



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ÉRICA RIBEIRO GUIMARÃES AMORIM

**AS ALTERAÇÕES PROCESSUAIS IMPLEMENTADAS PELA
LEI Nº 13.467/17 À CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO
TRABALHO E O ACESSO À JUSTIÇA**

Salvador
2019

ÉRICA RIBEIRO GUIMARÃES AMORIM

**AS ALTERAÇÕES PROCESSUAIS IMPLEMENTADAS PELA
LEI Nº 13.467/17 À CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO
TRABALHO E O ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Postdoc. Wilson Alves de Souza

Salvador

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

A524

Amorim, Érica Ribeiro Guimarães.

As alterações processuais implementadas pela Lei nº 13.467/17 à Consolidação das Leis do Trabalho e o acesso à justiça / por Érica Ribeiro Guimarães Amorim. – 2019.

141 f.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Alves de Souza.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2019.

1. Acesso à justiça. 2. Justiça do trabalho. 3. Direito do trabalho. 4. Direitos sociais. 5. Controle da constitucionalidade. I. Souza, Wilson Alves de. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 344.01

ÉRICA RIBEIRO GUIMARÃES AMORIM

**AS ALTERAÇÕES PROCESSUAIS IMPLEMENTADAS PELA
LEI Nº 13.467/17 À CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO
TRABALHO E O ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Wilson Alves de Souza - Orientador
Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dirley da Cunha Júnior
Pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa.
Universidade Federal da Bahia

Profa. Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Católica do Salvador

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, sou grata ao meu Deus, Senhor Jesus Cristo, a quem eu entrego qualquer honra ou glória, pois “se não for o Senhor o construtor da casa, será inútil trabalhar na construção [...]” Sl. 127:1. Sem Ele nada disso seria possível.

Aos meus pais Ires e Everardes, pela compreensão, cuidado e afeto que me dedicaram durante todos esses anos. Sou imensamente grata. Que Deus lhes conceda vida longa.

Ao meu esposo Luís, pois sem o seu amor e apoio este trabalho não seria o que é.

Aos meus irmãos, Clédicia (Kel, minha segunda mãe), Cleriston e Erlan, os quais sempre foram exemplos para mim. Agradeço ao Senhor pela vida de cada um de vocês.

Aos meus amados sobrinhos. Ao meu cunhado Messias.

À minha nova família, Anacélia e Luísa. Sou feliz por tê-las como sogra e cunhada.

Ao meu orientador Prof. Wilson Alves de Souza, que é um exemplo admirável de ser humano e profissional para todos que o conhecem.

Aos prezados professores Dirley da Cunha Júnior e Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela, pela prontidão em aceitar o convite de participar da avaliação desta dissertação.

Aos meus preciosos amigos, nos quais posso confiar em qualquer situação.

A todos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, em especial a Gemima e Luíza.

Obrigada!

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

RESUMO

A presente dissertação objetivou compreender as principais alterações processuais efetuadas pela Lei nº 13.467/17 à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), analisando-as à luz dos princípios fundamentais constitucionais. Forçoso se revelou investigar a compatibilidade entre o referido diploma legal e a Constituição de 1988, assim como em relação aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Por meio de uma pesquisa descritiva e propositiva, procurou-se amplamente discutir as novas regras do direito processual do trabalho introduzidas à CLT pela Reforma Trabalhista de 2017, além de apresentar soluções para as possíveis inconformidades existentes na mencionada lei. Para tanto, foram explicitados os conceitos básicos acerca da garantia do acesso à justiça e sua conexão com o processo do trabalho. Ademais, examinou-se cada uma das modificações processuais pertinentes ao tema, sistematizando os argumentos favoráveis e contrários à edição da Lei nº 13.467. Após isso, fez-se imperioso cotejar os princípios da vedação do retrocesso social e da inafastabilidade de jurisdição com a Reforma Trabalhista recentemente aprovada. Também foi necessário observar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.766/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em razão das repercussões que esta decisão poderá proporcionar ao acesso à Justiça do Trabalho no Brasil. À vista disso, buscou-se realizar uma reflexão crítica acerca dos pontos centrais desenvolvidos neste trabalho monográfico, tornando-se possível deduzir que a garantia do acesso à justiça, assim como os demais princípios fundamentais, não podem ser desconsiderados por uma norma infraconstitucional, que vai de encontro ao sentido teleológico da ordem constitucional pátria e dos tratados e convenções internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: reforma trabalhista – acesso à justiça – processo do trabalho – direitos sociais – controle de constitucionalidade e convencionalidade.

ABSTRACT

This present thesis has aimed to comprehend the main procedural changes made by Law nº 13.467/17 to the Consolidation of Labor Laws (CLL), analyzing them in the light of fundamental constitutional principles. It has proved necessary to investigate the compatibility between the aforementioned legal diploma and the Constitution of 1988, as well as with respect to the international treaties and conventions on human rights ratified by the Brazilian State. Through a descriptive and purposeful research, it was widely sought to discuss the new labor process law introduced to the CLL by the Labor Reform of 2017, in addition to present solutions to the possible nonconformities existing in the aforementioned law. For that, the basic concepts regarding guaranteeing access to justice and its connection with the labor process were explained. Additionally, it examined each of the procedural modifications pertinent to the topic, systematizing the arguments favorable and contrary to the edition of Law nº 13.467. Afterwards, it was imperative to compare the principles of the fence of social retrogression and the infeasibility of jurisdiction with the recently approved Labor Reform. It was also necessary to observe the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality (DAU) nº 5766/DF by the Federal Supreme Court, due to the repercussions that this decision may give access to the Labor Court in Brazil. In light with that, a critical reflection was sought on the central points developed in this monographic work. Thus, it has become possible to deduce that the guarantee of access to justice, as well as the other fundamental principles, may not be disregarded by an infractions on constitutional norm that goes against the teleological sense of the constitutional order of the country and international treaties and conventions incorporated to the Brazilian legal system.

Keywords: labor reform - access to justice - labor process - social rights - constitutionality and conventionality control.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	parágrafo
§§	parágrafos
art.	artigo
arts.	artigos
CC	Código Civil
Cf.	Conferir
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
OIT	Organização Internacional do Trabalho
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
Min.	Ministro (a)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
TJ	Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UFBA	Universidade Federal da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	133
2 ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO DO TRABALHO	16
2.1 PANORAMA HISTÓRICO	16
2.1.1 Em alguns países: Grã-Bretanha, França, Alemanha e Itália.....	16
2.1.2 No Brasil	19
2.2 PRINCÍPIOS PECULIARES AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.....	23
2.2.1 Proteção	23
2.2.2 Finalidade social	26
2.2.3 Busca da verdade real	28
2.2.4 Subsidiariedade e Adequação.....	29
2.2.5 Oralidade e simplicidade.....	32
2.3 A IMPORTÂNCIA DAS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) RATIFICADAS PELO BRASIL	35
2.3.1 Conceito e histórico	35
2.3.2 Convenções nº 98, 131, 151 e 154, a Recomendação nº 159, dentre outras da OIT .	37
3 A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO DO TRABALHO	41
3.1 CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA	41
3.2 MOVIMENTOS	43
3.2.1 Primeira onda	43
3.2.2 Segunda onda	46
3.2.3 Terceira onda	49
3.3 ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA NO PROCESSO DO TRABALHO	50
3.4 DO <i>JUS POSTULANDI</i>	53
4 AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.467/17 NO PROCESSO DO TRABALHO RELACIONADAS AO ACESSO À JUSTIÇA.....	58
4.1 CUSTAS PROCESSUAIS	58
4.2 GRATUIDADE DE JUSTIÇA.....	61
4.2.1 Ao trabalhador.....	64

4.2.2 Ao empregador	66
4.3 HONORÁRIOS PERICIAIS	69
4.4 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS	72
4.4.1 A (in)aplicabilidade dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho.....	72
4.4.2 A sucumbência recíproca e parcial inserida pela Reforma Trabalhista	75
4.5 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL	78
4.5.1 Litigância de má-fé na Justiça do Trabalho.....	80
4.5.2 Nova possibilidade de punição à testemunha no processo do trabalho	84
5 REFLEXÕES SOBRE A REFORMA TRABALHISTA DE 2017: ANÁLISE SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL	87
5.1 DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E O PROCESSO DO TRABALHO	89
5.2 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DA LEI Nº 13.467/17	94
5.3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A REFORMA TRABALHISTA.....	99
5.3.1 Controle concentrado	101
5.3.2 Controle difuso.....	105
5.4 O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.766/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	111
5.4.1 Razões para a propositura da ADI nº 5.766.....	111
5.4.2 Argumentos que sustentam a constitucionalidade dos artigos 790-B <i>caput</i> e § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2º, da Lei nº 13.467/17, impugnados pela ADI nº 5.766	114
5.4.2.1 <i>Da Câmara dos Deputados</i>	115
5.4.2.2 <i>Do Senado Federal.....</i>	117
5.4.2.3 <i>Da Advocacia-Geral da União</i>	119
5.4.3 Exame dos votos proferidos	121
5.4.3.1 <i>Ministro Relator Luís Roberto Barroso.....</i>	121
5.4.3.2 <i>Ministro Edson Fachin</i>	123
5.5 DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA...	126
6 CONCLUSÃO.....	131
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	134

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467, entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, modificando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ao introduzir reformas em seus artigos de direito material e processual.

Ao que se refere às normas processuais, constata-se que institutos como custas processuais (art. 789), concessão da gratuidade de justiça (art. 790), responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais (art. 790-B), honorários advocatícios (art. 791-A), sucumbência recíproca e parcial (§ 3º do art. 791-A) sofreram alterações substanciais com a edição do aludido diploma legal, também conhecido como Reforma Trabalhista.

Em razão disso, há de se questionar se tais modificações na legislação trabalhista influenciam ou não o acesso à Justiça do Trabalho e em que medida isto ocorre, já que os supramencionados dispositivos de lei podem representar obstáculos a serem enfrentados na marcha processual, porquanto exige das partes litigantes a disposição de recursos financeiros. Para o reclamante, isso pode significar o cerceamento do direito fundamental ao acesso à justiça (art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, da CF/88).

Tendo por base o pensamento defendido por Cappelletti e Garth¹ – de que a garantia do acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos, imprescindível em qualquer sociedade – é possível sustentar que a obstrução do direito ao acesso à justiça (não somente acesso ao Judiciário) pode representar um grande retrocesso social.

Sem o livre e amplo acesso à justiça, outros direitos fundamentais podem ser tolhidos, notoriamente por ser o Poder Judiciário o guardião da Constituição Federal, visto que, havendo lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo, o meio adequado de tutela é valer-se desta Instituição². Destarte, não sendo possível a autotutela e estando obstruído o acesso à justiça, a consequência lógica é o perecimento do direito.

Apesar disso, nota-se que não só os artigos 7º e 8º da Carta Magna não foram atingidos, como também permanecem íntegros os artigos 9º, *caput* do art. 468, bem como outros dispositivos da CLT que constituem pilares jurídicos e continuam em pleno vigor. Há de se reconhecer, ainda, a força cogente dos tratados e convenções internacionais, os quais, uma vez celebrados pelo Presidente da República e referendados pelo Congresso Nacional, passam a compor o ordenamento jurídico interno do Estado brasileiro. Com isso, sua

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988, passim.

² No Brasil, a autotutela somente é admitida em situações excepcionais, descritas taxativamente por lei.

observância é obrigatória em todas as instâncias do Poder Público.

Reza o § 2º do art. 5º, da CF/88, que os direitos e garantias expressos na ordem constitucional pátria não excluem outros oriundos de normas internacionais que o Brasil seja signatário. Demais disso, a Constituição determina que os tratados e convenções internacionais que digam respeito aos direitos humanos aprovados na forma do § 3º do art. 5º são equivalentes às emendas constitucionais. Portanto, resta evidente sua força normativa e superioridade jurídica hierárquica em face das leis e atos normativos estatais internos.

No primeiro capítulo, buscou-se apresentar noções introdutórias sobre o contexto histórico e os princípios característicos do direito processual do trabalho, além de se ter um tópico específico sobre as convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O capítulo segundo também traz conceitos e explicações gerais sobre institutos que são de suma importância para a compreensão do tema central desta dissertação. Ali, foram discutidas as três ondas renovatórias do movimento de acesso à justiça, protagonizado por Cappelletti e Garth. Em seguida, examinou-se o instituto da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (inciso LXXIV do art. 5º, da CF) e sua repercussão no processo do trabalho. Ademais, discorreu-se acerca do *jus postulandi*, tendo em vista a sua relevância para o desenvolvimento da processualística trabalhista.

Já no terceiro capítulo, fez-se uma análise crítica em relação às principais modificações ao direito processual do trabalho relacionadas ao acesso à justiça, provenientes da aprovação da Lei nº 13.467/17. Esse diploma legal reformulou vários artigos da CLT, de modo que se questionou a possibilidade de tais reformas afetarem a garantia constitucional do acesso à justiça, o que foi realizado avaliando-se cada um dos institutos processuais alterados pertinentes ao tema.

No último capítulo, houve uma reflexão acerca dos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional (inciso XXXV do art. 5º, da CF/88) e da vedação do retrocesso social (princípio implícito). Ora, se os direitos fundamentais são contramajoritários e devem estar sempre em evolução, faz-se necessário garantir o efetivo acesso à justiça e ainda protegê-los de serem arbitrariamente mitigados por leis infraconstitucionais. Por derradeiro, estudou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766 (ADI nº 5.766/DF), que está sendo julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), analisando-se criticamente as repercussões que esta decisão irá proporcionar ao acesso substancial à Justiça do Trabalho no Brasil, especialmente porque o STF está prestes a julgar a constitucionalidade da imposição de pagamento de custas e

honorários (periciais e advocatícios sucumbenciais) ao beneficiário da gratuidade de justiça, se este possuir créditos suficientes, ainda que em outro processo.

Este trabalho objetiva esclarecer os principais pontos de controvérsias da Lei nº 13.467/17, dialogando com a Constituição e as normas internacionais adotadas pelo sistema jurídico nacional. Trata-se de uma investigação eminentemente teórica de viés qualitativo, uma vez que se propõe a analisar os impactos da Reforma Trabalhista no acesso à Justiça do Trabalho, sustentando-se em referenciais teórico-conceituais.

Considerando que o objeto de estudo da presente dissertação se relaciona com diversos segmentos do saber (como Direito do Trabalho, Direito Constitucional, Direito Processual e Sociologia Jurídica), é possível afirmar que se trata de uma pesquisa interdisciplinar. Além disso, evidencia-se uma articulação entre os conteúdos, o que permite imergir no objeto de investigação de maneira interdisciplinar, mediante uma observação crítica.

Elegeu-se a pesquisa descritiva e propositiva, tendo em vista o intuito de examinar as recentes alterações processuais na CLT, bem como propor soluções para as possíveis inconformidades encontradas com a edição da Lei nº 13.467/17 em confronto com os princípios constitucionais, especialmente a garantia do acesso à justiça. Para isso, o procedimento de escrita será o monográfico. O modelo teórico seguido foi o crítico-argumentativo, sistemático na organização das ideias centrais, sem, contudo, se afastar das suas bases epistemológicas. A investigação realizada foi bibliográfica e documental. O interesse no desenvolvimento deste trabalho se releva pelo caráter social que o tema em estudo apresenta.

Por fim, cumpre salientar que, ao longo destes dois anos de estudos no mestrado, houve grande crescimento pessoal, por meio das leituras realizadas, conversas com o orientador desta dissertação (Professor Pós-Dr. Wilson Alves de Souza), apresentação em congressos, debates e elaboração de artigos acadêmicos, que contribuíram para o desenvolvimento do presente trabalho.

2 ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO DO TRABALHO

Há de se perceber que algumas noções introdutórias precisam ser delineadas para se compreender o objeto do estudo em apreço. Por essa razão, será realizado um breve panorama histórico, bem como serão analisados os mais relevantes princípios do direito processual do trabalho e, por fim, observar-se-á a importância dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, em especial as convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

2.1 PANORAMA HISTÓRICO

Cumprir realizar uma breve abordagem histórica sobre o direito do trabalho em alguns países, notadamente, Grã-Bretanha, França, Alemanha e Itália, que contribuíram para a formação do direito do trabalho no Brasil. Em seguida, haverá o esboço do desenvolvimento histórico também no ordenamento jurídico pátrio.

2.1.1 Em alguns países: Grã-Bretanha, França, Alemanha e Itália

Até a primeira metade do século XVIII, a atividade produtiva era considerada artesanal, isto é, desenvolvida manualmente, porquanto o trabalhador era responsável por todo o processo de produção. Com o advento da Revolução Industrial, em que se tem o pioneirismo do Reino Unido, vislumbra-se o surgimento da máquina a vapor (1698), da primeira máquina de semear (1708), da lançadeira volante para tear (1733), dentre diversas outras inovações que aceleraram o processo de produção. Destarte, “[...] o crescente emprego de máquinas e a divisão do trabalho despojaram a atividade do operário em seu caráter autônomo, tirando-lhe todo o atrativo”³.

Em face dessas circunstâncias, houve um grande êxodo rural, em que os trabalhadores passaram a residir em cortiços nas cidades e tornaram-se operários assalariados das fábricas, disponibilizando até dezesseis horas diárias de força de trabalho em troca de uma remuneração, que, no geral, era a mínima possível para a subsistência. Não por outro motivo, foi com a Revolução Industrial que surgiram os conflitos de interesses entre os proprietários

³ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. São Paulo: Paz Terra, 1848, p. 46.

das fábricas e os operários, os quais, em virtude da ideologia do Estado Liberal, que era abstencionista e alheio a tais conflitos, ocasionaram os primeiros movimentos de paralisação⁴.

Na França, foi expressamente proibida à manifestação dos operários das fábricas mediante a Lei *Le Chapelier*⁵, de 1791, por entender que representava uma ameaça à paz social e à iniciativa privada. Assim, “[...] somente na segunda metade do século XIX é que começou a ser reconhecida a liberdade de associação, com destaque para celebração do primeiro contrato coletivo de trabalho, em 1862, na Inglaterra”⁶.

Há de se notar, também, a importância dos *Conseils de Prud’Hommes*⁷ (1806), na França, os quais dispunham de conhecimentos e capacitação para julgar seus semelhantes, uma vez que “O conselho possuía, inicialmente, funções extraordinárias e, posteriormente, passou a ter funções judiciárias para julgar ações decorrentes dos conflitos nas indústrias e no comércio”⁸. Desse modo, Sergio Pinto Martins explica que “[...] os trabalhadores passaram a fazer parte integrante dos Conselhos de *Prud’hommes*, de acordo com a lei 28-5-1848. Seus membros eram eleitos pelo sufrágio universal” (grifo do autor)⁹.

Em 1848, Karl Marx e Friedrich Engels publicam a obra “Manifesto Comunista”, criticando fortemente as condições de trabalho dos operários europeus e propondo a união dos trabalhadores para transformar o regime vigente¹⁰. Contudo, na medida em que crescia o movimento socialista, também aumentava a aversão por meio do anticomunismo. Até mesmo a Igreja Católica se manifestou nas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891) e *Mater et Magistra* (1963), no sentido de que o Estado precisava intervir nas relações entre a classe trabalhadora e os proprietários das fábricas, protegendo, mediante leis, as condições mínimas de trabalho para os proletários, bem como um salário justo, o que contrariou o pensamento liberal da época. Segundo Luciano Martinez, “[...] o Papa Leão XIII, na verdade, percebeu a seriedade

⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 160.

⁵ Esta lei foi criada por Issac René Guy Le Chapelier que, em suma, proibiu os sindicatos, greves e manifestações, contrariando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que reserva o direito de coalizção.

⁶ PINTO, Lucas Baffi Ferreira; PINTO, Valter da Silva. A historicidade do direito do trabalho e a reforma trabalhista: uma mudança de paradigma no papel intervencionista do estado? In: XXVI Congresso nacional do CONPEDI, São Luís, 2017. *Anais Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II*. Florianópolis: CONPEDI, v. 27, p. 156.

⁷ O termo significa “homens prudentes”. Nesse sentido, “o sistema processual francês permanece, até hoje, sendo a competência dos *Conseils de Prud’Hommes* ampliada, 1932, para os conflitos oriundos da agricultura”. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 161.

⁸ LEITE, loc. cit..

⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 40.

¹⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. São Paulo: Paz Terra, 1848, passim.

da situação, que inclusive ameaçava projetar para dentro da Igreja as tensões entre capitalismo e socialismo, que já se distendiam às estruturas da sociedade civil”¹¹.

Em 1808, no Império Alemão, surgiram os primeiros Tribunais Industriais, mas foi em 1934, com a carta do Trabalho do III Reich, que se implantou a arbitragem com a interferência do Estado, de sorte que os árbitros passaram a ser funcionários públicos¹². Nas palavras de Sergio Pinto Martins, a “Lei de 10-4-1934 cria os Tribunais do trabalho com a seguinte divisão: Tribunais do Trabalho da Primeira Instância, Tribunais do Trabalho de Apelação e Tribunais do Trabalho do Reich”¹³. Nessa esteira, elucida Carlos Henrique Bezerra Leite que o sistema alemão de Tribunais especializados em direito do trabalho muito se assemelha à organização da Justiça do Trabalho no Brasil, em decorrência da estrutura hierárquica em que são constituídos¹⁴.

Cumprir lembrar, ainda, a importância da Constituição de Weimar (1919), que constituiu um marco do movimento constitucionalista do Estado do Bem-estar social, assim como a Constituição Mexicana (1917). Nessas constituições, é notável a interferência do poder estatal nas relações de produção e de trabalho ao dispor sobre normas protetivas à saúde e à segurança do trabalhador.

Inobstante a isso, a principal inspiração para criação da Justiça do Trabalho no Brasil adveio do sistema italiano, porquanto foi na Itália, em 1925, que o *Gran Consiglio Nazionale del Facismo*¹⁵ instituiu a *Magistratura del Lavoro*, órgão jurisdicional responsável por dirimir os conflitos oriundos das relações de trabalho¹⁶. Em 1927, foi promulgado o *Codice del Lavoro* que, conforme Sergio Pinto Martins,

Dizia que a magistratura do trabalho era órgão do Estado, intervindo para regular as controvérsias do trabalho. Tal sistema era constituído de uma Corte de Apelação, com peritos aptos a decidir num único grau de jurisdição os conflitos coletivos e em segundo grau os conflitos individuais¹⁷.

Embora a Carta *del Lavoro* tenha representado um avanço em termos de organização e positivação do direito material e processual do trabalho, ela foi instituída para amenizar o fato

¹¹ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63.

¹² MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 42.

¹³ MARTINS, loc. cit..

¹⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 163.

¹⁵ Órgão máximo de poder do Partido Nacional Fascista, liderado por Benito Mussolini.

¹⁶ *Ibid.*, p. 44.

¹⁷ *Ibid.*, p. 44.

do Governo Fascista italiano ter vedado as manifestações grevistas dos trabalhadores, estabelecendo o controle dos sindicatos¹⁸.

Imperioso destacar, ainda, a contribuição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, que é um organismo internacional com direção tripartite, pois, compõe-se por representantes dos trabalhadores, empregadores e governantes. Em decorrência da relevância da OIT para o direito do trabalho, observar-se-á um tópico específico sobre tema.

2.1.2 No Brasil

O Conselho Permanente de Conciliação e Arbitragem, instituído pela Lei nº 1.637 de 5 de novembro de 1907, foi o primeiro órgão criado por lei no Brasil para solução de conflitos trabalhistas, entretanto, sequer se efetivou, já que sua real concretização nunca ocorreu¹⁹. Em 1922, foram instituídos os Tribunais Rurais em São Paulo por meio da Lei estadual nº 1.869/22. “Esses tribunais tinham competência para decidir litígios decorrentes da interpretação e execução dos contratos de serviços agrícolas, no valor de até 500 mil réis”²⁰.

Com a Revolução de 1930, tem-se o início da “Era Vargas”²¹, período histórico em que houve uma profusão de leis que dispunham sobre o direito do trabalho, com destaque para a criação do Ministério do Trabalho, por força do Decreto nº 19.448/30 e da regulamentação específica da Convenção Coletiva pelo Decreto nº 21.761/32. “Nosso sistema foi criado copiando-se literalmente, em muitos aspectos, o sistema italiano da Carta *del Lavoro*, de Mussolini (1927), adotando-se o regime corporativista”²². Noutras palavras, o fascismo italiano apregoava que era necessário existir um Estado corporativo, tendo em vista que a representação de patrões e empregados nas corporações assegura a colaboração, evitando, com isso, a luta entre as classes trabalhadora e empregadora.

As Comissões Mistas de Conciliação e as Juntas de Conciliação e Julgamento surgiram em 1932. Aquelas tinham competência para conciliar os dissídios coletivos,

¹⁸ FAUSTO, Boris. *Pontífice de uma religião leiga: Os últimos dias e o legado de Mussolini*. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/pontifice-deuma-religiao-leiga/>. Acesso em 24.out.2018.

¹⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 51.

²⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 164.

²¹ “Era Vargas” é o nome que se dá ao período em que Getúlio Vargas governou o Brasil por quinze anos, de forma contínua (de 1930 a 1945). Esse período foi um marco na história brasileira, em razão das inúmeras alterações que Getúlio Vargas fez no país, tanto sociais quanto econômicas.

²² MARTINS, loc. cit..

enquanto a estas competia conciliar e julgar os dissídios individuais entre trabalhadores e empregadores²³.

Outros órgãos, de natureza não jurisdicional, também se estabeleceram nesse momento histórico, como as Juntas que funcionavam perante as Delegacias de Trabalho Marítimo (1933) e o Conselho Nacional do Trabalho que, embora tenha sido criado em 1923, somente foi transformado em órgão deliberativo de cúpula do sistema judicante trabalhista pelo Decreto nº 27.784, de 14 de julho de 1934²⁴.

Com as Constituições de 1934 e 1937, tem-se o reconhecimento expresso da Justiça do Trabalho no texto constitucional, malgrado como órgão administrativo, não integrando a estrutura do Judiciário. Sergio Pinto Martins elucida que os novos órgãos que compunham a Justiça do Trabalho não possuíam autonomia administrativa ou jurisdicional, pois, uma vez que pertenciam ao Poder Executivo, eram apenas anexos ao Ministério do Trabalho, Comércio e Indústria. “Os juízes eram demissíveis *ad nutum* não tendo, portanto, qualquer independência para o julgamento das questões que lhes eram submetidas” (grifo do autor)²⁵.

Francisco Gérson Marques de Lima²⁶ ressalta que o Decreto-Lei nº 1.237/39, regulamentado pelo Decreto nº 6.596/40, organizou a Justiça do Trabalho, passando a ser um órgão autônomo em relação ao Poder Executivo. Além disso, as decisões da Justiça do Trabalho passaram a ser executadas no próprio processo, sem a necessidade de ingressar na Justiça Comum para fazer cumprir a sentença trabalhista.

Apesar de exercer função jurisdicional desde então, a Justiça do Trabalho ainda não integrava a estrutura do Poder Judiciário. Destaca-se, por oportuno, que foi o aludido Decreto-Lei que dispôs sobre a criação da Procuradoria da Justiça do Trabalho, funcionando junto ao Conselho Nacional do Trabalho e procuradorias regionais.

Em face do grande número de leis trabalhistas expedidas, “[...] tornou-se necessária uma tarefa de unificação e sistematização, não só por questão de organicidade, mas também para facilitar a consulta aos textos dessas leis”²⁷. Assim, em 1º de maio de 1943, sob a coordenação do então Ministro do Trabalho Alexandre Marcondes Filho, o Presidente Getúlio Vargas sanciona a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada por meio do Decreto-

²³ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 164.

²⁴ MARTINS, op. cit., p. 53.

²⁵ MARTINS, loc. cit..

²⁶ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos do Processo do Trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 33.

²⁷ PINTO, Lucas Baffi Ferreira; PINTO, Valter da Silva. A historicidade do direito do trabalho e a reforma trabalhista: uma mudança de paradigma no papel intervencionista do estado? In: XXVI Congresso nacional do CONPEDI, São Luís, 2017. *Anais Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II*. Florianópolis: CONPEDI, v. 27, p. 160.

Lei nº 5.452/43. “Seu escopo consistiu em regular as relações individuais e coletivas do trabalho, com exclusão da matéria atinente à Previdência Social”²⁸.

A partir da Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho passou a integrar a estrutura do Judiciário definitivamente, pois o Supremo Tribunal Federal já reconhecia a natureza jurídica dos tribunais trabalhistas. O Decreto-Lei nº 9.797/46 concedeu aos juízes togados trabalhistas as garantias inerentes à magistratura, quais sejam: inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, “[...] além de ingressarem na carreira por meio de concurso de títulos e provas, havendo critério de promoção, alternadamente, por antiguidade e merecimento”²⁹.

O art. 94, V, da Carta Magna de 1946, esclareceu que os tribunais e juízes do trabalho integravam o Poder Judiciário da União³⁰. Já o art. 122, dispunha que o Tribunal Superior do Trabalho (substituindo o Conselho Nacional do Trabalho), os Tribunais Regionais do Trabalho (substituindo os Conselhos Regionais do Trabalho) e as Juntas de Conciliação e Julgamento eram órgãos da Justiça do Trabalho³¹. A Constituição de 1967 manteve praticamente os mesmos moldes das Constituições anteriores no que se refere à organização da Justiça do Trabalho. Pouco depois, a “Lei nº 5.584/70 tratou, entre outros aspectos processuais e trabalhistas, da concessão e prestação da assistência judiciária na Justiça do Trabalho”³².

Com o advento da redemocratização do Brasil e a promulgação da Carta Republicana de 1988, algumas pequenas alterações foram realizadas no texto constitucional acerca da organização da Justiça do Trabalho. A exemplo disso, tem-se o disposto na redação original do art. 111, § 1º, II, que ampliou para dez o número de classistas no TST, sendo cinco representantes de empregados e cinco de empregadores. Todavia, em 09/12/1999, a Emenda

²⁸ PINTO, Lucas Baffi Ferreira; PINTO, Valter da Silva. A historicidade do direito do trabalho e a reforma trabalhista: uma mudança de paradigma no papel intervencionista do estado? In: XXVI Congresso nacional do CONPEDI, São Luís, 2017. *Anais Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II*. Florianópolis: CONPEDI, v. 27, p. 160.

²⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 55.

³⁰ Art. 94 - O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: (Redação dada pelo Ato Institucional nº 2)

I - Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 2)

II - Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 2)

III - Tribunais e Juízes Militares; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 2)

IV - Tribunais e Juízes Eleitorais; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 2)

V - Tribunais e Juízes do Trabalho. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 2)

³¹ Art 122 - Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes:

I - Tribunal Superior do Trabalho;

II - Tribunais Regionais do Trabalho;

III - Juntas ou Juízes de Conciliação e Julgamento.

[...]

³² *Ibid.*, p. 57.

Constitucional (EC) nº 24 extinguiu a representação classista em todas as instâncias, transformando as Juntas de Conciliação e Julgamento em Varas do Trabalho.

Em 2004, diversas modificações foram realizadas em toda a estrutura do Poder Judiciário, isso porque foi aprovada a EC nº 45, em 30/12/2004. Esta Emenda à Constituição realizou reformas no direito processual e material do trabalho, alterando o artigo 114 para ampliar a competência da Justiça do Trabalho³³. A partir da entrada em vigor da EC nº 45/2004, a Justiça Especializada se tornou competente para julgar toda e qualquer ação oriunda do trabalho humano, sem que os conflitos decorrentes de trabalho não subordinado fiquem à margem de solução ou tutela.

Há de se notar que a Lei nº 13.015/2014 também foi de suma importância para o processo do trabalho por atribuir nova redação aos dispositivos 894 e 896 da CLT, dispondo sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho e instituindo o julgamento de recursos repetitivos.

Por fim, já se mostra um marco na história do direito do trabalho a aprovação da Lei nº 13.467/2017, popularmente chamada de Reforma Trabalhista, haja vista que modificou diversos artigos da CLT, tanto em seu aspecto material quanto processual do trabalho. Esta pesquisa se propõe a examinar as alterações processuais atinentes ao acesso à Justiça do Trabalho, de sorte que, nos próximos capítulos, serão examinadas cada uma das reformas no texto Consolidado que se relacionam com o acesso à justiça.

³³ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

2.2 PRINCÍPIOS PECULIARES AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Imperioso abordar sobre os princípios específicos do processo do trabalho, os quais são de imensa valia para a preservação da razão de ser da Justiça do Trabalho. Isso significa que os valores peculiares ao direito material e processual do trabalho foram trazidos expressamente pela Consolidação das Leis Trabalhistas e revelam o sentido de existir uma Justiça Especializada, o que se constatará nas próximas linhas.

2.2.1 Proteção

É sabido que a relação jurídica entre empregado e empregador é díspar, na medida em que a força física e mental do trabalhador é trocada por um valor monetário, comumente chamado de remuneração ou salário. Por essa razão, “[...] a troca desigual permitida nesse tipo de contrato deve ser controlada/restringida pelo Estado, para que a força de trabalho não seja, como foi no início do período de industrialização, tratada como mercadoria”³⁴.

Ao longo da história, o Estado necessitou criar normas de proteção ao trabalhador, a fim de garantir a sua dignidade e a integridade física e mental – tendo em vista inúmeras mortes decorrentes de acidente de trabalho.

Conforme assevera Carlos Henrique Bezerra Leite, o princípio da proteção objetiva: “[...] salvaguardar direitos sociais, cujos titulares são juridicamente fracos e, por isso, dependem da intervenção do Estado-Juiz para o restabelecimento dos postulados da liberdade e da igualdade material entre as partes da relação jurídica processual”³⁵.

É possível constatar essa desigualdade fática no cotidiano, porquanto é o empregador que dispõe do capital e dos meios de produção, além de possuir gerência sobre todos os empregados, os quais devem se subordinar ao comando patronal. Em face disso, foi conjecturado o direito do trabalho e, por conseguinte, o processo do trabalho, que existem para tutelar as normas específicas aplicáveis à relação empregatícia.

³⁴ SEVERO, Valdete Souto. Proteção: o princípio do Direito do Trabalho. *Revista trabalhista, direito e processo*, Brasília, n. 50, 2014. Disponível em <http://vlex.com/vid/protecao-principio-do-direito-555472338>. Acesso em 18 jan. 2019, p. 10.

³⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 110.

Portanto, “A linguagem social do Direito do Trabalho é a minimização dos efeitos nocivos que a troca desigual (dinheiro x vida), que o Estado permite e incentiva, provoca no homem-trabalhador e na sociedade em que ele está inserido”³⁶.

Não por outro motivo, algumas regras processuais foram criadas no texto Consolidado, no intuito de garantir a efetividade do princípio da proteção, são exemplos: (i) competência territorial fixada em razão do local de prestação dos serviços (art. 651); (ii) existência do *jus postulandi* (art. 791); (iii) depósito recursal, que serve para garantir futura execução (art. 899 e parágrafos); (iv) maior poder do juiz do trabalho na direção do processo, tanto na fase de conhecimento (art. 765), como na de execução (art. 878); (v) inversão do ônus da prova (art. 800, § 1º); dentre outras.

Há de se esclarecer que o princípio da proteção decorre diretamente da Constituição Federal e também das leis, porém, jamais da parcialidade do juiz do trabalho. Diante disso, “os Juízes não podem ser ‘pró’ a essa ou àquela parte, mas, havendo optado por atuarem como Juízes do Trabalho, têm dever de reconhecer e aplicar as regras a partir do princípio da proteção, com o qual assumem compromisso, ao jurarem aplicar a Constituição [...]”³⁷.

Sustenta Mauro Schiavi³⁸ que o princípio da proteção poderia ser denominado de igualdade substancial das partes no processo trabalhista, tendo em vista que o desequilíbrio processual é evidente. Sobre o tema, há muito, expôs Plá Rodrigues Américo:

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger umas das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes³⁹.

Essa busca pela igualdade substancial também pode ser observada em outros ramos do direito, em que se tem uma parte mais vulnerável que a outra, como na relação de consumo disciplinada pela Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Semelhantemente, a pessoa hipossuficiente de recursos financeiros recebe proteção legal mediante a Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), que substituiu – quase que inteiramente – a Lei nº 1.060/1950.

³⁶ SEVERO, loc. cit..

³⁷ SEVERO, Valdete Souto. Proteção: o princípio do Direito do Trabalho. *Revista trabalhista, direito e processo*, Brasília, n. 50, 2014. Disponível em <http://vlex.com/vid/protecao-principio-do-direito-555472338>. Acesso em 18 jan. 2019, p. 12.

³⁸ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 24.

³⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 83.

A partir do mandamento nuclear protetivo, outros princípios do direito processual do trabalho foram sendo consolidados pela doutrina e jurisprudência pátria, como o princípio do *in dubio pro operário*, da prevalência da fonte jurídica mais favorável, e da preservação da condição mais benéfica para o trabalhador. A avaliação interpretativa *in dubio pro operário* ocorre quando o magistrado se depara com uma única disposição (normativa ou não) suscetível de diferentes interpretações, ensejando a dúvida de como aplicá-la. Nessas situações, o juiz deve utilizar a interpretação mais favorável ao trabalhador, visto que é o empregador que elabora os termos do contrato de trabalho, sendo o empregado a parte aderente, subordinada e, habitualmente, mais frágil dessa relação jurídica⁴⁰.

Já o princípio da prevalência da fonte jurídica mais favorável⁴¹ dispõe que nos casos de uma pluralidade de fontes com vigência simultânea, deve o magistrado interpretar da maneira mais conveniente ao obreiro. Contudo, Luciano Martinez⁴² destaca que existem três teorias de determinação da fonte mais favorável, quais sejam: a) *método da acumulação ou da atomística*, em que “o aplicador da norma pinça de cada uma das fontes em confronto os itens mais favoráveis ao trabalhador, reunindo-os todos para a aplicação ao caso concreto”⁴³, atomizando o conjunto de dispositivos para formar um novo; b) *teoria do conglobamento puro ou da incindibilidade* afirma que a fonte jurídica é incindível, de modo que o intérprete deve examinar qual dentre as normas em confronto, em seu todo, é a mais benéfica ao empregado, rejeitando, por inteiro, o conjunto de normas menos adequadas ao trabalhador; c) *método do conglobamento por institutos ou conglobamento mitigado* é uma teoria mista que propõe separar a fonte jurídica em institutos (blocos), no intuito de serem analisados separadamente, ou seja, os blocos devem se manter intactos, mas a fonte jurídica pode ser desmembrada.

O princípio da preservação da condição mais benéfica para o trabalhador decorre diretamente do princípio da proteção, na medida em que, em confronto com fontes autônomas com vigência sucessiva nas relações individuais de emprego, é possível conservar a condição mais benéfica para o obreiro, ainda que seja anterior. Frisa-se que em negócios jurídicos firmados em contratos coletivos não se aplica o princípio da preservação da condição mais benéfica, porque “[...] como os empregados estão necessariamente representados por sua

⁴⁰ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 113.

⁴¹ Segundo Luciano Martinez, a denominação “princípio da fonte mais favorável” é mais ampla e técnica, uma vez que a tradicional expressão “norma mais favorável” limita erroneamente o aludido princípio, porquanto não incide somente sobre fontes normativas, aplicando-se também sobre fontes estritamente contratuais, como o contrato individual de emprego e o regulamento interno de trabalho. Cf. MARTINEZ, op. cit., p. 109.

⁴² Ibid., p. 109-110.

⁴³ MARTINEZ, loc. cit..

entidade sindical nas relações coletivas de trabalho (*vide* art. 8º, VI, da Constituição de 1988), elas não são apreciadas sob a lógica do princípio da proteção”⁴⁴.

A preservação da condição mais benéfica para o trabalhador foi expressamente prevista na CLT, em seu art. 468⁴⁵, bem como pela Súmula nº 51, I, do TST⁴⁶, ao esclarecerem acerca dos contratos individuais do trabalho e do direito adquirido.

Infere-se, assim, que o princípio da proteção norteia inúmeras regras do direito material e processual do trabalho, ademais, a partir dele, diversos outros princípios foram instituídos. Logo, constitui um mandamento nuclear irradiador de valores que compõem todo o microsistema trabalhista, devendo ser observado pelo intérprete na aplicação de qualquer fonte jurídica do direito do trabalho.

2.2.2 Finalidade social

O princípio da finalidade social do processo muito se assemelha ao princípio da proteção, contudo, não se confundem, porquanto neste a própria lei confere a desigualdade de tratamento na esfera processual, enquanto aquele “permite que o juiz tenha uma atuação mais ativa, na medida em que auxilia o trabalhador, em busca de uma solução justa, até chegar o momento de proferir a sentença”⁴⁷. Resta claro, destarte, que são princípios que se complementam, na medida em que visam promover a justiça social aos mais vulneráveis, proporcionando a “paridade de armas” no transcurso do processo do trabalho.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 112-113.

⁴⁵ Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

⁴⁶ Súmula nº 51 do TST.

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973).

[...]

⁴⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 116.

Defende Wilson Alves de Souza que o princípio teleológico da finalidade social do processo “é, também, variante do princípio da adequação e, por via de consequência, está ligado ao princípio do tratamento desigual para elevar a igualdade real”⁴⁸. O citado autor ainda esclarece que o direito do trabalho é eminentemente social e possui o desígnio de tutelar o trabalhador – parte mais vulnerável da relação empregatícia – para que este não sucumba em face das forças reais de poder do empregador. Em suas palavras: “Aliás, o Direito Processual, qualquer que seja, busca sempre a paz social, e o Direito Processual do Trabalho objetiva esta paz social com maior intensidade”⁴⁹.

Nessa toada, tem-se o art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB)⁵⁰, em que se constata o dever do magistrado de atender aos fins sociais da lei e ao bem comum, significando que o interesse da sociedade deve prevalecer sobre o individual. Esse raciocínio também está amparado na função social dos contratos, em que a autonomia da vontade é limitada pela sua função interna (relação entre os contratantes) e externa (relação dos contratantes com terceiros) dos contratos, nos termos dos artigos 421 e parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil de 2002^{51 52}.

Segundo Mauro Schiavi⁵³, o princípio da função social do processo trabalhista surgiu em razão do caráter publicista do processo e do relevante interesse social envolvido na satisfação do crédito trabalhista. Notadamente, a efetividade da execução no processo do trabalho ultrapassa a relação *inter partes*, alcançando um viés educativo e pedagógico para toda a sociedade. O aludido autor entende que os direitos trabalhistas estão em constante evolução, devendo acompanhar o desenvolvimento dos direitos fundamentais do cidadão e conclui dizendo que “[...] existindo, no processo do trabalho, o princípio da função social, há de se admitir, por consequência, o princípio da vedação do retrocesso social”⁵⁴.

⁴⁸ SOUZA, Wilson Alves de. Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes. *Revista LTr*, São Paulo, v. 50, n. 2, p. 166-179, 1986, p. 177.

⁴⁹ SOUZA, Wilson Alves de. Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes. *Revista LTr*, São Paulo, v. 50, n. 2, p. 166-179, 1986, p. 177.

⁵⁰ Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁵¹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁵² Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

⁵³ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 36.

⁵⁴ SCHIAVI, Mauro. op. cit., p. 37.

Mesmo após a Reforma de 2017, o *caput* do art. 8º da CLT⁵⁵ manteve sua redação original, de sorte que nenhum interesse de classe ou particular pode prevalecer sobre o interesse público. Portanto, o princípio da finalidade social no processo trabalhista reflete o bem comum, isto é, o interesse da sociedade na aplicação das leis, sendo resguardado por diversas fontes normativas do ordenamento jurídico pátrio, consoante demonstrado acima. Demais disso, trata-se de um princípio que busca a realização da justiça e a paz social efetiva.

2.2.3 Busca da verdade real

No processo do trabalho, o princípio da busca da verdade real surgiu da necessidade do magistrado se atentar mais à realidade dos fatos do que a padrões de avaliação dos elementos probatórios. Luciano Martinez aclara que no direito material do trabalho existe o princípio da primazia da realidade, que “[...] baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual a realidade dos fatos prevalece sobre meras cláusulas contratuais ou registros documentais, ainda que em sentido contrário”⁵⁶. Plá Rodriguez Américo afirmou o seguinte: “O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos”⁵⁷.

Infere-se, deste modo, que o princípio da primazia da realidade do direito material do trabalho transborda para a seara processual como princípio da busca da verdade real. Esse princípio está lastreado no art. 765, da CLT⁵⁸, assegurando aos juízes da Justiça do Trabalho ampla liberdade na direção do processo, inclusive, caso julguem ser necessário, podem determinar qualquer diligência para o esclarecimento da verdade, nos termos da Consolidação.

Conforme dispõe Bezerra Leite, “Embora haja divergência sobre a singularidade deste princípio no sítio do direito processual do trabalho, parece-nos inegável que ele é aplicado

⁵⁵ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

⁵⁶ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 123.

⁵⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 339.

⁵⁸ Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

com maior ênfase neste setor da processualística do que no processo civil”⁵⁹. Essa assertiva foi confirmada com o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), em que o art. 131 do CPC/1973 – que dispunha sobre o livre convencimento motivado do magistrado na esfera cível – foi totalmente alterado, de maneira que o tema passou a ser disciplinado pelo art. 371, do CPC/15⁶⁰, limitando a liberdade de interpretação ao decidir do magistrado cível, já que, segundo o dispositivo 371 do CPC/15, o juiz cível está adstrito às provas constantes nos autos.

É perceptível que a legislação trabalhista concede ao magistrado ampla iniciativa investigatória na fase de instrução probatória da demanda laboral, sendo lícita a determinação de qualquer diligência para o esclarecimento da verdade sobre a causa, como visto alhures. Não é difícil compreender qual a razão lógica do quanto disposto no art. 765, da CLT, porquanto é o empregador que dispõe dos meios para a produção da prova documental, esta que, ao seu passo, pode ser fraudada ilicitamente, ocultando a realidade dos fatos.

Acerca deste aspecto, Manuela Lourenção explica que, ao instituir o esclarecimento da verdade real como um dever, arreda-se qualquer denúncia no sentido de que a Justiça Laboral serve aos interesses dos trabalhadores e que o magistrado “toma partido” em favor dos empregados⁶¹. Ora, a possibilidade prevista no art. 765, da CLT, foi instituída pelo legislador para suprir a deficiência probatória enfrentada pelo trabalhador, sem que se viole o princípio da imparcialidade do juiz.

Diante o exposto, pode-se concluir que o princípio da busca da verdade real permite ao magistrado da Justiça do Trabalho proceder a uma investigação mais aprofundada e fidedigna da realidade dos fatos, de modo que o juiz poderá decidir imparcialmente com os elementos probatórios encontrados, podendo, inclusive, julgar em favor do empregador, se assim demonstrarem as provas no processo. Vale dizer, a realidade evidenciada pela instrução probatória é que deve conduzir a decisão judicial a ser proferida.

2.2.4 Subsidiariedade e Adequação

⁵⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 118.

⁶⁰ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

⁶¹ LOURENÇÃO, Manuela da Palma Coelho Germano. *O princípio da congruência no processo individual do trabalho*. 2011. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 42-43.

O princípio da subsidiariedade se fundamenta na noção de que é possível aplicar a legislação processual comum quando a CLT e as leis processuais trabalhistas extravagantes não disciplinam determinado instituto jurídico. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), especialmente o disposto em seu art. 15⁶², iniciou-se o debate acerca da possibilidade da nova lei processual civil ter revogado os artigos 769 e 889, ambos da CLT.

Defende essa tese Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela e Edilton Meireles, por sustentarem que houve revogação integral e intencional do legislador, já que o art. 15, do novo CPC, menciona expressamente “na ausência de normas que regulem processos [...] trabalhistas” deve ser aplicado supletiva e subsidiariamente o CPC/15.

Nas palavras de Meireles: “[...] assim, tem-se que o art. 769, da CLT, está revogado em face do art. 15 do novo CPC a partir da vigência deste. Isso porque esse novo dispositivo trata da mesma matéria regulada no art. 769 da CLT”⁶³. Graça Varela completa: “Observando-se o quanto estabelece o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, não há como não concluir pela revogação. Norma posterior cuidou da matéria de forma integral e ate mais ampla”⁶⁴.

Entretanto, diversos outros doutrinadores⁶⁵ do processo do trabalho não compartilham do mesmo pensamento, haja vista que o princípio da especialidade dispõe que lei geral não derroga lei específica. Destarte, Mauro Schiavi expõe:

Embora o art. 15 e as disposições do novo CPC exerçam influência no processo do trabalho e, certamente, impulsionarão uma nova doutrina e jurisprudência processual trabalhista, não revogou a CLT, uma vez que os arts. 769 e 889 da CLT são normas específicas do processo do trabalho e o CPC apenas uma norma geral⁶⁶.

⁶² Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁶³ MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: MIESSA, Elisson (org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 31-54.

⁶⁴ VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. Novo CPC e sua repercussão no processo do trabalho: A aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo do trabalho e outras considerações preliminares em face dos princípios constitucionais. In: *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia / Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região*, Salvador, n. 7, 2016. Disponível em <http://escolajudicial.trt5.jus.br/revistaeletronica-edicao-Atual>. Acesso em 01.abr.2019.

⁶⁵ Nesse sentido, estão: Cf. TEIXEIRA FILHO. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil: sob a perspectiva do processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 49; SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 39-42; Cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1696.

⁶⁶ SCHIAVI, op. cit., p. 41.

Há de se acrescentar o fato de que o processo do trabalho possui princípios próprios e autonomia científica, sendo um instrumento para a realização do direito material do trabalho, que também é peculiar.

Adverte Francisco Gérson Marques de Lima⁶⁷ que o art. 769⁶⁸, estabelecido na CLT originária, está inserido em um contexto no qual a autonomia da legislação processual do trabalho era muito forte, sendo os princípios da proteção, finalidade social, indisponibilidade, simplicidade, oralidade, busca da verdade real e celeridade os pilares do processo do trabalho. Logo, eventuais lacunas na legislação trabalhista eram supridas pelos seus próprios princípios. “Todavia, por extrema prudência, o legislador permitiu que, nas omissões do Direito Processual do Trabalho (e não apenas da legislação ou regras), fosse utilizável o processo comum, desde que este estivesse alinhado com os princípios daquele”⁶⁹.

Compreende-se, com isso, que o legislador do texto Consolidado previu a aplicação do direito processual comum como fonte subsidiária, jamais como regra. Nesse mesmo entendimento, tem-se o parágrafo único do art. 8º da CLT, que prevê a aplicação acessória do direito comum ao direito material do trabalho só, e somente só, nos casos em que seja compatível com os princípios fundamentais da Justiça do Trabalho. Tanto é assim que Graça Varela registra: “Não significa isto que vamos aplicar o CPC ainda que afrontando os princípios específicos do direito do trabalho, porque não houve revogação do parágrafo único do art. 8º da CLT”⁷⁰.

Cumprir frisar que a Consolidação, em seu art. 769, diz ser “o direito processual comum” fonte subsidiária do processo do trabalho. Isso significa que não apenas o CPC, mas toda legislação processual correlata pode ser aplicada em caso de lacuna na legislação trabalhista. Outrossim, o art. 889, da CLT, reza que na fase de execução da reclamatória trabalhista são aplicáveis “os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a

⁶⁷ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos do Processo do Trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 154-156.

⁶⁸ Art. 769 - 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.

⁶⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos do Processo do Trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 152.

⁷⁰ VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. Novo CPC e sua repercussão no processo do trabalho: A aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo do trabalho e outras considerações preliminares em face dos princípios constitucionais. In: *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia / Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região*, Salvador, n. 7, 2016. Disponível em <http://escolajudicial.trt5.jus.br/revistaeletronica-edicao-atual>. Acesso em 01.abr.2019.

cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”, desde que não contrarie os princípios do direito processual do trabalho⁷¹.

Não poderia ser outro o raciocínio, porquanto o princípio da adequação se sustenta na ideia de que o processo do trabalho existe para realizar o direito material do trabalho, devendo estar conforme seus preceitos. “A denominação está empregada no seu significado filosófico, vez que neste campo do saber adequação significa ‘conformidade’ ou correspondência exata entre os termos de uma relação”⁷².

Wilson Alves de Souza⁷³ esclarece: “se o direito material do trabalho tem peculiaridades a sua aplicação autoritativa, só poderia ser concretizada a contento mediante um Direito Processual adequado àquele”. Essa conformação deve ser efetivada de modo a possibilitar a aplicação dos princípios do direito material do trabalho ao processo, como ocorre com os princípios da primazia da realidade e da proteção, que são observados no âmbito processual como busca da verdade real e igualdade substancial, respectivamente.

Sem pretender desprezar o princípio da adequação, Mauro Schiavi⁷⁴ argumenta que, malgrado a existência de autonomia do processo do trabalho, cada vez mais, tem-se utilizado a legislação processual cível no procedimento trabalhista, mediante uma interpretação sistemática e teleológica. Isso ocorre devido ao simples fato de se ter uma melhor regulação de diversos temas pelo Código de Processo Civil.

Deste modo, não pairam dúvidas acerca da importância dos princípios da subsidiariedade e adequação, que devem estar sempre alinhados. Ora, é impraticável aplicar o princípio da subsidiariedade sem adequá-lo aos mandamentos nucleares do direito processual do trabalho. Essa conformação ideológica deve ocorrer em todos os casos em que se vislumbre uma lacuna na legislação processual trabalhista.

2.2.5 Oralidade e simplicidade

O princípio da oralidade surge como uma reação burguesa ao formalismo do processo romano-canônico e comum, especialmente por impor regras altamente legalistas e

⁷¹ Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

⁷² SOUZA, Wilson Alves de. Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes. *Revista LTr*, São Paulo, v. 50, n. 2, p. 166-179, 1986, p. 171.

⁷³ SOUZA, loc. cit..

⁷⁴ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 49.

burocráticas. A possibilidade de exposição oral no processo facilitou o ingresso de demandas no Poder Judiciário.

Não é à toa que o movimento do acesso à justiça – conjecturado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth – defendeu a simplicidade dos procedimentos e o uso da oralidade no processo judicial. Em que pese este princípio tenha tido início no direito processual comum, foi no processo do trabalho que a oralidade recebeu destaque, em face da concentração dos atos processuais em audiência, maior interatividade entre juiz e partes, irrecorribilidade das decisões interlocutórias e identidade física do juiz. Nesse entendimento, Schiavi assevera: “Sob a ótica do processo do trabalho, o princípio da oralidade constitui um conjunto de regras destinadas a simplificar o procedimento, priorizando a palavra falada, concentração dos atos processuais, com um significativo aumento dos poderes do juiz na direção do processo [...]”⁷⁵.

Nos artigos 845⁷⁶ e 852-H⁷⁷, dentre outros dispositivos da CLT, tem-se a previsão expressa do princípio da oralidade, sendo a realização da audiência a sua exteriorização. Nela, são colhidos os depoimentos das partes e testemunhas, permitindo ao magistrado observar a veracidade e firmeza das declarações prestadas.

Além disso, compete ao juiz estimular a conciliação tanto na audiência inaugural quanto na de instrução e julgamento, podendo ainda as partes formular requerimentos finais oralmente⁷⁸. O princípio da oralidade divide-se nos seguintes subprincípios, em síntese:

a) *Identidade física do juiz*: “[...] o juiz que instruiu o processo, que colheu diretamente a prova, deve julgá-lo, pois possui melhores possibilidades de valorar a prova, uma vez que a colheu diretamente, tomou contato direto com as partes e testemunhas”⁷⁹, logo, tal magistrado poderá decidir com mais verossimilhança dos fatos que realmente ocorreram, contribuindo para a realização da efetiva justiça.

b) *Prevalência da palavra oral sobre a escrita*: considerando a importância da realização da audiência, em que o magistrado tem contato direto com as partes e testemunhas, há de se reconhecer a sobreposição da palavra oral em relação à palavra escrita, pois as provas orais permitem uma maior sensibilidade do juiz para com o caso em concreto.

⁷⁵ SCHIAVI, Mauro, op. cit., p. 30.

⁷⁶ Art. 845 - O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência, acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.

⁷⁷ Art. 852-H. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000).

⁷⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 765.

⁷⁹ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 30.

c) *Concentração dos atos processuais*: fundado no princípio da economia processual, a concentração dos atos procedimentais ocorre mormente na audiência una, nos termos do art. 849⁸⁰, da CLT, que impõe a regra da unicidade da assentada, salvo por motivo de força maior.

d) *Imediatidade*: segundo Mauro Schiavi, o princípio da imediatidade se baseia na ideia de que os atos instrutórios devem ocorrer na presença do juiz na audiência de instrução e julgamento, momento em que existe contato direto entre o magistrado e as partes, assim como as testemunhas. Ademais, o autor lembra que “A imediatidade propicia maior participação das partes no procedimento, dando efetividade ao contraditório real, e também maior democratização do processo”⁸¹.

e) *Irrecorribilidade das decisões interlocutórias*: fundamenta-se na premissa de que o processo do trabalho precisa ser célere, já que, majoritariamente, os bens da vida tutelados são de natureza alimentar. Decorre do princípio da oralidade e, embora as decisões interlocutórias não sejam recorríveis de imediato, compete às partes registrar o protesto em ata durante a audiência, a fim de possibilitar seu posterior questionamento. Portanto, é uma inverdade dizer que, na Justiça do Trabalho, as decisões interlocutórias são irrecorríveis, notadamente porque são passíveis de impugnação após a prolação da sentença.

f) *Majoração dos poderes do Juiz do Trabalho na direção do processo*: Mauro Schiavi sustenta que “Diante do caráter publicista da jurisdição, do forte interesse social na resolução dos conflitos trabalhistas e da própria dinâmica do direito processual do trabalho, o Juiz do Trabalho tem majorados seus poderes na direção do processo, como forma de equilibrar a relação jurídica processual e resolver, com justiça, o conflito trabalhista”⁸².

Dessa forma, o art. 765 da CLT se justifica, como foi exposto no item 2.2.3, uma vez que compete ao magistrado da Justiça do Trabalho promover a igualdade substancial no processo, permitindo a paridade de armas no conflito trabalhista.

Ao que se refere ao princípio da simplicidade das formas no processo do trabalho, este é oriundo do princípio da instrumentalidade e também da oralidade. O artigo 899 do texto Consolidado⁸³ afirma que “os recursos serão interpostos por simples petição”, logo, os

⁸⁰ Art. 849 - A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação.

⁸¹ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17. São Paulo: LTr, 2017, p. 34.

⁸² SCHIAVI, Mauro. op. cit., p. 35.

⁸³ Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora (Redação dada pela Lei nº 5.442, de 24.5.1968) (Vide Lei nº 7.701, de 1988).

requisitos de admissibilidade recursal devem ser os mínimos possíveis, porquanto a exigência de formalismos exacerbados contraria o princípio da simplicidade.

Nesse mesmo pensamento, Francisco Gérson Marques de Lima expõe o seguinte: “[...] o juiz do trabalho não é um magistrado comum (nunca foi), não é um juiz de Direito – pelo contrário, nasceu como um contraponto a ele, uma reação necessária à sua ortodoxia e solenidade; seu papel diferenciado é criador e afiançador dos anseios sociais”⁸⁴. Noutras palavras, o magistrado trabalhista deve se preocupar menos com formalidades processuais e se atentar para a concretização da justiça social, para o qual foi incumbida a Justiça Especializada.

Em face do exposto, depreende-se que os princípios da oralidade e simplicidade das formas surgiram para promover a efetividade e celeridade no processo do trabalho, na medida em que buscam desburocratizar o Poder Judiciário e viabilizar o substancial acesso à Justiça do Trabalho.

2.3 A IMPORTÂNCIA DAS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) RATIFICADAS PELO BRASIL

Considerando o tema central da presente pesquisa, forçoso se faz o estudo das normas internacionais garantidoras dos direitos mínimos trabalhistas, as quais dispõem sobre os limites da exploração do capital, o que será apreciado nas linhas abaixo.

2.3.1 Conceito e histórico

Ab initio, há de se observar que o direito internacional do trabalho é uma parte especializada do direito internacional público. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) surgiu em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, assinado em Paris, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Em 1946, a OIT tornou-se o primeiro organismo especializado da Sociedade das Nações. Na Carta das Nações Unidas, de 1945, notadamente em seu art. 2º, estão dispostos os princípios do direito internacional do trabalho, bem como na Declaração

⁸⁴ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos do Processo do Trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010, p. 50.

referente aos fins e objetivos da OIT, também chamada Declaração de Filadélfia, em que se encontram os princípios específicos e fundamentais do direito internacional do trabalho⁸⁵.

Compete a OIT prever padrões mínimos de proteção ao trabalhador na relação empregatícia, tendo em vista que tal relação, por sua própria natureza, é desigual. Desta forma, imperioso se fez a criação de um organismo internacional que fosse responsável por fixar e fiscalizar o cumprimento de normas garantidoras trabalhistas. Vale lembrar que com a Primeira Revolução Industrial e o liberalismo econômico no continente europeu, a classe trabalhadora (que outrora vivia no campo) foi forçada a se deslocar para os grandes centros urbanos, passando a laborar nas fábricas, com jornadas exaustivas, degradantes e ambientes de trabalho insalubres⁸⁶.

Após a Segunda Grande Guerra e anos de reivindicações dos sindicatos de operários, os Estados-Nação decidiram dialogar sobre a necessidade de regulamentar a relação de trabalho no plano do direito internacional, evitando, assim, que as normas protetivas ao trabalhador prejudicassem a competitividade dos produtos fabricados nos países integrantes da OIT, porquanto se todos obedecessem às mesmas regras não haveria prejuízo à livre concorrência.

Luciano Martinez destaca que “A Organização Internacional do Trabalho é um órgão das Nações Unidas que procura fomentar a Justiça Social e os direitos humanos e laborais mundialmente reconhecidos”⁸⁷. A OIT é um organismo tripartite, isso significa que é formada por representantes de entidades de trabalhadores, empregadores e governo, os três principais atores do mercado de trabalho.

Em Genebra, na Suíça, está o escritório central da OIT, onde trabalham os administradores da Organização e ocorrem as reuniões tripartites setoriais, das Comissões e Comitês. Contudo, não existe apenas o órgão permanente em Genebra, pois há também uma ampla estrutura regional, com uma rede de escritórios regionais, abrangendo todos os continentes. Assim, a OIT pode realizar a execução e administração dos programas, projetos e atividades de cooperação técnica e de reuniões regionais, sub-regionais e nacionais, conseguindo ainda manter contato direto com representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores em diferentes localidades do globo terrestre.

⁸⁵ VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2009, p. 62-63.

⁸⁶ VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2009, p. 62-63.

⁸⁷ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 102.

A OIT é dirigida por um Conselho de Administração, responsável pela elaboração e controle de execução de políticas e programas do direito internacional do trabalho. Todos os anos, no mês de junho, ocorre a Conferência Internacional do Trabalho, que funciona como uma Assembleia Geral. Nela, cada Estado-Membro tem direito a enviar quatro delegados à Conferência, acompanhados por conselheiros técnicos: dois representantes do governo, um dos trabalhadores e um dos empregadores, todos com direito a voto independente. Por meio dessas conferências é que se originam as convenções, recomendações e resoluções que tratam das relações de trabalho. Dentre as várias atribuições da OIT, as atuações de maior destaque são: i) *política*, no sentido de assegurar bases sólidas para a paz mundial; ii) *econômica*, ao garantir a concorrência mundial; iii) *humanitária*, fiscalizando e denunciando os abusos e irregularidades relativas às condições de trabalho, sempre no intuito de diminuir as injustiças⁸⁸.

As normas internacionais produzidas pela OIT buscam definir padrões mínimos de respeito à classe trabalhadora que possam ser aceitos e praticados pelos países signatários. Em síntese, podem ser consideradas fontes gerais do direito internacional do trabalho a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, na cidade de Paris; e os pactos internacionais de direitos civis e políticos, e de direitos econômicos, sociais e culturais de 1966.

Em relação às fontes específicas, as mais significativas são: a) Constituição da OIT de 1919; b) Declaração Relativa aos Fins e Objetivos da OIT, aprovada na Conferência de Filadélfia em maio de 1944 e incorporada à Constituição da OIT como anexo na revisão geral empreendida pela Conferência de Montreal de outubro de 1946; c) Declaração sobre Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho de 1988; d) Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social de 2000; e) Declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização equitativa de 2008. Por fim, têm-se como fontes do direito internacional do trabalho as Convenções, Recomendações e Resoluções da OIT.

2.3.2 Convenções nº 98, 131, 151 e 154, a Recomendação nº 159, dentre outras da OIT

Necessário distinguir Convenção – também denominado convênio – da Recomendação, isso porque o primeiro se trata de um tratado internacional, de caráter

⁸⁸ VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009, p. 62-63.

normativo, que demanda ratificação pelos países signatários para fins de exigibilidade. Já a Recomendação, por não ser ratificada internamente pelos Estados subscritores, apenas complementa a interpretação das convenções, orientando a prática laboral, contudo, não cria qualquer direito ou obrigação, trata-se de norma facultativa⁸⁹.

Após a convalidação interna, nos termos do inciso V do art. 19, da Constituição da OIT, a ratificação das convenções ocasiona dupla obrigação aos países signatários, quais sejam: i) cumprir e aplicar o conteúdo das normas internacionais; ii) aceitar os mecanismos de supervisão e de controle internacional, conforme procedimentos disciplinados pela própria Organização.

Há de se perceber a importância da Convenção nº 98 da OIT (1951), na medida em que dispõe sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva dos trabalhadores. A citada convenção foi aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho no ano de 1949, em Genebra, porém, sua vigência no plano internacional iniciou-se somente em 18/07/1951. No Brasil, foi ratificada em 1952, definindo que nenhum trabalhador pode ser prejudicado ou dispensado em decorrência da participação em atividades sindicais em suas horas livres ou durante o trabalho, quando há o consentimento do empregador. Essa norma internacional ainda combate a ingerência nas organizações de trabalhadores, já que determina aos sindicatos não dependerem financeiramente de um empregador⁹⁰.

A Convenção nº 131 da Organização (1970)⁹¹, por sua vez, nasce da 54ª sessão da Conferência Geral da OIT, realizada em 22/06/1970, em Genebra. Todavia, entrou em vigor no plano internacional em 29/04/1972, sendo inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 89.686/1984. Em suma, dispõe sobre a fixação de salários mínimos, exigindo que os Estados signatários, em especial os países em desenvolvimento econômico, implementem um sistema de fixação de salários mínimos e que ajustem esse patamar mínimo periodicamente, de sorte a garantir o poder de compra e a dignidade do trabalhador assalariado.

Já a Convenção nº 151 (1978) e a Recomendação nº 159 (1978), ambas da Organização Internacional do Trabalho, incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio em 2010 pelo Decreto Legislativo nº 206 trazem diretrizes para a negociação coletiva dos trabalhadores

⁸⁹ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 103.

⁹⁰ CONVENÇÃO N. 98. *Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva*. 18 julho 1951. Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao098.pdf>. Acesso em 29.nov.2018.

⁹¹ CONVENÇÃO N. 131. *Fixação de Salários Mínimos*, especialmente nos Países em Desenvolvimento. 29 abril 1972. Disponível em: <http://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao131.pdf>. Acesso em 29.nov.2018.

do serviço público, dispondo ainda sobre as garantias da organização sindical que tenha por fim defender os interesses dos servidores e empregados públicos. Entre as principais garantias apresentadas pela Convenção está a proteção contra os atos de discriminação que acarretem violação da liberdade sindical. O documento também veda atos de ingerência das autoridades públicas na formação, funcionamento e administração das organizações de trabalhadores. Além disso, possibilita a instauração de processos para a negociação das condições de trabalho entre as autoridades públicas e as organizações de trabalhadores, determinando a concessão de facilidades aos representantes das organizações sindicais reconhecidas dos trabalhadores do serviço público, com permissão para cumprir suas atividades durante as horas de trabalho ou fora delas⁹².

Especificamente quanto à Recomendação nº 159 da OIT, esta aconselha a adoção de procedimentos acerca dos critérios objetivos e pré-estabelecidos a respeito do caráter representativo das organizações sindicais. Ao promulgá-las, o Congresso Nacional trouxe dois esclarecimentos, quais sejam: 1º - que a Convenção nº 151 se aplica para servidores públicos federais (regidos pela Lei nº 8.112/90 ou pela CLT), bem como para os servidores estaduais e municipais disciplinados pela legislação particular de cada um; 2º - instituiu que as organizações de trabalhadores abrangidas pela citada norma internacional são exclusivamente aquelas organizações “constituídas nos termos do artigo 8º da Constituição Federal”⁹³.

Ainda sobre direito coletivo do trabalho, tem-se a Convenção nº 154 (1981)⁹⁴, firmada em Genebra durante a 67ª Reunião da Conferência Internacional. Foi ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 22, de 22/05/1992. A norma prevê que a negociação coletiva compreende a interação entre trabalhadores e empregadores, ou organizações que representem estes atores, para regular as condições de trabalho. Nesse sentido, a Convenção determina que devam ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo ao acordo coletivo, destacando que a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que se aplique a norma internacional e que os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de modo que possam contribuir para o estímulo ao acordo coletivo.

⁹² CONVENÇÃO N. 151. *Relações de Trabalho na Administração Pública*. 07 junho 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7944.htm. Acesso em 30.nov.2018.

⁹³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação nº 159* – sobre os procedimentos para a definição das condições de emprego no serviço público. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242736/lang--pt/index.htm. Acesso em 30.nov.2018.

⁹⁴ CONVENÇÃO N. 154. *Incentiva à Negociação Coletiva*. 19 junho de 1981. Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao154.pdf>. Acesso em: 30.nov.2018.

Pela análise dessas convenções, infere-se que o Brasil tem mantido representação na OIT desde 1950, incorporando as normas internacionais ao ordenamento jurídico nacional. Inobstante a isso, a Reforma Trabalhista de 2017 contraria uma sequência de avanços nos direitos trabalhistas e sociais, notadamente por privilegiar o negociado sobre o legislado, obstar o acesso à justiça e por prever retrocessos sociais em vários aspectos.

Diferentemente do que ocorre com a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Constituição da OIT não previu sanções para os Estados-membros em caso de descumprimento de alguma de suas normas. Significa dizer que, no âmbito internacional, não existem mecanismos sancionatórios para forçar os países signatários das convenções e recomendações da OIT a cumpri-las.

Apesar disso, conquanto a Organização Internacional do Trabalho não possa impor coercitivamente suas decisões, é amplamente cabível ao Poder Judiciário, tanto no controle difuso quanto no controle abstrato de constitucionalidade, fazer prevalecer os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e os direitos humanos observados nas Convenções da OIT ratificadas pelo Congresso Nacional, uma vez que ostentam superior grau hierárquico quando em cotejo com a Lei nº 13.467/17. Para tanto, os magistrados, advogados, promotores do trabalho, dentre outros operadores do direito, devem fundamentar racionalmente suas decisões e petições, pois, somente assim, será possível resistir aos retrocessos sociais introduzidos pela Reforma Trabalhista.

3 A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Com o passar dos séculos, o Estado tomou para si o monopólio da jurisdição, de maneira que é vedada a autotutela na maioria dos países, sendo admitida somente em casos excepcionais previstos em lei. Portanto, havendo violação de um direito por quem quer que seja, a regra é que se postule ao Poder Judiciário a restauração da ordem jurídica. Contudo, Wilson Alves de Souza adverte que “[...] não há lugar, na atualidade, para a afirmação de que acesso à justiça significa apenas manifestar postulação ao Estado-juiz, como se fosse suficiente garantir ao cidadão o direito à porta de entrada dos tribunais”¹. Isso porque, como se demonstrará a seguir, o acesso à justiça é uma garantia que serve como pilar de diversos outros princípios constitucionais existentes no sistema jurídico.

3.1 CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de acesso à justiça tem evoluído ao longo da história, ampliando os seus significados. Nesse entendimento, Mauro Cappelletti e Bryant Garth² asseveram que o ordenamento jurídico de qualquer país deve ser igualmente acessível a todos e ainda carece de produzir resultados que sejam, individualmente e socialmente, justos. Nas palavras dos autores: “[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.

No mesmo sentido, Wilson Alves de Souza esclarece que o conceito de acesso à justiça não mais se sustenta na concepção tradicional de “direito à postulação ao Estado-juiz”, pois, “[...] em linhas gerais, do ponto de vista jurídico, o conceito de acesso à justiça vai muito além do sentido literal. Significa também o direito ao devido processo, vale dizer, direito às garantias processuais, julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz”³.

¹ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011, p. 25.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988, p. 11-12.

³ SOUZA, op. cit., p. 26.

Ora, resta evidente que o acesso formal ao Judiciário é insuficiente para a pacificação dos conflitos sociais, todavia, a concretização de um devido processo legal – com todas as garantias processuais que lhes são inerentes – tem o condão de diminuir a quantidade de decisões arbitrárias e promover a justiça social. Por essa razão, a moderna processualística tem defendido um direito substancial à justiça.

No Brasil, a Carta Republicana de 1988 previu expressamente a inafastabilidade do controle jurisdicional em seu art. 5º, XXXV, também versado como princípio do direito de ação ou ainda princípio do acesso à justiça. Entende-se, assim, que nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, ainda que seja feita mediante lei⁴. Deste modo, ocorrida a violação a um direito, a Constituição brasileira dispôs que compete ao Judiciário a restauração da ordem jurídica. Estes meios são a ação e a jurisdição: advindo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação.

Não por outro motivo, Cappelletti e Garth defendem que o acesso à justiça é a maior das garantias, porquanto dela depende a concretização de outros direitos fundamentais. Revelam os autores: “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”⁵. Isso significa que o acesso à justiça permeia todo o ordenamento jurídico, de tal modo que impõe o acesso a uma ordem jurídica justa, respeitando-se todas as garantias processuais existentes.

Sob este prisma, Wilson Alves de Souza aclara que a noção de acesso à justiça constitui uma garantia em si mesmo, assim como um direito fundamental, configurando-se como “[...] o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça”⁶.

Esse raciocínio também deve ser aplicado ao processo do trabalho, especialmente porque desde a criação da instituição “Justiça do Trabalho”, pelo Decreto-Lei nº 1.237/1939, que se reflete sobre a necessidade de conceder aos trabalhadores o acesso substancial à justiça, de maneira que os princípios peculiares ao direito do trabalho foram elaborados para

⁴ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988, p. 12.

⁶ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011, p. 26.

possibilitar uma maior inclusão social ao serviço de prestação jurisdicional do Estado. Portanto, é admissível a afirmação de que o acesso – não apenas formal, mas efetivo à justiça – é uma característica inerente ao direito do trabalho.

3.2 MOVIMENTOS

Em decorrência do contínuo desenvolvimento da noção teórica de acesso à justiça que Cappelletti e Garth descrevem a evolução histórica do conceito como “ondas do movimento de acesso à justiça”⁷, entrelaçando a cronologia dos acontecimentos ao alargamento dos direitos humanos e fundamentais, como se observará doravante.

3.2.1 Primeira onda

Surge como resistência ao Estado *laissez-faire*⁸, em que o processo civil refletia a filosofia individualista dos direitos de primeira geração⁹, dispensando a intervenção estatal. “A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção”¹⁰. É possível afirmar, assim, que existia um acesso formal à justiça, em que as pessoas podiam propor ou contestar demandas no Poder Judiciário, sem, todavia, estarem aptas juridicamente para tanto. Nesse ínterim, assevera Michelle Pires Bandeira Pombo que:

Durante o Estado liberal de ideologia iluminista não havia qualquer preocupação com a efetividade de acesso à justiça. Em razão da ideologia individualista e formalista vigente, o direito ao acesso à justiça consistia pura e justamente no direito abstrato do indivíduo de pleitear em juízo sua pretensão jurídica¹¹.

⁷ CAPPELLETTI; GARTH, 1988, passim.

⁸ Trata-se de uma expressão escrita em francês que simboliza o liberalismo econômico, na versão mais pura de capitalismo de que o mercado deve funcionar livremente, sem interferência, taxas nem subsídios, apenas com regulamentos suficientes para proteger os direitos de propriedade.

⁹ Os direitos fundamentais de primeira geração (também denominado “dimensão”) são aqueles relacionados ao valor liberdade, a exemplo dos direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo, uma vez que exigem diretamente uma abstenção do Estado.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988, p. 09.

¹¹ POMBO, Michelle Pires Bandeira. *As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 44.

Destarte, “A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte”¹². Não havia qualquer preocupação do Estado em efetivar a garantia do acesso à justiça, porquanto, para a ideologia *jusnaturalista* da época, era suficiente que o Governo não intervisse.

Somente com o florescer do Estado Social que o princípio da igualdade material se fortalece, irradiando no direito processual civil. Isso fez com que se reconhecesse a necessidade de criar instrumentos de gratuidade judiciária para os pobres, haja vista que o alto custo de um processo, na prática, afasta as pessoas mais vulneráveis economicamente de demandarem no Poder Judiciário, sendo forçadas a reprimir suas demandas e não usufruir dos seus direitos.

O serviço de prestação jurisdicional pelo Estado possui um custo financeiro elevado, na medida em que são necessários investimentos em construção de prédios, contratação de juízes e servidores, compra de equipamentos, dentre outras despesas. “No objetivo de tentar cobrir tais investimentos, não raro, os Estados costumam cobrar taxas pela prestação do serviço jurisdicional”¹³.

Cappelletti e Garth¹⁴ expõem que o primeiro entrave ao acesso à justiça está nas despesas processuais, as quais envolvem as custas judiciárias e os honorários advocatícios. Em países que penalizam a parte vencida com as custas de sucumbência, como a Inglaterra, o valor alto das custas agrava ainda mais a situação das pessoas menos privilegiadas financeiramente, que são desestimuladas a ingressar com uma ação judicial. Além disso, os honorários advocatícios, em diversos países, são bastante caros, constituindo-se como a parcela mais dispendiosa do processo.

A segunda barreira ao efetivo acesso à justiça descrito pelos citados autores encontra-se nas ações judiciais que envolvem somas relativamente pequenas de dinheiro, já que o gasto com custas processuais e honorários advocatícios poderiam superar o valor resultante do processo, tendo-se uma falsa impressão de que a demanda é frívola.

O terceiro obstáculo, por fim, é o tempo do processo, podendo se prolongar por anos. Para a parte que não dispõe de recursos financeiros, os efeitos da morosidade processual são terríveis. “Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988, p. 9.

¹³ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011, p. 33.

¹⁴ *Ibid.*, p. 15-21.

abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores à aqueles a que teriam direito”¹⁵.

Devido a esses empecilhos, o poder jurisdicional do Estado, até os dias atuais, beneficia os grandes litigantes habituais e organizacionais em detrimento das pessoas pobres e dos demandantes eventuais.

Cappelletti e Garth¹⁶ ainda explicam que foram encontradas soluções práticas para enfrentar as barreiras do acesso à justiça. Nos países ocidentais, iniciou-se o movimento de propiciar serviços jurídicos às pessoas menos favorecidas economicamente, de modo que o Estado impôs aos advogados particulares o ônus de prestar assistência judiciária, sem qualquer contraprestação, o que ficou conhecido como *munus honorificum*. Sem a adoção de ações positivas dos Governos, o sistema de assistência judiciária por *munus honorificum* se tornou ineficiente. “Em economias de mercado, os advogados, particularmente os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a dedicar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita”¹⁷.

Aos poucos, essa primeira onda renovatória foi aprimorada, sendo que, na década de 70, ocorreram reuniões com diversos pesquisadores empíricos para examinar as dificuldades existentes na tramitação dos processos no Poder Judiciário de diversos países ocidentais. A Áustria, Inglaterra, Holanda, França e a Alemanha ocidental implantaram o sistema *judicare*, que “[...] trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida *como um direito* para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, *os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado*” (grifo do autor)¹⁸.

Michelle Pires Bandeira Pombo¹⁹ ressalta que o sistema *judicare* sofreu críticas em razão de não disponibilizar aos mais fracos financeiramente o serviço de consultoria jurídica, de modo que a tarefa de reconhecer a violação do direito continuava nas costas das pessoas menos esclarecidas e que não dispunham de recursos econômicos. Demais disso, a autora relata que o sistema foi pensado somente para litígios individuais, não sendo aparelhado para transpor-se à esfera coletiva e de classe que, porventura, o pobre necessite.

O sistema de assistência judiciária com advogados públicos também se destacou na primeira onda renovatória de acesso à justiça, isso porque admitia a consultoria jurídica. Sua

¹⁵ Ibid., p. 20.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988, p. 31-39.

¹⁶ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011, p. 33.

¹⁷ CAPPELLETTI; GARTH, loc. cit..

¹⁸ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 32-35.

¹⁹ POMBO, Michelle Pires Bandeira. *As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 46-47.

origem é o *Office of Economic Opportunity*²⁰, de 1965. “Nesse sistema os serviços jurídicos deveriam ser prestados por ‘escritórios de vizinhança’, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe”²¹.

Interessante notar que, nesse sistema, os escritórios de advocacia deviam ser alocados em comunidades pobres, a fim de viabilizar o acesso da população carente aos advogados, que eram responsáveis por prestar consultoria e assistência jurídica.

Inobstante, esse sistema americano também sofreu críticas: a primeira porque os muitos advogados se inclinavam para as causas maiores ou de classe, tendo em vista a sua notoriedade social, resultando em negligenciar as causas de menor repercussão midiática; a segunda desvantagem é que esse sistema dependia financeiramente dos recursos estatais para suas atividades políticas e quando os advogados públicos se voltavam contra o governo o apoio poderia ser cessado. “Apenas recentemente, depois de uma disputa legislativa muito difícil, envolvendo um veto presidencial, é que a *Legal Services Corporation* tornou-se independente de influência governamental direta” (grifo do autor)²².

Por derradeiro, cumpre observar que alguns países, como Suécia e a província canadense de Quebeque, decidiram combinar os dois principais modelos de sistemas de assistência jurídica, reconhecendo que um sistema complementa o outro. No item 3.3, será analisado o modelo brasileiro, que – adianta-se – tem suas raízes no *Office of Economic Opportunity*, porquanto a defensoria pública do Brasil é composta por advogados públicos remunerados pelo Estado, todavia, existem diferenças em comparação ao sistema americano.

3.2.2 Segunda onda

O segundo movimento renovatório se relaciona ao contexto de reconhecimento da terceira geração de direitos fundamentais, tendo os valores da fraternidade e solidariedade como características. Após a Segunda Grande Guerra, os países ocidentais perceberam a necessidade de instituir leis protetivas aos vulneráveis (trabalhadores, mulheres, crianças,

²⁰ O Escritório de Oportunidades Econômicas foi o órgão responsável por administrar a maioria dos programas da Guerra contra a Pobreza, criado como parte da agenda legislativa da Grande Sociedade do Presidente dos Estados Unidos, Lyndon B. Johnson.

²¹ POMBO, Michelle Pires Bandeira. *As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 46.

²² *Ibid.*, p. 42.

pobres, dentre outras categorias), reconhecendo os seus direitos, inclusive em âmbito internacional e coletivo²³.

No final do século XX, as alterações sociais, políticas, econômicas e culturais na sociedade eram manifestas. A urbanização, com acentuado desenvolvimento nos meios de comunicação e comercialização de mercadorias, criou um mercado de consumo em larga escala. Dessa maneira, surgem os contratos de adesão e demandas coletivas, instituindo o que hoje é conhecido como conflituosidade de massas. Michelle Pires Bandeira Pombo destaca:

Não obstante o Estado Social demonstrasse avanço na legislação protetiva material, esse avanço não foi acompanhado pela produção processual correspondente. Assim, embora houvesse previsão de proteção a novos direitos surgidos a partir dessa nova sociedade, não havia a instrumentalização adequada para a efetiva tutela²⁴.

Em face disso, a segunda onda reformista concentrou os seus esforços na luta contra a ideologia individualista e formalista do processo. A lide judicial era sempre estudada na perspectiva de Francesco Carnelutti como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida²⁵, em que se tinha uma relação triangular (autor, réu e Estado-juiz), competindo ao magistrado (representante do Estado-juiz) apreciar e julgar a controvérsia de interesses individuais. Direitos coletivos e difusos não se ajustavam às regras processuais existentes.

Quer dizer que o conflito atual supõe a prática de um ato por cada um dos sujeitos, os quais, ao praticá-lo, se tornam dois contendores: um deles pretende, e o outro resiste à pretensão. A ciência do direito processual submeteu este fenômeno a uma análise senão definitiva, pelo menos muito adiantada, e elaborou os conceitos da pretensão e da resistência, respectivamente como exigência da prevalência de um interesse próprio sobre um interesse alheio, e como oposição a tal exigência. Ao conflito de interesses, quando se efetiva com a pretensão ou com a resistência, poderia dar-se o nome de contenda, ou mesmo de controvérsia. Pareceu-me mais conveniente e adequado aos usos da linguagem o de lide²⁶.

Em razão dessas incompatibilidades no procedimento, *mister* se fez a reformulação de institutos processuais clássicos, como, *e. g.*, a coisa julgada, que precisou ser repensada e ajustada nas causas em que se tem interesses difusos.

²³ POMBO, Michelle Pires Bandeira. *As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 97.

²⁴ POMBO, loc. cit..

²⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Ed. Lejus, 1999, p. 108.

²⁶ CARNELUTTI, loc. cit..

Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁷ explicitam os modelos de legitimação extraordinária ativa para representação em juízo das demandas coletivas e difusas, sendo elas:

a) *ação governamental*: baseia-se na ideia de delegar a titularidade dessas ações para advogados públicos do Estado, contudo, não raro o interesse governamental é diverso do interesse coletivo/difuso, fato este que pode inibir a propositura de processos coletivos judiciais contra o Governo;

b) *técnicas do Procurador Geral privado*: desenvolveu-se no sentido de conceder a alguns indivíduos a habilitação para mover ações coletivas e difusas. “[...] Uma típica reforma moderna nesse sentido é a admissão de ações propostas por cidadãos para impugnar e paralisar determinada ação do governo”²⁸;

c) *advogado particular de interesse público*: essa técnica admite que grupos privados e associações representem o interesse público, porém, esse sistema sofreu críticas, pois algumas categorias, como classe trabalhadora, são bastante organizadas, mas o mesmo não ocorre com os interesses dos consumidores e dos preservacionistas;

d) *a solução pluralística (mista)*: lastreia-se na integração das teses anteriormente apontadas, sustentando que nenhuma das soluções supramencionadas tem o condão de resolver o problema de representação dos interesses coletivos e difusos, no entanto, a junção de todos esses recursos tende a amenizar algumas das dificuldades de acesso à justiça. Portanto, “a combinação de recursos tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos”²⁹.

Tendo em vista os aspectos mencionados, resta notável que a segunda onda renovatória se preocupou com a adequada instrumentalização do direito processual para viabilizar o ajuizamento de demandas metaindividuais, já que a doutrina clássica individualista e formalista do processo civil não mais suportava as novas tendências de conflitos. Esse movimento reformista influenciou o ordenamento jurídico de inúmeros países, inclusive o Brasil, que adota o modelo pluralístico, com vários legitimados para propor ações transindividuais, que transcendem a esfera individual e alcançam interesses coletivos e difusos.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988, p. 51-67.

²⁸ CAPPELLETTI; GARTH, loc. cit..

²⁹ CAPPELLETTI; GARTH, loc. cit..

3.2.3 Terceira onda

Em relação ao terceiro movimento reformista, também denominado de “enfoque ao acesso à Justiça”, Cappelletti e Garth³⁰ abordam que há aspectos mais amplos que as “ondas” anteriores, na medida em que estimula a solução dos conflitos por meios extrajudiciais, concluindo que as ações judiciais não constituem a melhor forma de pacificação social. Em suas palavras:

Essa terceira onda de reforma inclui a advocacia, judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas³¹.

Há de se ressaltar, todavia, que a terceira onda renovatória não pretende abandonar as técnicas dos dois precedentes movimentos de reforma. Pelo contrário, o conhecimento e as vantagens de cada método devem ser aprimorados, a fim de possibilitar o avanço no acesso à justiça.

Desse modo, as vias de resolução de conflitos alternativas (como a conciliação, mediação e arbitragem) podem compor uma melhor forma de se alcançar a paz social, notadamente porque a conciliação possibilita a manutenção dos laços de afeto, preservando ou restaurando a relação entre as partes, ora conflitantes. Para as pessoas que, eventualmente, contendem com seus familiares, vizinhos, colegas de trabalho, dentre outros grupos de convivência, a justiça conciliatória pode representar a única maneira de reatar os laços de afetividade.

Por conseguinte, deduz-se que os citados mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos devem ser incentivados pelo Estado. No entanto, não se pode negar que o litígio judicial sempre haverá, pelo fato de existirem demandas que não são passíveis de solução por vias alternativas ao Judiciário, como as de alta complexidade ou que envolvem o interesse público³². Não pairam dúvidas que se tornou imprescindível o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional para adequar o procedimento às novas demandas sociais.

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, é possível verificar algumas reformas concretizadas no direito processual civil e do trabalho, dentre outras searas da ciência forense.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988, p. 67-142.

³¹ CAPPELLETTI; GARTH, loc. cit..

³² POMBO, Michelle Pires Bandeira. *As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 168-169.

No processo do trabalho, a título exemplificativo, vale mencionar os princípios da oralidade, concentração dos atos processuais, maior liberdade do juiz na busca da verdade dos fatos, etc.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), ao seu passo, trouxe nova roupagem ao procedimento cível, ao ressaltar os deveres de informação, lealdade e colaboração mútua entre as partes litigantes, bem como ao promover a utilização dos meios extrajudiciais de pacificação social, buscando solucionar as contendas de modo amigável.

Há de se concluir, assim, que a terceira onda renovatória avançou no acesso substancial à justiça, ao incentivar a resolução de conflitos pelos métodos alternativos (conciliação, mediação e arbitragem) em face do clássico sistema de jurisdição. Aos poucos, o direito processual vai se ajustando aos novos valores e anseios da sociedade brasileira do século XXI.

3.3 ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA NO PROCESSO DO TRABALHO

Conforme estudado no item 3.2.1, a primeira onda do movimento de acesso à justiça voltou-se para a defesa das pessoas pobres que se viam obstadas de ingressarem com ações no Poder Judiciário por não ter condições financeiras de arcar com os custos do processo.

O Brasil, desde o início da República, já dispunha de normas que ditavam o tema, como o Decreto Federal nº 2.457, de 08/02/1897, que vigorou somente no Distrito Federal, mas avançou em assegurar, em definitivo, a defesa dos menos favorecidos economicamente, tanto nas causas cíveis como nas ações penais.

Paulatinamente, os Códigos de Processos dos demais Estados-membros foram aderindo o instituto e regulando o direito à assistência judiciária gratuita. Com o advento do regulamento federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por meio do Decreto nº 22.478, de 20/02/1933, coube à Ordem nomear e constituir patronos para os assistidos pobres.

A Carta Magna de 1934 foi a primeira a dispor expressamente sobre o instituto, em seu art. 113, § 32³³. Em 1943, é promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho, atribuindo aos sindicatos dos trabalhadores à função de prestar a assistência judiciária³⁴. Apesar de todas essas disposições normativas, o instituto carecia de uma maior regulação prática.

³³ § 32: A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

³⁴ Art. 514. São deveres dos sindicatos:

Em 1950, após penosa elaboração, foi aprovada a Lei 1.060, que fixou o conceito de hipossuficiente como aquele cuja situação econômica não lhe permita demandar sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família (art. 2º, parágrafo único).

A Constituição Federal de 1988 assegurou o princípio da assistência jurídica integral e gratuita em seu art. 5º, inciso LXXIV³⁵, constituindo-o como um direito fundamental. Cumpre esclarecer que a Carta de 1988 previu um conceito mais amplo que as outras Constituições anteriores. Consoante dispõe José Carlos Barbosa Moreira,

[...] a mudança do adjetivo qualificador da “assistência”, reforçada pelo acréscimo “integral”, importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos³⁶.

Noutras palavras, o direito à assistência jurídica não se limita à atuação perante o Poder Judiciário, abarcando o serviço de consultoria jurídica, questões notariais, extrajudiciais e a atuação em processos administrativos³⁷.

Infere-se, com isso, que “gratuidade de justiça” e a “assistência judiciária” são espécies do gênero “assistência jurídica integral e gratuita”. O termo “justiça gratuita” (ou “gratuidade de justiça”) se refere à concessão legal, à parte que não dispõe de recursos financeiros para prover as despesas obrigatórias do processo judicial. Considerando que esse tema foi alterado pela Lei nº 13.467/17, a questão será apreciada no tópico 4.2, com mais vagar.

Já a assistência judiciária, que não foi alvo de modificações pela Reforma Trabalhista de 2017, será analisada no presente item. Trata-se do direito de ser assistido gratuitamente por um advogado, sendo esse serviço conferido às pessoas que não possuem condições econômicas de custear o pagamento dos honorários advocatícios de um profissional particular.

[...]

b) manter serviços de assistência judiciária para os associados;

³⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 205, jan – jun. 1992.

³⁷ MOREIRA, loc. cit..

No processo do trabalho, o serviço de assistência é prestado pelo sindicato da categoria profissional do trabalhador, nos termos do art. 14, Lei nº 5.584/1970. Embora tenha sido editada a Lei Complementar nº 80/1994 – que regulamenta o funcionamento da Defensoria Pública da União – não houve revogação da Lei nº 5.584, por se tratar de lei específica, não podendo ser revogada por lei geral³⁸.

Não obstante, Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que devido à ampliação da competência da Justiça do Trabalho – por meio da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004 para processar e julgar demandas oriundas da relação de trabalho – entende-se que “[...] a atuação da Defensoria Pública da União (Lei Complementar n. 80/1994, art. 4º, III e V) deverá se tornar obrigatória, seja para propor ação ou promover a defesa da parte que, não sendo empregado ou trabalhador avulso, necessitar da assistência judiciária gratuita”³⁹.

Ressalta-se que, em face do princípio da proteção, a Lei 5.584/70 não previu a possibilidade de assistência judiciária ao empregador, até porque a lei assegura o benefício para aqueles que percebem “salário”, nomenclatura observada no § 1º, do art. 14, da referida lei.

Outro assunto importante reside na dúvida se o § 10º, do art. 789, da CLT (introduzido pela Lei nº 10.288/2001) revogou ou não o § 1º, do art. 14, da Lei nº 5.584/70. Carlos Henrique Bezerra Leite⁴⁰ e Sergio Pinto Martins⁴¹ concordam que houve uma revogação tácita e parcial. Essa discussão é relevante, na medida em que o § 1º do art. 14 da Lei nº 5.584/70 dispunha que faz *jus* ao benefício da assistência judiciária gratuita quem perceber salário inferior a dois salários mínimos, enquanto que o § 10º do art. 789 da CLT fala em cinco salários mínimos⁴² ou que declare, sob as penas da lei, não possuir condições econômicas de demandar, sem prejuízo do seu próprio sustento ou de seus familiares.

Confundindo os institutos “gratuidade de justiça” e “assistência judiciária”, o legislador da Lei nº 10.537/2002 simplesmente suprimiu o § 10º, do art. 789, da CLT, substituindo-o por um dispositivo que não descreve sobre assistência judiciária, mas sim acerca da gratuidade de justiça (§ 3º, do art. 790, introduzido na CLT pela Lei nº

³⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 285.

³⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 557.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 550.

⁴¹ *Ibid.*, p. 285-286.

⁴² Art. 1º O art. 789 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte § 10:

Art. 789 [...]

§ 10. O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda.(NR)

10.537/2002)⁴³. Apesar disso, ainda se entende que compete aos sindicatos das categorias profissionais prestar a assistência judiciária, porquanto o art. 18, da Lei nº 5.584/70, assevera que esse serviço deve ser fornecido, mesmo que o trabalhador não esteja associado ao sindicato profissional. “A justificativa de o sindicato ter de prestar a assistência sindical é o fato de que a contribuição sindical paga por qualquer empregado serve para o custeio da assistência jurídica (art. 592, II, *a*, da CLT)”⁴⁴.

Sucedo que a Reforma Trabalhista de 2017 retirou a obrigatoriedade da contribuição sindical, que passou a depender de prévia e expressa autorização do empregado, empregador ou trabalhador avulso para ser recolhida⁴⁵.

Portanto, não há dúvidas que a receita dos sindicatos deve diminuir abruptamente, influenciando na prestação do serviço de assistência judiciária, logo, não mais se sustenta o argumento disposto no art. 592, II, *a*, da CLT. Quando a contribuição sindical era compulsória, os sindicatos profissionais tinham que prover o serviço de assistência judiciária tanto para os associados quanto para os não-associados. Só que, com a extinção da contribuição sindical obrigatória, os sindicatos podem arguir que não têm condições financeiras de prestar o serviço aos não sindicalizados conforme prevê o art. 19, da Lei n.º 5.584/70⁴⁶. O tema ainda não foi apreciado pelos Tribunais Superiores ou profundamente discutido pela doutrina processual trabalhista.

3.4 DO *JUS POSTULANDI*

Sergio Pinto Martins conceitua o *jus postulandi* como uma concessão legislativa para que as partes de um processo trabalhista possam praticar atos processuais em juízo, sem a necessidade de outorgar mandato a advogado. “No processo do trabalho, *ius postulandi* é o direito que a pessoa tem de estar em juízo, praticando pessoalmente todos os atos autorizados para o exercício do direito de ação, independentemente do patrocínio de advogado”⁴⁷.

⁴³ LEITE, loc. cit..

⁴⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 287.

⁴⁵ Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

⁴⁶ Art. 19. Os diretores de Sindicatos que, sem comprovado motivo de ordem financeira, deixarem de dar cumprimento às disposições desta lei ficarão sujeitos à penalidade prevista no art. 553, alínea a da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 277.

Assim, o *jus postulandi* é o instituto que concede capacidade postulatória facultativa aos sujeitos da relação de trabalho, tanto para os empregados como aos empregadores, como reza o art. 791 e seus parágrafos, da CLT⁴⁸.

Como estudado alhures, a Justiça do Trabalho foi intentada para ser um órgão pertencente à administração federal, vinculada ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Além disso, a reclamatória trabalhista era majoritariamente oral, com procedimento concentrado e informal. Daí se sustentar a desnecessidade do patrocínio de um advogado. “De fato, na época da criação das juntas de conciliação e julgamento (Decreto nº 22.132, de 25 de novembro de 1932) as demandas trabalhistas não eram tão complexas como as demandas que hoje tramitam na Justiça do Trabalho”⁴⁹. Destarte, o *jus postulandi* possui um inestimável valor histórico, significando, na época, uma conquista da classe trabalhadora.

Em 1943, é promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho, com normas de direito material e processual. Com a Constituição de 1946, a Justiça Laboral passou a integrar a estrutura do Poder Judiciário, de sorte que, progressivamente, a jurisprudência trabalhista passou a exigir uma maior observância de regras procedimentais, aprimorando o direito processual do trabalho.

Ocorre que, em regra, o trabalhador não possui o conhecimento técnico-jurídico necessário para acompanhar essa evolução processualística. A título de exemplo, cita-se a questão do ônus da prova, em que a parte deve saber se é ela que precisa comprovar o fato constitutivo do seu direito ou se, pelo contrário, compete à outra parte se eximir da responsabilidade prevista em lei.

Demais disso, no processo do trabalho, é corriqueiro o aproveitamento de normas do CPC, Código Civil, dentre outras fontes subsidiárias. Consoante esclarece Bandeira Pombo: “[...] a existência de inúmeras lacunas trabalhistas normativas, faz com que se utilize frequentemente de forma subsidiária a legislação comum, fato que amplia a necessidade do conhecimento jurídico do postulante”⁵⁰.

⁴⁸ Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

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

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

§ 3º A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada. (Incluído pela Lei nº 12.437, de 2011).

⁴⁹ POMBO, Michelle Pires Bandeira. *As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 77-78.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 78.

De maneira inevitável, o processo do trabalho tem se tornado mais complexo com o passar dos anos, porquanto as reclamações trabalhistas têm exigido conhecimentos técnico-jurídicos que, em geral, o requerente do *jus postulandi* não dispõe.

Depois da reforma constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – que expandiu a competência da Justiça do Trabalho – o procedimento trabalhista se tornou ainda mais complicado, notadamente porque “várias ações, recursos e meios de impugnações de alta complexidade técnica foram incorporadas na prática trabalhista, como ações possessórias, ação rescisória, recursos de revista [...]”⁵¹. Por esse motivo, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) reconheceu que nas novas ações – as quais passaram a ser da competência da Justiça Especializada a partir da EC nº 45/04, mas não são estritamente relações de emprego – é indispensável o patrocínio de advogado⁵².

Outra questão relevante que o TST consolidou seu posicionamento foi a limitação da capacidade postulatória do *jus postulandi* até o fim a instância recursal ordinária, mediante a Súmula nº 425. Apesar de o artigo 791, da CLT, asseverar que as partes podem postular em juízo pessoalmente na Justiça do Trabalho até o final, o mencionado Tribunal sumulou entendimento no sentido de que o termo “até o final” não alcança os recursos de natureza extraordinária (Recurso de Revista e Recurso Extraordinário), bem como as ações autônomas (ação rescisória, mandado de segurança, dentre outras)⁵³.

Dessa forma, é possível deduzir que a ausência de um advogado, profissional técnico-jurídico, para qualquer das partes implica em prejuízos no decorrer do processo, especialmente para o reclamante pobre e pouco escolarizado. Ora, em regra, o empregador estará patrocinado por um advogado e, estando o trabalhador desacompanhado, haverá um desequilíbrio na relação processual incalculável, comprometendo o efetivo acesso à justiça.

Consequentemente, “Depreende-se desse contexto atual que o *jus postulandi*, inicialmente proposto como uma ferramenta facilitadora do acesso à Justiça do Trabalho acabou por se tornar um grande empecilho à efetividade da prestação jurisdicional [...]”⁵⁴.

O advento do processo eletrônico (PJe) também mitigou a utilização do *jus postulandi* na Justiça Especializada, pois, de modo virtual, os atos processuais passaram a ser realizados integralmente pelo sistema eletrônico dos Tribunais Regionais do Trabalho. Para o

⁵¹ POMBO, Michelle Pires Bandeira. *As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 78.

⁵² Instrução Normativa nº 27/2005.

⁵³ SÚMULA Nº 425 - JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

⁵⁴ POMBO, loc. cit..

demandante que litiga sem a assistência de um advogado, manusear o PJe pode ser algo muito penoso.

Ademais, com as alterações processuais introduzidas pela Lei nº 13.467/17, o *ius postulandi* se tornou ainda mais arriscado para a parte que o utiliza. Isso porque a CLT passou a disciplinar a imposição de pagamento de honorários periciais e advocatícios sucumbenciais, além das custas do processo, ainda que a parte seja beneficiária da gratuidade de justiça – o tema será apreciado adiante. Acrescenta-se a tais questões a nova redação dada ao § 1º do art. 840, da CLT, dispondo que os pedidos da reclamatória trabalhista devem ser certos, determinados e com indicação de seu valor, caso assim não sejam, os pedidos serão julgados extintos sem resolução do mérito, nos termos do novel § 3º, do mesmo artigo, incluído com a Reforma Trabalhista de 2017⁵⁵.

Não pairam dúvidas que, *ab initio*, o *jus postulandi*, foi desenhado no sentido de promover um maior acesso à justiça para a parte que não possui condições financeiras de custear o patrocínio da sua reclamação trabalhista por um advogado. No entanto, há de se perceber que, com o passar do tempo, o processo do trabalho tem se tornado cada vez mais complexo, exigindo o conhecimento técnico do direito. Sem embargo, é salutar compreender que “[...] entre os deveres constitucionais do Estado está a prestação de assistência jurídica as pessoas carentes, ressalta-se ainda, a obrigação dos sindicatos, considerados complemento do *jus postulandi*, em dar total assistência aos seus associados”⁵⁶.

Por tudo quanto exposto, conclui-se que a realização do princípio constitucional do acesso à justiça resta comprometida com o *ius postulandi*, na medida em que, embora este instituto permita uma maior facilidade na postulação judicial, sua utilização por pessoas com pouco nível educacional e sem nenhum conhecimento jurídico, indubitavelmente, afetará o êxito da demanda.

Em suma, é imperiosa a observância do art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, da CF/88, já que compete ao Estado prestar a assistência jurídica integral e gratuita aos menos favorecidos economicamente, devendo ainda promover a prestação jurisdicional efetiva, por meio de

⁵⁵ Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal.

§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

§ 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

§ 3º Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1º deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

⁵⁶ TEIXEIRA, Deisy Alves. O Jus Postulandi na Justiça do Trabalho. In: ASENSI, Felipe; FILPO, Klever Paulo Leal (Org.). *Direito, sociedade e solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, p. 241.

decisões que garantam o estabelecimento de uma ordem jurídica justa, isto é, o acesso substancial à justiça.

4 AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.467/17 NO PROCESSO DO TRABALHO RELACIONADAS AO ACESSO À JUSTIÇA

A Reforma Trabalhista de 2017 modificou substancialmente a Consolidação das Leis do Trabalho, de maneira que diversos artigos de direito material e processual foram redesenhados totalmente ou parcialmente. No âmbito do processo do trabalho, verifica-se que institutos como custas processuais (art. 789), concessão da gratuidade de justiça (art. 790), responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais (art. 790-B), honorários advocatícios (art. 791-A), sucumbência recíproca e parcial (§ 3º do art. 791-A) sofreram grandes reformas com a edição da Lei nº 13.467/17.

Neste capítulo, pretende-se examinar as principais modificações no direito processual do trabalho relacionadas ao acesso à justiça, avaliando-se cada um dos institutos jurídicos pertinentes ao tema. Nesse intuito, há de ser observada a possibilidade de tais reformas afetarem a garantia fundamental do acesso à justiça (art. 5º, XXXV e LXXIV, da CF/88), além de possível afronta a outros princípios constitucionais, como devido processo legal (art. 5º, LIV), isonomia (art. 5º, *caput*), ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV, CF/88), dentre outros. É o que se demonstrará a seguir.

4.1 CUSTAS PROCESSUAIS

Inicialmente, é necessário entender que as despesas judiciais representam o gênero, no qual os dispêndios processuais e extraprocessuais são espécies. Ao que se refere às custas judiciárias, elas possuem natureza tributária de taxa e existem para custear as atividades desenvolvidas pelos órgãos do Poder Judiciário, bem como seus auxiliares e delegatários. “Incluindo-se nesse conceito, além das custas de distribuição e de preparo do recurso, o porte de remessa e retorno dos autos à instância superior, as despesas de postagem de carta citatória ou intimatória, as despesas com certidões, autenticações e registros feitos pelos cartórios judiciais”¹.

¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da; BARRETO, Susana Cadore Nunes. A gratuidade de justiça e a assistência jurídica gratuita no novo Código de Processo Civil. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (Org.). *Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 23-37.

Além disso, mormente as partes precisam pagar pelos serviços de um advogado particular, tendo que arcar com os honorários advocatícios. Por esse motivo, Mauro Cappelletti e Bryant Garth classificaram o problema do custo do processo como o primeiro obstáculo para o acesso à justiça². Para os aludidos autores, tanto no sistema americano (que não obriga a parte vencida a reembolsar o ônus da sucumbência), quanto nos países europeus (os quais, majoritariamente, possuem tradição de exigir do vencido o reembolso das custas de sucumbência, *e. g.*, Inglaterra, Alemanha e França), a imposição ao pagamento de custas judiciárias e honorários advocatícios dificulta o acesso ao Judiciário da população menos privilegiada economicamente³.

Há de se esclarecer que o ordenamento jurídico brasileiro optou pela regra europeia, penalizando a parte vencida com o pagamento das custas e honorários sucumbenciais. No processo do trabalho, o § 1º do art. 789, da CLT, consagra esse princípio, ressaltando apenas os casos de recursos em que as custas devem ser recolhidas dentro do prazo recursal⁴.

Aclara Michelle Pires Bandeira Pombo que a maneira mais condizente com o princípio do acesso à justiça é se exigir o pagamento das custas ao final do processo de cognição, pois “diante da premissa de que houve a movimentação da máquina pública e, portanto, houve gastos do Estado com a demanda judicial, faz-se razoável que o custo pela movimentação do judiciário deva ser arcado para quem deu causa à lesão ou ameaça de lesão discutida em juízo”⁵. Noutras palavras, o ônus financeiro de pagar as custas e honorários deve estar com a parte vencida na demanda judicial, porquanto foi ela que deu ensejo ao processo, movimentando todo o aparato do Poder Judiciário. Isso pode ocorrer diretamente (quando o autor ingressa com uma ação) ou indiretamente (quando o réu, por seus atos, obriga o autor a pleitear judicialmente).

Com a Reforma Trabalhista de 2017, o *caput* do art. 789 da CLT foi modificado, no intuito de estabelecer um valor máximo para o pagamento das custas processuais, aplicável

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988, p. 15-18.

³ CAPPELLETTI; GARTH, loc. cit..

⁴ Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e o máximo de quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, e serão calculadas: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

[...]

§ 1º As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002).

⁵ POMBO, Michelle Pires Bandeira. *As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 49.

tanto nas ações individuais quanto nos dissídios coletivos do trabalho e ainda nas lides propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista. Há de se notar que esse teto foi fixado em quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social e que as bases de cálculos estão discriminadas nos incisos I, II, III e IV do mesmo dispositivo, os quais não foram alterados.

Cumpra observar, ademais, que esse novo regramento das custas na Justiça do Trabalho somente se aplica ao processo de conhecimento, de maneira que as custas judiciais devidas na fase de execução permanecem inalteradas, tanto é assim que não houve qualquer modificação ao art. 789-A, da CLT⁶. Semelhantemente, o artigo 789-B e os §§ 1º a 4º do art. 789 não sofreram reformas.

De um modo geral, essa alteração no *caput* do art. 789 da Consolidação tem sido festejada pelos grandes empresários, que são demandados nas reclamações trabalhistas. Afinal, existia um valor teto para o depósito recursal (art. 899, da CLT), com o propósito de não inibir o direito ao reexame da matéria pelo Tribunal, isto é, ao acesso à justiça em segundo grau de jurisdição. Entretanto, em relação às custas processuais não havia até então, qualquer limitação sobre a quantia que poderia ser cobrada, sendo estipulado apenas o percentual de 2% sobre o valor da condenação, quando houvesse, ou sobre o valor da causa, independentemente de qual fosse esse valor.

Manoel Antônio Teixeira Filho argumenta que era necessário trazer um equilíbrio para a sistemática das custas judiciais, assim como existe para o depósito recursal. Em suas próprias palavras: “Não fazia sentido, diante de uma condenação, digamos de R\$ 10.000.000,00, o réu depositar algo em torno de R\$ 11.000,00, a título de depósito para recorrer, mas ter que pagar R\$ 200.000,00 de custas, para a mesma finalidade (recorrer)”⁷. Por outro lado, Carlos Henrique Bezerra Leite discorda da necessidade de alteração legislativa, sustentando que:

A fixação do valor máximo das custas beneficia indubitavelmente os grandes litigantes causadores de macrolesões aos direitos sociais dos trabalhadores e que figuram como réus em reclusórias plúrimas ou em ações civis públicas, pois é sabido que nessas demandas há, via de regra, condenações em quantias vultosas⁸.

⁶ Art. 789-A. No processo de execução são devidas custas, sempre de responsabilidade do executado e pagas ao final, de conformidade com a seguinte tabela: (Incluído pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002).

⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 73.

⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho. In:

Segundo Bezerra Leite, a nova regra de limitação do valor das custas – introduzida pela Lei nº 13.467/17 – ofende o princípio da igualdade tributária, ao conferir tratamento diferenciado às grandes empresas para recolherem as custas judiciais (taxas), não mais pela sua capacidade contributiva, como outrora⁹.

Com efeito, a arrecadação da União em processos com condenações superiores a um milhão de reais deve diminuir, haja vista a nova redação do *caput* do art. 789 da CLT. Inobstante a isso, somente processos com condenações em grande monta é que serão beneficiados com a fixação do teto, uma vez que permanece o percentual de 2% sobre o valor da condenação ou o valor da causa. Agora, porém, limitado a quatro vezes o maior benefício do Regime Geral de Previdência Social.

Provavelmente, para as pequenas e médias empresas nada mudará, notadamente porque somente as condenações judiciais acima de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) que terão a redução no pagamento das custas, consoante o *caput* do art. 789, da Consolidação Trabalhista.

No próximo tópico, será estudado o benefício da justiça gratuita, que prevê a dispensa de exigibilidade do pagamento das custas processuais para o demandante hipossuficiente, nos termos do art. 790 e parágrafos, da CLT.

4.2 GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Wilson Alves de Souza conceitua a “gratuidade de justiça” (também conhecida como justiça gratuita) da seguinte forma: “[...] garantia conferida ao cidadão de ter acesso à justiça sem a necessidade do pagamento de taxa judiciária, custas e toda e qualquer outra despesa processual independentemente do resultado do julgamento da causa”¹⁰. É, portanto, uma concessão legal à parte que não dispõe de recursos financeiros para prover as despesas obrigatórias do processo judicial. Ora, o Estado avocou para si o monopólio da jurisdição, de

Revista Direito UNIFACS, Salvador, n. 208. 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5087/3250>. Acesso em 20.fev.2019.

⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho. In: *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 208. 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5087/3250>. Acesso em 20.fev.2019.

¹⁰ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 34.

sorte que havendo lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos, por quem quer que seja, a regra é que se postule ao Poder Judiciário a restauração da ordem jurídica.

Araken de Assis assevera que, antes de ingressar com uma ação na Justiça, o titular do suposto direito deverá aferir, além das perspectivas de êxito, o custo do processo, tendo em vista a existência de taxas pela simples utilização dos serviços judiciários. Ainda em conformidade com o mesmo autor, “[...] é natural que, evitando tornar a garantia judiciária inútil à maioria da população, e ao menos para os desprovidos de fortuna e recursos, a ordem jurídica estabeleça mecanismos de apoio e socorro aos menos favorecidos”¹¹.

Não por outro motivo, foi inserido o inciso LXXIV no art. 5º, da Constituição pátria, assegurando aos menos privilegiados financeiramente a assistência jurídica integral e gratuita. No item 3.3, examinou-se a distinção entre assistência judiciária e gratuidade de justiça, sendo ambas espécies do gênero assistência jurídica. Enquanto a assistência judiciária já foi estudada no aludido tópico, a justiça gratuita foi reservada para este momento.

No processo trabalhista, até 11 de novembro de 2017 (entrada em vigor da Lei nº 13.467), a redação do § 3º do art. 790 da CLT¹² dispunha que, a requerimento ou de ofício, era facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais concederem a gratuidade de justiça para aqueles que possuíssem renda de, no máximo, dois salários mínimos ou declarassem sua impossibilidade de custear as despesas processuais, sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família. Logo, bastava a simples declaração de hipossuficiência financeira para a concessão do benefício na Justiça do Trabalho.

Em face da vigência da Reforma Trabalhista, o § 3º do art. 790 da CLT foi modificado¹³, estabelecendo o novo patamar de até 40% (quarenta por cento) do maior benefício do Regime Geral de Previdência Social. Na redação anterior, o patamar para concessão de ofício era menor (dois salários mínimos), entretanto, para a pessoa física obter a gratuidade bastava a declaração de hipossuficiência financeira.

¹¹ ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 10.

¹² Art. 790 (...)

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002).

¹³ § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

Para Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado¹⁴, após as modificações trazidas pela Lei nº 13.467/17, em especial com a criação do § 4º no art. 790 da CLT¹⁵, acima do patamar legal deverá a parte, efetivamente, comprovar sua insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo, não bastando a simples declaração de hipossuficiência, como outrora se permitia.

A nova redação da Consolidação Trabalhista traz um grande risco para trabalhadores que recebem salários médios (acima de 40% do limite máximo do benefício do RGPS e abaixo de dez salários mínimos), que, provavelmente, terão receio em propor ações na Justiça do Trabalho em face da possibilidade de não serem beneficiados pela gratuidade. Isso porque, ainda que juntem ao processo comprovante de despesas familiares que lhes reduzam o salário disponível, competirá ao magistrado julgar se os documentos apresentados são suficientes para conceder a benesse. Sob este prisma, Teixeira Filho assevera:

A norma cria, portanto, um ônus formal – e, conseqüentemente, uma dificuldade – para a pessoa que desejar ser beneficiária da justiça gratuita, ao substituir a sua informal declaração de próprio punho pela comprovação de insuficiência de recursos financeiros para o pagamento de custas processuais. Cumpre-nos destacar que o CPC não exige essa comprovação, admitindo, por força de presunção, ser verdadeira a mera *alegação* feita por pessoa física (grifo do autor)¹⁶.

Infere-se, com isso, que a Lei nº 13.467/17 reformou o entendimento - outrora consolidado pelos Tribunais - acerca da concessão da justiça gratuita no processo do trabalho, sendo que a Súmula nº 463, do Tribunal Superior do Trabalho, foi revogada em parte¹⁷.

Há de se deduzir que existia no ordenamento jurídico pátrio a regra do antigo § 3º do art. 790 da CLT, que, por sua vez, garantia justiça gratuita pela simples declaração de hipossuficiência. Por conta disso, tem-se discutido se a sua revogação se afigura inconstitucional, em decorrência de possível afronta ao princípio da vedação do retrocesso social, além de outros princípios constitucionais. Nesse raciocínio, Escosteguy Castro assevera que “[...] é constitucionalmente inaceitável uma alteração legislativa que restrinja em

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 324.

¹⁵ § 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

¹⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 77.

¹⁷ Súmula nº 463 do TST. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017. I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015); [...].

tal dimensão o acesso à justiça, tornando demasiado arriscado e, portanto, impedindo a busca dos tribunais trabalhistas por expressiva parcela dos cidadãos”¹⁸.

Bem se vê que essa reforma na legislação trabalhista representa um retrocesso social para o processo do trabalho, na medida em que impõe uma exigência maior do que o Código de Processo Civil (CPC), este que, ao seu passo, dispõe no § 3º do art. 99¹⁹ que a pessoa natural tem presunção relativa de veracidade de suas alegações quanto ao direito à gratuidade de justiça. Assim, tendo em vista os princípios do acesso à justiça e da proteção ao trabalhador (*in dubio pro operário*), não deveria se infligir ao reclamante um ônus maior do que o exigido nas ações cíveis.

Importa relatar também que o novo § 4º do art. 790, da CLT, traz expressamente que “o benefício da gratuidade de justiça será concedido à parte [...]” (grifou-se). Com isso, vislumbra-se que quaisquer das partes (reclamante ou reclamado), ou mesmo aqueles que atuam como terceiro interessado na lide, podem obter o referido benefício, desde que comprovem a impossibilidade de custear as despesas processuais, podendo se utilizar de todos os meios de prova em direito admitidos.

Nessa perspectiva, Souza destaca que “[...] tal direito deve ser conferido ao necessitado que esteja a atuar como autor, réu, ou sob qualquer modalidade de intervenção de terceiro, ainda que como assistente simples ou recorrente como terceiro prejudicado”²⁰. Nas próximas linhas, serão observadas as peculiaridades para a concessão do benefício da justiça gratuita para as pessoas físicas e jurídicas.

4.2.1 Ao trabalhador

Como visto alhures, a Reforma Trabalhista de 2017 modificou o entendimento acerca dos possíveis beneficiários da gratuidade de justiça. Assim, aqueles que, em 2019, receberem salário maior que R\$ 2.333,78 (dois mil trezentos e trinta e três e setenta e oito centavos) não farão *jus* à gratuidade de ofício, sendo obrigados a comprovar documentalmente sua vulnerabilidade econômica. Isso porque o maior benefício do Regime Geral de Previdência

¹⁸ CASTRO, Antônio Escosteguy. *O acesso à Justiça e as alterações trazidas pela Lei 13.467/17: a reforma trabalhista e os seus impactos no processo do trabalho*. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/jornal/restricao-ao-acesso-justica-na-lei-13-46717/>. Acesso em 21.jan.2018.

¹⁹ § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

²⁰ SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011, p. 39.

Social equivale a R\$ 5.839,45 (cinco mil oitocentos e trinta e nove reais e quarenta e cinco centavos) em 2019²¹.

Nos dias atuais, o valor de R\$ 2.333,78 não é uma quantia significativa, porquanto o custo de vida no Brasil tem se tornado cada vez maior. Ademais, a Constituição de 1988, em seu inciso LXXIV do art. 5º faz menção à “insuficiência de recursos”, não impondo a exigência de miserabilidade para a concessão do direito. Araken de Assis coaduna com esse pensamento:

[...] o estado de indigência, a miséria absoluta, e até mesmo a pobreza declarada (art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50) constituem a base mínima da gratuidade. O pobre, o miserável e o indigente merecem, por sem dúvida, a tutela do benefício. Mas seu campo de atuação é bem mais amplo²².

Wilson Alves de Souza também compartilha do entendimento de que para obter o direito à gratuidade de justiça não é preciso comprovar o estado de miserabilidade. Vale apresentar as suas palavras: “[...] não se exige que o postulante esteja a depender de terceiros para sobreviver, como também não é o caso de exigir alienação de pequeno patrimônio que dispõe ou colocar em dificuldade sua sobrevivência pessoal ou da sua família”²³. Resta claro, portanto, que o conceito de “pessoa necessitada” não se limita a um estado de miserabilidade, devendo o magistrado examinar cada caso concreto, a fim de averiguar se as despesas do processo judicial podem interferir no sustento do pleiteante da gratuidade ou de sua família.

Forçoso compreender que a não concessão do benefício pode ocasionar uma litigiosidade reprimida. Significa dizer que pessoas detentoras de uma pretensão jurídica podem ser desencorajadas a buscar o Poder Judiciário ao saberem dos custos do processo e que talvez o resultado da reclamatória trabalhista não compense os dispêndios de dinheiro e tempo.

Por fim, ressalta-se que, no caso de pessoas físicas, o benefício da gratuidade de justiça se extingue com a morte do beneficiário, conforme o art. 10, da Lei nº 1.060/1950²⁴. Dessa forma, os cessionários ou os herdeiros do direito que precisarem da benesse terão que pleitear para si a justiça gratuita, devendo cumprir os requisitos legais. Isso ocorre porque o

²¹ BRASIL. *Teto INSS 2019* – qual é o valor, tabela de contribuição e quem têm direito. Disponível em: <https://tabeladoinss2019.com/teto-inss-2019/>. Acesso em 25.jan.2019.

²² ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 18.

²³ SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011, p. 35.

²⁴ Art. 10. São individuais e concedidos em cada caso ocorrente os benefícios de assistência judiciária, que se não transmitem ao cessionário de direito e se extinguem pela morte do beneficiário, podendo, entretanto, ser concedidos aos herdeiros que continuarem a demanda e que necessitem de tais favores, na forma estabelecida nesta Lei.

benefício da gratuidade é um direito personalíssimo, ou seja, não pode ser exercido por terceiros.

4.2.2 Ao empregador

Como já explicitado, as custas judiciais possuem natureza tributária de taxa, em decorrência do serviço público de prestação jurisdicional. Por ser tributo, as custas judiciais devem obedecer ao princípio da imunidade tributária, previsto no art. 150, VI, “a”, da CF/88²⁵, esse princípio isenta a fazenda pública do recolhimento das taxas judiciais. No entanto, em caso de sucumbência, as demais despesas devem ser custeadas pelo ente federativo que deu ensejo ao processo, notadamente por não terem a natureza de tributo os emolumentos, os honorários advocatícios e periciais, dentre outros dispêndios decorrentes da demanda judicial.

Nessa toada, o art. 790-A, da Consolidação, praticamente repetiu o texto constitucional para assegurar a isenção de custas judiciais à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos municípios, às respectivas autarquias e fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica, bem como ao Ministério Público do Trabalho²⁶. Salvo essa hipótese do art. 790-A, não se tem outras isenções legais à imposição ao pagamento das custas, contudo, existem os casos de dispensa de exigibilidade.

Assim ocorre com a massa falida, consoante expõe a Súmula nº 86 do TST²⁷, que é desobrigada de recolher as custas e o depósito recursal, em face da presunção de impossibilidade financeira quando declarada judicialmente a falência empresarial. Logo, “[...]”

²⁵ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

²⁶ Art. 790-A. São isentos do pagamento de custas, além dos beneficiários de justiça gratuita: (Incluído pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

I – a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias e fundações públicas federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica; (Incluído pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

II – o Ministério Público do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional, nem exime as pessoas jurídicas referidas no inciso I da obrigação de reembolsar as despesas judiciais realizadas pela parte vencedora. (Incluído pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

²⁷ Súmula nº 86 do TST. DESERÇÃO. MASSA FALIDA. EMPRESA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 31 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 Não ocorre deserção de recurso da massa falida por falta de pagamento de custas ou de depósito do valor da condenação. Esse privilégio, todavia, não se aplica à empresa em liquidação extrajudicial. (primeira parte - ex-Súmula nº 86 - RA 69/78, DJ 26.09.1978; segunda parte - ex-OJ nº 31 da SBDI-1 - inserida em 14.03.1994)

o recurso da massa falida não é considerado deserto caso o preparo trabalhista não seja efetuado, no entanto, o valor das custas processuais será incluído nas contas de liquidação no juízo trabalhista, que remeterá a sentença líquida para ser executada no juízo falimentar²⁸.

Cumprido lembrar que tal benefício não foi estendido às empresas em liquidação extrajudicial, por não terem declarada sua falência em um processo judicial. Destarte, não há que se sustentar a presunção de impossibilidade financeira nesse caso, nos termos da referida Súmula nº 86, do TST. As pessoas jurídicas também possuem o direito ao benefício da gratuidade de justiça. Todavia, para os empregadores pessoas jurídicas, a concessão da benesse é ainda mais restrita.

Antes do Código de Processo Civil de 2015 entrar em vigor, a jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas admitia a concessão da gratuidade apenas para empregadores que são pessoas físicas, entidades sem fins lucrativos e o microempreendedor individual. Com a vigência do novo CPC, até as sociedades empresariais passaram a fazer jus ao benefício, porém, devem comprovar documentalmente seu estado de hipossuficiência financeira. O art. 98 da nova lei processual civil²⁹ consolidou o entendimento já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, garantindo à pessoa jurídica – com ou sem fins lucrativos – o direito à gratuidade, desde que demonstre sua impossibilidade financeira de custear as despesas do processo³⁰.

Conforme Araken de Assis, o inciso LXXIV do art. 5º, da CF/88, não distingue entre pessoas físicas e jurídicas. Deste modo, uma vez constatada a impossibilidade de a pessoa jurídica arcar com as despesas do processo, deve-lhe ser concedido o benefício, sob pena de lesão ao princípio do acesso à justiça³¹. Com base nessa doutrina, a Reforma Trabalhista inseriu o § 4º no art. 790 da CLT, dispondo expressamente que a justiça gratuita será concedida à parte que comprovar insuficiência de recursos. No mesmo sentido, foi editada a Súmula nº 463, II, do TST³², ratificando que a pessoa jurídica deve juntar ao processo elementos probatórios que demonstrem robustamente sua insuficiência financeira.

²⁸ POMBO, Michelle Pires Bandeira. *As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 58.

²⁹ Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

³⁰ Súmula 481: Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

³¹ ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

³² Súmula nº 463 do TST: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017. [...] II – No

Inobstante a isso, a jurisprudência da Justiça do Trabalho estava resistindo a conceder a dispensa de recolhimento do depósito recursal à pessoa jurídica beneficiária da justiça gratuita, sob o argumento de que tal depósito não integra as custas judiciais, tratando-se de garantia do juízo para possível execução por quantia³³. Sucedeu que a Lei nº 13.467/17 introduziu o § 10 ao art. 899, do texto Consolidado³⁴, permitindo que o beneficiário da gratuidade seja isento de recolher o depósito recursal, assim como as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial. Com isso, o Tribunal Superior do Trabalho começou a admitir recursos interpostos sem o preparo pelos beneficiários da justiça gratuita³⁵.

Além disso, não há que se exigir do beneficiário da gratuidade o recolhimento do depósito recursal, porquanto o inciso VIII do § 1º, do CPC, esclarece que a gratuidade compreende os depósitos previstos em lei para interposição de recurso³⁶. Portanto, havendo no processo demonstração cabal da insuficiência de recursos econômicos da pessoa jurídica, deve ser concedido o benefício da justiça gratuita.

Acrescenta-se ainda que a Constituição dispõe no inciso LXXIV, do seu art. 5º, que a assistência jurídica é “integral e gratuita”, isso significa que inclui todas as fases processuais de uma ação judicial ou administrativa. Desse modo, precisa ser garantido o acesso à justiça

caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

³³ Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora. (Redação dada pela Lei nº 5.442, de 24.5.1968) (Vide Lei nº 7.701, de 1988)

§ 1º Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vezes o salário-mínimo regional, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância de depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz. (Redação dada pela Lei nº 5.442, de 24.5.1968)

³⁴ Art. 899 [...]

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

³⁵ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nº 13.015/2014, 13.105/2015 E 13.467/2017 - DESCABIMENTO. DESERÇÃO DO RECURSO DE REVISTA. REQUERIMENTO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. AUSÊNCIA DO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS E DO DEPÓSITO RECURSAL. EMPREGADOR PESSOA JURÍDICA. 1. Com o advento da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a CLT passou a disciplinar que "são isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial" (art. 899, § 10º, da CLT). Por sua vez, o § 4º do art. 790 da CLT somente autoriza a concessão dos benefícios da justiça gratuita "à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo". No mesmo sentido, o atual item II da Súmula 463 do TST, ao abordar a concessão da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas. Na hipótese, não comprovada a incapacidade atual para arcar com as despesas processuais, desmerecido o benefício. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST - AIRR: 105169420165030136, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 31/10/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/11/2018).

³⁶ Art. 98 [...]

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

[...]

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

também em segundo grau de jurisdição, além dos direitos à ampla defesa e contraditório. Assim, não pairam dúvidas que o recolhimento do depósito recursal deve ser dispensado ao beneficiário da gratuidade, seja ele pessoa física ou jurídica.

4.3 HONORÁRIOS PERICIAIS

Antes da Reforma Trabalhista de 2017, quando a parte sucumbente na perícia era beneficiária da gratuidade de justiça competia à União arcar com os honorários periciais, como disposto no art. 790-B³⁷. No entanto, a Lei nº 13.467 alterou o *caput* do art. 790-B e também acrescentou parágrafos ao citado artigo. O novel art. 790-B e o seu § 4º estabeleceram como responsabilidade do beneficiário da gratuidade o dever de custear a perícia, nas situações em que for vencido no objeto do exame, podendo, inclusive, o valor ser deduzido dos créditos do reclamante, mesmo que em outro processo³⁸.

Dessa maneira, a partir da vigência da Reforma Trabalhista, apenas nos casos em que o beneficiário da justiça gratuita não tiver obtido em juízo créditos suficientes para arcar com os honorários periciais é que a responsabilidade do custeio passará para a União.

Há de se esclarecer, por oportuno, que quanto à expressão “ainda que em outro processo”, contida do § 4º do art. 790-B, somente pode se aplicar a outra demanda trabalhista, não se estendendo a outros processos do reclamante existentes em outras esferas do direito, como cível, consumerista, previdenciário, etc.. Isso porque a retenção de créditos em ações – que não são da competência da Justiça do Trabalho – pode caracterizar-se como confisco³⁹. Ressalta Escosteguy Castro⁴⁰ que apenas poderiam ser objeto de retenção valores ainda a pagar, pois se tais valores já houverem sido recebidos pelo trabalhador, a coisa julgada e o direito adquirido obstam qualquer cobrança.

³⁷ Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita. (incluído pela Lei nº10.537, de 2002)

³⁸ Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017); [...]

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

³⁹ CASTRO, Antônio Escosteguy. *O acesso à Justiça e as alterações trazidas pela Lei 13.467/17: a reforma trabalhista e os seus impactos no processo do trabalho*. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/jornal/restricao-ao-acesso-justica-na-lei-13-46717/>. Acesso em 21.jan.2018.

⁴⁰ CASTRO, loc. cit..

A constitucionalidade dessa nova redação do art. 790-B tem sido muito questionada, tanto é assim que a Procuradoria Geral da República, na ADI nº 5.766, busca a declaração de inconstitucionalidade do termo “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, presente no *caput* do citado dispositivo. Ora, o inciso LXXIV do art. 5º, da Carta de 1988, determina que a assistência jurídica deve ser prestada pelo Estado de forma integral e gratuita aos necessitados financeiramente. A expressão “integral” significa do início ao fim, isto é, sem restrições.

Destarte, não poderia uma lei infraconstitucional suprimir um direito fundamental resguardado pela Constituição Federal, visto que o texto constitucional não deixa dúvidas que a assistência jurídica deverá ser integral e gratuita aos necessitados. Logo, há de se perceber que os beneficiários da gratuidade de justiça não devem ser compelidos a custear os honorários periciais, ainda que sejam sucumbentes em uma reclamação trabalhista, notadamente por estarem sob a proteção da Lei Suprema do Brasil.

Demais disso, mesmo que o *caput* do art. 790-B e seu § 4º, da CLT, não sejam julgados inconstitucionais pelo STF, convém notar que a Lei nº 13.467/17 impôs ao processo do trabalho exigências mais rígidas do que as encontradas no CPC, já que o § 3º do art. 95, do novel CPC⁴¹, apresenta duas hipóteses para o custeamento do serviço, quais sejam: (i) pode ser custeada com recursos do orçamento do ente público; (ii) ou paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular.

Por qual razão atribuir ao trabalhador/reclamante (mormente o beneficiário da justiça gratuita) regras mais rigorosas do que aquelas impostas ao autor de uma demanda cível? Há quem sustente que foi necessária a inserção do § 4º e a alteração do *caput* do art. 790-B, da CLT, argumentando que “É superlativo o número de ações em que a parte requer a realização de perícia sem fundamento, apenas porque não decorrerá, para ela, quaisquer ônus”⁴².

Forçoso advertir que, em regra, o demandante de uma ação judicial deseja que o seu processo seja o mais breve possível, tendo em vista sua pretensão jurídica resistida pelo

⁴¹ Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

[...]

§ 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;

II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

⁴² Justificativa do Projeto de Lei nº 6.787/2016, Emenda 623, apresentada pelo deputado Paulo Abi-Ackel (PSDB/MG).

demandado. Por outro lado, a produção de prova pericial faz com que o processo se estenda por mais tempo do que o habitual. Assim, não há uma razão lógica para se acreditar que o reclamante venha a requerer a produção de prova pericial apenas para aventurar um possível direito.

Ainda que assim fosse, tal direito não poderia ser cerceado, uma vez que nas relações cíveis (que não dispõem do princípio da proteção, como existe no processo do trabalho) é plenamente admissível que o beneficiário da gratuidade pleiteie a produção de prova pericial por acreditar que possui um determinado direito, quando, em verdade, não possui. Portanto, “O caráter protetivo do Direito do Trabalho não pode permitir amparo inferior ao trabalhador que aquele alcançado ao cidadão no direito comum. Seria reconhecer uma ‘*capitis diminutio*’ pelo fato de ser trabalhador, o que contraria o básico princípio constitucional da isonomia”⁴³.

Afinal, o beneficiário da gratuidade deve ter igual tratamento, não podendo ser menosprezado por pleitear direitos trabalhistas, ao passo em que nas demandas cíveis não existem tais limitações para a concessão plena da justiça gratuita. Pelo contrário, o CPC - reformado em 2015 - trata da matéria de forma ampla e assegura o direito à gratuidade de maneira integral.

Constata-se, por fim, que a Constituição pátria garante a intangibilidade das verbas alimentares, as quais são impenhoráveis⁴⁴, sendo que a sua retenção pode ser caracterizada como crime⁴⁵. Consequentemente, uma vez que as verbas rescisórias da relação de trabalho possuem caráter alimentar⁴⁶, a incidência do § 4º do art. 790-B, da CLT, está limitada às verbas não alimentares, como são, em regra, as indenizações.

⁴³ CASTRO, Antônio Escosteguy. *O acesso à Justiça e as alterações trazidas pela Lei 13.467/17: a reforma trabalhista e os seus impactos no processo do trabalho*. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/jornal/restricao-ao-acesso-justica-na-lei-13-46717/>. Acesso em 21.jan.2018.

⁴⁴ Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

⁴⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

⁴⁶ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009);

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

4.4 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A Lei nº 13.467/17 modificou o entendimento dos Tribunais da Justiça do Trabalho, prevendo a possibilidade de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais nas reclamações trabalhistas, nos recursos e até na reconvenção. A Reforma Trabalhista também implementou a sucumbência recíproca e parcial, que não era aplicada no processo do trabalho. Todos esses pormenores sobre os honorários advocatícios serão explanados nas linhas a seguir.

4.4.1 A (in)aplicabilidade dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho

No Brasil, o debate sobre os honorários advocatícios de sucumbência surge a partir da vigência do Código de Processo Civil de 1939, derivado do princípio da integralidade da reparação do dano. Yussef Said Cahali⁴⁷ explica que “A lei, no ápice de uma longa evolução histórica, acolhe a regra da sucumbência, entendendo, com isso, que o direito deve ser reintegrado inteiramente, como se a decisão fosse proferida no mesmo dia da demanda”. O mencionado autor ainda completa que “[...] a idéia de culpa se substitui, assim, a idéia de risco [sic]; quem litiga, o faz a seu risco, expondo-se, pelo só fato de sucumbir, ao pagamento das despesas”⁴⁸.

Nada obstante, o instituto dos honorários de sucumbência não era considerado aplicável à Justiça do Trabalho, porque nela prevalecia o *jus postulandi*, não sendo obrigatória a presença de advogado nas reclamações trabalhistas. Assim, em decorrência da facultatividade, afirmava-se que não se poderia onerar o vencido com despesas que a lei não reputava obrigatórias.

⁴⁷ CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 50.

⁴⁸ CAHALI, loc. cit..

Tendo por base esse raciocínio, foi formulada a Súmula nº 219, do TST⁴⁹, que admitia a condenação em honorários sucumbenciais somente quando, simultaneamente, fossem preenchidos os seguintes requisitos: 1º - ser o reclamante patrocinado pelo sindicato de sua categoria profissional; 2º - comprovar que auferir renda inferior ao dobro do salário mínimo legal ou encontrar-se em situação financeira que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família. Em face da aprovação da Lei nº 13.467/17, a referida Súmula deverá ser reeditada, porquanto o seu conteúdo restou prejudicado pela alteração da CLT.

Semelhantemente, deve ser revista a Súmula nº 633 do Supremo Tribunal Federal⁵⁰, visto que sua redação expressamente veda a condenação de honorários no processo do trabalho em recursos extraordinários. Com a Reforma Trabalhista, o art. 791-A, da CLT, introduziu o direito aos honorários sucumbenciais, entre o mínimo de 5% e o máximo de 15%, ainda que o advogado esteja atuando em causa própria⁵¹.

O § 1º, do aludido dispositivo legal, consolidou o entendimento de que cabe honorários sucumbenciais em face da Fazenda Pública, bem como nos processos em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria, seguindo a inteligência

⁴⁹ Súmula nº 219 do TST: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016. I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) 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. (art.14, §1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I). II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90). V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º). VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

⁵⁰ É incabível a condenação em verba honorária nos recursos extraordinários interpostos em processo trabalhista, exceto nas hipóteses previstas na Lei 5584/1970.

⁵¹ Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - o grau de zelo do profissional; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - o lugar de prestação do serviço; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - a natureza e a importância da causa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

do novel CPC que, em 2015, alterou a redação da Súmula nº 219, do TST⁵². Outrossim, o § 2º do art. 791-A, da CLT, adotou os parâmetros previstos na nova lei processual civil para arbitrar a porcentagem do valor dos honorários advocatícios sucumbenciais, repetindo, basicamente, o quanto disposto no art. 85, § 2º, incisos I a IV, do CPC. Esse percentual (de 5% a 15%) deve ser calculado com base no valor definido na liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, o valor atualizado da causa (*caput*, do art. 791-A, da CLT).

Imperioso destacar que tais regras somente incidirão nos processos trabalhistas em que as sentenças forem posteriores à entrada em vigor da Lei nº 13.467/17 (ocorrida em 11/11/2017), tendo em vista o princípio do isolamento dos atos processuais e da segurança jurídica, vigentes no ordenamento jurídico pátrio⁵³.

Cumpra refletir se a alteração acerca da aplicabilidade do princípio da sucumbência na Justiça do Trabalho é benéfica ao empregado, pois, a partir de agora, o reclamante pode ser condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais. Logicamente, o medo de uma condenação ao pagamento de custas e honorários deverá influenciar na diminuição das reclamações trabalhistas ajuizadas, afinal, o reclamante terá que examinar se seu caso possui reais probabilidades de ser julgado procedente. Para Teixeira Filho⁵⁴, essa reforma no sistema trabalhista poderá desafogar a Justiça do Trabalho, afastando demandas temerárias e infrutíferas.

Em contrapartida a esse pensamento, Escosteguy Castro⁵⁵ sustenta que “[...] o direito a postular, a buscar a intervenção judicial, ainda que tênues as chances de vitória, é uma forma de assegurar o cumprimento dos direitos trabalhistas”. Ademais, a garantia constitucional de acesso à justiça também será afetada pela citada mudança legislativa, notadamente por criar um óbice ao empregado que, comumente, sequer possui informação se “seu caso” possui chance de ser deferido pelo Judiciário.

Infere-se, assim, que a Lei nº 13.467/17 alterou a CLT para introduzir ao processo do trabalho o princípio da sucumbência, aplicando-se subsidiariamente o CPC. Bem se vê que a referida modificação no sistema processual trabalhista trará alguns benefícios, especialmente

⁵² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 86.

⁵³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 18.

⁵⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr Editora, 2017.

⁵⁵ CASTRO, Antônio Escosteguy. *O acesso à Justiça e as alterações trazidas pela Lei 13.467/17: a reforma trabalhista e os seus impactos no processo do trabalho*. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/jornal/restricao-ao-acesso-justica-na-lei-13-46717/>. Acesso em 21.jan.2018.

aos advogados que passarão a receber honorários advocatícios sucumbenciais. Por outro lado, a condenação ao pagamento de honorários ao reclamante hipossuficiente poderá ocasionar uma litigiosidade reprimida, ao inibir pretensões jurídicas do trabalhador por medo de condenação em custas e honorários. Isso pode mitigar a garantia constitucional de acesso à justiça e, ainda, ao princípio da proteção instrumental ao empregado, consagrado em diversos pontos da legislação trabalhista, conforme demonstrado acima.

4.4.2 A sucumbência recíproca e parcial inserida pela Reforma Trabalhista

No processo do trabalho, a Lei nº 5.584/70 – que disciplinava a concessão e a prestação da assistência judiciária e da gratuidade de justiça – estabelecia que as despesas processuais eram devidas integralmente pelo reclamado, por menor que fosse a sua sucumbência. Ora, era um raciocínio bastante diferente da sucumbência proporcional vigente no direito processual civil, em que vigora o princípio da isonomia entre as partes. Já na Justiça do Trabalho, entendia-se que o princípio da proteção ao hipossuficiente impedia que se impusesse ao empregado o ônus da sucumbência, não se aplicando os honorários advocatícios sucumbenciais ao reclamante vencido⁵⁶.

Apesar disso, em 2017, a Reforma Trabalhista introduziu o art. 791-A e seus parágrafos à Consolidação. O § 3º desse artigo dispõe acerca dos honorários recíprocos e parciais, uma novidade na processualística trabalhista.

Segundo Luciano Martinez, “[...] haverá uma natural retração de quem pede em decorrência dos riscos de assumir honorários de sucumbência sobre o que não se ganhará”⁵⁷. Este tema ainda precisará ser bastante debatido pela doutrina e jurisprudência, pois, na Justiça do Trabalho, o comum é que as demandas contenham diversos pedidos.

Contudo, o caso mais emblemático é o do pedido de indenização por danos morais, visto que, por vezes, o aludido pleito é requerido apenas para que a reclamação trabalhista seja processada e julgada sob o rito ordinário, porquanto, conforme determina o *caput* do art.

⁵⁶ CASTRO, Antônio Escosteguy. *O acesso à Justiça e as alterações trazidas pela Lei 13.467/17: a reforma trabalhista e os seus impactos no processo do trabalho*. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/jornal/restricao-ao-acesso-justica-na-lei-13-46717/>. Acesso em 21.jan.2018.

⁵⁷ MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista – entenda o que mudou*: CLT comparada e comentada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 211.

852-A⁵⁸, abaixo de quarenta salários mínimos a reclamatória deve seguir, necessariamente, o rito sumaríssimo. Por essa razão, quando o advogado do reclamante entendia que seria mais conveniente à petição inicial seguir o procedimento ordinário (e os pedidos que o demandante faz *jus* não ultrapassam os quarenta salários mínimos), era de praxe que se incluísse na ação trabalhista um pedido de danos morais, no único intuito de se ter a elevação do valor da causa.

Agora, porém, é possível a condenação em custas e em honorários advocatícios sucumbenciais ao trabalhador, logo, o patrono do reclamante terá que repensar as suas estratégias para não prejudicar o seu cliente. Demais disso, é corriqueiro que o pedido de danos morais seja formulado em valor superior ao que mormente é concedido pelo Judiciário, isso vale tanto para a Justiça comum quanto à Especializada.

Não por outro motivo, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula de nº 326, que dispõe sobre a inaplicabilidade da sucumbência recíproca nos casos de condenação em montante inferior ao postulado na petição inicial, nas ações por danos morais⁵⁹. Esse entendimento deve ser seguido na Justiça do Trabalho, especialmente porque a legislação trabalhista pouco disciplina a temática, devendo-se observar o quanto disposto no direito processual civil⁶⁰.

Convém mencionar que, nos casos de sucumbência em parte mínima de uma das partes, também deverá incidir a regra prevista no parágrafo único, do art. 86, do CPC⁶¹, uma vez que a CLT e as demais leis trabalhistas são omissas quanto ao tema.

A parte final do § 3º do art. 791-A, da CLT, discorre acerca da vedação da compensação entre os honorários sucumbenciais. Isso ocorre por uma razão lógica, qual seja: os honorários são destinados aos patronos das partes, sendo uma remuneração pelo trabalho dos advogados. De tal modo, ainda que os valores devidos de honorários sucumbenciais sejam iguais para as partes, não se admite a compensação, por se tratar de uma verba para os

⁵⁸ Art. 852-A. Os dissídios individuais cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação ficam submetidos ao procedimento sumaríssimo. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)

Parágrafo único. Estão excluídas do procedimento sumaríssimo as demandas em que é parte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)

⁵⁹ Súmula 326/STJ - 07/06/2006. Responsabilidade civil. Dano moral. Honorários advocatícios. Condenação em montante inferior ao pedido. Sucumbência recíproca. Inexistência. CPC/1973, art. 20 e CPC/1973, art. 21. CF/88, art. 5º, V e X. Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

⁶⁰ CASTRO, Antônio Escosteguy. *O acesso à Justiça e as alterações trazidas pela Lei 13.467/17: a reforma trabalhista e os seus impactos no processo do trabalho*. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/jornal/restricao-ao-acesso-justica-na-lei-13-46717/>. Acesso em 21.jan.2018.

⁶¹ Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.

advogados, devendo autor e réu arcar com as suas respectivas sucumbências. Mauro Schiavi⁶² destaca que:

A previsão da sucumbência recíproca configura a alteração mais significativa da novel legislação, pois altera, em muito, o protecionismo processual que é um dos pilares de sustentação do processo trabalhista, e pode em muitos casos inviabilizar ou ser um fator inibitório do acesso à justiça da parte economicamente fraca.

Há de se advertir, por oportuno, que o beneficiário da gratuidade de justiça somente estará dispensado do pagamento dos aludidos honorários quando não obtiver em juízo – mesmo que em outro processo – créditos capazes de suportar a despesa, de sorte que o valor da sucumbência ficará sob condição suspensiva de exigibilidade, consoante o § 4º do mesmo dispositivo legal⁶³.

Nos termos da lei, se o beneficiário da gratuidade de justiça ficar vencido (ainda que parcialmente), as obrigações decorrentes de sua sucumbência permanecerão sob condição suspensiva de exigibilidade até dois anos após o trânsito em julgado da decisão, já que – dentro desse prazo – o credor pode comprovar que cessou a situação de hipossuficiência financeira do beneficiário da gratuidade de justiça. Entretanto, passados os dois anos, extingue-se a exigibilidade do crédito.

Demais disso, o novel art. 791-A, em seu § 5º, prevê expressamente a incidência de honorários sucumbenciais também nas reconvenções⁶⁴. As ações reconventionais seguem a disciplina do Código de Processo, haja vista que a CLT pouco estabelece sobre a matéria.

Com efeito, Escosteguy Castro⁶⁵ alerta que “[...] a instituição dos honorários sucumbenciais recíprocos na Justiça do Trabalho mais uma vez caracteriza retrocesso social constitucionalmente inaceitável”, de sorte que o disposto no § 3º do art. 791-A, da CLT, afronta o princípio da proteção ao trabalhador, tutelado pela legislação trabalhista e respaldado na Constituição de 1988. Mauro Schiavi também compartilha desse pensamento,

⁶² SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 85.

⁶³ Art. 791-A. (...)

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

⁶⁴ § 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

⁶⁵ CASTRO, Antônio Escosteguy. *O acesso à Justiça e as alterações trazidas pela Lei 13.467/17: a reforma trabalhista e os seus impactos no processo do trabalho*. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/jornal/restricao-ao-acesso-justica-na-lei-13-46717/>. Acesso em 21.jan.2018.

ao escrever que “[...] de nossa parte, a sucumbência recíproca deverá ser vista com muita sensibilidade pelo Judiciário Trabalhista de modo a não obstar a missão histórica da Justiça Trabalhista que é facilitar o acesso à Justiça ao trabalhador”⁶⁶.

Por tudo quanto exposto, há de se concluir que a supra referida alteração legislativa trouxe uma significativa melhora para os patronos das partes. Contudo, para o trabalhador vulnerável economicamente, os honorários sucumbenciais podem representar grande preocupação, notadamente porque a partir de 11 de novembro de 2017 as decisões prolatadas das demandas trabalhistas poderão condenar o reclamante a custear despesas processuais e honorários. Este fato, por si só, é capaz de inibir muitos trabalhadores de ingressarem com ações na Justiça do Trabalho.

4.5 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

Com o advento da Carta de 1988, os valores da solidariedade, equidade e humanidade foram consagrados e positivados pela nova ordem constitucional. Não por outro motivo, o Código Civil de 2002 dispôs expressamente sobre os princípios da boa-fé objetiva, função social dos contratos, equivalência material e justiça contratual.

Esses princípios sociais contratuais foram inspirados na Constituição, ao prever como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁶⁷. A noção de que os contratos não mais são regidos pela total autonomia da vontade, mas por princípios contratuais sociais, também influenciou na edição do Código de Processo Civil de 2015, em que se vislumbra, de modo expresso, a necessidade de se observar o princípio da boa-fé processual⁶⁸.

É notável que o conceito de boa-fé possa ser dividido em subjetivo e objetivo: sendo a feição subjetiva inerente ao estado introspectivo da pessoa, isto é, analisa suas intenções, seus desejos internos; ao contrário, está a boa-fé objetiva, que exige uma conduta positiva dos indivíduos em suas relações jurídicas⁶⁹. Nesse mesmo raciocínio, elucida Fredie Didier Júnior

⁶⁶ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 85.

⁶⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

⁶⁸ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁶⁹ BRITO, Andréa Carvalho. *A boa-fé objetiva como critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea*. 2011. 251f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 148.

que “O art. 5º do CPC não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé *objetivamente* considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções” (grifo do autor)⁷⁰.

Todos os atores da lide (autor, réu, magistrado e, eventualmente, terceiro interessado) devem obedecer ao princípio da boa-fé no decorrer de qualquer processo, tendo em vista que:

Não há quem discorde que a boa-fé objetiva (também chamada de boa-fé obrigacional ou contratual) representa um modelo de “eticização” da conduta social, traduzindo em *standarts* jurídicos que padronizam as regras de comportamento que, no modelo atual de contrato, fundamentam-se no valor da ética materializado nos parâmetros de lealdade, correção, reciprocidade, cooperação, dentre outras atitudes socialmente esperadas de um homem médio [...]”⁷¹.

Conforme entendimento consolidado pela jurisprudência nacional⁷², os principais deveres anexos ou laterais da boa-fé objetiva são: informação, lealdade e cooperação. É claro que, a partir deles, surgem outros desdobramentos e obrigações.

O dever de informação obriga às partes contratantes a comunicarem mutuamente acerca de “[...] todos os aspectos da relação contratual, possíveis efeitos e quaisquer circunstâncias que possam advir do vínculo, tanto na fase das negociações preliminares quando da celebração do contrato, quanto durante todo o pacto e após o seu término”⁷³. Quando o CDC (Código de Defesa do Consumidor) impõe ao fornecedor o dever de esclarecer ao consumidor sobre dado essencial do produto ou serviço, respalda-se no dever acessório da informação.

A obrigação de agir com lealdade implica no comprometimento das partes contratantes de atuarem com transparência e sinceridade, é o dever de zelar pelo que é justo, ainda que isso possa comprometer o melhor ganho individual ou material⁷⁴. Cita-se como exemplo, o dever de guardar sigilo ao que se refere ao conteúdo conhecido durante as negociações contratuais, os quais, uma vez revelados, podem prejudicar a outra parte.

⁷⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 104.

⁷¹ BRITO, Andréa Carvalho. *A boa-fé objetiva como critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea*. 2011. 251f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 167.

⁷² Nesse sentido, nota-se a decisão do STJ no AREsp: 262823 MT 2012/0250532-2, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 08/05/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186848184/agravo-em-recurso-especial-aresp-262823-mt-2012-0250532-2>. Acesso em 21.fev.18.

⁷³ GONTIJO, Patrícia Maria Oliva. Boa-fé objetiva: deveres anexos e pós-eficácia das obrigações. *Revista Jurídica UNIARAXÁ*, Araxá, v. 14, n. 13, p. 130-131, 2010.

⁷⁴ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

Por último, o dever de cooperação mútua, em que se exige das partes a assistência no que tange ao objeto do contrato durante e após sua execução. É o que ocorre no caso das montadoras de automóveis, as quais possuem a obrigação de fabricar peças de reposição até mesmo depois de encerrada a produção do modelo de automóvel ou o serviço de assistência técnica dos produtos⁷⁵.

No direito material, a inobservância dos aludidos deveres anexos da boa-fé objetiva ocasionará a violação positiva do contrato e, conseqüentemente, a forçosa necessidade de reparação civil, em decorrência do ato ilícito, nos termos da lei.

Na seara processual, o abuso do direito de demandar em juízo ou de resistir a uma pretensão jurídica (no intuito único de procrastiná-la) ou ainda a atuação dolosa do órgão jurisdicional (art. 143, I, do CPC/15), também caracteriza violação ao princípio da boa-fé, na medida em que todos os sujeitos da demanda devem respeitar os deveres acessórios de informação, lealdade e cooperação. Quando o art. 5º, do CPC, pronuncia “aquele que de qualquer forma participa do processo”, o legislador incluiu na interpretação a figura do magistrado, uma vez que “a vinculação ao [sic] Estado-Juiz ao dever de boa-fé nada mais é senão o reflexo do princípio de que o Estado, *tout court*, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança”⁷⁶. Importa lembrar ainda que, no âmbito processual, o princípio da boa-fé se assenta na garantia do devido processo legal, porquanto “não se poderia considerar justo um processo pautado em comportamentos desleais e antiéticos”⁷⁷.

Nos itens a seguir, serão observadas as peculiaridades da má-fé processual na esfera trabalhista, haja vista as modificações introduzidas pela Lei nº 13.467/17. Em seguida, advirá o estudo sobre o novo art. 793-D, implementado pela Reforma Trabalhista, em que se conjectura a hipótese de condenação em multa à testemunha de qualquer das partes do processo trabalhista que, nos termos da lei, faltar com a verdade.

4.5.1 Litigância de má-fé na Justiça do Trabalho

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, assegura que nenhuma lesão ou ameaça de lesão passará da apreciação do Poder Judiciário. Em outras palavras, isso significa

⁷⁵ GONTIJO, op. cit., p. 132.

⁷⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 110.

⁷⁷ DIDIER JR, op. cit., p. 109.

dizer que “[...] o poder judiciário exerce a função típica de jurisdição, e esta, por sua vez, consiste no poder de dizer o direito (*juris dicere*) aplicável a uma controvérsia, deduzida processualmente em caráter definitivo e com a força institucional do Estado”⁷⁸.

Ora, o Estado-juiz detém para si o exercício final da jurisdição, de sorte que a solução de litígios consensualmente ou pela via administrativa do Poder Público, no geral, ainda podem ser passíveis de apreciação pelo Judiciário. Esta é a regra, mas existem exceções, como é o caso da arbitragem, que, no âmbito trabalhista, foi consagrada pela Lei Maior mediante a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao alterar a redação dos §§ 1º e 2º do art. 114, da CF/88. Inobstante a isso, o direito de ação não pode servir de pretexto para que qualquer das partes, ou mesmo terceiro interessado, ocasione dano à outra parte do processo. Por esse motivo, a legislação prevê as hipóteses de litigância de má-fé, bem como impõe ao demandante de má-fé o dever de indenizar a parte adversa por perdas e danos⁷⁹.

Segundo aclara Leonel Maschietto⁸⁰, o litigante improbo é aquele que se utiliza de procedimentos escusos com o único objetivo de “derrotar processualmente” a parte contrária ou que, sabendo ser pouco provável vencer a lide, delonga o andamento do processo, procrastinando-o. Nessa lógica, a má-fé processual pode ser manifesta de várias formas, “[...] ora revela-se sob a forma de alteração ou ocultamento dos fatos essenciais ao descobrimento da verdade; ora de distorções interpretativa de normas legais ou regulamentares; ora de sonegação de informações ao juiz ou de prestação de informações falsas etc.”⁸¹.

Até 2017, não havia no microsistema trabalhista nenhuma disposição normativa que disciplinasse a responsabilidade por dano processual, sendo utilizado o CPC para tanto. A Lei nº 13.467/17 introduziu na CLT os artigos 793-A, 793-B, 793-C e 793-D, no intuito de regular o tema. Sem dúvidas, muito do que consta nos novos dispositivos do texto Consolidado tem sua origem nos artigos 78 a 81 da Lei Processual Civil. Este é o caso do art. 793-B⁸², da CLT reformada, que reproduz literalmente o art. 80, do CPC/15. Esse dispositivo

⁷⁸ MASCHIETTO, Leonel. *A litigância de má-fé na justiça do trabalho: princípios, evolução histórica, preceitos legais e análise da responsabilidade do advogado*. São Paulo: LTr, 2007, p. 36.

⁷⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 100.

⁸⁰ MASCHIETTO, Leonel. *A litigância de má-fé na justiça do trabalho: princípios, evolução histórica, preceitos legais e análise da responsabilidade do advogado*. São Paulo: LTr, 2007, p. 41.

⁸¹ TEIXEIRA FILHO, loc. cit..

⁸² Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - alterar a verdade dos fatos; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

traz, em seus incisos, as proposições que caracterizam um demandante como litigante de má-fé.

Apesar da expressa previsão legal, podem existir situações concretas em que o magistrado terá dificuldades em decidir se a conduta foi realmente produto de má-fé. Nesses casos, o julgador deve seguir a presunção relativa de que as partes (ou eventual interveniente) agiram de boa-fé. Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado ressaltam que a litigância de má-fé se configura quando a conduta processual vai de encontro ao padrão ético mínimo, ocasionando lesão ao direito subjetivo da parte adversa ou possível terceiro interessado, o que prejudica a eficiência, objetividade e lisura do processo⁸³.

A Reforma Trabalhista trouxe para o processo do trabalho a possibilidade de condenação de multa ao litigante de má-fé, nos termos do novel art. 793-C⁸⁴. Este dispositivo prevê que a multa deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor da causa atualizado, além de ter o demandante de má-fé que indenizar a outra parte pelos prejuízos sofridos, como honorários advocatícios e todas as despesas efetuadas no decorrer do processo. Tal condenação poderá ser realizada de ofício ou a requerimento da parte prejudicada e independe do resultado do julgamento da lide, pois basta a perceptibilidade de que foram caracterizados um ou mais atos de má-fé, conforme disciplina os incisos I a VII do art. 793-B, da CLT reformada.

Em relação à aplicabilidade da multa, prevista no *caput* do art. 793-C da CLT, Mauro Schiavi⁸⁵ faz uma observação pertinente, ao dispor que:

A multa que varia entre 1% a 10% e a indenização decorrente da litigância de má-fé, segundo entendimento dominante, somente são cabíveis em caso de conduta dolosa da parte, vale dizer: com a intenção de tumultuar o

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VI - provocar incidente manifestamente infundado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 331.

⁸⁴ Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juízo condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente àqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juízo ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

⁸⁵ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 88.

processo ou obter vantagem indevida por meio dele, uma vez que o CPC não prevê modalidade culposa.

Esse também é o raciocínio de Godinho Delgado e Neves Delgado⁸⁶, ao defenderem que “[...] o exercício natural de faculdades e prerrogativas processuais não pode ensejar, de plano, enquadramento da conduta no tipo jurídico da má-fé processual, sendo necessário, evidentemente, que exista, sem dúvida, manifesto abuso do direito, inequívoco comportamento doloso da parte no processo”.

Resta evidente, assim, que o juiz do trabalho precisará ter sensibilidade para não cometer injustiças ao condenar quaisquer das partes em litigância de má-fé, tendo em vista que, em algumas situações, a conduta é praticada por ausência de conhecimento jurídico. Caso típico da parte que atua no processo sem o patrocínio de um advogado (*jus postulandi*), como ainda é facultado pelo art. 791, *caput*, do Consolidado.

O § 1º do art. 793-C, dispõe sobre a condenação ao pagamento de multa proporcional ou solidária, quando o ato de má-fé é praticado por dois ou mais litigantes. Será proporcional na medida de seu respectivo interesse no feito, e será solidariamente quando houver conluio para prejudicar a parte adversa. Já o § 2º, do mesmo dispositivo legal, inova ao estipular que nos casos de valor da causa irrisório ou inestimável a multa poderá ser de até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Por último, o § 3º impõe que a quantia a ser indenizada pelo litigante de má-fé à parte lesada na ação (prevista no *caput*, do art. 793-C, da CLT) será determinada pelo magistrado, porém, em caso de ser impossível mensurá-la, deverá ser liquidada por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Conclui-se, destarte, que as novas regras da CLT acerca da responsabilidade por dano processual são necessárias e úteis, desde que sejam aplicadas com razoabilidade pelos magistrados. Desta forma, poderão servir para combater as demandas desonestas e abusivas, mas não para castigar a mera ignorância jurídica, especialmente se o reclamante estiver desacompanhado de um profissional do direito.

Em razão da complexidade do novo art. 793-D, introduzido pela Lei nº 13.467/17 à CLT, optou-se por separá-lo em um tópico específico, como se vislumbrará nas próximas linhas.

⁸⁶ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves, op. cit., p. 332.

4.5.2 Nova possibilidade de punição à testemunha no processo do trabalho

A Reforma Trabalhista acrescentou o art. 793-D na CLT, prevendo a hipótese de incidência de multa à testemunha que, intencionalmente, faltar com a verdade ou omitir fatos essenciais ao julgamento do litígio. O parágrafo único, do mesmo artigo, ainda estipula que a eventual execução da multa deverá ocorrer no mesmo processo⁸⁷.

Este dispositivo da CLT tem sido alvo de diversos debates, haja vista a importância da prova testemunhal para o processo do trabalho. É cediço que, a despeito de sua imprecisão, a oitiva de testemunhas é indispensável para comprovar questões de fato da relação empregatícia, por exemplo: horas extras, equiparação salarial, justa causa, dentre outras⁸⁸. Por esse motivo, adverte Mauro Schiavi⁸⁹ que “[...] deve o juiz estar atento a todas as vicissitudes da prova testemunhal, pois as testemunhas depõem sobre fatos pretéritos que muitas vezes já se passaram há alguns anos, e, ainda, a interpretação dos fatos varia de pessoa para pessoa”.

Dessa forma, pequenas divergências entre as testemunhas ou no que se refere à manifestação escrita das partes não significam, necessariamente, má-fé processual. Além disso, imperioso notar que “[...] as testemunhas convidadas a depor pela demandada, em regra, são empregados que não detém garantia alguma de manutenção no emprego, e seu depoimento, conseqüentemente, é carregado dessa dependência”⁹⁰. Nessa situação, condenar a testemunha a pagar multa significa punir a pessoa que tenta manter seu emprego.

Outrossim, as testemunhas que são levadas a depor pelo reclamante, no geral, antes laboravam para a empresa demandada e, com o término do vínculo, podem ter permanecido mágoas por inúmeras razões. Destarte, não há que se sustentar a existência de prova testemunhal isenta de impressões e pré-compreensões em ambos os lados.

O art. 793-D, da CLT reformada, reza que será aplicada a multa à “testemunha que intencionalmente alterar a verdade”. Essa averiguação da intenção pode ser bastante questionável, pois depende do subjetivismo do magistrado. “As regras do bom senso sugerem,

⁸⁷ Art. 793-D. Aplica-se a multa prevista no art. 793-C desta Consolidação à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. A execução da multa prevista neste artigo dar-se-á nos mesmos autos. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

⁸⁸ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 89.

⁸⁹ Ibid., p. 90.

⁹⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. Acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. *Revista Eletrônica do Tribunal regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 83, jul. – ago. 2017.

por isso, que, na dúvida, o juiz conclua que não houve intenção da testemunha de alterar a verdade dos fatos ou em omitir fatos essenciais ao julgamento da causa”⁹¹.

Seguindo esse raciocínio, afirmam Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado: “Note-se, entretanto, que todas essas condutas têm de ser *dolosas*, caracterizadas por *inequívoca má-fé*, para se enquadrarem dentro do ilícito processual aventado pela Consolidação das Leis do Trabalho” (grifo do autor)⁹².

Outro aspecto inquietante encontra-se no parágrafo único do art. 793-D, porquanto determina que a multa referida no *caput* deva ser executada no mesmo processo trabalhista. Sucede que para o Estado imputar multa a alguém – seja por via administrativa ou judicial – é indispensável que se viabilize o contraditório e a ampla defesa (inciso LV, art. 5º, da CF/88). Afinal, ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal (inc. LIV, art. 5º, da CF/88). Na hipótese em comento, introduzida pela Reforma Trabalhista, não se verifica qualquer possibilidade de manifestação ou defesa processual da testemunha acusada de má-fé.

Manoel Antônio Teixeira Filho⁹³ explica que, uma vez incidindo a pena de multa à testemunha no momento da sentença, surge o interesse e a legitimidade desta testemunha de recorrer no que tange à condenação ao pagamento da multa pecuniária, notadamente porque sobre ela recairá o ônus financeiro. Para tanto, deverá constituir advogado nos autos, já que o patrono do autor ou réu – aquele que a convidou a depor – não possui poderes para demandar em seu nome e, nesta situação, não é cabível o *jus postulandi*. “Não se deverá exigir da testemunha, contudo, para efeito de admissibilidade do recurso, o depósito a que se refere o art. 899, §1º, da CLT, porquanto ela não é parte do processo”⁹⁴.

Cumprido frisar que, há muito tempo, o falso testemunho é tipificado como crime contra a administração da Justiça, com pena de reclusão de até quatro anos, além de multa, consoante o art. 342, do Código Penal. Em seu § 2º, o citado dispositivo prevê a possibilidade de retratação da testemunha, extinguindo a punibilidade nos casos em que, antes da sentença, o indivíduo se retrate ou declare a verdade dos fatos⁹⁵. Apesar disso, “no caso do art. 793-D, da

⁹¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 105.

⁹² DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 331.

⁹³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 108.

⁹⁴ TEIXEIRA FILHO, loc. cit..

⁹⁵ Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)

CLT, mesmo que a testemunha se retrate, a multa deverá ser mantida”⁹⁶, tendo em vista que o novel dispositivo (inserido pela Lei nº 13.467/17 à CLT) não dispôs sobre a hipótese de retratação.

Esse é mais um caso em que o legislador da Reforma implementou ao processo do trabalho regras mais rígidas do que aquelas observadas no procedimento cível, em que inexistia qualquer previsão legal de multa à testemunha, ainda que se constata a má-fé. Afinal, tem-se a tipificação da conduta como crime no art. 342, do CP, em processo penal específico, no qual se assegura o devido processo em direito e o contraditório.

Inferre-se, deste modo, que não se pode admitir que princípios constitucionais sejam pisoteados por uma nova lei infraconstitucional. Por conseguinte, os magistrados devem garantir a ampla defesa e o devido processo legal antes de condenar qualquer pessoa que venha a depor como testemunha na Justiça do Trabalho.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade. (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

⁹⁶ TEIXEIRA FILHO, op. cit., p. 105.

5 REFLEXÕES SOBRE A REFORMA TRABALHISTA DE 2017: ANÁLISE SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Em 1862, Ferdinand Lassalle, ao discursar em uma conferência sobre a essência da Constituição, sustentou a tese fundamental que o tornaria um dos autores mais conhecidos no universo jurídico. Nesse discurso, Lassalle argumentou que “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem [...]”¹. Vale dizer, segundo o citado escritor, as questões constitucionais são também questões políticas, não servindo as formas jurídicas para controlar as forças políticas, já que elas possuem suas próprias leis².

Adiante, Lassalle completa: “[...] as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social”³. A monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a consciência coletiva, a cultura geral da Nação, e também o povo, formam os referidos fatores reais do poder que regem uma nação. Sustenta o autor que fazer uma Constituição escrita é simples, o difícil é inserir nela os fatores reais do poder, não permitindo que se torne um mero pedaço de papel⁴. Esta perspectiva crítica e desiludida da norma constitucional positivada ainda pode ser observada nos dias atuais, isso porque, mormente, vê-se um distanciamento entre a realidade de um povo e a sua Constituição escrita.

Contrapondo-se ao pensamento de Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse foi o principal precursor da concepção de que a constituição possui uma força normativa própria. Em suas palavras: “[...] toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um *germe material de sua força vital* no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento”⁵ (grifo do autor).

Para Hesse, a Constituição deve expressar sua vontade em três vertentes, quais sejam: (i) a ordem constitucional há de ser “inquebrantável”, a fim de prevenir o arbítrio; (ii) a sua legitimação deve estar em constante processo de aperfeiçoamento, já que vai além de uma

¹ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 41.

² LASSALLE, loc. cit..

³ LASSALLE, loc. cit..

⁴ LASSALLE, loc. cit..

⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 17.

ordem legitimada pelos fatores reais de poder; (iii) imperioso se torna a consciência geral de que a vontade humana deve concorrer para que essa ordem constitucional adquira e mantenha sua vigência⁶. “Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis”⁷. Pelo contrário, todos são convocados a dar conformação à ordem constitucional, assumindo e resolvendo as tarefas por ela disciplinadas. O aludido autor conclui “As possibilidades, mas também os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correção entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*)”⁸ (grifo do autor).

Afinal, sustenta Hesse que a Constituição jurídica não pode ser reduzida a uma fotografia da realidade, devendo conter uma identidade, isto é, uma vontade de efetivação, não servindo apenas para expressar os fatores reais de poder. Há de se incentivar uma consciência geral entre as pessoas acerca da força normativa própria da ordem constitucional.

Considerando esse raciocínio do constitucionalismo moderno já consolidado no continente europeu e, principalmente, tendo em vista o momento histórico vivenciado pelo Brasil (com a redemocratização do país), em 1988, foi promulgada a atual Constituição da República Federativa, iniciando-se, assim, o neoconstitucionalismo brasileiro. A nova Lei Fundamental adjetivou os princípios como “direitos e garantias fundamentais” e ainda dispôs expressamente no § 1º, do art. 5º, sobre sua aplicabilidade imediata⁹, de sorte que a efetivação de tais direitos e garantias se tornou independente de intermediação legislativa.

Por conseguinte, aos poucos, os princípios fundamentais previstos na Carta de 1988 passaram a ser utilizados na prolação de decisões judiciais. Conforme esclarece Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela:

Aqueles normas, que nasceram como promessas, que foram incluídas nos textos das constituições, ainda como ideais a serem – se fossem – futuramente cumpridos, começaram a fazer sentido jurídico, a conduzir decisões, a ganhar contornos práticos nas mãos dos juízes atentos à necessidade de ler a lei com os valores ali anunciados, interpretando-as de

⁶ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19-20.

⁷ HESSE, op. cit., p. 20.

⁸ HESSE, op. cit., p. 24.

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

forma a serem promotoras de uma vida digna, para que houvesse liberdade e igualdade¹⁰.

Dessa forma, a noção de que o Estado deve assegurar, ao menos, o mínimo para uma existência humana digna impulsionou não só a positivação, mas a tentativa de efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais, em razão da força normativa do texto constitucional. Graça Varela conceitua os direitos sociais como corolários da dignidade da pessoa humana, na medida em que viabilizam a igualdade das oportunidades na aquisição das condições materiais necessárias à vida do indivíduo na sociedade, além de garantirem a prestação do nível básico dessas condições¹¹.

A autora ainda assevera que as normas de direitos fundamentais sociais transcendem a figura do indivíduo, por ter uma valoração objetiva, irradiando em todo o sistema jurídico, nos seguintes termos: “Só é justa a sociedade em que todos têm igualdade efetiva de acesso aos bens da vida que promovem o ser humano, assegurado sempre aquele patamar básico vital”¹². Esse patamar básico inspira-se no valor da dignidade da pessoa humana, que norteia toda a construção de garantias individuais e sociais, tornando-se um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito no ordenamento jurídico nacional.

Os tópicos vindouros se propõem a refletir sobre a eficácia da Constituição pátria, bem como a conformação da Lei nº 13.467/17 com os princípios constitucionais.

5.1 DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E O PROCESSO DO TRABALHO

Os fatos históricos revelam que os direitos humanos foram sendo reconhecidos após muito derramamento de sangue e, ainda hoje, continuam em constante evolução. Todos eles foram erguidos a partir da noção da dignidade da pessoa humana.

A origem do princípio da dignidade da pessoa humana remota a Immanuel Kant¹³, ao defender que o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser alvo de instrumentalização.

¹⁰ VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. *O Estado, o indivíduo e o dever fundamental social*. 2014. 643f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 598.

¹¹ VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. *O Estado, o indivíduo e o dever fundamental social*. 2014. 643f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 43.

¹² *Ibid.*, p. 504.

¹³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 16.

Vale dizer, cada ser humano possui um valor próprio, uma singularidade. Todos os seres humanos gozam dessa autonomia, de sorte que a condição humana é o único requisito para obter o direito à dignidade, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social por outros indivíduos.

Robert Alexy conceitua os princípios como “mandamentos de otimização”, os quais “[...] são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”¹⁴. Noutras palavras, princípios são ordens a serem executadas na maior medida possível, dentro do contexto fático e jurídico de cada Estado.

Com efeito, o desenvolvimento histórico e cultural do princípio da dignidade da pessoa humana possibilitou que se criasse a doutrina do mínimo existencial. Este que, em linhas gerais, pode ser compreendido como o núcleo intocável dos direitos humanos, de forma que qualquer ser humano, independentemente das condições econômicas e/ou sociais do país, tem direito ao mínimo de dignidade¹⁵. Nessa perspectiva, o movimento neoconstitucionalista brasileiro promulgou, em 1988, uma nova Constituição Federal, voltada para a valorização do ser humano e o anseio pelo Estado do bem-estar social. Assim, os direitos fundamentais individuais e sociais foram positivados, porquanto a Carta de 1988 instituiu expressamente obrigações para o Estado no exercício das funções administrativa, legislativa e judiciária, tendo em vista o modelo do constitucionalismo dirigente¹⁶.

Há de se perceber que os direitos sociais se diferenciam dos direitos de defesa (individuais) devido ao seu objeto. Nestes, tem-se uma abstenção do Estado, já aqueles exigem uma atuação positiva e permanente do Poder Público, pois possuem o intuito de concretizar a justiça social¹⁷. Por essa razão, os direitos de defesa ficaram conhecidos como os de primeira geração ou dimensão, ao passo que os direitos sociais são vistos como direitos de segunda geração ou dimensão.

Qualquer direito fundamental para ser concretizado permanentemente exige um custo financeiro. Se não fosse assim, as arbitrariedades do próprio Estado (ou de outros indivíduos)

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 90.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 93.

¹⁶ Esse modelo de constitucionalismo tem como principal referência José Joaquim Gomes Canotilho, que, divergindo da doutrina tradicional, sustentou a tese da Constituição dirigente, em que as normas constitucionais são programáticas, impondo deveres ao Estado. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 740.

não seriam controladas pelos órgãos de fiscalização e proteção dos direitos e garantias fundamentais. Todavia, é constatável que, quando comparado aos custos de implementação dos direitos de primeira geração (prestações negativas), os direitos sociais exigem um dispêndio financeiro de dimensões mais elevadas, pois, comumente, necessitam de estruturação de políticas públicas. Nessa toada, Dirley da Cunha Junior¹⁸ adverte que “[...] os direitos sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, porquanto exigem dos órgãos do poder público certas prestações materiais” (grifo do autor).

Cumprir observar a tese formulada por José Carlos Vieira de Andrade¹⁹, em que a força jurídica dos direitos sociais se manifesta de quatro maneiras, em síntese: a) *pela imposição legislativa*, em que são formuladas as medidas necessárias e suficientes para tornar exequíveis os mandamentos constitucionais, sendo o descumprimento uma inconstitucionalidade por omissão; b) *padrão jurídico de controle judicial de normas*, com “[...] conteúdo mínimo imperativo, susceptível de fundar uma inconstitucionalidade por acção, e factor [sic] de interpretação normativa, levando a preferir, entre várias interpretações possíveis das normas legais, a solução mais favorável ao direito fundamental”²⁰; c) *fundamento constitucional de restrição ou de limitação de outros direitos fundamentais*, em decorrência dos deveres especiais de proteção implementados pela própria Lei Fundamental; d) *força irradiante*, “conferindo uma certa capacidade de resistência, variável em intensidade, dos direitos derivados a prestações, enquanto direitos decorrentes das leis conformadoras, às mudanças normativas que impliquem uma diminuição do grau de realização dos direitos”²¹.

Consoante o autor, os direitos econômicos, sociais e culturais implicam em uma garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas predefinidas e positivadas pelo legislador. “Esta garantia abrange um *mínimo*, que reside na proibição de pura e simplesmente destruir essas situações ou posições, designadamente, na medida em que assim se ponha em causa o nível de realização do direito exigido pela dignidade da pessoa humana”²² (grifo do autor). No mesmo sentido, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela²³ completa o pensamento:

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 741.

¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2009, p. 366-370.

²⁰ *Ibid.*, p. 367.

²¹ ANDRADE, loc. cit..

²² *Ibid.*, p. 380.

²³ VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. *O Estado, o indivíduo e o dever fundamental social*. 2014. 643f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 91.

Esse núcleo essencial que aqui se identifica como sendo o mínimo de dignidade necessária à configuração daquele direito específico, sob pena de, se atingido, o direito deixar de ser, deixar de ter sentido, se tornar vazio, não deve ser percebido apenas em sua dimensão de defesa, ou seja, de limite à restrição ou ingerência. Deve ser considerado como patamar mínimo da atuação de todos no sentido de construção progressiva dessa dignidade, do próprio e da comunidade em que está inserido.

Dessa forma, é de se esperar que o Estado busque gradativamente assegurar as condições mínimas para uma existência digna, proporcionando saúde, educação, trabalho, alimentação, moradia, lazer, segurança, previdência social, dentre outros direitos sociais, não sendo possível ao legislador retroceder. Isso porque os direitos fundamentais são intangíveis em sua estrutura nuclear e imunes à competência reformadora, admitindo-se somente a ponderação nos casos de conflito entre garantias fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁴ destaca os principais argumentos que lastreiam o princípio da vedação do retrocesso social, em suma, quais sejam: a) *Estado Democrático e Social de Direito*, notadamente por atribuir ao Estado o dever de manutenção do mínimo existencial, isto é, um grau mínimo de direitos sociais e segurança jurídica; b) *Do princípio da dignidade da pessoa humana*, em linhas gerais, para se manter uma existência condigna para todos é imperioso que não só os direitos fundamentais individuais sejam resguardados, mas também que os direitos sociais sejam promovidos, logo, o ideal de dignidade da pessoa humana serve como protetor do núcleo essencial dos direitos fundamentais em confronto com medidas estatais restritivas; c) *Do dever de assegurar a máxima eficácia e efetividade às normas definidoras de direitos fundamentais*, no qual os direitos fundamentais (individuais e sociais) devem ser tutelados ao máximo possível juridicamente, já que a Constituição pátria vigente prevê, em seu § 1º do art. 5º a aplicabilidade imediata das garantias fundamentais; d) *Princípio da proteção da confiança*, que se fundamenta na preservação “[...] da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a um determinado nível de estabilidade e continuidade da ordem jurídica objetiva, assim como dos direitos subjetivos atribuídos às pessoas”²⁵. Noutras palavras, lastreia-se na concepção de que a situação jurídica foi consolidada, não sendo possível a ruptura da confiança de estabilização.

Portanto, malgrado a proibição do retrocesso social não esteja expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, não pairam dúvidas que se trata de um princípio

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do TST*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 132, jul. – set. 2009.

²⁵ *Ibid.*, p. 133-134.

constitucional implícito, decorrente da interpretação semântica da Magna Carta. Além disso, é um princípio consolidado pela jurisprudência²⁶ e doutrina²⁷ nacionais.

Não por outro motivo, Sarlet conceitua o princípio da vedação do retrocesso como “[...] toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”²⁸. Importa frisar que os direitos fundamentais são contra majoritários. Segundo Ronald Dworkin, os direitos são “cartas de trunfo”, as quais podem ser utilizadas em momentos dramáticos contra a maioria, a fim de que o discurso majoritário não prevaleça sobre o minoritário²⁹.

Nessa esteira, aponta Jorge Reis Novais³⁰ que “[...] sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais são condições do regular funcionamento da democracia”. Mais adiante, o citado autor elucida que o legislador (representante eleito pela maioria da população) possui limites intransponíveis ao poder de reforma, especialmente nos casos de Constituições rígidas, como é a Lei Maior brasileira³¹. No âmbito do processo do trabalho isso não é diferente. Aplica-se plenamente o princípio da proibição do retrocesso social, na medida em que os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana constituem cláusulas pétreas do sistema jurídico pátrio.

Ora, o inciso IV § 4º do art. 60, da CF/88³², dispõe que não será alvo de proposta de emenda propensa a aniquilar os direitos e garantias individuais. Há de se ressaltar, contudo, que esse dispositivo constitucional de restrição ao poder legislativo reformador resguarda

²⁶ Vislumbra-se, dentre outras, as seguintes decisões do STF em que o princípio da vedação do retrocesso é referido: ARE nº 745745 AgR/MG; ARE nº 727864 AgR (Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 04/11/2014, DJe-223, 12-11-2014); ARE nº 639.337-AgR (Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011); RE nº 398.041 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30-11-2006, Plenário, DJE de 19-12-2008).

²⁷ São defensores desse pensamento: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed., Salvador: JusPodivm, 2016; NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do TST*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 121, jul. – set. 2009.

²⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 414.

³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 20.

³¹ *Ibid.*, p. 22.

³² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais

todas as garantias que sejam de titularidade de pessoas humanas, como são os direitos individuais e sociais trabalhistas. Desse modo, expõem Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado que, “conforme se sabe, os direitos trabalhistas são, antes de tudo, direitos individuais, direitos da pessoa humana do trabalhador, [...]; em seu conjunto, entretanto, os direitos individuais trabalhistas tornam-se também direitos sociais e/ou direitos coletivos”³³. Semelhantemente, Mauro Schiavi argumenta que “pelo princípio da vedação do retrocesso social do processo do trabalho, ele [o princípio] deve sempre estar em evolução, acompanhando os direitos fundamentais do cidadão [...]”³⁴. Em outras palavras, é inadmissível, segundo a Constituição brasileira vigente, que o legislador (reformador ou ordinário) restrinja direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Resta cristalino, destarte, que a Lei nº 13.467/17 reformou substancialmente a CLT, podendo ser objeto de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente porque, em diversos aspectos, confrontou a garantia do acesso à justiça, dentre outros princípios constitucionais. À vista disso, o aperfeiçoamento doutrinário e jurisprudencial da noção de vedação do retrocesso social muito contribuirá para obstar o avanço de medidas inconstitucionais, como é o caso de alguns pontos da Reforma Trabalhista de 2017.

No próximo tópico, observar-se-á um maior detalhamento acerca do direito à jurisdição (princípio do acesso à justiça) em cotejo com a Lei nº 13.467.

5.2 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DA LEI Nº 13.467/17

Consoante exposto no item 3.1, a inafastabilidade do controle jurisdicional é também conhecido como princípio do direito de ação ou do direito à jurisdição. Está previsto no inciso XXXV, art. 5º, da Constituição pátria, e dispõe que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser afastada da apreciação do Poder Judiciário, seja ela feita mediante lei ou por qualquer outro ato administrativo do Estado, incluindo-se, nesta regra, o próprio Judiciário. “Assim, é inconstitucional o ato de qualquer agente estatal que visa impedir a apreciação pelo Poder

³³ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 33.

³⁴ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 38.

Judiciário de lesão ou ameaça a direito”³⁵.

Há de se compreender que o princípio do direito de ação está contido na concepção de acesso à justiça, que é mais ampla, porquanto abrange todo o sistema de jurisdição estatal. Além disso, como visto alhures, é insuficiente conceder o direito formal à apreciação pelo Poder Judiciário. É imprescindível que se proporcione um direito substancial à justiça, por meio de um devido processo legal, com todas as garantias constitucionais e processuais existentes, como a duração razoável da demanda, decisão fundamentada, contraditório e ampla defesa, dentre outras³⁶.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth³⁷ abordam essa distinção teórica entre a noção de acesso à justiça e direito à jurisdição, no intuito de esclarecer que o conceito de acesso à justiça sofreu alterações em sua essência com o desenvolvimento das ondas renovatórias, deixando de ser entendido como um direito formal de ingresso aos Tribunais e, aos poucos, transformando-se em um acesso substancial à justiça.

É claro que ainda há muito pela frente para se alcançar um nível ideal de acesso à justiça, especialmente em países como o Brasil, em que as desigualdades socioeconômicas e educacionais são profundas, porém, pouco observadas pelos governantes. Nesse ínterim, assevera Boaventura de Sousa Santos: “quanto mais baixo é o estrato sócio-econômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado”³⁸. O aludido autor ainda acrescenta que além do fator econômico (que por si só dificulta o acesso à justiça), há de se constatar entraves de ordem educacional e cultural, uma vez que, não raramente, as pessoas desconhecem direitos básicos, o que é notório nas classes mais baixas³⁹.

Essa falta de instrução educacional acerca dos direitos e deveres basilares resulta em uma litigiosidade reprimida, em que os conflitos não são solucionados consensualmente pelas partes e, muito menos, pelo Estado (na figura do Poder Judiciário). Cumpre ressaltar que compete ao Estado o monopólio da jurisdição, incumbindo-lhe o dever de proteção aos cidadãos contra atos de terceiros ou do próprio Poder Público quando, por ação ou omissão,

³⁵ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011, p. 166.

³⁶ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011, p. 166-167.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabbris, 1988, p. 09-13.

³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, 1985, p. 127.

³⁹ SANTOS, loc. cit..

violar o ordenamento jurídico nacional. Ainda sobre o dever de proteção, Graça Varela⁴⁰ elucida:

A sua origem remonta à ideia do pacto social, de entrega, ao Estado, do poder de governar a sociedade em troca de proteção. O indivíduo cedeu parte de seu espaço, de sua liberdade, para que o Estado administrasse a sociedade e protegesse cada um de seus membros. Para tanto, não basta ao Estado abster-se de intervir. É preciso que ele atue positivamente.

Esse dever de proteção do Estado tem que se pautar na Constituição, considerada o ápice da pirâmide das normas jurídicas de Kelsen, na qual estão previstas as garantias fundamentais individuais e sociais, bem como as diretrizes de organização do Poder Público. Nesse intuito, devem corroborar os três poderes constitutivos do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, a fim de que seja preservada a ordem constitucional.

Compete ao Executivo e Legislativo adotar as medidas administrativas e legislativas necessárias à tutela dos direitos fundamentais, sendo que, nos casos de omissão ou inadequação da conduta desses dois poderes, o Judiciário passa a ser legitimado para intervir, conforme disciplina a Lei Fundamental brasileira. Resta evidente, portanto, que o dever de proteção do Estado ultrapassa a atuação negativa de se abster de intervir no âmbito da vida privada das pessoas, para alcançar um viés positivo, de ação afirmativa, a fim de viabilizar o exercício efetivo das garantias fundamentais individuais e sociais⁴¹.

Graça Varela também adverte sobre o problema da proteção insuficiente ou em excesso, situações em que pode ser suscitada a responsabilização do Poder Público. Em suas palavras, “a não atuação ou a atuação incompleta ou ainda a proteção em excesso configuram descumprimento desse dever do Estado, comportamento que enseja inconstitucionalidade por falta de proteção ou por proteção insuficiente ou em excesso e responsabilidade do Estado”⁴².

Wilson Alves de Souza⁴³ destaca que “a responsabilidade do Estado por negação do acesso à justiça pode ser obtida também no plano do direito internacional, por se tratar de garantia que se insere no contexto dos direitos humanos [...]”. Entretanto, o autor esclarece que essa responsabilização em âmbito internacional somente é possível após o esgotamento das vias internas do Poder Judiciário, salvo nas situações em que a ação judicial não seja

⁴⁰ VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. *O Estado, o indivíduo e o dever fundamental social*. 2014. 643f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 186.

⁴¹ VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. *O Estado, o indivíduo e o dever fundamental social*. 2014. 643f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014, p. 187.

⁴² *Ibid.*, p. 190.

⁴³ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2016, p. 103-104.

concluída em tempo razoável ou por ausência de meios processuais adequados, casos em que o princípio do esgotamento deixa de ser um pressuposto exigível⁴⁴.

O artigo 10⁴⁵ da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o *caput* do art. 14⁴⁶ do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) reconhecem o direito substancial de acesso à justiça, prenunciando também o devido processo em direito.

Alexandre César comunga deste entendimento e ainda inova ao discorrer sobre a relação entre acesso à justiça e direito à cidadania, tendo em vista sua íntima harmonia. Vale dizer: “a garantia de efetivo acesso à Justiça também constitui um Direito Humano e, mais do que isto, um elemento essencial ao exercício integral da cidadania, já que, indo além do simples acesso à tutela jurisdicional, não se limita ao mero acesso ao Poder Judiciário”⁴⁷.

Semelhantemente, Carlos Henrique Bezerra Leite⁴⁸ assevera que, para o real exercício da cidadania, imperioso se torna que todas as pessoas tenham acesso a uma ordem jurídica justa, dispondo de todas as garantias constitucionais e processuais consagradas pelo sistema jurídico vigente.

O citado autor chama a atenção para o teor da redação de alguns dispositivos da Lei nº 13.467/17, que reformou a CLT, pois estão estritamente relacionados ao acesso à justiça. Muitas dessas alterações já foram estudadas nos tópicos alhures, contudo, há de se destacar ainda os novos §§ 2º e 3º do art. 8º, do Consolidado⁴⁹. Estes parágrafos trouxeram limites à

⁴⁴ SOUZA, loc. cit..

⁴⁵ Art. 10: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

⁴⁶ Art. 14: Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

⁴⁷ CESAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: EdUFMT, 2002, p. 46.

⁴⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 208, 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5087/3250>. Acesso em 20.fev.2019.

⁴⁹ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

[...]

interpretação do ordenamento jurídico pelos juízes trabalhistas, na medida em que os magistrados da Justiça do Trabalho estão proibidos de restringir direitos ou criar obrigações que não estejam previstas expressamente em Lei. Ademais, o § 3º impõe que, nos casos de convenção ou acordo coletivo de trabalho, os Tribunais Trabalhistas apreciarão somente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico. Por fim, o mencionado parágrafo determina que deva ser observado o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade, de sorte a prevalecer o negociado sobre o legislado.

Infere-se, com isso, que essas restrições à atuação judicial violam o acesso efetivo à justiça, porquanto o jurisdicionado poderá ser prejudicado por não ter sua lesão ou ameaça de lesão devidamente apreciada pelo Poder Judiciário. Sob esse prisma, afirma Bezerra Leite⁵⁰:

Esses novos dispositivos (§§ 2º e 3º do art. 8º da CLT) são inconstitucionais por violarem os princípios que asseguram o amplo acesso à Justiça, pois nenhuma lei pode impedir a qualquer órgão do Poder Judiciário brasileiro apreciar e julgar ação que veicule lesão ou ameaça a qualquer direito, bem como os princípios de autonomia e independência do Poder Judiciário, na medida em que os juízes, no Estado Democrático de Direito – e no modelo constitucional de processo – têm a garantia (e o dever) de interpretar a lei e todos os dispositivos que compõem o ordenamento jurídico conforme os valores e normas da Constituição, cabendo-lhes, ainda, nessa perspectiva, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, como se infere dos arts. 1º e 8º do CPC de 2015, os quais devem ser aplicados ao processo do trabalho por força do art. 15 do mesmo Código e do art. 769 da CLT.

Dessa forma, é evidente que a Reforma Trabalhista de 2017, ao contrário do movimento mundial neoconstitucionalista, busca transformar os magistrados trabalhistas em meros “juízes boca da lei”, uma vez que os §§ 2º e 3º desconsideram ser a jurisprudência fonte do direito, além de menosprezar os princípios da autonomia e da independência dos Tribunais Trabalhistas, como órgãos do Poder Judiciário⁵¹.

É válido enaltecer que a Constituição Federal de 1988 possui força normativa própria,

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

⁵⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 208, 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5087/3250>. Acesso em 20.fev.2019. p. 03.

⁵¹ *Ibid.*, p. 03-04.

não dependendo de lei para ser aplicada. Assim, quaisquer leis ou atos normativos devem ser sempre interpretados conforme a Carta Magna, haja vista a sua supremacia no ordenamento jurídico pátrio. A Lei nº 13.467/17 deve ser examinada sob a ótica dos princípios constitucionais, em destaque ao princípio do acesso à justiça, de maneira que qualquer lei ou ato normativo cuja interpretação destoe da ordem constitucional não pode ser tolerada. Para essa averiguação, utiliza-se o controle de constitucionalidade, como se demonstrará doravante.

5.3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A REFORMA TRABALHISTA

Ab initio, cabe trazer a baila algumas noções essenciais acerca do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos (federais e estaduais), quando vão de encontro à ordem constitucional. Muito se tem discutido sobre a legitimidade democrática do Judiciário revisar e, quando necessário, invalidar ou suprir lacuna das funções originalmente atribuídas aos poderes Legislativo e Executivo, haja vista que esses – diferentemente dos juízes – são eleitos pelo voto popular.

Sem embargo, Dirley da Cunha Júnior⁵² rebate tal argumento, ressaltando que, no sistema jurídico brasileiro, os ministros que compõem o STF são nomeados pelo Presidente da República (que é eleito), depois de serem submetidos à sabatina dos Senadores Federais, igualmente eleitos pelo voto da maioria⁵³. Além disso, há de se constatar que a Constituição é a expressão máxima da vontade popular, de sorte que, se a jurisdição constitucional está prevista expressamente na Lei Maior de uma nação, deve ser reconhecida sua legitimidade democrática, oriunda do Poder Constituinte.

Lênio Luiz Streck compartilha desse entendimento, expondo que a justiça constitucional serve como um remédio para o Estado Democrático de Direito – às vezes amargo, porém necessário – para a preservação dos valores fundamentais e da força normativa da ordem constitucional⁵⁴. Nesse ponto, vale notar que, para ser possível a revisão constitucional, é imperiosa a existência de uma Constituição formal escrita, dotada de rigidez, supremacia e hierarquia no ordenamento jurídico. Ademais, a própria Lei Fundamental deve

⁵² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 37-40.

⁵³ Art. 101. [...]

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 100-106.

dispor acerca da competência para o exercício do controle de constitucionalidade⁵⁵. No Brasil, a Carta de 1988 abordou expressamente o tema nos artigos 102 e 103, assegurando ao Supremo Tribunal Federal a obrigação de zelar pela Constituição.

Ao discorrer acerca do poder criativo da jurisprudência, Mauro Cappelletti adverte que “[...] a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos”⁵⁶. Não obstante a isso, o autor refuta a ideia de que os juízes estão invadindo o domínio do Legislativo, já que o processo judicial é totalmente distinto do modo de criação das leis e atos normativos, além de serem poderes independentes⁵⁷. Segundo ele⁵⁸, existem diferenças entre os procedimentos legislativo e jurisdicional que os tornam inconfundíveis, por exemplo: apenas o processo judicial possibilita às partes exercer o contraditório e a ampla defesa. Contudo, o autor reconhece que, por vezes, o Judiciário legisla, notadamente quando emite enunciados normativos gerais, vinculantes e com eficácia *erga omnes*.

Mauro Cappelletti salienta ainda a importância do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que se baseia na concepção de que um poder deve controlar outro poder, somente assim é possível coexistir as três funções do Estado (administrativa, legislativa e jurisdicional) independentes e harmônicas entre si⁵⁹. Nessa perspectiva, Dirley da Cunha Júnior também traz contribuições ao debate, ao arrematar que a justiça constitucional é responsável por monitorar os atos e omissões dos poderes políticos (Legislativo e Executivo), evitando desvios de condutas que afastam o Estado da ordem constitucional, além de manter o equilíbrio do sistema de freios e contrapesos⁶⁰.

Por conseguinte, em qualquer segmento do direito material ou processual é imprescindível que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário atuem em simetria, respeitando os preceitos constitucionais. A fiscalização recíproca entre os poderes é indispensável para a manutenção do equilíbrio entre as forças. De toda sorte, as funções do Estado devem estar sempre submetidas à vontade da Constituição, demonstrada por meio dos direitos, deveres e garantias ali previstos.

⁵⁵ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. *Revista Sequência da UFSC*, Florianópolis, n. 41, 2000, p. 94.

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 128-129.

⁵⁷ CAPPELLETTI, loc. cit..

⁵⁸ Ibid., p. 74.

⁵⁹ Ibid., p. 53.

⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 44.

No Brasil, a revisão constitucional ocorre pelo sistema híbrido, admitindo-se o controle de constitucionalidade difuso-incidental (também chamado de concreto) e o controle concentrado-principal (também conhecido como abstrato). Será esclarecida a distinção entre esses sistemas de jurisdição nos próximos itens. Nos termos da Constituição pátria, por ser a Lei nº 13.467/17 uma lei ordinária federal, é plenamente cabível o seu controle de constitucionalidade mediante ações constitucionais diretas (controle abstrato), bem como por meio da apreciação incidental de constitucionalidade (controle difuso). Adiante, será estudado o caso da ADI nº 5.766/DF, que está sendo julgada pelo STF, em face da sua competência exclusiva para exercer a jurisdição constitucional em ações diretas.

5.3.1 Controle concentrado

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1934 foi a primeira a dispor acerca do controle abstrato de constitucionalidade, todavia, de maneira bastante tímida. Esse modelo de jurisdição constitucional somente ingressou no Brasil em 1965, após a aprovação da Emenda Constitucional nº 16, inspirada no sistema austríaco, pensado por Hans Kelsen⁶¹.

A Carta de 1988 ampliou e aperfeiçoou o sistema, criando novas ações diretas e estendendo a legitimidade para a propositura da demanda a outras autoridades, órgãos e entidades. Com isso, no ordenamento pátrio, foi criado um controle abstrato das leis e atos normativos do Poder Público, competindo, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade ou constitucionalidade⁶². Vale reiterar que tanto o controle concentrado como o controle difuso são mecanismos de fiscalização da fidelidade das normas infraconstitucionais com relação à Constituição, que, por sua vez, deve ser escrita, formal, rígida e suprema.

José Joaquim Gomes Canotilho⁶³ ressalta que a noção de inconstitucionalidade decorre diretamente do princípio da hierarquia das normas jurídicas, segundo o qual as normas

⁶¹ A Constituição Austríaca de 1920, iluminada pela teoria Kelseniana, foi a primeira a introduzir o conceito de controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos como função exclusiva de um Tribunal Constitucional. Em suas próprias palavras, Hans Kelsen argumentou: “Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se essa situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 189.

⁶² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p 183.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 406.

inferiores extraem a sua validade das normas superiores. A Constituição está acima de todas as demais normas de um ordenamento jurídico, sendo inconstitucional qualquer outra manifestação normativa que lhe contrarie diretamente. Em suas palavras, o autor elucida que “[...] interpretar, aplicar e concretizar conforme a lei fundamental é considerar as normas hierarquicamente superiores da constituição como elemento fundamental na determinação do conteúdo das normas infraconstitucionais”⁶⁴.

Importante sublinhar que são quatro as ações que compõem o controle abstrato de constitucionalidade, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Embora o *caput* do art. 103, da CF/88⁶⁵, descreva expressamente apenas os legitimados para propor a “ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade”, tem-se entendido que o referido dispositivo legal é aplicável também à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e à arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Assim, em relação à legitimidade para a propositura das ações constitucionais diretas (nos termos do supracitado art. 103, da Constituição), podem ingressar com a demanda: as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa, da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Presidente da República, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Partido Político com representação no Congresso Nacional e a Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

Dirley da Cunha Júnior⁶⁶ esclarece que, malgrado a Carta de 1988 não imponha qualquer distinção entre os legitimados, consolidou-se o entendimento no STF de que a legitimidade do Governador de Estado, da Mesa da Assembleia Legislativa, da Confederação

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 406.

⁶⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁶⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 214.

Sindical e das Entidades de Classe de âmbito nacional é restrita à comprovação de pertinência temática. Isso significa que, para eles, é imprescindível a demonstração de interesse de agir, provando a relação lógica entre a questão impugnada na lei ou ato normativo e os interesses guerreados por esses possíveis requerentes.

Em contrapartida, decidiu a Suprema Corte brasileira que, como os demais legitimados (Presidente da República, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional, Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados) possuem o interesse institucional de preservar a vontade da Constituição, é dispensável a demonstração do requisito “pertinência temática”. Em síntese, o STF⁶⁷ definiu que existem legitimados universais – que estão desobrigados de demonstrar a pertinência temática – e legitimados não universais, que devem comprovar o interesse de agir com o objeto da ação direta.

Com efeito, no controle concentrado de constitucionalidade, o objeto principal da ação é a própria questão constitucional, no que difere do controle difuso, cuja discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo se apresenta como questão prejudicial ao conflito intersubjetivo travado entre as partes do processo. Por essa razão, considera-se que no controle concentrado a ação é objetiva, por se tratar de uma situação hipotética, em que não se vislumbra um litígio real. Daí, afirmar-se que as partes são meramente formais no controle abstrato. Ao contrário está o controle difuso, em que o processo é subjetivo, envolvendo pessoas (*inter partes*).

Quanto aos efeitos jurídicos, o § 2º do art. 102, da CF/88⁶⁸, e o parágrafo único do art. 28, da Lei nº 9.868/1999⁶⁹, asseguram que a decisão definitiva de mérito na ação declaratória

⁶⁷ ADI-MC-AgR 1.507, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 06.06.1997: CONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMIDADE ATIVA: PERTINÊNCIA TEMÁTICA. [...] II. - A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. III. - Precedentes do STF: ADIn 305-RN (RTJ 153/428); ADIn 1.151-MG ("DJ" de 19.05.95); ADIn 1.096-RS ("LEX-JSTF", 211/54); ADIn 1.519-AL, julg. em 06.11.96; ADIn 1.464-RJ, "DJ" de 13.12.96. IV. - Inocorrência, no caso, de pertinência das normas impugnadas com os objetivos da entidade de classe autora da ação direta.

⁶⁸ Art. 102. [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁶⁹ Art. 28. [...]

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade acarreta em eficácia *erga omnes* (contra todos) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas searas: federal, estadual e municipal.

Resta evidente, por consequência, que foi adotada a teoria da nulidade no Brasil, de maneira que a decisão declaratória de lei ou ato normativo inconstitucional – proferida pelo Supremo Tribunal Federal – ocasiona efeitos *ex-tunc*, retroagindo à época de sua origem. Mas essa é a regra geral, já que, conforme explica Lênio Luiz Streck, o STF pode se utilizar de algum fundamento específico (normalmente por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social) para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, aplicando efeitos *ex-nunc* (não retroativos)⁷⁰. Para tanto, é necessário que dois terços dos membros da Suprema Corte votem em favor da modulação dos efeitos da decisão, tal como determina o art. 27, da Lei nº 9.868/99⁷¹.

A Lei nº 9.868/1999 disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, propostas perante o STF. No art. 26, do mencionado diploma legal, nota-se que a decisão prolatada que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de lei ou ato normativo é irrecorrível, admitindo-se somente a interposição de embargos declaratórios⁷².

Por derradeiro, não custa ressaltar que as ações constitucionais diretas têm natureza dúplice, isso significa que, em caso de improcedência da demanda (não acolhimento do pedido), o STF deverá declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual questionado.

Imediatamente após a aprovação da Reforma Trabalhista de 2017 se iniciou o debate acerca da possível inconstitucionalidade de alguns novos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, os quais sofreram alterações substanciais mediante a entrada em vigor da Lei nº 13.467. Em decorrência disso, foram propostas no STF diversas ações constitucionais diretas, que suscitam a inconstitucionalidade da aludida lei. A mais expressiva delas é a ADI nº 5.766/DF, especialmente porque um dos principais fundamentos dessa ação constitucional é, justamente, a violação ao princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV e LXXIV, da CF/88). Além de potencial afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF),

⁷⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 386.

⁷¹ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁷² Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88), dentre outros princípios constitucionais.

Nos tópicos vindouros, serão apreciados os argumentos favoráveis e contrários à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5.766/DF), bem como os votos já proferidos pelos Ministros Edson Fachin e o Min. Relator Luís Roberto Barroso. Espera-se, com isso, sistematizar conhecimentos que possam contribuir com a pesquisa acadêmica e com a sociedade em geral, na medida em que as pessoas poderão compreender os principais pontos do processo de julgamento da ADI nº 5.766, no controle abstrato de constitucionalidade.

Embora ainda esteja sendo proferida essa decisão na Suprema Corte brasileira, já se percebe que o tema possui grande repercussão, pois envolve questões de suma importância no direito processual civil e na vida de milhares trabalhadores pobres. Antes disso, entretanto, é necessário explanar uma noção geral acerca do controle difuso de constitucionalidade, porquanto, certamente, o STF também tenha que exercer o controle concreto de constitucionalidade de alguns artigos da Lei nº 13.467/17.

5.3.2 Controle difuso

Pela primeira vez na história, o juiz John Marshall da Suprema Corte norte-americana, ao julgar o caso *Marbury v. Madison*, em 1803, decidiu que a Constituição Federal dos EUA possui supremacia frente às demais normas do ordenamento jurídico americano, não podendo ser abalada por leis infraconstitucionais. Em sua fundamentação, Marshall argumentou que a própria Constituição de 1787 assegura tal primazia, haja vista o artigo VI, cláusula 2º (*supremacy clause*)⁷³.

Consoante aclara Dirley da Cunha Júnior⁷⁴, a tese sustentada pelo juiz John Marshall e acompanhada por todos os integrantes da Suprema Corte norte-americana foi a seguinte: por ser a Constituição Federal lei suprema, ela prepondera sobre todo o sistema jurídico, competindo aos juízes o dever de rechaçar quaisquer leis ou atos normativos que lhe contrarie diretamente. A partir de então, surge o sistema *judicial review*, isto é, o controle judicial de constitucionalidade dos atos legislativos.

⁷³ Artigo VI, cláusula 2º: Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país. Os juízes de todos os Estados dever-lhe-ão obediência, ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário.

⁷⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 61-67.

Essa doutrina da *judicial review* foi se consolidando por diversos países ao longo do tempo. Em 1891, o Brasil adotou esse sistema de controle de constitucionalidade na Constituição pátria pela primeira vez, sendo que, nas Constituições posteriores, o modelo também foi preservado. Atualmente, o controle de constitucionalidade concreto encontra guarida no art. 102, da Carta de 1988.

Importa destacar que, nesse sistema de jurisdição constitucional, diferentemente do controle abstrato, as partes do litígio são reais, de modo que qualquer pessoa – com capacidade de ser parte – pode ingressar com demanda pleiteando a revisão constitucional de lei ou ato normativo. É, portanto, um processo subjetivo (*inter partes*).

Demais disso, os atos e omissões do Estado são analisados como uma questão prejudicial de mérito à controvérsia principal travada entre as partes do processo. Como consequência disso, o controle de constitucionalidade difuso ocorre por via de exceção (ou defesa), como meio necessário para obter o bem da vida pretendido. É na causa de pedir que a inconstitucionalidade é suscitada, constituindo um fundamento jurídico para a questão principal da lide. Acerca deste aspecto, esclarece Dirley da Cunha Júnior⁷⁵:

[...] entende-se, aqui, por exceção, não um meio de defesa indireta do processo, mas no sentido amplo que abrange qualquer defesa oposta a uma lesão ou ameaça de lesão a direito, pouco importando, hodiernamente, se essa defesa é realizada passivamente, ou seja, pelo interessado residindo no polo passivo de alguma ação contra ele intentada, ou se ela se dá numa ação proposta pelo interessado, em posição ativa, atacando, desde logo, o ato violador a direito seu já praticado ou simplesmente ameaçado de ser praticado, com fundamento em lei ou ato normativo inconstitucional.

Justamente por isso, trata-se de um controle incidental de constitucionalidade (*incidenter tatum*), podendo ser realizado por qualquer juiz ou tribunal que componha a estrutura do Poder Judiciário do Brasil. Nesse ponto, Cunha Júnior⁷⁶ traz uma observação no sentido de que, segundo decisão proferida pela Supremo Tribunal Federal no que tange à competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de recurso especial, não é admissível que o STJ enfrente questões constitucionais já decididas pelos tribunais inferiores, sob pena de usurpação de competência do STF em recurso extraordinário ou ressuscitar matéria já preclusa.

Todavia, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence, em seu voto, chamou a atenção para a seguinte assertiva: “Não se contesta que, no controle difuso de constitucionalidade, o STJ, a

⁷⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 112-113.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 157.

exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício [...]”⁷⁷. Em suma, o STJ só pode exercer o controle concreto de constitucionalidade na fase recursal se a questão constitucional fomentada for diferente da que já houver sido alvo de análise pela instância ordinária recorrida, contudo, essa restrição inexistente quando o STJ exerce a competência originária para processar e julgar a causa.

Ainda sobre competência para realizar o controle incidental de constitucionalidade, há de se advertir que o art. 97, da atual Constituição, impõe a maioria absoluta dos membros do tribunal ou do seu respectivo órgão especial (se houver) para que seja possível declarar a inconstitucionalidade dos atos ou omissões do Poder Público⁷⁸. Essa regra ficou conhecida como “cláusula de reserva do plenário”, em que o tribunal ou órgão especial, necessariamente, deve dispor de maioria absoluta para declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo dos Poderes Políticos (Legislativo e Executivo), notadamente porque estes atos gozam de presunção de constitucionalidade⁷⁹.

Conforme explica Lênio Luiz Streck⁸⁰, em face da resistência dos tribunais de observarem a cláusula de reserva do plenário, a Suprema Corte brasileira precisou editar a Súmula Vinculante nº 10, a fim de tornar evidente que, malgrado o órgão fracionário de tribunal não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estatal (no todo ou em parte), tal decisão viola a regra de reserva de plenário⁸¹.

Sem embargo, o citado autor preconiza que a cláusula de reserva de plenário não incide nos casos de inconstitucionalidade superveniente. Vale dizer, quando há uma

⁷⁷ Recurso extraordinário: interposição de decisão do STJ em recurso especial: inadmissibilidade, se a questão constitucional de que se ocupou o acórdão recorrido já fora suscitada e resolvida na decisão de segundo grau e, ademais, constitui fundamento suficiente da decisão da causa. 1. Do sistema constitucional vigente, que prevê o cabimento simultâneo do recurso extraordinário e de recurso especial contra o mesmo acórdão dos tribunais de segundo grau, decorre que da decisão do STJ, no recurso especial só se admitirá recurso extraordinário se a questão constitucional objeto do último for diversa da que já tiver sido resolvida pela instância ordinária. 2. *Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de ofício; o que não é dado àquela Corte, em recurso especial, é rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa* (AI nº 145.589/RJ-AgR, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 24/6/94) (grifou-se).

⁷⁸ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência).

⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 157-158.

⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 199.

⁸¹ Súmula Vinculante nº 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

incompatibilidade entre lei ou ato normativo anterior à Constituição vigente. Nessa hipótese, o órgão fracionário do tribunal está dispensado da regra de reserva do plenário, justamente por não se tratar de inconstitucionalidade, mas sim de declaração de não recepção da norma infraconstitucional pela Constituição de 1988⁸².

Em relação aos efeitos jurídicos no controle incidental, como o Brasil adotou o modelo norte-americano, em regra, a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público considera-o nulo. Assim, o efeito é meramente declaratório, retroagindo à origem do ato impugnado (*ex tunc*). Apesar disso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Likletter v. Walker*, de 1965, entendeu que compete ao Judiciário, em cada situação concreta, decidir sobre a abrangência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sendo possível ao juiz ou tribunal limitar os efeitos para serem prospectivos ou *ex nunc*⁸³.

A fundamentação dessa decisão foi que, em alguns casos, o efeito *ex tunc* pode ocasionar transtornos excessivos na sociedade, comprometendo o princípio da segurança jurídica. Por tal razão, foram incluídas nas Leis nº 9.868 e 9.882, ambas de 1999, a previsão normativa de que poderá o STF, por maioria de dois terços de seus membros, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato-principal de constitucionalidade⁸⁴. Apesar de as Leis nº 9.868 e 9.882/99 tratarem do modelo concentrado de jurisdição, o STF tem admitido a sua utilização também para limitar a eficácia temporal no controle incidental de constitucionalidade, em consideração ao primado da segurança jurídica.

Como o sistema norte-americano (*judicial review*) ocorre em um caso concreto, pode acontecer de leis ou atos normativos – declarados inconstitucionais no controle difuso – permanecerem no ordenamento jurídico para a maioria da população e não para algumas pessoas (aquelas que buscaram a revisão judicial e lograram decisão favorável). Em face disso, desde a Constituição de 1934, outorgou-se ao Senado Federal a prerrogativa de conferir eficácia geral (*erga omnes*) à decisão definitiva do STF que declara, incidentalmente, lei ou ato normativo inconstitucional, suspendendo a execução do ato⁸⁵.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 199.

⁸³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 166.

⁸⁴ As Leis nº 9.868 e 9.882/99, respectivamente, dispõem acerca do processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Os artigos que tratam da modulação dos efeitos jurídicos da decisão que declara lei inconstitucional são: art. 27 da Lei nº 9.868 e art. 11 da Lei nº 9.882/99.

⁸⁵ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 167-168.

A Carta de 1988 estabelece em seu artigo 52, inciso X, que é competência do Senado Federal suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou ato normativo declarado, por decisão definitiva do STF, inconstitucional⁸⁶. Há de se ressaltar que, conquanto o art. 52, X, da CF/88, não disponha expressamente o termo “ato normativo”, a doutrina⁸⁷ é pacífica no sentido de que a expressão “lei”, contida no aludido dispositivo constitucional, deve ser interpretada de forma ampla, alcançando todos os atos normativos.

Dirley da Cunha Júnior⁸⁸ expõe que compete ao Supremo Tribunal comunicar ao Senado Federal a decisão que, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do ato estatal questionado, após o trânsito em julgado do acórdão. Tanto é assim que o próprio Regimento Interno do STF disciplina o procedimento, em seu art. 178. Inobstante, é possível que o Procurador Geral da República efetue o comunicado ou, ainda, o Senado pode, de ofício⁸⁹, realizar a suspensão da execução do ato impugnado, mediante resolução. Sucede que essa é uma prerrogativa do Senado, porém, não é uma obrigação, ou seja, a competência senatorial é discricionária, podendo o Senado Federal julgar a conveniência e a oportunidade de suspender a execução do ato declarado inconstitucional.

Assim, diversas foram as situações que o Senado não expediu a resolução necessária para sustar a eficácia da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF. Em face dessa resistência (antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015), discutia-se muito acerca da possibilidade da Corte Suprema do Brasil, ao exercer o controle difuso de constitucionalidade, estender a eficácia da decisão para todos, tornando-a *erga omnes*, tendo em vista a conduta omissiva do Senado Federal⁹⁰.

⁸⁶ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

⁸⁷ Nesse sentido: Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 169-170; Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 105; Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 204.

⁸⁸ CUNHA JÚNIOR, loc. cit..

⁸⁹ Conforme os artigos 386 e 388, do Regimento Interno do Senado Federal.

⁹⁰ Na Reclamação Constitucional nº 4.335-5/AC, o Ministro Relator Gilmar Mendes defendeu a tese de mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, sob o fundamento de que, com a introdução do controle abstrato-principal no ordenamento jurídico brasileiro, o STF pode suspender em caráter geral a eficácia de uma lei ou qualquer outro ato normativo do Estado, logo, à exigência de ato político do Senado Federal (inserida na Constituição de 1934 e mantida na vigente Carta de 1988, em razão da tradição do *civil law*) para suspender a execução de lei ou ato normativo inconstitucional perdeu o sentido. Destarte, uma vez proferida decisão pela Corte Suprema, com eficácia geral e vinculante, declarando a inconstitucionalidade do ato, compete ao Senado somente à concessão de mera publicidade.

Sem embargo, até 2015, a questão não havia sido solucionada⁹¹, momento em que é aprovado o novo Código de Processo. Nota-se, no CPC/15, a expressa previsão legal (art. 489, § 1º, inciso VI) para que qualquer juiz ou tribunal obedeça enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado, salvo se for comprovada a distinção (*distinguishing*) ou a superação do entendimento (*overruling*).

Nesse raciocínio, não pairam dúvidas que a decisão prolatada pelo STF, em controle concreto de constitucionalidade, pode resultar em um precedente vinculante, apto a suspender a eficácia *erga omnes* da lei ou ato normativo estatal declarado inconstitucional. Cumpre registrar, por oportuno, que a nova Lei Processual Civil dilatou o instituto da coisa julgada para as questões prejudiciais do mérito, desde que observados os requisitos dispostos nos incisos do § 1º do art. 503⁹². Desse modo, a decisão do STF que reconhece *incidenter tatum* a inconstitucionalidade do ato impugnado produz imediatos efeitos gerais e vinculantes, subordinando os demais órgãos do Poder Judiciário.

Decerto, em breve, a Excelsa Corte brasileira terá que julgar as ações e recursos do controle difuso de constitucionalidade que impugnam diversos artigos da Lei nº 13.467/17, emitindo decisões vinculantes (precedentes) a serem observadas por todos os integrantes da estrutura do Judiciário. Porém, até lá, o modelo de revisão constitucional difusa admite que qualquer juiz ou tribunal exerça o controle incidental de constitucionalidade, podendo afastar a mencionada lei, declarando-a inconstitucional no caso concreto.

Infere-se, assim, que esse mecanismo de fiscalização das leis e atos normativos do Poder Público tem contribuído, significativamente, para o equilíbrio das três funções do Estado, além de preservar o sistema de freios e contrapesos.

No próximo item, observar-se-á um estudo de caso, em que se pretende examinar o processo de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766/DF. É evidente que, de uma forma ou de outra, competirá ao Supremo Tribunal decidir acerca da inconstitucionalidade ou não da Reforma Trabalhista de 2017.

⁹¹ Isso porque os demais ministros do STF não acompanharam a tese sustentada pelo Min. Relator Gilmar Mendes, embora tenham julgado procedente a Reclamação Constitucional nº 4.335-5/AC com base em outros argumentos.

⁹² Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

5.4 O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.766/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Como já reportado, depois da aprovação da Reforma Trabalhista, diversas ações (tanto no controle concentrado como no controle difuso) foram ajuizadas em face da Lei nº 13.467/17. Sem embargo, nesta dissertação, devido ao recorte temático, será abordada apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.766/DF, porquanto, de todas as demandas que tramitam no STF, essa é a que mais se aproxima dos objetivos deste trabalho.

Por meio da ADI nº 5.766/DF foram impugnados os artigos 790-B *caput* e § 4º, 791-A § 4º, e 844 § 2º, do Decreto-Lei nº 5.452/43 (Consolidação das Leis Trabalhistas), com redação conferida pelo art. 1º da Lei nº 13.467, os quais tratam, em apertada síntese: sobre o pagamento dos honorários periciais e sucumbenciais pelo beneficiário da gratuidade de justiça, quando houver obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a referida despesa; bem como a condenação ao pagamento de custas ao beneficiário da justiça gratuita, o que pode ocorrer caso o reclamante tenha ensejado a extinção do processo, em face do não comparecimento à audiência, sendo que, nesta hipótese, o adimplemento das custas se torna condição para a propositura de nova demanda. Essas questões serão refletidas nas próximas linhas.

5.4.1 Razões para a propositura da ADI nº 5.766

Com a edição da Lei nº 13.467/17, também denominada de “Reforma Trabalhista”, diversos dispositivos da CLT foram alterados, sem sequer propiciar o devido debate acerca da razoabilidade e proporcionalidade das modificações realizadas. Em decorrência da agilidade para a aprovação dessa reforma, a aludida lei está sendo alvo de diversas impugnações, a exemplo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.794 (impugna as alterações sobre contribuição sindical obrigatória), nº 5.806 (discorre acerca do trabalho intermitente) e nº 5.870 (questiona os limites de indenizações por danos morais)⁹³.

Na ADI nº 5.766/DF, com pedido de medida cautelar proposta pela Procuradoria-Geral da República, assinada pelo então Procurador-Geral Rodrigo Janot Monteiro de Barros,

⁹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

em 25/08/2017, e admitida pelo STF para ser apreciada e julgada pelo plenário da Corte⁹⁴, sustentou-se e se pediu, em síntese, que:

(1º) os artigos 790-B *caput* e § 4º e 791-A § 4º, da CLT (alterada pela Lei nº 13.467/17), estão eivados de inconstitucionalidade material, tendo em vista que impõem ao beneficiário da gratuidade de justiça a obrigação de arcar com os honorários periciais e advocatícios, desde que possuam créditos capazes de suportá-los. Contudo, o Código de Processo Civil não traz essa previsão legal, pelo contrário, o CPC/2015 dispõe expressamente que a justiça gratuita abrange custas, despesas processuais e honorários sucumbenciais (§ 1º, do art. 98). Há de se esclarecer, por oportuno, que o novo CPC revogou, em parte, a Lei nº 1.060/50, todavia, as disposições acerca da gratuidade de justiça continuam vigentes, em razão dos artigos 98 a 102 da Lei nº 13.105/15;

(2º) a redação anterior do *caput* do artigo 790-B dispunha que caberia ao sucumbente da reclamação trabalhista arcar com os honorários periciais, exceto se houvesse a concessão do benefício da gratuidade de justiça. Entretanto, a nova redação do § 4º, do art. 790-B, prevê que, uma vez existindo créditos capazes de custear os honorários, compete ao beneficiário da justiça gratuita pagá-los, ainda que tais créditos sejam provenientes de outros processos. Resta fulgente que o novo dispositivo da CLT não se atentou para o fato de que eventuais créditos obtidos em litígios, em regra, não tiram a qualidade de hipossuficiência da pessoa. Da maneira que foi redigida a nova legislação, verbas de caráter alimentar concedidas em processos judiciais (ou mesmo administrativos, pois a referida Lei não esclarece a abrangência da norma) podem ser utilizadas para o custeamento dos honorários, retirando do trabalhador recursos essenciais para sua sobrevivência e de sua família, em total afronta à Constituição;

(3º) o novel art. 791-A, § 4º, da CLT, é uma das maiores inovações implementadas pela Reforma Trabalhista de 2017, já que não existia tal previsão legal no microsistema do direito do trabalho. Acerca deste dispositivo normativo, argumenta a parte autora do processo: “[...] por muito tempo a jurisprudência trabalhista entendeu-os indevidos, em face da capacidade postulatória das partes (CLT, art. 791), salvo na hipótese de assistência judiciária gratuita prestada por sindicato da categoria profissional”⁹⁵. Em 2016, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) alterou a Súmula nº 219, admitindo o pagamento de honorários advocatícios

⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recorso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

⁹⁵ BRASIL, loc cit..

também nos casos em que o sindicato da categoria atue como substituto processual em ações rescisórias e nas demandas não provenientes da relação empregatícia (Resolução n. 204/2016, do TST). Apesar disso, somente com a aprovação da Lei nº 13.467/17 é que a incidência dos honorários advocatícios passou a vigorar para todas as ações trabalhistas, até mesmo nas causas em que ocorre sucumbência recíproca;

(4º) semelhantemente ao § 4º do art. 790-B, o § 4º do art. 791-A, também impõe ao beneficiário da gratuidade de justiça o pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, desde que tenha adquirido, mesmo que em outro processo, créditos suficientes para custear a aludida despesa. Caso não seja constatada a existência de recursos financeiros (ainda que em outros processos), a obrigação ficará sob condição suspensiva de exigibilidade – pelo prazo de dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que a certificou – competindo à parte adversa demonstrar, dentro do prazo, que cessou a condição de hipossuficiência financeira do beneficiário da gratuidade. Somente após o transcurso desses dois anos, é que a obrigação será totalmente extinta;

(5º) além das inconstitucionalidades verificadas nos artigos 790-B *caput* e § 4º, bem como no § 4º do art. 791-A, todos da Lei nº 13.467/17, há flagrante inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 844 da CLT, em que se onera o reclamante ausente à audiência, condenando-o ao pagamento das custas processuais (nos termos do art. 789, da CLT), mesmo tendo o autor obtido o benefício da gratuidade de justiça. Essa obrigação apenas não será exigível se o trabalhador comprovar, no prazo de 15 (quinze) dias, que o não comparecimento ocorreu por motivo legalmente justificável. No entanto, inexistente consenso doutrinário e jurisprudencial sobre o que possa ser classificado como “motivo legalmente justificável”, cabendo ao juiz decidir se aceita ou não a justificativa do reclamante. Como se não bastasse, o § 3º do dispositivo em comento ainda afirma que o adimplemento das custas processuais é condição de admissibilidade para nova demanda judicial, sobrepondo o interesse da União (recebimento das custas) à vontade da Carta de 1988, evidenciada pelo art. 5º, incisos XXXV e LXXIV;

(6º) os dispositivos acima elencados padecem de inconstitucionalidade material, na medida em que violam diretamente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF), da isonomia (art. 3º, I e III, CF), da inafastabilidade de jurisdição, do devido processo legal e da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LXXIV, respectivamente). Portanto, “[...] em face da intensidade dos obstáculos econômicos impostos aos direitos fundamentais dos demandantes pobres, as normas

impugnadas ainda incorrem em inconstitucionalidade por violação aos princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso, configurando desvio de finalidade legislativa”⁹⁶;

(7º) a Constituição prescreve (§ 2º do art. 5º) que os direitos e garantias nela explicitados não excluem outros fixados em normas internacionais, como os editados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), responsável por emitir normas internacionais sobre direito e processo do trabalho.

Em face do exposto, a Procuradoria-Geral da República pugna pela total procedência da ação direta para que seja declarada a inconstitucionalidade material do artigo 1º da Lei nº 13.467/17, nos pontos em que altera ou insere disposições no Decreto-lei nº 5.452/43 (CLT), especificamente: a) em relação à expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, observada no *caput* do art. 790-B, bem como o seu § 4º; b) o termo “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a defesa”, contida no § 4º do art. 791-A; c) a expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita”, constante no § 2º do art. 844.

Até o presente momento, o pedido cautelar ainda não foi apreciado. O Ministro Relator Luís Roberto Barroso determinou a oitiva da Câmara dos Deputados Federais, do Senado Federal, do Presidente da República e da Advocacia-Geral da União, devendo, em seguida, decidir acerca do pleito cautelar.

5.4.2 Argumentos que sustentam a constitucionalidade dos artigos 790-B *caput* e § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2º, da Lei nº 13.467/17, impugnados pela ADI nº 5.766

Em linhas gerais, o processo legislativo para aprovação de projeto de lei federal exige pronunciamento favorável da Câmara dos Deputados Federais e do Senado Federal, assim como da sanção do Presidente da República. Por conseguinte, tais órgãos devem ser cientificados nas ações diretas do controle de constitucionalidade, a fim de que possam apresentar defesa da lei federal que editaram. Isso porque o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público preconiza que, em face do primado da

⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), a lei ou ato normativo proferido pelo Estado deve estar, desde o nascedouro, conforme a Constituição.

Espera-se, assim, que o controle preventivo de constitucionalidade tenha sido efetivamente observado. Sem embargo, Luís Roberto Barroso adverte que “a presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente [...]”⁹⁷. Em outras palavras, trata-se de uma presunção relativa de constitucionalidade das leis e atos normativos dos Poderes Políticos, sendo passível prova em contrário.

Vale acrescentar que o § 3º, do art. 103, da CF/88⁹⁸, determina que o STF, ao exercer o controle abstrato de constitucionalidade, deverá citar, previamente, o Advogado Geral da União, viabilizando a defesa do ato ou texto impugnado. Verifica-se, destarte, que também é imprescindível a ciência e a manifestação processual da AGU.

5.4.2.1 Da Câmara dos Deputados

Intimada a se manifestar, a Câmara dos Deputados Federais apresentou petição na ADI nº 5.766/DF, defendendo que inexistente qualquer inconstitucionalidade formal ou material na Lei nº 13.467/17, já que o mencionado diploma legal cumpriu todo o processo legislativo, sendo, inclusive, aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (órgão responsável por apreciar a conformidade dos projetos de lei com a Constituição).

Em relação ao processo formal da referida lei, sustentou-se que foram realizadas diversas audiências públicas e ouvidos representantes da sociedade civil, bem como juristas especialistas nos temas a serem modificados pela Reforma Trabalhista, “[...] além de terem sido realizados diversos fóruns estaduais, tudo com o intuito de incluir uma maior parcela da sociedade nos debates da matéria”⁹⁹.

No que concerne ao conteúdo dos artigos impugnados na ação direta em apreço, a Câmara de Deputados se posicionou no sentido de que a concessão irrestrita do benefício da

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 164-165.

⁹⁸ Art. 103. [...]

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

gratuidade de justiça criou um ambiente favorável ao ajuizamento de demandas temerárias, desprovidas de base jurídica e de má-fé, porquanto “a ausência de ônus ao litigante de má-fé estimula a apresentação de lides infundadas, em que o reclamante se aventura no Judiciário quase que para ‘tentar tirar a sorte’ às custas do reclamado”¹⁰⁰. Sendo assim, ao invés de proteger as garantias dadas aos trabalhadores, tinha-se o cerceamento do direito a uma justiça eficaz, tendo em vista o Relatório Geral da Justiça do Trabalho demonstrando o *déficit* na arrecadação de custas, que, ao seu passo, impacta no funcionamento da máquina estatal. “Ademais, a concessão do benefício da justiça gratuita de maneira infundada tende a abarrotar os tribunais, contribuindo para a morosidade da Justiça e impedindo uma prestação jurisdicional célere e eficaz”¹⁰¹.

O referido órgão do Congresso Nacional aduziu também que o regime anterior incentivava o oportunismo, na medida em que retirava do beneficiário da gratuidade de justiça os riscos naturais do processo, a título de exemplo, vale citar custas processuais, ônus de sucumbência, honorários periciais e advocatícios, dentre outros. De tal modo que:

A utilização prudente do acesso ao Poder Judiciário coaduna-se com a busca da celeridade processual e contribui para a redução das lides propostas sem qualquer perspectiva de sucesso, seja pela sua não compatibilidade com o bom direito, seja pelo excesso de demandas estimuladas pela ausência de risco de aplicação dos efeitos condenatórios em ônus de sucumbência¹⁰².

A Reforma Trabalhista trouxe uma nova feição à Justiça do Trabalho, de sorte que se o beneficiário da gratuidade de justiça passa a dispor de recursos financeiros – decorrentes daquele ou de outro processo – deve arcar com custas e honorários, “[...] sob o risco de estar enriquecendo-se ilicitamente às custas do Estado”¹⁰³. Portanto, no entendimento da Câmara, não pairam dúvidas que a racionalização do benefício da gratuidade de justiça é uma medida que se impõe.

Acerca do § 2º do art. 844, da CLT reformada, não se vislumbra qualquer inconformidade com a Constituição pátria, em virtude da possibilidade de conformação do legislador infraconstitucional. À vista disso, tratando-se de matéria legal, é plenamente cabível a regulamentação dessa questão.

¹⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

¹⁰¹ BRASIL, loc. cit..

¹⁰² BRASIL, loc. cit..

¹⁰³ BRASIL, loc. cit..

No que se refere ao pleito cautelar, afirmou-se ainda que não restaram comprovados os requisitos autorizadores para concessão de tal medida processual, notadamente porque inexistente óbice ao acesso à justiça. “Ao contrário, a nova normatização visa a efetividade judicial, diante do desestímulo de condutas potencialmente abusivas e lesivas ao Estado”¹⁰⁴.

Por derradeiro, a Câmara dos Deputados Federais sustentou que o reclamante sucumbente somente terá que arcar com custas e honorários processuais se tiver créditos – naquele ou em outro processo – a receber, no âmbito das demandas processadas na Justiça do Trabalho. Isto posto, não há que se cogitar qualquer inconstitucionalidade na Lei nº 13.467/17.

5.4.2.2 *Do Senado Federal*

A Advocacia do Senado Federal também apresentou sua peça de defesa, argumentando que foi necessária a modernização da legislação trabalhista, porquanto a redação anterior da CLT eximia o beneficiário da gratuidade de justiça de qualquer responsabilidade natural da sucumbência de uma demanda judicial¹⁰⁵.

No caso do art. 790-B *caput* e § 4º, previu-se a possibilidade de responsabilização pelos honorários periciais ao beneficiário da gratuidade sucumbente, desde que advenham créditos (do mesmo processo ou de outro litígio) que possam suportar a mencionada despesa. Sustentou-se, assim, que a legislação reformista trouxe regras mais coerentes para a coletividade, na medida em que inexistente justiça gratuita, pois alguém sempre terá que pagá-la. Esse alguém é a sociedade, que, por meio dos tributos estatais, arca com a manutenção do aparato judicial. “Desse modo, ainda que o empregado a quem se defira a justiça gratuita ganhasse uma fortuna na ação trabalhista em questão ou em outro processo, a União, ou seja – a sociedade – teria que arcar com os custos da perícia”¹⁰⁶.

O alto órgão do Congresso Nacional considera que a legislação anterior à Reforma Trabalhista de 2017 era demasiadamente generosa, por produzir o efeito externo de incitar perícias desnecessárias às custas dos cofres públicos, obstruindo o acesso do trabalhador beneficiário que realmente necessita da benesse. Nessa perspectiva, aponta ainda que, além de

¹⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

¹⁰⁵ BRASIL, loc. cit..

¹⁰⁶ BRASIL, loc. cit..

onerar o Erário, os honorários pagos aos peritos (nos casos de concessão da gratuidade) são mais baixos e o tempo para o *expert* receber é maior, em face da burocracia estatal. Isso pode afetar o próprio resultado das decisões, já que o juiz ou tribunal julga o processo com base no laudo pericial¹⁰⁷.

Para o Senado Federal, criou-se o art. 791-A e seus parágrafos, no intuito de conter demandas frívolas e mal intencionadas. Assim como nas demais searas do direito, os honorários advocatícios sucumbenciais passaram a ser previstos expressamente, o que, há muito tempo, já era aguardado pelos advogados trabalhistas.

No que se refere ao § 4º, do citado dispositivo, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade, notadamente porque somente será imputado ao beneficiário da gratuidade de justiça a obrigação de custear os honorários advocatícios caso o mesmo obtenha capacidade de pagamento para tanto. Se isso não ocorrer, a aludida obrigação ficará sob condição suspensiva de exigibilidade por 2 (dois) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que a certificou, devendo ser totalmente extinta a obrigação após o transcurso desse prazo bienal, o qual é 3 (três) anos menor do que aquele previsto no § 3º, do art. 98, do Código de Processo Civil em vigor¹⁰⁸.

Além disso, o Congresso Nacional expôs que é plenamente constitucional o § 2º do art. 844, da CLT, tendo em vista que a nova regra estabelece o prazo de 15 (quinze) dias para que o trabalhador possa justificar o não comparecimento à audiência. Em sua visão, assegura que “[...] inconstitucional seria permitir que a parte que mobilizou recursos e pessoal públicos e privados para instaurar o processo, simplesmente se omita sem qualquer motivação”¹⁰⁹. Mais adiante, reitera que:

A legislação trabalhista revogada, ao projetar um trabalhador subordinado, não apenas economicamente, mas também politicamente, proporciona benefícios paternalistas que têm o condão de 1) eternizar sua dependência e b) dar guarida a abusos de direitos, que não são admitidos em tempos de bonança e muito menos em tempos de crise ao mesmo tempo aguda e crônica, como a atual.

Em fase de conclusão, o Senado Federal alegou que os recursos públicos são escassos, de sorte que sua alocação precisa ser feita de modo eficiente e racional, proporcionando a universalização de direitos básicos. Por tais razões, sustentou que descabe o pleito cautelar

¹⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

¹⁰⁸ BRASIL, loc. cit..

¹⁰⁹ BRASIL, loc. cit..

formulado pela parte requerente, pois, no caso em apreço, inexistem a fumaça do bom direito (*fumus boni juris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*).

5.4.2.3 Da Advocacia-Geral da União

Compete a Advocacia Geral da União (AGU), nos termos do § 3º do art. 103, da CF/88, defender lei ou ato normativo federal impugnado em ação direta de inconstitucionalidade, representando os interesses da Presidência da República em todo o processo.

No caso em estudo, a AGU apresentou defesa argumentando que a nova legislação trabalhista aproveitou as virtudes da Lei nº 1.060/50, contudo, trouxe a análise da situação financeira do reclamante até o término da demanda judicial. Nas suas próprias palavras, arguiu que “o tratamento assistencial será concedido na forma de ‘dispensa de antecipação’, cujos benefícios serão circunstanciados à permanência da situação de carência financeira durante o curso do processo”¹¹⁰. Dessa forma – continuou –, evita-se o desperdício de recursos públicos, uma vez que aqueles que obtiveram capacidade de pagamento, durante o transcurso do processo, para arcar com custas e honorários deverão quitá-los. “Afim, os benefícios distribuídos alteram a percepção de risco dos potenciais demandantes em relação à propositura de ações, criando incentivos não raro criticáveis à judicialização”¹¹¹.

Afirmou, ainda, a AGU que a legislação reformista facilitou a prova da insuficiência de recursos, isso porque antes o benefício apenas era concedido às pessoas que percebessem remuneração igual ou inferior ao dobro do salário mínimo legal e, após a Reforma Trabalhista, quem recebe até 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) tem direito à gratuidade de justiça (§ 3º art. 790, CLT).

Ademais, sustentou que inexistente ofensa ao princípio da proporcionalidade ou sequer desvio de finalidade legislativa, – como acusado na peça inaugural – tendo em vista que as alterações realizadas foram necessárias e não constroem o acesso à Justiça do Trabalho. Portanto, “a narrativa civilizatória dos direitos fundamentais não deve servir à perpetuação de

¹¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recorso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

¹¹¹ BRASIL, loc. cit..

padrões de assistência social perdulários, ineficientes, que induzem à dependência do Estado”¹¹².

Assim, a Advocacia Geral da União concluiu que o sistema de concessão da justiça gratuita, adotado antes da Reforma da legislação trabalhista, estimulava demandas frívolas, porquanto havia uma impossibilidade prática de fiscalização. Por outro lado, as novas regras apresentadas pela Lei nº 13.467/17 trazem critérios racionais e eficientes para o direito material e processual do trabalho. Destarte, incabível se torna o deferimento da medida cautelar por ausência dos requisitos autorizadores, bem como, no mérito, deve ser rechaçada a ADI nº 5.766/DF, notadamente por existir conformação com a Constituição Republicana os novos dispositivos da CLT atacados pela ação direta¹¹³.

Em face de sua importância, cumpre mencionar que, na ADI nº 5.766, diversas instituições requereram a participação no processo como “amigo da Corte” (*amicus curiae*)¹¹⁴. Entretanto, tal direito apenas foi deferido para: “Central Única dos Trabalhadores – CUT”, “Central Geral dos Trabalhadores do Brasil – CTGB”, “Central dos Sindicatos Brasileiros – CSB”, “Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA”, “Confederação Nacional do Transporte – CNT” e “Confederação da Agricultura e Pecuária no Brasil – CNA”¹¹⁵. Isso porque, nos termos do § 2º do art. 7º, da Lei 9.868/99, a admissão de terceiros na ADI ocorre a critério do relator do processo, devendo ser verificada a relevância da questão debatida e a representatividade das entidades postulantes¹¹⁶.

Cada uma dessas instituições apresentou manifestação nos autos do processo, obtendo ainda o direito de serem ouvidas no plenário do STF na sessão de julgamento da aludida ação direta de inconstitucionalidade, iniciada em 09 de maio de 2018. Esse terceiro especial, normalmente, possui conhecimentos técnicos aprofundados acerca da questão basilar da demanda judicial, contribuindo com informações, dados concretos e referências que podem ser utilizadas pela Suprema Corte brasileira na fundamentação de sua decisão.

¹¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

¹¹³ BRASIL, loc. cit..

¹¹⁴ Trata-se de um terceiro especial ou colaborador informal que pode intervir no feito, desde que demonstre um interesse objetivo na questão jurídico-constitucional em discussão, possua pertinência temática a atividade por si desenvolvida e represente eficazmente determinado setor da sociedade. O *amicus curiae* possibilita a pluralização do debate, conferindo maior legitimidade à decisão da Suprema Corte. Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 202.

¹¹⁵ BRASIL, loc. cit..

¹¹⁶ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Diante disso, há de se reconhecer a importância da figura do *amicus curiae* não somente na ação direta ora em estudo, mas em todas as formas de controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso), obviamente por ser um avanço na democratização do sistema de jurisdição constitucional.

5.4.3 Exame dos votos proferidos

Consoante esclarece Dirley da Cunha Júnior¹¹⁷, o conceito de constitucionalidade ou inconstitucionalidade é relacional, na medida em que decorre da interação do comportamento estatal com a Constituição vigente. Noutras palavras, significa dizer que os atos do Poder Público podem expressar conformidade ou desconformidade com os princípios constitucionais a depender da perspectiva que se tenha de determinado instituto jurídico. Apesar disso, o referido autor destaca que “[...] a relação de desconformidade entre a Constituição e o comportamento estatal, todavia, há de ser necessariamente direta, que se traduza exatamente numa violação direta e imediata de uma norma constitucional”¹¹⁸. Esse comportamento pode ser uma ação ou omissão do Estado, mas sempre deve constituir uma violação direta e imediata ao sistema formal ou às regras e princípios constitucionais. Não custa lembrar que somente as constituições rígidas ensejam o fenômeno jurídico da inconstitucionalidade, em decorrência da sua supremacia frente às demais normas do ordenamento jurídico de um país.

Até o momento, foram proferidos apenas os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso (Relator) e Edson Fachin, estando o julgamento suspenso por conta do pedido de vista do Ministro Luiz Fux. Segue-se a exposição dos votos prolatados.

5.4.3.1 Ministro Relator Luís Roberto Barroso

O Ministro Roberto Barroso, Relator da ADI nº 5.766/DF, expôs que se trata de um tema suscetível a ideologias, por isso, iniciou esclarecendo suas compreensões basilares acerca desta problemática. Enumera as 3 (três) causas principais para o excesso de processos na Justiça do Trabalho, as quais, em sua opinião, são: (1º) o fato dos empregadores não

¹¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 184.

¹¹⁸ CUNHA JÚNIOR, loc. cit..

adimplirem devidamente com as verbas trabalhistas; (2º) amplo ajuizamento de demandas temerárias e oportunistas; (3º) legislação complexa e de difícil cumprimento para os empregadores. “Proteção fora da justa medida desprotege”, afirmou o Ministro¹¹⁹.

O Relator declarou que o volume exponencial de ações na Justiça do Trabalho tem prejudicado a celeridade processual, já que os Tribunais Trabalhistas não têm conseguido fornecer uma prestação jurisdicional em tempo razoável e eficaz. Essa excessiva utilização só favorece os maus pagadores (que conseguem a procrastinação das suas obrigações) e aos litigantes oportunistas (que se aproveitam das brechas da lei para angariar recursos). Em contrapartida, a situação dos trabalhadores honestos se agrava ainda mais, porquanto têm uma Justiça morosa e pouco eficiente.

Nesse sentido, o Ministro menciona “A Tragédia dos Comuns”, de Garrett Hardin, como um exemplo de que recursos finitos precisam ser racionalizados, a fim de que não se tenha a ruína total do bem. Logo, o interesse individual não pode ser sobreposto ao interesse geral da sociedade, sob pena de comprometimento de toda a coletividade. Em suas próprias palavras, relata que “[...] sem conter a sobrecarga gerada para o Judiciário, o próprio acesso à justiça é comprometido, pela inexistência de filtros mínimos de controle da quantidade de ações, provocando uma má prestação jurisdicional”¹²⁰.

No que se refere à arguição de inconstitucionalidade dos artigos 790-B *caput* e § 4º, bem como o § 4º do art. 791-A, da Lei nº 13.467/17, o Relator entendeu que as medidas são adequadas (atendendo ao fim a que se propõem, diminuindo o contingente de demandas frívolas), razoáveis (porque não representam um gravame em excesso) e proporcionais em sentido estrito (na medida em que visam o uso equilibrado do Poder Judiciário). Dessa forma, asseverou que “Na prática, ou o sujeito vai deixar de ser pobre ou não vai ter que pagar, pois, exceto se for um litigante contumaz, o autor não tem várias reclamações trabalhistas em andamento”¹²¹. Entretanto, buscando resguardar as verbas alimentares e o mínimo existencial, sustentou também que as cobranças sucumbenciais não podem incidir sobre valores essenciais para a manutenção da dignidade do trabalhador. Portanto, devem ser estabelecidos critérios limitadores.

Para o Ministro Barroso, essa avaliação deve ocorrer da seguinte forma: (i) os valores destinados ao adimplemento dos honorários advocatícios e periciais não podem ultrapassar

¹¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&curso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

¹²⁰ BRASIL, loc. cit..

¹²¹ BRASIL, loc. cit..

30% (trinta por cento) do crédito líquido recebido. Sendo a parcela restante verba alimentar, esse percentual fora escolhido por ser comumente utilizado nos casos de empréstimo bancário; (ii) somente poderá ser descontado, em outro processo, os créditos que excederem o limite do Regime Geral da Previdência Social, que atualmente é de R\$ 5.645,89 (cinco mil seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta e nove centavos)¹²², e o valor apontado mostra-se razoável, visto que é considerado suficiente para manutenção da dignidade da pessoa aposentada ou pensionista. Caso seja menor o crédito alimentar a ser percebido pelo reclamante, este estará dispensado do pagamento das custas e honorários processuais¹²³.

Por fim, o Min. Luís Roberto Barroso aduziu que o § 2º do art. 844, introduzido na CLT pela Reforma Trabalhista de 2017, revela-se razoável e proporcional, sendo legítima a cobrança de custas judiciais quando o pleiteante não comparece à audiência na Justiça do Trabalho. Isso se justifica, arguiu o Relator, porque o número de desistências nas reclamações trabalhistas se mostra alarmante, movimentando desnecessariamente o Poder Judiciário e ainda comprometendo a adequada prestação jurisdicional de quem realmente precisa. Contudo, o demandante deve ser intimado pessoalmente para quitar a aludida despesa, sob pena de nulidade do ato processual. Assim, o trabalhador terá a efetiva oportunidade de justificar sua ausência, conformando a referida Lei com a Constituição de 1988.

5.4.3.2 *Ministro Edson Fachin*

O Ministro Edson Fachin proferiu o seu voto sustentando que, entre os obstáculos do acesso à justiça no Brasil, o mais expressivo é a dificuldade de ordem financeira, de modo que os mais pobres são os que menos possuem acesso à justiça institucionalizada. Isso porque os custos processuais são elevados, além de ser escasso o serviço de assistência jurídica gratuita¹²⁴.

Ressalta o referido Ministro que o direito fundamental de acesso à justiça está resguardo não somente pela Constituição pátria, mas também por normas internacionais, em especial o art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da

¹²² Valor do maior benefício do Regime Geral da Previdência Social, considerado na data da sessão de julgamento, ocorrida em 10 de maio de 2018.

¹²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

¹²⁴ BRASIL, loc. cit..

Costa Rica)¹²⁵. “Trata-se, indubitavelmente, de garantia fundamental cuja previsão em normas internacionais indica sua dúlice eficácia em nosso ordenamento jurídico-constitucional, a reforçar, de forma contundente, a proteção ao direito fundamental à gratuidade da Justiça”¹²⁶.

Destarte, ainda que, em tese, as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017 sejam adequadas, necessárias e razoáveis. Duvidosa é sua constitucionalidade em concreto, tendo em vista as condições restritivas ao exercício do direito de demandar para o trabalhador, desestimulando aquele que já sofre com outros estigmas na sociedade. Ademais, observou que, mesmo o reclamante que tenha uma causa legítima, poderá ter receio de ajuizar (ou continuar) com uma ação na Justiça do Trabalho, sujeitando-se a acordos desvantajosos apenas para garantir o recebimento de algum valor, ainda que não condizente com o que realmente faz *jus*. Nessa esteira, Fachin¹²⁷ defende o seguinte:

É preciso restabelecer a integralidade do direito fundamental de acesso gratuito à Justiça Trabalhista, especialmente pelo fato de que, sem a possibilidade do seu pleno exercício por parte dos trabalhadores, é muito provável que estes cidadãos não reúnam as condições mínimas necessárias para reivindicar seus direitos perante esta Justiça Especializada.

O Ministro Fachin adverte que, nesses casos de restrições legislativas a garantias fundamentais, “[...] o risco de violação em cascata de direitos fundamentais é iminente e real, pois não se está a resguardar apenas o âmbito de proteção desses direitos fundamentais em si, mas de todo um sistema jurídico-constitucional de direitos fundamentais deles dependente”¹²⁸. Portanto, é imperioso garantir a máxima efetividade da norma constitucional, sob pena de se ter o esvaziamento do preceito fundamental, bem como das demais regras e direitos assegurados pela Constituição de 1988.

Acerca dos dispositivos 790-B *caput* e § 4º e 791-A § 4º, introduzidos na CLT pela Lei nº 13.467/17, que autorizam a utilização de créditos provenientes de outras demandas judiciais para quitar custas e honorários sucumbenciais, Fachin abordou que o eventual recebimento de créditos decorrentes de um processo judicial, por si só, não modifica a situação de miserabilidade jurídica do trabalhador. Significa dizer, assim, que a existência de

¹²⁵ Art. 8º. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

¹²⁷ BRASIL, loc. cit...

¹²⁸ BRASIL, loc. cit..

créditos judiciais, muito raramente, altera a condição de pobreza em que se encontra o reclamante beneficiário da gratuidade de justiça. Por conseguinte, tais créditos não podem ser utilizados coercitivamente para o pagamento das custas e honorários sucumbenciais, como dispõe a nova redação nesses novos artigos da CLT, ora impugnados¹²⁹.

No que tange ao § 2º do art. 844, instituído pela legislação reformista, afirmou que, mesmo o reclamante desidioso (que não comparece à audiência e vê seu processo arquivado), tem direito de ingressar com nova demanda sem pagar as custas processuais, desde que, comprovadamente, ainda se encontre em situação de hipossuficiência econômica. Assim deve ser, asseverou o Ministro Edson Fachin, em virtude do simples fato de que “[...] a gratuidade da Justiça, especialmente no âmbito da Justiça Laboral, concretiza uma paridade de condições, propiciando às partes em litígio as mesmas possibilidades e chances de atuarem e estarem sujeitas a uma igualdade de situações processuais”¹³⁰.

Ao concluir o seu voto, o Ministro adverte que a garantia fundamental do acesso à justiça encontra guarida em elementos basilares da identidade da Constituição brasileira, como aqueles que visam concretizar os fundamentos da República Federativa, quais sejam: a cidadania (art. 1º, III, da CF/88), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/88), a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CF/88). As novas regras trazidas pela Reforma Trabalhista depravam os fundamentos da República, reprimindo os direitos sociais dos trabalhadores. Por conseguinte, “o pedido da presente ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgado procedente”¹³¹.

Em seguida, o Ministro Luiz Fux requereu a vista antecipada dos autos do processo, a fim de amadurecer suas ideias, o que foi deferido pelo Colegiado do Supremo Tribunal. Por essa razão, o julgamento da ADI nº 5.766/DF encontra-se suspenso até a presente data. Somente o futuro poderá certificar, com precisão, quais as consequências da Reforma Trabalhista de 2017, inobstante, algumas projeções já foram traçadas nesta dissertação.

¹²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

¹³⁰ BRASIL, loc. cit..

¹³¹ BRASIL, loc. cit..

5.5 DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli¹³², o controle jurisdicional de convencionalidade é a condição de que as normas domésticas de um país, além de guardarem compatibilidade com a sua Constituição, devem estar conforme os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigência no ordenamento jurídico nacional. Em outros termos, é salutar que as normas internas de uma nação estejam em harmonia com os tratados internacionais aprovados pelo Estado. Para essa fiscalização, utiliza-se o controle de convencionalidade, normalmente efetuado pelo Poder Judiciário.

Existem diversas normas internacionais que foram incorporadas no sistema jurídico brasileiro. As mais conhecidas e que dispõem sobre direitos humanos são: Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (DUDH), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP), Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo de 2007, Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹³³, dentre outros. Todos esses tratados e convenções externos compõem o chamado “bloco de constitucionalidade”, isto é, ao conjunto de normas que servem como parâmetro de aferição de constitucionalidade das leis e atos normativos internos estatais¹³⁴.

No caso do Brasil, os §§ 2º e 3º do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, determinam que os tratados e convenções internacionais integram o ordenamento jurídico pátrio, e aqueles relativos aos direitos humanos aprovados em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos, equivalem às emendas constitucionais¹³⁵.

Por meio da tese de doutoramento, em 2008, Valério Mazzuoli foi considerado o primeiro jurista nacional a desenvolver a teoria do controle de convencionalidade aplicada ao

¹³² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 181, p. 128, jan – mar. 2009.

¹³³ No que tange às Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho, pode-se verificar o tópico 2.3 desta dissertação, que conceitua, diferencia e explana acerca das normas mais relevantes ao acesso à justiça disciplinadas pela OIT.

¹³⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 25.

¹³⁵ Art. 5º [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018)

sistema jurídico brasileiro¹³⁶. Ele defendeu que o controle jurisdicional de convencionalidade é cabível tanto para os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados nos termos do § 3º do art. 5º, da CF/88, como para os tratados e convenções internacionais que, embora não tenham sido aprovados na forma do § 3º do art. 5º, disponham sobre direitos humanos.

Na primeira hipótese (normas externas ratificadas em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos), não pairam dúvidas que é possível o controle de constitucionalidade e convencionalidade, haja vista que a Carta de 1988 assegurou caráter de emenda constitucional a esses tratados internacionais que disciplinam questões acerca dos direitos humanos¹³⁷. Com isso, a jurisdição constitucional pode ser exercida pela forma concreta (*inter partes*) ou abstrata-principal. Sob esse prisma, elucida o mencionado autor que, “assim, à medida que esses tratados passam a ser *equivalentes às emendas constitucionais*, fica autorizada a propositura (no STF) de todas as *ações constitucionais* existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das normas a ela equiparadas [...]”¹³⁸ (grifo do autor).

Na segunda conjectura (normas internacionais sobre direitos humanos não ratificados pelo Congresso Nacional), Mazzuoli sustentou que, ainda assim, é admissível o controle de convencionalidade e constitucionalidade (apenas pelo meio difuso-incidental), com base no § 2º do art. 5º, da CF/88. Isso porque a Constituição está apta a aderir outros direitos e garantias fundamentais provenientes de normas externas, desde que ratificados pelo governo brasileiro. Em suas próprias palavras¹³⁹:

É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”.

¹³⁶ A expressão “controle de convencionalidade” já havia sido referida por André de Carvalho Ramos, professor da Universidade de São Paulo. Contudo, Mazzuoli foi o primeiro a desenvolver uma teoria completa sobre o tema. Em suas próprias palavras, “[...] os autores que, antes de nós, fizeram referência à expressão ‘controle de convencionalidade’, versaram o assunto sob outro ângulo, notadamente o da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos em razão de atos do Poder Legislativo. Nesse sentido, o controle de convencionalidade seria o método a impedir o Parlamento local de adotar uma lei que viole (mesmo que abstratamente) direitos humanos previstos em tratados internacionais já ratificados pelo Estado”. Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

¹³⁷ A título exemplificativo, vale citar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007.

¹³⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 181, jan – mar. 2009, p. 132-133.

¹³⁹ Id., 2011, p. 28.

Desta forma, consoante Mazzuoli¹⁴⁰, os tratados e convenções sobre direitos humanos internalizados no ordenamento pátrio com *quórum* qualificado (§ 3º art. 5º, CF/88) são normas materialmente constitucionais, malgrado não formalmente. Por esse motivo, é plenamente cabível o controle de convencionalidade ou constitucionalidade. Sem embargo, em face da ausência de constitucionalidade formal, somente o controle difuso é possível, porquanto qualquer juiz ou tribunal pode incidentalmente aplicar as normas internacionais acerca dos direitos humanos em desfavor de leis ou atos normativos internos proferidos pelo Estado.

Ao concluir, o mencionado autor esclarece que os tratados e convenções internacionais não relacionados aos direitos humanos estão em nível infraconstitucional, ou seja, abaixo da Constituição e acima das leis. Em decorrência disso, tem-se aqui um controle de legalidade entre as normas internas e os tratados e convenções externos ratificados pelo Brasil. De tal modo que “não se trata de controle de *convencionalidade* pelo fato de se reservar esta última expressão à compatibilidade vertical que devem ter as normas infraconstitucionais com os tratados *de direitos humanos*, que têm índole e nível constitucionais”¹⁴¹ (grifo do autor).

Apesar da relevância da teoria do controle de convencionalidade desenvolvida por Valério de Oliveira Mazzuoli, o Supremo Tribunal Federal concordou apenas na primeira hipótese, em que os tratados internacionais ratificados nos termos do § 3º do art. 5º, da CF/88, possuem força de emenda constitucional, suscetíveis ao controle concentrado e difuso de constitucionalidade.

No que se refere à segunda possibilidade (tratados internacionais relativos a direitos humanos não aprovados com *quórum* qualificado), a Excelsa Corte brasileira¹⁴² decidiu, por cinco votos a quatro, que essas normas externas merecem *status* de “supralegalidade”. Isso significa afirmar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos estão acima das leis e atos normativos internos, porém, abaixo da Constituição. Essa tese prevalecente foi pensada pelo Ministro Gilmar Mendes, em face do entendimento do Min. Celso de Mello, que conferiu valor constitucional às normas externas sobre direitos humanos, conquanto não ratificadas na forma do § 3º do art. 5º¹⁴³.

Com efeito, a pirâmide jurídica de Kelsen passa a ter uma nova camada, composta pelas normas internacionais de direitos humanos não inseridas pelo ordenamento brasileiro

¹⁴⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

¹⁴¹ Id., 2009, p. 135.

¹⁴² Decisão proferida no julgamento do HC nº 87.585-TO e RE nº 466.343-SP, ocorrido em 03/12/2008.

¹⁴³ Voto do Ministro Celso de Mello no HC nº 87.585-TO .

com *quórum* qualificado. A partir desse julgamento, passou-se a exigir a dupla compatibilidade vertical material das leis e atos normativos internos, pois, além do controle de constitucionalidade, há de ser examinada a conformidade entre as normas expedidas pelo Poder Público e os tratados sobre direitos humanos incorporados pelo Brasil.

Por último, o STF consolidou o seu posicionamento no sentido de que os tratados e convenções externos acolhidos pelo ordenamento pátrio – não relacionados aos direitos humanos – ingressam no sistema jurídico nacional como lei ordinária ou complementar, a depender da matéria. Nesse panorama, o conflito entre normas jurídicas deve ser solucionado mediante a utilização dos critérios cronológico e especialidade¹⁴⁴.

Embora passível de críticas, essa decisão da Suprema Corte reconheceu o valor do direito internacional, notadamente as normas relativas aos direitos humanos. Destarte, André Ramos destaca que o Brasil “já reconheceu a jurisdição obrigatória de órgãos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que têm como tarefa fixar a interpretação do alcance das obrigações internacionais de Direitos Humanos contraídas pelo Estado”¹⁴⁵. O que é um avanço em termos de internacionalização das normas jurídicas.

Cumprir refletir ainda acerca do princípio da norma mais favorável, tendo em vista o diálogo entre as fontes normativas internas e externas, sendo que, em caso de antinomia jurídica, deve preponderar a fonte que contém a norma mais favorável aos direitos humanos (princípio internacional *pro homine*), porquanto “[...] o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais”¹⁴⁶. Consequentemente, o ordenamento jurídico interno precisa estar compatível com o direito internacional, especialmente em relação aos tratados e convenções de direitos humanos.

Victor Abramovich e Christian Courtis¹⁴⁷ ressaltam que o sistema de proteção internacional instituiu a progressiva concretização dos direitos humanos por parte dos países signatários dos tratados e convenções, de maneira que, implicitamente, não se pode conceber o retrocesso dos direitos sociais. Os referidos autores aclaram que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) assegura a impossibilidade de retrocesso em matéria de direitos humanos. Nessa esteira, o princípio da

¹⁴⁴ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, jan. – dez. 2009, p. 242.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 245.

¹⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

¹⁴⁷ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 92-94.

dignidade da pessoa humana atua como ponto de encontro entre o sistema jurídico interno dos Estados-Nação e o direito internacional.

Inferre-se, desse modo, que o controle jurisdicional de convencionalidade pode ser utilizado na averiguação da conformidade da Reforma Trabalhista com os tratados e convenções internacionais. Por conseguinte, havendo violação às cláusulas constantes nas normas internacionais introduzidas pelo ordenamento jurídico pátrio (sejam elas consideradas emendas constitucionais ou supralegais), tais normas não de prevalecer em detrimento da Lei nº 13.467/17, na medida em que possuem superioridade hierárquica na pirâmide kelseniana. Além disso, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro servem de paradigma, tanto para o controle de constitucionalidade como para o de convencionalidade.

6 CONCLUSÃO

Nesta dissertação, buscou-se propor possíveis soluções para o problema central identificado durante o desenvolvimento da pesquisa, qual seja: as alterações processuais advindas da edição da Lei nº 13.467/17 e suas consequências ao acesso à Justiça do Trabalho no Brasil. À vista disso, utilizou-se o pensamento defendido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth de que a garantia do acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos, vital em qualquer sociedade.

Em face de todas as razões que foram explicitadas neste estudo, pode-se deduzir que a Reforma Trabalhista de 2017 impôs obstáculos ao direito à jurisdição. Isso porque exige do reclamante hipossuficiente a disposição de recursos financeiros para a demanda, sendo que sua escassez pode representar a supressão da garantia constitucional de acesso à justiça em seu sentido substancial.

Como se constatou, diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho foram reformados pela Lei nº 13.467. No que concerne ao direito processual, resta evidente que as novas regras da CLT tornam o processo do trabalho menos acessível do que as ações cíveis, porquanto o Código de Processo Civil – embora tenha sido amplamente modificado em 2015 – disciplina a matéria de modo ajustado com a Constituição de 1988. É fácil constatar a razão disso, pois, enquanto a lei processual civil dispôs de amplo debate jurídico e acadêmico, a reforma na legislação trabalhista foi realizada às pressas, sem a necessária discussão acerca dos temas que sofreram alterações.

Os mais contundentes argumentos favoráveis e contrários às modificações realizadas na CLT foram expostos neste trabalho monográfico. Dentre esses argumentos, porém, tornou-se imperioso depreender quais são os valores mais importantes a serem preservados pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que permite ao intérprete do direito considerar a ausência de compatibilidade das mudanças advindas da Reforma Trabalhista com os princípios constitucionais.

Um desses valores é a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, o qual foi tutelado como direito fundamental pela Carta Republicana. A expressão “integral e gratuita aos necessitados” (inciso LXXIV, art. 5º, da CF/88) não cabe ser desprezada pelo legislador infraconstitucional, sob pena de ser declarada sua incompatibilidade com a

Constituição e ainda com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Governo brasileiro.

Assim, tornou-se possível sustentar que a obstrução do direito fundamental de acesso à justiça a partir de entraves processuais introduzidos por lei infraconstitucional pode significar um grande retrocesso social. Com efeito, não é suficiente que o Estado garanta ao jurisdicionado apenas o acesso formal à justiça, pelo mero protocolo de reclamações na Justiça do Trabalho. É necessário assegurar ao processo todas as garantias constitucionais existentes de maneira efetiva. Ora, o acesso à justiça não se resume à deflagração de demandas no Poder Judiciário. Seu significado vai muito além, e alcança o devido processo em direito e todos os princípios processuais fundamentais que lhe são corolário.

Há de se perceber que o Legislador Constituinte de 1988 prezou pela valorização do ser humano e o anseio pelo Estado do bem-estar social, demonstrando sua vontade de consagrar os direitos sociais como autênticos direitos fundamentais. Isso restou manifesto pela localização em que se encontram os direitos fundamentais individuais e sociais, visto que ambos estão dispostos no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, na Magna Carta. Além disso, a Lei Suprema do Brasil ainda ousou ao dispor, no seu § 1º do art. 5º, acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, de sorte que a efetividade de tais direitos e garantias não dependem de intermediação legislativa.

Compreende-se, com isso, que a vigente Constituição Federal – ao longo de diversos dispositivos do seu texto – expressa a vontade própria de ser efetivada em um grau máximo possível. Para tanto, imperioso se faz que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário funcionem em simetria, exercendo cada um o seu papel de forma responsável e coesa com a Carta de 1988, e também com os anseios da sociedade brasileira.

Destarte, a Lei nº 13.467/17, assim como qualquer outra lei ou ato normativo expedido pelo Poder Público, precisa ser interpretada à luz da ordem constitucional, haja vista a sua força normativa e superioridade hierárquica sobre todas as demais normas jurídicas do ordenamento pátrio. Nesse ínterim, não se pode olvidar que todas as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista devem ser submetidas à verificação de constitucionalidade, a fim de se evitar incoerência sistêmica.

Nesta pesquisa, procurou-se chamar a atenção sobre a relevância do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766/DF para o acesso à Justiça do Trabalho no Brasil. Competirá ao Supremo Tribunal Federal, em controle abstrato, decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos pontos da Reforma Trabalhista impugnados na referida ação direta. Por conseguinte, o controle de constitucionalidade (concentrado-

principal ou difuso-incidental) tem se mostrado um instrumento de suma importância para a preservação da vontade da Constituição. Deste modo, a ADI nº 5.766/DF deve ser analisada com zelo pelos Ministros da Suprema Corte brasileira, visto que a decisão a ser proferida espalhará efeitos nas relações de trabalho e, conseqüentemente, na vida de milhões de pessoas.

Cumpra ainda frisar que o Brasil incorporou, ao seu sistema jurídico, vários tratados e convenções internacionais relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana, de modo que essas normas possuem força cogente, servindo como paradigmas no controle de constitucionalidade ou convencionalidade das leis e atos normativos internos. Vale lembrar que os tratados e convenções internacionais que tratam de direitos humanos, desde que aprovados por *quórum* qualificado (em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), equivalem às emendas constitucionais. Em decorrência disso, indubitável é a sua superioridade hierárquica frente às leis (ordinárias ou complementares) e quaisquer atos normativos nacionais.

Para o STF, as normas externas sobre direitos humanos não ratificadas pelo Estado brasileiro na forma do § 3º do art. 5º, da CF/88, possuem *status* de “supralegalidade”. Noutras palavras, significa dizer que estão em um nível inferior à Constituição, porém, acima das leis e atos normativos internos proferidos pelo Poder Público.

De toda sorte, os tratados e convenções internacionais que disciplinem questões sobre direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio – seja pelo *quórum* qualificado ou não – estão em posição mais elevada na pirâmide kelseniana do que a legislação comum interna. Por esse motivo, quaisquer leis ou atos normativos estatais devem estar em conformidade com essas normas internacionais, além de, necessariamente, terem que guardar coerência com os preceitos constitucionais.

Em virtude de todas essas questões, infere-se que os arts. 790-B *caput* e § 4º, art. 791-A § 4º e o art. 844 § 2º, os quais foram introduzidos à CLT por meio da Lei nº 13.467/17, violam diretamente princípios constitucionais fundamentais. Ademais, contrariam normas externas relativas à proteção de direitos humanos incorporadas pela República do Brasil, como é o caso das Convenções nºs 98, 151 e 154 e ainda da Recomendação nº 159, da Organização Internacional do Trabalho. Portanto, tais dispositivos da aludida lei devem ser repelidos do ordenamento jurídico brasileiro, em razão da incompatibilidade sistêmica demonstrada.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *Acesso à Justiça e o Jus Postulandi das próprias partes do direito do trabalho: alcance da justiça ou quimera jurídica?* São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2009.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 09-46.

ATRIA, Fernando. *¿Existen Derechos Sociales?* Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>. Acesso em 18.mar.2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Rideel, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 19.fev.2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 02.ago.18.

BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. *Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm. Acesso em: 26.mar.2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 02.ago.18.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 03.fev.18.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de Julho de 2017. *Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 02.ago.18.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766/DF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Processo instaurado em: 25/08/17. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5766&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10.abr.2019.

BRASIL. *Teto INSS 2019* – qual é o valor, tabela de contribuição e quem têm direito. Disponível em: <https://tabeladoinss2019.com/teto-inss-2019/>. Acesso em 25.jan.2019.

BRITO, Andréa Carvalho. *A boa-fé objetiva como critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea*. 2011. 251f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Ed. Lejus, 1999.

CASTRO, Antônio Escosteguy. *O acesso à Justiça e as alterações trazidas pela Lei 13.467/17: a reforma trabalhista e os seus impactos no processo do trabalho*. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/jornal/restricao-ao-acesso-justica-na-lei-13-46717/>. Acesso em 21.jan.2018.

CESAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CONVENÇÃO N. 98. *Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva*. 18 julho 1951. Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao098.pdf>. Acesso em 29.nov.2018.

CONVENÇÃO N. 131. *Fixação de Salários Mínimos, especialmente nos Países em Desenvolvimento*. 29 abril 1972. Disponível em: <http://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao131.pdf>. Acesso em 29.nov.2018.

CONVENÇÃO N. 151. *Relações de Trabalho na Administração Pública*. 07 junho 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7944.htm. Acesso em 30.nov. 2018.

CONVENÇÃO N. 154. *Incentiva à Negociação Coletiva*. 19 junho de 1981. Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao154.pdf>. Acesso em: 30.nov.2018.

COURTIS, Christian. *Ni um passo atrás: la proibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Bueno Aires: Del Puerto, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do trabalho social*. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAUSTO, Boris. Pontífice de uma religião leiga: *Os últimos dias e o legado de Mussolini*. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/pontifice-deuma-religiao-leiga/>. Acesso em 24. out.2018.

GONÇALVES, Jéssica. *Acesso à justiça: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa*. 2016. 294f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

GONTIJO, Patrícia Maria Oliva. Boa-fé objetiva: deveres anexos e pós-eficácia das obrigações. *Revista Jurídica UNIARAXÁ*, Araxá, v. 14, n. 13, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Belo Horizonte: Líder, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 208, 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5087/3250>. Acesso em 20.fev.2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos do Processo do Trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

LOURENÇÃO, Manuela da Palma Coelho Germano. *O princípio da congruência no processo individual do trabalho*. 2011. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. Acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. *Revista Eletrônica do Tribunal regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 6, n. 61, p. 83, jul. – ago. 2017.

MALLET, Estevão. *Igualdade e Discriminação em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. São Paulo: Paz Terra, 1848.

MASCHIETTO, Leonel. *A litigância de má-fé na justiça do trabalho: princípios, evolução histórica, preceitos legais e análise da responsabilidade do advogado*. São Paulo: LTr, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan – mar. 2009.

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: MIESSA, Elisson (org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 31-54.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da; BARRETO, Susana Cadore Nunes. A gratuidade de justiça e a assistência jurídica gratuita no novo Código de Processo Civil. In: SOUZA, José Augusto Garcia de (Org.). *Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 197-211, jan. – jun. 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 4, p. 59-72, abr. – jun. 2004.

NALINI, Jose Roberto. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVO, Benigno Nuñez. *O direito internacional do trabalho*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19814&revista_caderno=16. Acesso em: 30.nov.2017.

NUNES, Rizzato. Acesso à Justiça: a assistência judiciária e a assistência jurídica – uma confusão a ser resolvida. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Org.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 685 – 689.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário. *Revista Sequência da UFSC*, Florianópolis, n. 41, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação nº 159 – sobre os procedimentos para a definição das condições de emprego no serviço público*. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242736/lang--pt/index.htm. Acesso em 22.jan.2019.

PASSOS, Joaquim José Calmon de. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*. Salvador: Editora Juspodium, 2012.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo Trabalhista de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2005.

PINTO, Lucas Baffi Ferreira; PINTO, Valter da Silva. A historicidade do direito do trabalho e a reforma trabalhista: uma mudança de paradigma no papel intervencionista do estado? In: XXVI Congresso nacional do CONPEDI, São Luís, 2017. *Anais Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II*. Florianópolis: CONPEDI, v. 27, p. 153-172.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

POMBO, Michelle Pires Bandeira. *As ondas renovatórias do acesso à justiça no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, jan. – dez. 2009.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SALDANHA, Nelson. *Sociologia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1980.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do TST*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul. – set. 2009.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

SEVERO, Valdete Souto. Proteção: o princípio do Direito do Trabalho. *Revista trabalhista, direito e processo*, Brasília, n. 50, 2014. Disponível em <http://vlex.com/vid/protecao-principio-do-direito-555472338>. Acesso em 18.jan.2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2016.

SOUZA, Wilson Alves de. Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes. *Revista LTr*, São Paulo, v. 50, n. 2, p. 166-179, 1986.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEIXEIRA, Deisy Alves. O Jus Postulandi na Justiça do Trabalho. In: ASENSI, Felipe; FILPO, Klever Paulo Leal (Org.). *Direito, sociedade e solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, p. 225-242.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr Editora, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *A ilicitude da despedida arbitrária no Brasil: desmistificando a tese do direito potestativo de despedir*. 2013. 203f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. *O Estado, o indivíduo e o dever fundamental social*. 2014. 643f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. Novo CPC e sua repercussão no processo do trabalho: A aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo do trabalho e outras considerações preliminares em face dos princípios constitucionais. In: *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia / Tribunal Regional do*

Trabalho da 5ª Região, Salvador, n. 7, 2016. Disponível em <http://escolajudicial.trt5.jus.br/revistaeletronica-edicao-atual>. Acesso em 01.abr.2019.

VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2009.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Companhia das Letras, São Paulo, 2004.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.