunto com uma norma – para todo princípio uma norma.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo



que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2014, p.90 e 91).

Compreendida as vertentes definidoras de princípio, passa-se à problemática envolta ao tema, no que diz respeito ao princípio da proteção e seus desdobramentos, até se chegar a irrenunciabilidade de direitos trabalhistas. O Direito do Trabalho funda-se na proteção do empregado, e tem como primazia proteger e buscar a dignidade da pessoa mediante o laboro e salário justos, parte, ou talvez, toda esta defesa é devida graças ao princípio da proteção, que se desdobra em, *in dubio pro operário*, norma mais favorável, e, condição mais benéfica.

As partes na relação de trabalho possuem evidente disparidade econômica, social, cultural, técnica, ou jurídica – na maioria das vezes econômica –, e esta desigualdade ou desequilíbrio precisa ser compensado no intuito de equiparar, equilibrar a relação laboral. O princípio da proteção não pode ser confundido com o da isonomia, que é dar tratamento igual aos iguais na medida de suas igualdades, e os desiguais de maneira desigual na medida de suas desigualdades. O princípio da proteção tenta dar equilíbrio, nivelar as partes desiguais.

O princípio da proteção trata-se de intervenção estatal, que impõe normas mínimas aos agentes sociais, limitando suas vontades e ações, regrido a autonomia da vontade que cerca o contrato de trabalho.

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influido na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade de interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente (DELGADO, 2011, p.192).

Na doutrina encontra-se a exemplo CASSAR (2011, p.181), quem fundamenta o princípio da proteção no texto constitucional, em sendo um princípio constitucional específico à matéria – direito do trabalho –, “Da proteção ao trabalhador e prevalência da condição mais favorável (art. 7º, *caput*)”.

Evidente que o princípio da proteção existe não para dar algo a mais ao empregado, mas sim, para oferecer equilíbrio à relação laboral; uma vez que o empregador é o detentor do mais elevado status econômico, o Direito do Trabalho proporciona, por intermédio da proteção, maior condição jurídica ao trabalhador, protegendo sua gama de direitos, restringindo ações do empregador que tenham a intenção de prejudicar a figura do empregado. Por exemplo: redução salarial; rebaixamento de função; transferências não fundadas nos requisitos da lei; abuso no elastecer da jornada de trabalho; exposição a agentes prejudiciais à saúde; abono de faltas justificadas; concessão de férias em seu período exato; entre tantos outros.

A doutrina trabalhista não chega a um consenso de quantos seriam os princípios específicos de Direito do Trabalho, se todos estes poderiam ser uma consequência do princípio da proteção, ou uma subdivisão deste, enfim, sabe-se apenas que este encaminha seu objetivo de proteger e tutelar para o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, para alguns autores, a exemplo MARTINS (2014, p.73), princípio da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas.

O princípio da indisponibilidade dos direitos laborais é resultado não só da proteção, mas também da imperatividade das normas trabalhistas, pois, o direito do trabalho tem o predomínio de regras obrigatórias, ou seja, imperativas, sendo pouquíssimas as situações de regência por preceitos dispositivos, em sendo, definição pela vontade das partes – exemplo artigo 472, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

As normas trabalhistas são imperativas e de ordem pública, assim, definido, v.g., o direito a aquisição/concessão de férias, estando no texto da Consolidação das Leis do Trabalho que apenas dez dias poderão ser vendidos pelo empregado ao empregador, não pode o trabalhador vender os trinta dias de férias ao seu empregador, por mais que este assim o deseje. O colaborador não pode livremente dispor de seus

direitos, por mais que seja esta sua vontade deverá observar os limites e moldes impostos pela Consolidação.

O empregado, mesmo sendo o detentor do direito e da proteção, por sua vontade, sem vícios ou coação, não pode dispor livremente de suas garantias, sendo proibido renunciar, *v.g.*, uma jornada diária de oito horas, para trabalhar todos os dias dez horas, mesmo desejando para uma maior produtividade, e, em consequência, melhor remuneração. Neste caso, os termos indisponibilidade e irrenunciabilidade são tidos como sinônimos, todavia, diferente será quando se passar a tratar adiante da transação e renúncia de direitos trabalhistas.

Direitos de indisponibilidade absoluta são, por exemplo, os direitos relativos à segurança e medicina do trabalho.

Direitos de indisponibilidade relativa são os que podem ser alterados desde que não causem prejuízo ao empregado (art. 468 da CLT) ou haja expressa autorização constitucional (reduzir salários – art. 7º, VI) ou legal (reduzir intervalo - §3º do art. 71 da CLT) (MARTINS, 2014, p.74).

Na indisponibilidade absoluta, tem-se uma proteção de nível público, necessária para a manutenção da ordem mínima da sociedade, *v.g.*, a anotação do registro de trabalho em Carteira de Trabalho e Previdência Social; e o pagamento do salário mínimo nacional, ou da categoria – redução deste somente via convenção coletiva, assim, há uma impossibilidade de negociação para menos por meio das partes. Na indisponibilidade relativa, por sua vez, existe essa possibilidade, e tratativas entre partes sem abalo da ordem pública, não ocorrendo evidente prejuízo ao empregado, *v.g.*, o pagamento de salário mais variável por meio de comissões, ou seja, todo o mês o trabalhador receberá um valor fixo, mais aquilo que produziu, podendo ser mais ou menos de acordo com a sua produtividade.

É indiscutível o caráter protetivo da norma trabalhista, pois, além, da proteção do empregado contra atos de fraqueza desse mesmo, também se trata de disposições indisponíveis, e, desta forma, não é dado ao trabalhador o direito de dispor de sua proteção. Destarte, protege a vulnerabilidade do empregado frente à ótica do

supostamente vantajoso, rápido e lucrativo, dispondo, assim, de suas garantias mínimas, adquiridas a base de muitas lutas e evolução social.

A problemática que se enfrenta diante da discussão – indisponibilidade das normas trabalhistas – é a confusão que se traça entre dispor de normas e direitos, e, transacionar de acordo com as possibilidades destes.

## **2.2 A medida Processual frente ao descumprimento do Direito Material – Transação dos Direitos Trabalhistas na Justiça do Trabalho**

No direito material estudam-se as garantias individuais ou coletivas dadas pelo Estado ao cidadão, especificamente no Direito do Trabalho, proteções como: salário mínimo, jornada laboral, férias, descanso semanal remunerado, entre outros.

A ideia que se faz é de que em toda relação laboral haverá o respeito recíproco às normas materiais, e as partes cumprirão com os preceitos havidos no texto celetista. Frente à iminência, ou pronto descumprimento, a estas garantias concebe-se a ideia do direito processual, em sendo o processo o instrumento preservador da obediência às garantias trabalhistas, ferramenta de pacificação e retorno à condição anterior – antes ao descumprimento da norma.

Tem-se como processo, no tocante ao aspecto jurídico-político, por isso ligado essencialmente às funções do Estado, o método pelo qual se opera a Jurisdição, com vistas à composição de situações incertas e conflituosas, sendo, portanto, instrumento de realização da justiça.

No sentido técnico-científico, ligado fundamentalmente à sua natureza jurídica, processo é a síntese (somatório) dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento), juntamente com as relações jurídicas entre os seus sujeitos (relação jurídica processual) (GAIO JÚNIOR, 2013, p.85 e 86).

O Processo do Trabalho servirá como garantidor do direito na iminência de o ser ou já estar violado, será o instrumento que via sentença estabelecerá o retorno da

condição anterior, incluindo penas pedagógicas para que dados atos sejam coibidos de nova prática.

O Direito Processual do Trabalho é, portanto, constituído de regras, princípios e normas próprias, é autônomo frente ao Direito do Trabalho e Direito Processual Civil, integra o rol das disciplinas de direito público – diverso do segundo –, e tem por escopo a pacificação dos conflitos havidos nas relações laborais, sejam individuais ou coletivas.

Diferente do Direito do Trabalho, no Processo o princípio da proteção encontra-se com menos força ou apelo; o protecionismo será mitigado ou relativizado ao trabalhador, pois, no processo independente de sua matéria, os princípios circundam os procedimentos, as práticas, a validade de atos dentro deste processo, e não as pessoas, como na proteção. No primeiro o protecionismo será mitigado, pois, impera o princípio da paridade das armas.

Mesmo sendo mitigado, é possível encontrar, ainda que de forma reduzida, exemplos do protecionismo no Processo do Trabalho, tais como o *jus postulandi* (artigo 791 da Consolidação); a distribuição oral da reclamatória; a possibilidade da inversão do ônus da prova, em alguns casos; entre outros.

Observou-se anteriormente que, quando se trata do estudo material do trabalho, discutem-se direitos, na sua quase totalidade, indisponíveis, e apontou-se a confusão havida entre disponibilidade e renúncia destes, tema também conflitante no Processo do Trabalho.

Estando diante de um caso hipotético de descumprimento da norma trabalhista, v.g., não concessão de férias dentro do prazo definido em lei, as possibilidades de resolução ou amparo pelo processo do trabalho circundam o princípio da conciliação.

O princípio da conciliação encontrava fundamento expreso nas Constituições brasileiras de 1946 (art. 123), de 1967 (art. 134), de 1969 (art. 142, com redação dada pela EC n. 01/1969) e na redação original do art. 114 da Carta de 1988. Todas essas normas previam a competência da Justiça do Trabalho para “conciliar” e julgar os dissídios individuais e coletivos.

Com o advento da EC n. 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da Cf, houve supressão do termo “conciliar e julgar”, cabendo agora à Justiça do Trabalho “processar e julgar”.

A omissão, contudo, não desnatura o princípio em estudo, pois ele continua existindo no plano infraconstitucional e não se mostra incompatível com o novo texto da Carta de outubro de 1988.

Embora o princípio da conciliação não seja exclusividade do processo laboral, parece-nos que é aqui que ele se mostra mais evidente, tendo, inclusive, um *iter procedimentalis* peculiar (LEITE, 2011, p.86).

No princípio da conciliação estudam-se as formas de resolução do litígio laboral havido entre empregado e empregador partindo da autotutela, ou, a popularmente conhecida, justiça com as próprias mãos, método abolido do ordenamento de acordo com o estudo da evolução histórica da jurisdição. Analisam-se, também, a autocomposição, sendo a forma mais desejada de resolução, aquela em que as partes, sem intervenção de terceiros, por si, se resolvem; e, finalmente, a heterocomposição, essa, a forma mais comum de resolução de litígios, sendo diferente da forma anterior por contar obrigatoriamente com a intervenção e solução por um terceiro, que tem por característica a imposição, pois este será detentor do poder de decisão sobre as partes em litígio.

Evidentemente que o ideal das resoluções cerca a ideia apresentada pela autocomposição, pois, seria um processo a menos sobrecarregando o Poder Judiciário – o enfrentamento da morosidade deste –, haveria agilidade na entrega do direito – cumprimento, pagamento –, e, acima de qualquer debate, por ser a autocomposição uma sentença com participação e atuação total das partes, constituída de modo direto por estas, não imposta de acordo com o livre convencimento do juízo da causa. O grande enfrentamento que se tem no que diz respeito à autocomposição é a possibilidade de dispor de direitos materiais trabalhistas, ou até mesmo, renunciar a estes, entre partes, sem a participação de um terceiro conduzindo tal negociação.

Afirma Leone Pereira (2013, p.80) “Enfim, o Processo do Trabalho tem uma função finalística, qual seja, a prestação jurisdicional pautada no efetivo cumprimento dos direitos indisponíveis dos trabalhadores.” Da análise do apontamento doutrinário, extrai-se a ideia de que somente o judiciário trabalhista seria o habilitado para resolver questões de ordem laboral de natureza indisponível, explicitando a

judicialização do direito do trabalho, engessando as possibilidades de resolução do litígio direto pelas partes interessadas.

Neste ponto, cumpre destacar o efeito da confusão causada pela interpretação da norma no que tange o princípio da indisponibilidade frente à disposição e renúncia de direitos materiais trabalhistas. Embora renúncia e transação sejam atos jurídicos de disposição de um direito ou bem, e se aproximem pela disponibilidade, são institutos distintos com efeitos absolutamente diversos.

Renúncia é ato unilateral da parte, através do qual ela se despoja de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiada pela renúncia.

Transação é ato bilateral (ou plurilateral) pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante concessões recíprocas (despojamento recíproco), envolvendo questões fáticas ou jurídicas duvidosas (*res dubia*) (DELGADO, 2011, p.209).

Assim, entende-se por renúncia o ato praticado por apenas uma das partes em que esta abdica de um direito certo e de titularidade incontroversa. Em sendo o empregado detentor de vínculo trabalhista inquestionável, possuidor das garantias materiais individuais básicas, e, direitos fundamentais sociais reconhecidos pelo texto Constitucional, ele estaria renunciando a sua garantia de recebimento de salário mensal (v.g.).

Por sua vez, a transação é um ato bilateral, com a efetiva participação de ambas as partes conflituosas, em que estas, diante de uma dúvida – seja quanto à titularidade, ou, quanto à extensão dos fatos debatidos –, chegam a uma resolução por intermédio de concessões que ambas farão. Com a transação tem-se a composição de um conflito havido entre as partes, no entanto, esta não poderá promover a renúncia de direitos tidos como irrenunciáveis, desta forma, não caberá o acordo se o direito não for de natureza patrimonial ou de interesse meramente privado.

É sabido que o Direito do Trabalho e suas garantias são parte do estudo do direito privado por regerem-se via um contrato pactuado entre particulares; sofrem

restrições quanto a sua transação em razão de não deterem natureza patrimonial, mas sim, caráter fundamental social de cunho e proteção alimentar.

Não possuindo a doutrina e prática um rol muito extenso de exemplos válidos de transação de direitos trabalhistas, consegue-se, dentro do reduzido número de possibilidades, citar-se a questão do PDV (Plano de Demissão Voluntária), muito usual na categoria dos bancários, e, recentemente em andamento, a dos trabalhadores que contem com mais de 30 (trinta) anos na empresa ECT/Correios, ou, idade igual ou maior a 50 (cinquenta) anos e mais 10 (dez) anos de trabalho nesta, ou então, seja um aposentado em atividade (FINDECT – Federação Interestadual dos Sindicatos dos Trabalhadores e Trabalhadoras dos Correios, notícia veiculada ao Site no dia 23 de Setembro de 2013).

No Plano, o que se tem é o desejo do empregado de se desvincular do ambiente empresarial em troca de uma indenização, a exemplo da questão dos Correios, trabalhadores com mais de 30 (trinta) anos, se tornariam “caros” para a empresa no que diz respeito à multa de 40% (quarenta por cento) referente aos depósitos realizados a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Aderindo o empregado ao Plano, o mesmo ficará impedido de sacar seu FGTS – por se tratar de um desvinculamento voluntário –, pagando assim a empresa, pela adesão, uma indenização pelo tempo de trabalho prestado, na maioria das vezes, muito inferior ao que pagaria a título de multa.

Outro exemplo de transação, individual, admissível em direito do trabalho seria a ocorrência da chamada compensação da jornada, em que, esporadicamente o empregado pratica horas extras, tão logo, realizando essas compensações. Por exemplo: em determinado dia trabalha duas horas a mais; na sequência, em outra data, chega uma hora mais tarde frente ao horário ajustado, e, em outra, sai uma hora antes da inicialmente combinada com o fim de compensar as horas extraordinárias laboradas.

Mesmo sendo evidente que se trata de um “acerte” entre as partes – de parcelas ou direitos passíveis desse ajuste e composição –, este aceitar da transação como método de resolução pacífica entre os envolvidos, sem interferência de terceiro, especialmente do Estado, não é pacífico perante a doutrina e jurisprudência, estas que,



apoiadas no princípio da indisponibilidade, aplicam a irrenunciabilidade e intransacionabilidade dos direitos materiais individuais do trabalho.

Tanto a renúncia quanto a transação são atos jurídicos que, a rigor, não produzem efeitos no âmbito trabalhista por força de indisponibilidade legal. É a lei que considera nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir, ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas. A proteção ora em exame, constante do art. 9º da CLT, extrapola os lindes da lei para transformar-se em postulado, aplicável em favor de qualquer empregado, e não apenas em favor dos urbanos. É inimaginável, portanto, que qualquer empregado, e não apenas em favor dos urbanos. É inimaginável, portanto, que qualquer empregado (urbano, rural ou doméstico) renuncie direitos trabalhistas, tal qual o direito ao recebimento do salário mínimo, à fruição de férias ou a percepção do décimo terceiro salário. O empregador eu ingenuamente acreditar nesse ato de disponibilidade sofrerá prejuízos, uma vez que o empregado, desprezando a declaração de renúncia, poderá pleitear, com sucesso, o direito eventualmente renunciado (MARTINEZ, 2011, p.87).

A matéria é altamente incontroversa. Há, na literatura trabalhista, quem afirme que não existe a oportunidade de transação de garantias individuais materiais trabalhista, e, aqueles que admitem sua possibilidade bastando o ato jurídico estar cercado de seus atos de validade – v.g., o agente capaz, a inexistência de coação, fraude, entre outros. Sendo reduzido o número de exemplos de aplicabilidade da transação em institutos de ordem trabalhista, há doutrinadores que tendem a diminuir ainda mais estas possibilidades.

Inexiste transação em relação às verbas que estão sendo pagas no termo de rescisão do contrato de trabalho por adesão a plano de desligamento ou de aposentadoria, pois inexiste *res dubia*. Da mesma forma, inexiste coisa julgada em relação ao referido termo, pois não foi homologado em juízo (MARTINS, 2014, p.74).

Conclui-se pela análise doutrinária que direitos individuais materiais trabalhistas, apesar de serem da ordem privada, são, em razão do princípio da proteção, indisponíveis, sendo possível os transacionar com limitação imposta pela Constituição Federal e Consolidação das Leis Trabalhistas, e, sendo impossível renunciá-los ante sua

natureza jurídica. Isto é possível, apenas, quando as partes estiverem em juízo, diante a presença de um juiz do trabalho, ou de direito provido na competência, autoridade esta que validará a renúncia inexistindo o forçar, a coação, para que o empregado renuncie as suas garantias laborais.

### **2.2.1 Renúncia de Direitos Materiais Trabalhistas**

A adoção de conceitos vagos, subjetivos, levou ao Direito do Trabalho uma errônea vinculação do princípio da indisponibilidade aos conceitos de irrenunciabilidade e indisponibilidade de garantias individuais. Por outro modo, o segundo, para alguns, tido como princípio, a exemplo de doutrinadores como Martins (2014, p. 73), Martinez (2011, p. 86), Delgado (2011, p. 211), é fruto da proteção subjetiva do trabalhador, e limitação à autonomia da vontade que cerca o contrato de trabalho – pacto livre entre as partes –, demonstrando que essa liberdade não será plena sob pena de ocorrência do vício de consentimento, conforme narra os artigos 9º; 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444 As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 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.

Quanto à renúncia, conceituada anteriormente, tem-se que é um negócio jurídico consistente no abdicar de forma unilateral de um direito, no caso do Direito do Trabalho, também constitucionalmente garantido, é prática que tem por objeto os direitos inderrogáveis advindos de disposições inderrogáveis.

Por se tratar de normas de ordem pública e sua imperatividade, o Direito do Trabalho e suas garantias, por terem atingido o patamar de direitos fundamentais sociais, passa a ser coberto pela indisponibilidade que tem por desdobramento a renúncia; esta atingirá dois momentos, um enquanto perdurar o vínculo empregatício, e outro após o término deste.

O Código Civil aponta os requisitos jurídico-formais para o ato de a renúncia ser válido e produzir seus devidos efeitos – agente capaz, direitos patrimoniais, direitos disponíveis, e outros –, contudo, ao direito do trabalho, independente de cumprimento de requisitos, o ato da renúncia em si é sumariamente repellido ante a imperatividade e indisponibilidade de direitos.

Encontram-se, na literatura trabalhista, apenas dois exemplos de renúncia de direitos laborais com a existência do vínculo empregatício, sendo o primeiro relacionado à antiga estabilidade narrada pelo texto celetista em decorrência da opção retroativa pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em contratos havidos antes da Constituição Federal de 1988 – quase impossível sua ocorrência, pois, fala-se em pacto com quase trinta anos de existência de vínculo, no qual, anterior a Constituição, tinha-se a estabilidade decenal, nos dias atuais, prejudicada pela multa indenizatória havida junto ao Fundo de Garantia. Outro exemplo, este mais real, trata da renúncia do empregado a sua estabilidade sindical, ou como cipeiro, quando solicitar ou livremente aceitar transferência para outra base territorial.

Assim, dizer impossível ou incabível é falho, pois, verifica-se, mesmo que remotamente, a possibilidade de renúncia de direitos com o contrato de trabalho ainda ativo e vínculo existente, mesmo sendo uma modalidade combatida ante a oportunidade de fraudes. Outra forma de abdicação seria aquela advinda após o término do contrato de trabalho, esta somente possível perante a figura do juízo trabalhista para validar o ato e repelir a ocorrência de danos ou coação a parte empregada a renunciar direitos expressamente garantidos. Assim, esta no Direito do Trabalho possui um tratamento diversificado frente a outros direitos patrimoniais de ordem privada, reputando inválida qualquer prática que fuja aos limites e exemplos apontados.

A incontestada que cerca o tema, bem como a falta de clareza da norma, leva a um debate acirrado quanto à renúncia de direitos e garantias trabalhistas. A exemplo dos artigos 9º; 444 e 468 da Consolidação, tem-se a proibição da abdicação de forma expressa e clara, sendo defeso pela lei trabalhista, contudo, nem todo artigo da Consolidação é preciso e possui texto exposto referente a renúncia, caindo, assim, na forma implícita, ou seja, quando a norma narra o limite máximo da jornada de trabalho em quarenta e quatro horas semanais, implicitamente sabe-se que esta não poderá ser pactuada além deste limite, independente de não estar assim definido – resta proibida a contratação de empregados para jornadas superiores a neste texto descrita. A renúncia aqui tratada não pode ser confundida com o instituto da inação, no qual se terá a abdicação de direitos – uma forma de renúncia, mas sob o manto da ocorrência da prescrição ou decadência de direitos trabalhistas.

Por fim, traçada a diferença entre os institutos da transação e da renúncia, resta evidente que ambas não são admitidas ante o princípio da proteção e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, contudo, encontra-se disposto, no universo jurídico, as possibilidades de ocorrência de ambas, de forma válida e restrita ao texto legal. Assim, não são aceitas, porém, há dentre a norma jurídica as oportunidades de exercício desses institutos.

### **2.2.2 Conciliação na Justiça do Trabalho**

Sem margem a dúvidas, uma das bandeiras da Justiça do Trabalho é a conciliatória; por se tratar de crédito com natureza alimentar a celeridade e simplicidade que cercam o trâmite da conciliação, seria a primeira justificativa da adoção da conciliação, a segunda estaria explícita na ideia de sentença de conciliação –produzida pelas e para as partes, é a melhor forma de resolução, pois, foi alcançada por intermédio dos próprios envolvidos e interessados. Diferente da sentença jurisdicional, prolatada pelo juízo com base na produção de provas havidas no processo e seu livre convencimento, trata-se de um remédio imposto às partes que deverão cumprir, sob pena da restrição de bens.

Mas, engana-se aquele que encontra na conciliação a resolução para as mazelas do Poder Judiciário, como a morosidade e demora na solução final de lides, bem como o pronto cumprimento de uma obrigação. A conciliação é um caminho não o puro remédio, desta forma, precisa ser proposta de acordo com a disposição legal, e não forçada a todo custo.

A conciliação, em seu estudo, acaba sendo definida apenas em sua forma judicial, e é inequívoca sua importância inclusive sob pena de nulidade absoluta dos atos praticados posteriormente – após os momentos definidos pela Consolidação como obrigatório ao juízo quanto à propositura e tentativa conciliatória. Cumpre informar a existência e possibilidade, também, da conciliação extrajudicial – esta, melhor explanada no capítulo destinado ao estudo das Comissões de Conciliação Prévia.

Conciliação, finalmente, é ato judicial, através do qual as partes litigantes, sob interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial. A conciliação, embora próxima às figuras anteriores, delas se distingue em três níveis: no plano subjetivo, em virtude da interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, a autoridade judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente; no plano de seu conteúdo, em virtude da conciliação poder abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada (DELGADO, 2011, p.209).

Na exposição do conceito doutrinário trabalhista, observa-se apenas a conciliação judicial, não sendo abordada a possibilidade da extrajudicial. Conceituação diversa é apontada em dicionário jurídico.

Harmonização de interesses em conflito, mediante a participação de um *conciliador*, que pode ser o juiz ou o próprio advogado, bem como, nos juizados especiais cíveis, os conciliadores (L.9.099, de 26.9.1995, arts. 7º e 21 a 26). O CPC elenca vários dispositivos pertinentes à conciliação dos litigantes (arts. 277, 331 e 584, III) e o próprio Código de Ética e Disciplina do Advogado considera dever profissional estimular a conciliação entre litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios (art. 2º, parágrafo único, VI) (ACQUAVIVA, 2000, p.355).

A conciliação judicial na esfera trabalhista, além de ser muito importante, esta é endoprocessual que ocorre por força de lei, sob pena de tornar nulos os atos praticados posteriormente ao momento disposto – em sendo na abertura da audiência inaugural, e, após a apresentação das razões finais – tudo de acordo com os artigos 764; 831; 850; e, 852-E da consolidação das Leis do Trabalho.

Por meio dos artigos citados a Consolidação não apenas impõe a obrigatoriedade e momento de propositura da conciliação em feitos trabalhistas, mas também, consagra o papel do magistrado de pacificador social não mais, somente, mero aplicador do direito.

Outro ponto importante a se tratar é a questão disposta no artigo 831, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho, no qual, para manutenção da ordem – afinal, as partes livremente acordaram –, e, celeridade no pagamento ou execução de valores, o termo de acordado lavrado pelo juízo não será passível de recurso por estas, apenas ataque via ação rescisória.

É indiscutível o papel ativo do magistrado trabalhista na realização do acordo judicial, logo, a ocorrência deste não tira o prestígio do magistrado pelo fato de não ter sido este o aplicador do direito, prolatando sua decisão e impondo sua verdade – livre convencimento – às partes. Na condução de um acordo, o juízo vai além de sua função jurisdicional, pois cumpre com seu papel de pacificador social; pondera sob condições, fatos, e não violação do direito fundamental; observa a inexistência de má-fé ou conluio; mantém a ordem pública, e, ao final, verifica por intermédio da homologação a eficaz e de boa-fé resolução via acordo entre as partes.

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida” – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado (CAPPELLETTI; GARTH, reimpressão 2002, p.31).

Um ponto alvo de críticas na conciliação judicial trabalhista é que esta, diversamente do disposto no artigo 158 do Código de Processo Civil – “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais” –, não atinge o objetivo por si só, depende de homologação do juízo competente em processo trabalhista para produção dos efeitos desejados.

Assim, inexiste a possibilidade das partes chegarem a um acordo – sem a existência de uma reclamação trabalhista já distribuída –, redigirem o mesmo e somente apresentarem ao juízo para fins de homologação. A convenção acontecerá em via de conciliação, em audiência inaugural, ou, após esta, apresentada a petição, será designada data para a homologação do referido acordo.

Sem controvérsias, a conciliação é a melhor forma de resolução dos litígios, a pacificação das partes, e, consequente, da sociedade, é a entrega do direito por iniciativa dos interessados, é a extinção do processo, mas também, da controvérsia decorrente da relação de trabalho. Contudo, apesar de ser o caminho mais objetivo e adequado, rápido para reparação da afronta ao direito material havido, cabe ao juízo cuidar de alguns limites para que não ocorra o extrapolar do ato conciliatório.

O juiz do trabalho deverá negar a homologação de acordo advindo de conciliação, mesmo que por livre vontade das partes, quando ocorrer o infringir as normas de proteção, ou, o prejuízo evidente do empregado; gerar ônus excessivos a figura do empregador, resultando, futuramente, no não cumprimento do ato conciliatório; definir pagamentos sucessivos em número de parcelas a perder no tempo; e, quando utilizar a conciliação com o intuito de fraudar as disposições trabalhistas e previdenciárias – de acordo com o exposto nos artigos 125, inciso III e 129, ambos do Código de Processo Civil.

Um mistério que cerca o ato da conciliação seria a realização do acordo, um direito líquido e certo das partes, sem a interferência do juízo, ou, é dado ao juízo poder de interferência e inclusive poder de negativa ao acordo proposto, assim questiona-se. Resolve-se tal mistério com a exposição da Súmula 418 do Tribunal Superior do Trabalho.

SUM.N.418 – MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À CONCESSÃO DE LIMINAR OU HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO (CONVERSÃO DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NS. 120 E 141 DA SBDI-2) – RES. N. 137/2005, DJ 22, 23 E 24.8.2005

A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança. (ex-OJ n. 114 da SBDI-2 – DJ 11.8.2003)

Neste ponto a jurisdição do Estado exercida pelo juízo não será mera limitadora ou barreira de acesso a um judiciário rápido e flexível, mas sim, garantidora de uma justa composição, da manutenção da ordem pelos preceitos da Justiça, mas, especialmente, da disposição de um justo e possível acordo – efetividade na resolução. Desta forma, sempre que a conciliação e possível composição possuírem a intenção de desvio de sua finalidade deverá o juízo, de pronto, interferir, inclusive negando a realização desta, observando em seu aspecto intrínseco o real escopo da conciliação e acordo judicial trabalhista.

### **2.2.3 Flexibilização das Leis Trabalhistas e a Judicialização dos Conflitos Laborais**

A existência do labor não significa a implementação e estruturação do Direito do Trabalho; as normas e futuramente princípios, organismos, institutos e instituições próprias à matéria, nascem muitos anos após a concepção do conceito de trabalho. Tem-se na evolução histórica que a bíblia é o primeiro livro a definir o labor, neste, sob a concepção de um castigo imposto (Bíblia Sagrada, livro de Gênesis 3:17-19).

No estudo histórico da matéria, muitas são as fases em que se debate o trabalho e a ausência do direito, como a escravidão – sendo este o primeiro período do estudo –, e a servidão, bem como as corporações de ofício – Idade Média, a partir do século XII –, contudo, apenas a última é interessante à prática, pois, é neste período que se observa a primeira lei com traços trabalhista, de Direito do Trabalho.

Ante a forma hierarquicamente abusiva de composição das corporações, e, a exploração de menores quando não crianças como aprendizes – jornadas do nascer ao



por do sol, e a possibilidade de castigos corporais quando causado prejuízo – os ideias da Revolução Francesa (1789) suprimiram as corporações de ofício. O Direito do Trabalho inicia, pois, suas primeiras linhas no chamado período da liberdade contratual, pós Revolução Francesa (1799), em que empregado e empregador ajustavam seus “contratos” de forma absolutamente livre, de acordo com suas necessidades. Assim, nasce na expectativa de que o indivíduo hipossuficiente não fosse absorvido pela economia industrial e pelo próprio homem. Neste período, destacam-se o chamado Decreto D’Allarde e a Lei Le Chapelier (1791), que tratavam da liberdade do indivíduo quanto a sua associação e vinculação profissional (MARTINS, 2014, p. 5).

Se existe uma fase que marca, de fato, o nascimento e estruturação do Direito do Trabalho, esta, sem dúvida, está no século XVII, especialmente com a Revolução Industrial. Surge a matéria, neste período, como meio de defesa as condições apresentadas nos ambientes industriais de trabalho – precariedade, jornadas exaustivas, ambientes insalubres, acidentes, exploração do labor da mulher e infantil, dentre outras situações vividas durante o período da Revolução Industrial. Iniciam-se, especialmente, ante a formação do chamado proletariado e diante a indiferença do Estado, as ocorrências como acidentes, e crianças trabalhando de doze a dezesseis horas por dia. Destaca-se que, nesta fase, as relações eram marcadas pelo liberalismo, e o Estado era alheio às relações econômicas, o que favorecia a exploração da mão-de-obra.

Diante destas ocorrências, sendo o Estado alheio, a Igreja assume importante papel por meio de suas Encíclicas (em particular a *Rerum Novarum*, de 1891) que tentavam recomendar algumas regras para o ambiente laboral; nascem, assim, as primeiras ideias da função protetiva do trabalhador perante a sociedade, a proteção do empregado mediante sua inferioridade econômica, social, cultural, educacional, e técnica frente ao seu empregador.

Ante esta plena liberdade, e, a vasta exploração, resta evidente a necessidade de o Estado abandonar esta posição passiva, e tomar para si a proteção do trabalhador, trazendo às partes, ao menos, um mínimo de regras para imposição das relações laborais. De uma fase liberal, passa-se a um período da heteroproteção do trabalhador, em que se tem o Estado ocupando o papel e posição de intervencionista, promovendo a

defesa do trabalhador e dando a este a proteção jurídica frente ao poder econômico do empregador, limitando, assim, as relações laborais, e, conseqüentemente as pessoais.

A Lei de Peel, de 1802, na Inglaterra, pretendeu dar amparo aos trabalhadores, disciplinando o trabalho dos aprendizes paroquianos nos moinhos e que eram entregues aos donos das fábricas. A jornada de trabalho foi limitada em 12 horas, excluindo-se os intervalos para refeição. O trabalho não poderia se iniciar antes das 6 horas e terminar após às 21 horas. Deveriam ser observadas normas relativas à educação e higiene. Em 1819, foi aprovada lei tornando ilegal o emprego de menores de 9 anos. O horário de trabalho dos menores de 16 anos era de 12 horas diárias, nas prensas de algodão (MARTINS, 2014, p. 7).

A divisão atual da matéria é fruto desta fase inicial – intervencionista do Estado –, em que se tem o direito tutelar do trabalho como marco da fase do despertar deste para as relações laborais, e, o direito individual, primado pelo contrato de trabalho, no qual se remodela a fase liberal e entrega às partes empregatícias a nova autonomia e liberdade contratual.

Vencida estas fases, cumpre o destaque ao fenômeno chamado de constitucionalismo social (MARTINS, 2014, p. 9), em sendo, o absorver do Direito do Trabalho por textos constitucionais com a justificativa da reestruturação social ante o devastar de pessoas e relações pós Primeira Guerra Mundial.

As Constituições pioneiras foram a do México (1917) e a da Alemanha (Weimar, em 1919), no Brasil, a primeira Constituição Federal a tratar especificamente do tema – Direito do Trabalho – foi a de 1934. Ainda sob o enfoque social, de reconstrução de pessoas e relações, em 1919, surgiu a Organização Internacional do Trabalho, na expectativa de unificar as principais normas trabalhistas dentre seus países signatários.

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciam a emergência do Direito do Trabalho (DELGADO, 2011, p. 87).

Com o final do século XX, marcou-se uma nova necessidade de adaptação do direito do trabalho, enfrentada em razão do agravamento do desemprego ocasionado pela crise econômica (do petróleo 1973/74), e, pela evolução da tecnologia e consequente substituição dos homens pelo sistema. A nova adaptação é a chamada flexibilização das normas trabalhistas; esta fase parte da ideia de que, quanto mais rígido o sistema, menor será o número de empresas contratando.

A globalização trouxe consigo fatores positivos às relações humanas, contudo, negativos às conexões empregatícias, pois, tem-se um grande investimento em novas tecnologias, e a robotização de linhas de produção inteiras – baixa mão-de-obra humana e alta celeridade na produção, em consequência, queda das contratações.

Inquestionável é o impacto da globalização nas relações de trabalho, que fez surgir, assim, a necessidade de flexibilização das normas trabalhistas, ampliando as possibilidades de pronta resolução de um conflito direto por empregado e empregador. A imprescindibilidade da flexibilização tem como escopo a manutenção dos postos de trabalho, pois, quanto mais se burocratiza ou engessa a relação laboral, menores serão os números de novos empregos gerados pelas empresas.

A flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho (MARTINS, 2002, p. 25).

Flexibilizar as normas de Direito do Trabalho não significa romper com todas as barreiras protecionistas impostas à figura do labor, mas sim, adequar a matéria – Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei N. 5452 de 1º de maio de 1943) – às atuais necessidades ocorridas nos ambientes de laborais.

Foi ainda sob o comando do Presidente Fernando Henrique Cardoso, no final de 2001, que o Brasil teve sua primeira tentativa, de fato, de flexibilização da Consolidação das Leis do Trabalho, por intermédio do Projeto de Lei n. 5.483/2001. Este faria a alteração das disposições celetistas, em especial, do artigo 618, em que se passaria a ter a prevalência do negociado sob o legislado, contudo, com a eleição do

Presidente Luis Inácio Lula da Silva, houve o arquivamento deste projeto. Sob este Governo, a flexibilização das normas, de forma latente, aconteceu mediante a Medida Provisória n.130 de 17.09.2003 que, além de tornar mais real o princípio da proteção, abalou o chamado princípio da impenhorabilidade salarial (concebido para proteger a remuneração de ataques do próprio empregador e de terceiros), pois, por meio desta medida houve a autorização do desconto direto em folha, para pagamentos de dívidas contraídas em financiamentos pelo empregado, junto a instituições financeiras.

Muitas foram as tentativas de flexibilização, inclusive em tempos passados, contudo, sem efeitos práticos, nada pensando no pequeno empresário, microempresas, situações que mais se aproximam da realidade laboral.

No Brasil, as leis foram flexibilizadas, inicialmente, em 1966, com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que facilitou a dispensa dos empregados optantes para os quais foi extinta a indenização de dispensa, substituída pelos depósitos mensais que o empregador faz na conta do empregado no fundo e pela estabilidade no emprego que antes adquiriam ao completar dez anos no mesmo emprego; em 1974, a autorização legal para o trabalho temporário; em 1988, a Constituição permitiu a redução salarial por acordo ou convenção coletiva, a participação nos lucros ou resultados da empresa desvinculada dos salários e a lei criou o contrato por prazo determinado para admissão de pessoal acima do quadro fixo da empresa; em 1989, foram eliminadas proibições para o trabalho da mulher em horário noturno, extraordinário, em ambiente com insalubridade ou periculosidade, em subterrâneos, mina, subsolos e obras de construção civil; em 1994 os reajustes salariais anuais coletivos, que eram indexados, foram transferidos para a livre negociação coletiva; no mesmo ano, a lei passou a dispor que não configura vínculo de emprego o trabalho de cooperados entre estes e a empresa utilizadora dos seus serviços; em 1998, foi autorizado trabalho voluntário sem vínculo de emprego; em 1999, a lei permitiu o trabalho em tempo parcial; em 2001, a lei autorizou a compensação anual das horas, desaparecendo a obrigação de pagar horas extras quando concedida folga substitutiva do excesso de horário; no mesmo ano, foram retirados os encargos sociais de diversas utilidades, como educação, transporte, assistência médica, hospitalar, odontológica, seguro-saúde, seguro de vida, seguro de acidentes pessoais e previdência provada, e foi permitida a suspensão temporária coletiva do contrato de trabalho, de 2 a 5 meses, diante de causas econômicas, de reorganização ou crise da empresa com manutenção dos direitos previdenciários, bolsa de requalificação e vantagens voluntariamente ajustadas pelo empregador por acordo ou convenção coletiva; em 2005, com diretrizes novas da Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101) (NASCIMENTO, 2001, p. 70).

A não flexibilização das normas trabalhistas tem amparo no artigo 7º da Constituição Federal, em seu caput, quando este prega o princípio da proteção do

trabalhador, este preceito seria o limitador da atuação das partes, em especial, empregador, para que na flexibilização não ocorressem abusos ou exageros, em particular, a temida renúncia de direitos basilares, fundamentais, do trabalhador. Por outro lado, o próprio artigo 7º da Constituição Federal, em seu inciso XXVI, trata da possibilidade da flexibilização quando o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” dá preferência ao negociado sob o legislado.

Como exemplo cita-se a seguinte situação hipotética: o trabalhador labora nos períodos matutino e vespertino, não tendo a empresa expediente noturno; ao ser aprovado no exame vestibular solicita à empresa que sua jornada seja reduzida, consequentemente, seu salário, assim, passaria a trabalhar apenas meio período, o outro dedicado às suas aulas. Sendo um bom empregado, é interessante para a empresa que este passe a ter formação técnica específica, desta forma, poderia livremente as partes negociarem esta redução, contudo, a legislação trabalhista não possibilita esta diminuição de jornada ou salário, salvo por acordo ou convenção coletiva, tolhendo assim o direito de estudar e trabalhar deste colaborador.

Quando se trata de uma crise econômica, ou no setor, todavia, é permitido as categorias negociarem a redução da jornada de trabalho e salários, via convenção coletiva, conforme previsão Constitucional, porém, nem sempre a negociação será possível, pois, quando a crise for enfrentada por um v.g. pequeno empresário não haverá a oportunidade de uma convenção coletiva para tratar de forma válida essas reduções, não sobrando outra alternativa que não a demissão do trabalhador.

Sendo as partes maiores, capazes, e de livre iniciativa do empregado e sendo possível a alternativa para a empresa (CLT, artigo 468), deveria a matéria primar pelo posto de trabalho, pelo cumprimento da função social da empresa e do labor, havendo a possibilidade desta negociação, e, para garantia da boa-fé da tratativa este ato ser acompanhado por uma autoridade do Ministério do Trabalho e Emprego, ou, do Ministério Público do Trabalho, ou então, uma figura sindical, que ao final reduziria a termo a alteração do contrato laboral, e, homologando daria fé e legalidade ao ato da negociação individual de redução da jornada, e, consequentemente, salário para fins de curso do ensino superior pelo empregado solicitante.

Infelizmente, na atualidade, a rigidez do Direito Individual do Trabalho e seu estado fundamental social não permitem às partes esta solução, sendo a única saída, permitida de forma válida, a demissão deste trabalhador frente à sua necessidade e as possibilidades legais dispostas pelas normas trabalhistas a empresa.

É indiscutível a flexibilização e as possibilidades de negociação havidas no Direito Coletivo do Trabalho, amparadas pelos instrumentos normativos acordo e convenção, sendo, inclusive, a greve uma oportunidade de negociação, contudo, o foco e debate encontram-se na esfera do direito individual, por ser este indisponível – intransacionável e irrenunciável.

Quanto ao direito do trabalhador, a flexibilização recai principalmente sobre compensação de horários de trabalho em parâmetros maiores que o semanal, passando até a anual, supressão, supressão de horas extraordinárias e sua não integração nos cálculos dos demais pagamentos, redução de salários, remuneração variável, desindexação dos salários, promoção da mulher para ter acesso ao processo produtivo em igualdade com o homem, suspensão do trabalho – *lay-off* (Portugal, Dec.-lei n.64/89) e reclassificação do modelo legal de dispensas, justificando-se as decorrentes de motivos econômicos, tecnológicos ou de organização da empresa e outros.

Quanto às funções do direito do trabalho, discute-se o redirecionamento da proteção ao trabalhador para determinados bens jurídicos fundamentais que não devem ser passíveis de flexibilização, como a tutela da vida, saúde, integridade física e personalidade do trabalhador e alguns direitos econômicos básicos.

O direito do trabalho teria duas partes, os direitos e garantias fundamentais de bens indisponíveis e constitucionalmente protegidos no interesse da ordem pública social, e uma parte contratual, emergente das negociações coletivas e dos contratos individuais de trabalho (NASCIMENTO, 2001, p.272).

A flexibilização das normas trabalhistas e a possibilidade de negociação de interesses entre as partes é uma realidade, necessidade havidas nas relações laborais, primeiro, para a manutenção e aumento das vagas de trabalho, segundo, para sobrevivência econômica das empresas. Sem dúvida, a globalização agilizou procedimentos e aproximou as pessoas, porém, extinguiu e ainda extingui inúmeros postos de trabalho e empregadores que não se adaptaram a esta nova realidade.

Na esfera individual do trabalho, a legislação nacional deu pequenos passos no sentido da flexibilização: a Constituição Federal desvinculou do salário a

participação nos lucros da empresa, já infraconstitucional; a Consolidação retirou o caráter salarial de diversas utilidades concedidas pelo empregador, v.g., gastos com a educação do trabalhador; e, autorizou a anualização das horas extras trabalhadas para efeitos de compensação evitando pagamento de labor extraordinário. Cuidado requer esta flexibilização, pois, pequenas e esporádicas compensações podem ser resolvidas de modo direto pelas partes empregado e empregador, contudo, o acúmulo de horas, e sua reparação em período não superior a um ano, ocorrem apenas mediante o chamado “banco de horas”, situação permitida pelas normativas sindicais e que deverá ser instrumentalizada pelas empresas de forma individual com cada trabalhador mediante a participação do sindicato (isto quando já previsto em norma coletiva).

Evidentemente que uma das concepções que ataca e nega a possibilidade de flexibilizar o Direito do Trabalho, mesmo ante as necessidades atuais de manutenção do posto laboral e sobrevivência econômica das empresas, é o entendimento do Direito do Trabalho como fundamental social, direito que busca a proteção do empregado, e sua dignidade pela prestação de serviços. A possibilidade de flexibilizar não significa romper totalmente com a função tutelar protetiva do empregado, ou ultrapassar as normas basilares ditadas pelo texto constitucional, a intenção não é contratar trabalhador com jornada de oito horas diárias com remuneração inferior ao mínimo nacional, mas sim, gerar possibilidades de se negociar o que a própria norma permite, ou, simplesmente, não proibir de forma expressa o objetivo maior da flexibilização que é o uso adequado da disposição trabalhista sob a perspectiva da realidade empresarial e econômica, primando pela manutenção do posto de trabalho como incentivo a geração de novos empregos.

Por outro lado, flexibilizar os tipos de *contrato individual de trabalho* é decorrência da transformação do cenário do trabalho na sociedade contemporânea. Nela ampliam-se as formas de contratação, além do padrão tradicional do contrato por tempo por tempo indeterminado e horário integral. Surgiram o contrato a tempo parcial, o contrato de reciclagem profissional, a ampliação dos contratos a prazo, o trabalho temporário, o *jog sharing*, a terceirização, o teletrabalho ou trabalho a distância, uma tipologia moderna mais adequada à realidade atual.

A flexibilização interna do contrato individual de trabalho significa a mobilidade funcional e a simplificação das formalidades contratuais. Sustenta que, quanto mais simplificada for a contratação, mais fácil será a

descontratação, o que é considerado uma necessidade. As dificuldades para a dispensa de empregados é uma das principais causas da falta de iniciativa das empresas para abrir novas vagas de trabalho (NASCIMENTO, 2011, p.276).

Outro ponto relevante ao estudo da flexibilização é possibilidade de resolução dos conflitos havidos de modo direto pelas partes interessadas, sem a necessidade da intervenção judiciária para pacificação e validação dos ajustes. No estudo do princípio da proteção, seus desdobramentos foram percebidos mediante a indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos individuais trabalhistas, sendo a primeira absoluta aquela na qual se verificam normas de ordem pública de proteção integral do trabalho, como sua vida e saúde. Por sua vez, a segunda relativa, observam-se normas com intervenção estatal mínima, sobrando possibilidade às partes de disporem ou negociarem, v.g., do estudo ao direito a férias, sendo proibido ao empregado renunciar (transacionar além do permitido pela CLT) direitos trabalhistas, salvo, na presença do juízo trabalhista.

Outro fator que se verificou é a ocorrência obrigatória de uma reclamação trabalhista para futura homologação de acordo, haja vista que este extrajudicial na esfera laboral não encontra respaldo legal, sendo necessária para sua validação a distribuição de reclamatória, e, a ocorrência de um ajuste no caminhar processual, destacando a inexistência de homologação direta em petição de acordo, como ocorre em feitos cíveis.

Tratar a flexibilização sem o debate da judicialização dos direitos trabalhistas seria uma discussão sem conclusão resolutive, pois, de nada adiantaria o flexibilizar dos direitos individuais laborais, sem o desvincular da jurisdição do Poder Judiciário Trabalhista.

(...) podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).



Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que temos órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p.131).

O Estado, no exercício de sua soberania, dividiu seus poderes em três, sendo: Poder Executivo, Poder Legislativo, e Poder Judiciário; ao último foi delegado o poder de resolução dos litígios e pacificação das partes, consequentemente, da sociedade – jurisdição. Em sua obra, GAIO JÚNIOR (2013, p.34) aponta referente à função da jurisdição: “A função de compor litígios, de declarar e realizar o Direito, dá-se o nome de Jurisdição”.

Claro que nenhum dos poderes consegue desempenhar seu papel e cumprir suas funções de forma exclusiva, sem ultrapassar sua competência, e, por vezes, invadir a de outro. O Poder Judiciário, v.g., quando os Tribunais editam seus regimentos exercem função administrativa e ao mesmo tempo legislativa, quando estabelece seus procedimentos recursais.

O exercício da jurisdição foi confiado aos magistrados nacionais, os quais, por intermédio de suas sentenças, entregam ou efetivam o direito, proporcionando às partes a felicidade ou infelicidade por meio de sua decisão, pacificando assim a sociedade na qual estas pessoas encontram-se insertas. Deste modo, sem dúvida, a função social da jurisdição é a pacificação por intermédio do direito, entrega de uma resposta à sociedade de quem está certo e consequente quem está errado.

A crítica inicial que se traça é relacionada à limitação conceitual que se tem de jurisdição, pois, se esta é o poder de solução, não seria somente o Estado o detentor deste. Tem-se, atualmente, os métodos propícios de resolução, a exemplo a mediação, podendo ser praticada pela figura de um padre; além das vias administrativas, como Ministério do Trabalho e Emprego, Previdência Social, Sindicatos e outros.

Aponta-se, também, o exercício da jurisdição, talvez de forma delegada, ou, até mesmo nata, por outros poderes, a exemplificar, poderia uma Prefeitura, ao responder um ofício, requerimento, ou, processo administrativo, estar exercitando a jurisdição.

Quando se estuda a jurisdição, por obrigação, também aprende-se a competência, esta se trata de uma parte da jurisdição, em sendo, a primeira, o poder máximo e pleno de resolução e pacificação; contudo, para a manutenção da ordem e divisão de atribuições entra em cena a segunda, para dizer qual juiz analisará o que – matérias, pessoas, onde distribuir a ação, futuro processo, etc.

Nos dias presentes, apesar da retomada do Estado moderno, e do conceito unitário da jurisdição, a sociedade depara-se com diversas possibilidades de resolução do conflito, muitas até mais céleres que o próprio Judiciário. A crítica que se tece neste ponto é a insistência da processualística em entregar o Poder Jurisdicional somente ao Poder Judiciário, Juiz/Estado, quando o próprio texto Constitucional oferece ao cidadão os métodos extrajudiciais, reconhecendo a conciliação, as demandas administrativas e o papel dos poderes em sua resolução.

Ainda quanto às possibilidades, há a Lei de Arbitragem, atuação do Procurador do Trabalho em mesas de mediação, Comissão de Conciliação Prévia (CLT), e tantos outros exemplos, em que se destaca o Estatuto da Advocacia que prevê que, acima de qualquer litígio judicial, deve o advogado atuar na composição das partes.

Da leitura do texto Constitucional, artigo 5º, §4º, resta evidente que até mesmo a “parte” da competência não comporta mais um conceito absoluto, pois, tem-se a possibilidade de um julgamento e execução de decisão por um Tribunal Internacional, mesmo de casos havidos no território nacional.

Diante da evolução da sociedade, do indivíduo por si, e das relações, resta impossível o associar do conceito de jurisdição a Soberania Estatal, pois, de acordo com os elementos compositores do Estado, em sendo, Povo, Território e Soberania, até um ente Sindical pode ser considerado soberano, porque, pode-se ter aos associados e categoria o seu povo; possui a limitação territorial e espaço de atuação; e, por fim, trata-se de um ente autônomo, livre de qualquer tipo de fiscalização ou intervenção.

Logo, precisa-se encarar a jurisdição de forma globalizada, não mais unitária, pois, o poder de resolução de casos concretos, recomposição, retorno da condição anterior, e aplicação do direito via sentença, não será exercido apenas pelo Juiz, o árbitro, por Lei (9.307/96), que o considera representante do Estado, também possui esta mesma atribuição. Deve-se acompanhar o avanço da sociedade e a sua frenética necessidade de pronta resolução, que, o Judiciário por si só não consegue atender; a jurisdição modernizou-se para atingir de forma mais célere seu escopo, ou seja, a resolução de litígios, sendo esta globalizada não apenas do Estado, mas em constante diálogo com este.

A flexibilização das normas trabalhistas é um passo importante para a desvinculação ou desjudicialização dos conflitos laborais, pois, somente com o flexibilizar é que será possível às partes, acompanhadas ou assistidas de um ente Sindical, membro do Ministério do Trabalho e Emprego e outros, celebrarem de modo direto entre si seus ajustes e acordos, sejam durante o cumprimento do pacto laboral, ou após, com o término do vínculo empregatício. Desjudicializar os conflitos trabalhistas é devolver a capacidade às partes de resolverem seus litígios, retirando a centralização havida nos dias atuais, que, apenas o Poder Judiciário, na sua especialidade Trabalhista, seria competente para a resolução e pacificação das partes.

A Constituição Federal de 1988 é progressista, generosa e transformativa. Apelidada de “constituição cidadã” por ter sido promulgada após um período no qual o Estado democrático de direito foi suprimido no país e por conter um respeitável rol de direitos e garantias contra o arbítrio, ela enuncia ainda um longo e detalhado capítulo de direitos econômicos e sociais. Além disso, ela contém normas ditas “programáticas” – isto é, normas que preveem objetivos a serem alcançados por meio de políticas públicas (como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais e sociais, constantes no art. 3º) – e comandos que explicitam valores a serem perseguidos pelo legislador infraconstitucional, juízes e administradores públicos. Diante disso, as questões da eficácia, da efetividade e da vinculação dos direitos sociais e das normas programáticas em relação a legisladores, juízes e autoridades públicas vêm mobilizando os constitucionalistas brasileiros há algumas décadas (COUTINHO, 2013, p.189 e 190).

Por último, fácil seria culpar a Constituição Federal pela não flexibilização das normas trabalhistas, atribuindo ao artigo 7º do texto o peso de cláusula pétrea,

contudo, verifica-se no artigo 60, § 4º, IV (“os direitos e garantias individuais”), da mesma que a limitação do poder de emendas e respectivas alterações não abrangeram os direitos coletivos e sociais do texto Constitucional. Este próprio reconhece a possibilidade de redução do salário e jornada via negociação coletiva (Acordos e Convenções Coletivas), se o basilar pode ser flexibilizado, os acessórios também poderão, via partes, sem influência ou participação do Poder Judiciário. Assim, se flexibilizar as normas trabalhistas é possível até mesmo no texto Constitucional não há justificativas para a manutenção da via ordinária (CLT) do modo que se encontra.

### **3. MEIOS PROPÍCIOS À SOLUÇÃO DE CONFLITOS E SUA APLICABILIDADE ÀS RELAÇÕES LABORAIS**

#### **3.1 Mediação**

Desde as concepções iniciais, o homem vive em conflitos por sua propriedade, produção, convivência, filhos, trabalho, entre outros; na fase bíblica, o mundo já enfrentava conflitos de interesses ocasionados pelos homens. Os divergências são inerentes da vida em sociedade, são considerados formas de desenvolvimento histórico e cultural da humanidade.

Quando se debatem questões trabalhistas, a palavra conflito também pode ser denominada como controvérsia ou dissídio, porém, com significados sinônimos, variando apenas com o estágio em que se encontra, assim, usa-se o termo conflito por possuir definição mais ampla e geral.

Para todas as possibilidades havidas para esta palavra, destaca-se que se trata de um impasse, briga, luta, combate, pessoas defendendo aquilo que acham certo ou ponderado frente ao pensamento e posicionamento da outra. Por sua vez, o litígio é o sentido jurídico da palavra conflito.

Frente ao número de conflitos diariamente enfrentados pela sociedade, sejam estes de interesses mais diversos possíveis, e, a morosidade do Poder Judiciário – consequente exercício da jurisdição –, cada vez mais, a sociedade moderniza-se e toma consciência de que nem tudo precisa se tornar mais um processo, pois existem métodos

propícios para resolução de conflitos, e, que estes são, em sua boa parte, gratuitos, céleres, e, principalmente, resolvem aos moldes – interesses e possibilidades de cada um dos envolvidos.

Anteriormente, apresentaram-se as formas de solução extrajudicial de conflitos pela autocomposição e heterocomposição. Boa parte da doutrina não chega a um consenso sobre o posicionamento da mediação, se esta forma de solução seria por definição a primeira ou segunda forma de composição.

Mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito –, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo (VASCONCELOS, 2008, p. 36).

Doutrinadores, como Carlos Henrique Bezerra Leite, apresentam a mediação como autocomposição, por ser uma forma extrajudicial, considerando a heterocomposição pelo terceiro com conceituação de juízo. Por sua vez, Sérgio Pinto Martins apresenta a mediação como heterocomposição pelo fato da mesma ser presidida por um terceiro que se propõe a solucionar o conflito, propondo – não impondo –, soluções às partes.

A mediação ocorre quando um terceiro, chamado pelas partes, vem a solucionar o conflito, propondo a solução às partes. O mediador pode ser qualquer pessoa, como até mesmo um padre, não necessitando de conhecimentos jurídicos. O que interessa é que a pessoa venha a mediar o conflito, ouvindo as partes e fazendo propostas, para que se chegue a termo. O mediador tenta, mediante diálogo, fazer com que as partes cheguem a consenso. Aproxima as partes para que elas dialoguem. Dá orientações, mas não decide. Ouve e interpreta o desejo as partes. Aconselha, faz sugestões às partes. As partes não estarão obrigadas a aceitar as propostas, mas poderá haver a composição mediante o acordo das vontades. O mediador não tem poder de coação ou de coerção sobre as partes; não toma qualquer decisão ou medida, apenas serve de intermediário entre as partes (MARTINS, 2014, p. 52).

Os óbices encontrados pela mediação são a falta de disposição legal que a regulamente, limite e institua como forma válida de resolução alternativa extrajudicial de conflitos; a possibilidade de qualquer pessoa – mesmo sem qualificação ou treinamento específico – ser uma mediadora, e, a falta de divulgação e consequente conhecimento da população desta forma de resolução.

A mediação não possui, na atualidade, dentro do ordenamento jurídico nacional uma disposição clara, em sendo, uma lei, um artigo, ou uma previsão em concreto de sua validade, aplicação e situações gerais de uso deste método propício para a solução da lide, contudo, a CLT em seu artigo 616, §1º, prevê a mediação compulsória em dissídios coletivos, bem como o texto Constitucional em seu artigo 11, mas, são disposições não aplicáveis em conflitos individuais.

Art. 616 (...)

§1º Verificando-se recusa à negociação coletiva, cabe aos Sindicatos ou empresas interessadas dar ciência do fato, conforme o caso, ao Departamento Nacional do Trabalho (atualmente secretaria de Emprego e Salário), ou aos órgãos regionais do Ministério do Trabalho para convocação compulsória dos Sindicatos ou empresas recalcitrantes.

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

Para a implementação da mediação como método propício e válido para a solução de conflitos individuais, nos dias atuais, o ordenamento jurídico conta apenas com um Projeto de Lei de n. 7.169/2014 de autoria do Senador Ricardo Ferraço, em trâmite pela Câmara dos Deputados. A ementa deste tem em seu teor, de acordo com disposição do site da Câmara dos Deputados:

Dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Na atualidade, o que se tem para os dissídios individuais é uma cartilha elaborada pelo site do Ministério do Trabalho e Emprego, que trata da mediação e sua aplicação ao Direito do Trabalho (limitado, de modo evidente, aos princípios expostos), a figura do mediador, e, os benefícios de se mediar um conflito.

A questão da qualificação do indivíduo que atuará como mediador é questionável, pois, apesar da doutrina reconhecer que qualquer pessoa o possa ser, o Decreto n. 1.572 de 1995, e, a Portaria n. 818 de 1995 do Ministério do Trabalho e Emprego, estabelecem os critérios de formação, experiência, e, inscrição – credenciamento como profissional mediador junto aos quadros do Ministério do Trabalho e Emprego –, assim, emprega-se mais compromisso e credibilidade à figura deste. As doutrinas que apontam que o mediador poderá ser qualquer pessoa, desde que detentor de boa oratória, equilíbrio, e bom senso, justificam tais imposições e obrigações seriam nulas, por contrariarem o artigo 5º, inciso XIII da constituição Federal – liberdade para o exercício de profissões.

É evidente que, caso um mediador por profissão seja convocado a mediar as partes em conflitos, este disporá o valor de seus honorários, o que talvez fosse um obstáculo quando se tratarem de pessoas economicamente desfavorecidas, todavia, o que pouco se conhece é a possibilidade do Ministério do Trabalho e Emprego, por meio de seus servidores, atuar como mediador de conflitos e de forma gratuita.

A prática da mediação de conflitos pressupõe capacitação para lidar com as dinâmicas do conflito e da comunicação. A capacitação em mediação de conflitos inclui, necessariamente, conhecimentos metodológicos de caráter interdisciplinar.

O Plano de Capacitação em Mediação – recomendado pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA – prevê um Curso de Capacitação Básica em Mediação abrangendo o módulo teórico-prático e o estratégico supervisionado (VASCONCELOS, 2008, p. 40).

A possibilidade do Ministério do Trabalho e Emprego atuar como mediador de conflitos encontra-se no artigo 616, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho; a disposição é usada por analogia aos conflitos individuais, pois, em sua narrativa apresenta a possibilidade aos dissídios coletivos, não impedindo os individuais.

Sem dúvida, são inegáveis os benefícios que traz este meio alternativo que, ao compor o conflito, consegue, entre outras vantagens, obter rapidez, eficácia de resultados, redução do desgaste emocional, redução do custo financeiro, garantia de privacidade, de sigilo, redução da duração, redução da reincidência de litígios, maior facilitação da comunicação, promoção de ambientes mais colaborativos, melhoria dos relacionamentos e maior compromisso das partes em cumprir um acordo por elas construídas (SOUZA, 2004, p. 216).

Vencida a hipótese de quem será o mediador, compreendida a falta de disposição legal sobre o tema – apenas Projetos de Lei em trâmite –, segue-se com o seguinte problema: a possibilidade dos direitos individuais trabalhistas serem alvo de mediação por estarem cravados na indisponibilidade – transação e renúncia.

Os preceitos em matéria de Direito do Trabalho detêm leis dispositivas e leis proibitivas, nas primeiras, encontra-se o Estado intervindo de forma mínima apenas para assegurar o respeito e guarda dos direitos fundamentais e manutenção da ordem jurídica. Por exemplo, a definição do adicional de horas extras nunca foi inferior à base de 50% sobre o valor da mesma normalmente trabalhada, assim, podem as partes livremente deliberarem sobre seus máximos, podendo a empresa pagar adicional de 60%, pois, respeitou-se o limite mínimo imposto pela norma, da mesma forma, a medida máxima (ainda que no primeiro, pois, limita apenas o exercício total) para cumprimento da jornada laboral, totalizando 08 horas diárias, podendo livremente as partes definirem percurso de 05 ou 06 horas de atividades, tudo de acordo com o interesse do empregado e a necessidade da empresa.

Diverso se faz nas leis proibitivas, estas sim, cravadas pela irrenunciabilidade, pois, visam à manutenção da dignidade, da proteção da vida e segurança do trabalhador, para estas, não há o que se falar em tratativas ou possibilidades entre partes – v.g., a anotação do registro de emprego em Carteira de Trabalho e Previdência Social, ou até mesmo, o trabalho do menor em ambientes insalubres, norma indiscutível ou inquestionável, passível apenas de obediência e cumprimento pelas partes.

Uma vez que a Constituição Federal, a Consolidação das Leis do Trabalho, e, demais leis esparsas se silenciam sobre o tema e não dispõem de forma proibitiva, entende-se que o não defeso é permitido, assim, seria válida a prática de mediação de



direitos individuais trabalhistas, desde que assistida pela figura do servidor do Ministério do Trabalho e Emprego, pessoa que imporia boa-fé e validade jurídica aos atos mediados, especialmente por realizar a atenuação da narrativa e final composição.

Um novo porém seria o fato do termo ajustado mediante a ocorrência de mediação do conflito não ser título judicial, nem extrajudicial reconhecido pela Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 876, assim, se voltaria ao ponto zero da discussão, pois, de nada adiantará mediar, compor o conflito, definir os direitos e obrigações, reduzir tudo a termo, e, ao final, caso ocorra o descumprimento do ajustado, não se ter a possibilidade de homologação e posterior, ou, pronta execução, como seria o desejado.

Ao final, o tudo feito seria desconsiderado sobrando às partes apenas a alternativa da jurisdição para alcançar a satisfação de seu direito individual violado; seria mais um processo para engordar as fileiras do Poder Judiciário, tornando-o mais moroso, e, evidentemente, deixando de lado a necessidade do cumprimento imediato de um direito fundamental social violado, pois, caso o Poder Judiciário de plano executasse este termo, certamente, em tempo muito inferior, o trabalhador poderia receber o bastante devido de forma a cumprir e efetivar as garantias fundamentais dispostas.

### **3.2 Conciliação**

Sem incorrer no risco da repetição, por já haver tópico destinado à conciliação no âmbito da Justiça do Trabalho, nesse ponto, apresentam-se algumas ideias relacionadas ao novo Código de Processo Civil, e, a necessidade da ocorrência desta na forma extrajudicial de direitos individuais trabalhistas. Na atualidade, conforme apresentado, as possibilidades conciliatórias de tais garantias circundam apenas a esfera judicial, haja vista que não há mera homologação de acordos perante a Justiça do Trabalho, mas sim, o firmar destes em curso de processo em reclamação trabalhista devidamente distribuída.

A conciliação judicial trabalhista encontra previsão de ocorrência obrigatória em dois momentos distintos, em sendo, antes de entregue a defesa na audiência inicial (ou inaugural ou de conciliação), e, depois de aduzidas as razões finais – artigo 846 e 850 da Consolidação das Leis do Trabalho. Evidentemente que, não proposta a conciliação, em seu primeiro momento, não tornaria nulo o processo pelo fato de ainda se ter mais uma tentativa conciliatória obrigatória à frente, contudo, caso não observada em seu momento inicial, e, também não tentada após razões finais, neste caso, o processo seria nulo pelo descumprimento de preceito legal.

Em estudo do Processo do Trabalho sob a luz do novo Código de Processo Civil, o juiz e doutrinador Leonardo Dias Borges comenta da maneira que segue o estudo da conciliação.

O novo Código de Processo Civil investe na conciliação. Aliás, esta já vem sendo uma tendência do processo civil, em razão do sucesso que a conciliação obteve, na linha do tempo, no processo do trabalho.

A conciliação, no processo do trabalho, tem norma própria e modelo empírico muito peculiar. Na linha do tempo a Justiça do Trabalho foi desenvolvendo métodos próprios conciliatórios, bem distintos daqueles utilizados no processo civil. Observo que o modelo normativo, construído pelo legislador processual comum, é bem inferior às práticas usadas no processo do trabalho. O novo Código de Processo Civil até tenta aperfeiçoar a técnica conciliatória, mas soa um tanto quanto artificial. Não acredito, que tal como posta, se torne um sucesso. Era melhor que se copiasse exatamente o se faz no processo do trabalho, através de uma pesquisa de campo, com observação empírica do modelo construído pela Justiça do Trabalho. Não vejo razão para se adotar, no processo do trabalho, o modelo sugerido pelo novo Código de Processo Civil, pela simples razão da superioridade do modelo adotado no processo do trabalho (2014, p.63 e 64).

Nos dias atuais, o único obstáculo a ser vencido pela conciliação na Justiça do Trabalho é o seu engessamento, pelo fato de ficar vinculada a um processo, apelo e apego a jurisdição. É evidente a judicialização dos conflitos trabalhistas, isto é devido a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 que, ao fazer uso da expressão “dissídio”, impediria a possibilidade das partes conflitantes resolverem suas pendências de forma extrajudicial.

Uma das bandeiras do Poder Judiciário Trabalhista é a conciliação, pois, por se tratar de assuntos com natureza alimentar, requer uma maior celeridade, brevidade na

resolução do litígio, sendo esta (judicial) a única forma de solucionar de forma mais célere do feito. Contudo, de acordo com as estatísticas apresentadas no site do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o número de conciliações ocorridas em 2013 foi inferior às havidas entre os anos de 2010 e 2012, sendo evidente que esta forma de resolução da lide vem perdendo sua força. O site aponta a estatística de 40,9% (quarenta vírgula nove por cento) de conciliações ocorridas em 2013, frente à média de 43,4% (quarenta e três vírgula quatro por cento) nos anos de 2010 a 2012.

Não resta dúvida, portanto, de que no processo judicial trabalhista impera o princípio da conciliabilidade, o que só merece aplausos, já que as relações entre os cidadãos, mesmo que este estejam em campos aparentemente opostos, deverão percorrer uma trilha que os leve a um acordo e não a uma demanda, necessitando que um terceiro por eles solucione problemas que, em muitos casos, são tão pequenos que sem um esforço maior podem lograr solução amigável (SOUZA, 2004, p. 199).

Com o Projeto Lei n. 166 de 2010 de autoria do Senador José Sarney, e, a brecha criada pelo artigo 764, §3º da Consolidação das Leis do Trabalho, passar-se-ia a falar em jurisdição graciosa na Justiça do Trabalho, possibilidade de confecção de acordos extrajudiciais com a respectiva submissão ao juízo para análise dos limites da transação, proteção dos direitos fundamentais, princípio da dignidade do trabalhador e direitos indisponíveis, e posterior homologação.

Com a jurisdição graciosa na Justiça do Trabalho, as partes confeccionariam seus ajustes e apenas os submeteriam para o crivo do Poder Judiciário, via petição, homologação pelo juízo que observaria os limites do acordo por intermédio dos direitos indisponíveis, tomando o devido cuidado com a parte trabalhadora e sua impossibilidade de renúncia e aceite de qualquer centavo por suas garantias.

A Lei dos Juizados Especiais Cíveis (n. 9.099 de 1995), sem impedimento de aplicação ao Direito e Processo do Trabalho, até mesmo pela compatibilidade principiológica, narra em seu artigo 57 a seguinte disposição:

Art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.

Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.

Mediante a observância de tal dispositivo, ter-se-ia o primeiro passo para o uso da já existente e compatível a matéria, conciliação extrajudicial, pois, as partes já compostas entre si, sem a distribuição de uma ação para constituição do processo e futura audiência trabalhista para lavratura do acordo, apresentariam uma petição descrevendo a composição e o juiz trabalhista, uma vez observando a boa-fé das partes, homologaria o mesmo. Produzindo, desta forma, um título executivo judicial não passível de recursos (CLT, art. 831, parágrafo único).

A Lei de Arbitragem é outro exemplo da existência e possibilidade da conciliação extrajudicial, quando narra em seu artigo 21, que no início do procedimento competirá ao árbitro tentar conciliar as partes.

Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, conforme expressa o art. 21, com isso, nada impede que, dependendo do caso, o árbitro, antes das razões iniciais de qualquer das partes, tente, de imediato, a conciliação das mesmas, valendo-se, para isso, de uma audiência prévia de conciliação (GAIO JÚNIOR, 2013, p. 811).

Assim, se obteria a resolução do conflito via partes e o trabalhador, que estava diante de um direito ou garantia antes violados, passa a ter o reparo de sua condição, pois, o que se deve visar com a conciliação é o ajuste da relação, e não um remédio ou solução para as mazelas do Poder Judiciário. Com a possibilidade extrajudicial validada pelo juízo laboral, discute-se apenas a oportunidade de desengessar as relações sociais trabalhistas, e não a de criar uma válvula de escape para os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário nacional.

### 3.3 Arbitragem

A arbitragem é uma das formas propícias de resolução dos conflitos, sem o necessário socorrer-se do Poder Judiciário, é meio voluntário, ou seja, livremente deliberada e fixada pelas partes que resulta na resolução do conflito por um terceiro, via sentença arbitral.

A arbitragem é uma das formas de resolução de controvérsia mais antiga do mundo. Foi utilizada na Antiguidade e na Idade Média, pois representava um caminho certo para evitar-se uma confrontação bélica, isso na esfera do Direito Internacional Público, já nos demais ramos do Direito, pode-se falar que a solução de conflitos por meio de árbitros é utilizada há muitos anos, tendo em vista que o próprio Platão escreveu sobre juízes eleitos como se fosse a forma mais justa de decisão.

Apesar de pouco divulgada, a arbitragem é regulada no Brasil desde os tempos da colonização portuguesa, sendo que a Constituição Imperial de 1824 previa o Juízo Arbitral no seu art. 160 (GUILHERME, 2012, p. 32).

O que distingue a arbitragem da conciliação é que, na última, as partes chegam a um consenso, acordam de forma recíproca, cada uma cede um pouco dentro dos limites impostos pelo direito do trabalho (renúncia), e, na atualidade, ocorre perante a figura de um juiz que validará o acordo. Na arbitragem, as partes não desejam tratativas na expectativa de composição, mas sim, que um terceiro faça a devida imposição do “certo ou errado”.

Ainda, distingue-se a arbitragem da transação, pois, na última as partes buscam a extinção de suas obrigações mediante concessões recíprocas – se mescla com a conciliação –, por outro lado, na primeira as partes não estão interessadas em outorga mútua, mas sim, de ao final ter uma só parte detentora das vantagens.

Trata-se a Arbitragem de meio propício à solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis, que, por meio de árbitro privado, escolhido pelas partes e destas recebendo poderes, decide a controvérsia, possuindo tal decisão a mesma força e efeitos jurídicos decorrentes daquelas sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário (GAIO JÚNIOR, 2013, p. 769).

Os conceitos de arbitragem não são conflitantes ou variantes entre os doutrinadores; o que se destaca do estudo é se seria ou não aplicável, cabível em direitos individuais trabalhistas. A Lei n. 9.307 de 1996 dispõe sobre esta; logo em seu artigo 1º aponta que esta será cabível “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. De imediato se teria uma limitação para o uso da arbitragem em conflitos individuais trabalhistas, em decorrência de ser um direito fundamental social, é gravado com o ônus da indisponibilidade.

Este dispositivo constitui a regra de ouro da lei de arbitragem. Regra de ouro no sentido de mandamento nuclear de todo o produto legislado, pois, todas as demais disposições da lei vinculam-se a ela. A sua missão é traçar o âmbito e os casos em que a arbitragem se aplica, para solucionar conflitos envolvendo direitos (interesses) patrimoniais disponíveis.

Entenda-se por direitos patrimoniais disponíveis aqueles de índole particular, em que as partes podem dispor sobre eles, através de um negócio jurídico. Logo, existe um poder de autoregulação dos interesses que está contido na enunciação deste preceito. Note-se que o negócio jurídico que se embute neste artigo evidencia que a lei da arbitragem atua no âmbito da autonomia privada (FURTADO; BULOS, 1998, p.27).

É importante destacar que a arbitragem não se fará obstáculo para o acesso à justiça, esta é apenas uma forma propícia de resolução de conflitos, inclusive, facultativa, livremente definida pelas partes. A cláusula compromissória significa dizer que, havendo um conflito futuro, os envolvidos poderão entregar o mesmo para a resolução arbitral – pode ser incluída no contrato de trabalho, por exemplo. Diverso é o compromisso arbitral, em que, estando as partes em meio ao conflito, definida a arbitragem como método de resolução – pactuada entre estas –, e firmado o mesmo, não poderão as partes se socorrem do Poder Judiciário enquanto não obtiverem a solução arbitral.

A constitucionalidade da arbitragem, especialmente no que tange o Direito do Trabalho, é incontestável, pois, encontra amparo na Constituição Federal artigo 114, §1º “Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”, e, §2º “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultada as mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo (...)”. Constitucionalmente aceita, pelo texto exposto, é válida de forma dispositiva, contudo, sem previsão aos individuais.

A primeira ponderação que se faz é baseada no artigo primeiro da Lei de Arbitragem, pois, se esta é forma aceita para direitos disponíveis, sendo o direito individual do trabalho considerado indisponível, inclusive intransacionável, não caberia esta no âmbito último. Assim, a primeira saída para a resolução deste trancamento seria a ideia de que a Lei de Arbitragem não proibiu de forma expressa o uso desta para solução dos conflitos individuais trabalhistas, e, da mesma forma, não vedou a Constituição Federal o uso desta nestes, apenas narrou a possibilidade para os coletivos, não ressaltando os individuais. Outro ponto é a omissão da Consolidação das Leis do Trabalho que não trata sobre o tema nem proibindo, nem permitindo, sendo evidente apenas que não há incompatibilidade em relação aos princípios processuais trabalhistas.

A ideia final de defesa do uso da arbitragem, de forma válida, nos conflitos individuais trabalhistas, segue a corrente adotada pelo doutrinador Sérgio Pinto Martins, que também é Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região, na qual se tem “Direitos patrimoniais disponíveis são diferentes de direitos irrenunciáveis. Os direitos dos trabalhadores não são exatamente patrimoniais indisponíveis”.

Os direitos ou garantias individuais intransacionáveis e irrenunciáveis, sob o âmbito trabalhista, são assim tidos pelo fato de se tratarem de fundamentais, contudo, o direito fundamental existe com o intuito de proteger o homem do homem, social é o homem do Estado, no que diz respeito à sua vida, dignidade, propriedade, intimidade, entre outros. A confusão se faz pelo fato do trabalho ser um direito fundamental social – consequentemente sua proteção. Todavia, o fato de o trabalhador poder chegar a um acordo, transacionar com seu empregador, dentro dos limites de sua dignidade, vida e proteção à saúde e ambiente laboral – direitos fundamentais indisponíveis –, não significa dizer que este está renunciando seus direitos e garantias, contrariando assim o ordenamento jurídico.

A conclusão a que se chega é de que o direito individual trabalhista é disponível tanto que, em juízo, pode o trabalhador transacionar e até renunciar a direitos; é sim irrenunciável quando na transação extrajudicial, se assim não o fosse, sequer a Justiça do Trabalho conseguiria ou seria permitida a celebrar acordos, v.g. Pode o trabalhador perante o juízo trabalhista renunciar suas férias, mas, não poderá opor ao

uso de equipamento de proteção individual, pois, a falta de uso implicaria a disposição de sua vida e integridade física, estes, de fato, direitos fundamentais irrenunciáveis.

Para acentuar a possibilidade do uso da arbitragem no âmbito do direito individual do trabalho, têm-se duas regras importantes a serem mencionadas sobre o tema: de um lado a Lei n. 8.630 de 1993 – Lei do Trabalho Portuário –, que prevê a obrigatoriedade da arbitragem de ofertas finais nos casos em que esta regula; e, a Lei Complementar n. 75 de 1993 – Estatuto do Ministério Público – que conferiu legitimidade aos membros do Ministério Público do Trabalho para atuarem como árbitros em conflitos individuais trabalhistas – artigo 83, inciso XI.

É que vigora, no Direito do Trabalho, especialmente em seu segmento jusindividual, o *princípio da indisponibilidade de direitos*, que imanta de invalidez qualquer renúncia ou mesmo transação lesiva operada pelo empregado ao longo do contrato. A fórmula arbitral, que pode levar a uma considerável redução ou supressão de direitos, teria força para esterilizar, ou mesmo atenuar, semelhante princípio básico do ramo trabalhista especializado?

A resposta parece-nos claramente negativa. As fórmulas de solução de conflitos, no âmbito do Direito Individual do Trabalho, submetem-se, é claro, aos princípios nucleares desse segmento especial do Direito, sob pena de a mesma ordem jurídica ter criado mecanismo de invalidação de todo um estuário jurídico-cultural tido como fundamental por ela mesma. Nessa linha, é desnecessário relembrar a absoluta prevalência que a Carta Magna confere à pessoa humana, à sua dignidade no plano social, em que se insere o trabalho, e a absoluta preponderância deste no quadro de valores, princípios e regras imantadas pela mesma Constituição (DELGADO, 2011, p.1378).

A arbitragem é tema amplamente controverso quanto à sua utilização em conflitos individuais trabalhistas por tratar de possibilidades quando se discutem direitos patrimoniais disponíveis, e, a doutrina erroneamente dispor que os direitos individuais trabalhistas são garantias indisponíveis e irrenunciáveis, dando, aos mesmos, tratamento patrimonial, esquecendo-se que a sua existência é baseada na proteção da dignidade do trabalhador, e não na de seus bens. Assim, indisponíveis nas relações trabalhistas são a vida, dignidade, saúde, o ambiente laboral, entre outros, que protegem o empregado, não os que este adquire com sua prestação de serviços.

As vantagens da arbitragem aos conflitos individuais são muitas: trata-se de forma privada de resolução de destes (não detém a publicidade do processo, óbice,



especialmente em pequenas comarcas); o árbitro é livremente escolhido pelas partes (diferente do magistrado, que é imposto pelo Estado); o andamento e instrução são livres dos procedimentos e roteiro legal que no processo o juiz, sob pena de não validade dos atos, deverá seguir; é célere; e, ao final, a sentença arbitral trata-se de título executivo judicial – Código de Processo Civil, artigo 475-N, inciso IV –, que não depende de homologação, podendo ser, de imediato, executado. Nesse ponto, encontra-se mais um obstáculo na Justiça do Trabalho, em sendo, a Consolidação das Leis do Trabalho não reconhece a sentença arbitral como título passível de execução em sua competência – artigo 876.

Ainda referente ao tema, lembra-se que, no dia vinte e seis de maio do ano corrente (2015), fora publicado no Diário Oficial da União a Lei n. 13.129/2015; esta faz alterações nos textos das Leis 9.307/1996 e 6.404/1976, e dilata o âmbito de aplicação e uso da arbitragem (englobando em seu texto original as relações individuais de trabalho, bem como as de consumo), dispõe sobre a escolha dos árbitros, a interrupção da prescrição, concessão de medidas cautelares e de urgência, entre outras providências.

A nova Lei pretendeu resolver alguns impasses e lacunas havidas no texto de 1996, tentou ainda instituir o uso do método para as relações laborais, na expectativa de romper com a ideia e tratamento dado às garantias individuais trabalhistas de direitos indisponíveis. Antes do veto presidencial, o artigo 4º da Lei 9.307/1996, com as alterações da atual disposição, continha o seguinte texto, de acordo com o site do Congresso Nacional:

§ 4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.

O veto se deu pelo fato de o novo parágrafo trazer uma afronta ao princípio da igualdade, pois, daria a possibilidade – uso da arbitragem – apenas aos ocupantes de

altos cargos de gestão, tolhendo, desta maneira, o direito dos demais trabalhadores, realizando, assim, uma distinção indesejada pelas normas laborais. O veto ocorreu, também, por ser uma função expressa pouco difundida pelo Direito do Trabalho, mas sim, conhecida por meio dos estudos civilistas e empresariais.

Outra explicativa, quanto ao veto, poderia ser pelo fato do parágrafo não deixar claro em seu texto se são duas possibilidades de uso da arbitragem – administradores e diretores, bem como, nos contratos individuais – ou se a narrativa final quanto aos contratos individuais seria mero complemento à condição, função ocupada.

As justificativas ao veto são pouco plausíveis, sendo necessário apenas um ajuste na gramática do texto para evidenciar se o uso seria permitido aos gestores e contratos individuais, ou, se apenas aos administradores e diretores. É evidente que se não fosse vetado, o parágrafo traria um grande avanço quanto ao uso dos métodos propícios de resolução dos conflitos, proporcionaria o desafogar do Poder Judiciário Trabalhista, e seguiria o exemplo de tantos países que somente avançam com a disposição e uso de métodos tidos como alternativos – a União Europeia, e até mesmo vizinhos da América Latina, como o Uruguai.

O veto, mais uma vez, demonstra o tratamento inadequado e nada flexível despendido as normas de Direito do Trabalho; o uso da arbitragem na matéria citada se faz cada vez mais necessário ante a celeridade, custo reduzido, e, entre tantas outras vantagens, o desafogar do Poder Judiciário Trabalhista. A Organização Internacional do Trabalho reconhece e estimula o uso da arbitragem em matéria laboral por meio da Recomendação 92 (1951), e da Convenção 154 (1981); o Brasil, sendo um país signatário das normas, deveria divulgar e ampliar o rol dos métodos propícios, em especial ante a crise que enfrenta o Poder Judiciário Nacional, mas, ao contrário, simplesmente veta uma das possibilidades por meio da arbitragem.

### 3.4 Negociação

A negociação, no Direito do Trabalho, é estudada de forma profunda quando se debatem os conflitos coletivos da ordem trabalhista, todavia, no âmbito individual não se dá ênfase a esta possibilidade de resolução alternativa dos destes, pois, trata-se da negociação das partes envolvidas no conflito, em que estas devem resolver seus impasses de modo direto, uma com a outra, sem qualquer intervenção de um terceiro.

É lidar diretamente, sem a interferência de terceiros, com pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses. A negociação, em seu sentido técnico, deve estar baseada em princípios. Deve ser cooperativa, pois não tem por objetivo eliminar, excluir ou derrotar a outra parte. Nesse sentido, a negociação (cooperativa), dependendo da natureza da relação interpessoal, pode adotar o modelo integrativo (para relações continuadas) ou o distributivo (para relações episódicas). Em qualquer circunstância busca-se um acordo de ganhos mútuos (VASCONCELOS, 2008, p. 35).

Seria uma forma de autocomposição dos conflitos, de modo direto, pelas partes que resolvem suas controvérsias sem a transposição de um estranho ao conflito. Na negociação, uma das partes, ou ambas, sacrificam o próprio interesse com o intuito da pacificação e resolução; caso uma destas imole totalmente o proveito, tem-se uma tratativa unilateral (renúncia), e, caso ocorra um consenso de interesses, ocorrerá a negociação bilateral (transação).

Exemplos de autocomposição extraprocessual trabalhista são a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho (CLT, arts. 611 *et seq.*), bem como a mediação e a conciliação, inclusive a firmada perante a Comissão de Conciliação Prévia – CCP (CLT, art. 625-E). Há, porém, quem sustente que estes dois últimos institutos (mediação e conciliação) são formas de heterocomposição, pois um terceiro (mediador ou comissão de conciliação prévia), estranho ao conflito, participa na solução, e não somente as partes diretamente interessadas (LEITE, 2011, p.114 e 115).

Assim, a negociação por si só não se trata de um instituto, mas sim, de uma possibilidade – ato de resolução direta de conflitos entre as partes –, é um meio extraprocessual de solução propícia de litígios.

### **3.5 Comissão de Conciliação Prévia**

A Comissão de Conciliação Prévia foi criada pela Lei n. 9.958 de 2000 que acresceu os artigos 625-A a 625-H à CLT, definindo, assim, as regras, instituição e limites destas Comissões.

A criação das comissões de conciliação prévia, assim como dos juizados especiais de pequenas causas trabalhistas, é uma reivindicação antiga da doutrina, de forma a tentar desafogar a Justiça do Trabalho do excessivo número de processos (MARTINS, 2014, p. 55).

Poderiam ser definidas como organismos privados extrajudiciais de conciliação, ou seja, um mecanismo utilizado para resolução de um conflito sem a intervenção, necessidade do Estado via processo. Não possuem qualquer relação ou dependência com Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, e Ministério do Trabalho e Emprego; e não fazem a utilização de algum signo relacionado ao Estado e seu Poder Judiciário, primeiro, por ser instituto autônomo e privado, segundo, para evitar qualquer tipo de co-relacionamento que possa vir a ser feito pelas partes.

A instituição da Comissão é facultativa às empresas e aos sindicatos – âmbitos de abertura –, e, obrigatoriamente, terá uma composição paritária com o mesmo número de representantes dos trabalhadores e estes da empresa. No âmbito empresarial, sua instituição não advém da obrigatoriedade de previsão em regimentos ou regulamentos internos, basta, apenas, a vontade do empregador; todavia, isto é diferente no ambiente sindical, pois este deverá contar com a prognose em acordo ou convenção coletiva da categoria.

O objetivo destas Comissões é o de tentar desafogar o Poder Judiciário, especialmente, no que diz respeito a questões de pequenas montas e baixa complexidade instrumental. Com efeito, possui papel importante frente ao Direito Processual do Trabalho, em sendo, conciliar os conflitos individuais trabalhistas.

Apesar de toda a discussão travada quanto à indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos individuais trabalhistas, quando se debate a Comissão de Conciliação Prévia não há limitações à matéria a ser disposta. Inclusive o próprio texto celetista, artigo 625-D, aponta que “Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia (...)”.

O que se visa com a Comissão de Conciliação Prévia é possibilitar às partes uma resolução rápida, sigilosa e paritária de seus conflitos, pois, dentre tantos pontos positivos verificados com a instituição desta, seja no âmbito empresarial, como no sindical, o mais destacável é a possibilidade de ter o litígio resolvido por pessoas de seu meio e convivência, e, muitas vezes, mesmo grau de formação técnica, possibilitando, assim, a pronta compreensão, e não o perder-se em meio ao vocabulário jurídico.

A rapidez é incontestável, pois, uma vez procurada a Comissão reduzido a termo o conflito, esta terá dez dias para realizar a sessão na qual se tentará o acordo (artigo 625-F); desta sessão, o trabalhador já sairá com o respectivo título executivo extrajudicial – com a redução a termo do mesmo (extrajudicial) –, ou, declaração da não ocorrência da desta, ou, não feitura da composição.

Destaca-se que, aos membros da Comissão de Conciliação Prévia, não serão conferidos poderes de resolução, ou sentença, como na arbitragem, apenas, a capacidade de oitiva, manutenção da ordem, e recomendações às partes das vantagens de se resolver, naquele momento, seus conflitos (intermediação do mesmo e futura composição).

Mesmo com o ordenamento jurídico trabalhista liberando o enfrentamento pela Comissão de Conciliação Prévia de conflito de qualquer natureza laboral, e, não impondo limites à sua atuação, resta evidente, pelo todo explanado, que obedecerá a limitação da indisponibilidade relativa, não atingindo, assim, a dignidade do

trabalhador, não sendo também praticada a renúncia de direitos trabalhistas, visto que esta possibilidade é válida, somente, perante juízo.

O ponto incontroverso a ser tratado no tema Comissão de Conciliação Prévia é quanto ao procedimento criado pelo artigo 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, instituindo a passagem obrigatória, quando existente, da Comissão como condição da ação, sendo obrigatório ao trabalhador juntar declaração de sua passagem por esta, antes de buscar o Poder Judiciário – §2º do artigo citado acima.

Art. 625-D (...)

§2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista.

A obrigação criada pela Consolidação das Leis do Trabalho não é inconstitucional, visto que as condições da ação devem ser estabelecidas em lei – artigo 625-D, §2º –, e, não há privação, barreira ao empregado de acessar o Poder Judiciário e ajuizar a respectiva ação, mas sim, apenas limita o mesmo à jurisdição trabalhista, desde que antes tenha tentado a conciliação extrajudicial via Comissão de Conciliação Prévia.

Mesmo sendo Constitucional e uma real forma de desafogar o Poder Judiciário – retirando os limites impostos pela jurisdição única e Estatal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 2.160-5 DF, j. 13-5-2009, Red. Min. Marco Aurélio) –, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não há necessidade de passar pela Comissão antes de ajuizar a ação, por causa do violar do direito desta – Constitucionalmente previsto – que esta condição causaria. Assim, o artigo 625-D, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho encontra-se prejudicado em seu conteúdo.

Ainda neste sentido, pioneiro foi o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – São Paulo – por causa do texto da Súmula n. 2.

**Súmula n.2 TRT/SP – COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA.  
EXTINÇÃO DE PROCESSO. (RA n.8/2002 – DJE 12.11.2002,**

**19.11.2002, 10.12.2002 e 13.12.2002)** O comparecimento perante a Comissão de Conciliação Prévia é uma faculdade assegurada ao obreiro, objetivando a obtenção de um título executivo extrajudicial, conforme previsto pelo artigo 625-E, parágrafo único da CLT, mas não constitui condição da ação, nem tampouco pressuposto processual na reclamatória trabalhista, diante do comando emergente do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Superado o debate relacionado à CCP ser ou não uma condição para ação trabalhista, discute-se a eficácia do título emitido pelas Comissões em termos de composição e realização de acordo extrajudicial entre as partes. De acordo com o artigo 625-E da Consolidação das Leis do Trabalho, em seu parágrafo único, “O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas”.

Os termos de conciliação firmados perante Comissões de Conciliação prévia constituem títulos executivos extrajudiciais, passíveis de execução direta perante a Justiça do Trabalho – não necessita de homologação. Como estes termos não dizem respeito ao processo, e, não são produzidos pela justiça especializada, não fazem coisa julgada, e tão pouco serão objeto de ação rescisória, restando para seu debate a ação anulatória.

A CCP é mais prática, é gratuita, menos questionável, e possui a essência da conciliação pelas partes interessadas – sem a imposição da vontade de um terceiro –, diversamente do que ocorre com a arbitragem. Apesar de ambos os institutos não serem vastamente conhecidos por empregados e empregadores, o que mais cresce, mesmo que timidamente, sem dúvida, é o das Comissões, em especial, em sua formação sindical.

A composição sindical será toda regulamentada pelos acordos e convenções das categorias interessadas, incluindo a organização do chamado NINTER (Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista), sendo aplicáveis a estes os preceitos estabelecidos pela Consolidação das Leis do Trabalho nos artigos 625-A a 625-H.

## **A EFETIVIDADE DAS GARANTIAS LABORAIS POR MEIO DA DESJUDICIALIZAÇÃO**

### **4.1 A Desjudicialização dos Direitos Trabalhistas como Efetividade do Direito Fundamental Social**

O conceito de trabalho passa, nos dias atuais, por uma grande transformação, pois, vive-se a era da globalização, em que o homem é diariamente substituído pela máquina. Há, também, a presença das novas tecnologias, a robótica, aceleração na produção, jornadas parciais ou flexíveis, o *home-office*, teletrabalho, e, tantas outras possibilidades para prestação de serviços.

Cada vez mais o conceito de trabalho desenvolve-se, evoluindo com este as partes diretamente envolvidas na prestação de serviços. Na atualidade, o trabalhador não é mais aquele “pobre coitado”, pintado pelo artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, e, por sua vez, o empregador, também, não é o único detentor dos conhecimentos técnicos profissionais, o superior em todos os aspectos, sejam eles de teor jurídico, técnico, econômico ou social. A balança entre empregado e empregador equilibra-se cada vez mais, assim, a Consolidação das Leis do Trabalho necessita ser reformada de modo urgente, revisando seus conteúdos, meios e procedimentos.

O conceito de trabalho transformou-se, evoluíram as formas de prestar serviços, as partes do pacto laboral, só não evoluiu o Direito do Trabalho e as normas de proteção desta relação. O texto que trata de toda esta atual prestação de serviços cercada pela tecnologia e imediatidade é de 1943, e vem sendo, anualmente, remendado e colado por meio de novas leis – muitas acabam pela metade, ante o encaixe em um texto antigo, e outras, não têm produção de efeitos, por exemplo, o artigo 6º da CLT – e por meio das súmulas emitidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. Diante de um conjunto de leis ultrapassadas, que engessam a relação laboral, e que, na maioria das vezes, freiam as políticas de combate ao desemprego – pois, as empresas evitam o aumento, e a contratação de novos empregados pela falta de incentivos trabalhistas e fiscais –, enfrenta-se o fenômeno da judicialização.

Judicialização significa dizer que se entrega ao Poder Judiciário uma “obrigação” que inicialmente não seria sua, mas sim, dos demais – Poder Executivo ou



Poder Legislativo. O fenômeno judicialização demonstra a quebra do conceito absoluto de jurisdição, em sendo, controle delegado pelo Estado ao Poder Judiciário (Juiz), para resolução do caso concreto mediante a aplicação do direito e pacificação social, contudo, apesar desta quebra ser necessária ante o exercício da jurisdição pelos demais poderes – sindicatos, Ministério do Trabalho e Emprego, e tantos outros. Trata-se de uma ruptura que preocupa, pois, está atribuindo, ao Poder Judiciário, inúmeros novos processos por situações que não caberiam ao mesmo resolver, ou “mandar” resolver, mas sim, v.g., ao Poder Executivo de cada localidade que, em conjunto com seu Estado, deveria entregá-los à população e à União, para esta fazer as devidas fiscalizações e controles.

Em resumo, a judicialização é uma transferência de controle para o Poder Judiciário, que passa a cumprir o papel dos Poderes Executivos e Legislativo.

A maior parte dos litígios que, no estado actual do direito, poderiam ser levados a um tribunal, não o são de facto. (Utilizo a palavra “tribunal”, *brevitatis causa*, para abranger todos os organismos oficiais de decisão, quer sejam chamados ou não tribunais em linguagem técnica). Sem que se distingam matérias civis ou criminais. Muitos litígios são resolvidos sem que haja recurso aos tribunais, porque o interessado prefere resignar-se ou apenas ver aí um incidente de relações mais importantes (*lumping it*), ou sair da relação que a eles deu lugar (*exit*).

De entre os litígios que vão ser objecto de uma decisão, uma grande parte vai encontrar solução por negociações entre os interessados, ou recorrendo a um “fórum” que constitui um elemento integrante do complexo social no qual se produziu o litígio; o caso vai ser apresentado, por exemplo, ao director da escola, ao dono da loja, a um administrador, etc ... (HESPANHA, 1993, p. 65).

Para o Direito do Trabalho fica muito clara a judicialização de seus feitos, pois, em virtude de deter um texto de 1943 que engessa as relações, impossibilitando que as partes livremente atuem de acordo com suas vontades e necessidades, reduzindo tudo a necessária distribuição de uma reclamação trabalhista, para só então, diante da figura do juízo poder, inclusive, renunciar a direitos e garantias, que, perante uma autoridade do Ministério do Trabalho e Emprego, ou um ente sindical, não poderia fazer, tudo por causa do princípio da proteção da parte hipossuficiente, que se desdobra nos da indisponibilidade e da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas.

A judicialização de direitos é motivada por três grandes causas; a primeira trata-se da redemocratização do país ocorrida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe maiores controles e garantias ao Poder Judiciário, sendo permitido a este invadir a competência de outros poderes, inclusive, processando-os de modo a fazer valer ou proteger o texto Constitucional.

A segunda causa trata-se da edição de uma Constituição com texto amplo e abrangente – a constitucionalização de direitos que aborda os direitos e garantias que, muitas vezes, deveriam estar em normas ordinárias próprias ao tema –, tendo, como exemplo, a matéria laboral. O grande problema desta onda é o fato de que, se uma garantia que esta prevista na Constituição não é cumprida, o cidadão tem o poder de buscar sua realização e efetividade via Poder Judiciário, v.g., o direito ao meio ambiente saudável, logo, todo morador da cidade de São Paulo poderia ingressar com uma ação chamando Prefeitura, Estado, e União, na expectativa de receber esta garantia.

Por último, a terceira causa diz respeito ao sistema nacional de controle de constitucionalidade, no qual se tem que qualquer juiz ou tribunal poderá deixar de aplicar a lei, caso a considere inconstitucional, controle incidental e difuso e, em que, dadas matérias podem ser levadas de pronto para a análise do Supremo Tribunal Federal em ação direta.

O Direito do Trabalho é atingido de modo direto pela segunda causa, porque, além de deter um texto próprio com a narrativa de obrigações e garantias, também possui o constitucionalismo de suas previsões, pois, o artigo 7º da Constituição Federal elenca todo o rol dos direitos e garantias do trabalhador individual, elevando estes ao status de direitos fundamentais (sociais).

A Constituição Federal de 1988 é progressista, generosa e transformativa. Apelidada de “constituição cidadã” por ter sido promulgada após um período no qual o Estado democrático de direito foi suprimido no país e por conter um respeitável rol de direitos e garantias contra o arbítrio, ela enuncia ainda um longo e detalhado capítulo de direitos econômicos e sociais. Além disso, ela contém normas ditas “programáticas” – isto é, normas que preveem objetivos a serem alcançados por meio de políticas públicas (como erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais sociais, constantes no art. 3º) – e comandos que explicitam valores a serem perseguidos pelo legislador infraconstitucional, juízes e administradores públicos. Diante disso, as questões da eficácia, da efetividade e da vinculação dos direitos sociais e das normas programáticas em relação a legisladores,

juízes e autoridades públicas vêm mobilizando os constitucionalistas brasileiros há algumas décadas (COUTINHO, 2013, p.189 e 190)

Os direitos e garantias individuais trabalhistas, ao adquirirem o status de fundamentais, passam a ser protegidos pela indisponibilidade, recebendo tratamento de patrimonial indisponível, uma falha do legislador, pois, os limites mínimos necessários para manutenção da ordem pública encontram-se dispostos na Consolidação das Leis do Trabalho, não havendo necessidade da constitucionalização, do mais, apenas pela CLT dar-se-ia às partes a liberdade de negociar, transacionar, e conciliar, sem necessariamente estar diante do juízo trabalhista, pois, a Consolidação não grava o ônus da fundamentalidade nos direitos individuais.

Os direitos individuais trabalhistas não são de cunho patrimonial, pois o próprio salário é reconhecido pela sua natureza como um crédito alimentar, logo, estes não podem ser equiparados a um bem imóvel, v.g.. Além disto, dentro dos limites mínimos impostos pela Consolidação das Leis do Trabalho, também não são indisponíveis – pois, indisponível é a vida, segurança, meio ambiente salubre, entre outros –, e, v.g., não se pode renunciar a vida em juízo, ao contrário do direito individual do trabalho, pois este dá às partes a possibilidade da disposição perante o magistrado.

A judicialização dos conflitos trabalhistas é consequência da constitucionalização dos direitos individuais tidos como fundamentais sociais, com esta, gravou-se o ônus da indisponibilidade e irrenunciabilidade, ambas de forma questionável, pois, na primeira viu-se a questão da disponibilidade relativa e absoluta, sendo sim, na última, tratados os direitos impossíveis de negociação, mediação, composição, e até mesmo renúncia, pois, se tratam de normas que atingem a pessoa e dignidade do trabalhador, v.g., sua vida e segurança física e mental no ambiente de trabalho. Não adiantaria impor o uso obrigatório de equipamentos de proteção se, em caso de um litígio, o empregado alegasse que não usava ou não queria usar porque estes o incomodam e o juízo desse validade à renúncia.

A judicialização nasce como consequência da negligência do Estado, pois este deixa de dispor e atender seus preceitos básicos narrados em texto Constitucional,

sobrando, desta forma, ao Poder Judiciário o papel do fazer cumprir, daquilo que deveria ser automático pela simples previsão.

Embora voltado para o âmbito do processo civil, o juízo tem pertinência com o tema, feitas as devidas adaptações. É que a deslegalização e a a desjudicialização na área trabalhista tem como correlatas a consolidação da autonomia coletiva e a ampliação das medidas de autotutela sindical. Em ordenamento jurídico como o nosso, a deslegalização se fundaria na verificação de que a lei, em sua rigidez e generalidade, não cobre a multiplicidade das situações reais, não responde às peculiaridades locais ou regionais, não acompanha a velocidade dos fatos resultantes das transformações sociais.

A desjudicialização com vista à solução de conflitos tem em conta a procura de uma justiça menos em autos do que nos fatos, da que não se pesa em pratos de balança, onde não haja sucumbência, porque moldada em juízo de equidade (DONATO, 2014, p.1053).

No Direito do Trabalho, o fenômeno trava a possibilidade das partes em conflito – interessadas na composição, de forma extrajudicial – resolverem todos os seus impasses, obriga-as, por causa da indisponibilidade, a buscarem o Poder Judiciário, e, em consequência, ocorre a distribuição de mais um processo. Além disto, entrega ao mesmo o controle de legislar por meio da edição de Súmulas com a pacificação da jurisprudência. Nos dias atuais, o próprio conteúdo destas deixa claro que o Estado não assume seu papel, pois, o Poder Judiciário toma para si a resolução, e, impõe ao cidadão algumas obrigações por repasse, como exemplo, a Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho que entrega, via estabilidade provisória, a “obrigação” à empresa para com empregados portadores do vírus HIV, quando na verdade quem deveria assumi-los é a Previdência Social, por meio da concessão de benefícios para possibilitar o tratamento médico e retorno da condição para o ambiente de trabalho.

O direito individual do trabalho nasceu com o objetivo de proteger o proletariado, contudo, na atualidade, precisa ser repensado e flexibilizado, visto que a classe trabalhadora evoluiu, e, muitas vezes, está mais à frente que a empregadora. Assim, continuar a engessar direitos cultuando a sociedade do processo é o mesmo que insistir no encarar do trabalhador, por vezes mestre ou doutor em sua área de atuação, como aquele que mal sabia ler e escrever, e era explorado em uma mina de carvão no período da Revolução Industrial.

A judicialização dos direitos trabalhistas leva ao abarrotamento desta esfera com processos que simplesmente poderiam ser resolvidos entre partes com a presença de um servidor, *v.g.*, do Ministério do Trabalho e Emprego, ou, entre iguais, em uma Comissão de Conciliação Prévia. Não adianta tentar flexibilizar, utilizar métodos propícios de resolução de conflitos, quando o próprio Direito do Trabalho não admite, por meio da constitucionalização de seu objetivo, que um termo emitido por uma CCP seja inválido quando um trabalhador, agente capaz, dotado de condições sociais, culturais, técnicas e econômicas queira renunciar a um direito garantido por interesses e necessidades próprias.

#### **4.2 O Princípio da Autonomia da Vontade e o Direito Fundamental: A Possibilidade de Solução Menos Traumática nos Conflitos Laborais**

O princípio da autonomia da vontade é basilar ao estudo do direito e das relações privadas, pois, significa dizer que as partes de um pacto jurídico são livres, porém, para a validade dos atos ajustados sob a forma da liberdade, necessitam respeitar os limites impostos pela Constituição Federal ou lei ordinária específica.

A jornada de trabalho instituída pela Constituição Federal e CLT se perfaz em 08 (oito) horas de labor diário, não excedendo 44 (quarenta e quatro) semanais, desta forma, pelo princípio da autonomia da vontade, nada impede que as partes, de acordo com suas necessidades e interesses, pactuem uma jornada laboral de 06 (seis) horas por dia, contudo, sendo defeso por lei um pacto de 10 (dez) horas diárias de trabalho. Logo, o princípio em análise existe para proteger a liberdade de cada indivíduo, sendo esta um direito constitucionalmente previsto, e, ao mesmo tempo, limitar a escolha individual com impacto no universo jurídico.

Este princípio consiste em conceder aos indivíduos a criação e manifestação da vontade dentro do âmbito jurídico, notadamente submetendo-os às regras e ideais impostos pelo ordenamento jurídico ou, pelo menos, não o contradizendo. Portanto, as partes não estão restritas à determinada escolha de um contrato típico, podendo então estabelecer uma modalidade de contrato de acordo com as suas devidas necessidades (contratos atípicos).

(...)

No tocante ao aspecto limitador da autonomia da vontade – este, ditado pela supremacia da ordem pública se constitui em um conjunto de interesses jurídicos, elementos morais, essenciais para o Estado e para a coletividade (GAIO JÚNIOR, 2012, p. 47 e 48).

A autonomia da vontade é uma garantia constitucional, um direito fundamental, o da liberdade, independente da crença, formação, raça, ou moral do indivíduo. Em se tratando de liberdade nas escolhas e modos para executá-las surge, assim, o Estado, com a normatização do mínimo para que estas decisões não afetem terceiros.

Fala-se da autonomia da vontade como direito fundamental, pois, está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, ao tratamento do indivíduo como sujeito capaz, detentor de suas faculdades mentais, com liberdade de escolher o melhor ou pior para a sua vida, qual caminho seguir e regras alcançar. Não cabe ao Estado dizer o que cada indivíduo deve ou não comer, o que vestir e etc.

O estudo do princípio da autonomia da vontade, sob o enfoque constitucional quanto ao direito fundamental, é baseado nas liberdades existenciais, como na de escolha, associação, privacidade, crença, opção sexual, e afins. Por sua vez, o mesmo, sob o enfoque civilista e suas relações contratuais, trata da liberdade econômica e patrimonial, a livre possibilidade de pactuar e demais celebrações de negócios jurídicos, tudo, de natureza privada e patrimonial. Para o direito do trabalho e a desjudicialização dos conflitos laborais, ambos os enfoques são de estudo pertinente.

Quando estudado o Direito do Trabalho, mais especificamente os contratos laborais, foca-se no princípio sob sua tutela civilista de cunho patrimonial, pois, as partes possuem liberdade no pacto, de acordo com suas vontades, interesses e necessidades; seria um ajuste da vaga de trabalho a chamada lei da oferta e da demanda.

A segunda causa da confusão dos anticontraturalistas reside nos conceitos de *liberdade e vontade*. Com efeito, como lucidamente adverte Carnelutti, se quem contrai uma obrigação aceita regulá-la de um certo modo, quer dizer que assim lhe convém. Mas, este princípio é válido até o ponto em que há *liberdade* de contrai-la. Se a *liberdade* falta, o regulamento pode ser aceito por força, mesmo se não convém. Neste caso, não é a *vontade* que está

ausente, mas a *liberdade*. O autor citado faz uma excelente demonstração desta teoria. Vejamo-la. Confronte-se a situação em que se encontra quem *quer* viajar em estrada de ferro e quem *quer* ir ao teatro. Um e outro devem, se quiserem gozar o serviço, aceitar a tarifa já fixada; um e outro *querem*, quando a aceitam, que seja assim. Mas o espectador é livre de *querer*, porque a necessidade do teatro é muito relativa. O viajante é muito menos livre, porque a necessidade de servir-se da ferrovia pode ser sem confronto mais urgente. Isto demonstra que o lado mais grave do problema não está na predisposição do regulamento por parte de um dos contraentes, mas na *liberdade* que te o outro de aceitá-lo. Se esta *liberdade* existe, o contraente que predispõe o regulamento não pode exceder-se na tutela do seu próprio interesse, de outro modo a outra parte não o aceitará. Se o empresário exige preços muito altos, o teatro ficará vazio. Mas, quando não há *liberdade* a predisposição unilateral do regulamento pode na realidade resultar numa imposição, que o outro contraente suporta, ao invés de uma proposta, que aceita (GOMES, 1995, p. 144).

A autonomia da vontade das partes, para o Direito do Trabalho, significa dizer que ninguém será obrigado a pactuar uma relação laboral, da mesma forma que não será forçado a dar continuidade a mesma, sendo princípio de validade para a existência do contrato de trabalho.

Sabendo que a função basilar, de existência do Direito do Trabalho, é de proteção do trabalhador, em especial, após a Constituição Federal de 1988, quando se datou o constitucionalismo estatal, o princípio da autonomia da vontade sofreu com algumas limitações, intervenções mínimas para que a vontade individual não venha a causar prejuízos a terceiros.

Dentro do estudo, surgiu o chamado dirigismo contratual, que trata das leis interferindo no conteúdo dos contratos. É a ordem jurídica imposta às vontades, é o Estado delimitando uma fronteira mínima de garantias e proteções a serem respeitadas. A Constituição Federal impõe o pagamento do salário mínimo nacional ao trabalhador, contudo, pode o mesmo receber uma quantia inferior a este desde que de forma proporcional às horas de labor na empresa, haja vista que o salário mínimo nacional é vinculado à jornada de trabalho máxima permita em texto constitucional.

A ordem jurídica exige a ocorrência de livre e regular manifestação de vontade, pelas partes contratuais, para que o pacto se considere válido. Nessa linha, a higidez da manifestação da vontade (ou consenso livre de vícios)

seria elemento essencial aos contratos celebrados (DELGADO, 2011, p. 497).

O estudo da autonomia da vontade frente ao dirigismo contratual leva à dúvida quanto à natureza jurídica do Direito do Trabalho, porque, trata-se de um ramo privado, contudo, possui normas de direito público, pois, tratar-se-iam de garantias cogentes, em sendo, de cumprimento obrigatório, sem a possibilidade das partes disporem de forma diferente. Com a publicização do direito privado esta confusão acentua-se ainda mais, pois, torna-se comum a invasão do Estado no âmbito privado do sujeito; é a interferência na liberdade individual, sob o crivo da proteção do cidadão e defesa de sua dignidade.

Apesar da confusão, o Direito do Trabalho tem natureza jurídica privada, pois, funda-se no contrato de trabalho, que se embasa na liberdade da vontade das partes. Quanto às normas cogentes, as disposições constitucionais e celetistas quando tratam, v.g., de salário e jornada de trabalho, traçam um marco máximo de garantias a serem respeitadas, mas, não limitam um mínimo, sendo este livremente discutido pelas partes contratantes, deixando estas disporem de forma diversa. Cada vez mais os princípios – mesmo que considerados tradicionalmente de direito público, como o da autonomia da vontade – sofrem, pouco a pouco, a interferência do Estado, sob o crivo da manutenção da proteção e dignidade do indivíduo.

Quanto ao princípio da autonomia da vontade, e, a liberdade do indivíduo de escolher uma via alternativa para a solução de seu conflito, que seja diversa da jurisdição, discute-se o enfoque constitucional deste, pois, trata-se de deixar o cidadão livre para optar por quem – ou quais dos entes competentes para tanto – poderá lhe amparar e devolver a paz mediante o fim do conflito laboral; isto significa deixar a parte livre.

O Direito do Trabalho, quando em litígio, é revestido pelos princípios da indisponibilidade e da irrenunciabilidade, que, dentre outras limitações, impede que o trabalhador realize dados acordos diretamente com seu empregador, sendo necessária a distribuição de uma reclamação e acompanhamento judicial para tanto, ou seja, obriga o cidadão a jurisdição.



Ao obrigar o indivíduo a jurisdição, ou, não imprimir validade jurídica a acordos celebrados em meios alternativos, como nas Comissões de Conciliação Prévia, o Estado afronta direitos e garantias fundamentais, pois, a autonomia da vontade ou liberdade de escolha está baseada em princípios como a livre iniciativa (CF, arts. 1º, inciso IV e, 170), direito de propriedade (CF, art. 5º, inciso XXII), acesso à justiça (CF, art. 5º, inciso XXXV), e, razoável duração do processo, inclusive do administrativo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII).

O Estado, ao impor a jurisdição como único meio válido para a resolução de conflitos laborais, inclusive com amplos poderes ao juiz trabalhista podendo este admitir transação e renúncia, retira do cidadão sua autonomia de escolha, trata-o como um incapaz, também de saber apontar o que lhe é melhor ou pior. É necessário tornar o indivíduo livre, capaz de exercitar seu direito fundamental de escolha, sabendo ponderar qual o melhor meio ou método para a resolução de seu conflito, especialmente, considerando a celeridade para composição.

Quando o Estado limita a escolha do indivíduo, priva-o de informação, sendo esta também um direito constitucionalmente garantido como fundamental (art. 5º, inciso XXXIII). Transforma-o em um cego, trata-o como um débil incapaz, inclusive, de apontar qual método adotar para resolver um conflito seu, individual e privado. Ao priorizar a resolução via jurisdição, o Estado afronta seu próprio texto constitucional, e as garantias e direitos fundamentais narrados a cada indivíduo, além disto, incentiva a política dos conflitos judiciais – mesmo tendo conhecimento do tempo mínimo estimado para a duração real de um processo, e, frente às políticas do próprio Poder Judiciário de uso dos métodos alternativos para a resolução de conflitos –, quando, na verdade, deveria motivar a prática conciliatória.

Em verdade, por muito tempo, o Judiciário focou-se, prevalentemente, em sua face de *Poder* (dimensão estática), acabando por se distanciar do jurisdicionado, o qual almeja unicamente *efetividade* na resposta jurisdicional (dimensão funcional), levando a que, numa tentativa de recuperação de seu prestígio social, se implantassem os Juizados Especiais, dos quais se esperava pudessem recepcionar a chamada *litigiosidade contida*. Seja por conta de uma excessiva demanda reprimida, ou por um possível subdimensionamento da estrutura desses Juizados (ou por ambas as causas), fato é que, de tempos a

esta parte essas instâncias começaram a dar sinais de esgotamento, com pautas sobrecarregadas e audiências muito protraídas (...)

(...)

Aparentemente, o crescimento dos chamados *meios alternativos* de resolução de conflitos se explicaria pela baixa efetividade da Justiça estatal, ou seja: quanto mais piora o desempenho do serviço estatal de distribuição de Justiça, mais cresceriam, em número, modalidades e credibilidade, os *equivalentes jurisdicionais*. Essa lógica do “quanto pior, melhor”, todavia, não deve ser buscada, nem incentivada, porque, ao fim e ao cabo, levará a um *jogo de soma zero*, em que todos perderão: a Justiça estatal continuará deficitária em qualidade e produtividade, e as instâncias paraestatais não conseguirão recepcionar o afluxo dos litigantes decepcionados com o Judiciário. Com efeito, os *meios alternativos*, pelo fato de não terem seu custeio provido pelo Estado, têm crescimento limitado, não podendo acompanhar *paripassu* o aumento da demanda por uma Justiça célere, informal e de baixo custo; de outra parte, a parca eficiência da Justiça estatal deve ser combatida por *todos* os *meios* disponíveis, seja por ser tratar de uma prestação ofertada constitucionalmente (art. 5º, XXXV), seja porque muitas demandas precisam receber uma passagem judiciária, em virtude de peculiaridades da matéria ou da pessoa (ações ditas *necessárias*), seja, enfim, por se terem frustrado as tentativas de solução consensual (MANCUSO, 2009, p. 254 e 257).

A utilização dos métodos ou meios propícios para a resolução da lide não implica dizer que a jurisdição vem perdendo força ou o lugar que ocupa junto ao Poder Judiciário, v.g., a arbitragem não nasce e torna-se efetiva nas relações com o intuito de ser mais visível que este, pois a intenção é deixar, ao Poder Judiciário, causas de real complexidade, abalo social, repercussão geral, demandas coletivas, e afins, consentindo as estas individuais – quando possível – a serem resolvidas entre as partes com o auxílio de uma das possibilidades alternativas para solução.

O que também poderia ser somado aos problemas do Poder Judiciário, além do então apresentado sobrecarregamento de ações à espera de um julgamento e consequente morosidade, é a quantidade de recursos que os códigos ofertam para as partes, na expectativa de uma revisão ou mera procrastinação, os escândalos de corrupção envolvendo magistrados e serventuários da justiça, e tantos outros fatores que levam a sociedade a desacreditar, diariamente mais, no Poder Judiciário.

Sem dúvida, o maior problema enfrentado pelo Poder Judiciário, que dá vez aos métodos propícios de resolução do conflito, é o tempo, a morosidade para a resolução do caso concreto. O site do Tribunal Superior do Trabalho aponta, em dias, o tempo médio de resolução de um conflito de competência trabalhista, em sendo, uma

média total de 744 (setecentos e quarenta e quatro) dias; este número fora analisado com base em uma área considerada pequena, trata-se da 23ª Região (Tribunal do Estado de Mato Grosso), dados do ano de 2014. Para este total, 91 (noventa e um) dias são destinados à primeira instância entre distribuição e sentença, se houver apelo ao Tribunal Regional do Trabalho, serão mais 118 (cento e dezoito) dias de tramitação, e em casos de Recurso de Revista, mais 535 (quinhentos e trinta e cinco) dias de etapa processual.

Para uma justiça que ainda é considerada célere ante a natureza alimentar do crédito que se discute – da distribuição até o recurso no TST um trâmite de mais de dois anos – é muito tempo para quem espera, por vezes, pelo recebimento de um salário. Destaca-se que estes números são de uma Região de pequeno porte, sendo muito superior em áreas como São Paulo e Rio de Janeiro, do mais, não se levaram em consideração fatores como férias do magistrado, greves, procrastinação das partes, razões que tumultuam ainda mais o andamento processual.

Após mais de dois anos de trâmite, vale lembrar que, não havendo um acordo no curso do processo, o mesmo retorna a sua origem e inicia-se, então, a fase de execução, levando mais alguns anos para a conclusão deste feito.

Para a consecução desse objetivo as Justiças estatal e paraestatal não devem concorrer entre si e menos ainda disputar espaço ou “reserva de mercado” mas antes devem integrar completamente, de que é exemplo a arbitragem, que, embora configure uma Justiça “privada” (livremente ajustada pelos interessados), todavia consente eventuais passagens pela Justiça estatal: para obtenção de sentença que determine a efetiva realização da arbitragem, em caso de injusta resistência de uma das partes à sua instalação, ou de sentença que anule a decisão arbitral, quando eivada de nulidade insanável (Lei 9.307/96, §2º do art. 7º; arts. 32, 33). É com esses dois planos interagindo – e não se auto-excluindo – que pode ser alcançada a desejável composição justa dos conflitos em tempo razoável, devendo todo operador do Direito – juiz togado, árbitro, conciliador, mediador, tabelião, juiz de paz – ter presente que o processo é um instrumento finalístico, que se justifica na medida em que consegue promover a justa composição do conflito, em tempo razoável e numa boa equação entre custo e benefício (MANCUSO, 2009, p. 258).

A desjudicialização dos conflitos trabalhistas, além de ser uma saída célere, gratuita (v.g. as Comissões de Conciliação Prévia), privada (sem o transtorno da

publicidade processual), entre outras vantagens, trata-se, também, de uma medida de desobstrução do Poder Judiciário, sendo a forma mais justa de resolução dos conflitos, pois, as próprias partes necessárias é que, com o auxílio de um mediador, a v.g., construiriam seu ajuste e posterior sentença, não havendo imposição judicial.

O direito de escolher o meio ou método para a resolução encontra-se previsto em leis ordinárias, em sendo, a de arbitragem, dos juizados especiais, CLT, entre outras. Quando o Estado impõe a jurisdição ao indivíduo, além de afrontar sua escolha e liberdade validadas pelo ordenamento específico, fere o direito fundamental constitucionalmente previsto de ser o cidadão livre em suas escolhas, sem prejuízo de terceiros.

A base do conceito de liberdade é constituída, portanto, por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade.

(...)

Toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado. Toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo, por um direito, garantido direta e subjetivamente, a que o Estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre. Se se combinam liberdade e proteção no conceito de liberdade protegida, então, esse tipo de liberdade protegida é composto pela associação entre uma liberdade não-protégida e um direito ao não-embaraço de ações. O direito ao não-embaraço é um direito a uma ação negativa. Aos direitos a ações negativas correspondem proibições dessas ações. Proteções por meio de proibições podem ser chamadas de “proteções *negativas*”. Quando se fala em direitos fundamentais como “direitos de defesa”, quer-se, em geral, fazer referência aos direitos, contra o Estado, a ações negativas que protegem liberdades fundamentais. Esses direitos estão ligados à *competência* para questionar judicialmente sua violação. Quando se juntam essas três posições – uma *liberdade* jurídica, um *direito* contra o Estado a um não-embaraço e uma competência para questionar judicialmente a violação desse direito –, é possível falar em um direito negativo de liberdade em face do Estado que seja totalmente desenvolvido (ALEXY, 2014, p. 220 e 234).

Segundo a triádica do autor, o Estado, ao impedir a escolha do indivíduo de qual meio optar para resolução, fere o direito fundamental na seguinte ótica: empregado e empregador – titulares da liberdade, sujeitos de uma relação privada, detentores de capacidade –, obstáculo – obrigação a jurisdição, falta de flexibilização do Estado – e objeto da liberdade – direito de escolher, por meio dos métodos alternativos de resolução de conflitos, qual o melhor e viável para entrega de seu caso concreto.

O Estado na busca de resguardar e tornar efetiva a proteção do trabalhador dá, ao mesmo, tratamento infantilizado, como se este fosse incapaz de fazer uma escolha sem ao final se prejudicar com a mesma, e, reveste o Poder Judiciário trabalhista com mantos maternais, e não jurisdicionais.

O direito do trabalho é um direito constitucionalmente narrado como fundamental social, sendo este a mola propulsora do cidadão para alcance da dignidade, contudo, utilizar-se deste e sua proteção para ferir uma garantia constitucional descrita como fundamental, em sendo, a liberdade de escolha, é retirar do indivíduo sua capacidade mínima de inserção na sociedade, ou seja, é dispensar tratamento de incapacidade impondo a este a jurisdição como método exato e eficaz para a resolução das lides laborais.

#### **4.3 O Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho acerca do Tema**

O tema judicialização – fundamentalidade do Direito do Trabalho, indisponibilidade, renúncia de garantias individuais trabalhistas, e, métodos propícios de resolução de conflitos – frente à necessidade judicial que apresenta a matéria, possui inúmeras controvérsias perante a doutrina. A análise que se fará neste ponto é a existência ou não destas no Superior Tribunal do Trabalho, por meio da verificação de decisões de suas turmas.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO DA DEMANDA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EFEITOS DA QUITAÇÃO - SÚMULA 330 DO TST. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.** Confirmada a ordem de obstaculização do recurso de revista, na medida em que não demonstrada a satisfação dos requisitos de admissibilidade, insculpidos no artigo 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido. "O Recurso de Revista é próprio, tempestivo, preparado através das custas e depósito recursal de fls. 398/399, sendo regular a representação processual. Alega a recorrente que os reclamantes teriam de submeter a controvérsia, primeiramente, à apreciação da Comissão de Conciliação Prévia instituída, nos termos do previsto na Lei 9.958, de 13/01/2.000. Aponta violação do art. 652-D, da CLT. Segundo o v. acórdão, "...cumpre registrar que o artigo 625, letra "A", CLT, faculta a instituição de Comissão de Conciliação Prévia, que tem a finalidade de tentar a conciliação dos conflitos surgidos antes do ajuizamento da ação trabalhista.

Assim, pelo que se depreende do referido artigo, a instituição das Comissões é facultativa, não obrigatória, todavia, uma vez instituída e, de conformidade com o artigo 625, § 3º, letra "D", CLT, qualquer demanda de natureza trabalhista será a elas submetida, salvo motivo relevante, devidamente comprovado. Todavia, pelo que se depreende da CCT anexada aos autos, em sua cláusula 17a. - fl.171 - fora instituída a Comissão de Conciliação Prévia, em Patrocínio, cidade diversa da localidade onde prestou serviços o reclamante, sendo certo que o autor nunca trabalhou na referida cidade, sede da empresa" Todavia, não se verifica a ofensa ao preceito indicado, especialmente porque ressaltado que a instituição das Comissões é facultativa (Súmulas 126 e 221/TST) (Tribunal Superior do Trabalho - Processo: AIRR - 182740-49.2004.5.03.0042 Data de Julgamento: 28/04/2010, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/05/2010).

A Comissão de Conciliação Prévia não será um obstáculo para o acesso ao Poder Judiciário, mas sim, uma alternativa que visa esvaziar este, pois, se está instituída é porque deveria ser condição da ação, passar inicialmente por esta, e, sendo infrutífera a tentativa, então sim, ocorrer a distribuição do processo na Justiça do Trabalho. O próprio Poder Judiciário deveria, assim, estabelecer na expectativa de reciclar a ideia e o culto ao processo.

**"AGRAVO DE INSTRUMENTO - COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - ACORDO FIRMADO EXTRAJUDICIALMENTE SEM RESSALVA - VALIDADE - QUITAÇÃO AMPLA.** 1. A Lei 9.958/00 introduziu a figura das Comissões de Conciliação Prévia (CCPs) a serem instituídas no âmbito das empresas ou dos sindicatos, facultativamente, com a finalidade de buscar a composição dos conflitos individuais de trabalho (CLT, art. 625-A), de modo a que não seja necessário o ajuizamento de ação perante esta Justiça Especializada. Trata-se, portanto, de forma alternativa de solução de conflitos, junto com a arbitragem e a mediação pelo Ministério do Trabalho. 2. Para a composição dos conflitos individuais de trabalho, está prevista a tentativa prévia de conciliação pelo sindicato, passando-se, caso não haja acordo, à fase judicial. Todavia, a partir do momento em que as partes elegem o foro extrajudicial para dirimir conflito intersubjetivo de interesses, no caso a CCP, e chegam ao consenso, forçoso reconhecer que o Termo de Conciliação possui natureza de ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI), que traduz manifestação espontânea de vontades e constitui título executivo extrajudicial (CLT, art. 625-E, parágrafo único). 3. Na hipótese em exame, o TRT consignou que o termo de conciliação extrajudicial firmado perante a Comissão de Conciliação Prévia tem força de título executivo extrajudicial, com eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas. Registrou que o Recorrente aceitou, espontaneamente, a via da conciliação, não podendo, assim, ingressar em juízo objetivando haver possíveis diferenças de verbas salariais que entende ainda devidas. 4. Ora, o uso da CCP como mero órgão de passagem de acesso ao Judiciário frustra o objetivo da lei que a instituiu, que é o desafogamento do Judiciário Trabalhista. Assim, tendo as instâncias ordinárias consignado que o Reclamante firmou o termo de conciliação sem nenhuma ressalva,

forçoso reconhecer que esse ajuste possui natureza de transação extrajudicial com implicações na esfera judicial, até porque não se alegou manifestação de vontade viciada que pudesse invalidar o ato jurídico perfeito e acabado." (Tribunal Superior do Trabalho - Processo AIRR - 1435/2004-036-01-40, Data de Julgamento - 23/11/2007, 7ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra)

Na decisão, apesar de antiga (2007), tem-se o reconhecimento, pela instância máxima na esfera trabalhista, dos métodos propícios de resolução da lide, inclusive, como forma de desafogar o Poder Judiciário.

**ARBITRAGEM EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. INVALIDADE. QUITAÇÃO GERAL DO CONTRATO DE TRABALHO.** A jurisprudência desta Corte superior vem-se firmando no sentido de que é inválida a utilização de arbitragem, método de heterocomposição, nos dissídios individuais trabalhistas. Tem-se consagrado, ainda, entendimento no sentido de que o acordo firmado perante o Juízo Arbitral não se reveste da eficácia de coisa julgada, nem acarreta a total e irrestrita quitação das parcelas oriundas do extinto contrato de emprego. Precedentes desta Corte superior. Agravo de instrumento não provido. (Tribunal Superior do Trabalho Processo: AIRR - 141000-13.2008.5.02.0006 Data de Julgamento: 12/11/2014, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/11/2014).

**ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO** 1. A Lei 9.307/96, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no art. 1º, o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como em razão da ausência de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e irrenunciáveis. Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Portanto, não se compatibiliza com o direito individual do trabalho a arbitragem. 2. Há que se ressaltar, no caso, que a arbitragem é questionada como meio de quitação geral do contrato de trabalho. Nesse aspecto, a jurisprudência desta Corte assenta ser inválida a utilização do instituto da arbitragem como supedâneo da homologação da rescisão do contrato de trabalho. Com efeito, a homologação da rescisão do contrato de trabalho somente pode ser feita pelo sindicato da categoria ou pelo órgão do Ministério do Trabalho, não havendo previsão legal de que seja feito por laudo arbitral. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento (Tribunal Superior do Trabalho Processo: E-ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, divulgado no DEJT de 30/3/2010).

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. JUÍZO ARBITRAL. COISA JULGADA. LEI Nº 9.307/96. CONSTITUCIONALIDADE.** O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal

dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei nº 9.307/96. É que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades, e o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão-só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça à direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96. Despicienda a discussão em torno dos arts. 940 do Código Civil e 477 da CLT ou de que o termo de arbitragem não é válido por falta de juntada de documentos, haja vista que reconhecido pelo Tribunal Regional que a sentença arbitral observou os termos da Lei nº 9.307/96 - a qual não exige a observação daqueles dispositivos legais e não tratou da necessidade de apresentação de documentos (aplicação das Súmulas nºs 126 e 422 do TST). Os arestos apresentados para confronto de teses são inservíveis, a teor da alínea a do artigo 896 da CLT e da Súmula nº 296 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento (Tribunal Superior do Trabalho - RR 1640/2003-051-01-40.0 NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 1475/2000-193-05-00 Relator Ministro Pedro Paulo Manus - PUBLICAÇÃO: DJ - 17/10/2008).

**RECURSO DE REVISTA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ARBITRAGEM. LEI N.º 9.307/96. INAPLICABILIDADE.** A SDI-1 desta Corte firmou entendimento de que o instituto da arbitragem previsto na Lei nº 9.307/96 é inaplicável ao Direito Individual do Trabalho. Precedentes. (...)“O Juízo "a quo" rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva "ad causam" suscitada pela 2ª reclamada e acolheu a prejudicial de mérito relativa à cláusula compromissória, invocada pela primeira reclamada, considerando o presente feito extinto sem resolução de mérito, nos termos no art.267, VII, do CPC. No caso, consta cláusula compromissória no contrato de prestação de serviços firmado entre as partes, no sentido de que estas se comprometeriam submeter à arbitragem possíveis querelas decorrentes dos serviços prestados. Assim, o Juízo "a quo", considerou que o uso do instituto da arbitragem, no caso, seria obrigatória vez que as partes optaram por esta via para solucionar possíveis litígios, impedindo-as de propor demanda judicial, eis que ao inserirem cláusula compromissória, encontram-se atadas aos Princípios da Lealdade e da Boa-fé. A demanda versa sobre pedido de reconhecimento de relação celetista, formulando o autor pleito de natureza trabalhista, os quais são indisponíveis e, portanto, estão ao largo da competência prevista no artigo 1º da Lei 9.307/96 (...).Recurso de Revista não conhecido. (Tribunal Superior do Trabalho PROCESSO Nº TST-RR-189600-42.2008.5.07.0001 8ª Turma - Relatora: Juíza Convocada Maria Laura Franco Lima de Faria – Data de Julgamento 14 de novembro de 2012. Acórdão divulgado no DEJT, nos termos da lei 11.419/06 em 16.11.2012).

Os métodos alternativos de resolução de conflitos trabalhistas possuem controvérsias quanto a sua utilização, limitação, e validade perante a Justiça do Trabalho; apesar de ser a forma mais eficaz e célere de solução, ainda encontra



resistência perante o Poder Judiciário, instituição mais interessada em ter a propagação e validação destes meios, por serem estes a medida “paliativa” necessária para o desafogamento do Poder Judiciário Nacional. Especialmente no que tange a Justiça do Trabalho, ante sua celeridade mais que necessária por tratar de questões de natureza alimentar, e, por garantir – segundo a Constituição Federal – a efetividade dos direitos fundamentais sociais, além, da manutenção do direito constitucionalmente previsto como fundamental à liberdade e escolha de todo cidadão.

## CONCLUSÃO

A evolução do conceito de trabalho, sem dúvida, progrediu junto com o homem; antes este era considerado apenas um esforço físico, atualmente, trata-se de qualquer atividade com o intuito de produção, seja ele braçal ou intelectual – v.g., o desenvolvimento de um programa, sistema ou afins –, porém, o conceito de direito do trabalho não conseguiu acompanhar esta evolução, estando travado à tempos remotos nos quais o trabalhador era o ser explorado com limitações técnicas, sociais, culturais e econômicas, não sendo, muitas vezes, capaz de ser o senhor de suas vontades e detentor de discernimento mínimo para a escolha do que lhe era melhor.

O Direito do Trabalho continua preso a sua essência, encontra-se, ainda, na revolução industrial, em que famílias eram negociadas para trabalhar até a morte em minas de carvão; ainda amarrado aos ideais pós-escravagistas. É evidente que a exploração ainda existe, contudo, até esta mudou, encontrando novos meios e conceitos para sua ocorrência.

O conjunto de direitos e deveres laborais e processuais trabalhistas é um exemplo de saudosismo, a Consolidação das Leis do Trabalho ainda vigente nos dias atuais, datada de 1º de maio de 1943, quando se vive a era do labor remoto, teletrabalho, e outros exemplos de atividades, que fogem às definições e garantias do texto celetista. Evoluir para flexibilizar é uma necessidade latente às normas de direito e processo do trabalho.

Com a ampliação da competência trabalhista mediante a Emenda Constitucional n. 45/2004, várias ações passaram a ser de responsabilidade da Justiça do Trabalho, tais como debates de aposentadoria e indenizações, dilatando, desta forma, o número de processos entregues a esta competência, mas, não preparando esta estrutura para tanto. Aumentou-se as estatísticas processuais, contudo, não houve uma reforma na infraestrutura, uma readequação da Justiça Laboral, gerando assim, a morosidade e o deturpar do conceito de acesso à justiça. Reformou-se a competência, mas não os direitos e o processo laboral.

A flexibilização é o caminho necessário antes de qualquer reforma nas normas trabalhistas, pois, não adiantará trazer a lei para o atual cenário laboral se esta continuar revestida dos princípios basilares, porém, rudimentares da proteção, da indisponibilidade e da irrenunciabilidade. O Direito do Trabalho precisa, sim, continuar com seu enfoque constitucional, sua definição de garantia fundamental social, contudo, de forma mais possível e alcançável às partes no momento do diálogo e da negociação.

A função da garantia fundamental social ao Direito do Trabalho nada mais é do que dignificar o homem pelo seu labor – e por meio do seu provimento, proporcionar uma melhor educação, alimentação, moradia entre outros – o que, ao final, torna-se uma proteção contra o próprio Estado, que talvez justificasse o fato de ser um ramo do direito privado tão público e com maior intervenção estatal que o previsto, e, também, o mais engessado, deixando as partes laborais amarradas diante de algumas situações.

Quando se fala em flexibilizar não é admissível a ideia do “faça como quiser”, mas sim, a definição de uma lei com garantias mínimas e razoáveis como regra máxima para as partes, e, a possibilidades de exceções, pois, flexibilizar significa dizer tornar maleável, adaptável, neste caso, a real situação empregatícia e empresarial.

Flexibilizado o direito material, é necessário fazer o mesmo com o processual, pois, além do engessamento das garantias, v.g., impossibilidade de redução salarial negociada de modo direto entre as partes – ou paga o combinado ou demite-se um empregado – há, também, a necessidade de liberar as partes da era da judicialização dos conflitos laborais em que se vive.

Nos tempos atuais, apesar do texto Constitucional e de tantas outras normas primarem pela conciliação e demais métodos, como o Código de Ética e Disciplina, Novo Código de Processo Civil, Projeto de Lei da Mediação, Lei dos Juizados Especiais, Lei de Arbitragem, a própria CLT, entre outros, vive-se tão somente a jurisdição trabalhista.

A Comissão de Conciliação Prévia perde o status de condição da ação sob a fundamentação de ferir o princípio do acesso à justiça; a Lei de Arbitragem, pela corrente majoritária, é tida como inaplicável ao Direito do Trabalho por ser este patrimonial, porém, indisponível – dando a este status de vida. Desta forma, a

Conciliação existe apenas em sua vertente processual, não sendo utilizados os preceitos da lei do juizado especial cível. Por sua vez, a Mediação, nos tempos atuais, com previsão no Novo Código de Processual Civil, possui regras próprias em tramitação em disposição específica para o Direito do Trabalho, assim, um a um, os métodos propícios para a solução de conflitos são descartados quando se fala em lide laboral, restando como única saída, ou meio, a jurisdição, a Justiça Laboral.

Os métodos propícios – mesmo que utilizáveis nos conflitos laborais – estariam, no momento atual, fadados ao insucesso ante os princípios da indisponibilidade e irrenunciabilidade, pois, qualquer ajuste feito por intermédio destes métodos estaria passível de discussão quanto a sua validade perante a Justiça do Trabalho.

Proteger a figura do trabalhador não implica na proteção e garantia do cumprimento do direito social, pois, ao obrigar as partes à jurisdição, o próprio Estado afronta um direito constitucionalmente previsto, como o da liberdade, da autonomia da escolha, e, tira do indivíduo sua capacidade básica de seleção daquilo que melhor lhe convém. Do mais, o princípio do acesso à justiça é uma garantia, não uma obrigação, bem como entender a justiça como somente jurisdição significa voltar-se contra os novos conceitos de acesso a esta, que nada mais é do que o direito de ter o seu conflito resolvido e pacificado. Para tanto, não será apenas o juiz o detentor desta capacidade.

Flexibilizar é preciso, e, da mesma forma, deve-se imprimir validade aos métodos alternativos para a solução de conflitos. Quando se tratam dos de natureza laboral, ao adotar estas concepções, o Estado, de fato, estaria mantendo os direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo, respeitando sua capacidade e necessidade, possibilitando, assim, a manutenção de muitos empregos, bem como a abertura de tantos outros postos de trabalho. Flexibilizar, e desvincular, do Poder Judiciário, a resolução de lides laborais são caminhos para o alcance da concretização do sonhado princípio da razoável duração do processo, sendo estes, na atualidade, os meios garantidos como vias para o desafogamento da Justiça Laboral e a impressão – necessária ao Direito do Trabalho – de uma ciência que estuda e garante os postos de trabalho, não um mero instrutório da proteção de uma única parte, em sendo o trabalhador.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert; tradução Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ALVIM, J.E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.
- BOBBIO, Norberto; tradução Carlos Nelson Coutinho. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BORGES, Leonardo Dias. **O Processo do Trabalho à Luz do Novo Código de Processo Civil**. Niterói: Impetus, 2014.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; tradução Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um Processo**. Leme: EDIJUR, 2012.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A Constituição na vida dos Povos - Da Idade Média ao Século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri; MARINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e Solução de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2008.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei de Arbitragem Comentada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Tutela Específica das Obrigações de Fazer**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Arbitragem**. São Paulo: Rideel, 2012.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOTTSCHALK, Egon Felix. **Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

GRAVATÁ, Isabelli... *et al.* **CLT Organizada**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini... *et al.* **O Processo Civil Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Justiça e Litigiosidade – História e Prospectiva**. Portugal: Calouste Gulbenkian, 1993.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo Queiroz; ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: UNESP; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual do Trabalho**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SEM, Amartya; tradução Laura Teixeira Motta. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, Zoraide Amaral de. Arbitragem, **Conciliação, Mediação nos Conflitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito - Primeiras Linhas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WALD, Arnoldo (organizador). **Doutrinas Essenciais – Arbitragem e Mediação. Volume IV**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos (organizador). **Fundamentos de História do Direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.