

## O HUMANISMO DO DIREITO (\*)

### Ou a Eqüidade como modo de ser da Interpretação Jurídica

Professor SEBASTIÃO MACHADO FILHO

Membro do Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo — Juiz do Trabalho — Professor de Direito Processual do Trabalho da Universidade de Brasília — Doutor em Direito — Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito do Trabalho.

“Para se entenderem as palavras da prudência: e receber a instrução da doutrina, a justiça e o juízo, e a eqüidade.”

(Prov., 1 : 3)

Diz-se que a lei é feita para ser obedecida ou aplicada pelo juiz, na solução de um conflito de interesses, configurado por uma pretensão resistida ou não satisfeita. Ante o caso concreto, pois, o juiz aplicaria a lei. Melhor seria dizer, o direito, pois que este não se reduz apenas em lei, sem falar numa corrente do realismo jurídico que tem a lei como critério oficial de apreciação dos fatos e, não, como direito, sendo este aquilo que afirma o juiz, na sentença válida para o caso concreto.

(\*) Tese (“ponencia”) apresentada no V Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social — Ciudad de México, del 24 al 29 de Septiembre de 1974 — (Referência ao I Tema do Congresso: “La Equidad y el Derecho del Trabajo”).

Mas, sendo a lei geral e abstrata, não há falar em sua aplicação sem levar em conta as particularidades de cada caso concreto, que o juiz também considera na interpretação daquela. Fala-se, então, em individualização da lei. Esta há de ser individualizada para ser aplicada. E a individualização só tem lugar se há a consideração das particularidades do caso concreto. Logo, estas particularidades são sempre objeto de consideração pelo juiz na interpretação da lei. Em nenhuma hipótese de interpretação e aplicação do direito, deixa o juiz de assim proceder, isto é, levando em conta as particularidades de cada caso concreto. Isto porque, na realidade, não existe caso geral e abstrato ao qual se assentaria, sob medida, a correspondente norma jurídica geral abstrata.

Mas, a consideração das particularidades do caso concreto não constitui "um" procedimento ao qual o juiz recorre, na interpretação da lei e aplicação do direito. Trata-se, em verdade, do próprio modo de ser da interpretação jurídica. Esta, se é interpretação, se apresenta não só em seu resultado (o conteúdo) como, também, em seu modo de ser (forma). Não se interpreta algo sem, ao mesmo tempo, um modo de interpretação. Ora, inexistindo essência sem forma ou forma sem conteúdo, resulta claro que o modo de ser da interpretação integra o conteúdo desta. Assim, as particularidades do caso concreto fazem parte da interpretação jurídica. Não se pode conceber esta sem a consideração daquelas. Não há juiz que, ao aplicar o direito, não tenha ante si o caso concreto com suas particularidades. E não há juiz que, ainda que disso não tenha consciência, deixe de considerar tais particularidades na interpretação do fato segundo a lei, para que esta, então, individualizada, logre aplicação, solucionando a hipótese.

Pois bem, a equidade (1-A) é justamente esse modo de ser da interpretação jurídica, pois esta, com seu conteúdo, é a justiça do caso concreto, embora possa não ser, subjetivamente, a verdadeira justiça (a qual só Deus conhece). Trata-se, objetivamente, da justiça do caso concreto, pois ao Estado não interessa, em primeiro lugar, impor a verdadeira justiça incontestável (idealismo puro) (1-B), mas, sim, realizar valores de paz, ordem, segurança, na comunidade. E o faz, simplesmente, atuando o direito objetivo, fazendo-o eficaz, por ser, por suposto, a expressão da vontade geral da comunidade.

Portanto, a equidade — integrando o conteúdo da interpretação como modo de ser desta — também é, neste sentido, interpretação. Daí porque se pode afirmar que a interpretação jurídica somente se faz ou se apresenta através de sua forma, isto é, com equidade. Interpretação jurídica é interpretação equitativa ou não é jurídica. Esta há de ser forçosamente uma interpretação com equidade, equitativa. Tão certo como correta é a afirmação de que não há possibilidade de, na aplicação do direito ao caso concreto, deixar o juiz de considerar o caso concreto como tal, ou seja, com suas particularidades inerentes e indescartáveis, sem as quais o caso concreto não se apresentaria como "este caso concreto" *sub judice*.

(1-A) Para uma visão geral da teoria da equidade na doutrina dos autores, vide ALÍPIO SILVEIRA, "Conceitos e Funções da Equidade em face do Direito Positivo", in "Direito", Ano III, nov.-dez., vol. XVIII, págs. 82 e segs.; e publ. a/d, com Prólogo de Clóvis Bevilacqua, 376 págs., a/Ed.

(1-B) A propósito, vide JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "Reconhecimento do Pedido", (in sua obra "Direito Processual Civil", ed. Borsari, Rio, 1971, pág. 101).

A equidade não é, pois, o que os autores vêm pensando desde Aristóteles. Não é a equidade uma "ditosa retificação da justiça rigorosamente legal". E não é, porque esta justiça rigorosamente legal simplesmente não existe, pois seria aquela que desconsiderasse as particularidades do caso concreto e que são inevitáveis na interpretação jurídica. Tal justiça é pura abstração, tal como a norma geral, que nunca pode ser aplicada tal qual é, pois pressuporia a impossível ocorrência real de uma abstração. Por outro lado, sem individualização da norma geral não há falar em eficácia ou efetividade da norma. (Recorde-se a tese de KELSEN sobre o mínimo de eficácia como condição da validade da ordem jurídica como um todo e, também, das normas jurídicas em singular.) Em síntese, a justiça rigorosamente legal é apenas um fantasma. Aqui, há aplicação errada do direito, como nos "erros judiciários".

A equidade não é "fonte" do Direito <sup>(1)</sup>, nem mesmo um princípio geral de direito <sup>(2)</sup> (e este já estaria incluído entre as fontes), como se tem afirmado, de modo geral, na doutrina dos autores, que sequer se preocupam em precisar o conceito de equidade.

É que não se *aplica* equidade, mas, sim, *faz-se* equidade, interpretando-se as particularidades de cada caso concreto. Mesmo no conceito de Aristóteles, pois direito se aplica e a justiça se faz. Mesmo no segundo sentido da equidade apontado por Aristóteles — de suprir o silêncio da lei, aqui falando no lugar desta, em virtude de ser omissa, e, não, no primeiro sentido de retificação ou correção da lei em virtude de sua generalidade. Na omissão da lei, o juiz cria o direito, como se fosse legislador. Encontra, pois, a norma jurídica aplicável ao caso concreto, através da equidade, ou seja, através da interpretação das particularidades do caso, da mesma maneira como procede na adaptação da lei existente. Não há diferença nas duas hipóteses. Em ambas, o juiz sempre encontra o direito aplicável após a interpretação equitativa.

A norma de Salomão de dar o filho a sua verdadeira mãe só teve aplicação após a engenhosa apuração do comportamento normal de uma mãe verdadeira, pela consideração das reações naturais das duas mulheres disputantes, que se mostraram diferentes em razão de suas individualidades próprias. A aplicação da norma antecedeu uma interpretação equitativa, cujo conteúdo, pela consideração das particularidades do caso, se apresentou como a justiça do caso, que se fez com a aplicação do preceito normativo. Encaixa-se, aqui, a observação de RADBRUCH <sup>(3)</sup> de que a "idéia" do direito não pode ser diferente da "idéia" de justiça, ponto de partida para a determinação do "conceito" de direito como "a realidade que tem o sentido de se achar ao serviço da idéia de justiça". Donde a conclusão de RADBRUCH de que "A equidade é a justiça de cada caso particular, mas esta noção não nos obriga a modificar a definição de direito que já demos quando chamamos a este a realidade que tem o sentido de se achar a serviço da justiça".

(1) Assim consideram, por exemplo, BARASSI, Ludovico, "Tratado de Derecho del Trabajo", Trad. M. Susini, ed. Alfa, B. Aires, 1953, vol. 1, págs. 218 e segs.; CABANELLAS, G., "Introducción al Derecho Laboral", ed. Omeba, B. Aires, 1960, vol. 1, n.º 315, pág. 543 (este autor também admite a equidade como princípio de direito, *ob. cit.*, n.º 326, pág. 562).

(2) DEL VECCHIO, G., "Los Principios Generales del Derecho", ed. Bosch, Barcelona, 1948, págs. 116/117 (ver nota n.º 9).

(3) RADBRUCH, Gustav, "Filosofia do Direito", § 4.º

Se partirmos do conceito aristotélico de equidade, é porque — como bem observou MARIO DE LA CUEVA (4) — vão é o empenho dos teóricos do direito na busca de novas idéias, “porque el problema aristotélico está siempre presente y exige la misma solución”. O raciocínio de MARIO DE LA CUEVA é um dos mais acertados, entre todos, quando parte ele de que “La equidad no es un principio ni una formula general derivada de la idea de justicia, sino un procedimiento y un resultado: Es la armonia entre lo general y lo particular”.

Mas, como já acentuamos, a equidade para nós não é “um procedimento”, pois sendo o *modo* irremovível da interpretação jurídica, unido ao “resultado” desta (por inseparável a forma do conteúdo) é “o” procedimento da interpretação jurídica, integrante desta, pois a exigência da consideração das particularidades de cada caso concreto, na aplicação do direito (por se achar este a serviço da justiça) é inafastável de toda e qualquer interpretação jurídica. Mesmo em Aristóteles (5) isto já se acha implícito. Neste sentido, deduziu também MARIO DE LA CUEVA, ao prevenir os autores modernos de que deveriam aprofundar nesta idéia, em lugar de perderem-se na discussão sobre se a equidade constitui um dos princípios gerais do direito, de vez que o pensamento aristotélico não conduz a esta conclusão, e, sim, sugere “la idea de un derecho que quiere ser constantemente humano, que no se conforma con las formulas puramente abstractas y que exige la consideración especial de los casos particulares”.

Sem dúvida, Aristóteles vislumbrou o humanismo do direito através da equidade, como único modo possível da interpretação jurídica, tal é a tese que ora defendemos. O direito — como conjunto de normas jurídicas de regulação da conduta humana — é criação do homem para o homem, donde sua interpretação e aplicação só pode ser humana. O humanismo do direito somente é realizável pela interpretação equitativa, que implica a consideração das particularidades dos casos concretos, como único modo de ser de uma interpretação humana que é a interpretação jurídica, que se faz de um objeto cultural (humano): o direito.

Não há negar que MARIO DE LA CUEVA aproximou-se demasiado de nossa conclusão, ao ensinar que “El juez debe procurar que sus fallos sean equitativos, lo que significa que *la equidad es un procedimiento en la interpretación del derecho*”, (além de servir também para preencher as lacunas das outras fontes, ao adaptar a justiça às circunstâncias do caso singular). Só que, à diferença, é que — a nosso ver — a equidade não é “um”, mas “o” (o único) *procedimento* “da” interpretação do direito, e, ainda, entendido este “procedimento” como “modo de ser” da interpretação, nesta integrando. E isto porque — como pensamos já ter deixado claro — não é possível ao juiz (ou ao intérprete) uma interpretação sem a consideração das particularidades do caso concreto, ou seja, sem equidade.

A altura, parece-nos merecedora de melhor atenção a posição da teoria egológica do direito de CARLOS CÓSSIO, a propósito da compreensão do

(4) LA CUEVA, Mario de, “Derecho Mexicano del Trabajo”, vol. 1, págs. 395/6.

(5) ARISTOTELES, “Ética a Nicomaco”, Liv. 5.º, cap. X.

direito, como “interpretação da conduta compartida, feita “por medio de o mediante la ley”, ou, na expressão de AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA: “Nuestra tesis, de que la interpretación jurídica no es otra que un acto de comprensión, y de que no se interpretan las leyes, sino conductas con las leyes, constituye la versión en el ámbito del Derecho de: a) las enseñanzas de DILTHEY, SPRANGER, etc., acerca de la comprensión como modo da acceso específico para el ámbito de lo humano; b) las enseñanzas de HUSSERL acerca de la distinción que existe entre la expresión que dice algo, el concepto expresado (el algo que se dice), el objeto (toda expresión no sólo dice algo, sino que lo dice acerca de algo) y la intuición sensible del objeto” (6).

Neste sentido, valiosa a observação de DEL VECCHIO (7) de que é missão própria da crítica valorar as leis positivas em relação com a idéia absoluta do direito ou do justo natural, pois somente uma concepção errônea da ciência jurídica poderia desejar para suas normas aquela rigidez mecânica, que converteria o juiz em um autômato, fazendo do *summum jus* — segundo o antigo adágio — uma *summa injuria*. Assim, aquela exigência fundamental, que inspira as teorias jusnaturalistas, e que se denomina em sentido amplo equidade — consideração de todos os elementos da realidade para determinar o equilíbrio ou a proporção correspondente às relações entre pessoa e pessoa —, não pode ser repudiada na legislação positiva que, após ter procurado suprir por si mesma, a seu modo, aquela exigência, deve admitir que pode valer-se diretamente, através tão-somente da consciência do juiz, em todos os casos não previstos em normas expressas, nem resolúveis sequer analogicamente por meio delas.

A equidade, em ARISTÓTELES, tem somente referência ao procedimento de interpretação jurídica, no sentido captado por DEL VECCHIO, de que “O conceito aristotélico atribui, pois, ao juiz, por meio da equidade, um poder criador ou modificador da lei, distinto do que lhe concedem os sistemas modernos, inspirados no princípio da separação de poderes”. Sem dúvida, pode-se dizer que ARISTÓTELES é um jusfilósofo moderno, dos mais atualizados (8), embora tenha entendido a equidade como retificação ou correção da justiça rigorosamente legal, sem no entanto ter dado o sentido ou o significado exato de equidade.

ARISTÓTELES não podia dar um sentido a equidade senão o de “procedimento” de interpretação da lei, como está implícito na sua consideração. É que como modo de ser da interpretação jurídica, a equidade é procedimento ou forma de cada interpretação, não podendo ter o sentido do conteúdo desta, variável segundo o caso concreto, em razão das particularidades deste. Por isso, KANT (9) não qualificou a equidade senão como uma “divindade muda, cuja voz não pode ser escutada”, já se utilizando este jusfilósofo da expressão “tribunal da equidade”, ou seja, a equidade como o a-fazer do juiz.

(6) Vide nosso artigo “Da Compreensão Ecológica do Direito”, in *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, outubro de 1973, n.º 13, págs. 32 a 37).

(7) DEL VECCHIO, G., “Los Principios Generales del Derecho”, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, págs. 69 e 52, n.º 1.

(8) Vide ROBLEDO, A. Gomes, “La Sabiduría en Aristoteles”, in *Rev. Dianota*, Ano III, n.º 3, México, 1957, págs. 3 a 29.

(9) KANT, Immanuel, “Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho”, ed. Univ. Nac. Aut. de México, 1968, pág. 38.

Não sem razão, CARNELUTTI <sup>(10)</sup> escreveu que, em geral, todo juiz tem uma *alma de legislador*, pois, partindo-se da antítese irredutível entre o fato e a lei, entre o variável e o constante, entre o múltiplo e o único, resta sempre um vazio que preencher ou uma saliência que nivelar para adaptar a lei ao fato; donde a equidade... esmiuça, e não unifica a jurisprudência, razão pela qual CARNELUTTI chamou a jurisprudência de arte.

A equidade, modo de ser da interpretação jurídica, não pertence a esse ou àquele direito "substantivo" ou processual. Inclui-se a equidade na temática da Técnica Jurídica, entendida consoante o conceito de GARCIA MAYNEZ <sup>(11)</sup> como "el arte de la interpretación y aplicación de los preceptos del derecho vigente". É problema de Hermenêutica Jurídica, objeto da Teoria Geral do Direito *lato sensu*, mas que MAYNEZ inclui na Jurisprudência Técnica, como um de seus ramos, responsável pelo aspecto técnico desta, razão pela qual a Jurisprudência Técnica (no sentido de Ciência do Direito) "no es unicamente ciencia, sino arte", seguindo, assim, as pegadas de IHERING que vê a Técnica Jurídica como ramo da arte jurídica, com o objetivo de aperfeiçoar a forma da matéria jurídica.

Portanto, não se pode dizer sem mais, como MÁRIO DE LA CUEVA que "la equidad desempeña una función importantísima en el derecho del trabajo", que constituiria talvez "su campo próprio de acción". É que a equidade — como modo de interpretação — não tem seu campo de ação ou pertence a esse ou àquele ramo do Direito, ou a um mais e a outro menos, mas encontra seu devido lugar na problemática da Técnica Jurídica no que diz respeito à hermenêutica jurídica. Logo, a equidade é o a-fazer jurídico do juiz, no interpretar, para aplicar ou integrar qualquer ramo do Direito.

Se se diz que a equidade se evidencia, com maior facilidade e profundidade, no a-fazer do juiz do trabalho ao interpretar a norma trabalhista, é afirmar outra coisa bem diversa, que pode ser mais facilmente aceita, pois a razão disto está em que o objeto da relação jurídica de emprego é algo bem mais valioso do que um mero bem patrimonial: é a própria vida humana vivente do trabalhador, que em outra coisa não consiste a "prestação de serviço", como um despreparar de energias vitais. Sob este enfoque, pode-se bem interpretar como correta a afirmativa precitada de MÁRIO DE LA CUEVA, porque — também em razão dela — o caráter tuitivo do Direito do Trabalho. Por isso e só por isso, podemos igualmente aceitar, como perfeita, a aguda visão de ANTOKOLETZ <sup>(12)</sup> de que "es preciso no olvidar el carácter jurídicosocial de la legislación del trabajo, que completa las normas legales com *soluciones* equitativas (*ex aequo et bono*), coordinando lo justo con lo humanitário. Sin *margem amplio* de equidad no es posible hacer efectiva la *misión tutelar* sobre el proletariado. Poco a poco se va formando una *jurisprudencia de equidad*, menos estricta que la jurisprudencia legalista" (no sentido de jurisprudência dos tribunais — grifamos no texto). Neste sentido, se pode falar em uma *jurisprudência de equidade*, como também denominou HEINRICH HENKEL

(10) CARNELUTTI, P., "Líneas Generales de la Reforma del Proceso Civil de Cognición", in "Estudios de Derecho Procesal", ed. JEA, B. Aires, 1952, vol. I, pág. 152.

(11) MAYNEZ, E. Garcia, "Introducción al Estudio del Derecho", ed. Porrúa, México, 1968, § 88, pág. 129.

(12) ANTOKOLETZ, "Tratado de Legislación del Trabajo", 1941, B. Aires, tomo I, pág. 18.

(13) ou "direito eqüitativo" (*aequitas, equity*) no dizer de THEODOR STERNBERG (14).

Mas é na interpretação e aplicação (ou, ainda, na integração) do direito processual do trabalho que a eqüidade, como modo de ser desta interpretação, se evidencia como "eqüidade reivindicatória", para aproveitarmos dos ensinamentos da "teoria integral" de TRUEBA URBINA (15), mas jamais como entendeu este autor como "fonte" do direito, que não é. Pode-se dizer que o legislador, ao ditar a lei processual, o fez após uma interpretação da realidade, fazendo-a de modo eqüitativo. Mas, após promulgada, o que resta é somente a lei, como uma das "fontes" do direito. Não é a eqüidade "fonte" da lei processual ou de qualquer outra lei. É modo de ser da interpretação jurídica de tais leis, que constitui o a-fazer do juiz na aplicação (ou integração) do direito. Não é somente na aprovação de uma lei processual reivindicatória que se verifica o sentido reivindicatório da interpretação eqüitativa da realidade social. A se resumir apenas nisto, a lei processual — da qual ora estamos considerando — seria vã ou inócua. Para que a lei *processual* tenha eficácia, necessita ser aplicada e, para que possa sê-lo, requer a interpretação jurídica, tendo em conta cada caso concreto e, pois, as particularidades deste. Somente assim e neste momento resulta o sentido "reivindicatório", não apenas da lei processual em seu conteúdo constituído na base de uma reivindicação em razão da interpretação eqüitativa que considerou as desigualdades (e, pois, as particularidades) das classes sociais e sua situação desigual em determinada questão social. O sentido reivindicatório da eqüidade, como modo da interpretação da norma processual trabalhista, somente logra efetividade no a-fazer do juiz, ao aplicar o processo como método de solução do conflito de interesses *sub iudice*. Sem a existência da ação não há falar em direito processual que, à diferença do direito "substantivo", e por sua natureza de direito público, não se inclui na esfera da autonomia privada dos indivíduos. Em outras palavras, se inexistisse a possibilidade de conflitos, desnecessário seria um método para resolvê-los, como é óbvio.

A partir de nossa tese — de que a eqüidade é o modo de ser da interpretação jurídica, de toda e qualquer interpretação jurídica, com vista à aplicação ou à integração do direito — incompreensíveis são as posições doutrinárias que vêem na eqüidade uma "fonte" do direito ou um "princípio" geral do direito; e ainda mais incompreensível e mesmo extravagante a disposição de certas legislações que, como a nossa (no art. 127 do atual Código de Processo Civil), autoriza expressamente que "o juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei", o que constitui um sem-sentido, ou melhor, que somente dá a entender que o legislador não sabe que coisa é a eqüidade (mesmo porque não a define). De acordo com o nosso ponto de vista, tal norma constitui um disparate, pois o juiz sempre, em qualquer caso, decide por eqüidade, pois esta significa unicamente o modo de ser da interpretação jurídica, desta inseparável, como a forma do seu conteúdo; e este modo de ser da interpretação jurídica, em que consiste a eqüidade, é a consideração das particularidades do caso concreto, inevitável à compreensão e aplicação (ou à integração) do

(13) HENKEL, Heinrich, "Introducción a la Filosofía del Derecho", Madrid, 1968, pág. 539.

(14) STERNBERG, Theodor, "Introducción a la Ciencia del Derecho", Barcelona, 1940, págs. 24 e 25.

(15) URBINA, Trueba A., "Nuevo Derecho Procesual del Trabajo", México, 1971, págs. 40 e segs.

direito para a solução do caso em questão. Nisto consiste a "justiça do caso concreto": na maneira eqüitativa com que se reveste a interpretação jurídica, em seu modo de ser. E nada existe sem um modo de ser ou existir.

A eqüidade "reivindicatória" — como modo de ser da interpretação do direito processual do trabalho, notadamente — revela um sentimento até mesmo inconsciente das exigências do direito, como revelação da consciência moral comunitária, cuja importância não pode ser desconhecida, especialmente na solução dos conflitos do trabalho, e à qual se chega — pelo menos provisoriamente — através de sentimentos ou do instinto mais do que pela aplicação de conceitos da razão, na consideração das particularidades do caso concreto. Outro não é o ensinamento de HELMUT COING<sup>(16)</sup>, que admite, com ISAY, que a decisão judicial surge por via puramente intuitiva a partir do sentimento jurídico do juiz, e que só depois se compara com a lei e se fundamenta nela; mas enfatizando que (na versão espanhola de Mauri) "lo típico de la decisión judicial es empero siempre el tener su origen en la conciencia jurídica; el juez se propone juzgar "justa y eqüitativamente", "racionalmente"; e, dando razão a ISAY, reafirma o professor de Frankfurt que "el juez empieza por formarse intuitivamente una decisión sobre la base de la reacción espontanea de su conciencia jurídica, y luego la supervisa y examina con la ley".

## — II —

A interpretação eqüitativa do direito processual do trabalho, em razão de seu nítido caráter reivindicatório, pressupõe necessariamente que ela seja favorável ao trabalhador, colocando-o numa situação de privilégio em relação a seu empregador no processo. É o modo de ser da interpretação das normas processuais do trabalho em razão de um dos mais fundamentais princípios do direito processual do trabalho que é o da "disparidade processual", do qual decorre a desigualdade de tratamento das partes no processo laboral em favor de uma delas: o trabalhador Reclamante. Como proclamou ELSON GOTTSCHALK<sup>(17)</sup>, "admite-se que no processo do trabalho se estabeleçam certas desigualdades jurídico-processuais em favor dos assalariados, com uma contrapartida à desigualdade econômica das partes"<sup>(18)</sup>.

Mas o direito processual do trabalho não estabelece uma desigualdade no sentido de "tutela" ou de "proteção" do empregado, em razão de ser este a parte economicamente débil no contrato de trabalho ou na relação jurídica de direito material, o que, no entanto, continua sendo no processo ou na relação jurídica processual laboral. A inferioridade econômica já é a justificativa do sentido protecionista das normas "substantivas", cujo conjunto forma o Direito do Trabalho, responsável pelo caráter tuitivo deste, se bem que esta

(16) COING, Helmut, "Fundamentos de Filosofía del Derecho", Barcelona, 1961, págs. 254 e 255.

(17) GOTTSCHALK, Elson G., "Singularidade do Direito Processual do Trabalho", in *Revista do Trabalho*, Rio n.º 10/11, jul.-dez., 1961, pág. 12.

(18) De logo, pois, ultrapassada nasceu já a conclusão de n.º 2, aprovada pela Comissão do Tema III e homologada pelo plenário do IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, realizado em São Paulo, em setembro de 1972, no sentido de que "o caráter tutelar do Direito do Trabalho há de se refletir no processo do trabalho na medida em que, atendendo à posição desigual do trabalhador frente ao empregador, se pretenda obter a igualdade das partes no processo" (Vide conclusões do IV Congresso in *Revista LTr*, São Paulo, n.º 36, nov. 1972, págs. 842).



afirmação somente tem validade de um modo geral, diante da existência de dispositivos legais nitidamente contrários ao interesse do trabalhador (19).

De qualquer maneira, a tese assente é de que o Direito Positivo do Trabalho visa a amparar, tutelar, proteger o trabalhador, na relação material de emprego, uma vez considerada sua inferioridade econômica diante da empresa, este poder invisível trasvestido de "empregador" (20), e, pois, sujeito jurídico desta relação.

Já o Direito Processual do Trabalho — ainda que considerado por alguns autores como ramo do chamado "Direito Social" (21) — não objetiva a simples proteção do trabalhador, pelo menos como fim imediato. Proteção de que? De seus direitos materiais? Mas esta proteção já não realiza, visa a realizar, ou, no mínimo, deve proporcionar e proporciona o Direito do Trabalho?

O Direito Processual do Trabalho, como instrumento ou método de solução dos conflitos de interesses entre capital e trabalho (22) não persegue a tutela deste último, papel que já desempenha ou procura desempenhar o Direito do Trabalho, a não ser sob o prisma do escopo do processo ou do direito de ação, na ótica da teoria do processo civil.

Para o Direito do Trabalho, há desigualdade das partes no contrato de trabalho (desigualdade econômica). Para o Direito Processual do Trabalho, há desigualdade de tratamento das partes no procedimento, em juízo. Aqui, o trabalhador (como parte processual) parece usufruir, embora nem sempre — de prerrogativas que espelham, à primeira vista, um caráter nitidamente reivindicatório (23).

O processualista mexicano TRUEBA URBINA (24), ao expor sua "teoria integral", sintetiza, em determinado trecho, que "La naturaleza del nuevo de-

(19) Exemplos nítidos são os dos arts. 474, 731 e 732 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Pelo primeiro, o empregado pode ser punido pelo seu empregador com a suspensão disciplinar até 30 dias, o que é inconstitucional (V. nosso artigo "A Pena de Suspensão e a Dignidade do Trabalho" in *Rev. LTr*, vol. 34, págs. 713 e segs.) e, pelos segundos dispositivos consolidados citados, o empregado que não se apresenta à Junta de Conciliação e Julgamento para que seja reduzida a termo a sua reclamação verbal para aquela distribuída, incorrerá na pena de perda, por seis meses, do direito de ação perante a Justiça do Trabalho; e o mesmo, se o empregado der causa, por duas vezes seguidas, ao arquivamento da ação pelo não comparecimento às audiências vestibulares.

(20) A discussão sobre a empresa como pessoa jurídica decorre da redação do art. 2.º da CLT, que considera, expressamente, a empresa como "empregador", seja individual ou coletiva.

(21) Quanto ao órgão produtor — origem ou fonte —, só o Direito Coletivo do Trabalho pode ser tido como "Direito Social", nem público nem privado, quando posto pelos Sindicatos, através de Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho. Não, assim, o Direito Processual do Trabalho, sempre posto pelo Estado, que só seria "social" quanto à finalidade de suas normas, pelo seu sentido reivindicatório, em geral.

(22) "Se constata por otra parte la gravitación funcional de la acción que realizan los contendores en punto a la posición que ocupan los mismos en el cuadro económico social de la producción, lo que determina que la controversia se plantea potencialmente entre el trabajo y el capital" (Mariano R. Tissembaum, "Las Controversias del Trabajo — La Huelga y el Lock out ante el Derecho", ed. V. P. Zavala, B. Aires, 1952, pág. 22).

(23) Um exemplo é a consequência da contumácia das partes à audiência inaugural. Se é o empregado que não comparece à mesma — como Reclamante — a ação será arquivada; se é o empregador o ausente — na posição de Reclamado —, a ação será julgada procedente, diante da confissão ficta quanto à matéria de fato decorrente de sua ausência, além da revelia, figura esta de importância secundária.

(24) TRUEBA URBINA, Alberto, "Nuevo Derecho Procesal del Trabajo", ed. Porrúa, México, 1971, pág. 40.

recho se deriva de las causas que originaron su nacimiento y de su objetivo fundamental, es reivindicador de la entidad humana desposeída, que sólo cuenta con su fuerza de trabajo para subsistir, caracterizándose por su mayor proximidad a la vida; pugna por el mejoramiento económico de los trabajadores y significa el inicio de la transformación de la sociedad hacia un nuevo régimen de derecho".

Certo que, como insinua TRUEBA URBINA, o direito processual estabelece, em contraposição ao princípio de igualdade ou de desigualdade em função de tutelar e à suposta imparcialidade, o dever de "redimir ou reivindicar" para os trabalhadores, no processo laboral, mas menos para compensar a diferenciação de condições econômicas entre o empregado e o empregador do que para garantir a efetivação da tutela do direito do trabalho e, até certo ponto, para reparação dos desequilíbrios sociais. A situação jurídica do empregado na relação processual trabalhista é de *superioridade*, em relação ao outro sujeito, o empregador. E, nisto, o processo de trabalho difere radicalmente do processo civil tradicional e de qualquer outro procedimento. Muito menos pode ser o processo do trabalho comparado com as práticas antigas dos colégios, guildas, confrarias, grêmios e, inclusive, com a adotada ainda hoje, pelos Conseils de Prud'hommes, os quais, apesar de após um século e meio, "Témoigne en faveur de la réussite de cette juridiction" e do fato de que "les syndicats ouvriers demeurent fermement attachés aux Conseils des Prud'hommes considérés comme une conquête ouvrière, sous réserve de certains aménagements", na informação de CAMERLYNCK e LYON-CAEN (25), não são, até hoje, "véritables tribunaux du travail".

Ensina URBINA que o Direito Processual do Trabalho não ocupa um lugar intermediário entre o tipo de processo dispositivo e o inquisitório. Afirma que não se deve situar o Direito Processual "*Social*" (26) entre o processo civil e mercantil e o processo penal, administrativo e constitucional, com funções limitadas à proteção da parte economicamente débil, mediante normas de compensação para equiparar os litigantes, com o objetivo de cumprir um dos princípios de todo tipo de processo: o de bilateralidade e igualdade processual do trabalho sob princípios tradicionais, permitindo concebê-los como disciplina de direito público e incluí-lo na "teoria geral do processo", tradicional e individualista por excelência.

CARNELUTTI (27) já apontava o fato de que, no ordenamento jurídico vigente se constituiu um direito processual do trabalho distinto do direito pro-

(25) CAMERLYNCK, G. H., e LYON-CAEN, G., "Droit du Travail", Lib. Dalloz, 4.ª ed., Paris, 1970, § 303, pág. 278.

(26) "Direito Processual Social" é a denominação, também adotada, entre outros, por MIENEN-DEZ-PIDAL, J. ("Derecho Procesal Social", ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1950); STAFFORINI, E. R. ("Derecho Procesal Social", ed. TEA, B. Aires, 1955); FLEX ZAMUDIO, H. ("Introducción al Estudio del Derecho Procesal Social", in Rev. Iberoamericana de Der. Proc., Madrid, 1955); SOMARRÉ, J. Isidro (in "Derecho del Trabajo", B. Aires, 1951); CAZENAVE, Carlos A. ("Al Derecho Procesal Social y la Evolución de nuestro Proceso Civil", in Rev. "Derecho del Trabajo", tomo XIV, 1954). Vide ainda os fundamentos das resoluções propostas por Mariano R. TISSEMBAUM (ob cit., págs. 24/25) e aprovadas pelo I Congresso Nacional de Ciências Processuais de Córdoba, em 1939.

(27) CARNELUTTI, Francesco, "Función del Proceso del Trabajo", in "Estudios de Derecho Procesal", ed. Jur. Europa-América, B. Aires, 1952, vol. I, trad. de S. B. MELENDO, págs. 203, 206 e 207.

cessual comum, "siguiendo una tendencia que ya tuvo una manifestación historicamente importantísima en la contraposición entre el proceso comercial y el proceso civil", resultando alguns aspectos em que o ordenamento do processo do trabalho "*presenta un sensible progreso sobre el derecho procesal común*", como, por exemplo, o poder do juiz trabalhista de promover a autocomposição da lide, e destacando a função do juiz, tanto no processo coletivo dispositivo como no processo individual quando "*constituye según equidad la regulación de una relación de trabajo determinado*".

A "teoria integral" de URBINA destaca como característica especial do direito social a sua *função reivindicadora*, que necessariamente tem que influir no processo social, por integradas as normas substantivas e adjetivas pelo mesmo "sangre social".

Assim, para o ilustre professor mexicano, a incompatibilidade entre o processo do trabalho e o processo civil, tendo por base que este não leva em conta, como aquele, a estratificação social, pelo que não pode o processo do trabalho formar parte da mesma "teoria geral do processo", dando origem a uma teoria própria que agrupa os demais processos sociais: o agrário, o econômico, de seguridade social e assistenciais, constituindo uma "teoria geral do processo social" que rompe com a teoria tradicional de igualdade e imparcialidade do direito processual individualista. Haveria, pois, uma *jurisdição social*.

Temos que ponderar que, em certa medida, se pode crer que a maior parte talvez dos conceitos fundamentais do direito do trabalho — não os do processo do trabalho <sup>(28)</sup> — não teria emergido do vetusto direito civil, apesar de unidos pela mesma causa remota: a propriedade privada. Adquiriram fisionomia, com identidade própria, com o advento dos conflitos coletivos do trabalho, que entraram em cena com roupagens de maior tamanho que lhes confeccionou o mercado livre do trabalho subordinado, introduzido no palco histórico pantagruelista como protagonista de uma nova era, impingida pelo desenvolvimento econômico e social da "new society" gerada pela "revolução industrial" <sup>(28 bis)</sup>.

O Direito do Trabalho é, substancialmente, de natureza *tuitiva*. O Direito Processual do Trabalho é, essencialmente, de natureza *reivindicatória*. Aquele, substituindo a vontade do trabalhador no contrato de trabalho, impõe ao empregador deveres jurídicos correlatos aos direitos subjetivos do empregado, como conteúdo institucional do negócio jurídico. Este, ramo do direito público, funciona como método ou instrumento para a reivindicação desses direitos, compelindo a empresa ao cumprimento daqueles deveres. Assim, como interpreta URBINA, as normas jurídicas processuais realizam, é certo, os direitos substantivos em conflito, mas com sentido reivindicatório. Nelas não se deve ver apenas fórmulas para o restabelecimento de situações jurídicas e econômicas perturbadas pela violação da lei ou da relação laboral, "sino medios instrumentales

(28) Em nosso direito, pelo art. 769 da CLT, "Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título".

(28 bis) A expressão "revolução industrial" foi utilizada por Marx e Stuart Mill e, depois, por A. Toynbee, para descreverem o período de profundas mutações na ordem econômica e social registradas na Inglaterra entre o fim do século XVIII e o princípio do século XIX. (Vide M. NIVEAU, "História dos Fatos Econômicos Contemporâneos", *Dif. Eurp. de Ltv.*, São Paulo, 1969, pág. 15).

tuitivos de los obreros que sirvan para materializar la justicia social, reivindicando los derechos de los trabajadores el proceso”.

Como exemplo, no processo do trabalho há “apreciação em consciência” da prova e, não, a valoração desta, consoante o seu modelo legal, como ocorre no processo civil. Em outras palavras, nas sentenças civis impera a verdade legal ou técnica e na sentença trabalhista deve prevalecer a verdade objetiva apurada, sabida e *equidade*.

Neste sentido, também ensinam DESMARÁS e PEREIRA ANABALON, citados por A. J. RUPRECHT (29), estimando o primeiro que “el Derecho laboral es un Derecho distinto, autónomo, que exige un conjunto de normas diferentes, con un procedimiento que facilite la apreciación de la prueba sin el rigorismo de los preceptos civiles”; e o segundo autor, afirmando que “Los poderes del juez en la marcha y dirección del juicio se acentúan de modo notable. El procedimiento es rápido, acelerado, siendo la apreciación de la prueba alejada del rigorismo del sistema positivo o legal, otorgando amplias facultades a los jueces”.

Em síntese, na conclusão de TRUEBA URBINA (30) “debemos contemplar el derecho procesal del trabajo como una disciplina nueva de carácter social, que tiene por finalidad la aplicación del derecho del trabajo, con el propósito de hacer efectivo el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores y la salvaguarda de sus derechos e de sus conquistas contractuales, así como la reivindicación de sus derechos, que no implica una simple función pública de juzgar a la usanza civil, sino algo más transcendental: *impartir justicia social*”.

Há superficialidade por parte dos processualistas no tratamento das fontes do DPT (31), também denominadas modelos, estruturas, critérios oficiais, forças de convicção, formas ou modos de expressão do Direito.

A despreocupação dos autores pelo tema foi enfatizada também por T. URBINA, para quem — com base no art. 123 da Constitución Mexicana de 1917 e no art. 17 da nova Ley Federal del Trabajo — as fontes do DPT são: a *legislação* (32), regulamentos e tratados, os princípios gerais de direito, os prin-

(29) RUPRECHT, Alfredo J., “El Derecho Procesal del Trabajo”, in *Revista “Derecho Laboral”*, Tomo XIV, n.º 77, Montevideo, junio de 1964, págs. 4 e 12.

(30) TRUEBA URBINA, A., *ob. cit.*, págs. 28/29.

(31) Por exemplo: JAEGER, Nicola, “Curso di Diritto Processuale del Lavoro”, ed. A. Milani, Padova, 1938; e “Diritto Processuale del Lavoro”, in “Trattato di Diritto del Lavoro”, dirigido por U. Borsi e F. Pergolesi, 1939, IV; DE LITALA, Luigi, “Diritto Processuale del Lavoro”, Tip. ed. Torinesi, Torino, 1938, § 5, pág. 44; PEREZ LENERO, J., “Instituciones del Derecho Español del Trabajo”, ed. Espasa — Calpe, Madrid, 1949, pág. 387. Outros omitem o tema, como ALONSO OLEA, M., “Derecho Procesal del Trabajo”, ed. *Inst. de Est. Pol.*, 2.ª ed., Madrid, 1972. No Brasil, CAMPOS BATALHA, W. S., “Tratado Elementar de Direito Processual do Trabalho”, ed. Konfino, São Paulo, 1960, GIGLIO, W. D., “Direito Processual do Trabalho”, ed. *Sug. Lit.*, São Paulo, 1.ª ed., 1972; e MASCARO NASCIMENTO, A., “Elementos de Direito Processual do Trabalho”, ed. LTr, 1.ª ed., São Paulo, 1973.

(32) Como sinónimo de lei, e não, pois, no sentido de MAYNEZ, que leciona: “En los países de derecho escrito, la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales. Podríamos definirla como el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes.”

cípios derivados dos ordenamentos legais, os princípios de justiça social, a jurisprudência dos tribunais, a doutrina, o costume processual e a *equidade* (33).

Sintetizando a doutrina de TRUEBA URBINA sobre as fontes do Direito, temos que os princípios gerais de direito não são os de Direito Comum, mas aqueles que integram, em conjunto, o Direito Social "substantivo e adjetivo" (qualificações preferidas pelo mencionado autor mexicano). Quanto aos princípios processuais derivados dos ordenamentos legais, trata-se da conversão da analogia (ou semelhança) de um método de aplicação em fonte do direito, porém, mais do que um emprego de um método, interpretação, considerando o ato de investigação dos juizes do trabalho para descobrir uma norma que se encontra em germe na própria legislação. O juiz atua inspirado numa regra, não criando do nada a norma jurídica, mas aplicando esta, cuja existência a descobre em estado latente. As lacunas da lei devem ser preenchidas pelo intérprete, descobrindo este a norma oculta existente em estado latente. Assim, os princípios derivados da lei trabalhista constituem a lei mesma, interpretada pelos tribunais, ao descobrirem o pensamento do legislador em sua função tuitiva e reivindicadora dos direitos dos trabalhadores. Finaliza URBINA que os princípios de Justiça Social não são os que têm por objeto a tutela dos trabalhadores, para a consecução do equilíbrio social, mas os que têm por meta a reivindicação dos direitos dos trabalhadores e que devem ser estruturados pelos juizes, numa função supletória da lei, como princípios processuais de justiça social para beneficiar os trabalhadores no processo e conseguir a reivindicação na sentença.

A equidade, como modo de interpretação do direito do trabalho, é uma equidade social, e, se do direito processual do trabalho, equidade reivindicatória, pela qual se trata de reparar as injustiças sociais, com o objetivo de obviar a chamada "questão social". Por isso que — como afirmamos, no início desta segunda parte — a interpretação equitativa do direito processual do trabalho pressupõe necessariamente que ela seja a favor do trabalhador, que deve situar-se no processo numa situação superior ao empregador. Porém, na prática, não é o que vem sempre ocorrendo, dando-se que, às vezes, a jurisprudência dos juizes se firma em sentido contrário, fazendo com que a interpretação equitativa penda para o lado do empregador. Assim, por exemplo, ao conceder o direito processual do trabalho brasileiro, o *jus postulandi*, às partes na relação processual laboral, pretendeu o legislador exclusivamente beneficiar o empregado, por ser oneroso

(33) Ensinava LIMONGI FRANÇA, R. ("Formas e aplicação do Direito Positivo", ed. RT, São Paulo, 1968, pág. 68): "Por outro lado, a Analogia não tem o mesmo caráter, senão o de simples método de aplicação do direito; ao mesmo passo que a Equidade, não sendo propriamente um daqueles modos de expressão, vem a ser, como a Justiça, um princípio de Direito Natural". Sobre a equidade como critério jurídico de adaptação da realidade às formas do direito, pela consideração de todos os elementos desta realidade "para determinar o equilíbrio ou a proporção correspondente às relações entre pessoas e pessoas" — segundo interpretação de DEL VECCHIO — LIMONGI FRANÇA é contraditório quando afirma que a equidade é um princípio de direito natural, pois a seguir ao trecho citado, o autor exclui a analogia e a equidade do capítulo das "fontes", no qual entende incluídos o costume e os princípios gerais de direito; os quais, segundo o mesmo autor, são integrados principalmente pelos princípios de direito natural (Cf. c/sua obra "Princípios Gerais de Direito", ed. RT, 1971, pág. 22, n.º 5).

a este contratar um advogado (34). Desacompanhado deste, pode o empregado reclamar pessoalmente na Justiça do Trabalho, exercendo a capacidade postulatória, praticando todos os atos jurídicos processuais, embora sem o indispensável conhecimento técnico das transas procedimentais. O que se observa, então, é o empregado sozinho, nas audiências, enfrentando o empregador representado por prepostos experientes e, não raro, acompanhados de advogados, quando não são estes, ao mesmo tempo, os próprios prepostos, segundo a praxe ou costume processual adotado por vários juízes, sem obstáculo da legislação processual (o § 1º do art. 843 da CLT faculta ao empregador fazer-se representar pelo gerente "ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato", e cujas declarações obrigarão o preponente), embora tenha a jurisprudência dos tribunais superiores se firmado no sentido de que "só o empregado da firma reclamada pode servir de preposto e não qualquer pessoa, como parecia indicar a redação do dispositivo em questão", na informação de GIGLIO (35). Ora bem, ainda que admitido o advogado como preposto (o que seria ainda discutível quando este se apresentasse também na condição de "advogado de partido"), não está ele dispensado de apresentar a carta de preposição, comprobatória dessa sua condição. Acontece que, muitas vezes, este comprovante não é apresentado desde logo na audiência inaugural e, nem por isso, a empresa reclamada é tida como revel e confessa quanto à matéria de fato, como manda o disposto do art. 844 da CLT, *in fine*. Respondem, então, estes juízes — com base numa interpretação "equitativa" favorável ao empregador, haver, nesse caso, "intenção de defesa", por parte do empregador, revelada pela presença de um estranho que apenas se diz seu preposto, sem apresentar a prova dessa alegação no momento oportuno, que é na mesma audiência. E, novamente, uma interpretação "equitativa" funciona em benefício mais uma vez do empregador: os juízes concedem prazo (geralmente, de 24 horas ou de 5 dias, no máximo, segundo o art. 185 do CPC) para que o estranho à lide apresente a carta de preposição que o habilite na condição de parte reclamada presente à audiência. E a interpretação "equitativa" vai mais longe, pois a contestação da reclamada é recebida na "primeira audiência", em geral, feita e apresentada por escrito, juntada aos autos, e, a seguir, determinando o juiz o adiamento da instrução para nova audiência, designada para meses depois. E, aqui, não há somente ineficácia do princípio de celeridade processual. Há prejuízo para o trabalhador que, descrente da justiça social, por sua procrastinação, se vê ou se sente como que ludibriado. O direito processual do trabalho, pelos seus princípios próprios, principalmente pelo que atribui faculdades aos juízes para a "apreciação livre e em consciência" das provas envolvidas — através da interpretação equitativa — uma jurisdição de equidade reivindicatória dos direitos dos trabalhadores — constituindo, pelo menos, uma parte da jurisprudência de equidade", segundo a ótica de HEINRICH HENKEL, em

(34) A Lei n.º 5.384, de 26 de junho de 1970, regulou a assistência judiciária a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, a ser prestada pelo Sindicato de Classe, revertendo a favor deste os honorários do advogado pagos pelo vencido (art. 16).

(35) GIGLIO, Wagner D., "Direito Processual do Trabalho", ed. *Sugestões Literárias*, São Paulo, 1972, pág. 94.

virtude da desigualdade econômica e social que assumem, também, na lide, como já havia notado STAFFORINI (36), que frisou constituir o do trabalho um procedimento, que conduz a fórmulas de equidade, dominadas pelo espírito animador da norma jurídica, que, excepcional no processo civil, é comum no processo laboral, constituindo "un medio de la mayor eficacia a fin de que la parte más debil en el proceso se vea favorecida en cuanto a la producción de las pruebas que hacen a su derecho".

Assim, o princípio "in dubio pro operário" (37) que fundamenta a *inversão da prova*, mediante presunções legais.

Assim, por exemplo, o ônus da prova corresponderá ao empregador quando este negar a despedida, não somente em virtude das dificuldades que, então, teria o empregado para comprovar ter sido despedido sem justa causa, como principalmente porque, na hipótese, por interpretação equitativa, há de se presumir que o empregador ofereceu o trabalho ou colocou o emprego à disposição do empregado ou, ainda, se decorridos mais de 30 dias do afastamento do empregado, presumir-se-á implícita a alegação da justa causa de abandono de emprego, cujo ônus ficará a cargo do empregador. Nestes casos, impor ao empregado ônus de provar a sua despedida significa pretender uma anti-social e injusta inversão da carga da prova em favor do empregador, que sempre despediria o empregado "entre quatro paredes", sem testemunhas; e, assim, impedindo o empregado de produzir qualquer prova, viria o empregador em juízo negar a despedida, e, dessa forma, burlar a aplicação da legislação tutelar do trabalho. Admitir, pois, que o *onus probandi*, nos casos de negativa de despedida, caberia ao empregado, significa, simplesmente, a abolição do direito do trabalho. Neste sentido, TRUEBA URBINA, MARIO DE LA CUEVA, CASTORENA e LOPEZ, segundo informa STAFFORINI. Como abona LOPEZ LARRAVE (38) ao afirmar que "sobre el patrono debe pesar la carga de la prueba de que no ha despedido, porque si el empresario niega el despido debe probar que hubo abandono de labores por parte del trabajador, y si niega el despido y sostiene que tampoco hay abandono de labores, debe proceder inmediatamente a reinstalar al trabajador sin que pueda invocar como causal para un despido ulterior la inasistencia al trabajo".

(36) STAFFORINI, Eduardo R., "El Onus Probandi en el Proceso Laboral", Relato do Tema III, no IV Congresso Ibero-Americano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, septiembre de 1972, pág. 25.

(37) Este princípio rechaça aquele outro admitido no direito privado, segundo o qual os casos duvidosos devem resolver-se a favor do devedor, como bem notou MARIO L. DEVEALI ("Lineamientos de Derecho del Trabajo", Típ. Ed. Arg., B. Aires, 1953, págs. 151 e 152), tendo em conta que, em geral, o empregador é o devedor, figurando na relação processual laboral como Reclamado. Friza DEVEALI que "Si el derecho privado acepta el principio *favor pro reo*, es porque en la generalidad de las relaciones civiles o comerciales, el deudor es el más débil y necesitado. Pero en las relaciones laborales ocurre exactamente lo contrario, puesto que en la generalidad de los casos el trabajador, cuya situación de debilidad frente al empleador constituye el supuesto básico del derecho laboral, se presente como acreedor frente a su empleador (deudor). En el derecho del trabajo corresponde, pues, no sólo rechazar el principio del derecho privado, sino que, em virtud del mismo proceso lógico que justifica tal principio, debe admitirse el otro principio, que frecuentemente resultará antagónico, del "*in dubio pro operario*".

(38) LOPEZ LARRAVE, "La Carga de la Prueba en el Derecho Procesal del Trabajo Guatemateco" — Tese apr. ao IV Congresso Ibero-Americano, São Paulo, 1972.

A interpretação equitativa do direito processual do trabalho leva a inclinarmos para as soluções a favor da parte *débil* da relação material e, por essa mesma razão, *superior*, na relação processual, mesmo "en aquellos casos en que en el espíritu del magistrado no exista una convicción absoluta derivada del análisis de las pruebas producidas", no acréscimo de STAFFORINI. É que o juiz trabalhista não se limita a colaborar com as partes na coleta do material probatório, pois como acentua MONZON, citado por STAFFORINI, "mas que una facultad es un deber del juez, pues el debe llegar al esclarecimiento de la verdad, no de la verdad formal, judicial e legal, sino la verdad real y auténtica". Por isso que se trata, em suma, de assegurar ao juiz o comando efetivo do juízo, conferidos a ele poderes para dispor de todas as medidas tendentes à investigação da verdade, cabendo "igual amplitud de facultades en lo relativo a la apreciación de las pruebas", como leciona STAFFORINI.

Dada a natureza das controvérsias trabalhistas e a sua repercussão social, já expressou GIAN A. MICHELLI (39) que "el juez actúa como *juez de equidad*". A tal ponto que, segundo STAFFORINI (40) "por de pronto el juez en el proceso laboral, en todos los casos, debe juzgar aunque de la prueba ofrecida no surjan elementos de convicción sob pena de incurrir en un "non liquet" e que "dada la especial naturaleza del proceso laboral, suele autorizarse al juez a suplir la omisión del actor, sentenciando "ultra petita". Dentro dessa linha de raciocínio, vamos chegar à validade de um dos princípios processuais trabalhistas sustentado com afinco por NICOLIELLO (41). Trata-se do princípio denominado "ultra petição das sentenças", que dá maior liberdade ao juiz do trabalho, autorizando-o a agir sobre um "processo permissivo", afastando o procedimento formulário do "judex secundum allegata et probata judicare debet", e de que "judex ultra petita condemnare non potest" (42); e, pois, abonando o julgamento *ultra petita* pelo juiz trabalhista (43). Neste sentido, AFTALIÓN, OLANO e VILA NOVA (44) anotam que "es también destacable que, contrariamente a lo que ocurre en el fuero civil, el Juez puede fallar más allá de lo

(39) MICHELLI, Gian A., "La Carga de la Prueba", B. Aires, 1961, pág. 258.

(40) STAFFORINI, ob. cit., págs. 28 e 33.

(41) NICOLIELLO, Nelson, "Nuevos Apuntes Jurídicos", Ed. Amalio M. Fernandez, Montevideo, 1970, pág. 117; e "El Onus de la Prueba en el Derecho Laboral Uruguayo", in Rev. "Derecho Laboral", tomo XV, n.ºs 86 e 88, Montevideo, maio-dezembro, 1972, págs. 409 a 416.

(42) Como está no Cód. de Proc. Civil Brasileiro vigente: "Art. 128 — O Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte." "Art. 460 — É defeso ao Juiz proferir sentença em favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou objeto diverso do que lhe foi demandado."

(43) Como exemplifica A. MASCARO NASCIMENTO ("Elementos do Direito Processual do Trabalho", ed. LTr, São Paulo, 1973, pág. 100): "O juiz, ao apreciar as pretensões dos trabalhadores, encontra-se com um pedido calculado em importância muito inferior ao que realmente é devido. Assim, é evidente que quem pede salários de 10, quando tem direito a 15, laborou um evidente erro. Quem pede indenização, evidentemente deseja também os demais direitos correlatos e conseqüentes e não somente a indenização". "A equidade indica que ao juiz do trabalho devem ser permitidas essas correlações, no processo, sem necessidade de outro processo para discussão dessa matéria."

(44) AFTALIÓN, E. R., OLANO, F. G., e VILA-NOVA, J., "Introducción al Derecho", ed. La Ley, B. Aires, 1964, pág. 728.



reclamado por el demandante (*ultra petita*) si encuentra que de los hechos comprobados surge para el un derecho no reclamado”.

Admitindo, ao analisar tal permissão pela legislação argentina, que “el juez, supliendo la omisión del demandante, esta facultado para sentenciar *ultra petita*, KROTOSCHIN (45) observa que essa faculdade não pode ser usada de maneira tal que importe colocar as partes em desigualdade processual, v.g., “cuando el pronunciamiento sobre un derecho no expressamente reclamado privaría a la otra parte del correspondiente derecho de defensa”. O que preocupa KROTOSCHIN, embora dito de outra maneira, é o julgamento *extra petita*, ou seja, que a parte reclamada seja condenada a pagar, por exemplo, férias não gozadas se estas não foram pedidas na inicial. De feito, o julgamento *extra petita* se torna mais difícil de ser aceito, por quanto implicaria num cerceamento de defesa, com vulneração do princípio constitucional do contraditório. É que, no exemplo, a *causa petendi* do pedido de indenização das férias não gozadas é diversa da correspondente ao pedido de indenização antiguidade, que não se limita ao transcurso do tempo, abrangendo — no nosso direito — e, principalmente, a não ocorrência da justa causa.

Mas — no outro exemplo — o pedido de indenização por aviso prévio não dado correspondente à mesma *causa petendi* do pedido de indenização por tempo de serviço, embora não pedido, poderá ser concedido pelo juiz, por implicar, aqui, um julgamento *ultra petita* e não *extra*.

O direito positivo brasileiro prevê certas hipóteses em que autoriza o julgamento *ultra e extra petita*. Por exemplo, a condenação em dobro da parte incontroversa dos salários pedidos, caso não seja feito o seu pagamento, desde logo, na primeira audiência, quando foram reconhecidos como devidos pelo empregador, é uma hipótese de julgamento *ultra petita*, autorizado pelo art. 467 da CLT, caso não tenha sido objeto do pedido inicial. E a conversão da reintegração do empregado estável em indenização dobrada, por incompatibilidade resultante do dissídio, é uma hipótese de julgamento *extra petita*, permitido pelo art. 496 da CLT.

Não assim no processo coletivo que dirime conflito do trabalho de natureza econômica, porque a sentença normativa, *in casu*, é constitutiva de direitos, não interpretando ou aplicando norma jurídica pré-existente. Mas já no processo coletivo de declaração de certeza, impossível será o julgamento *ultra* ou *extra petita*, tendo em conta que, aí, a sentença normativa será meramente declaratória, limitada a dar a interpretação de norma jurídica pré-existente, ao dirimir conflito coletivo de natureza jurídica.

Informa CAMPOS BATALHA (46) que “o art. 90 do Decreto Argentino nº 32.347 (KROTOSCHIN comenta o art. 90 da Lei nº 12.948) teve sua fonte no art. 371 do Código de Trabalho da Bolívia, que, entretanto, é mais amplo, uma vez que faculta ao juiz sentenciar *ultra petita*, interpretando a intenção

(45) KROTOSCHIN, Ernesto. “Instituciones de Derecho del Trabajo”, ed. DePalma, B. Aires, vol. II, 1948, pág. 87.

(46) CAMPOS BATALHA, W. S., “Tratado Elemental de Direito Processual do Trabalho”, São Paulo, 1960, vol. I, pág. 78.

do demandante, com o que atribui larga margem de discricionariedade ao juiz". Como noticia MASCARO NASCIMENTO (47), "a possibilidade, em casos dessa natureza, da ultrapetição, reconhecida já pela legislação argentina de 1944, encontrou apoio na finalidade social, idéia básica em que se inspira o direito social".

Segundo COUTURE (48), ao qual adere URBINA (49), o direito processual do trabalho é elaborado totalmente com o propósito de evitar que o litigante mais poderoso possa desviar e entorpecer os fins da Justiça, razão pela qual o primeiro princípio fundamental do processo laboral é relativo ao fim a que o mesmo se propõe, como "procedimento lógico de corrigir as desigualdades", criando outras desigualdades; e o segundo, a subtração do litígio da esfera dos juízes de direito comum, "pela sua complexidade, por sua sutileza, por suas necessidades", exigindo "juízes mais ágeis, mais sensíveis e mais dispostos a abandonar as formas normais de garantia, para buscar um modo especial de justiça, que dê satisfação ao grave problema que se lhe é proposto. A especialização do juiz resulta, nesse caso, uma exigência imposta pela natureza mesmo do conflito que é necessário resolver". É consequência dessa fórmula é, para COUTURE, a "ampla margem de *equidade*" (ou seja, ampla margem da interpretação equitativa), porque o juiz do trabalho atua frequentemente "como uma espécie de carta branca dada pelo legislador". Outro princípio é a "extensão dos resultados naturais do processo", projetando-se sobre terceiros, como é o caso da sentença normativa proferida no processo coletivo de produção normativa, na composição dos conflitos do trabalho, em substituição à convenção coletiva.

Eis aí, pois, através de alguns casos do processo do trabalho exemplificada a nossa tese da equidade, como modo de ser da interpretação jurídica, à qual não escapa o juiz, na aplicação ou na integração do direito.

### SINTESE DAS CONCLUSÕES

A equidade é o modo de ser da interpretação jurídica na aplicação ou na integração do direito; é o a-fazer do juiz;

A equidade não é "fonte" nem "princípio geral" do direito, sendo tema da Técnica Jurídica, da Hermenêutica Jurídica;

A equidade — como modo de ser da interpretação do Direito do Trabalho — é uma *equidade social*, e, se do direito processual laboral, é *equidade reivindicatória*;

A equidade, como modo de ser da interpretação jurídica, é o HUMANISMO DO DIREITO, criado pelo homem para o homem.

(47) MASCARO NASCIMENTO, *ob. cit.*, pág. 100.

(48) COUTURE, Eduardo J., *apud* Mascaro Nascimento, *ob. cit.*, pág. 98.

(49) URBINA, A. Trueba, *ob. cit.*, pág. 50.