



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO**

NATASHA SOUZA CLEMENTE DA SILVA

***O JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO EM FACE DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL***

FORTALEZA

2014

NATASHA SOUZA CLEMENTE DA SILVA

O *JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO EM FACE DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL

Monografia submetida à Universidade Federal
do Ceará- UFC como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Maurício Feijó Benevides de
Magalhães Filho.

FORTALEZA
2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- S587j Silva, Natasha Souza Clemente da.
O jus postulandi na justiça do trabalho em face do devido processo legal / Natasha Souza Clemente da Silva. – 2014.
56 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito Processual do Trabalho.
Orientação: Prof. Dr. Maurício Feijó Benevides de Magalhães Filho.
1. Justiça do trabalho - Brasil. 2. Acesso à justiça. 3. Devido processo legal. 4. Defensores públicos - Brasil. I. Magalhães Filho, Maurício Feijó de (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

NATASHA SOUZA CLEMENTE DA SILVA

O *JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO EM FACE DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL

Monografia submetida à Universidade Federal do Ceará - UFC como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Maurício Feijó Benevides de Magalhães Filho.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Maurício Feijó Benevides de Magalhães Filho (orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Mestre Michel Macarenhas Silva
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Mestra Camilla Araújo Colares de Freitas.
Universidade Federal do Ceará – UFC

Aos meus avós.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pela conclusão de uma importante etapa da minha vida, por estar comigo sempre, por me amparar quando eu não consigo seguir só e pela família que eu tenho.

À família e aos amigos, pelo incentivo e pelas reflexões acerca do tema apresentado.

Aos meus avós, por toda a dedicação a mim concedida.

Ao orientador, o professor Maurício Benevides, pelas críticas, pelas sugestões e pelo apoio na elaboração do trabalho.

RESUMO

O jus postulandi está presente na área do Direito do Trabalho antes mesmo do advento da Consolidação das Leis Trabalhistas, pois seu exercício já era autorizado pelo Decreto nº 22.132 de 25/11/32, que permitiu aos empregados sindicalizados pleitearem junto às Juntas de Conciliação e Julgamento sem a representação por advogado. O permissivo revela uma tentativa de compelir os empregados à sindicalização, além de garantir uma maior facilidade ao trabalhador na busca da efetivação dos seus direitos, pois aquele não filiado somente poderia pleitear seus direitos perante a Justiça Comum. O instituto cumpriu seu papel a época em que fora criado, mas atualmente as relações de trabalho se tornaram cada vez mais complexas, além do fato de o processo do trabalho não mais se caracterizar pela simplicidade. Assim, faz-se necessário analisar o referido instituto sob a ótica do constitucionalismo, a partir da sua contraposição aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça. Trata-se de direitos fundamentais, cuja efetivação é de extrema relevância diante da nova ordem constitucional, a qual exige que as leis infraconstitucionais somente devem ser aplicadas se em concordância com a Constituição.

Palavras-chave: Jus Postulandi. Devido Processo Legal. Acesso à justiça. Ampla Defesa.

ABSTRACT

The jus postulandi is present in the Labour Law even before the advent of the Consolidação das Leis Trabalhistas as their exercise was already authorized by Decree No. 22.132 of 11/25/32, which allowed union employees plead with the Juntas de Conciliação e Julgamento without legal representation. The permissive reveals an attempt to compel employees to unionization, and ensure greater ease to the worker in the pursuit of realization of his rights, since the unaffiliated one could only plead his rights in the common courts. The institute has fulfilled its role at the time of its creation, but currently working relations have become increasingly complex, besides the fact that the process of labor no longer be characterized by simplicity. Thus, it is necessary to analyze such office from the perspective of constitutionalism, in opposition to due process of law, the adversarial legal defense and access to justice. These are fundamental rights whose realization is extremely relevant given the new constitutional order, which requires the infra laws should only be applied in accordance with the Constitution.

Keyword: Jus Postulandi. Due Process of Law. Access to justice. Adversarial Legal Defense.

SUMÁRIO

Introdução	8
Capítulo 1. A distinção entre capacidade de ser parte, capacidade processual e <i>jus postulandi</i>	10
1.1. A capacidade de ser parte.	10
1.2. A capacidade de estar em juízo, processual ou <i>legitimatío ad processum</i>	12
1.3. A Capacidade Postulatória.	15
1.3.1. O <i>Jus Postulandi</i> na Justiça do Trabalho.	20
Capítulo 2. Uma abordagem constitucional do <i>Jus Postulandi</i>	28
2.1. O <i>jus postulandi</i> em face do devido processo legal.	31
2.2. O direito fundamental de acesso à justiça.	39
Capítulo 3. Medidas para garantir o acesso à justiça.	43
3.1 A Defensoria Pública na orientação jurídica e defesa dos necessitados.	44
3.2. A atuação dos Sindicatos.	49
Conclusão.	53
Referências.	55

INTRODUÇÃO

Para garantir a proteção do direito dos trabalhadores e facilitar o acesso a justiça, o legislador possibilitou à parte postular de forma independente perante o Judiciário, quer dizer, sem a representação de advogado.

Contudo, faz-se necessário analisar se essa facilidade de acesso à justiça garante à parte utilizar todos os meios processuais possíveis na busca de uma tutela efetiva, de modo que a ampla defesa seja implementada não apenas em seu aspecto formal, mas também no material.

Questiona-se se a parte, atuando sem patrocínio, diante das complexas relações de trabalho e do advento da Emenda Constitucional nº 45/04, que ampliou consideravelmente a competência da Justiça do Trabalho, tem amplas condições de ver satisfeita a sua demanda ou de ver o conflito resolvido de maneira menos gravosa.

Há divergência na doutrina quanto à permanência da plena aplicação do *jus postulandi* na Justiça Laboral. Os defensores do instituto alegam que o empregado e o empregador têm uma prerrogativa simplificadora do processo do trabalho e que eventual desvantagem em relação à parte não representada poderá ser suprida por uma participação ativa do juiz.

Por outro lado, os que se contrapõem ao instituto afirmam que o direito material e processual do trabalho são complexos de tal maneira que os leigos encontram bastante dificuldade em interpretá-los. Dessa forma, o *jus postulandi* da parte caracterizaria uma desvantagem àquele que o utiliza.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto do *jus postulandi* em face do princípio do devido processo legal e seus desdobramentos, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa e o direito ao acesso à justiça.

De fato, a abordagem que se faz está relacionada às dificuldades de acesso à justiça impostas pelo instituto, tendo em vista o risco de dano à efetiva obtenção dos direitos daqueles que litigam sem advogado.

Portanto, o presente trabalho fora desenvolvido com base em pesquisa bibliográfica, por meio de livros, leis, decretos e publicações eletrônicas diversas, a fim de analisar o *jus postulandi* sob a ótica do constitucionalismo e de apontar uma forma de garantir

aos titulares das relações de emprego submetidas ao Judiciário uma ampla defesa qualificada, e não meramente formal.

1. A DISTINÇÃO ENTRE CAPACIDADE DE SER PARTE, CAPACIDADE PROCESSUAL E *JUS POSTULANDI*.

A capacidade de ser parte, a capacidade processual e a postulatória são pressupostos processuais, entendidos, assim, como “*os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia do procedimento, aspecto formal do processo, que é ato-complexo de formação sucessiva*”. (Didier Jr., 2011, v. 1, p. 236). São, portanto, requisitos para uma relação processual válida, por se tratar de requisitos de admissibilidade.

Os pressupostos processuais são divididos em pressupostos de existência e requisitos de validade. Os pressupostos de existência se subdividem em subjetivos e em objetivos. Os subjetivos estão relacionados ao órgão jurisdicional e à capacidade de ser parte. O objetivo se refere à própria demanda, que é o ato que inaugura o processo.

Os requisitos de validade também são divididos em subjetivos e objetivos. Os primeiros se referem à competência e imparcialidade do juiz e à capacidade processual e postulatória das partes. Já os segundos são divididos em intrínsecos e extrínsecos. Os intrínsecos dizem respeito ao formalismo processual. Os extrínsecos, também chamados de negativos, são aqueles que não devem estar presentes para que o processo se desenvolva regularmente, como a coisa julgada ou a litispendência,

Como ensina Fredie Didier Jr. (2011, v. 1, p. 238), adotando a classificação de José Orlando Rocha de Carvalho, a capacidade de ser parte é um pressuposto de existência do processo, pois precede ao ato, sendo, assim, indispensável para a sua formação. Já a capacidade processual e a postulatória são requisitos de validade do ato, pois integra a sua estrutura.

Dessa forma, entende-se que os pressupostos processuais são requisitos para a formação de uma relação processual válida, com viabilidade para se desenvolver regularmente.

A partir do exposto, para uma melhor reflexão acerca do *jus postulandi*, será diferenciado de maneira mais específica os pressupostos processuais nos subcapítulos seguintes.

1.1. A capacidade de ser parte.

A capacidade de ser parte é a aptidão para figurar, como parte, em um dos polos da relação jurídica processual. Os sujeitos da relação jurídica são o demandante, o demandado e o Estado-juiz, os quais formam uma relação triangular.

Inicialmente, cumpre definir quem são partes no processo. Elas, em regra, são os titulares do direito material objeto da demanda. Contudo, nem sempre há essa coincidência diante da existência do instituto da substituição processual, por exemplo. Para uma melhor compreensão, apresento a lição de Moacyr Amaral Santos:

Partes, no sentido processual, são as pessoas que pedem ou em relação às quais se pede a tutela jurisdicional. Podem ser, e geralmente o são, sujeitos da relação jurídica substancial deduzida, mas esta circunstância não as caracteriza, porquanto nem sempre são sujeitos dessa relação. São, de um lado, as pessoas que pedem a tutela jurisdicional, isto é, formulam uma pretensão e pedem ao órgão jurisdicional a atuação da lei à espécie. Temos aí a figura do autor. E este que pede, por si ou por seu representante legal, a tutela jurisdicional. Pede-a ele próprio, se capaz para agir em juízo; ... De outro lado, são partes as pessoas contra as quais, ou em relação às quais, se pede a tutela jurisdicional: sentença condenatória, providência executiva, ou providências cautelares... (SANTOS *apud* LEITE, 2006, p. 336).

Diante do exposto, entende-se que a relação jurídica processual nasce a partir do direito material em questão, e o titular do direito material possui a capacidade para figurar como parte no processo. Há, portanto, uma íntima ligação entre o direito postulado e o processo utilizado como instrumento para a sua tutela.

Assim, a aptidão para figurar a relação jurídica está diretamente relacionada à personalidade civil. O Código Civil de 2002, em seu artigo 2º dispõe, textualmente, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Dessa forma, está apto a figurar como parte toda pessoa capaz de adquirir direitos e assumir obrigações, o que ocorre a partir do nascimento com vida, e extingue-se com a morte. Assim, toda pessoa humana tem capacidade para ser parte em juízo.

Além da pessoa natural ou física e da jurídica, esta necessitando de representação, o ordenamento jurídico atribuiu personalidade judiciária a outros entes despersonalizados para que possuam legitimidade na defesa de seus interesses em juízo, como as universalidades de bens, o espólio, a massa falida etc.

Vejam os ensinamentos do professor Fredie Didier Jr. (2011, v. 1, p. 239) ao explicar de maneira exemplificativa acerca dos entes que possuem capacidade de ser parte:

Dela são dotados todos aqueles que tenham personalidade material, como as pessoas naturais e as jurídicas -, como também o nascituro, o condomínio, o *nondum*

conceptus, a sociedade de fato, sociedade não-personificada e sociedade irregular – as três figuras estão reunidas sob a rubrica sociedade comum, art. 986 do CC-2002-, os entes formais (como o espólio, massa falida, herança jacente etc.), as comunidades indígenas ou grupos tribais e os órgãos públicos despersonalizados (Ministério Público, PROCON, Tribunal de Contas etc.). Trata-se de noção absoluta: não se cogita de alguém que tenha meia capacidade de ser parte; ou se tem ou não se tem personalidade judiciária.

Ressaltamos, por oportuno, que apesar de já dito acima que a relação jurídica processual é triangular (autor, réu e Estado), configuração esta a mais aceita na doutrina, ela não obrigatoriamente será formada pelos três sujeitos do processo, visto que, para a formação da relação jurídica processual, não se faz necessária a capacidade de ser parte do réu ou até mesmo de existência do réu. A existência do réu é necessária para a eficácia da relação jurídica, e não para a sua existência. Pode-se confirmar essa possibilidade a partir do ensinamento dos professores Antonio Carlos Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Rangel Dinamarco. Vejamos:

Antes da citação do demandado há no processo uma *relação processual linear*, tendo como figurantes o demandante e o Estado. Proposta a ação através do ajuizamento da petição inicial (CPC, art. 263) ou da denúncia ou queixa-crime (CPP, art. 41), nasce já para o Estado-juiz um dever de natureza processual (dever de despachar); se a inicial é indeferida, tem o autor a faculdade (processual) de recorrer aos tribunais (CPC, art. 513; CPP, art. 581, inc. I). Pois tudo isso é processo e aí já estão algumas das posições jurídicas que caracterizam a relação jurídica processual.(2007, p. 305).

Assim, entende-se que a capacidade de ser parte é um pressuposto subjetivo de existência do processo, ainda que figure apenas um dos polos na relação jurídica processual.

1.2. A capacidade de estar em juízo, processual ou *legitimatío ad processum*.

Como já afirmado anteriormente, a capacidade processual, também conhecida como capacidade para estar em juízo é um requisito de validade processual. Ela não se confunde com a capacidade de ser parte porque aquela está relacionada à questão processual, visto que se refere à aptidão para estar em juízo, para praticar os atos processuais independente de representação ou assistência.

A capacidade processual diz respeito à capacidade de fato, de exercício, ou seja, aquela prevista no Código de Processo Civil em seu artigo 7º, *in verbis*: *toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo*. Já a capacidade de ser parte, em regra, refere-se à capacidade de direito garantida àqueles entes titulares do

direito material, conforme já detalhado no subcapítulo anterior. Dessa forma, pretende-se diferenciar os dois institutos.

Para uma melhor compreensão, ensina Marcos Bernardes de Mello (Mello apud Didier, 2011, p. 241) “que a capacidade processual ou de estar em juízo diz respeito à prática e a recepção eficazes de atos processuais, a começar pela petição e a citação, isto é, ao pedir e ao ser citado”.

Portanto, têm capacidade *ad processum* aqueles que podem exercer de forma plena os atos da vida civil.

Não se confunde também com a legitimidade, visto que esta está relacionada à relação jurídica, de maneira que somente pode ser aferida na situação concreta, enquanto que a capacidade processual pode ser reconhecida de maneira abstrata, antes mesmo da apreciação da questão posta em juízo. Dessa maneira, o juízo da capacidade processual precede ao da legitimidade, seja ela *ad causam* ou *ad processum*.

A capacidade processual é a aptidão para praticar atos processuais diretamente, pessoalmente, já a legitimidade *ad causam* é do titular do direito material deduzido em juízo.

Ressalte-se, ainda, que o não preenchimento do referido requisito de validade não necessariamente invalidará o processo, resultando na extinção do mesmo. Na verdade, quando constatada irregularidade referente à capacidade *ad processum*, o juiz suspenderá o processo por um prazo razoável para as partes sanarem o defeito. Ademais, ainda que não sanado o defeito, não significa que o processo restará inviabilizado já que pode ser invalidado apenas o ato processual defeituoso, de maneira que o feito prossiga regularmente, por exemplo, na exclusão apenas de um dos autores, no caso de litisconsorte ativo.

Para concluir de maneira completa o raciocínio acerca da validade dos atos processuais quando se aborda a capacidade processual, importante o pensamento de Fredie Didier Jr. (2011, p. 243), que, na esteira da doutrina moderna sobre o assunto, considera o seguinte:

Além disso, deve-se lembrar, conforme será dito no capítulo sobre invalidades processuais, que há uma tendência doutrinária no sentido de aplicar aos “pressupostos processuais” o sistema das invalidades do CPC, que veda a decretação de nulidade se não houver prejuízo. Assim, por exemplo, se o autor incapaz não regulariza a sua representação processual, mas é possível acolher o seu pedido, não deve o magistrado extinguir o processo sem exame de mérito (art. 13, I, do CPC): deve acolher o pedido, determinando a correção do defeito de representação apenas para a instância recursal, porque a ausência de representação não causou prejuízo ao demandante (a incapacidade é uma forma de proteger o incapaz, lembre-se).

Assim, busca-se dar ao processo o máximo de eficácia para que ele seja o meio, o instrumento, da tutela do direito material de maneira que uma norma processual não deve ser aplicada se dificultar a finalidade que se busca no decorrer do procedimento.

Tratando o assunto de maneira específica, expondo um exemplo determinado, no âmbito do Direito do Trabalho, tem-se que, em relação à capacidade processual, a partir dos dezoito anos, o empregado possui plena capacidade, podendo pleitear perante a Justiça do Trabalho sem a assistência. Assim como determina a Consolidação das Leis Trabalhistas, dispõe o Código Civil de 2002 que a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil, dotada, portanto de capacidade processual.

Dessa forma, antes de completar dezesseis anos, o aprendiz deverá ser representado pelos pais ou tutores em juízo. Se o empregado tiver entre dezesseis e dezoito anos, deverá ser assistido. Esse posicionamento não está imune a divergências, pois há autores que entendem que a representação trazida na CLT se trata de uma atecnia. (Wagner D. Giglio, apud LEITE, 2006).

Contudo, dispõe ainda o Código Civil que a incapacidade cessará para os menores de 18 anos quando pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; pelo casamento; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial; ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Dessa forma, extrai-se que, no Direito do Trabalho, ao aplicar o disposto no artigo 8º, parágrafo único, da CLT, o qual dispõe que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, quando não for incompatível com os princípios fundamentais deste, o empregado menor de dezoito anos e maior de dezesseis, apresentando economia própria, poderá praticar atos processuais em juízo.

Trata-se do instituto da emancipação, que proporciona ou dá capacidade de fato para o menor de idade que, em razão das restrições impostas pela lei, só possui capacidade de direito. Ressalte-se que, em regra geral, a emancipação é irrevogável, irretroatável e definitiva.

Aos 16 (dezesseis) anos completos, o menor já se encontra juridicamente apto a dispor de sua força de trabalho como empregado. Assim, seria até mesmo contraditório

permitir ao empregado com dezesseis anos completos assinar contrato de trabalho, submetendo-se às ordens diretivas do empregador e subordinando-se a uma relação de trabalho, com todos os direitos e obrigações a ela inerentes, e permiti-lo estar em juízo apenas se assistido.

Assim, o menor emancipado tem plena capacidade para exercer os atos da vida civil, podendo firmar ou rescindir contratos e pleitear suas demandas na esfera trabalhista.

Ademais, acerca da capacidade processual das pessoas jurídicas, esta está regulada pelo art. 12 do CPC, o qual dispõe que serão representados em juízo, ativa e passivamente, as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores.

Assim, como bem explana o jurista José de Albuquerque Rocha (2009, p. 211), “as pessoas jurídicas atuam no processo por meio de seus agentes, pois estes são parte integrante delas, sendo, assim, instrumentos de sua atuação, de acordo com o princípio da imputação”.

Vale ressaltar que as pessoas jurídicas não são representadas em juízo, mas “presentadas”, conforme explanação infra:

As pessoa jurídicas ... precisam ter órgãos, tanto quanto as pessoas físicas precisam ter boca, ou, se não podem falar, mãos, ou outro órgão, pelo qual exprimam o pensamento ou sentimento. O órgão da pessoa física – a boca, por exemplo – fá-la presente a uma reunião, na praça pública, no teatro, no tabelionato, ou no juízo. A presença pode bem ser com a simples assinatura, se a pessoa física não pode ou não quer falar ... Os diretores das pessoas jurídicas que assinam a declaração unilateral de vontade, ou a declaração bilateral ou multilateral de vontade, não estão a praticar ato seu, pelo qual representem a pessoa jurídica. Estão a presentá-las, a fazê-las presentes”. (MIRANDA apud DIDIER JR., 2011, p. 241).

Por fim, após apresentados alguns pontos específicos acerca da capacidade processual, entende-se que ela engloba a capacidade de ser parte, pois se a pessoa está apta a estar em juízo, por si, é porque forma uma dos polos da relação jurídica processual.

1.3. A Capacidade Postulatória.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (2011), o Direito Processual do Trabalho passou por três fases, a saber, o período de sua institucionalização, a sua constitucionalização e a consagração da Justiça do Trabalho como Órgão do Poder Judiciário.

A Lei 1.637/07 criou os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem.

Criados pela Lei nº 1.869/22, surgiram os Tribunais Rurais de São Paulo, cuja competência era processar as causas decorrentes de interpretação ou execução de contratos de serviços agrícolas de até quinhentos mil-réis. As conciliações seguiam o regimento interno do órgão, enquanto a arbitragem era processada segundo o Direito Comum.

Após, surgiram as Comissões Mistas de Conciliação e as Juntas de Conciliação e Julgamento, estas julgavam dissídios individuais decorrentes das relações de trabalho.

A fase de constitucionalização refere-se às disposições acerca da Justiça do Trabalho nas Constituições de 1934 e 1937.

A Justiça do Trabalho fora instaurada em 1941 e teve origem no Poder Executivo, estando sujeito ao Ministério do Trabalho. Assim, os magistrados tinham suas decisões submetidas à aprovação do Poder Executivo. A atuação do advogado, portanto, não era de grande relevância, pois, apesar de seus esforços, as decisões proferidas deveriam estar de acordo com o interesse do Executivo.

Em 1946, a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário, a partir do Decreto-lei nº 9.777 de 09/09/1946, e os seus magistrados passaram a possuir as mesmas garantias dos demais juízes. Contudo, apesar das mudanças, como a autonomia da Justiça do Trabalho, o advogado ainda era visto como dispensável, o que contraria o Estado Democrático de Direito e o devido processo legal.

A terceira fase se refere à busca pela efetivação dos direitos dos trabalhadores e uma prestação jurisdicional mais célere e satisfativa.

Especificamente quanto ao instituto do *jus postulandi*, este fora previsto antes do advento da CLT. O Decreto nº 22.132 de 25/11/32 já previa o seu exercício diante de determinadas hipóteses. Ele permitiu aos empregados sindicalizados pleitearem junto às Juntas de Conciliação e Julgamento e às Comissões Mistas de Conciliação sem a assistência do advogado.

Percebe-se um incentivo à adesão dos trabalhadores ao modelo sindical a partir da proibição do acesso às Juntas de Conciliação aos não sindicalizados. Dessa forma, estes deveriam apresentar suas demandas trabalhistas perante a Justiça Comum. Contudo, posteriormente, o STF derrubou essa vinculação.

Com a promulgação da CLT, em 1940, houve a reunião das leis esparsas existentes à época e a consagração do *jus postulandi* das partes a partir da determinação do seu art. 791.

A Capacidade Postulatória é aquela conferida àqueles que podem postular em juízo diretamente, sem o intermédio de outrem. Trata-se de poderes conferido por lei, de maneira que aqueles que os tem podem praticar determinados atos processuais privativos, como peticionar ao juízo.

Em regra, a capacidade postulatória é prerrogativa do advogado, ou seja, daquele profissional inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, ou do membro do Ministério Público. Assim, as partes precisam integrar a sua capacidade postulatória, nomeando o advogado para representá-las judicialmente.

Dessa forma, faz-se necessário o instrumento de mandato para instruir a peça, habilitando o advogado a atuar no processo, pois, sem esse requisito, os atos praticados pelo advogado serão considerados ineficazes.

Segundo Fredie Didier Jr. (2011, v. 1, p. 246), somente a capacidade postulatória do autor é requisito de admissibilidade do procedimento, sendo a do réu e do terceiro requisito de validade, de maneira que “a falta de capacidade postulatória do autor implica a extinção do processo, se não for sanada; a do réu, o prosseguimento do processo à sua revelia; a do terceiro, a sua exclusão da causa”.

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 133, que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Tem-se, portanto, que apesar de prestar serviços particulares, o advogado desempenha função fundamental, de caráter público, por ser fundamental à justiça, pois, somente com a presença do advogado, em regra, é possível a plena concretização de princípios constitucionais como o contraditório e a ampla defesa.

Necessário, pois, colacionar entendimento do professor José de Albuquerque Rocha (2009, p. 216), o qual explana, de maneira objetiva, sobre a finalidade do referido instituto, *in verbis*:

A explicação para essa qualificação do papel do advogado na administração da justiça consiste no seguinte: parte-se da premissa de que a atividade processual é complexa e técnica no conteúdo e na forma. Por isso, seria difícil para um leigo desempenhá-la eficazmente. Daí a intervenção do advogado, que responderia ao interesse público da boa administração da justiça, que exigiria uma adequada defesa do direito das partes.

Outrossim, a Lei 8.906/94, Estatuto da Advocacia, dispõe que é atividade privativa de advocacia a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais, trazendo, contudo, uma exceção quanto à impetração de habeas corpus.

Imperioso ressaltar a ADIN 1.127-8 proposta pela Associação Brasileira dos Magistrados e pela Procuradoria Geral da República, cujo resultado fora a alteração do referido estatuto por restar estabelecido que, de acordo com o pensamento do Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhado pela maioria dos votos, o art. 133 da CF/88 determina apenas que não é possível proibir a presença do advogado no processo, ao contrário do elucidado pelo Ministro Marco Aurélio, o qual entendeu que o supramencionado artigo da Constituição Federal não deixou espaço para exceção, pois considera ser o advogado indispensável ao deslinde do processo.

Restou também decidido na referida ADIN que a alegação de inconstitucionalidade da expressão “aos juizados especiais” fora prejudicada pela superveniência da Lei 9.099/95, que atribui competência aos Juizados Especiais Cíveis para o julgamento das causas cujo valor não exceda quarenta vezes o salário mínimo, bem como permite a atuação da parte no processo sem o patrocínio de advogado nas causas de valor até vinte salários mínimos.

Nessa esteira, entende o jurista José de Albuquerque Rocha (2009, p. 216) que a regra que impera nos Juizados Especiais está em plena consonância com a Constituição Federal, pois somente contrariaria o art. 133 se o legislador ordinário estabelecesse normas impedindo a participação do advogado.

Os juizados especiais são norteados pelos princípios da simplicidade, oralidade, informalidade, celeridade e economia processual, pois é possível a postulação sem advogado, nas causas cujo valor não exceda 20 salários mínimos, bem como reduzir o pedido a termo.

Nos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal, criados a partir da lei 10.259/01, também foi flexibilizada a capacidade para postular em juízo, como pode ser observado pela leitura do art. 10, o qual dispõe que as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, seja ou não advogado. Contudo, no presente caso, a faculdade incide nas causas de valor não excedente a sessenta salários mínimos, à exceção daquelas expressamente excluídas pelo artigo 3º, §1º, da mesma lei.

Dessa forma, observa-se que não é levada em consideração a complexidade da causa, mas o seu valor de alçada, pois um pedido de até 20 ou 60 salários mínimos não necessariamente se trata de questão de fácil compreensão.

Apesar de a Constituição Federal prever a criação dos juizados especiais para o julgamento e execução das causas cíveis de menor complexidade e das infrações penais de

menor potencial ofensivo, o legislador escolheu apenas o fator econômico como o único parâmetro a determinar a competência desses juizados.

Ressalte-se que, em sede de recurso, a presença do advogado passa a ser indispensável, tornado-se um requisito de admissibilidade do apelo.

O CPC também elenca hipóteses excepcionais para a formação de um processo sem a assistência do advogado. Em seu artigo 36, ele dispõe que para os casos em que há a impossibilidade material de constituição de advogado, quais sejam, falta de profissional no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver, as partes poderão postular em causa própria.

Admite-se também a postulação em causa própria quando a parte tiver habilitação legal.

Para a impetração do habeas corpus também não se exige a capacidade postulatória do advogado ou do defensor público ou do promotor de justiça, pois esse remédio constitucional pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou em favor de outrem, ou seja, com ou sem advogado.

Há também, no processo penal, o instituto da revisão criminal, que se trata de outra hipótese onde se reserva a capacidade postulatória ao próprio interessado. Assim dispõe o Código de Processo Penal, “a revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”. Essa mesma capacidade também é conferida àqueles que apresentam os incidentes de execução penal, como o indulto, a anistia, a graça, o livramento condicional, etc.

Há também outra situação prevista no ordenamento jurídico pátrio que dispensa o *jus postulandi* ao credor de alimentos, conforme se extrai da Lei 5.478/68 (Lei de Alimentos), a qual determina que o credor poderá se dirigir ao juiz, pessoalmente ou por representação de advogado, e expor suas necessidades, bem como demonstrando a obrigação de alimentar do devedor

Contudo, nesse caso, a capacidade postulatória é limitada, pois o juiz designará advogado para representar o autor se este não tiver indicado profissional para assisti-lo.

Tem-se também previsão nesse mesmo sentido na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que apresenta a possibilidade da vítima de violência doméstica e familiar requerer diretamente, sem assistência técnica, medidas protetivas de urgência. Contudo, a capacidade postulatória é exigida para o decorrer do processo, pois dispõe o diploma normativo que, ao decidir sobre a medida de urgência, o juiz deverá determinar o encaminhamento da ofendida

ao órgão de assistência judiciária. Assim, a capacidade postulatória deverá ser integrada, seja pela constituição de um advogado ou pela assistência da defensoria pública.

Há também exceções à regra da capacidade postulatória nas demandas submetidas à Lei de Acidentes do Trabalho (art. 13 da Lei nº 6.367/76) e nos processos de aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade (art. 6º, § 5º da Lei n. 818/49), dentre outras.

Por fim, destacamos mais uma das exceções à capacidade postulatória do advogado, qual seja, a exercida na Justiça do Trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho permitiu ao empregado e ao empregador atuarem na Justiça do Trabalho sem a assistência técnica do advogado, de maneira que fora conferida às partes o referido pressuposto processual.

Na lição de Carlos Henrique Bezerra Leite:

Pode-se dizer, portanto, que o *ius postulandi*, no processo do trabalho, é a capacidade conferida por lei às partes, como sujeitos da relação de emprego, para postular diretamente em juízo, sem necessidade de serem representadas por advogado. (LEITE, 2006, p. 340).

Assim, extrai-se que a capacidade postulatória dos advogados não é absoluta, pois as partes podem atuar diretamente nos órgãos judiciais quando a lei autorizar expressamente, permitindo a elas formularem suas pretensões e apresentarem suas defesas sem a assistência de profissional habilitado.

1.3.1. O *Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho

Os artigos 791 e 839 da CLT trazem a seguinte disposição:

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

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

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

§ 3º A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada.

Art. 839 - A reclamação poderá ser apresentada:

- a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classe;
- b) por intermédio das Procuradorias Regionais da Justiça do Trabalho.

Na Justiça do Trabalho, as partes possuem *jus postulandi*, podendo, assim, praticar os atos processuais que iniciam e que dão prosseguimento ao processo. Empregado e empregador podem reclamar diretamente perante a Justiça do Trabalho, praticando, pessoalmente, os atos processuais necessários ao prosseguimento do processo até o final.

Uma das razões apontadas como justificativa para essa prerrogativa conferida pelo legislador é a de facilitar o acesso dos trabalhadores aos órgãos do Poder Judiciário a partir da retirada de um dos encargos resultantes dessa postulação, qual seja, os honorários advocatícios, por entender que muitos empregados não possuem condições financeiras para suportá-los.

Há também doutrinadores os quais entendem que, não só o trabalhador não pode, mas também não deve arcar com os honorários, pois o objeto da reclamação trabalhista tem caráter alimentar, de maneira que não pode sofrer nenhuma oneração.

Percebe-se que a finalidade da lei foi amparar o hipossuficiente. Ademais, assevera-se que, em relação ao empregado, ainda apresenta-se ao lado dele o princípio da proteção e da dignidade humana, que consiste na utilização da norma e da condição mais favorável ao trabalhador a fim de compensar juridicamente a sua condição de hipossuficiência. Assim, buscou-se retirar o máximo de circunstâncias que obstem o empregado de reclamar em juízo seus direitos, os quais possuem caráter alimentar, já que as demandas se tratam, em sua maioria, de questões salariais.

Ressalte-se que, nos dissídios coletivos, a participação do advogado também é facultativa, conforme teor do § 2º do artigo 791 da CLT.

Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo a importância do advogado como sendo um profissional essencial à administração da justiça, surgiram questionamentos acerca da constitucionalidade dos artigos da CLT acima colacionados. Muitos juristas entenderam que os artigos 791 e 839 da CLT estariam revogados.

Mas o Supremo Tribunal Federal entendeu que o referido artigo constitucional não possuía aplicação imediata, sendo uma norma de eficácia limitada, necessitando, portanto, para que atinja sua plena eficácia, de uma norma infraconstitucional regulando a sua aplicabilidade.

Após, foi editada a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), a qual trouxe em seu escopo que a postulação aos Órgãos do Poder Judiciário é prerrogativa privativa do advogado.

Contudo, essa norma foi considerada corporativista, além de que uma lei ordinária que não possui caráter geral não poderia revogar outra lei ordinária específica.

Como acima já apresentado, a ADIN 1.127-8 suspendeu liminarmente a eficácia do art. 1º do Estatuto da Advocacia e, em pó, julgou procedente a ação, declarando inconstitucional a expressão “qualquer” do referido artigo.

Ademais, em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de habeas corpus (HC 7390-2 / PR), a desnecessidade de advogado para a impetração do referido remédio constitucional, e, de maneira incidental, posicionou-se também sobre a vigência do artigo 791 da CLT, entendendo que o dispositivo continua vigente.

Outrossim, entendeu também a Suprema Corte, no mesmo processo, que a indispensabilidade prevista no art. 133 da CF/88 significa apenas que a presença do advogado é obrigatória na escolha dos membros dos tribunais, ratificando o quinto constitucional, e nos concursos públicos para o cargo de juiz substituto e para os membros do Ministério Público.

Ressalte-se também que as súmulas 219 e 392 do Tribunal Superior do Trabalho ratificam a aplicabilidade do *jus postulandi* às partes, pois, apesar de não se referir expressamente sobre esse instituto, valida sua utilização ao não admitir a condenação aos honorários advocatícios a partir da simples sucumbência.

Outrossim, o artigo 899 da CLT dispõe que os recursos serão interpostos por simples petição, o que significa que não é obrigatória a sua fundamentação. Contudo, não se pode esquecer que existem recursos cujo conhecimento depende do preenchimento de prerrogativas técnicas, como o agravo de petição, que exige a delimitação das matérias e valores impugnados.

Entretanto, o TST, representando uma mudança de paradigma, apresentou uma nova orientação sobre a questão a partir da edição da súmula 425, a qual determina que:

o *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Com isso, houve uma limitação em relação à aplicabilidade do artigo 791 da CLT no sentido de que o *jus postulandi* somente poderá ser exercido pelas partes perante as Varas do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho. Apesar de as súmulas editadas pelo TST não possuírem um caráter vinculativo, representam o entendimento consolidado no âmbito da

Corte, além de ser inegável que, na Justiça do Trabalho, a jurisprudência tem uma grande força normativa.

Observa-se, com a leitura da súmula 425 do TST, que há uma tendência à limitação da aplicação do referido instituto, pois a parte só poderá recorrer até o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de sua região. Caso deseje recorrer ao Tribunal Superior deverá contratar um advogado no curso do processo.

Sérgio Pinto Martins (2011, p. 189) comentou a referida súmula nos seguintes termos:

O fundamento do TST parece ser que os recursos interpostos no referido órgão são técnicos e exigem conhecimento técnico, que só o advogado possui. O médico, por exemplo, não gosta que o farmacêutico prescreva remédios, pois entende que essa é uma questão técnica, que ao primeiro compete. O leigo não tem condições de fazer um recurso de revista ou de embargos, que exigem demonstração de certos requisitos para que possam ser conhecidos pelo TST. Entretanto, o mesmo ocorre em relação ao agravo de petição, que exige delimitação de matéria e também de valores (§1º do art. 897 da CLT), mas é analisado pelo TRT.

Ressalte-se que o tecnicismo não está presente somente nas instâncias superiores. No decorrer do processo podem surgir situações que requeiram determinado conhecimento não exigível de um leigo, como a possibilidade de impetrar mandado de segurança, uma correta contagem de prazo, ou até mesmo a adoção da melhor estratégia na busca de ver efetivado o direito pleiteado.

Com a edição da súmula 425 do TST, a problemática em torno da permanência do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a edição do Estatuto da Advocacia a florou ainda mais.

A questão de principal relevo está relacionada ao acesso à justiça, ou seja, se essa prerrogativa facilita o acesso à justiça em seu sentido amplo ou estrito.

De uma maneira mais objetiva, questiona-se se, ao facilitar às partes a possibilidade de postular um direito diante de um juiz do trabalho, sem a necessidade de buscar o patrocínio de um advogado, apenas adentrando no Fórum e tendo as suas alegativas reduzidas a termo por servidor da justiça, é possível alcançar de maneira plena o acesso à justiça.

A prerrogativa de acesso à justiça não significa apenas a possibilidade de bater às portas do judiciário, mas a garantia de obtenção de uma tutela jurídica efetiva, além de possibilitar à parte utilizar-se dos meios processuais cabíveis para alcançar a sua demanda, de maneira célere e da forma mais adequada e eficaz.

A plena garantia do acesso à justiça será melhor explanada em capítulo próprio. Aqui pretende-se apenas apresentar a discussão que há na doutrina sobre o instituto analisado, qual seja, o *jus postulandi*.

Nesse contexto, conseqüentemente também se questiona se a parte, atuando sem patrocínio, diante das complexas relações surgidas a partir da relação de trabalho, principalmente com o advento da Emenda Constitucional nº 45 e a conseqüente ampliação da competência da Justiça do Trabalho, tem amplas condições de ver satisfeita a sua demanda ou de ver o conflito resolvido de maneira menos gravosa.

Apesar de o *jus postulandi* estar previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, ele deve ser analisado sob a ótica da Constituição Federal e dos princípios nela elencados, tais como o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Há grande divergência na doutrina quanto à aplicação de tal garantia.

Na defesa da manutenção da aplicação do *jus postulandi* na esfera trabalhista, apresenta lição o jurista Francisco Gérson de Lima Marques. Vejamos:

A capacidade de postular em Juízo é privativa do advogado. A CLT, a exemplo de algumas outras normas esparsas, acolhe o primado do jus postulandi das partes. Com a promulgação da CF/88, os arts. 791 e 839, a, celetianos, foram combatidos por alguns estudiosos de escola, segundo os quais teriam sido revogados pelo art. 133 da Carta Política. Todavia, a jurisprudência, inclusive nos Tribunais Superiores, optou pela permanência incólume desses preceptivos infraconstitucionais, merecendo nossos aplausos. (LIMA, 1997, p. 48, grifo do autor).

O eminente jurista Vaz da Silva entende pela plena aplicação do referido instituto.

“A Constituição prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV) e também determina, logo depois do controvertido art. 133, que será organizada uma Defensoria Pública pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e até pelos Territórios, considerando tal defensoria pública como sendo “instituição essencial à função jurisdicional” (art. 134). Enquanto isso não ocorrer, é óbvio que os trabalhadores e os empregadores, sobretudo os micro-empresários, pequenos empregadores, empregadores domésticos e empregadores – pessoas físicas, ficarão prejudicados se tiverem obrigatoriamente que constituir procuradores em todos os milhares e milhares de dissídios já ajuizados ou que vierem a ser ajuizados” (Vaz da Silva, 1989, p. 29).

Também em defesa do referido instituto se manifesta Manoel Carlos Toledo

Filho:

E, em nosso sentir, o preceito em análise deve ser mantido. E assim nos posicionamos porque a previsão de demandar perante o judiciário, de modo direto, a par de consubstanciar um fator de ampliação do leque de possibilidades de acesso à justiça, é uma medida simplificadora perfeitamente coerente com a índole do procedimento laboral. A desvantagem que possa daí advir para a parte leiga,

notadamente quando seu adversário se faça acompanhar de profissional do Direito, pode e deve ser contrabalanceada por uma atuação mais incisiva do juiz. (FILHO, 2006, p. 73).

Contudo, ao prosseguir na construção de seu argumento, o eminente jurista faz uma observação, sugerindo uma exceção à referida prerrogativa, de modo a restringi-la. Vejamos:

De outra banda, não será demasiado lembrar que esta característica do procedimento trabalhista foi parcialmente incorporada no âmbito civil, como se vê no artigo 9º da Lei n. 9.099/95. Queremos crer, aliás, que o necessário ponto de equilíbrio se encontre justamente na diretriz fornecida por este diploma legal, a saber: dispensar-se a presença de advogados naquelas causas presumivelmente mais simples, mas exigi-lo nas demais, em que a complexidade e as sutilezas da matéria debatida se apresentem em dimensão superlativa. No caso brasileiro, nossa sugestão é que o divisor de águas, neste particular, se faça tomando por base as causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, quer dizer, aquelas cujo valor não exceda a 40 salários mínimos (CLT, artigo 852-A, introduzido pela Lei n. 9.957/2000). (FILHO, 2006, p. 73).

Por outro lado, há também defensores da inaplicabilidade do *ius postulandi*, por motivos diversos, mas principalmente pelo fato de a parte não possuir técnica para dar prosseguimento regular e de maneira eficiente aos atos processuais.

Diversos juristas entendem a incompatibilidade do *jus postulandi* com o ordenamento processual trabalhista, tendo em vista que as leis materiais e processuais do Direito do Trabalho são complexas de maneira que impossibilita o seu entendimento por aqueles que não são habilitados como advogado.

Nessa esteira, Francisco Antonio de Oliveira entende que, diante da complexidade das relações trabalhistas e do rito processual, não mais se entende um processo trabalhista sem a parte estar patrocinada por advogado. Vejamos:

Pretender que leigos penetrem nos meandros do processo, que peticionem que narrem fatos sem transformar a lide em desabafo pessoal, que cumpram prazos, que recorram corretamente, são exigências que não mais se afinam com a complexidade processual, onde o próprio especialista, por vezes, tem dúvidas quanto à medida cabível em determinados momentos. E é a esse mesmo leigo a quem, em tese, é permitido formular perguntas em audiência, fazer sustentação oral de seus recursos perante os tribunais. Na prática, felizmente, a ausência do advogado constitui exceção e ao leigo não se permite fazer perguntas em audiência mesmo porque sequer saberia o que perguntar (Oliveira, 1999).

Para Sérgio Martins Pinho (2011, p. 190),

O advogado deveria ser necessário em todo e qualquer processo, inclusive na Justiça do Trabalho, pois é a pessoa técnica, especializada na postulação. A ausência de advogado para o reclamante implica desequilíbrio na relação processual, pois não era possibilidade de postular tão bem quanto o empregador representado pelo causídico, podendo perder seus direitos pela não-observância de prazos etc.

Contudo, essa assistência deveria ser fornecida pelos sindicatos ou, em sua impossibilidade, pelo Estado. Este deveria fornecer gratuitamente advogados para quem deles necessitasse na Justiça do Trabalho, mediante o que é feito no Juízo Criminal, em que é indicado um advogado dativo, que acompanha o processo e é remunerado pelo Estado. Tal atribuição é considerada um múnus público e deveria ser prestada por advogados recém-formados, para que aos poucos adquirissem a prática e, enquanto isso, poderiam ajudar os necessitados.

Amauri Mascaro Nascimento (2011), apesar de entender que há reclamações trabalhistas que não apresentam retorno financeiro ao advogado compatível com a contraprestação devida ao seu trabalho, pois possuem um valor econômico baixo, o jurista ainda apresenta diversas razões para a indispensabilidade do advogado no processo trabalhista, como a comunicação mais fácil com o juiz, o auxílio à parte para conter suas emoções de maneira que sejam direcionados todos os esforços para a questão posta em juízo e o conhecimento do advogado acerca de questões jurídicas mais complexas, cujas soluções não são conhecidas pelas partes por exigirem conhecimentos específicos.

O direito é composto de termos técnicos e de procedimentos necessários para movimentar a justiça de maneira célere. Assim, extrai-se que o conhecimento dos métodos necessários para a efetivação do direito pleiteado é indispensável à realização de um processo eficaz.

Ademais, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Justiça do Trabalho teve a sua competência ampliada consideravelmente, por exemplo, se tornou competente para julgar as relações de trabalho e não mais somente as relações de emprego, conforme se observa em suas competências elencadas no art. 114 da Constituição da República de 1988, o que resultou em demandas cada vez mais complexas.

Diante do exposto, em razão da complexidade do Direito Trabalhista, visto que não mais está permeado pela simplicidade, ganha relevo outra discussão, que é a “paridade das armas” entre os litigantes. Quando apenas um deles se encontra assistido por advogado, é evidente a desvantagem do desacompanhado.

Fora, portanto, apresentada a problemática que gira em torno do assunto abordado, e, na ótica do constitucionalismo, ou seja, na esteira da análise mais exigida atualmente, entende-se que a melhor maneira de analisar a questão é confrontando o instituto do *jus postulandi* no atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro com os princípios constitucionais referentes ao devido processo legal. Oportunidade que será apresentada nos capítulos seguintes.

Segundo José Afonso da Silva (2005), o devido processo legal está baseado em três princípios, quais sejam: o acesso à justiça, o contraditório e a plenitude de defesa.

Dessa forma será analisada tal faculdade em face dos princípios norteadores do processo judicial, como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia das partes e o acesso à justiça.

2. UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL DO *JUS POSTULANDI*.

Há algum tempo, apenas a legislação infraconstitucional era afirmada pelos juristas, de maneira que não se enxergava nenhuma aplicabilidade direta da Magna Carta, posto que ela era vista como um instrumento meramente político.

Atualmente, no Brasil, seguindo uma tendência mundial, o ordenamento jurídico é interpretado e aplicado sempre a partir da Constituição Federal.

Essa mudança de paradigma recebeu o nome de constitucionalismo, que trata de um movimento teórico o qual afirma uma nova visão da Constituição, apontando-a como base e fundamento de um ordenamento jurídico, de maneira que a lei ordinária apenas tem aplicabilidade se estiver conforme os ditames constitucionais, pois, havendo divergência, se a lei for anterior à promulgação da Constituição, ela não será recepcionada, e se a lei for posterior à Constituição, ela será declarada inconstitucional.

Esse movimento iniciou com o surgimento das primeiras constituições, como a dos Estados Unidos da América em 1787 e a da França em 1791. Nos Estados Unidos, após o julgamento do caso *Marbury versus Madison*, fora reconhecida a força normativa da Constituição e o seu caráter imperativo tendo em vista tratar-se de um precedente judicial do controle de constitucionalidade das leis. Assim, a aplicação do direito deve sempre pressupor o exame constitucional.

A partir do pós-guerra, o constitucionalismo ganhou nova roupagem, tendo em vista a intervenção estatal na economia com a finalidade de concretização do Estado Social de Direito, de maneira que as Constituições passaram a conter um maior número de princípios.

Assim, ensina Luis Roberto Barroso (2005, p. 3) que

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que tende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

Dessa forma, outro marco do neoconstitucionalismo foi a Constituição Alemã de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal de 1951, o qual tem como função garantir a integridade e o cumprimento da Constituição. A partir de sua criação, foi dada uma maior importância à análise da supremacia material e formal das constituições.

No Brasil, o grande marco se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, visto inaugurar um Estado Democrático de Direito, apesar de a Constituição de 1891 já haver previsto um controle de constitucionalidade de modo incidental. Conhecida como Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, teve ampla participação popular em sua elaboração e está voltada para a plena realização da cidadania. (SILVA, 2005).

Sobre a força e a importância da Constituição de 1988, que, ao longo de sua vigência, garantiu a supremacia de seus valores, ensina Luis Roberto Barroso (2005, p. 4) o seguinte:

Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso.

Assim, foi reconhecida a força normativa da Constituição, que ganhou força de norma jurídica. Ademais, também foram ampliados os instrumentos para garantir a supremacia da constituição.

As normas constitucionais constituem o centro do ordenamento jurídico e fundamentam toda a legislação infraconstitucional, o que garante a sua supremacia, tanto formal, embasada na sua rigidez, quanto material, por tratar de questões de maior relevância.

Nessa esteira, ensina-nos José Afonso da Silva (2005, p. 45):

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio* da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. **É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.** (grifo meu).

Diante desse contexto, revela-se de fundamental importância a análise dos institutos jurídicos a partir dos ditames constitucionais para compreender em que medida

estão de acordo com a Magna Carta. Por isso, será abordado no subcapítulo seguinte o *jus postulandi* em face de alguns princípios constitucionais, como o princípio do devido processo legal.

Antes de tratar especificamente a questão posta, é necessário colacionar lição de Robert Alexy Vale sobre o grau de relevância dos princípios. Vejamos:

Segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que nos permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nestes termos, mandados de otimização. (*apud* MENDES, 2011, p. 26).

Vale ressaltar a importância dos princípios no ordenamento jurídico, pois eles possuem força normativa e podem ser aplicados de maneira direta. Além do que fundamentam as regras.

Uma determinada regra pode efetivar um princípio em detrimento de outro, entretanto, não significa que os princípios são contraditórios, basta, para a solução da questão, o sopesamento deles para revelar qual tem maior relevância para o caso, a partir da situação concreta.

A título de ilustração, para reforçar esse caráter normativo dos princípios, aponto uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 763667/CE, o qual, para garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, de maneira a dar ampla efetividade a ele, entendeu que não fere a separação dos poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, ao Poder Executivo de nomeação de Defensor Público.

Conforme decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, as determinações dirigidas pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo no sentido do cumprimento dos deveres constitucionais não constituem malferimento ao princípio da separação dos Poderes.

Inegável, portanto, a força normativa dos princípios constitucionais e a importância de considerá-los na aplicação de lei infraconstitucional. Outrossim, relevante ressaltar o fenômeno da mutação constitucional, que consiste em um processo não formal de mudança da constituição, de maneira que o texto continua o mesmo, mas o sentido muda, o qual se dá a partir do contexto social.

Assim, se muda a norma constitucional, a interpretação das regras infraconstitucionais também sofre modificação, já que estas têm de estar em consonância com aquelas.

Por fim ressaltamos que, conforme lição de Luis Roberto Barroso (2005), a ideia de constitucionalização do Direito significa a irradiação do seu conteúdo por todo o sistema jurídico, de maneira que seus valores condicionem a validade e apresentem o sentido das normas infraconstitucionais.

Portanto, será feita uma abordagem crítica do instituto do *jus postulandi* tendo como base a Constituição Federal.

2.1. O *jus postulandi* em face do devido processo legal.

Há, na Constituição Federal de 1988, referência expressa acerca do devido processo legal em seu artigo 5º, inciso LIV. Tal referência demonstra a importância do referido princípio de cunho processual na nova ordem constitucional. Ainda, sua importância se dá porque, a partir de sua efetivação, é possível alcançar a tutela judicial mais eficaz, satisfativa, sempre buscando o bem da vida tutelado. Por meio dele, é possível buscar a concretização do princípio de maior importância do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana quando não implementado.

Conforme assevera Nelson Nery Júnior (2000, p. 31),

O princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros se sustentam, é o do *devido processo legal*, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A Constituição Federal Brasileira de 1988 fala expressamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, n. LIV). Grifo do autor.

Portanto, o devido processo legal é um direito fundamental de todos os cidadãos de incomparável importância, pois permite a busca da proteção dos demais direitos previstos no sistema jurídico.

Ele garante os meios necessários para perquirir o direito material contestado, além de garantir que o Estado atue de forma limitada a fim de que o cidadão não tenha seus direitos lesados em virtude da alegação da supremacia do interesse público.

O devido processo legal tem um caráter material, que é de proteção ao direito de liberdade, e um caráter formal, que configura a garantia de “paridade de armas” entre a parte e o Estado.

Afirma Nelson Nery Júnior, que a doutrina brasileira aplica ao referido princípio apenas o sentido processual. Assim, como consequências mais concretas dos princípios ora em análise, conforme José Celso de Mello Filho (*apud* JÚNIOR. N., 2000, p. 40) tem-se:

a) o direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto* ; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação.

Especificamente quanto ao processo civil, já se firmou ser manifestação do *due process of law*: a) a igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório.

Procura-se dar às partes a segurança de que o rito procedimental seguido será aquele previsto em lei, bem como elas terão acesso aos meios recursais e de impugnação autônoma de decisão quando entenderem que foram lesados ou quando possuírem fundado receio de sofrer lesão e a lei autorizar o cabimento.

Assim, o devido processo busca garantir que a parte defenda o direito pleiteado da maneira mais ampla possível. Dessa forma, em relação ao *jus postulandi* presente no Direito do Trabalho, é possível ver, nessa faculdade, uma forma de obstáculo à concretização da garantia processual.

Ora, não é possível vislumbrar que empregado ou empregador, sem a assistência de um advogado, possa utilizar-se de todos os meios processuais cabíveis, bem como possa alegar os institutos jurídicos que esteja a seu favor, para ver efetivado seu direito.

Não é apenas o empregado o hipossuficiente, mas também o empregador individual, ou o microempresário, que muitas vezes também não possuem grande capacidade econômico-financeira. Assim, ao postular ou apresentar defesa sem advogado, pode ver seu direito se desfazer.

É inegável que, em um determinado processo, possam existir questões preliminares cujo conhecimento não seja acessível a leigos. Além disso, pode ser que a parte também deixe de alegar questão fática de extrema importância, garantidora do direito postulado, por entender ser desnecessária. Dessa forma, ultrapassada a fase de emenda da inicial, nada mais poderá ser feito para demonstrar o direito do reclamante, pois qualquer alteração posterior da reclamação prejudicará o direito de defesa, posto que inovará as razões inicialmente apresentadas, o que é vedado pelo diploma processual.

Para uma melhor análise do assunto ora questionado, faz-se necessário o estudo do devido processo legal a partir de suas especificidades.

Assim, do devido processo legal decorrem todas as outras garantias processuais que proporcionam um processo e uma sentença justa. (JÚNIOR N., 2000). Decorrem dele também o contraditório e a ampla defesa, que serão observados a seguir, posto ser necessário defini-los separadamente.

Na definição de Nelson Nery Júnior (2000, p.130),

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.

O contraditório garante a bilateralidade no processo, de maneira que as partes se manifestem no processo, principalmente em relação aos atos processuais da outra parte, de forma a garantir a igualdade entre elas.

Conseqüentemente as partes têm direito de lhe serem dado ciência dos atos produzidos nos autos, inclusive das decisões e despachos do juiz para que possam exercer o direito constitucional da ampla defesa.

Dessa forma, ao compararmos o que fora acima discorrido com a maneira pela qual é concretizado o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, percebe-se que este limita a aplicação dos mencionados princípios constitucionais de forma a atingir suas finalidades. Além disso, convém destacar outros pontos relevantes.

Hoje, o Direito do Trabalho está bastante técnico. Existem diversos elementos que, se não observados, podem impedir a efetivação dos direitos questionados, como pré-questionamento, prazo recursal, requisitos de admissibilidade recursal, exceções, litispendência, ônus da prova, dentre outros.

Outra questão é a prescrição, a qual não podia ser decretada de ofício pelo juiz em virtude do princípio da proteção do empregado. Atualmente, o entendimento vem mudando, mas ainda há bastante controvérsia na doutrina, além de que ela não pode ser decretada em segunda instância se não questionada pela parte que lhe aproveita no juízo ordinário.

Desta feita, tem-se a mitigação do instituto de maior relevância para a defesa do empregador, posto não ser razoável que este saiba deduzir o prazo prescricional bienal, quinquenal ou o relativo ao FGTS.

Ainda que regido pelo princípio da simplicidade, as relações jurídicas a ele inerentes, nos dias atuais, encontram-se cada vez mais complexas, e os diplomas normativos

aplicáveis aos casos são muitos, como a Constituição Federal, a CLT, as leis esparsas, as instruções normativas do TST e as decisões reiteradas dos tribunais, posto que a jurisprudência tem grande importância na Justiça do Trabalho.

Para Amauri Mascaro Nascimento (2013, p. 325), “a importância do patrocínio é paralela à progressiva complicação das leis escritas e à especialização cada vez maior da ciência jurídica”.

Ressalte-se também diversas categorias profissionais que surgiram ao longo do tempo e as relações de trabalho criadas a partir do fenômeno da globalização e das relações econômicas internacionais.

A atuação de um advogado contribui para a ordem e celeridade do processo, pois o profissional orienta o cliente de maneira que argumentos irrelevantes não são colocados em juízo, já que, sozinhas, as partes podem se deixar levar pela emoção ou por questões pessoais, apontando fatos que em nada influenciam na causa.

Como bem explica Amauri Mascaro Nascimento (2013, p. 325),

A presença, ao lado da parte, de um patrocinador desapaixonado e sereno que, examinando o caso com a distanciada objetividade do estudioso independente e sem a perturbação de rancores pessoais, está em condições de selecionar com calma e ponderação os argumentos mais eficazes à finalidade proposta, garante à parte uma defesa mais razoável e própria e, portanto, mais persuasiva e eficaz que a que poderia ela mesma fazer.

Outrossim, de forma exemplificativa, aponta-se que pode ocorrer de o empregado, em sede de reclamação, requerer apenas um pedido e, posteriormente, em outras reclamatórias, requerer a tutela de outro direito que fora violado e assim sucessivamente, sobrecarregando o Judiciário ao invés de postular, de uma só vez, todos os pedidos decorrentes da relação de emprego.

Nessa esteira, defende Nascimento (2013, p. 326) que

As formas processuais servem, não obstante a opinião contrária que possam ter os profanos, para simplificar e acelerar o funcionamento da justiça, como a técnica jurídica serve para facilitar, com o uso de uma terminologia de significado rigorosamente exato, a aplicação das leis aos casos concretos.

Portanto, o advogado acelera o andamento do processo a partir da técnica jurídica aplicada.

Ressalte-se que as peculiaridades do Direito do Trabalho dificulta a atuação até de advogados que não são especialistas na área, por suas peculiaridades. Portanto, a parte, ao atuar sozinha no processo, encontra-se ainda mais vulnerável.

José Afonso da Silva (*apud* NEGRISOLE, 2008), ao discorrer sobre a desigualdade entre as partes quando apenas uma delas está patrocinada, apresenta o seguinte ponto de vista:

é preciso ser realista para concluir pela desmistificação dessa forma de participação direta, pois aqui também se oficializa um tratamento desigual entre reclamante e reclamado, este, em geral, representado por seus departamentos jurídicos e aquele entregue à sua própria sorte. Ou o juiz teria que suprir suas deficiências, o que não é função do juiz, ou seus direitos ficavam ao desamparo. Por isso é que essa chamada ‘vitoriosa tradição’ tem que ser cumprida pela interferência dos sindicatos de trabalhadores, todos criando departamento ou serviço jurídico para atender ao patrocínio judicial de seus filiados.

Foi falado, acima, na maior complexidade das relações jurídicas atuais colocadas sob o crivo da Justiça do Trabalho. Isso se deve, além do próprio desenvolvimento social, de outras circunstâncias mais objetivas, que é o aumento do âmbito da competência da Justiça do Trabalho com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. A nova redação dada ao artigo 114 da Constituição Federal tornou ainda mais incompatível com o texto constitucional a capacidade postulatória da parte.

Diante dessa nova situação, o TST editou a Instrução Normativa nº 24/2005, que, em seu artigo 1º dispôs que as novas causas afetas à justiça do trabalho serão julgadas conforme o rito da legislação trabalhista, exceto aquelas ações que têm rito especial determinado por lei.

Também determina que, exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, é aplicável o princípio da sucumbência, relativamente às partes.

Na verdade, há divergência na doutrina quanto à utilização do *jus postulandi* nas novas causas submetidas à Justiça Especializada, pois também é afirmado pela doutrina que as dificuldades econômicas para arcar com os custos do processo e com a contratação de um advogado também podem ser enfrentadas por aqueles que integram uma relação de trabalho, como o trabalhador avulso, e não apenas o empregado. Este, agora, equiparado ao empregado pela Constituição Federal.

Assim, estendendo-se essa prerrogativa àqueles sujeitos das novas relações jurídicas apreciadas pela Justiça laboral, tem-se uma ampliação do instituto para demandas ainda mais complexas, o que ofusca ainda mais a presença dos princípios constitucionais ora estudados.

Segundo ensinamento de Fredie Didier Jr., o contraditório pode ser dividido nas garantias de participação e de possibilidade de influência na decisão, *in verbis*:

A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.

Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. (DIDIER JR., 2011, p. 56).

Assim, percebe-se que, para restar configurado a aplicação do contraditório, deve ter a parte a oportunidade de influenciar no convencimento do juiz, de ter capacidade técnica para isso.

A falta de conhecimento técnico e do conhecimento dos jargões jurídicos, dificulta à parte desassistida entender o desenrolar do processo, ou, até mesmo, da audiência. Há a possibilidade, inclusive, de a parte não entender a decisão proferida pelo juízo, não aplicando, em tempo hábil, as medidas cabíveis para impugná-la.

Pode ocorrer também que a parte procure advogado somente após decorrido o prazo para a impugnação da decisão, por desconhecer o prazo legal.

Igualmente, sabe-se que, na Justiça do Trabalho, muitas das lides são resolvidas por acordos judiciais. Nesse caso, o empregado ou empregador fica sem orientação de quando lhe é favorável ou desfavorável transacionar seus direitos. Assim, a parte não sabe se é provável a tutela do direito alegado em seu favor ou se o valor do acordo condiz com os direitos e as concessões de ambas as partes.

Ainda em relação ao necessário equilíbrio entre as partes, vejamos ensinamento de Nelson Nery Júnior (2000, p. 147) sobre o tema:

Como decorrência do princípio da paridade das partes, o contraditório significa dar as mesmas oportunidades para as partes (*Chancengleichheit*) e os mesmos instrumentos processuais (*Waffengleichheit*) para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo respostas, requerendo e realizando provas, recorrendo das decisões judiciais etc.

Diante das novas relações de trabalho, cada vez mais complexas, é razoável entender que, em um processo judicial em que apenas uma das partes é atendida por advogado, esta estará em posição vantajosa, pois poderá ter todas as suas dúvidas acerca do rito procedimental esclarecidas, além de ir para a audiência sabendo de sua real situação na lide, de maneira que ela se manifestará seguindo todas as orientações do profissional, situação que não ocorrerá com a outra parte. Ressalte-se que, apesar de ambas possuírem as mesmas

“armas”, ou seja, a mesma capacidade para estar em juízo e de recorrer ou impugnar os atos do processo, quando presentes os requisitos de cabimento previstos em lei, a parte desassistida não terá conhecimento técnico para utilizá-las, o que acaba por privar, indiretamente, seu direito de defesa.

O princípio da igualdade material possibilita colocar à disposição das partes os mesmos instrumentos para a persecução da pretensão.

Segundo Fredie Didier Júnior (2011, p. 65),

os sujeitos processuais devem receber tratamento processual idêntico; devem estar em combate com as mesmas armas, de modo a que possam lutar em pé de igualdade. Chama-se a isso de paridade de armas: o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para lutar.

Contudo, o leigo não tem conhecimento para utilizar as oportunidades possíveis, ou cabíveis.

Assim, conclui-se que, a partir daí, o jus postulandi passou a constituir uma desvantagem, posto que limita outros princípios constitucionais, a isonomia das partes e a ampla defesa.

Ressalte-se, por oportuno, como uma forma de equilíbrio entre as partes, a participação do juiz na causa de forma ativa.

Contudo, ainda que se assuma uma postura mais ativa do juiz no processo em busca da verdade dos fatos, a fim de preservar um equilíbrio entre as partes, este não pode agir de maneira que prejudique a sua imparcialidade ou resulte em uma atitude que caracterize um “julgamento antecipado”, sob pena de ensejar a aplicação do art. 135 do CPC, *in verbis*:

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de paridade do juiz, quando:

(...)

V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Apesar de defendido por parte da doutrina, deve ser realizada com bastante cautela, não só porque esta não é sua função, mas também porque é imprescindível a imparcialidade do juiz.

A imparcialidade do órgão julgador é de tamanha importância que a Constituição garante ao magistrado a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de salários para livrá-lo de qualquer ameaça ao seu livre convencimento.

Assim discorre Carlos Henrique Bezerra Leite (2006, p. 54) sobre o tema:

O princípio em tela significa, por outro lado, que, na justa composição da lide, a solução de conflito de interesses entre as partes só pode ser obtida através de processo regular, em que as partes tenham igualdade de tratamento, sob o regime do contraditório e da ampla defesa e perante um juiz imparcial.

Dessa forma, não basta a atuação do magistrado para equilibrar as partes, já que deve ficar equidistante a elas.

Em relação à ampla defesa, esta permite aos interessados expor todos os elementos entendidos como importantes para o convencimento do juiz acerca dos fatos e do direito aplicável à espécie. Contudo, garante também, ao réu, permanecer calado quando entender que tal atitude lhe é mais conveniente.

Na lição de Fredie Didier Jr. (2011, p. 60), “a ampla defesa é “direito fundamental de ambas as partes”, consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório”.

A ampla defesa abre espaço para que o litigante exerça, sem qualquer restrição, seu direito de defesa. Contudo, sem o conhecimento dos direitos e de atos que poderia realizar na proteção de seus interesses, a parte leiga acaba por não adotar os atos processuais pertinentes ao caso, restando, assim, prejudicada, de maneira que ocorre um desequilíbrio entre as partes.

Nessa esteira, José Afonso da Silva (2005, p. 431) assevera:

o art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito contra aquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: *aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Para uma melhor sustentação do ponto de vista apresentado, qual seja, da incompatibilidade do *jus postulandi* com a nova ordem constitucional, é interessante colacionar lição de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca das normas principiológicas. Vejamos:

É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes de todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra o sistema,

subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO *apud* LEITE, 2006, p. 47).

Diante da importância dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, é que se entende a contrariedade do *jus postulandi* em relação a eles.

Assim, pela preponderância de tais princípios, conclui-se pela aplicação deles de forma mais ampla, não sendo razoável e constitucional a manutenção do referido instituto ora em análise no sistema processual trabalhista.

2.2. O direito fundamental de acesso à justiça.

O *jus postulandi* foi criado principalmente para propiciar ao empregado ou empregador que não possui capacidade econômica de arcar com a contratação de um advogado a possibilidade de postular em juízo, de ver seu pleito analisado pelo Judiciário.

A parte se priva de uma assistência técnica especializada para garantir um acesso à justiça.

Contudo, para concluir se o referido instituto possibilita ou não o exercício pleno do direito de acesso ao judiciário, é preciso analisar de maneira mais específica o mencionado princípio.

O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ressalte-se que, apesar do destinatário do comando legal ser o legislador, a determinação atinge a todos.

O acesso à justiça não se trata apenas de um direito fundamental, mas ele viabiliza os demais direitos fundamentais. Daí a grande importância de sua efetivação. É necessário, portanto, verificar se, no âmbito do Direito do Trabalho, o *jus postulandi* vai de encontro a esse preceito primordial.

Segundo Cappelletti e Garth (2002, p. 5), “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”.

Inicialmente, colaciona-se a definição do princípio em análise nos termos de Eduardo J. Couture (*apud* Júnior N., 2000, p. 98):

O direito de ação é um direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não

está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial.

Continua Nelson Nery Júnior:

Assim, podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um *direito subjetivo à sentença tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação. A realização de um direito subjetivo é alcançada quando se consegue o objeto desse mesmo direito. Como o objeto do direito subjetivo de ação é a obtenção da tutela jurisdicional do Estado, deve entender-se por realizado o direito subjetivo de ação assim que pronunciada a sentença, favorável ou não ao autor. (JÚNIOR N., p. 99).

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 700),

o direito de acesso à justiça conduz ao entendimento de que nada afastará a intervenção do Poder Judiciário quando houver lesão ou simples ameaça de lesão a direito. O controle judicial, portanto, deve ser visto com maior amplitude para compreender todas aquelas situações nas quais houve uma lesão ou ameaça de direito a alguém. Até as decisões discricionárias do Estado, que por muito tempo ficaram imunes ao controle do Poder Judiciário, não escapam mais à fiscalização judicial, sempre que se verifique uma ofensa a direito.

No sentido apenas formal o acesso à justiça é efetivado com a instituição de um Poder Judiciário para atender as demandas da sociedade, conforme previsto na Constituição, ou seja, a presença de um órgão para que aqueles que busquem sua jurisdição possam ter acesso à solução do litígio posto.

Contudo, em um Estado Democrático de Direito, deve-se buscar a afirmação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal ainda que ocorra um aparente conflito entre eles.

Nessa esteira, segundo Antônio Herman V. Benjamin (*apud* LEITE; 2006, p.128), o acesso à justiça significa, na verdade,

acesso ao Direito, vale dizer, a uma ordem jurídica justa(= inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), conhecida (= social e individualmente reconhecida) e implementável (= efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso aos mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente, a exercê-los, mediante superação das barreiras objetivas e subjetivas (...) e, nessa última acepção dilatada, que acesso à justiça significa acesso ao poder.

Assim, a partir dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, pelo princípio do acesso à justiça, se busca garantir uma tutela jurisdicional efetiva e justa que somente será alcançada se respeitados outros princípios processuais como a ampla defesa e o contraditório.

Percebe-se, assim, que o acesso à justiça não significa apenas ajuizar ação perante os Órgãos do Poder Judiciário, buscando uma tutela jurisdicional, pois não se trata somente do direito do cidadão de ter acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas de ter a certeza de uma decisão eficaz e justa.

Essa garantia está amparada no Estado Democrático de Direito, pois tem a finalidade de proteger os cidadãos na defesa de seus direitos fundamentais.

Uma decisão eficaz deve atender a algumas exigências, dentre elas, a celeridade. É dever do Estado proporcionar meios processuais e um rito procedimental que permita, da maneira mais eficiente, buscar a tutela do objeto da ação. Assim, o Estado deve criar institutos e estabelecer ritos processuais simples e efetivos que tornem possível a concretização do direito subjetivo.

Dessa forma, o acesso à justiça garante também que, com a apreciação da demanda, o resultado da jurisdição possa apresentar reais resultados na vida dos envolvidos.

Ressalta Dirley da Cunha Júnior (2010) que também não é permitida a majoração indiscriminada ou sem limites das custas judiciais, pois não deve haver empecilhos na prerrogativa de provocar a atuação do Poder Judiciário para a defesa de um direito.

Diante de tudo o que fora explanado e de todas as dificuldades enfrentadas pelas partes no exercício do *jus postulandi*, as quais já foram relatadas anteriormente, percebe-se a incompatibilidade entre o instituto e o mencionado direito fundamental.

Ainda que o *jus postulandi* da parte garanta a concretização do acesso à justiça no plano formal, esse não é o aspecto de principal importância. Não basta a possibilidade de colocar diante do Poder Judiciário a demanda para ser apreciada, é preciso que o resultado da tutela jurisdicional seja satisfativa, senão não há razão em esperar, por anos, pelo resultado de um processo o qual não apresentará nenhum efeito na situação dos litigantes.

Dessa forma, o advogado é figura imprescindível no processo para buscar, a partir dos meios processuais disponíveis, uma tutela favorável ao seu cliente a partir de atos processuais, muitas vezes, desconhecidos pela parte, a qual, sem assistência, não usaria os instrumentos que estão à sua disposição por desconhecimento.

Nessa esteira, segue entendimento de Amauri Mascaro Nascimento:

O conhecimento técnico vem a ser monopólio de uma categoria especial de profissionais, que são os juristas, de maneira que, para fazer valer as próprias razões em juízo, a parte inexperta de tecnicismo jurídico sente a necessidade de ser assistida pelo especialista, que se acha em condições de encontrar os argumentos jurídicos em apoio das suas pretensões, o que se faz mais necessário ainda quando,

como é a regra nos ordenamentos judiciais modernos, também os juízes, perante os quais a parte faz valer suas razões, são juristas. (NASCIMENTO, 2013, p.325).

O acesso à justiça pressupõe a ampla defesa e esta deve ser realizada de forma qualificada, ou seja, por profissionais que utilizem todos os meios cabíveis na busca da obtenção do direito pleiteado.

A concessão de capacidade postulatória às partes no processo trabalhista já foi de grande importância no contexto da sua criação, na década de 40, quando a Justiça do Trabalho se tratava de um órgão administrativo e sua atuação era pautada na simplicidade, cumprindo, assim, o papel para o qual foi instituído.

Atualmente, as relações estão mais complexas, não sendo razoável admitir que o empregado ou o empregador saberá traduzir o litígio em termos judiciais e conhecerá todas as suas implicações, de tal maneira que o instituto não mais se coaduna com o atual contexto social. Entende-se, dessa forma, não mais pela sua manutenção, sendo necessário que ele seja revogado, ou que se admita que a Constituição de 1988 não o recepcionou.

No capítulo seguinte, serão apresentadas algumas alternativas para que reste configurada a plenitude da defesa dos trabalhadores no âmbito da Justiça laboral ainda que retirada a faculdade da capacidade postulatória das partes.

3. MEDIDAS PARA GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA.

Atualmente, o acesso à justiça a partir do *jus postulandi* promove apenas o acesso ao judiciário, razão pela qual é defendida, neste trabalho, a extinção do referido instituto, mas, para isso, é necessário buscar uma outra forma de garantir ao cidadão de baixa renda a possibilidade de postular seus direitos, principalmente quando a causa não envolve, no seu bojo, questão financeira, patrimonial, como pedido de reintegração de cargo ou de anulação de advertência.

Tendo em vista a inafastabilidade do acesso ao judiciário previsto na Constituição Federal, é necessário garantir ao trabalhador meios para apresentar reclamação trabalhista em juízo, pois é o empregado, na maioria das vezes, a parte com menor potencial econômico, estando, as empresas, por outro lado, muito bem aparelhadas com seus setores jurídicos.

Segundo Cappelletti e Garth (2002), o ordenamento jurídico, muitas vezes, acabar por admitir vantagens a apenas algumas espécies de litigantes. Um exemplo é aquele que possui considerável recursos financeiros, posto que podem superar melhor as delongas do processo e despender maiores gastos para demonstrar seus argumentos. Outrossim, concluem que os principais obstáculos estão mais presentes nas pequenas causas e nos litígios que envolvem autores individuais, principalmente os pobres, pela falta de orientação especializada.

Os autores acima apontados ainda alertam que a eliminação dos obstáculos à plena efetivação do acesso à justiça não pode ser realizada individualmente, ou seja, um por um. Segundo Cappelletti e Garth (2002), os problemas relacionados ao acesso à justiça estão relacionados entre si de maneira que resolver apenas alguns deles implica dar maior força aos outros, dificultando, da mesma forma, a busca da efetivação do direito. Retirar o advogado apenas elimina um custo do processo, mas, por outro lado, a parte de nível educacional e econômico mais baixo será prejudicada porque não terá o conhecimento suficiente para defender suas alegações, sendo necessárias situações que equilibrem essa diferença.

Conforme apresentado no primeiro capítulo, o *jus postulandi* tem origem em uma época em que as relações eram menos complexas e que as leis trabalhistas eram mais escassas, mas, atualmente, não se compatibiliza aos princípios constitucionais do processo nem aos princípios do Direito do Trabalho, como o da proteção ao trabalhador, pois acaba constituindo uma desvantagem para o mesmo, o da simplicidade e da celeridade.

O instituto surgiu como meio de facilitar o acesso do trabalhador ao órgão estatal, em um período que a Justiça do Trabalho tinha natureza administrativa. Cumpriu seu papel à época em que foi criado, mas não mais compatível com o ordenamento jurídico atual.

Como já asseverado, a assistência do advogado garante um tratamento igualitário entre os sujeitos processuais, de maneira que não basta apenas deixar de aplicar o *jus postulandi* no âmbito da justiça laboral, é necessária adotar medidas correlatas capazes de efetivar o acesso à justiça, pois, do contrário, ele restaria impossibilitado inclusive no seu aspecto formal, dificultando ainda mais a situação dos hipossuficientes.

A ausência de honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho afasta a procura por advogado, posto que, para ter seu trabalho remunerado, o profissional já garante seus honorários no contrato celebrado, o que configura um ônus a mais para o trabalhador.

Vale ressaltar que, conforme as súmulas 219 e 329 do TST, não basta a sucumbência para a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, é necessário que a parte esteja assistida por sindicato da categoria profissional, bem como comprovar que percebe salário inferior ao dobro do salário mínimo ou não ter condições de arcar com os custos do processo sem o prejuízo do próprio sustento ou da sua família.

Contudo, observa-se que a condenação em honorários advocatícios não prejudicaria o hipossuficiente porque, se a lide for julgada de forma contrária a ele, este não arcaria com os honorários da outra parte porque seria beneficiário da justiça gratuita estando, assim, isento de honorários e custas judiciais.

Sem a condenação em honorários advocatícios do sucumbente a parte suportará os custos do processo sozinho. Assim, para não ter parte do valor determinado, muitas vezes em acordo, subtraído pelo pagamento da atividade advocatícia, a parte prefere atuar sozinha, por não entender a vantagem de possuir a assistência de profissional capacitado.

É nesse contexto que se insere a atuação Estatal, por meio da Defensoria Pública, além da atuação dos sindicatos, posto ser necessária a promoção de instituições aptas a garantir a concretização dos direitos fundamentais.

3.1. A Defensoria Pública na orientação jurídica e defesa dos necessitados.

No Brasil, a assistência judiciária gratuita apareceu, no texto constitucional, de forma explícita, na Carta Magna de 1934, que determinou à União e aos Estados a assistência judiciária aos necessitados, além da consequente criação de órgãos especiais que assegurem a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

A carta política elevou a referida disposição à categoria de direito e garantia individual, a qual foi excluída novamente do texto constitucional com a instauração do regime militar.

A assistência judiciária aos pobres somente foi reafirmada com a redemocratização, na Constituição de 1946. Contudo, houve certo atraso em relação à de 1934 porque aquela determinava ao Poder Público essa atribuição, mas dispozo que deverá ser realizado na forma que a lei estabelecer, ou seja, foi determinado que lei extravagante tratasse da matéria.

Dessa forma, foi editada a Lei nº 1.060 de 1950, a qual traz em seu escopo que basta a simples alegação na petição inicial de que a parte não tem condição de pagar as custas do processo e os honorários do advogado sem prejuízo próprio e da sua família para que a parte goze dos benefícios da assistência judiciária.

As constituições seguintes de 1967 e de 1969 não trouxeram nenhuma inovação sobre o assunto, permanecendo o cenário do referido direito igual ao período de vigência da Constituição de 1946.

A atual constituição instituiu a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Assim, a Defensoria Pública ganhou status constitucional, sendo, assim como a figura do advogado, indispensável à justiça, além de ser assegurando aos defensores a garantia de inamovibilidade.

Ademais, prevê, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, que é dever do Estado prestar assistência judiciária gratuita àqueles que comprovem insuficiência de recursos. Assim, presente no Título II da Constituição, a assistência judiciária aos hipossuficientes está dentre os direitos fundamentais assegurados.

A atual Carta Constitucional garante assistência jurídica não apenas perante os órgãos do Poder Judiciário, mas também a mera orientação jurídica ou auxílio em atos extrajudiciais.

Conforme o artigo 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, sendo um instrumento do regime

democrático por ter a atribuição de defender os direitos individuais e coletivos de forma integral e gratuita aos necessitados.

Percebe-se, assim, que o inciso LXXIV do art. 5º e o artigo 134 ambos da CF/88 complementam-se, visto que um deles determina a obrigatoriedade da assistência jurídica gratuita e integral, enquanto que o outro esclarece a maneira de como será efetivada essa prestação estatal, ou seja, a partir de um órgão específico com uma função vinculada.

Nos termos do art. 2.º da Lei n.º 1.060/50, terá direito ao benefício da assistência judiciária gratuita aqueles cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, bem como, pelo art. 4º, extrai-se que basta a simples afirmação do necessitado de que não pode arcar com os gastos relativos ao ajuizamento da ação para que goze dos benefícios previstos na lei.

Tal assistência também deve englobar as causas trabalhistas. A Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, a qual trata da organização da Defensoria Pública da União, atrai para esse órgão a responsabilidade de atuação perante a Justiça do Trabalho, conforme dispõe o artigo 14.

Contudo, essa atuação não é recorrente, visto que a instituição não possui estrutura adequada para suprir a demanda. Então, a fim de otimizar o trabalho da DPU e diante do número insuficiente número de defensores, é priorizado o atendimento às causas em que a parte não pode atuar desassistida. Dessa forma, os empregados e empregadores, tendo em vista o *jus postulandi*, são desprestigiados, ficando fora do âmbito de atuação da Defensoria. Não se pode negar que, no Brasil, há a atuação da DPU em causas trabalhistas, mas esta é muita reduzida, apenas em determinadas situações, de maneira totalmente desproporcional à demanda.

No Distrito Federal, foi lançado um projeto-piloto de atuação da DPU na Justiça do Trabalho com a finalidade de iniciar o exercício de suas atribuições por completo, sem excluir nenhuma das áreas de sua competência. Foi firmado um convênio com o TRT da 10ª região visando estreitar a atuação dessas instituições para torná-la mais célere.

Na época, o presidente da OAB-DF se pronunciou sobre a questão alegando que o número de advogados que atuam na área trabalhista é grande, e o número de defensores é reduzido, o que impõem à Defensoria a concentração de seus esforços em outras áreas, as quais a presença do advogado é obrigatória.

No ano de 2011, foi publicado no site oficial da DPU que no Brasil há menos de 400 defensores públicos para uma demanda gigantesca, pois em 2010 foram atendidas mais de 300 mil pessoas, segundo dados da Coordenação de Planejamento, Orçamento e Finanças da Defensoria Pública da União. Percebe-se, assim, a falta de estrutura e de profissionais da referida instituição, ressalte-se, consagrada pela Constituição como de caráter essencial.

Em outra notícia publicada no site da DPU¹, foi apresentado que, em março de 2011, a demanda na área trabalhista assumiu a primeira posição do núcleo em atendimentos iniciais, o que demonstra a necessidade de nomeação de novos defensores para atuar de forma especializada no âmbito trabalhista, já que, apesar de ser uma área cuja resolução da lide ocorre de maneira mais célere, há a necessidade da presença dos defensores nos fóruns trabalhistas diante, principalmente, do elevado número de audiências, já que estas são marcadas em curto prazo.

Assim, diante das dificuldades enfrentadas pela instituição, a DPU não abrange as causas trabalhistas. Contudo, apesar das dificuldades apresentadas, não se pode retirar do trabalhador o direito de buscar auxílio ao Estado por meio da defensoria pública.

Ademais, a razão de a DPU desprestigiar esse tipo de demanda é a possibilidade de o empregado ou empregador possuir a faculdade de atuar sem assistência de advogado.

No entanto, a possibilidade de os sujeitos de uma relação de emprego demandarem em causa própria não afasta um direito consagrado na Constituição. Uma prerrogativa concedida por lei infraconstitucional não justifica a limitação de uma garantia concedida pela Magna Carta. Assim, se a Constituição Federal determinou a assistência jurídica gratuita aos pobres, a faculdade do *jus postulandi* previsto na CLT não pode ser instrumento restritivo de tal direito. Ademais, a Carta Magna estabeleceu assistência jurídica gratuita aos necessitados, e não àqueles que possuem causas processadas pela Justiça Comum.

Não se pode esquecer também que o indivíduo somente pode demandar em causa própria na primeira e segunda instância, se desejar interpor Recurso de Revista ao TST, necessitará de advogado, pois não tem capacidade postulatória para atuar perante as cortes superiores. Assim, aquele que não pode arcar com o custo de uma ação judicial não poderá recorrer ao TST, o que demonstra uma flagrante violação ao seu direito de defesa, pois estará privado de utilizar mais um meio de defesa de seus interesses.

Dessa forma, apesar de entender que o *jus postulandi* não é compatível com a Constituição, ainda que ele esteja em vigor, não se pode excluir a possibilidade do indivíduo

1. Notícia disponível no site da Defensoria Pública da União.
<http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4180:o-risco-do-desamparo&catid=34&Itemid=223> Acesso em: 10/08/14.

buscar a assistência da Defensoria Pública, podendo o empregado ou empregador optar pela assistência ou por atuar sozinho. Mesmo com as dificuldades enfrentadas pela DPU, esta não pode eximir-se de seu múnus constitucional.

Os Estados e a União têm a obrigação de manter as defensorias públicas atuando em todos os respectivos órgãos jurisdicionais, constituindo uma contraprestação ativa do Estado, que é responsável pela prestação do serviço público. Trata-se de um direito fundamental de segunda dimensão.

A classificação dos direitos fundamentais em gerações explica-se porque eles surgiram em contextos diferentes, a partir da demanda de cada época. Estão divididos em direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta geração. Há ainda autores que os dividem em um maior número de categorias.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão estão relacionados aos direitos civis e políticos e à noção de liberdade. Surgiram no final do século XVIII a partir da ascensão do Estado Liberal em face do Estado Absoluto. Constituem direitos individuais que necessitam de uma abstenção do Estado, razão pela qual são chamados de direitos negativos. São exemplos de maior expressão dessa categoria o direito à vida e à propriedade.

Os direitos de segunda dimensão constituem os direitos sociais, econômicos e culturais e estão relacionados à ideia de igualdade entre os homens. Surgiram a partir das inovações trazidas pela Revolução Industrial que alterou profundamente a sociedade. Objetivando a igualdade material, eles exigem a atuação do Estado direcionado à coletividade, portanto são chamados de direitos positivos, possuindo titularidade difusa.

Os direitos de terceira dimensão relacionam-se à fraternidade e à solidariedade. Trata-se de direitos transindividuais, conceituado no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, os quais extrapolam a esfera do indivíduo, ou seja, não pertencem a um indivíduo isoladamente. São exemplos o direito à paz, ao progresso, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado, dentre outros.

A classificação dos direitos de quarta geração ainda encontra divergência na doutrina. Para Paulo Bonavides estão relacionados direito à democracia, à informação e ao pluralismo, introduzidos pela globalização política.

Assim, conclui-se, a partir da explanação supra, que a criação e nomeação de cargos de defensores públicos e os direitos sociais dos trabalhadores se tratam de direito fundamental de segunda geração, portanto que busca a efetivação de uma justiça social. É,

portanto, dever do Estado garantir ao necessitado uma estrutura que o possibilite buscar a proteção de seus interesses quando ameaçados ou violados.

Vale ressaltar que a Constituição constitui disposição de direito positivo, cujos direitos fundamentais estão apoiados nos ideais democráticos que norteiam o Estado Social. Apoiados, assim, no Estado Democrático de Direito, tem-se que o Poder Público deve atuar dentro dos limites impostos pela lei, cumprindo, assim, as obrigações a ele direcionadas, principalmente quando envolver questão de direito fundamental.

Ressalte-se, por oportuno, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Enquanto não instalada a Defensoria Pública do Trabalho, o Poder Público incorrer em grave omissão quanto à determinação constitucional.

Destaque-se também a importância do direito que está sendo abordado nesse trabalho, o acesso à justiça, posto ser de caráter essencial, pois é a partir dele que é possível buscar a concretização dos outros direitos fundamentais e a proteção dos bens jurídicos quando estes sofrem lesão ou ameaça de lesão.

Diante do exposto, extrai-se que a Defensoria Pública é uma instituição indispensável à função jurisdicional do Estado, considerada órgão autônomo da administração da Justiça, além de possuir a função de orientação e defesa jurídica, em todos os graus, daqueles que comprovarem insuficiência de recursos. Assim, diante de sua imprescindível função, é inconcebível que o Estado se exonere dessa obrigação constitucional.

Além do que fora apresentado, a partir de uma visão prática, outra vantagem da atuação da defensoria pública no âmbito trabalhista resta acentuada, que é a possibilidade de realização de conciliação, mediação ou transação, a qual, referendada pelo defensor, possuirá natureza de título executivo extrajudicial, conforme dispõe o art. 4, § 4º da Lei Complementar nº 80/94. Essa possibilidade seria uma forma de diminuir as demandas apresentadas ao Judiciário, diminuindo a sobrecarga de processos na Justiça do Trabalho.

A Defensoria Pública, portanto, deve exercer a ampla defesa a partir das medidas necessárias e adequadas à efetiva proteção dos interesses perquiridos pelos necessitados, destaque-se, tanto em processos judiciais quanto em administrativos.

3.2. A atuação dos Sindicatos.

Como já tratado, a legitimidade *ad causam* é uma das condições da ação e refere-se ao titular do direito subjetivo material, estando no polo passivo da demanda o titular da obrigação correspondente.

O ordenamento jurídico também admite a legitimação extraordinária, ocasião em que a lei autoriza, em algumas situações, às pessoas ou entes pleitearem em nome próprio direito alheio. O legitimado extraordinário, portanto, não coincide com o titular do direito material objeto da ação. Trata-se de uma transferência da legitimidade do titular do direito para um terceiro determinado por lei.

O substituto processual poderá praticar todos os atos processuais, mas não poderá transigir, renunciar e reconhecer juridicamente o pedido, pois o direito não lhe pertence. Distingue-se da representação porque nesta o representante defende direito alheio em nome do próprio titular, e não em nome próprio.

Ressalte-se que a sentença coletiva faz coisa julgada material *erga omnes* se procedente. Assim, os titulares do direito tutelado poderão promover diretamente a liquidação da sentença e execução conforme dispõe o art. 97 do CDC. Se o pedido for julgado improcedente, ainda assim os substituídos poderão pleitear individualmente suas demandas, caso não tenham atuado no processo como litisconsortes.

O art. 8, inciso III da Constituição Federal dispõe que cabe aos sindicatos defenderem os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria em questões judiciais e administrativas.

Há duas interpretações do dispositivo referido acima. A primeira é de que o sindicato está autorizado a pleitear em nome próprio interesses individuais dos membros de sua categoria. Assim, a substituição processual pelo sindicato dos direitos individuais tem plena aplicação, não se limitando pela determinação do art. 6º do CPC.

Por outro lado, há quem entenda que o sindicato somente teria legitimação extraordinária se expressamente previsto em lei a hipótese, aplicando, assim, integralmente o que determina o Código de Ritos.

Ressalte-se que a Lei nº 8.036 de 11/05/90 e a Lei nº 8.073 de 30/07/90 autorizam a possibilidade de o sindicato atuar como substituto processual dos interesses da categoria.

Para Wagner D. Giglio (*apud* LEITE, 2006), a Lei n 5.584/70, que revogou parcialmente o parágrafo primeiro do artigo 791 da CLT, possibilitou ao trabalhador ser representado pelo sindicato de sua categoria ainda que não esteja associado.

Há autorização expressa da substituição processual pelo sindicato na ação de cumprimento, na referente aos adicionais de insalubridade/periculosidade (art. 195 § 2º, da CLT); na ação para exigir o cumprimento de acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho (Lei 8.984/95, art.1º), para toda a categoria e não somente para os associados.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite (2006), a partir da interpretação das Leis nº 10.288/01 e 5.584/70, que dispõem, dentre outros assuntos, sobre a assistência judiciária na Justiça do Trabalho, a assistência gratuita somente pode ser prestada pelo ente sindical correspondente, inclusive aos não associados. Já para aqueles que, por ocasião da Emenda Constitucional nº 45/04, possuírem demandas de competência da Justiça Federal, mas que não se tratem de empregados ou trabalhadores avulsos, deverão ser representados pela DPU.

Atualmente, o TST entende que a substituição prevista no art.8º da CF/88 não é ampla, estando limitada às questões que envolvem direitos ou interesses individuais homogêneos, com processamento de acordo com as determinações do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de questão de direitos coletivos.

Já o STF entende que a substituição processual do ente sindical é ampla, cabendo a essas sociedades a defesa dos direitos individuais da categoria.

Apesar do disposto na Lei nº 5.584/70, a qual atribui a responsabilidade aos sindicatos de prestarem assistência judiciária gratuita, deve-se entender de que cabe aos entes a tutela dos interesses coletivos, em favor de toda a categoria, não apenas dos direitos de um indivíduo isoladamente, o que contraria a própria essência da entidade.

Assim, a Constituição autoriza a substituição processual apenas nos casos regulados por lei.

Ressalte-se que o substituto processual não precisa de outorga de poderes do substituído para ajuizar em nome próprio, diferente do que ocorre na representação.

A assistência na tutela de direitos individuais não homogêneos é obrigação do Estado.

Assim, cabe ao sindicato a defesa dos direitos coletivos dos associados. Já, quando a questão versar sobre direitos individuais, a substituição é cabível quando o litígio envolver direitos individuais homogêneos, por atingirem todo um grupo social ao invés de apenas um trabalhador, sendo necessária a identificação dos sujeitos ativos e da demonstração da respectiva relação de emprego.

Esse mecanismo evita que sejam propostas ações individuais sobre a mesma matéria, facilita o acesso à justiça dos trabalhadores e impede que o empregado sofra qualquer constrangimento durante a vigência do contrato de trabalho, pois não será ele que apresentará reclamação em face do empregador, e sim o sindicato em nome próprio.

O sindicato deve atuar, portanto, nas Ações Cíveis Públicas, tendo em vista seu alcance coletivo, e como substituto processual quando autorizado. Contudo, também pode atuar como representante processual, conforme o art. 791 da CLT.

Já em relação ao Estado, conforme demonstrado no subcapítulo anterior, deve amparar os necessitados, por determinação constitucional, não importa a natureza da demanda, para, assim, cumprir totalmente o preceito constitucional de acesso à justiça.

CONCLUSÃO

O *jus postulandi* já cumpriu seu papel histórico na Justiça do Trabalho, e atualmente a ausência de acompanhamento da parte por advogado implica desequilíbrio processual, podendo gerar grandes danos. A sua aplicação implica maior dificuldade na busca de uma tutela satisfativa, pois a parte que atua sem patrocínio tem maior dificuldade de utilizar todos os instrumentos processuais cabíveis na defesa de seus direitos, já que o Direito do Trabalho não mais se pauta em sua totalidade pela simplicidade, inclusive com o advento da EC nº 45/04, que ampliou consideravelmente a competência da Justiça do Trabalho.

A atuação da parte desacompanhada, na maioria das vezes, ocorre com o trabalhador, e este fica em desvantagem, o que põe em risco os seus direitos. O *jus postulandi* deve ser abolido do ordenamento jurídico por não mais cumprir o papel de facilitador do acesso à justiça, pois atende apenas o seu aspecto formal. A manutenção do *jus postulandi* contraria, portanto, a Constituição Federal, visto que limita a implementação do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça.

A maneira de garantir a ampla defesa aos demandantes que não possuem capacidade financeira para constituir advogado já está prevista na Constituição, pois esta garante assistência judicial, de forma integral e gratuita, prestada pelo Estado àqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

Assim, a obrigação do Estado de prestar defesa judicial aos necessitados está diretamente relacionada ao acesso à justiça, de forma que o cidadão desprovido de recursos financeiros suficientes para movimentar uma lide também possa utilizar todos os instrumentos permitidos por lei com a finalidade de solucionar seus conflitos.

Ressalte-se que, ainda que em vigor a prerrogativa do *jus postulandi*, ela não afasta a atuação da Defensoria Pública na defesa dos necessitados, já que esta tem dever atribuído pela Carta Magna. O trabalhador tem direito de usufruir os serviços da referida instituição, sendo que a Lei Complementar nº 80 de 12/01/1994 atribuiu à Defensoria Pública da União a atuação junto à Justiça do Trabalho.

O sindicato também tem importância na proteção do trabalhador ao prestar assistência, mas sua principal atuação está na substituição processual, que não é objeto desse trabalho.

Assim, conclui-se que a principal forma de garantir a ampla defesa qualificada e a formação do contraditório de maneira eficaz àqueles que não podem arcar com os honorários advocatícios no processo está na atuação do Poder Público, ampliando a estrutura da DPU para que este órgão essencial à justiça possa cumprir sua função.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 02/07/2014.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1988.

BRASIL. *Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. DOU de 9.8.1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. Brasil: Malheiros editores, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Vol. 1. Salvador: JusPODIVM, 2011.

FILHO, Manoel Carlos Toledo. *Fundamentos e Perspectivas do Processo Trabalhista Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2006.

GODESHI, Luis Henrique Simão. *A Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho e seus Impactos no Jus Postulandi*. 2009. 112 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Direito Processual do Trabalho: teoria, crítica e prática*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEGRISOLI, Fabiano. *O “jus postulandi” na Justiça do Trabalho: irracionalidade que pode impossibilitar a busca da verdade ou correção e impedir a concretização de direitos*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia (UniBrasil). Vol. 4. 2008. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDAQFjAC&url=http%3A%2F%2Frevistaeletronicardfd.unibrasil.com.br%2Findex.php%2Fsearch%2Ftitles%3FsearchPage%3D22&ei=IMpNVLzeD4_PggS-6YDQCQ&usg=AFQjCNHIONRXznFV4s5jXokoLzddfMoGgg&bvm=bv.77880786,d.eXY> Acesso em: 02/07/14.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. *O acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário*. Trabalho publicado na revista LTr. Janeiro de 1989. Disponível em <www.tst.jus.br/documents/1295387/1334967/2.+O+Acesso+dos+Cidad%C3%A3os+ao+Poder+Judici%C3%A1rio>. Acesso em: 21/07/14.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. Brasil: Malheiros editores, 2005.