

O “*JUS POSTULANDI*” NA JUSTIÇA DO TRABALHO: IRRACIONALIDADE QUE PODE IMPOSSIBILITAR A BUSCA DA VERDADE OU CORREÇÃO E IMPEDIR A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS¹

*Fabiano Negrisoni*²

Sumário: 1. Introdução. 2. O “*jus postulandi*” na Justiça do Trabalho. 3. Os quatro discursos de Aristóteles e o Direito. 4. A Teoria da Argumentação e a busca da verdade provável. 5. Por que o “*jus postulandi*” deve ser rejeitado? 6. Conclusão. 7. Referências.

RESUMO

Na Justiça do Trabalho, vigora o “*jus postulandi*”, que é a capacidade da parte, por si só, sem advogado, nas relações de emprego, postular ou se defender. O “*jus postulandi*”, embora questionado (inclusive em âmbito constitucional) é aceito sem ressalvas, na maioria das hipóteses. Baseando-se na Teoria do Discurso, na Teoria dos Quatro Discursos de ARISTÓTELES e na Teoria da Argumentação de ALEXY, bem como na complexidade do processo, hoje muito presente na Justiça do Trabalho, questiona-se o “*jus postulandi*”. Considerando todas essas questões, apresenta-se o “*jus postulandi*” como violador e entrave dos Direitos Fundamentais.

¹ Artigo apresentada no Curso de Mestrado em Direito da UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil, como requisito parcial à aprovação na disciplina Teoria do Direito e da Argumentação Jurídica, no ano de 2007.

² Advogado trabalhista em Curitiba. Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia, pela UNIBRASIL – Faculdades Integradas do Brasil. E-mail: fabiano@declatra.adv.br.

ABSTRACT

In the Labor Court, the “jus postulandi” is in effect. It is the capacity of the part to advocate or defend oneself without an attorney. The ‘jus postulandi’, though questioned (in the constitutional scope, inclusively) is accepted without reservations, in most of the hypothesis. The ‘jus postulandi’ is here questioned based on the Discourse Theory, on the Aristotle’s Theory of the Four Discourses, and on the ALEXY’s Argumentation Theory, as well as on the process complexity, much present today in the Labor Court. Considering all these issues, the ‘jus postulandi’ is presented as the offender and hindrance of the Fundamental Rights.

PALAVRAS CHAVES

“Jus postulandi”. Justiça do Trabalho. Teoria do Discurso. Teoria da Argumentação.

KEYWORDS

“Jus postulandi”, Labor Court, Discourse Theory, Argumentation Theory.

1 INTRODUÇÃO

Na Justiça do Trabalho, conforme previsão expressa dos artigos 791 e 839 da Consolidação das Leis do Trabalho³, predomina o entendimento de que o “jus

³ “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”.

“Art. 839. A reclamação poderá ser apresentada:

a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes e pelos sindicatos de classe;”.

postulandi” da parte, que é a capacidade desta de pedir em juízo sem estar acompanhada por advogado, está em vigor.

Essa situação encontra-se atualmente pacificada pelos Tribunais Superiores, a despeito de ter sido apontada como inconstitucional e ilegal, conforme restará demonstrado no Capítulo II.

A intenção desse artigo é reacender a polêmica, com base na “Teoria dos Quatro Discursos” de ARISTÓTELES (Capítulo III) e com base na “Teoria da Argumentação”, conforme proposta por Robert ALEXY (Capítulo IV). Se não pela inconstitucionalidade ou ilegalidade, com base nessas duas teorias, o “jus postulandi” das partes deve deixar de existir.

Considerando a exposição, será demonstrado que, adiantando-se a conclusão, a possibilidade da parte atuar sem auxílio de advogado na Justiça do Trabalho, tendo em vista sua atual configuração e complexidade, não pode mais ser admitida.

2 O “JUS POSTULANDI” NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A regra geral, sobre a capacidade postulatória, é aquela contida no Código de Processo Civil, no artigo 36. Segundo este artigo, a parte somente poderá postular em juízo representada por advogado legalmente habilitado⁴. No que tange a sucumbência, a previsão está contida nos artigos 20 e 21 do CPC, no sentido de que, a parte perdedora deverá arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios da parte vencedora⁵.

Há exceções a regra da capacidade postulatória, como na reclamação de alimentos (art. 2º da Lei n.º 5.478, de 25.07.68)⁶; nos pleitos decorrentes da lei de

⁴ “Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

⁵ “Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria” e

“Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

⁶ “Art. 2º. O credor, pessoalmente ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de

acidentes do trabalho (art. 13 da Lei n.º 6.367, de 19.10.1976)⁷; nos processos de aquisição, perda e reaquisição de nacionalidade (art. 6º, §5º, da Lei n.º 818, de 18.09.1949)⁸, dentre outras hipóteses, como os Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95), o “habeas corpus” e a ressalva do próprio artigo 36 do CPC, para os casos de não haver advogado no lugar, recusa ou impedimento dos que houver.

As “reclamatórias”, na Justiça do Trabalho, também são uma das exceções, havendo regramento próprio quanto à capacidade postulatória⁹, no sentido de que, a parte não precisa estar representada por advogado.

Nos termos dos artigos 791 e 839 da CLT, empregado e empregador podem reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho seus direitos. A partes possuem o “jus postulandi”. Sobre isso, citando Délio MARANHÃO, Wagner D. GIGLIO escreve que, baseado no artigo 791 da CLT, o “jus postulandi” seria o direito de praticar, pessoalmente, sem a necessidade de advogado, os atos processuais necessários ao início e ao andamento do processo. O “jus postulandi” seria a capacidade de requerer em juízo e isso seria um dos traços característicos do processo do trabalho¹⁰.

alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe”.

⁷ “Art. 13. Para pleitear direitos decorrentes desta Lei, não é obrigatória a constituição de advogado”.

⁸ “Art. 6º. Os que, até 16 de julho de 1934, hajam adquirido nacionalidade brasileira, nos termos do artigo 69, n.ºs. 4 e 5, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, poderão requerer, em qualquer tempo, ao juiz de direito do seu domicílio, o título declaratório.

(...)

§ 5º. Neste processo, aplicar-se-ão subsidiariamente as regras do Código de Processo Civil, e as partes poderão funcionar pessoalmente, ou por intermédio de advogado, não sendo admissíveis senão provas documentais”.

⁹ Como observa Cléber Lúcio de ALMEIDA, referindo-se a outro autor, há diferença em capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória. Escreve o autor:

“Para Celso Agrícola Barbi, no exame do conceito de parte, distinguem-se três aspectos:

‘a) a capacidade de ser parte, que é a capacidade de ser sujeito da relação processual, como autor ou réu;

b) a capacidade de estar em juízo, também denominada legitimação para o processo e legitimação ad processum, que é o poder de realizar atos processuais com efeitos jurídicos;

c) a capacidade postulatória, que é o poder de requerer pessoalmente em juízo”.

Direito processual do Trabalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2006. págs. 309 e 310.

¹⁰ **Direito processual do trabalho.** 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005. p. 121.

No mesmo sentido, Cléber Lúcio de ALMEIDA escreve:

Da capacidade postulatória (poder de postular pessoalmente em juízo) trata o art. 791 da CLT, estabelecendo que os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar o processo até o final. Empregados e empregadores têm, no processo do trabalho, capacidade postulatória ou jus postulandi. A parte pode postular pessoalmente no TST e na execução¹¹.

Aparentemente, essa previsão é uma resquício da origem administrativa da Justiça do Trabalho. Ocorre que, a Justiça do Trabalho nem sempre teve a configuração que conhecemos hoje. Parte das alterações, seja quanto à estrutura, seja quanto à competência, foram vividas recentemente. Não é raro, aliás, encontrarmos pessoas que convivem no dia a dia do Fórum Trabalhista referirem-se, ainda, às “juntas”; outros, ainda, perguntam sobre o “Ministério” do Trabalho, quando querem referir-se à Justiça do Trabalho, tudo reflexo das recentes alterações. A Justiça do Trabalho teve sua origem como órgão administrativo, o que perdurou até 1934 ou 1937, pois há controvérsia quanto a isso. Atualmente, as antigas Juntas, formadas por dois juízes classistas e um “togado” não existem mais, dando lugar as atuais Varas do Trabalho¹².

Para alguns autores, o “jus postulandi” teria nascido como uma compensação à hipossuficiência do empregado e a exigência de um procurador seria uma redução dessa proteção. Sobre isso Orlando TEIXEIRA DA COSTA¹³, referindo-se aos artigos 791 da CLT, 36 do CPC, 9º da Lei n.º 7.244/84 e 2º da Lei n.º 5478/68, escreve:

Este breve elenco ressalta a preocupação do legislador de amparar o pobre, o desvalido, o hipossuficiente, possibilitando-lhe acesso ao Poder Judiciário sempre que a circunstância ou a natureza do pedido justificarem. Seria incompatível com o interesse público que a lei vedasse a essas pessoas reclamar alimentos, salários ou formular pedidos de pequena significação econômica; por isso, a lei reconheceu, excepcionalmente, que o patrocínio do advogado poderá ser facultativo nesses casos¹⁴.

¹¹ Obra citada. pags. 310 e 311.

¹² Sobre isso e sobre a recente ampliação da competência da Justiça do Trabalho, ver a monografia de conclusão de curso de especialização de minha autoria: “A competência da justiça do trabalho, após a emenda constitucional n.º 45 e questões envolvendo o termo ‘relação de trabalho’”.

¹³ **Interesse público e jus postulandi.** “in” Genesis – Revista de Direito do Trabalho, Curitiba, 1994, novembro, vol. IV, n.º 23. p. 539-544.

¹⁴ Obra citada. p. 543.

Segundo este autor, a facultatividade do patrocínio seria, no foro trabalhista, um princípio básico tradicional e a sua revogação implicaria numa equiparação a Justiça Comum¹⁵. Isso porque a Justiça do Trabalho seria despojada de formalidades e estaria destinada a quem normalmente é pobre. Além do que, a maioria das reclamationárias seriam de pessoas que ganham um, dois ou três salários mínimos, sendo que este trabalhador estaria mais aberto à conciliação e ao entendimento. Ainda, grande parte das reclamações se extingiria por composição amigável. Tudo isso revelaria a importância do “jus postulandi” na Justiça do Trabalho, inclusive, o Juizado Especial de Pequenas Causas teria sido inspirado nela.

Ocorre que, o “jus postulandi” das partes é de 1943, sendo que vieram depois duas outras previsões que surtiram grande discussão e polêmica e que devem ser mencionadas.

A primeira delas é o advento da Constituição Federal de 1988. A Constituição de 1988, expressamente, tratou da matéria no artigo 133, dispondo que o advogado seria indispensável à administração da justiça¹⁶. Os operadores não tardaram a afirmar que os artigos 791 e 839 da CLT estariam revogados, porque em total desacordo com a Constituição Federal. Esse entendimento não prevaleceu, pois o Supremo Tribunal Federal entendeu que o artigo constitucional não era de aplicação imediata e dependeria de regulamentação.

Orlando TEIXEIRA DA COSTA, quando compunha o Tribunal Superior do Trabalho, proferiu julgamento nesse sentido:

Em Acórdão de minha autoria, a Seção de Dissídios Individuais do TST assim se pronunciou ao apreciar o Processo nº TST-RO-AR-468/84: ‘O jus postulandi do processo trabalhista não conflita com o artigo 133 da Constituição de 1988, pois ele apenas reconheceu a natureza de direito público da função de advogado, sem criar nenhuma incompatibilidade com as exceções legais que permitem à parte ajuizar, pessoalmente, pleitos perante os órgãos do Poder Judiciário’¹⁷.

¹⁵ “A supressão do jus postulandi na Justiça do Trabalho viria, pois, a desfigurá-la, equiparando-a à Justiça Comum, que costuma ser qualificada como a Justiça da propriedade. De justiça dos pobres passará a ser a Justiça dos bem-aquinhoados, porque o interesse público em geral, inerente às necessidades ou utilidades comuns ou coletivas, seria rebaixado à condição de interesse particular, ainda que grupal, desprotegendo, assim, o direito subjetivo que é o apanágio da lei”. Orlando TEIXEIRA DA COSTA. Obra citada. p. 544.

¹⁶ “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

¹⁷ Obra citada. p. 541.

Mais tarde, em 07.07.1994, foi publicado o novo Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94), o segundo “empecilho” ao “jus postulandi”. No artigo 1º, inciso I, havia previsão expressa no sentido de que a postulação em *qualquer* órgão do Poder Judiciário é atividade privativa do advogado¹⁸. Era o que faltava. A matéria estaria regulamentada e, neste caso, os artigos 791 e 839 da CLT estariam revogados.

Não foi o que ocorreu.

Provavelmente, tendo em vista que o artigo em referência foi considerado corporativista¹⁹, a interpretação do artigo 1º foi suspensa liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal numa Ação Direita da Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADIn n.º 1.127-8). A decisão que julgou procedente essa Ação, por maioria, entendeu pela inconstitucionalidade da expressão “qualquer” e foi publicada no dia 26/05/2006.

Vale salientar que, a discussão, na Justiça do Trabalho, referente ao “jus postulandi”, como se infere nas Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria, foi, principalmente, quanto ao pagamento e condenação em honorários advocatícios. Isso porque, tendo em vista a existência do “jus postulandi”, a parte perdedora, porque não poderia ser onerada com o exercício de uma faculdade da outra parte, não poderia ser condenada no pagamento de honorários. Como vige o “jus postulandi” seria impossível haver condenação em honorário advocatícios²⁰. Como observa Jorge Luiz SOUTO MAIOR²¹, argumenta-se, ainda, que o

¹⁸ “Art. 1º. São atividades privativas de advocacia:

I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;”

¹⁹ Valentim CARRION, nos seus comentários a CLT, escreve:

“O texto estarreceu o País; corporativista, atraiu para contra si a opinião pública e proporcionou a prevalência da interpretação contrária: o ius postulandi das partes permanece; o Estatuto quis atingir até o que há de mais moderno, inovador e social na administração da Justiça do Brasil, os Juizados de Pequenas Causas. Visou os tribunais imiscuindo-se e truncando a fase de julgamento e abrindo desnecessária e infantilmente as cancelas; ‘o legislador ordinário não pode invadir a faixa de competência do Poder Judiciário, disciplinando, sem a sua iniciativa, o processo de julgar’ (Manuel Reale, O Estado de S. Paulo, 13.8.94); atribuiu ao advogado, além dos honorários convencionados, os concedidos a título de indenização à parte vencedora; violou a representação do sindicato, pretendendo sobrepor-se-lhe; criou ‘tribunal de exceção’, além de privilégios penais” (p. 592).

²⁰ Não confundir com os honorários assistenciais, que exigem a participação de advogado credenciado pelo Sindicato da categoria e não se confundem com os honorários advocatícios.

²¹ **Honorários de advogado no processo do trabalho: uma reviravolta imposta também pelo novo código civil.** “in” Síntese Trabalhista, Porto Alegre, 2003, novembro, vol. 15, n.º 173. págs. 09-16.

empregado, hipossuficiente, pode ser prejudicado se tiver que arcar com honorários da outra parte. Entretanto, segundo este autor, esta deve ser a lógica da relação jurídica processual, não podendo ser admitido uma inversão, sob pena de não se penalizar aquele que perde e impor custo ao que ganha. Some-se a isso que, se as partes não se utilizam das mesmas armas, devem ser tratadas de forma diferente, no sentido de que, caso alguém se utilize do “jus postulandi” não se pode falar de sucumbência quando ao custo do advogado. Exemplo disso seriam os artigos 9º e 55 da Lei n.º 9.099/95. De toda sorte, nosso interesse, aqui, não está na questão dos honorários²², mas na irracionalidade do “jus postulandi”.

Independentemente da forma como se deu a discussão principal na Justiça do Trabalho, a matéria está pacificada pelo Superior do Tribunal do Trabalho, como se infere nas Súmulas n.ºs 219 e 392²³, no sentido de que o “jus postulandi” é

²² Sobre isso, Ricardo Sampaio, tratando dos honorários, escreve: “*Afinal, ainda que fosse compreensível a subsistência do jus postulandi, não o seria – como não o é – que o advogado, quando presente no litígio, deixasse de perceber os honorários da sucumbência. A situação é particularmente injusta e até esdrúxula em se tratando do empregado vencedor. Tem ele que abrir mão de parte de seus haveres salariais – e o salário tem natureza alimentícia, para custear seu advogado*”. **O novo estatuto dos advogados: e agora o jus postulandi na justiça do trabalho?** “in” Genesis – Revista de Direito do Trabalho, Curitiba, 1994, novembro, vol. IV, n.º 23, p 547.

²³ Súmula n.º 219: “**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO**
I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

II – É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70”.

Súmula n.º 329: “**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988**

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho”.

Alguns julgamentos foram focados no “jus postulandi” exclusivamente e, como se infere nas ementas abaixo, sempre no sentido de que é válido: 130373596 – “**RECURSO DE REVISTA – NULIDADE DA AUDIÊNCIA – NÃO COMPARECIMENTO DO ADVOGADO – Conforme entendimento desta Corte Superior consubstanciado na Súmula nº 329 do TST, pelo art. 133 da Constituição Federal não foi revogado o jus postulandi das partes na Justiça do Trabalho. Dessarte, não há nulidade na realização de audiência sem a presença do advogado. Recurso de revista a que se nega provimento**” (TST – RR 1.343/2002-064-02-00.0 – 5ª T. – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 28.04.2006) (Fonte: CD ROM – Juris Síntese Millennium); 130187508 – “**JUS POSTULANDI – AUSÊNCIA DE ADVOGADO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO – ART. 791 DA CLT – 1. A simples outorga de mandato a advogado não retira da parte reclamante o direito ao**

totalmente válido e que, na maioria esmagadora dos julgados, vêm sendo adotadas também pelos Tribunais Regionais.

Resumindo, considerando os artigos 791 e 839 da CLT, predomina o entendimento de que, o reclamante ou o reclamado podem praticar todos os atos processuais, inclusive nos Tribunais Regionais e no Superior Tribunal do Trabalho, com exceção do Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

3 OS QUATRO DISCURSOS DE ARISTÓTELES E O DIREITO

ARISTÓTELES teria uma Teoria dos Quatro Discursos, que engloba o discurso poético, o discurso retórico, o discurso dialético e o discurso analítico, que pode ser assim referida: “(...) o discurso humano como a passagem, gradativa e sistêmica, da manifestação poética à decisão retórica, da investigação dialética à

exercício do jus postulandi, ainda que não tenha havido expressa revogação de mandato, máxime se ausente o patrono da reclamante à audiência de instrução. 2. Interpretação em sentido contrário revelaria apego demasiado à forma e rigor draconiano que faria lembrar o período formulário do direito romano, em franca oposição aos princípios basilares do Direito Processual do Trabalho. Tal exegese frustraria os próprios desígnios do legislador que, ao franquear às partes o exercício direto da capacidade postulatória, visava à informalização do processo trabalhista, assim como à democratização do acesso à Justiça do Trabalho. 3. Viola o artigo 791 da CLT decisão que, em tais circunstâncias, não reconhece à reclamante o direito ao exercício do jus postulandi. 4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento” (TST – RR 438.143/98.1 – 1ª T. – Red. p/o Ac. Min. João Oreste Dalazen – DJU 20.05.2005) (Fonte: CD ROM – Juris Síntese Millennium); 130087242 – “HONORÁRIOS DE ADVOGADO – SUBSISTÊNCIA DO ART. 791 DA CLT – SENTIDO E ALCANCE DO ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – Sempre foi da tradição do Direito Processual do Trabalho poderem, empregado e empregador, postular e defender pessoalmente seus direitos, independentemente da assistência dos profissionais do Direito, devendo ser destacado que, antes mesmo da atual Constituição prescrever a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça (art. 133), idêntica norma já existia na legislação infraconstitucional (art. 62 da Lei nº 4.215, de 27.4.63 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), mas nem por isso entendeu-se que fora revogada a norma consolidada (art. 791). Assim, ao elevar ao nível constitucional o princípio que consagra a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, o constituinte não pretendeu, por certo, extinguir o jus postulandi das partes no Judiciário Trabalhista, visto que condicionou sua aplicação “aos limites da Lei” (art. 113 – parte final), o que autoriza a conclusão de que, enquanto não sobrevier norma federal disposta em sentido contrário, a subsistência do art. 791 da CLT, que é federal, revela-se compatível com a nova ordem constitucional. Pertinência dos Enunciados ns. 219 e 329 do TST. Recurso de revista provido” (TST – RR 539763 – 4ª T. – Rel. Min. Milton de Moura França – DJU 14.05.2004) (Fonte: CD ROM – Juris Síntese Millennium).

*demonstração analítica (...)*²⁴. Com esses discursos, “*Não se está a analisar a busca da verdade dos objetos, mas sim os meios de se atingir a credibilidade necessária para sua aceitação*”²⁵.

Os quatro discursos referidos corresponderiam às quatro ciências que, pela palavra, influenciariam a mente de outro homem (ou a sua própria, num discurso interno) e cada uma delas caracterizar-se-ia pela credibilidade. Cada um dos tipos de discurso leva a um nível de credibilidade.

Como observa Luiz Vergílio Dalla-Rosa, a credibilidade seria o instrumento válido para a compreensão tipológica do discurso e ela teria gradações. O ponto inicial do discurso é a premissa, sendo que com ela temos um máximo e um mínimo de credibilidade. O grau máximo será a certeza, a validade máxima ou a verdade formal.

Escreve o autor:

*O discurso não é a passagem do acreditado ao não acreditado, do certo ao falso, mas sim o trânsito entre premissas possíveis, ou seja, máxima e minimamente acreditáveis” e do “(...) absolutamente certo (ou crível em grau máximo) e o meramente possível (ou crível em grau mínimo)*²⁶.

Como a ação humana deve possuir um agente capaz de atuar este será o ponto inicial e dependerá de um ato volitivo, que é o pressuposto para o exercício do discurso e isso interfere na tipologia. Com isso, nem sempre a certeza apodíctica, incontestável será atingida. Ocorre que o espectro das ações possíveis dependerá do horizonte de consciência possível de um indivíduo²⁷.

Teríamos, então, uma tipologia universal do discurso de acordo com a credibilidade exigida, apontado para conclusões de mera possibilidade até certeza apodíctica.

ARISTÓTELES, então, identificaria quatro níveis existentes de veracidade possível: a possibilidade, a verossimilhança, a probabilidade e a certeza apodíctica,

²⁴ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo, Landy, 2002. p. 25.

²⁵ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. Obra citada. p. 30.

²⁶ Obra citada. p. 32.

²⁷ O horizonte de consciência pode ser tido como “(...) o espectro de possibilidade de operações mentais que um indivíduo pode realizar segundo o grau e o número de informações que possui e segundo sua capacidade intelectual”. DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia: pressupostos de uma teoria constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003 (p. 29)

que podem ser compreendidos pela prática específica: a poética, a retórica, a dialética e a analítica. Estes seriam os quatro discursos humanos existentes²⁸.

O discurso poético versa sobre o possível e se dirige sobre a imaginação. Por exemplo, todos nós não sabemos se existem extraterrestres, mas também não temos a certeza de que não existem. O discurso retórico versa sobre o verossímil e tem por meta a produção de uma crença firme, no sentido de um homem influência a vontade de outro homem por meio da persuasão. Típico exemplo desse tipo de discurso é o “discurso” político. No campo da dialética, procura-se uma maior grau de probabilidade, o provável, por meio da submissão das crenças à prova, mediante ensaios e tentativa de ultrapassá-los por objeções. Por fim, o discurso analítico parte de premissas admitidas como indiscutivelmente certas.

Cada um desses discursos identifica-se pelo propósito do orador e dependerá da posição psicológico do ouvinte. No discurso retórico, não há uma exigência de verossimilhança; no retórico, procura-se uma decisão; no dialético, visa-se uma aproximação com a verdade, no sentido de que não se preocupa em persuadir, mas se chegar a uma conclusão razoável; e, por fim, no discurso analítico, pretende-se uma demonstração pela dedução silogística.

Haveria, então, uma tipologia dos discurso e esta estaria baseada numa escala de premissas, que parte do minimamente crível ao maximamente crível: do possível, pelo verossímil, pelo provável e, finalmente ao certo.

Resumindo, temos (i) o discurso analítico, que parte de premissas tidas como absolutamente certas e se desenvolve pela lógica silogística; (ii) o discurso dialético, que parte de premissas incertas, mas que são aceitas sob determinadas circunstâncias e por um público mais ou menos homogêneo e conhecedor do assunto; de premissas prováveis, pelas quais se compara e confronta os desenvolvimentos, excluindo ou combinando; (iii) o discurso retórico parte de convicções atuais do público, verdadeiras ou falsas e procura levar a platéia a uma conclusão verossímil; (iv) o discurso poético parte do gosto ou dos hábitos mentais e imaginativos do público, procurando uma aparência ou simulacro.

Em todos os tipos de discurso há a intenção de alterar o ouvinte, que pode ser o próprio orador e dependerá dos propósitos do orador e do grau de credibilidade buscado.

²⁸ Conforme DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo, Landy, 2002. p. 51 até 74.

Segundo Luis Vergílio DALLA-ROSA²⁹, o Direito manifesta-se segundo uma ação discursiva, tendo momentos distintos, estando presente na criação do direito, na aplicação do direito, na compreensão do direito e na sistematização e estruturação do direito. O tipo de discurso dependerá dos propósitos do orador ou operador do direito.

O discurso jurídico deve, antes de tudo, abordar toda a realidade possível e o discurso poético é aquele que traz o critérios de previsibilidade mínima, sendo o mais apto para realizar essa ação. Esse discurso seria o mais apto para delimitar a área e o campo de abrangência. O discurso poético é aquele que indicará a formação do ato jurídico e a escolha das ações juridicamente relevantes, porque tudo isso está no campo da possibilidade. Como escreve Luis Vergílio DALLA-ROSA, o que se precisa neste campo é de (...) *uma esfera discursiva que não busque retratar a certeza do direito, a imutabilidade de sua estrutura, mas a inicial delimitação de seu campo de abrangência*³⁰.

A simples verificação não basta e quando houver a necessidade ou exigência de verossimilhança “*A Retórica Jurídica cumpre um papel de importância extrema da fixação de critérios de adesão e, conseqüentemente, de implementação de comandos normativos e diretrizes de política jurídica*”³¹. A retórica fornece elementos para instrumentalizar o processo criativo do Direito, descrevendo uma conduta e indicando a limitação. O discurso retórico é o momento pelo qual será produzida a argumentação na esfera legislativa, o “*(...) momento do preenchimento material do conteúdo normativo, o momento da escolha legislativa e da decisão valorativa do Direito*”³².

Continuando, como observa o mesmo autor, o processo e a sentença exigem mais do que a verossimilhança. Ambos, ao menos, devem estar amparados pelo provável. Isso será atingido pelo discurso dialético. O discurso dialético permite, com conceitos e variáveis, a partir de premissas de uma gama de possibilidades e do choque dessas, indicar uma segurança na conclusão, que se não é certa, é provável. A probabilidade seria suficiente para a estabilidade e segurança.

Como se verá adiante e adiantando onde quer se chegar, o Direito escapa a mera subsunção, sendo que, será através do discurso dialético que irá buscar o convencimento racional e a partir do debate de premissas.

²⁹ Primeira obra citada.

³⁰ Obra citada. p. 93.

³¹ Obra citada. p. 109.

³² Idem nota anterior.

Finalmente, concluído com Luis Vergílio DALLA-ROSA, o discurso analítico visaria a demonstração da validade das conclusões obtidas. Neste campo, temos a expressão discursiva da coerência ordenante do Direito em sua estrutura própria e em seu momento de concreção, a norma, o ordenamento e a decisão jurídica.

Considerando tudo isso, como o discurso depende do ouvinte e como é através do discurso que o Direito se manifesta, podemos ter um Direito “possível”, “verossímil”, “provável” e “verdadeiro”.

Como observa Chaim PERELMAN³³, embora confunda em muitas de suas passagens o discurso retórico, dialético e analítico, o Direito não pode adotar uma lógica da verdade, mas da adesão e o “(...) *recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável*”³⁴.

A adesão será atingida após o estabelecimento de uma controvérsia, argumentações em sentidos diversos e em conformidade com procedimento diversos. O autor escreve:

(...) que o raciocínio judiciário visa a discernir e a justificar a solução autorizada de uma controvérsia, na qual argumentações em sentidos diversos, conduzidas em conformidade com procedimentos diversos, conduzidas em conformidade com procedimentos impostos, procuram fazer valer, em situações diversas, um valor ou um compromisso entre valores, que possam ser aceito em um meio e em um momento dados³⁵.

Ocorre que, a fórmula de solução de conflitos apresentada pelo positivismo³⁶ não é adequada. Segundo o positivismo clássico, a resolução das questões jurídicas se dá unicamente pela subsunção. Isso seria verdade e possível se não houvesse necessidade de escolher e interpretar a regra, nem fosse necessário o estabelecimento e a qualificação dos fatos. Se isso bastasse, não teríamos litígio.

Segundo Chaim PERELMAN, deve haver um desenvolvimento equilibrado, entre uma ordem sistemática (ordem jurídica coerente) e uma ordem pragmática

³³ **Lógica jurídica.** São Paulo, Martins Fontes, 1998.

³⁴ Obra citada. p. 185.

³⁵ Obra citada. p. 183.

³⁶ Hans KELSEN afirma que A Teoria Pura do Direito tem como objeto conhecer o Direito, mas não como “deve ser” ou como deve ele ser feito. Como é pura, vai excluir tudo que não pertença ao seu objeto, libertando “(...) *a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos*”. **Teoria pura do direito.** São Paulo, Martins Fontes, 1998. p. 01.

(soluções aceitáveis). A lógica jurídica, então, segundo esse autor não está centrada na idéia de verdade, mas na de adesão. Segundo o autor, “(...) *os acordos preliminares não conduzem univocamente à solução preconizada por uma ou outra das partes*” e caberá ao juiz “(...) *depois de ter comparado as soluções apresentadas, assim como as objeções levantadas contra elas, tomar a decisão que lhe parecer, ao mesmo tempo, a mais eqüitativa e a mais conforme ao direito em vigor*”³⁷.

Disso tudo temos que, concluindo com Chaim PERELMAN, a lógica jurídica não pode ser formal, mas deve ser argumentativa no sentido de que a lógica jurídica não é de verdades, mas é de adesão³⁸. As partes litigantes tentam convencer o julgador da validade da sua tese, através da argumentação, obedecendo certas formalidades e procedimentos, sempre de forma ordenada. A verificabilidade ou correção das teses, portanto, ficará por conta da argumentação e em especial da motivação ou fundamentação, que terá papel fundamental no direito. Deve haver a

³⁷ Obra citada. p. 240.

³⁸ Por exemplo, na Justiça do Trabalho, temos uma questão, dentre várias outras, envolvendo o artigo 71 da CLT, que regula a concessão do intervalo intra-jornada. Segundo o caput do referido artigo, todo trabalho superior a 6 horas gera direito a um intervalo de 1 hora. Se o trabalho for inferior a 6 horas, o empregado tem direito a apenas 15 minutos de intervalo (§1º). Para o caso do não cumprimento do intervalo, a lei determina o pagamento do intervalo suprimido como hora extra (§4º). Resta saber como ficam os empregados sujeitos a 6 horas de jornada, mas que fazem horas extras (por exemplo, empregados bancários). Eles têm direito ou não ao intervalo de 1 hora caso trabalhem mais de 6 horas? Se têm, é devido o pagamento do intervalo suprimido como hora extra, nos moldes do §4º? Podemos apresentar, dentre outras, duas soluções para o caso:

6088922 – “INTERVALO INTRAJORNADA – JORNADA LEGAL – HORAS EXTRA – Estando o reclamante sujeito a uma jornada de 6 (seis) horas diárias, faz jus apenas ao intervalo de 15 minutos, conforme art. 71, da CLT. O fato de o reclamante fazer horas extras não lhe dá direito a usufruir 1h de intervalo, haja vista o dispositivo legal se relacionar à jornada normal de trabalho, e não à efetivamente laborada” (TRT 9ª R. – Proc. 20087-2002-009-09-00-0 – (01209-2006) – Rel. Juiz Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira – DJPR 20.01.2006) (Fonte: CD ROM – Juris Síntese Millennium).

75005683 – “INTERVALO INTRAJORNADA – INDENIZAÇÃO – JORNADA ININTERRUPTA SUPERIOR A SEIS (06) HORAS – INDENIZAÇÃO DO TEMPO TRABALHADO NO INTERVALO – Trabalhando o empregado mais de seis (6) horas de forma ininterrupta, deverá ser a indenização com o adicional de 50% do tempo de intervalo não gozado, independentemente de contagem desse tempo na jornada/dia para o efeito de horas extras. Inteligência do art. 71, § 4º, da CLT” (TRT 14ª R. – RO-RA 302/2002 – (1743/02) – Rel. Juiz Pedro Pereira de Oliveira – DJRO 20.12.2002) (Fonte: CD ROM – Juris Síntese Millennium).

Hoje, é impossível dizer qual solução é a correta ou certa. Ambas estão fundamentadas, o que demonstra a impossibilidade da simples subsunção e a dependência da adesão.

busca de uma solução conforme a lei, mas também equitativa, razoável, aceitável, justa e conciliável com o direito em vigor.

A argumentação então possibilitará a maior probabilidade de verdade das decisões tomadas, pois ela, no embate dialético, possibilitará a “depuração” das premissas. Resta saber se, considerando a possibilidade do “jus postulandi”, na Justiça do Trabalho, essa maior probabilidade pode ser atingida.

4 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E A BUSCA DA VERDADE PROVÁVEL

Robert ALEXY³⁹ propõe uma Teoria da Argumentação para o Direito.

Segundo Manuel ATIENZA⁴⁰, “A teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretção da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito”⁴¹.

Para HABERMAS, as questões práticas podem ser decididas racionalmente, no sentido de que a verdade é fixada pela teoria consensual da verdade. Manuel ATIENZA escreve “De acordo com Habermas: ‘Só posso (...) atribuir um predicado a um objeto se, também, qualquer um que pudesse entrar em discussão comigo atribuisse o mesmo predicado ao mesmo objeto; (...)’”⁴². HABERMAS, como observa o mesmo autor, tenta reconstruir os pressupostos racionais, no sentido de que em todo ato de fala, o orador busca uma pretensão de verdade (seja válido ou verdadeiro num sentido amplo). Assim, em atos de fala constatadores, o falante pretende que o seu enunciado seja verdadeiro; nos atos reguladores, o que se pretende é que o ordenado, exigido, seja correto; nos atos representativos, pretende-se que seja sincero ou veraz. Ocorre que, na interação ordinária, as pretensões de validade são aceitas de modo mais ou menos ingênuo. As pretensões, entretanto, podem ser problematizadas e daí se passa da ação comunicativa para o discurso, ou seja, “(...) o falante tem de dar razões para fundamentar que suas asserções sejam verdadeiras (discurso teórico) ou que uma determinada ação ou norma de ação seja correta (discurso prático)”⁴³. E, “A verdade

³⁹ **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** São Paulo, Landy, 2001.

⁴⁰ **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica.** 3ª ed., São Paulo, Landy Editora, 2006.

⁴¹ Obra citada. p. 160.

⁴² Obra citada. p. 161.

⁴³ Manuel ATIENZA. Obra citada. p. 162.

*das proposições ou a correção das normas depende, em última instância, de que se possa alcançar um consenso numa situação de total liberdade e simetria entre todos os participantes do discurso*⁴⁴.

Assim, segundo Manuel ATIENZA, as exigências dessa simetria e liberdade de HABERMAS constituem o conteúdo das regras do discurso racional que Robert ALEXY denomina de regras de razão. Segundo Robert ALEXY, na medida em que tais regras forem observada, podemos dizer que a decisão tomada possui o maior grau de probabilidade possível.

Robert ALEXY, então, propõe regras e formas do discurso prático geral e regras e formas específicas do discurso jurídico, sendo que este seria uma forma especial daquele.

Alerte-se que, a proposta de Robert ALEXY, como ele mesmo deixa claro, não é uma busca da certeza, mas da correção das decisões. Como ele mesmo escreve trata-se de “(...) *uma tentativa de apresentar esses critérios mais fortes*”⁴⁵, que seriam a apresentação de um número de regras que a argumentação tem que seguir e de um número de formas que a argumentação tem de assumir. Assim, “*Quando uma discussão está de acordo com estas regras e formas, então o resultado oferecido por ela pode ser chamado ‘correto’. As regras e formas do discurso jurídico assim constituem um critério para a correção das decisões jurídicas*”⁴⁶. As regras e formas possibilitariam a chegada a uma decisão que também seria o resultado em condições ideais. Conclui o autor, “*Deste modo, a teoria do discurso oferece algo como um critério específico no contexto da racionalidade de procedimentos de tomada de decisão, bem como para as decisões geradas por eles*”⁴⁷.

Como a idéia não é expor toda a teoria de Robert ALEXY, vamos as formas e regras que demonstram a irracionalidade do “jus postulandi”, no sentido de que a permanência deste implica na irracionalidade da decisão, no sentido de que não será, necessariamente, a mais provável possível ou não permitirá uma resultado “correto”.

No que tange ao discurso racional prático, Robert ALEXY inicia com quatro regras básicas⁴⁸, que são condição prévia da possibilidade de toda

⁴⁴ Manuel ATIENZA. Obra citada. p. 163.

⁴⁵ Obra citada. p. 273.

⁴⁶ Idem nota anterior.

⁴⁷ Idem nota anterior.

⁴⁸ A regras básicas são:

comunicação lingüística sobre a verdade ou correção. O “jus postulandi” não cumpre a quarta regra. Segundo essa regra, há necessidade do uso comum da linguagem, claro e significativo, ou seja, diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados. Alguém que não tenha frequentado os bancos universitários não terá conhecimento suficiente para utilizar a argumentação com clareza e significados corretos, ou mesmo entender a “linguagem” jurídica. Hoje, a complexidade das regras matéria e processuais do Direito do trabalho não permitem que um leigo “dialogue” num processo e isso impossibilita a ocorrência da regra 1.4.

Em seguida, Robert ALEXY propõe as regras da racionalidade⁴⁹, que se referem à justificação das afirmações das sentenças normativas. A exigência de justificação refere-se a capacidade do orador dar uma justificação a sua afirmação, sendo que ela não significa que todas as afirmações devem ser justificadas, mas que se houver recusa essa recusa deve ser justificada.

A primeira regra desse grupo já demonstra a irracionalidade do “jus postulandi”. Como pode a parte, sem auxílio de advogado, justificar suas afirmações. Como afirma Manuel ATIENZA⁵⁰, esse grupo de regras definem as condições mais importantes da racionalidade do discurso. A primeira seria a regra geral de

“(1.1) Nenhum orador pode se contradizer”;

“(1.2) Todo orador apenas pode afirmar aquilo que crê”;

“(1.3) Todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a em todos os aspectos importantes”;

“(1.4) Diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados”. Obra citada.. p. 187.

⁴⁹ As regras da racionalidade são:

“(2) Todo orador tem de dar razões para o que afirma quando lhe pedem para fazê-lo, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em dar uma justificação. Esta regra pode ser chamada de ‘regra geral de justificação’;

“(2.1) Qualquer pessoa que possa falar pode participar de um discurso”;

“(2.2) (a) Todos podem transformar uma afirmação num problema.

(b) Todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso.

(c) Todos podem expressar suas atitudes, desejos e necessidades.

(d) é importante particularmente no discurso prático”;

“(2.3) Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos em (2.1) e (2.2) por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso”. Obra citada. p. 190.

⁵⁰ Obra citada. p. 166.

fundamentação e as demais seriam requisitos da situação ideal (HABERMAS), ou seja, de igualdade de direitos, universalidade e não coerção.

Logo em seguida, tendo em vista a regra denominada 2.3, ou seja, a afirmação de que toda pessoa pode problematizar qualquer afirmação, há as regras para partilhar a carga de argumentação⁵¹, sob pena de termos um “por que?” eterno. Assim, o orador deve justificar sempre que solicitado suas afirmações. Novamente, o “jus postulandi” prejudica a racionalidade do discurso, na maioria das vezes, o orador leigo não poderá, porque não sabe como, justificar suas afirmações.

O autor apresenta, ainda, algumas formas de argumento (que são “fórmulas” para os argumentos), regras de justificação (que regulam as “fórmulas” anteriores⁵²)

⁵¹ As regras da carga de argumentação são:

“(3.1) *Quem se propõe a tratar a pessoa A diferentemente da pessoa B é obrigado a dar justificação por fazer isso*”;

“(3.2) *Quem ataca uma afirmação ou norma que não é sujeito da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso*”;

“(3.3) *quem apresentou um argumento só é obrigado a apresentar outros no caso de surgirem argumentos contrário*”;

“(3.4) *Quem introduz uma afirmação ou faz uma manifestação sobre suas atitudes, desejos e necessidades num discurso, que não vale como argumento em relação a uma manifestação anterior, precisa justificar a interjeição quando pedirem para fazê-lo*”.. Obra citada. pags. 193 e 194.

⁵² “(5.1.1) *Quem fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas conseqüências para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve ser capaz de aceitar essa conseqüências, mesmo na situação em que esteja na posição dessas pessoas: resumindo, todos têm de ser capazes de concordar com as conseqüências das regras que pressupõem ou afirmam para todos os demais*”;

“(5.1.2) *As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um e de todos os indivíduos precisam ser aceitáveis para todos: resumindo, todos têm de ser capazes de concordar com a regra*”;

“(5.1.3) *Toda regra tem de ser aberta e deve poder ser universalmente ensinada*”;

“(5.2.1) *As regras morais que subjazem a visão moral de um orador devem ser capazes de suportar o teste crítico em termos de sua gênese histórica. Uma regra moral não pode passar no teste se: a) embora originalmente de justificação racional, ela tenha nesse ínterim perdido sua justificação, ou b) se não era originalmente passível de justificação racional e não foram descobertos novos motivos nesse ínterim*”;

“(5.2.2) *As regras morais subjacentes às visões morais e um orador devem ser capazes de suportar o teste crítico em termos de sua gênese individual. Uma regra moral não agüenta esse teste se tiver apenas sido adotada com base em algumas condições injustificáveis de socialização*”;

e regras de transição⁵³. Essas últimas formas e regras aparentemente não interferem no estudo aqui apresentado.

Até agora o que vimos são regras do discurso prático, que aparentemente já resolveriam e fundamentariam nossa proposta.

Tais regras, como observa Robert ALEXY, veja-se, não garantem um acordo para cada questão prática, nem tampouco, caso haja esse acordo, que todos o sigam. Quanto ao acordo, nem sempre será atingido porque as regras 2.1 e 2.3 só podem ser cumpridas de forma aproximada; nem todos os passos da argumentação são determinados e todo o discurso começa com convicções normativas dos participantes que foram formadas historicamente e são variáveis. Além disso, quanto ao cumprimento, saber que algo é certo não implica necessariamente a disposição de fazê-lo. Daí a necessidade de um sistema jurídico, que sirva para preencher a lacuna de racionalidade.

Passamos, então, para o discurso jurídico. Para Robert ALEXY⁵⁴, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, pois nele 1- se discutem questões práticas; 2- pretende-se a correção e 3- isso se faz dentro de determinadas condições de limitação. Em outras palavras, no discurso jurídico não se pretende sustentar que uma determinada proposição seja mais racional, e sim que ela pode ser fundamentada racionalmente dentro do ordenamento jurídico vigente. Neste contexto, o discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso prático geral e pelas regras e formas específicas do discurso jurídico que exprimem a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática. A justificação das decisões jurídicas podem ser de forma interna e de forma externa.

Toda a justificação interna está relacionada às normas e aos pressupostos fáticos, num sentido silogístico e a justificação externa refere-se a interpretação, argumentação dogmática, uso de precedentes, argumentação geral prática,

“(5.3) *Os limites realmente dados de possibilidade de realização devem ser levados em conta*”.
Obra citada. pags. 198 e 199.

⁵³ “(6.1) *É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso teórico (empírico)*”;

“(6.2) *É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso lingüístico analítico*”;

“(6.3) *É possível que cada orador a qualquer tempo faça uma transição para um discurso-teórico-discurso*”. Obra citada. p. 200.

⁵⁴ Obra citada. p. 213.

argumentação empírica e formas especiais de argumentos. Como afirma Robert ALEXY⁵⁵, os discursos jurídicos estão ligados a justificação ou fundamentação, podendo ser interna – premissas como conseqüentes ou externa – a correção das premissas.

Alguém poderia dizer, então, que no final das contas a sentença é racional e atinge a verdade provável, na medida em que deve conter uma justificação interna e uma justificação externa. É verdade que o juiz deve conhecer a lei e fundamentar a decisão, mas, por outro lado, deve ser imparcial. Neste contexto, como por exemplo na petição inicial, na defesa, na instrução processual ou na fase recursal, a parte deve ter pleno conhecimento do Direito e o juiz não pode interferir plenamente. Isso cabe aos advogados. As regras referidas no discurso jurídico dificilmente farão parte da argumentação de alguém que não tenha pleno conhecimento do Direito. Considerando isso, aparentemente, o juiz poderá não se atentar, conhecer ou saber de todo os fatores não argüidos e nesse caso, a busca da verdade e correção estarão totalmente prejudicadas.

Todas essas regras propostas por Robert ALEXY, seja no discurso prático geral, seja no discurso jurídico, que, como ele mesmo enfatiza, buscam uma maior racionalidade, sem contudo gerar certeza, com o “jus postulandi” das partes restam prejudicadas. Tendo em vista que as regras não serão cumpridas, a Teoria da Argumentação, a busca da verdade e a racionalidade da sentença, provavelmente, não estarão presentes caso a parte faça uso do “jus postulandi” das partes, pelo que deve ser considerado inconstitucional, ilegal ou, ao menos, deve ser expressamente revogado.

5 POR QUE O “JUS POSTULANDI” DEVE SER REJEITADO?

O Direito material e processual do trabalho, em alguns momentos, fazem parte do discurso dialético e, como tal, buscam uma maior probabilidade e racionalidade das decisões. A maior probabilidade e racionalidade serão atingidas com base no argumento e, nesse contexto, o “jus postulandi” não pode ser admitido.

Aquele Direito do Trabalho regido pelos princípios da economicidade, oralidade, simplicidade não existe mais. O Direito do Trabalho está extremamente

⁵⁵ Obra citada. p. 218.

técnico. Os operadores do Direito estudam durante 5 anos, pelo menos, na graduação, participam de especializações, congressos e seminários, escrevem e lêem etc. e não chegam a um acordo sobre todo o Direito do Trabalho. Imagine a parte por si só.

Tanto reclamado, empregador, como reclamante empregado, mas especialmente este, poderão deixar de ter direitos efetivados.

Que tal perguntar para um leigo se ele sabe o que é “concluso” ou pior “pré-questionamento para recurso de revista”. Ou ainda, aquela situação quando o leigo acompanha seu processo e verifica que foi proferido um Acórdão e indaga sobre “quem é que fez um acordão no meu processo?” (referindo-se ao aumentativo de acordo). É certo que se tratam de exemplos extremos ou pitorescos, mas, infelizmente ou não, a Justiça do Trabalho, hoje, está totalmente técnica⁵⁶.

Como podem as partes desacompanhadas de advogado saber sobre prescrição (que aliás até pouco tempo atrás não poderia ser alegada pelo Juiz de ofício, sendo que, quanto a essa possibilidade na Justiça do Trabalho também há controvérsia), pré-questionamento, exceção de pré-executividade, prazos recursais, depósitos recursais, custas processuais, requisitos de admissibilidade de recurso de revista, incompetência, exceções, dentre várias outras questões processuais. Como podem, ainda, saber sobre cargo de confiança, minutos residuais, aviso prévio indenizado em questões de prescrição, adicionais de periculosidade e insalubridade, estabilidade no emprego, férias indenizadas etc.

Considerando todas essas questões, há vários artigos protestando contra o “jus postulandi”.

Jorge Luiz SOUTO MAIOR escreve:

(...) sob a perspectiva do conceito de processo efetivo, ou seja, aquele que é eficiente para dar a cada um o que é seu por direito e nada além disso, a presença do advogado é fator decisivo para a consecução desse ideal. Com efeito, nos processo

⁵⁶ Há coisas que não se compreende. O Tribunal Superior do Trabalho, quando a competência da Justiça do Trabalho foi aumentada com a E.C. n.º 45 de 2004, disciplinou, através da I.N. 16 que os processos novos seriam acompanhados, necessariamente, por advogado, afinal prevê que nestes casos haverá honorários de sucumbência. Não se entende qual é a diferença daquelas causas (relações de trabalho, especialmente) em relação às referentes a relação de emprego. É o que está expressamente contido no artigo 5º da instrução normativa indicada: “(...) Art. 5º *Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência*”.

trabalhistas, não raramente, discutem-se temas como: interrupção da prescrição; ilegitimidade de parte, em decorrência de subempreitada, sucessão, terceirização, grupo de empresa; litispendência; personalidade jurídica; desconsideração da personalidade jurídica; tutela antecipada; ação monitória; contagem de prazos; nulidades processuais; ônus da prova etc. Mesmo a avaliação dos efeitos dos fatos ocorridos na relação jurídica sob a ótica do direito material nem sempre é muito fácil. Vide, por exemplo, as controvérsias que pendem sobre temas como: aviso prévio cumprido em casa; subordinação jurídica; política salarial; direito adquirido; horas in itinere; salário in natura; integração de verbas de natureza salarial; contratos a prazo; estabilidades provisórias etc⁵⁷..

Como observam André Cardoso VASQUES e Otávio Augusto XAVIER⁵⁸, o “jus postulandi” foi admitido para um processo simples. Ocorre que, hoje, os conflitos entre capital e trabalho são complexos e o processo trabalhista é complexo, no sentido de *“Hoje, há um sem número de categorias profissionais, cada uma com seus dissídios coletivos, acordo coletivos, cada caso possui inúmeras particularidades, os processos trabalhistas tramitam durante anos, há um número enorme de normas, leis, portarias do Ministério do Trabalho, uma jurisprudência não menos vasta e assim por diante”*⁵⁹

E, por entenderem que o “jus postulandi” implica numa situação de fragilidade, deixando a parte sem condições de postular seus direitos de forma plena, correta e justa, por falta de conhecimento e técnica, concluem que a *“(...) presença do advogado, no processo trabalhista, não se trata de situação de corporativismo de uma classe, mas de direito fundamental da parte, principalmente do obreiro, e condição imprescindível para que seja exercida a cidadania em sua plenitude”*⁶⁰.

Paulo Luis SCHMITT⁶¹, no mesmo sentido, escreve:

A presença do advogado consciente valoriza o processo, facilita a exata formação do contraditório e é realmente indispensável, tirando, inclusive, as paixões

⁵⁷ Obra citada. p. 11.

⁵⁸ **A obrigatoriedade da presença do advogado no processo trabalhista: corporativismo ou condição indispensável para o pleno exercício da cidadania?** “in” Síntese Trabalhista, Porto Alegre, 2001, junho, vol. 12, n.º 144. p. 54-56.

⁵⁹ Obra citada. p. 54-55.

⁶⁰ Obra citada. p. 56.

⁶¹ **Jus postulandi e os honorários advocatícios na justiça do trabalho.** “in” Síntese Trabalhista, Porto Alegre, 1998, abril, vol. 09, n.º 106. p. 08, 09 e 13.

das partes envolvidas no processo, além de contribuir para a melhor ordem e celeridade, sem riscos de ver perecer sagrados direito, por insuficiência de conhecimentos técnico-processuais.

E,

(...) o art. 791 não deixa de ser uma previsão já ultrapassada, devendo ser revogada ou modificada, pois as partes não detém suporte técnico e conhecimentos para suportar uma demanda ou uma defesa trabalhista, que na grande maioria já se torna difícil para o profissional não especialista na área, imagine às partes, sem os conhecimentos jurídicos básicos.

Por fim, Ricardo SAMPAIO segue a mesma linha e escreve:

De há muito, superamos a 'fase idílica', quando os conflitos eram simples, pequenos, versando sobre direitos isolados, um aviso-prévio aqui, algumas horas-extras ali, uma despedida injusta acolá. O sindicatos se organizaram; surgiram milhares de convenções e acordos coletivos; novas leis chegaram; divergências se estabeleceram até mesmo sobre a forma de contagem de juros; novos dispositivos foram incorporados ao dia-a-dia trabalhista, como os agravos regimentais, o recurso extraordinário, o indeferimento liminar de agravo de instrumento em recurso de revista, as ações cautelares desde o 1º grau..⁶²..

No texto desse último autor vale citar dois entendimentos constantes em pareceres e memoriais da ADIn que julgou inconstitucional o trecho do artigo 1º do Estado da Advocacia⁶³. O primeiro é de autoria de José AFONSO DA SILVA:

JOSÉ AFONSO DA SILVA, também em memorial na ADIn mencionada, é mais incisivo:

´... é preciso ser realista para concluir pela desmistificação dessa forma de participação direta, pois aqui também se oficializava 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, os seu direitos ficavam ao desamparo. Por isso é que essa chamada ´vitoriosa tradição´ teve que se cumprida pela interferência dos sindicatos de trabalhadores, todos criando departamento ou um serviço jurídico para atender ao patrocínio judicial de seu filiados.´

⁶² Obra citada. p. 55.

⁶³ Idem nota anterior.

O segundo de Luis Roberto BARROSO:

No mesmo sentido, é o livre-docente e professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, LUIS ROBERTO BARROSO:

‘Já a ausência do advogado, mesmo que eventualmente afetando a celeridade e a simplificação – o que se admite para mero fim de argumentação – pode comprometer, de forma irremediável, a finalidade da justiça. Isto porque a desigualdade de conhecimento ou a desigualdade material e cultural das partes, sem a presença niveladora do advogado, pode produzir, e muitas vezes o faz, a soluções injusta’.

Se houver desequilíbrio entre as partes, advogado e parte de um lado e parte por si só do outro, não há como se falar na busca de uma verdade consensual ou de uma verdade provável, muito menos de uma “correção” da decisão.

Evidentemente que o Juiz deverá fundamentar as decisões, mas será que ela conterà uma verdade provável, já que o juiz não pode ir a caça de direitos. Afinal, ele só poderá decidir sobre aquilo em que for provocado. E, pior, como poderá a parte que se sente lesada, após uma decisão de segundo grau ir além, se ela não pré-questionou? Como pode a sentença estabelecer uma verdade provável, se as partes e por conseqüência o juiz desconhecem todas as particularidade do caso e os direitos que dele decorrem?

A decisão pode ser justificada, mas haverá, nos casos do “jus postulandi”, uma dominação da parte que estiver acompanhada por advogado sobre a parte desacompanhada. A dominância dos argumentos do advogado, que passou por anos de estudo e possui alguma experiência, não pode ser negada⁶⁴. Se o Direito é uma forma de reduzir ou evitar a dominação, o “jus postulandi” não pode ser admitido.

A manutenção do “jus postulandi” se não viola o artigo 116 da Constituição Federal ou o artigo 1º da Lei 8.906/94, viola uma extensa lista de garantias fundamentais, especialmente o artigo 5º, incisos LV e LXXIV, da Constituição

⁶⁴ A dialética neste caso estaria mais próxima da dialética erística, conforme Arhur SCHOPENHAUER concebeu. Isso porque a Dialética erística seria a arte de discutir de modo a vencer um debate, baseada na aprovação dos contedores e ouvintes. Isso proviria da dialética (que não se confunde com a dialética de ARISTÓTELES) e decorre da perversidade dos humanos, no sentido de que, se fossemos honestos, em todo o debate tentaríamos fazer a verdade aparecer. Não há dúvida de que na maioria dos casos em que o advogado atua contra um “leigo” procurará vencer o processo (debate), ainda que não tenha razão, sem fazer esforço para isso. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias: (dialética erística).**

Federal e impede a concretização de outra extensa lista de direitos, inclusive aqueles elevados a categoria de fundamentais (art. 7º, da CF/88).

Nesse contexto, temos mais um argumento contra o “jus postulandi”. Ainda que ele não seja inconstitucional ou ilegal, ele é irracional e empecilho para a efetivação de direitos e para a busca da verdade provável e correção da decisão. Considerando isso, o “jus postulandi” não pode ser mais admitido na Justiça do Trabalho.

6 CONCLUSÃO

Considerando que o Direito, o processo e a sentença podem ser considerados elementos que buscam uma maior racionalidade e uma verdade provável, o “jus postulandi” não pode ser mais admitido na Justiça do Trabalho. A manutenção do “jus postulandi” pode implicar, na maioria dos casos, na violação de uma extensa lista de direitos fundamentais, especialmente, aqueles contidos no artigo 5º, incisos LV e LXXIV, da CF/88 e impedir a concretização de outra extensa lista de direitos, inclusive aqueles elevados a categoria de fundamentais (artigo 7º e seus incisos, da CF/88, por exemplo).

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo, Landy, 2001.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Direito processual do trabalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica. 3ª ed., São Paulo, Landy Editora, 2006.

CARVALHO, Olavo. Aristóteles em nova perspectiva. Rio de Janeiro, Topbooks, 1996.

CARRION, Valentim. Comentários à consolidação da leis do trabalho. 29ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. O direito como garantia: pressupostos de uma teoria constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. Uma teoria do discurso constitucional. São Paulo, Landy, 2002.

GIGLIO, Wagner D. Direito processual do trabalho. 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LEAL, Aldemir Moura. Reflexão sobre o jus postulandi e os honorários advocatícios na justiça do trabalho. "in" Síntese Trabalhista, Porto Alegre, 1993, fevereiro, n.º 44. págs. 37-41.

PAROPAT SOUZA, Frederico Machado. Acesso à justiça do trabalho no Brasil. "in" Síntese Trabalhista, Porto Alegre, 2003, junho, n.º 166. págs. 59-62.

POSSIDIO, Cristiano Augusto Rodrigues. Justiça do trabalho, o jus postulandi e os honorários advocatícios: um tabu a ser quebrado! "in" Síntese Trabalhista, Porto Alegre, 2005, novembro, vol. 17, n.º 197. págs. 23-27.

PERELMAN, Chaim. Lógica jurídica. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

SAMPAIO, Ricardo. O novo estatuto dos advogados: e agora o jus postulandi na justiça do trabalho? "in" Genesis – Revista de Direito do Trabalho, Curitiba, 1994, novembro, vol. IV, n.º 23, págs. 545-554.

SCHOPENHAUER, Arthur. Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias: (dialética erística). (Introdução, notas e comentários por Olavo de Carvalho; tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho). Rio de Janeiro, Topbooks, 1997.

SCHMITT, Paulo Luis. Jus postulandi e os honorários advocatícios na justiça do trabalho. "in" Síntese Trabalhista, Porto Alegre, 1998, abril, vol. 09, n.º 106. págs. 07-17.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Honorários de advogado no processo do trabalho: uma reviravolta imposta também pelo novo código civil. "in" Síntese Trabalhista, Porto Alegre, 2003, novembro, vol. 15, n.º 173. págs. 09-16.

TEIXEIRA DA COISA, Orlando. Interesse público e jus postulandi. "in" Genesis – Revista de Direito do Trabalho, Curitiba, 1994, novembro, vol. IV, n.º 23, págs. 539-544.

VASQUES, André Cardoso e XAVIER, Otávio Augusto. A obrigatoriedade da presença do advogado no processo trabalhista: corporativismo ou condição indispensável para o pleno exercício da cidadania? "in" Síntese Trabalhista, Porto Alegre, 2001, junho, vol. 12, n.º 144. págs. 54-56.