



FACULDADE CAMPO REAL
EXCELÊNCIA EM ENSINO SUPERIOR

DEBORAH VOLANIN TOLEDO VIER

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS QUE
TRATAM DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA NA LEI Nº 13.467/2017**

GUARAPUAVA
2018

DEBORAH VOLANIN TOLEDO VIER

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS QUE
TRATAM DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA NA LEI Nº 13.467/2017**

Monografia apresentada à Faculdade Campo Real,
como requisito para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Anna Flávia Oliveira Giusti

GUARAPUAVA
2018

V665a

Vier, Deborah Volanin Toledo

Análise da constitucionalidade dos artigos que tratam de gratuidade da justiça na Lei nº 13.467/2017 / Deborah Volanin Toledo Vier, 2018
80 f.

Orientador: Anna Flávia Giust

Monografia (Graduação)–Faculdade Campo Real, Guarapuava, 2018

1. Direito Processual Civil. 2. Direito Constitucional. I. Faculdade Campo Real. II. Título.

Feita pelo bibliotecário Eduardo Ramanauskas
CRB9 -1813

DEBORAH VOLANIN TOLEDO VIER

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS QUE TRATAM DA
GRATUIDADE DA JUSTIÇA NA LEI Nº 13.467/2017

Trabalho de Curso aprovado com média _____, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, no Curso de Direito da Faculdade Campo Real, pela seguinte banca examinadora:

Orientador (a) Presidente (a): _____

Membro: _____

Membro: _____

Guarapuava, _____ de _____ de 2018.

Dedico o presente trabalho ao meu marido, Celso
Felipe Vier Junior, por ter sido o meu porto seguro durante todos esses anos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus, que desde antes da fundação do mundo reservou esse momento tão especial e maravilhoso na minha vida.

Ao meu marido, pelo incentivo constante, pela confiança e por ser meu porto seguro, deixando a caminhada menos árdua e mais prazerosa.

Aos meus pais, por sempre acreditarem em mim.

Às minhas amigas, em especial à Nathália Karina de Mattos, Gabriela Camargo, Natália Souza, Dayane A. Blum, Crislaine Oliveira, Josiele Guimarães, Andielly Gutubir, Jamile Santinelo, Elaine Chaia e Lúcia Dovah e amigo Stefanne Leonez, por tornarem esses anos de faculdade mais felizes.

À minha orientadora, Anna Flávia Oliveira Giusti pela paciência e valiosos ensinamentos.

Ao meu pet Chico, por sempre estar ao meu lado, deitadinho nos meus pés, nas incontáveis horas de produção do presente trabalho.

RESUMO

A Lei nº 13.467/2017, amplamente divulgada como Reforma Trabalhista alterou inúmeros dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas. Entre os dispositivos alterados estão aqueles que tratam sobre a gratuidade da justiça no Processo do Trabalho que, pela nova legislação, foi reduzida, tendo em vista que dispõe-se a possibilidade de o beneficiário da justiça gratuita arcar com o pagamento das custas processuais quando der causa ao arquivamento do processo por ausência injustificada à audiência, bem como ao pagamento de honorários periciais e advocatícios quando sucumbente, trazendo, ainda, a possibilidade de serem utilizados para tanto valores auferidos pelo beneficiário demandante em outros processos, trabalhistas ou não. Por seu turno, a Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorre com as demais constituições brasileiras, consagra como direito fundamental o direito ao acesso à Justiça, quando dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Além disso, o mesmo dispositivo constitucional é entendido como sendo o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Entendendo pela inconstitucionalidade dos dispositivos, a Procuradoria Geral da República, utilizando-se da sua prerrogativa constitucional, ajuíza, perante a Suprema Corte, ação direta de inconstitucionalidade para ver declarados inconstitucionais referidos artigos, tendo em vista que a nova legislação pode causar embaraços na busca pelos direitos fundamentais dos trabalhadores, tornando a Constituição sem efeitos e um mero acessório.

Palavras-Chave: Direito Processual do Trabalho. Direito Constitucional. Acesso à Justiça. Gratuidade da Justiça. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

Law No. 13,467 / 2017, widely disseminated as Labor Reform, has altered numerous provisions of the Consolidation of Labor Laws. Among the altered provisions are those that deal with the gratuitousness of justice in the Labor Process, which, by the new legislation, has been reduced, since it is possible for the beneficiary of free justice to pay the costs of proceedings when cause the dismissal of the case due to an unjustified absence from the hearing, as well as the payment of expert and legal fees when succumbing, also bringing the possibility of being used for such amounts received by the claimant beneficiary in other processes, labor or not. The Federal Constitution of 1988, unlike that of the other Brazilian constitutions, establishes as a fundamental right the right to access to justice, when it provides that the law does not exclude from the appreciation of the judiciary an injury or threat to law. In addition, the same constitutional provision is understood to be the principle of inafasability of jurisdiction. In view of the unconstitutionality of the provisions, the Attorney General's Office, using its constitutional prerogative, appealed to the Supreme Court for direct unconstitutionality to declare such articles unconstitutional, since the new legislation may cause embarrassment in the search fundamental rights of workers, making the Constitution without effects and a mere accessory.

Word-Key:

Labor Law. Constitutional right. Access to justice. Free Justice. Labor Reform.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

PGR – Procuradoria-Geral da República

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. O DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA.....	15
2.1. A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	15
2.1.1. Constituição Política Do Império De 1824	15
2.1.2. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil De 1891	17
2.1.3. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil De 1934	18
2.1.4. Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil De 1937.....	19
2.1.5. Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil De 1946.....	21
2.1.6. Constituição Federal De 1967	22
2.1.7. Constituição Federal De 1988.....	24
2.2. O ACESSO À JUSTIÇA	25
2.2.1. Conceito.....	25
2.3. DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO	28
3. A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO	30
3.1. GRATUIDADE DA JUSTIÇA	30
3.1.1. Conceito	30
3.1.1.2. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita	31
3.1.1.2.2. Assistência judiciária	33
3.1.1.2.3. Assistência jurídica.....	34
3.1.2. Da gratuidade de justiça	35
3.2. A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	36
3.2.1. Dos Honorários Periciais	38
3.2.2. Dos honorários advocatícios.....	42
3.2.2.1. Caso prático de condenação ao pagamento de honorários advocatícios após a vigência da Lei nº 13.467/2017	46
3.2.3. Das custas	48
4. A IMPOSIÇÃO DE ÔNUS AO BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA COMO OFENSA AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA	50
4.1 A HIPOSSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR NA RELAÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA COMO FONTE DE PRINCÍPIOS EXISTENTES NO DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO	51
4.2. DISPOSITIVOS ALTERADOS PELA LEI Nº 13.467/2017	54
4.3. ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 790-B, §4º, 791-A, §4º E ARTIGO 844, §2º DA CLT, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.467/2017. 55	
4.3.1. Do Controle de Constitucionalidade.	55
4.3.1.1. Conceito.	56
4.3.1.2. Como ocorre o controle de constitucionalidade.	57
4.3.1.3. Da Inconstitucionalidade no caput do artigo 790-B, §4º do mesmo artigo e §2º do artigo 791-A da Lei nº 13.467/2017.	59
4.3.1.4. Da inconstitucionalidade no §2º do artigo 844 da Lei nº 13.467/2017.....	61
4.4. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, ajuizada pela Procuradoria Geral da República.	62
4.4.1. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso	63
4.4.2. Voto do Ministro Luis Edson Fachin.....	65
4.5. SOBRE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	67

5. CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	71

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º inciso XXXV dispõe como sendo um direito fundamental o acesso à Justiça, o qual deve ser de forma ampla, ou seja, garantir às partes do processo tratamento isonômico, contraditório, ampla defesa, entre outros princípios constitucionais e doutrinários que decorrem da referida disposição.

Buscando a eficácia constitucional, diversos institutos foram criados para que o acesso ao Judiciário fosse amplo e para que mais pessoas tivessem seus pleitos analisados por aquele que detém competência.

Nesse sentido, em 1950, com a Lei nº 1.060, foi instituída a assistência judiciária, que permite àquele que não possui recursos para arcar com os custos da demanda sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família possa ver seus direitos serem garantidos pela via judicial, bem como o patrocínio da causa por advogado.

Após isso, diversas outras medidas foram tomadas para garantir o acesso à Justiça, a exemplo da criação da Defensoria Pública Estadual e Federal, que presta assistência jurídica e judiciária de forma gratuita à população que não possui recursos suficientes.

No dia 11 de novembro de 2017, entretanto, passou a vigorar a Lei nº 13.467/2017, amplamente conhecida e divulgada como Reforma Trabalhista, que alterou significativamente e inseriu outros dispositivos na Consolidação das Leis Trabalhistas, que desde 1970 vinha sofrendo pequenas emendas.

Os artigos 790-B, §4º, 791-A, §4º e artigo 844, §2º da CLT tratam acerca do benefício da justiça gratuita no processo do trabalho e preveem a possibilidade do pagamento das custas processuais pelo beneficiário quando der causa ao arquivamento do feito pela ausência injustificada à audiência, bem como a possibilidade do pagamento de honorários advocatícios e periciais quando sucumbente, inclusive sendo possível penhorar valores auferidos em outros processos, trabalhistas ou não.

Não obstante o trabalhador, no Direito do Trabalhista e no Direito

Processual do Trabalho, ser considerado hipossuficiente, uma vez que existe uma distância enorme entre empregador e empregado, tanto nas questões sociais, quanto econômicas e políticas, a nova legislação desconsiderou totalmente tal preceito, haja vista que mesmo o beneficiário da justiça gratuita poderá arcar com encargos processuais.

A imposição de encargos processuais, para os relatores do projeto de lei que hoje se personificou como a Reforma Trabalhista, justificam-se na medida em que conscientizarão os demandantes na oportunidade de ajuizar a ação, evitando-se ações infundadas e protelatórias.

A Procuradoria Geral da República, na busca pela defesa dos direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo de muitos anos, entendeu que tais alterações são inconstitucionais, pois afetam diretamente o direito fundamental do acesso à Justiça, tendo em vista que a possibilidade de o beneficiário da justiça gratuita arcar com o pagamento de encargos processuais pode impedi-lo de ver seus direitos reconhecidos e defendidos no Judiciário.

Sendo assim, a Procuradoria Geral da República ajuizou perante a Suprema Corte a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766 para ver declarados inconstitucionais os dispositivos supramencionados.

Muitas confederações e entidades interessadas pleitearam a participação na ADI nº 5766 por meio do instituto *amicus curiae*, sendo possível manifestar suas opiniões e fundamentos acerca da constitucionalidade ou não dos dispositivos atacados.

A data de julgamento da referida ação foi marcada para o dia 09 de maio de 2018. Todavia, apenas o relator, Ministro Luis Roberto Barroso, e o Ministro Luis Edson Fachin prolataram seus votos.

Dessa forma, o presente trabalho buscou analisar a evolução do acesso à Justiça nas constituições brasileiras até ter o status de norma fundamental como hoje possui.

Além disso, buscou, também, verificar a constitucionalidade dos dispositivos atacados pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, esclarecendo conceitos e expondo diferentes opiniões de renomados juristas da seara trabalhista e constitucional.

2. O DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

O direito fundamental de acesso à Justiça passou por diversos momentos na história brasileira até chegar ao posto que hoje possui, qual seja, o de direito fundamental.

Portanto, no presente trabalho, é importante ser feito um apanhado histórico para entender a evolução de tal direito.

2.1. A EVOLUÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Primeiramente, entende-se pela necessidade e extrema relevância de situar o ilustre leitor nos contextos históricos que culminaram no acesso à Justiça existente nos dias atuais no Brasil.

Para isso, dispõe-se a seguinte análise de todas as Constituições Brasileiras, a qual foi realizada com o objetivo de observar a existência do direito ao acesso à Justiça, que já fora considerado como o princípio estruturante do Estado, conforme ensina Canotilho (2003, p. 491), dada a sua extrema relevância na formação de uma sociedade justa e igualitária.

2.1.1. Constituição Política Do Império De 1824

Após a independência do Brasil em 1822, vislumbrou-se a necessidade de constituir uma constituição própria, deixando-se para trás as amarras existentes com Portugal, tornando-se o Brasil um país efetivamente independente (SPENGLER; BEDIN, 2013).

Desta forma, em 25 de março de 1824, Dom Pedro I outorgou a primeira Constituição brasileira, nomeando-a de Constituição Política do Império, influenciado pelas ideias de Clermont Tonerre e Benjamin Constant (BULOS, 2014).

Verifica-se a existência de dispositivos de cunho social, contudo muito cedo para falar sobre acesso à Justiça, já que traços do colonialismo e regime escravocrata ainda eram extremamente evidentes e preponderantes na sociedade da época.

Embora o Imperador se declarasse como Imperador Constitucional, não se furtou em dedicar e criar um quarto poder à si próprio, qual seja, o Poder Moderador.

Apesar disso, e com referência nas Constituições liberais europeias do século XVIII, o art. 179 da referida Carta Magna dispõe sobre os direitos civis e políticos dos cidadãos, no qual já existiam alguns direitos e garantias constitucionais, ainda que apenas formais, que hoje vigoram como, por exemplo, a liberdade de imprensa, inciso IV - IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar. - liberdade religiosa, inciso V - V. Ninguém pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica. -, inviolabilidade do domicílio, inciso VIII - VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar - entre outros, não obstante a forma primitiva e incompleta da redação, interpretação e aplicação.

Entretanto, sobre os direitos e garantias previstos no art. 179 da referida Carta, a Dra. Fabiana Marion Spengler e o Ms. Gabriel de Lima Bedin (2013, p. 138), em artigo publicado na Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, de Curitiba, afirmam que:

É imprescindível asseverar, todavia, que não obstante estabelecer os direitos individuais e políticos dos indivíduos, a Constituição do Império possuía 179 artigos e oito capítulos, dos quais 172 artigos e sete capítulos se referiam à organização dos poderes políticos e tão somente 76 artigos e um capítulo dispunham sobre as garantias e dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Verifica-se, por conseguinte, que apesar de satisfazer a definição estabelecida no art. 168 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Constituição de 1824 se destinava muito mais a estabelecer a divisão política e administrativa do Império - assegurando ao Imperador a posição de “chave de toda a organização política” - do que garantir direitos aos cidadãos brasileiros.

Ademais, verifica-se que os meios alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, já eram valorizados, o que mostra modernidade da referida

Constituição para a concepção e entendimentos jurídicos e sociais da época. Veja-se “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum”.

Todavia, em que pese a legislação de cunho social, prevendo direitos políticos e individuais aos cidadão e a valorização dos meios alternativos para resolução de conflitos, nada havia sido regulamentado à respeito do acesso à Justiça nesta Constituição.

2.1.2. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil De 1891

Em 1891, com o fim da monarquia e a influência dos Estados Unidos pelo seu caráter liberal e federalista, o Congresso Constitucional promulgou a Constituição de 1891, a segunda Constituição brasileira, adotando o regime representativo, constituindo, então, os Estados Unidos do Brasil, ou seja, a união das antigas Províncias de forma perpétua e indissolúvel, consoante disposição do art. 1º da referida legislação.

Por meio desta Constituição o Poder Moderador foi extinto, já que não condizia mais com a finalidade da república e dos objetivos da nação, adotando-se a teoria tripartida de poderes - Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (artigo 15), empregando-lhes a independência, conforme a teoria de Montesquieu. Além disso, esta Constituição separou, definitivamente, o Estado e a Igreja Católica, segundo §7º do artigo 72.

A maioria dos direitos individuais e políticos permaneceram intactos, exceto pelo importante avanço à respeito do *habeas corpus*, previsto no §2º do artigo 72, utilizado, então, como garantia contra a violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder (BEDIN; SPENGLER, 2013). Não há alteração significativa nos demais dispositivos, permanecendo, portanto, os mesmos direitos e garantias previstos pela Constituição de 1824.

No que tange ao direito ao acesso à Justiça não houve evolução sequer.

Assim como na Constituição de 1824, a Constituição de 1891 foi omissa.

2.1.3. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil De 1934

Devido às constantes revoluções militares entre os anos de 1920 e 1930, somado à insatisfação da política historicamente conhecida de “café-com-leite”, bem como a crise mundial de 1929 que afetou brutalmente a economia brasileira, dependente da exportação do café, foi redigido o Decreto nº 19.398 de 1930, instituindo o governo provisório até a eleição da Assembléia Constituinte para que esta redigisse uma nova Constituição (BEDIN; SPENGLER, 2013).

Cumprе ressaltar que o Decreto nº 19.398 de 1930 extinguiu o Poder Legislativo, dissolvendo o Congresso Nacional, bem como suspendeu as garantias constitucionais e excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos realizados pelo Governo Provisório, conforme dispõem os artigos 1º, 2º, 3º e 5º do referido decreto.

Somente em 1934 que a nova Constituição brasileira foi promulgada, pela Assembléia Constituinte, preservando a essência liberal da Constituição anterior, conforme consta nas publicações realizadas pela Câmara dos Deputados à respeito das constituições brasileiras.

A Carta de 1934 regulamentou diversas novidades legislativas que não existiam nas anteriores.

No que tange ao direito eleitoral, permitiu-se a participação do sufrágio feminino, conforme artigos 108 e 109, sendo o Brasil o quarto país nas Américas a conceder o voto às mulheres, depois do Canadá, Estados Unidos e Equador (VILLA, 2011).

No tocante aos direitos sociais, diversas disposições trabalhistas foram inseridas no texto constitucional, assegurando ao trabalhador salário mínimo, jornada diária não excedente a oito horas, férias anuais remuneradas, proibição de discriminação por gênero, entre outros, consoante se extrai do art. 121, §1º, alíneas de “a” a “j”.

Criou-se, também, a Justiça do Trabalho (art. 122), a Ação Popular (art. 113, nº 38) e o Mandado de Segurança (art. 113, nº 33).

À respeito do direito ao acesso à Justiça, foi a primeira Constituição a constar em seu texto a disposição de que o Estado deveria conceder assistência judiciária gratuita aos cidadãos que não possuíam condições, devendo, para isso,

criar um órgão especial que efetivasse este direito, incluindo, ainda, a isenção de taxas, custas, emolumentos e selos.

Veja-se o art. 113, nº 32 da referida Carta Constitucional.

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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.** (Grifo meu)

Apesar disso, somente em 1950, dezesseis anos após a promulgação da Constituição, a referida disposição foi regulamentada, sendo editada a Lei nº 1.060/1950, que estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária gratuita, a qual ainda está em vigor (VILLA, 2011).

O texto constitucional escrito em 1934 teve como inspiração a Constituição de Weimar, de 1919, e na Constituição Republicana Espanhola de 1931 (POLLETTI, 2012).

Ronaldo Poletti, à respeito da brevidade que a Constituição de 1934 teve, faz as seguintes - e válidas - ponderações (POLETTI, 2012, p. 42):

Assim sendo, a Constituição de 34 vale pelas ideias revolucionárias que absorveu e até pelas que rejeitou. Sua experiência não foi a de um triênio, mas justamente a de, apesar de seus engenhosos dispositivos, não ter impedido a derrocada de 37. Ficará ela, todavia, para sempre como um repositório valioso de temas constitucionais e como um marco relevante de nosso constitucionalismo republicano.

Embora sua vigência tenha durado apenas 3 (três) anos, é importante reconhecer as significativas alterações inovações que trouxe ao ordenamento jurídico pátrio, em especial no que tange ao direito ao acesso à Justiça, prevendo, inclusive, a assistência judiciária.

2.1.4. Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil De 1937

Conforme consta nas publicações realizadas pela Câmara dos Deputados

à respeito das constituições brasileiras (CÂMARA DEPUTADOS, 2005, p. 5):

No início de novembro de 1937, tropas da polícia militar do Distrito Federal cercaram o Congresso e impediram a entrada dos parlamentares. No mesmo dia, Vargas apresentou uma nova fase política e a entrada em vigor de nova Carta Constitucional. Começava oficialmente o “Estado Novo.

Foi com esse cenário que se iniciou o regime totalitário no Brasil, em 1937. “Getúlio Vargas, auxiliado pelo seu Ministro da Justiça, Francisco Pontes, embalado na posição universal de descrença da democracia, foi inspirar-se na Carta ditatorial polonesa de 1935.” (BULOS, 2014, p. 34), por isso ficou conhecida como Polaca.

Ronaldo Poletti, citando Pontes de Miranda, afirma (POLETTI, 2012, pág. 41):

A Constituição de 34, qualificada por Pontes de Miranda como “a mais completa, no momento, das Constituições americanas”, não foi revista, nem emendada, mas rasgada pelo golpe de 37.

O Governo, influenciado pelos regimes totalitários europeus, como o nazismo de Hitler e o fascismo de Mussolini, reduziu a autonomia dos entes federados, dispendo sobre a nomeação de interventores estaduais, concedeu ao Poder Executivo inúmeros poderes, como a possibilidade de alteração da Constituição por meio de um decreto-lei e dissolver a Câmara dos Deputados (art. 74, b e c da Constituição de 1937), extinguiu o cargo de vice-presidente, “eliminou a justiça federal de primeira instância, colocando em disponibilidade ou aposentando juizes federais” (BULOS, 2014, p. 35), entre outras atrocidades democráticas.

No campo dos direitos individuais suspendeu inúmeros direitos e garantias fundamentais, como o direito de circulação, comumente chamado de “direito de ir e vir”, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a liberdade de associação, liberdade de reunião, todos suspensos pelo Decreto nº 10.358/1942, instituiu a pena de morte para os crimes contidos nas alíneas do nº 13 do art. 122 da referida Constituição, instituiu a censura, conforme art. 122, nº 15, entre outros.

Observa-se, pois, um duro golpe contra os direitos e garantias fundamentais, deixando, entre outros direitos, de conferir aos cidadãos os direito ao acesso à Justiça, um retrocesso, portanto.

Walter Costa Porto, reescreveu as palavras de Pontes de Miranda, que

afirmou sobre a Constituição de 1937 em seus “Comentários”, publicados em 1938 (2012, p. 23):

Nada mais perigoso do que fazer-se uma Constituição sem o propósito de cumpri-la ou de só se cumprirem os preceitos de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior.

Merece destaque, contudo, a Consolidação das Leis Trabalhistas, editada no ano de 1943, que conferiu, “destaque à conciliação extrajudicial como forma de solucionar conflitos; regulou a organização sindical; conferiu aos sindicatos a legitimidade de celebrar convenções ou acordos coletivos; e previu uma ação de natureza coletiva como prerrogativa dos sindicatos.” (BEDIN; SPENGLER, 2013, p. 140).

Isto posto, observa-se que o direito ao acesso à Justiça não foi valorizado, sequer foi conferida a sua real importância e imprescindibilidade na sociedade durante o período ditatorial neste título mencionado.

2.1.5. Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil De 1946

Com a queda de Getúlio Vargas, bem como o término da 2ª Guerra Mundial, iniciou-se o período de redemocratização e reconstitucionalização do Brasil. Nesse período o “Brasil participou, juntamente com os Aliados, de movimentos que repeliam as correntes nazifascistas” (BULOS, 2014, p. 35).

As Constituições de 1934 e 1946 são muito semelhantes, o que justifica-se pela coincidência dos fatores políticos da época em que se editou o texto constitucional (BALEIRO, 2012).

Assim como em 1934, época marcada por revoluções militares e insatisfações populares, que culminaram na edição de uma Constituição revolucionária, a Constituição de 1946 foi influenciada pelos mesmos motivos, o pensamento de reação e erradicação dos exageros cometidos durante a República Velha, ou contra as tendências ditatoriais, que influenciaram a Carta de 1937 (BALEIRO, 2012), a qual foi caracterizada pelo extremo retrocesso, gerando insatisfação popular, aliando-se à queda dos regimes totalitários europeus, o que,

portanto, não fazia mais sentido mantê-lo no Brasil.

Desta forma, a Constituição de 1946 foi uma resposta ao regime totalitário e pretendia fortalecer o Estado Democrático de Direito anteriormente violado, reafirmando os direitos e garantias fundamentais.

Conforme Aliomar Baleeiro (2012, p. 43):

O texto, que foi promulgado no dia 18 de setembro de 1946, caracterizou-se pela tendência restauradora das linhas de 1891, com as inovações aproveitáveis de 1934 – disposições de proteção aos trabalhadores, à ordem econômica, à educação, à família.

(...)

O que mais contribuiu para a aproximação dos textos das Constituições de 1934 e 1946 foi a coincidência dos fatores políticos que inspiraram a elaboração das Cartas, orientadas, nos dois momentos, por uma reação contra os exageros do presidencialismo da República Velha ou contra as tendências ditatoriais que modelaram a Constituição de 1937.

No tocante ao acesso à Justiça, o que interesse ao presente trabalho, a Constituição de 1946 dispôs, no art. 141, §4º que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, o que demonstra valorização do acesso à Justiça.

Contudo, a Carta de 1946, diferentemente da disposição da Constituição de 1934, em que havia expressa previsão da assistência judiciária gratuita, inclusive com a isenção de taxas, emolumentos, custas e selos, não regulamentou sobre esse assunto, embora suas intenções prevalecessem no campo social.

2.1.6. Constituição Federal De 1967

O Golpe Militar, ocorrido 1964, sob o pretexto, assim como em 1930, de impedir a tomada do poder pelo “exército” comunista, editou, no terceiro ano subsequente, a Constituição de 1967.

Tal como a Constituição de 1946, a de 1967 previa que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, consoante seu art. 150, §4º.

Entretanto, sua natureza continuava a ser ditatorial, concentrando todo o poder nas mãos do Chefe do Executivo, dando ao Judiciário e ao Legislativo apenas

um papel acessório. Nas palavras de Themístocles Brandão Cavalcanti, Luiz Navarro de Brito e Aliomar Baleeiro (2012, p. 67):

O fortalecimento do Executivo na Constituição de 1967 proveio da ampliação de seu poder de iniciativa das leis, da limitação de tempo para aprovação, pelo Congresso, dos projetos do Governo, na delegação legislativa, na restrição a emendas aos projetos governamentais, e **na faculdade, dada ao Presidente, de expedir decretos-leis.** (Grifou-se.)

É com base nesta faculdade dada do Presidente - expedir decretos-leis - que o então presidente da República Artur da Costa e Silva editou o Ato Institucional nº 5, em 1968, o qual previa a suspensão dos direitos políticos dos cidadão, bem como a cassação dos direitos políticos, de qualquer cidadão, pelo prazo de 10 anos, conforme artigo 4º da referida legislação.

Ademais, previu a exclusão da apreciação judicial de todos os atos praticados de acordo com o referido ato institucional e seus complementares, bem como seus respectivos efeitos, conforme art. 11, assim como previa o Decreto nº 19.398 de 1930, editado durante o Governo Provisório e totalitário.

A Emenda Constitucional nº 1, redigida em 1969, modificou substancialmente o texto constitucional de 1967, “sendo considerada por parcela dos estudiosos como um novo Texto Maior” (BULOS, 2014, pág. 37), tornando o Ato Institucional nº 5 parte da Constituição.

Diante disso, verifica-se que não houve evolução no que tange ao acesso à Justiça, mas sim um retrocesso nas garantias constitucionais e individuais, inclusive o acesso à Justiça sendo negado quanto aos atos atinentes aos efeitos e práticas fundamentadas no Ato Institucional nº 5, um terrível golpe democrático, que impedia os cidadãos recorrerem ao Judiciário na hipótese de violação de seus direitos.

2.1.7. Constituição Federal De 1988

Novamente, em razão dos movimentos de redemocratização e com influência em diversas constituições como no direito espanhol, italiano, francês, latino-americano e anglo-americano, sobretudo na Constituição Portuguesa de 1976 (BULOS, 2014).

Os objetivos eram claros: deixar para trás toda e qualquer amarra existente com os governos anteriores que tornaram o Brasil em um país ditatorial e totalitário.

Percebe-se, portanto, que a Carta de 1988 é uma resposta à Constituição de 1967 e 1969, a qual transformou os Ato Institucionais em constitucionais, de forma a garantir direitos e garantias individuais, sociais e políticas que naquele momento não eram conferidos aos cidadãos, restituindo o Estado Democrático de Direito.

Ulysses Guimarães, Deputado, e então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, na oportunidade em que foi promulgada a Constituição de 1988, afirmou (TÁCITO, 2012, p. 1):

A Constituição é, caracteristicamente, o estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia (...). Tem substâncias popular e cristã o título que a consagra: a Constituição Cidadã!

Não é à toa que foi chamada de “Constituição Cidadã”, já que, conforme Caio Tácito (2012, p. 22):

Os direitos individuais e coletivos estão enunciados no art. 5º, em setenta e sete incisos e em dois parágrafos. Em confronto com a Constituição anterior (a de 1967, emendada em 1969), na qual a Declaração de Direitos correspondia a trinta e seis parágrafos, teria havido aparentemente um alargamento de direitos fundamentais. Em verdade, os direitos e liberdades são praticamente os mesmos, com desdobramentos e particularismos que visam a coibir abusos de direito. De outra parte, diversas garantias e direitos que tradicionalmente figuram no direito comum passam a ter status constitucional.

O acesso à Justiça foi colocado a nível de princípio Constitucional, denominado o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, conforme art. 5º, inciso XXXV (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988):

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.

Ainda, foram previstos a garantia da ampla defesa e do contraditório, a proibição da criação de um tribunal de exceção, o juiz natural, bem como a assistência judiciária gratuita nas situações em que não se poderia custear o processo sem prejuízo do próprio sustento (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Nessa Carta havia a previsão da criação dos Juizados Especiais, objetivando facilitar o acesso à Justiça, bem como garantindo celeridade nos processos ali apreciados, além de valorizar a conciliação, conforme se percebe no artigo 98, inciso I da Constituição Federal de 1988 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Desde então, o acesso à Justiça vem se modificando e sendo ampliado, tornando cada vez mais realidade à população brasileira e efetivo.

2.2. O ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXV.

Conforme anteriormente analisado, foi a primeira Constituição a elevar tal direito ao status de direito fundamental, dada a sua compreendida relevância como meio de alteração social.

2.2.1. Conceito

A Constituição Federal de 1988 é comumente chamada e conhecida por inúmeros doutrinadores como Constituição Social, tendo em vista o seu caráter

compromissário e por ser densa em valores, voltada à transformação das estruturas da sociedade, tanto econômicas quanto sociais (STRECK, 2014).

Conforme pode-se verificar no item anterior, a sociedade sofreu inúmeras transformações que levaram a alterar substancialmente - ou não - o texto constitucional, para que, cada vez mais, ficasse mais próximo da realidade social.

Desta forma, os direitos e garantias fundamentais ganharam destaque especial na Constituição de 1988, que fez um título específico listando um rol extenso e denso de direitos. Outra especificidade dessa Constituição é que os direitos fundamentais foram colocados logo no início da Carta Magna, em razão da sua relevância e indicando os novos rumos a serem tomados pelo país.

Ademais, calcou-se já no artigo 1º da Carta a dignidade da pessoa humana como fundamento da sociedade brasileira. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 77) afirma:

Como bem lembrou Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o 'alfa e o ômega' do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais.

Com isso, o direito ao acesso à Justiça foi inserido na Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, significando, portanto, que é um direito fundamental de todos aqueles submetidos à Constituição Brasileira. Veja-se (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988):

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;

Em linhas gerais, o significado da referida expressão destaca o amplo acesso dos cidadãos à Justiça, sendo que esse poderá levar ao Poder Judiciário qualquer direito lesionado, sem que este último negue-se injustificadamente a atendê-lo, conferindo a prestação jurisdicional.

Entretanto, o acesso à Justiça vai muito além desse sentido literal, devendo ser incluído nesse conceito o direito ao processo legal, equitativo, ao juiz natural, à celeridade processual, à ciência dos atos processuais, ao julgamento justo, da fundamentação das decisões, bem como à produção de uma decisão eficaz (SOUZA; SEIXAS, 2013).

Uadi Lammego Bulos (BULOS, 2014, p. 203 e 204) afirma que o direito ao acesso à justiça é “um pórtico constitucional do processo, cognominado princípio do direito de ação, também conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional” e acrescenta:

Através desse princípio, todos têm acesso à justiça para pleitear tutela jurisdicional preventiva ou reparatória a lesão ou ameaça de lesão a um direito individual, coletivo, difuso e até individual homogêneo. [...] José Antonio Tome García aduziu que o permissivo de livre acesso aos juízos e tribunais deve ser encarado como direito de peticionar aos órgãos do Poder Judiciário, consubstanciando-se no meio adequado e impostergável de obter amparo jurisdicional.

O ilustre doutrinador George Marmelstein (2011, p. 176) ensina que são vários os princípios constitucionais voltados à proteção judicial que podem ser sintetizados unicamente no referido dispositivo constitucional, art. 5º, inciso XXXV, tais como o acesso ao Judiciário, a inafastabilidade da tutela judicial, o direito de petição e de ação, o direito à tutela efetiva, rápida e adequada.

Mauro Cappelletti, ao reconhecer a dificuldade em definir o acesso à Justiça, ensina que (1988, p. 8):

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

Para Canotilho (2003, p. 496), a expressão possui o seguinte significado:

Quando os textos constitucionais, internacionais e legislativos, reconhecem, hoje, um direito de acesso aos tribunais este direito concebe-se como uma dupla dimensão: (1) um direito de defesa ante os tribunais e contra atos dos poderes públicos; (2) um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros (dever de proteção do Estado e direito do particular exigir essa proteção).

Ainda, Uadi Lammego Bulos entende que (BULOS, 2012, p. 204):

O princípio constitucional do direito de ação objetiva difundir a mensagem de que

todo homem, independentemente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, instituído por lei, para a defesa de seu patrimônio ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ele.

Mauro Schiavi (2014, p. 97) afirma que:

O acesso à Justiça não deve ser entendido e interpretado apenas como o direito a ter uma demanda apreciada por um Juiz imparcial, mas sim como acesso à ordem jurídica justa, composta por princípios e regras justas e razoáveis que possibilitem ao cidadão, tanto no polo ativo, como no passivo de uma demanda, ter acesso a um conjunto de regras processuais que sejam aptas a possibilitar o ingresso da demanda em juízo, bem como a possibilidade de influir na convicção do juízo de recorrer da decisão, bem como de materializar, em prazo razoável, o direito concedido na sentença.

Conclui-se, portanto, que o significado e conceito da expressão acesso à Justiça inclui inúmeros outros princípios e direitos arrolados pela própria Constituição e outros dispositivos da legislação pátria, conforme ensinam os doutrinadores anteriormente mencionados.

2.3. DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O princípio da inafastabilidade da jurisdição está contido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 com a seguinte redação (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988):

Art. 5º (...)
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Manoel Antonio Teixeira Filho (2009, p. 41) afirma, em relação ao referido dispositivo constitucional, que, “está a assegurar o direito de ação, consistente na possibilidade de o indivíduo invocar a prestação da tutela jurisdicional, nos casos e forma previstos em lei.”, a qual não poderá ser recusada pelo Estado.

Conclui referido autor (TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 41) que referido dispositivo trata do “direito de os indivíduos e as coletividades invocarem a atuação jurisdicional do Estado, a que corresponde o dever estatal de prestar essa tutela.”

Renato Saraiva e Aryanna Manfredini (2014, p. 27) ressaltam que “[...] cabe ao Poder Judiciário, com força definitiva, apreciar lesão ou ameaça de direito, não podendo o legislador infraconstitucional restringir o acesso do indivíduo ao Poder Judiciário.”

Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 630) afirma que o objetivo do princípio da inafastabilidade da jurisdição é:

Difundir a mensagem de que todo homem, independentemente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade. No plano internacional, existem pactos e convenções que corroboram o escopo do princípio em estudo [...].

A garantia do exercício do direito de ação está presente em quase todas as Constituições brasileiras, com exceção da Carta de 1937, conforme explorado no capítulo 1 deste trabalho. Devendo ser lembrado o Ato Institucional nº 5, que excluiu “de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares bem como os respectivos feitos”, consoante seu artigo 11 (TEIXEIRA FILHO, 2009).

Nelson Nery Júnior (2004, p. 130-131) afirma que “embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão”.

Como decorrência do referido princípio, há o disposto no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988), que dispõe:

Art. 5º [...] LXXIV - O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Isto posto, a insuficiência de recursos financeiros não pode ser um obstáculo ao acesso à justiça, devendo o Estado promover meios suficientes para que não sejam prejudicadas as camadas sociais mais pobres (SCHIAVI, 2014).

Dessa forma, em razão dos referidos dispositivos principiológicos constitucionais anteriormente referidos, foram criados meios para facilitar e possibilitar o acesso à justiça daqueles que não possuem recursos suficientes para

arcar com os custos da demanda judicial sem o prejuízo de seu sustento próprio ou de sua família, sendo um desses o benefício da gratuidade da justiça, analisado no presente caso e que está sendo, de certa forma, suprimido pelas alterações legislativas trabalhistas realizadas pela publicação da Lei nº 13.467/2017.

3. A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO

A gratuidade da justiça no processo do trabalho é regulada pela Lei nº A Lei nº 5.584 de 1970, do artigo 14 ao artigo 19, bem como, de forma subsidiária, pelo Código de Processo Civil.

3.1. GRATUIDADE DA JUSTIÇA

A gratuidade da justiça é um importante meio criado para dar eficácia à norma constitucional de acesso à Justiça.

Dessa forma, é importante serem feitas distinções acerca de cada instituto, da justiça gratuita, assistência jurídica e assistência judiciária.

3.1.1. Conceito

Inicialmente, necessária é a construção de um conceito do instituto da Gratuidade da Justiça, analisando-o sob diferentes perspectivas e opiniões, para que se torne mais harmonioso e claro o estudo.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (1989, p. 19) ressalta sobre a importância de formar conceitos jurídicos, tendo em vista que:

A doutrina é formada pela atividade dos juristas, ou seja, pelos ensinamentos dos professores, pelo pareceres dos juristas, pelas opiniões dos tratadistas. É a

doutrina que constrói as noções gerais, os conceitos, as classificações, as teorias, os sistemas. Com isso exerce função relevante na elaboração, reforma e aplicação do direito, devido à sua grande influência na legislação e na jurisprudência.

O Ilustre jurista Plácido e Silva (1989, p. 484), afirma que o conceito é:

Derivado de *conceptus*, de *concupere* (conceber, ter ideia, considerar), serve na terminologia jurídica para indicar o sentido, a significação, a interpretação, que se tem a respeito das coisas, dos fatos e das palavras.

[...]

O conceito legal expressa o pensamento do texto no seu entendimento mais justo e mais consentâneo com o caso concreto.

O conceito, pois, assinala a definição de qualquer coisa ou a exata compreensão de seu sentido. Conceito. Em sentido figurado, é empregado como opinião ou entendimento que se tem a respeito dos costumes de uma pessoa. E assim se diz: faço da pessoa um conceito bom ou um mau conceito.

Finalizando esse primeiro momento, conclui-se com o entendimento de Maria Helena Diniz (1989, p. 20), que aduz que “os conceitos refletem, no nosso entender, a essência da coisa, e as palavras são veículos dos conceitos. Isto supõe a relação entre significados das expressões linguísticas e a realidade.”

Demonstrada, portanto, a importância a ser dada à conceituação do analisado instituto para facilitar a sua compreensão e, mais que isso, aprimorar o entendimento jurídico acerca do tema.

3.1.1.2. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita

Apesar de demonstrarem conotações conceituais diferentes, não raras as vezes são confundidos e utilizados como se fossem sinônimos.

Nessa mesma perspectiva, Augusto Tavares Rosa Marcacini (1996, p. 29) afirma que:

Os conceitos de justiça gratuita e de assistência judiciária são comumente utilizados como sinônimos, sem que, na verdade, o sejam. Como bem anota José Roberto de Castro, o equívoco tem origem nos próprios textos legislativos, que empregam as duas expressões indistintamente, como se tivessem o mesmo significado. A Lei n. 1.060/50 utiliza diversas vezes a expressão assistência judiciária ao referir-se, na verdade, à justiça gratuita.

Dessa forma, é necessário, no presente trabalho, destacar as nuances e diferenciar os institutos.

3.1.1.2.1. Justiça gratuita

Augusto Tavares Rosa Marcacini, citado por Luís Praxedes Vieira da Silva, em artigo na Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, afirma que o benefício da justiça gratuita é o direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídicas processual. Trata-se de um instituto anterior ao processo, pré-existente ao processo, tendo em vista que deve ser entendida como a gratuidade de todas as custas despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo.

Na doutrina de Mauro Schiavi (2014, p. 386), citando Jorge Luiz Souto Maior, justiça gratuita é “o direito à gratuidade de taxas judiciárias, custas, emolumentos, honorários de perito, despesas com editais, etc. Não terá a parte direito a advogado do Estado, mas não pagará as despesas do processo.”

Acrescentando, José Augusto Rodrigues Pinto, também citado na doutrina de Mauro Schiavi (2014, p. 386), ensina que “gratuidade da justiça ou justiça gratuita é a concessão legal, à parte que não dispõe de recursos financeiros para prover as despesas obrigatórias do processo, de litigar com dispensa do respectivo encargo”.

Pontes de Miranda (1970, p. 641) entende que “o benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual.”

José Cretella Junior (1991, p. 819-820), por sua vez, afirma que o “benefício da justiça gratuita é o direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que tem o poder-dever de entregar a prestação jurisdicional.”

3.1.1.2.2. Assistência judiciária

Assistência judiciária, por sua vez, é a organização estatal ou paraestatal que tem por finalidade a indicação de um advogado para a promoção da defesa daquele que não pode pagar. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (CAPPELLETTI, 1988), na obra *Acesso à Justiça*, fazem menção ao “Judicare”, um sistema em que o Estado contratava advogados particulares para atuarem nas causas de pessoas de baixa renda, sendo o advogado remunerado pelo próprio Estado contratante.

No mesmo sentido, Mauro Schiavi (2014, p. 386), citando Jorge Luiz Souto Maior, entende que “a assistência judiciária gratuita é o direito da parte de ter um advogado do Estado gratuitamente, bem como estar isenta de todas as despesas e taxas processuais.

José Augusto Rodrigues Pinto, também citado na doutrina de Mauro Schiavi (2014, p. 368), ensina que “Assistência Judiciária Gratuita é a concessão legal, à parte que não dispõe de recursos financeiros para suportar o pagamento de honorários advocatícios, de ser assistida por advogado sem ter que suportar o respectivo encargo.”

José Cretella Junior (1991, p. 819-820) acrescenta que:

Denomina-se assistência judiciária o auxílio que o Estado oferece - agora, obrigatoriamente - ao que se encontra em situação de miserabilidade, dispensando-o das despesas, e providenciando-lhe defensor, em juízo. A lei de organização judiciária determina qual o juiz competente para a assistência judiciária; para deferir ou indeferir o benefício da justiça gratuita compete ao próprio juiz da causa. A assistência judiciária abrange todos os atos que concorram, de qualquer modo, para o conhecimento da justiça - certidões de tabeliães, por exemplo.

Pontes de Miranda (1970, p. 641) entende que “a assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo.”

Assistência judiciária, portanto, seria o patrocínio da causa por defensor constituído para tanto.

3.1.1.2.3. Assistência jurídica

Assistência jurídica, para Augusto Tavares Rosa Marcacini (MARCACINI, 1996), é um instituto mais amplo e abrangente, uma vez que envolve serviços jurídicos sem relação ao processo, tais como orientações individuais, esclarecimento de dúvidas, etc.

Mauro Schiavi (SCHIAVI, 2014), contudo, entende que existe diferenciação apenas no que tange à Justiça Gratuita e Assistência Judiciária Gratuita, deixando de mencionar tal classificação.

Frisa-se, ademais, que referida expressão foi uma inovação introduzida pela Constituição Federal de 1988, já que as demais Constituições anteriores utilizavam-se da expressão assistência judiciária gratuita.

Por fim, é Augusto Tavares Rosa Marcacini (1996, p. 30-33) que trás o conceito de assistência jurídica mais atual e condizente com a acepção constitucional, veja-se:

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, incluiu entre os direitos e garantias individuais a assistência jurídica integral e gratuita. Utiliza a Lei Maior um terceiro conceito, que também não deve ser confundido com sinônimo de assistência judiciária ou justiça gratuita.

Por justiça gratuita, deve ser entendida a gratuidade de todas as causas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. O benefício da justiça gratuita compreende a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos e das faculdades processuais, sejam tais despesas judiciais ou não. Abrange, assim, não somente as custas relativas aos atos processuais a serem praticados como também todas as despesas decorrentes de efetiva participação na relação processual.

A assistência envolve o patrocínio gratuito da causa por advogado. A assistência judiciária é, pois, um serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o Poder Público.

[...]

Por sua vez, a assistência jurídica engloba a assistência judiciária, sendo ainda mais ampla que esta, por envolver serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um programa de informação a toda a comunidade.

Assistência jurídica, assim sendo, no entendimento de Augusto Tavares Rosa Marcacini, engloba a assistência judiciária, sendo mais ampla, pois não se limita à demanda processual, mas também engloba serviços jurídicos

extraprocessuais, como consultas, esclarecimento de dúvidas, entre outras atividades inerentes à atividade da advocacia.

3.1.2. Da gratuidade de justiça

Esclarecidas, pois, as nuances das espécies da Gratuidade da Justiça, bem como a necessidade de formar um conceito jurídico do instituto, passa-se à análise dos diferentes conceitos encontrados nas doutrinas, estrangeiras e nacionais.

Anselmo Prieto Alvarez (2000, p. 158), em seu artigo para a Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, intitulado “Uma Moderna Concepção De Assistência Jurídica Gratuita”, cita a doutrina de Carlos Miguel que, citando Miguel Cid Cebrian, define o benefício da Justiça Gratuita como “o direito que a lei concede a certas pessoas, que carecem de recursos para litigar sem exação de direitos. A justiça será concedida gratuitamente aos pobres que pelos tribunais e julgados sejam declarados com direito a este benefício.”

Nesse mesmo esteio, colaciona-se o entendimento de Juan Luiz Gómes Colomer, igualmente citado por Anselmo Pietro Alvarez (2000, p. 158) no mesmo artigo, que entende que “o direito que concedem as leis processuais, consistentes na isenção de gastos que a demanda origina, àquele que irá ser parte, ou que já o é em um processo, cujos recursos econômicos afirme serem insuficientes, de acordo com os requisitos que aquelas estabelecem para sufragá-las.”

Pinto Ferreira (1989, p. 214), jurista, entende que “o direito à assistência jurídica ou judiciária é um direito público subjetivo outorgado pela Constituição e pela lei a toda pessoa cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas processuais e os honorários de advogado, sem prejuízo para o sustento de sua família ou de si própria.”

Gratuidade da Justiça, portanto, é a soma de todos os conceitos anteriores, resultando no custeio, pelo Estado, das ações ajuizadas por aqueles que não possuem condições de arcar com os custos processuais sem o prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família.

3.2. A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho é a responsável por solucionar conflitos na seara trabalhista, envolvendo o vínculo empregatício, o trabalho em si e todas as questões decorrentes do contrato de trabalho e do próprio trabalho.

A Lei nº 5.584 de 1970, do art. 14 ao art. 19, disciplina a assistência judiciária gratuita no Processo do Trabalho, dispondo que a prestação do referido instituto é de competência do Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

Perceba-se que o referido diploma trata-se tão somente a questão da assistência judiciária, ou seja, do patrocínio da causa por advogado, público ou particular, que no caso da Justiça do Trabalho e com fundamento na referida lei, deverá ser realizado pelo Sindicato da categoria.

Entretanto, o benefício da gratuidade da justiça, “consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento de honorários do advogado” (DIDIER, 2005, p. 6 e 7).

Dessa forma, ambos os institutos podem ser concedidos à mesma parte, sem que ocorram prejuízos, tendo que em vista que são complementares na busca do cumprimento da garantia constitucional do acesso à Justiça.

Ressalta-se, ainda, que embora a parte esteja assistida e representada por advogado particular, não poderá lhe ser negado o pleito da gratuidade da justiça, conforme certamente posicionou-se o Ministro e Relator Rodolfo Pamplona Filho, da 2ª Turma do TRT 5ª Região, no Recurso Ordinário nº 00394-2007-194-05-00-2:

Embora o benefício da assistência judiciária gratuita na Justiça do Trabalho seja adstrita à assistência dada pelos sindicatos, nos termos do art. 14 da Lei 5.584/70, a gratuidade de Justiça pode ser concedida pela simples verificação, por parte do juiz, do estado de necessidade da parte. (...) Contudo, vale ressaltar que o fato de estar assistida por advogado particular não impede a concessão da gratuidade judiciária que não se confunde com a assistência judiciária gratuita.

Com a Lei nº 13.467 de 2017, popularmente denominada de Reforma Trabalhista, algumas mudanças foram operadas no que tange à concessão e

operação do benefício da justiça gratuita.

Dispõem os parágrafos 3º e 4º do art. 790 da CLT, de acordo com a nova redação:

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 a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Afere-se que não houve uma alteração substancial no texto, sendo que a assistência judiciária continua a ser regida pelo parágrafo 1º do art. 14 da Lei nº 5.584/70, com pequenas alterações (SCHIAVI, 2017).

Houve a inclusão do parágrafo 4º ao artigo 790, acréscimo que pode parecer que a CLT adotou a corrente comprovacionista no que tange à hipossuficiência econômica, em detrimento da corrente presumicionista prevista no Código de Processo Civil, por afirmar que a parte deverá “comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo” (SILVA; ESTEVES, 2018).

Anteriormente, para ser concedido o benefício, o pleiteante deveria receber salário não superior a dois mínimos ou fazer uma declaração de miserabilidade, de próprio punho ou por seu advogado, conforme o art. 1º da Lei nº 7.115/83 (SCHIAVI, 2017).

Com as alterações é igualmente facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais superiores conceder o benefício de ofício ou àquele que requerer, desde que receba salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social e àquele que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas processuais (SCHIAVI, 2017).

Para Schiavi (2017, p. 13) a “alteração mais significativa se refere à comprovação da insuficiência econômica por parte do empregado, pois a lei exige a comprovação da miserabilidade, não sendo suficiente apenas a declaração de pobreza”, devendo a jurisprudência indicar quais as provas serão necessárias para tal comprovação.

No entendimento de Franklyn Roger Alves Silva e Diogo Esteves (2018)

referida norma deve ser interpretada de acordo com o artigo 99, §3º do Código de Processo Civil, de forma que a comprovação do estado de pobreza é a afirmação dessa condição, sendo desnecessária qualquer comprovação antecedente do estado de miserabilidade.

Entretanto, é nos artigos 790-B, 791 e 791-A onde residem as maiores controvérsias.

3.2.1. Dos Honorários Periciais

O art. 790-B da CLT passou a ter a seguinte redação:

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.

§1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização das perícias.

§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.

Referido dispositivo é uma novidade da reforma trabalhista e dispõe acerca do pagamento da prova pericial e a sua incidência em relação aos beneficiários da gratuidade da justiça, estabelecendo regra semelhante à do artigo 95, parágrafo 3º do Código de Processo Civil, que prevê a responsabilidade do pagamento à parte beneficiada pela instituto quando for sucumbente (SILVA; ESTEVES, 2018).

Observa-se que no §4º acima transcrito dispõe-se que, mesmo o beneficiário da justiça gratuita poderá arcar com os honorários periciais quando obter em juízo créditos capazes de suportar a despesa.

No processo do trabalho, o perito é remunerado pela parte.

Anteriormente, quando a parte que pleiteava a perícia era beneficiária da justiça gratuita a União era responsável pelo pagamento dos honorários periciais. Nesse sentido é a OJ nº 87da SDI-I do C.TST (SCHIAVI, 2017):

Honorários periciais. Beneficiário da justiça gratuita. Responsabilidade da União pelo pagamento. Resolução n. 35/2007 do TST. Observância. (DeJT 9.6.2010). A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1o, 2o e 5o da Resolução n. 35/2007 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.

Embora não existisse qualquer disposição legal no sentido hoje conferido pela Lei nº 13.467/2017, a jurisprudência já vinha se pronunciando no sentido de que, em razão dos princípios da justiça e equidade, o empregado beneficiário da justiça gratuita deveria reservar parcela do valor recebido, quando seu pleito fosse julgado procedente, para pagar o perito (SCHIAVI, 2017). Veja-se:

HONORÁRIOS PERICIAIS. SUCUMBÊNCIA NO OBJETO DA PERÍCIA. RECLAMANTE. VENCEDOR EM OUTROS PLEITOS. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO. O perito nomeado pelo Juiz é considerado um auxiliar da justiça (art. 149 do CPC de 2015), sendo certo que seu trabalho não se trata de *munus* público. Sua nomeação é necessária quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico (art. 156 do CPC de 2015). Nesses termos, sua remuneração será sempre devida - cujo arbitramento deverá ser moderado - considerando que seus honorários caracterizam-se como salário, posto estarem atuando no desempenho de sua profissão. A intenção do legislador, ao incluir a isenção dos honorários periciais entre os efeitos da concessão da gratuidade processual (art. 98, §1º, VI, do CPC de 2015) é a de garantir o acesso à ordem jurídica justa, num patamar que obedeça ao devido processo legal substancial. Mas, sendo o reclamante vencedor em outros títulos da demanda trabalhista, a qual via de regra contém cumulação objetiva, nada impede que se deduza de tais créditos o valor dos honorários do perito, sem causar qualquer prejuízo ao acesso à justiça e sem precisar onerar os cofres públicos (TRT/SP. PROCESSO TRT/SP N. 0001998-52.2014.5.02.0027 12º Turma. Rel. Desembargadora Elizabeth Mostardo. DOE 02/02/2016).

Para a Procuradoria Geral da República, responsável pelo ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5766, o referido dispositivo é inconstitucional, tendo em vista que entende que “norma desconsidera a condição de insuficiência de recursos que justificou o benefício” e o dispositivo impugnado “inviabiliza ao demandante pobre a assunção dos riscos da demanda” (Petição ADI, p. 13 e 17).

Todavia, para o CEBRASE (Central Brasileira do Setor de Serviços), entidade associativa de âmbito nacional, que participa da ADI nº 5766 na qualidade de Amicus Curiae (evento 11. Petição 49495/2017), afirma que, além de ser a Lei nº 13.467/2017 um avanço na modernização das relações de trabalho, o custeio dos honorários pela União é inviável, já que o valor despendido aproxima-se da casa dos vinte milhões de reais por ano (evento 11, p. 9). Além disso, alega que tendo o

beneficiário a possibilidade de arcar com o custo dos honorários periciais, utilizará do instituto de forma mais adequada e com responsabilidade.

Por seu turno, a CGTB-Central Geral dos Trabalhadores do Brasil, defende na referida ADI, também na qualidade de Amicus Curiae, que a nova redação fere o fundamento constitucional do valor social do trabalho e da livre iniciativa, pois desfavorece o trabalhador no alcance dos seus direitos, além de violar o direito de igualdade formal e material e impor barreiras ao acesso à justiça pelos trabalhadores hipossuficientes, acabando por excluir da apreciação judicial demandas trabalhistas. Acusou, por fim, a reforma trabalhista de a finalidade de reduzir o número de demandas perante a Justiça do Trabalho (evento 33).

No entendimento da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, na qualidade de Amicus Curiae (evento 50. Petição 58808/2017), pleiteou o provimento da ADI, tendo em vista que a nova redação viola os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho.

Ademais, juntou aos autos uma pesquisa do Conselho Superior da Justiça do Trabalho de abril de 2016 que mostra as 10 (dez) empresas com maior número de ações pendentes de julgamento em primeiro, as quais travam-se de bancos privados, varejo, telefonia, siderúrgicas, construtoras, empresas públicas, produtoras de petróleo, mineradoras e produtoras de alimentos.

Conclui, por fim, que o grau de litigiosidade não decorre do acesso do trabalhador ao Poder Judiciário, mas sim de eventual desrespeito das relações contratuais, indo de encontro com a justificativa de evitar a litigância descompromissada dada por parlamentares.

O Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP (evento 92. Petição 3871/2018), também na qualidade de Amicus Curiae, trouxe à baila estatísticas do custo da Justiça do Trabalho no Brasil, a qual, no ano de 2015, custou R\$ 17.592.413.919,13 (despesa total), sendo que R\$ 324.078.350,00 somente o recolhimento de custas processuais. Defendeu a constitucionalidade dos dispositivos, alegando que a alteração legal incentivará a “litigiosidade responsável”.

Embora existam muitas outras petições de Amicus Curiae, furtam-se apenas nos fundamentos já trazidos acima.

Franklyn Roger Alves Silva e Diogo Esteves (2018) em brilhante artigo

publicado na revista CONJUR, entendem que haverá sempre sucumbência recíproca, já que o beneficiário da justiça gratuita, se houver utilizado prova pericial, será obrigado a pagar as custas da prova que serão abatidas no crédito devido pelo reclamado. “Por trás da benesse da gratuidade de Justiça, o legislador estabeleceu verdadeira medida confiscatória, criando uma demanda economicamente insustentável” (SILVA; ESTEVES, 2018).

Ainda, os mesmos autores escreveram o referido artigo que:

A pretexto de formalizar o acesso à Justiça, o legislador facilitou o ingresso do hipossuficiente ao shopping center de luxo, mas manteve apenas as lojas de grife no seu interior. Prova pericial na Justiça do Trabalho é como a vitrine de luxo, você vê, mas não compra nada, sob risco de encerrar com todos os seus ganhos. Nada mais exemplificativo do que a célebre expressão “não existe almoço grátis”.

Por fim, afirmam os autores (2018) que um dispositivo assim contribui unicamente para a fragilização da produção probatória, tendo em vista que cria obstáculos econômicos à sua produção.

Tercio Roberto Peixoto Souza, em artigo publicado na revista CONJUR, no dia 12 de novembro de 2017, afirma que:

Deve-se, assim, concluir que a melhor interpretação a ser conferida ao parágrafo 4º do artigo 790-B da CLT, a partir da Lei 13.467/2017, é aquela que autoriza, no momento em que o juízo afere a existência ou não sucumbência, ou seja, da sentença, identificar se a parte permanece em situação de insuficiência de recursos para o pagamento das despesas do processo. Mantida tal condição, a da insuficiência, caberá à União a assunção do débito; do contrário, poderá a parcela ser exigida da parte.

(...)

A partir da análise do caso concreto, assim, acaso conclua o juízo que a parte passou a ter condições de adimplir as despesas processuais, ou seja, que auferiu parcelas capazes de fazer frente à despesa, e apenas em tal hipótese, caberá àquela a adimplência das aludidas despesas, mediante a compensação do seu crédito.

Do contrário, ou seja, se as parcelas deferidas em juízo, ou em outro processo, não tornam a parte capaz de assumir as aludidas despesas, manter-se-á a sua exoneração quanto ao seu pagamento, dado que não auferiu crédito suficiente para suportar a despesa (artigo 790, parágrafo 4º, CLT).

Referido autor também relatou em seu artigo os inúmeros casos de pedidos de perícias absurdos existentes no âmbito da Justiça do Trabalho, o que justificaria tal alteração legal.

Mas é Mauro Schiavi quem apresenta uma possível solução aos problemas gerados, tanto por ser questionável o pagamento dos honorários periciais pelo beneficiário da justiça gratuita, quando pela União, deliberadamente,

entendendo que “O ideal seria que a Justiça do Trabalho tivesse peritos concursados e remunerados pelo Estado, a fim de dar maior credibilidade à prova pericial e evitar todas as vicissitudes decorrentes do pagamento dos honorários periciais” (SCHIAVI, 2017, p. 14).

Entretanto, apesar de ser uma hipótese razoável e bem interessante, no cenário atual não demonstra-se possível, já que os cortes no orçamento da Justiça do Trabalho ocorrem periodicamente. Nas palavras do Ilustre Ministro Celso Antonio Bandeira de Mello, ao proferir o voto na ADI nº 5.468, em que questionava-se a constitucionalidade da Lei Orçamentária Anual de 2016, que reduziu em 50% (cinquenta por cento) das dotações de custeio e 90% (noventa por cento) dos recursos destinados a investimentos (MELLO, 2016):

Leis irrazoáveis, veiculadoras de conteúdo arbitrário, que afetam e comprometem a atuação de instituições da República, negando-lhes recursos mínimos e necessários à sua própria existência e regular funcionamento, qualificam-se, negativamente, como diplomas legislativo inconstitucionais, especialmente quanto tendem a impor, de modo totalmente ilegítimo, um estado de submissão financeiro-orçamentária a um dos Poderes do Estado, como ocorre na espécie, eis que a justiça do Trabalho, com dotações orçamentárias reduzidíssimas, não terá condições de exercer, em plenitude, a atividade jurisdicional, o que impedirá o acesso, a ela, de milhões de hipossuficientes, cujos direitos sociais deixarão, em face do anômalo quadro gerado por tão perversa legislação, de ser restaurados e respeitados.

A Reforma Trabalhista tem apenas alguns meses de vigência, mas muito há de ser estudado e pesquisado, a fim de se encontrar a melhor interpretação e a melhor forma de se aplicar referida legislação, de modo que nenhuma parte fique mais prejudicada que a outra, observando-se, por óbvio, a medida de suas desigualdades.

3.2.2. Dos honorários advocatícios

O art. 791-A da CLT passou a vigorar nos seguintes termos:

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.

§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.

§2º Ao fixar os honorários o juízo observará:

I- o grau de zelo do profissional;

II- o lugar da prestação do serviço;

III- a natureza e a importância da causa;

IV- o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§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 nos recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

Mauro Schiavi (2017), brevemente, afirma terem sido revogadas as Súmulas de nº 219 e 329 do TST devido à referida alteração, todavia o TST ainda não se manifestou diretamente sobre as súmulas contrárias à nova legislação.

A Procuradoria Geral da República, em sede de ADI nº 5766, aduz que apesar de ter se manifestado, o STF, sobre a constitucionalidade de se postular o pagamento de honorários advocatícios depois de finda a situação que o impedia de custear o processo e que possibilitou a concessão do benefício da gratuidade da justiça, o “problema” - assim chamado pela Procuradoria Geral da República - reside no supracitado §4º em que a sucumbência fica sob a condição suspensiva de exigibilidade, ou seja, “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, sendo a legislação trabalhista mais restritiva do que a legislação cível (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, 2017).

Sobre a constitucionalidade de se exigir o pagamento de honorários advocatícios após terminado a situação que possibilitou a concessão do benefício da justiça gratuita, entende o Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016):

EMBARGOS DECLARATÓRIOS E AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS INFRINGENTES. CONVERSÃO DO EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVOS INTERNOS. JULGAMENTO CONJUNTO. RECEPÇÃO DO ART. 12 DA LEI 1.060/50. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RECUPERAÇÃO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

1. De acordo com a jurisprudência do STF, as custas dos serviços forenses se dividem em taxa judiciária e custas em sentido estrito. Precedentes.

2. O art. 12 da Lei 1.060/50 foi recepcionada quanto às custas processuais em sentido estrito, porquanto se mostra razoável interpretar que em relação às custas não submetidas ao regime tributário, a 'isenção' o jurisdicionado beneficiário da justiça gratuita, o que ocorre é o estabelecimento, por força de lei, de uma condição suspensiva de exigibilidade.

3. Em relação à taxa judiciária, firma-se convicção no sentido da recepção material e formal do artigo 12 da Lei 1.060/50, porquanto o Poder Legislativo em sua relativa liberdade de conformação normativa apenas explicitou uma correlação fundamental entre as imunidades e o princípio da capacidade contributiva no Sistema Tributário brasileiro, visto que a finalidade da tributação é justamente a realização da igualdade.

4. Agravos regimentais providos, para fins de consignar a recepção do artigo 12 da Lei 1.060/50 e determinar aos juízos de liquidação e de execução que observem o benefício da assistência judiciária gratuita deferidos no curso da fase cognitiva." STF. Plenário. RE 249.003/RS. Rel.: Min. EDSON FACHIN. DJe, 9 maio 2016.

Em seu parecer, a Advocacia-Geral da União (AGU) afirma ser constitucional a mutação legal, tendo em vista que a situação de pobreza é uma situação e não um estado, ou seja, a situação pode mudar com o tempo, não ferindo, portanto, a garantia constitucional do acesso à justiça (Advocacia-Geral da União, 2016).

Além disso, colacionou o voto do Ilustre Ministro Luís Roberto Barro no julgado supramencionado, com os seguintes grifos. Vejamos (BARROSO, 2016):

6. Do art. 12 da Lei nº 1.060/1950 extrai-se o **entendimento de que o beneficiário da justiça gratuita, quando vencido, deve ser condenado a ressarcir as custas antecipadas e os honorários do patrono vencedor. Entretanto, não está obrigado a fazê-lo com sacrifício do sustento próprio ou da família.** Decorridos cinco anos sem melhora da sua situação econômica, opera-se a prescrição da dívida. Por um lado, não se trata de menosprezar o princípio da sucumbência, mas apenas de suspender a exigência da condenação do vencido enquanto sua situação econômica permanecer precária, pois a imposição do cumprimento da obrigação importaria dano para sua sobrevivência ou de sua família. **Por outro lado, se tal benefício visa a promoção da igualdade, entre outros fins, é razoável que a suspensão da exigência tenha algum prazo. Do contrário, mudando a situação econômica do beneficiário, dentro de um prazo razoável, a norma, a pretexto de promover igualdade, estaria, assim, promovendo a desigualdade.**

7. Portanto, o benefício da justiça gratuita não se constitui na isenção absoluta das custas e dos honorários advocatícios, mas, sim, na desobrigação de pagá-los enquanto perdurar o estado de carência econômica do necessitado, propiciador da concessão deste privilégio. Em resumo, trata-se de um benefício condicionado que visa a garantir o acesso à justiça, e não a gratuidade em si.

(...)

9. Importa, por último, ressaltar que, pelo art. 12 da Lei nº 1.060/1950, o **beneficiário da assistência jurídica gratuita, embora isento do pagamento de custas e honorários advocatícios, não está desobrigado do ônus da sucumbência, se vencido na demanda, devendo arcar com as despesas realizadas pela parte contrária. Apenas não se exigirá o pagamento desses encargos na hipótese de prejuízo do sustento próprio ou da família, ficando prescrita a obrigação se no prazo de cinco anos, não puder satisfazê-la.**

O relator do projeto, Ricardo Ferraço, afirmou que o disposto no artigo

791-A da CLT, conforme a nova redação, busca “dar racionalidade às demandas judiciais, reduzindo a quantidade de processos e tornando a Justiça Trabalhista mais célere” e que “não existe justiça gratuita, que ela sempre será custeada por alguém, inclusive por contribuintes pobre” (FERRAÇO, 2017).

Para o CEBRASE, já mencionado anteriormente, referida alteração se justifica na medida em que evitará o excesso de demandas e o ajuizamento de ações trabalhistas temerárias.

A Central dos Sindicatos Brasileiros - CSB (evento 109. Petição 16608/2018) aduz que referido dispositivo é um verdadeiro inibidor do “acesso à justiça porque a gratuidade no processo trabalhista sempre foi determinante ao estímulo no busca de reparação de direitos inadimplidos durante o contrato de trabalho”.

O r. doutrinador Renato Saraiva (2009, p. 272) afirma que a limitação da condenação em honorários onera ainda mais o trabalhador e beneficia o empregador, tendo em vista que o empregado terá que arcar com o pagamento ao seu patrono, reduzindo-se o valor das verbas que receberia.

A limitação da condenação em honorários de sucumbência nas lides decorrentes da relação de emprego apenas beneficia o empregador mau pagador, onerando ainda mais o trabalhador, o qual, além, de não ter recebido seus créditos trabalhistas no momento devido, ainda é obrigado a arcar com o pagamento de honorários advocatícios ao seu patrono, diminuindo, ainda mais, o montante das verbas a receber.

Nesse sentido, Benedito Calheiros Bomfim (BOMFIM, 2008) cita diversos dispositivos constitucionais para fundamentar o cabimento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, quais sejam, princípio da isonomia (artigo 5º da CF), princípio da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, CF), da essencialidade do advogado à administração da justiça (artigo 133, CF), da ampla defesa (artigo 5º, LV, CF), do direito ao devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF), do primado do trabalho e da justiça social (artigo 193, CF).

Em sentido contrário, Wagner Giglio (2007, p. 167) entende que “o princípio da sucumbência é tido como inaplicável ao processo trabalhista, por incompatibilidade com outro princípio que vigora no Direito Processual do Trabalho, o da gratuidade dos processos.”

Para Franklyn Roger Alves Silva e Diogo Esteves (2018), a nova regra do

§4º do artigo 791-A da CLT cria um obstáculo ao empregador e um incentivo ao atuar ilegal do empregador, que certamente avaliará se aquela pretensão será realmente deduzida pelo empregado, levando em consideração que o bem da vida a ser obtido no processo não pode cobrir os custos das despesas processuais.

Dessa forma, percebe-se que referido dispositivo dificulta o acesso à Justiça, tendo em vista que o ônus imposto é desproporcional e confiscatória, elevando a desigualdade entre os polos processuais, dificultando a produção probatória.

3.2.2.1. Caso prático de condenação ao pagamento de honorários advocatícios após a vigência da Lei nº 13.467/2017

Recentemente veicularam nas mídias informativas condenações de ex-funcionários e funcionários ao pagamento de honorários advocatícios de valores astronômicos. Vejamos a notícia no jornal *Época Negócios*, do dia 13/12/2017 (*ÉPOCA NEGÓCIOS*, 2017).

A reforma trabalhista já está trazendo a polêmica do papel para a prática. Em um caso recente ocorrido em Volta Redonda (RJ), uma ex-funcionária foi condenada a pagar R\$ 67,5 mil ao Itaú Unibanco. Michelle Bastos entrou com uma ação contra o banco reclamando o pagamento de horas extras, ausência de intervalos, acúmulo de funções, dano moral e assédio moral.

O valor pedido por ela era de R\$ 40 mil, mas o juiz Thiago Rabelo da Costa entendeu que o montante da causa era maior, de R\$ 500 mil. Em audiência ocorrida em 27 de novembro, o ele deu ganho de causa à funcionária em relação ao desrespeito aos 15 minutos de intervalo entre o período regular e a hora extra. Por causa disso, o banco foi condenado a pagar R\$ 7.500.

Porém, o Itaú foi absolvido dos outros pontos levantados pela ex-funcionária, que foi condenada a pagar pelos honorários dos advogados do banco. “A reclamante foi sucumbente nos demais pedidos – R\$ 450.000,00 -, razão pela qual a condeno ao pagamento de honorários sucumbenciais no importe de R\$ 67.500,00”, escreveu o juiz no relatório final.

O magistrado baseou sua fundamentação na reforma trabalhista, sancionada em 14 de julho deste ano, e que entraria em vigor 120 dias corridos depois dessa data.

Comentando a referida decisão, o advogado Carlos Eduardo Dantas da Costa, em entrevista para a Revista *CONJUR*, no dia 14/12/2017, afirmou que a tendência é que as reclamações trabalhistas passem a ser mais precisas nos pedidos, bem como que (COSTA, 2017):

Os reclamantes devem deixar de efetuar aqueles pedidos desmedidos e sem compromisso, exatamente pelo fato de que, ao perderem a ação - ou, até mesmo ao perderem o pedido individualmente considerado - poderão ser condenados ao pagamento dos honorários da parte contrária.

O jornal Estadão publicou notícia semelhante, mas mais recente, no dia 10/03/2018. Confira-se (ESTADÃO, 2018).

Uma ação trabalhista movida contra uma concessionária de caminhões no interior de Mato Grosso transformou-se em dor de cabeça inesperada para o vendedor Maurício Rother Cardoso, ex-funcionário da empresa e autor do processo. Ele ingressou na Justiça em 2016 queixando-se, entre outras coisas, de reduções salariais irregulares e do cancelamento de uma viagem prometida pela concessionária como prêmio para os melhores funcionários. No fim, quase todos os pedidos foram negados pela Justiça e, de quebra, foi condenado a pagar R\$ 750 mil em honorários para o advogado do ex-empregador.

Na sentença, assinada em 7 de fevereiro de 2018, a juíza do Trabalho Adenir Alves da Silva Carruesco, da 1ª Vara de Trabalho de Rondonópolis (MT), fundamentou sua decisão com base na nova regra de sucumbência, prevista no artigo 791-A da reforma trabalhista, que passou a vigorar em novembro do ano passado. Segundo a nova lei, quem obtiver vitória parcial na Justiça do Trabalho deve pagar os honorários advocatícios da outra parte, relativos aos pedidos que foram negados dentro do processo. O valor da sucumbência pode variar de 5% a 15% do valor total solicitado.

Entre descontos indevidos em comissões de venda, benefícios não pagos e compensações por danos morais, o vendedor pedia pouco mais de R\$ 15 milhões. A juíza condenou a empresa ao pagamento de R\$ 10 mil de indenização pelo cancelamento da viagem à cidade de Roma, prêmio que havia sido prometido ao empregado. No demais, inocentou a concessionária Mônaco Diesel de todos os outros questionamentos e fixou o valor da sucumbência em 5% do valor atribuído à causa.

Para o advogado trabalhista Sólton Cunha, em entrevista concedida à Revista VEJA, publicada no dia 11/03/2018, o referido caso resume o espírito da nova lei trabalhista, que segundo ele tenta contornar algumas imperfeições na relação entre funcionários e empregadores. Segundo o advogado não é por má fé, mas o advogado que representa o trabalhador tem por hábito pedir alto pelas indenizações, sabendo que lá para frente pode ter um acordo entre as partes e até ter a cifra reduzida nas instâncias superiores.

Diante do exposto, fica clara a importância do trabalho do advogado, que terá que ser ainda mais criterioso, tendo em vista que deverá ser mais realista acerca dos valores pleiteados, diferente do que ocorreu com os casos acima, sob pena de prejudicar o seu cliente.

3.2.3. Das custas

Os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 844 da Consolidação das Leis Trabalhistas passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 844 (...)

§1º Ocorrendo motivo relevante, poderá o juiz suspender o julgamento, designando nova audiência.

§2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§3º O pagamento das custas a que se refere o §2º é condição para a propositura de nova demanda.

Em sua visão, Mauro Schiavi (SCHIAVI, 2017) afirma que exigir o recolhimento das custas processuais como condição para propor nova ação viola o princípio constitucional do acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

Para a Procuradoria Geral da República, o dispositivo é inconstitucional, tendo em vista que, além de violar normas constitucionais, transgredir o artigo 8, item 1, do Pacto São José da Costa Rica, bem como o art. 14, item 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PGR, 2017). Confira-se.

Art. 8º. Garantias Judiciais. Item 1: 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.

Art. 14. item 1. 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 exigir, 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 controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

Na justificativa do relatório do Projeto de Lei nº 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, que deu origem ao referido dispositivo, esse teria por “finalidade desestimular a litigância descompromissada”. Portanto, o pagamento das custas como condição de propositura de nova ação seria uma espécie de sanção, possuindo natureza punitiva.

Contudo, para a Procuradoria Geral da República, tal medida não é legítima como sanção, em razão de inexistir a conduta, taxativamente, para ser passível de sanção processual, aniquilando-se, com isso, a assistência judiciária gratuita, constitucionalmente prevista no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal.

Considerou o propósito punitivo da norma como desvio de finalidade legislativa (PGR, 2017).

Ainda, entendeu que referida disposição legal possui vícios de proporcionalidade de isonomia, uma vez que impõe restrição desmedida a direitos fundamentais (PGR, 2017).

Na visão do CEBRASE (evento 11, p. 12), o tratamento anterior à reforma incentivava o descaso da parte autora com o processo, tendo em vista que não havia qualquer ônus para ajuizar outra ação, mesmo quando arquivada em mais duas oportunidades, gerando custos excessivos ao Judiciário Trabalhista, já que toda a estrutura é utilizada e movimentada para realização de atos do um processo que será extinto por descaso da parte. Além disso, alegou que a antiga redação estimulava o ajuizamento de lides falsas.

No entendimento da Confederação da Agricultura e da Pecuária no Brasil - CNA (evento 109. Petição 16608/2018), na qualidade de Amicus Curiae na ADI nº 5766, que o dispositivo em questão é constitucional, tendo em vista que não impossibilita o acesso à justiça, já que pode o trabalhador justificar a sua ausência no prazo de quinze dias.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Edifícios e Condomínios - CONATEC (evento 64. Petição 75515/2017), na qualidade de Amicus Curiae na ADI nº 5766, afirma que há inconstitucionalidade, tendo em vista que o legislador prejudicou o trabalhador, que já é a parte hipossuficiente da relação processual e, no mesmo dispositivo, beneficiou o empregador, quando exonera a sua participação da audiência, desde que representado por advogado, não se operando os efeitos da

revelia (art. 844, §5º da CLT).

Verifica-se, portanto, depois de todo exposto, que existem inúmeras divergências de entendimento, as quais só serão resolvidas após longos anos de trabalho de todos os operadores do direito, desde os advogados ao analisarem os pedidos possíveis até o TST ao julgar e emitir precedentes.

4. A IMPOSIÇÃO DE ÔNUS AO BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA COMO OFENSA AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

A Lei nº 13.467/2017, intitulada de Reforma Trabalhista, fixou ônus relevantes ao trabalhador, ainda que beneficiário da justiça gratuita, no âmbito do processo trabalhista.

Entretanto, tais alterações podem ser extremamente prejudiciais na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, bem como podem apresentar ofensas à Constituição Federal de 1988, por ser instituído ônus ao beneficiário da justiça gratuita, capaz de fazê-lo desistir de litigar por receio de serem cobrados valores que não possui condições de suportar sem prejuízo próprio ou de sua família.

O acesso à Justiça é um direito constitucionalmente garantido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Como se pode verificar durante esse estudo, o direito ao acesso à Justiça é muitíssimo relevante, sendo que desde a Constituição de 1934 normas acerca do acesso à Justiça e dele decorrentes são previstas no texto constitucional.

Do direito ao acesso à Justiça decorrem milhares de outros direitos, seja para concretizá-lo ou afirmá-lo, como o instituto da justiça gratuita, regulamentado em 1950 pela lei nº 1.060, que dispunha acerca de requisitos para concessão do benefício, bem como a assistência jurídica e a assistência judiciária (MORAES, 2016).

Conforme explanado no item 3.1.1.2. a respeito do conceito e diferenças

de cada um dos citados institutos, resume-se em: justiça gratuita é a gratuidade de custas e emolumentos pelo seu beneficiário (SCHIAVI, 2014); assistência judiciária é a organização estatal ou paraestatal que tem por finalidade a indicação de um advogado para a promoção da defesa daquele que não pode pagar (CAPPELLETTI, 1988); por fim, assistência jurídica envolve serviços jurídicos sem relação ao processo judicial, como consultas, orientações individuais, etc (MARCACINI, 1996).

Supramencionados institutos são, portanto, importantíssimos meios de concretizar o direito fundamental de acesso à Justiça, proporcionando àqueles que não possuem condições de arcar com os custos da demanda judicial e procurador para patrocinar a causa a possibilidade de verem seus direitos lesados ou ameaçados garantidos e protegidos.

4.1 A HIPOSSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR NA RELAÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA COMO FONTE DE PRINCÍPIOS EXISTENTES NO DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Na Justiça do Trabalho o trabalhador é tido como hipossuficiente, que é aquele que carece de tutela do direito laboral, não significando que apenas esse tipo de trabalho deva ser protegido, mas que a ele deve ser reservada a tutela especial trabalhista que possui eficácia entre as partes processuais (MERÇON, 2010).

Diferente do que ocorre no direito comum, no qual há uma constante preocupação de se assegurar a igualdade jurídica entre os polos, no Direito do Trabalho a preocupação central é proteger uma das partes, alcançando-se uma igualdade verdadeira entre as parte. Essa parte é o trabalhador (RODRIGUEZ, 2000).

O Direito do Trabalho procura cumprir com a igualdade material, no qual se entende que se deve tratar os desiguais na medida de suas desigualdades. Eduardo Juan Couture entende que “o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades” (COUTURE, 1944, p. 115).

Nesse sentido, Gustav Radbruch (1951, p. 162) anota:

A idéia central em que o direito social se inspira não é a da igualdade entre as pessoas, mas a do nivelamento das desigualdades que entre elas existem. A igualdade deixa assim de constituir ponto de partida do direito para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica.

A hipossuficiência do trabalhador faz emergir o princípio da proteção existente no Direito do Trabalho, o qual, segundo Rodriguez (2000) é o critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, que deve estabelecer o amparo ao empregado.

Para Merçon (2010) a hipossuficiência trabalhista afeta o trabalhador de inúmeras maneiras, desde a constrição de sua vontade até a posição vulnerável na negociação do contrato e exigência de seu cumprimento.

Diante de todo o exposto, conclui-se pela relevância de ser reconhecida a hipossuficiência do trabalhador na relação jurídica empregatícia, em razão das diferenças sociais e econômicas existentes entre os diferentes polos da demanda trabalhista, devendo o trabalhador gozar de diferentes institutos protetores que o elevam na relação jurídica, tornando-o o mais próximo possível de seu demandado.

A norma fundamental do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, tendo em vista que o empregado não possui a mesma igualdade jurídica do que o empregador, sendo, portanto, necessário alcançar meios de proteger a parte mais frágil da relação: o trabalhador (BOMFIM, 2014).

Para Mauricio Godinho Delgado (2014), a estrutura do Direito do Trabalho é construída a partir de uma constatação da diferença social, econômica e política entre os sujeitos da relação jurídica trabalhista. Nessa relação, o empregador age como ser coletivo, cujas ações produzem impacto na comunidade mais ampla, enquanto que o trabalhador, que age como sujeito individual, não é capaz de produzir, de forma isolada, ações de impacto comunitário. Essa característica que fez surgir um Direito Individual do Trabalho protetivo, na busca por reequilibrar a relação jurídica existente entre empregador e empregado.

Alice Monteiro de Barros (2013) entende que na seara do Direito do Trabalho, em razão da sua peculiaridade, inexistente em outros ramos do Direito, existem normas que inspiram o ordenamento jurídico-trabalhista. E continua afirmando (BARROS, 2013, p. 141):

Esses princípios têm como funções **informar** o legislador, **orientar** o Juiz na sua atividade interpretativa, e, por fim, integrar o direito, que é sua **função normativa**.

Em razão desse desequilíbrio existente na relação jurídica entre trabalhador e empregador, consagrou-se o princípio da proteção ao trabalhador, com o fito de ser um meio de equilibrar referida relação.

Vólia Bomfim Cassar (2014, p. 169) afirma que:

[...] o Direito do Trabalho tende a proteger os menos abastados, para evitar a sonegação dos direitos trabalhistas destes. Para compensar a desproporcionalidade econômica desfavorável ao empregado, o Direito do Trabalho lhe destinou uma maior proteção jurídica. Assim, o procedimento lógico para corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades.

Nesse mesmo sentido, afirma o Ilustre jurista Eduardo Juan Couture que “o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades” (1944, p. 115).

O princípio da proteção é caracterizado pela acentuada intervenção estatal brasileira nas relações trabalhistas, que impõe regras mínimas a serem observadas, limitando a autonomia da vontade (BOMFIM, 2014). Evita-se, assim, as inúmeras maneiras de exploração possíveis geradas pela liberdade contratual excessiva entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais (RODRIGUEZ, 1978).

Mauricio Godinho Delgado (2014, p. 196) entende que esse princípio informa ao Direito do trabalho:

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

O mesmo autor (2014, p. 196) afirma, ainda, que “sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente”, sendo que para a importante parte da doutrina considera referido princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, tendo em vista que influencia toda a estrutura e características próprias desse ramo especializado.

Para Vólia Bomfim Cassar (2014, p. 170):

O trabalhador já adentra na relação de emprego em desvantagem, seja porque vulnerável economicamente, seja porque depende daquele emprego para sua

sobrevivência, aceitando condições cada vez menos dignas de trabalho, seja porque primeiro trabalha, para, só depois, receber sua contraprestação, o salário.

Da hipossuficiência do empregado na relação jurídica-trabalhista decorrem diversos princípios, entre eles o princípio da proteção, um mecanismo que proporciona, de certa forma, paridade de armas para que a lide seja mais justa e igual.

Dessa feita, o benefício da gratuidade da justiça também é um meio de se concretizar o princípio da proteção, em razão da hipossuficiência, já que é um meio de se igualar as partes no processo trabalhista, uma vez que o empregado não possui a mesma condição econômica do empregador, não podendo ser prejudicado em razão disso.

4.2. DISPOSITIVOS ALTERADOS PELA LEI Nº 13.467/2017

No ano de 2017, após aproximadamente 74 anos de vigência da Consolidação das Leis Trabalhistas, vários dispositivos foram alterados com a justificativa e objetivo de adequação à demanda de modernidade experimentado pelo mundo nos últimos anos (SENADO, 2016), entre eles, dispositivos que tratam do beneficiário da justiça gratuita demandante na Justiça do trabalho.

Confira-se.

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.

(...)

§ 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.

(...)

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.

(....)

§ 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.

(...)

Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

(...)

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

Antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 a sua aplicabilidade e constitucionalidade já era questionada por relevantes instituições de proteção ao trabalhador, a exemplo da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho.

Por essa razão, o próximo item é destinado exclusivamente à análise da constitucionalidade - ou inconstitucionalidade - dos mencionados dispositivos.

4.3. ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 790-B, §4º, 791-A, §4º E ARTIGO 844, §2º DA CLT, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.467/2017.

A análise da constitucionalidade dos artigos 790-B, §4º, 791-A, §4º e 844, §2º da CLT é de extrema relevância no contexto histórico atual, pois a declaração da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade afetará milhões de trabalhadores futuros demandantes e aqueles que já possuem demanda ativa na Justiça do Trabalho.

4.3.1. Do Controle de Constitucionalidade.

Primeiramente, antes de adentrar diretamente nos questionamentos e objetivos do presente trabalho se faz necessária a elucidação de conceitos para que fique ainda mais claro o resultado da análise.

4.3.1.1. Conceito.

O legislador constituinte previu diversos meios pelos quais é possível controlar os atos normativos, verificando-se a sua adequação aos preceitos dispostos na Constituição Federal de 1988 (LENZA, 2013).

O controle de constitucionalidade está diretamente ligado ao princípio da Supremacia da Constituição (MORAES, 2016), no qual o conflito de leis e interpretações será solucionado pela prevalência da Constituição, sempre (MENDES, 2016).

Sobre o princípio da Supremacia da Constituição, Gilmar Mendes (2016, p. 106) afirma que:

[...] por ser a carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta.

Nesse mesmo sentido, Alexandre de Moraes (2016, p. 739) entende que:

[...] a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo.

Gilmar Mendes (2016, p. 1075) afirma que:

[...] constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa - a Constituição - e outra coisa - um comportamento - que lhe esta ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”. Não se cuida, porém, de uma relação lógica ou intelectual, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo.

Ainda, Pedro Lenza (2013, p. 257) atesta que:

[...] significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a

organização de seus órgãos. é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

A Constituição brasileira de 1988 é classificada como uma constituição rígida, tendo em vista que para a sua alteração é necessário um processo legislativo complexo e não simplificado (MORAES, 2016) e isso possibilita a existência do controle de constitucionalidade, já que não é por uma simples lei ordinária que se poderá modificar o texto constitucional, sendo aquela inconstitucional quando ferir dispositivos e preceitos dessa (LENZA, 2014).

Para Pedro Lenza (2013) os requisitos fundamentais que possibilitam a existência de um controle constitucional são: a) Constituição rígida; e b) atribuição de competência a um órgão para sanar os problemas acerca da constitucionalidade, o qual dependerá de acordo com o sistema adotado.

Além disso, Alexandre de Moraes (2016. p. 740) afirma que:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Controlar a constitucionalidade, portanto, significa verificar compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a constituição (MORAES, 2016).

4.3.1.2. Como ocorre o controle de constitucionalidade.

Conforme visto, o controle de constitucionalidade visa a proteção da norma constitucional, em razão da sua supremacia, significando que ela sempre prevalecerá sobre norma infraconstitucional.

No Brasil existem diferentes espécies de controle de constitucionalidade, quais sejam: inconstitucionalidade por ação e por omissão; inconstitucionalidade orgânica; vício material; e vício de decoro parlamentar (LENZA, 2013), sendo que o controle pode acontecer em momento prévio ou repressivo.

Ainda, o controle de constitucionalidade, no Brasil, é dividido em: controle

difuso e controle concentrado.

O controle difuso é aquele “realizado pela via de exceção ou defesa [...] realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário” (LENZA, 2013, p. 288). Nessa hipótese, a declaração de inconstitucionalidade se dá de forma incidental ao processo, já que não é o pedido principal - às vezes nem é um pedido, sendo o pedido fundamentado na inconstitucionalidade (LENZA, 2013).

Alexandre de Moraes (2014, p. 753) pondera:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação.

Ainda, o controle de constitucionalidade difuso é caracterizado pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, de dúvida, ou incerteza quanto à aplicação de uma norma a um caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário (MENDES, 2014).

Dessa forma, por buscar interesses intrínsecos às partes de determinado processo, os efeitos do controle de constitucionalidade difuso é *ex tunc*, já o ato declarado inconstitucional será desfeito desde a sua origem, assim como todas as consequências dele derivadas, tendo em vista sua carga de nulidade que não permite gerar consequências jurídicas possíveis (MORAES, 2014)

No controle concentrado de constitucionalidade, por sua vez, submete-se à indagação de existência de contrariedade à Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal. Nas palavras de Gilmar Mendes (2014, p. 1202):

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.

O controle concentrado de constitucionalidade “recebe tal denominação pelo fato de concentrar-se em um único tribunal” (LENZA, 2013, p. 307), não

estando vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer outro “evento do cotidiano” (MENDES, 2014, p. 1205).

O controle concentrado é reproduzido por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (LENZA, 2013).

Antes mesmo de ser publicada a Lei nº 13.467/2017 foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade atacando dispositivos da reforma que, na análise feita pela Procuradoria Geral da República, estariam violando diretamente a Constituição Federal de 1988, devendo ocorrer o provimento da ação e ser declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos objetos da referida ação.

4.3.1.3. Da Inconstitucionalidade no *caput* do artigo 790-B, §4º do mesmo artigo e §2º do artigo 791-A da Lei nº 13.467/2017.

O *caput* do artigo 790-B da Lei nº 13.467/2017 prevê que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

Em seu voto, o Ministro Fachin (2018) afirma que não há inconstitucionalidade no referido dispositivo, tendo em vista que a imputação de responsabilidade não gera a imediata exigibilidade do débito.

Ademais, o artigo 98, §3º do Código de Processo Civil dispõe que:

Art. 98 [...]

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) 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.

Dessa forma, não há inconstitucionalidade em instituir a responsabilidade pelos honorários periciais, pois não inferem ônus imediato a parte, sendo que, de acordo com o Código de Processo Civil, o qual possui aplicação subsidiária no

processo trabalhista, o beneficiário teria o débito suspenso pelo prazo de dois anos e, se futuramente deixar de ser hipossuficiente, deverá pagar os custos gerados pela sua pretensão.

Por outro lado, o §4º do artigo 790-B e o §2º do artigo 791-A da Lei nº 13.467/2017 dispõem que o beneficiário da justiça gratuita arcará com os custos dos honorários periciais e advocatícios quando sucumbente se auferir créditos em outras demandas, tais como indenizatórias ou que questionem verbas de natureza alimentar, entre outras.

Ocorre que supramencionado dispositivo não está de acordo com os princípios constitucionais, nem mesmo leva em consideração a hipossuficiência do trabalhador, que é economicamente, politicamente e socialmente mais vulnerável em relação ao empregador.

Em seu acertado voto, o Ministro Edson Fachin (2018) afirma que auferir créditos resultantes de relações empregatícias não são suficientes para sanar a desigualdade existente entre ambos os polos dessa relação, não sendo constitucional considerar que o trabalhador arque com os custos dos honorários periciais quando vencedor em outra demanda.

No entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso (2018) o dispositivo atacado referente aos honorários periciais e advocatícios são constitucionais, mas devem ser realizadas algumas considerações, tais como: não exceder a 30% do valor líquido recebido, por aplicação analógica das normas que dispõem sobre o desconto em verbas alimentares e não incidir sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social, atualmente o valor de R\$ 5.645,80 (cinco mil e seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos).

Apesar de ser uma solução plausível, a declaração de constitucionalidade dos dispositivos não tem o condão de alterar as suas redações, em razão do princípio da separação dos poderes, o que ficaria a critério do Poder Legislativo, competente para realizar tal mudança nos dispositivos.

Se declarados constitucionais, uma série de questões podem ser levantadas e uma série de injustiças podem ser previstas, tais como: o empregador que ajuizou um processo por acidente de trabalho e, em razão de insuficiência de recursos, é beneficiário da justiça gratuita e não custeia a perícia de imediato. Ocorre que esse mesmo trabalhador possui um outro processo, no juízo cível, no

qual foi vencedor por danos materiais decorrentes de um acidente automobilístico. Será plenamente possível - e legal - parte dos valores auferidos nesse segundo processo servirem como custeio do perito no juízo trabalhista.

Finalmente, em razão do princípio da proteção e da hipossuficiência do trabalhador na relação de emprego, não se pode permitir que tamanho ônus recaia unicamente sobre o mais frágil da relação, como permitiu a nova legislação.

4.3.1.4. Da inconstitucionalidade no §2º do artigo 844 da Lei nº 13.467/2017.

O parágrafo 2º do artigo 844 da Lei nº 13.467/2017 prevê como requisito para ajuizamento de nova ação o pagamento das custas provenientes do arquivamento da ação por ausência à audiência, se não justificada no prazo de 15 dias, ainda que beneficiário da justiça gratuita.

Veja-se que não há sequer a perda da qualidade de beneficiário da justiça gratuita, ou seja, ainda que o trabalhador seja beneficiário da gratuidade da justiça, que não possui condições de arcar com os custos do processo sem prejuízo do seu sustento e o sustento de sua família, se não for justificada a sua ausência à audiência em 15 dias - e se não for aceita pelo juiz - só poderá ajuizar nova ação após o pagamento das custas daquela.

É clara a violação ao dispositivo constitucional de acesso à Justiça.

Aquele que não tiver recursos suficientes não poderá litigar. Seu direito lesado ou ameaçado de lesão deverá ser suprimido e não será analisado.

O Ministro Fachin (2018) afirma que não é constitucional impedir o beneficiário da justiça gratuita de ajuizar nova ação, ainda que desidioso em outra demanda, tendo em vista que o direito a gratuidade da justiça e o direito fundamental de acesso à justiça não admitem restrições, “sob pena de esvaziamento do seu âmbito de proteção constitucional”.

Por outro lado, o Ministro Barroso (2018) entende que o fim visado com a nova previsão legal é proporcional, já que não se deve permitir que um único indivíduo mova toda a máquina judiciária para analisar sua demanda e ser ausente na audiência. Considerou tal fato como desrespeito ao Judiciário e à sociedade que

o custeio.

4.4. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, ajuizada pela Procuradoria Geral da República.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766 foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República no dia 25 de agosto de 2017 e tem como objeto a declaração da inconstitucionalidade de recortes do texto da Lei nº 13.467/2017, quais sejam:

- a cobrança de honorários advocatícios periciais em caso de sucumbência; a utilização de créditos havidos em outros processos para fazer face a tais honorários; a cobrança de custas judiciais aos empregados que derem causa ao arquivamento de suas ações por não comparecimento injustificado à audiência.

- da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita” do *caput* e do §4º do art. 790-B da CLT;

- da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,” do §4º do art. 791-A da CLT;

- da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita,” do §2º do art. 844 da CLT.

O fundamento principal é de que esses dispositivos, da forma como foram redigidos, restringem o acesso à Justiça de tal forma que se tornam incongruentes com dispositivos constitucionais, tais como o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF) e outros que decorrem diretamente desse mandamento constitucional.

O processo foi distribuído, tendo como relator o Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso.

No prazo legal correspondente, diversos pedidos de ingresso nos autos na condição de *amicus curiae* foram deferidos, tanto defendendo a constitucionalidade da lei, como defendendo a inconstitucionalidade, conforme já foi anteriormente explanado neste trabalho.

No dia 09 de maio de 2017 foi agendado e realizado o julgamento da mencionada ADI, o qual foi suspenso pelo motivo de ter o Ministro Luis Fux pedido

vista do processo.

Entretanto, o Ministro Luís Roberto Barroso e o Ministro Edson Fachin prolataram seus votos, os quais foram divergentes e merecem ser analisados pelo presente trabalho.

4.4.1. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

O Ilustre Ministro Barroso é o relator da supramencionada ação e proferiu voto ponderado acerca do pedido de declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos. Segue a ementa do seu voto (BARROSO, 2018).

1. As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta.
2. O descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o volume de ações siga uma lógica contrária ao interesse público. A sobre utilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das Instituições Judiciais. Vale dizer, afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à justiça.
3. Dessa forma, é constitucional a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da gratuidade da justiça como mecanismos legítimos de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros. A gratuidade continua a ser assegurada pela não cobrança antecipada de qualquer importância como condição para litigar. O pleito de parcelas indevidas ensejará, contudo, o custeio de honorários ao final, com utilização de créditos havidos no próprio feito ou em outros processos. Razoabilidade e proporcionalidade da exigência.
4. Todavia, em resguardo de valores alimentares e do mínimo existencial, a utilização de créditos havidos em outros processos obedecerá os seguintes critérios: 1) não exceder a 30% do valor líquido recebido, por aplicação analógica das normas que dispõem sobre o desconto em verbas alimentares; e 2) não incidir sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social, atualmente 5,6 mil reais.
5. Também é constitucional a cobrança de custas judiciais dos beneficiários da justiça gratuita que derem ensejo ao arquivamento do feito em razão do não comparecimento injustificado à audiência. Respeito e consideração à justiça e à sociedade que a subsidia. Ônus que pode ser evitado pela apresentação de justificativa para a ausência.
6. Por fim, é igualmente Constitucional o condicionamento da propositura de nova ação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do arquivamento. Medida adequada a promover o objetivo responsável de acesso à justiça.

Primeiramente, frisou a importância de declinar as pré-compreensões acerca do tema analisado e pautou as diretrizes que serviram de base para o seu raciocínio, quais sejam:

a) qual, dentre as interpretações possíveis, facilita o crescimento com a expansão do mercado de trabalho

b) qual, dentre as interpretações possíveis, produz a melhor alocação dos recursos sociais, porque isso é imprescindível para a distribuição de justiça e riquezas (BARROSO, 2018).

Além disso, ressaltou que o presente julgamento não se trata de ideologia política, mas sim daquilo que é melhor para a sociedade em geral, devendo-se deixar os dogmas, crenças e superstições de lado (BARROSO, 2018).

Durante o discurso de seu voto, o Ilustre Ministro Barroso (2018) trouxe ao pleno várias estatísticas e pesquisas sobre a quantidade de processos existentes na Justiça do Trabalho Brasileira e no mundo, concluindo que o excesso de litigância no Brasil causa problemas que vão além daqueles comumente ditos, a exemplo da precarização da Justiça do Trabalho, que atolada de processos não consegue dar a devida análise para cada ação, tornando-a numa justiça demorada e injusta.

Em razão da litigância exacerbada, há, no Brasil, uma dúvida que paira sobre os empregadores no momento da contratação: não há como saber os custos da mão de obra antes de finalizada a ação trabalhista, o que está na contramão do resto do mundo, que analisa o valor daquela mão de obra anteriormente à contratação (BARROSO, 2018).

Acerca dos custos do Judiciário Trabalhista, Barroso (2018) afirmou, anexando aos autos pesquisa amplamente divulgada, que apenas 11% dos custos são arcados com o valor arrecadado de custas e emolumentos, sendo que 89% são subsidiados pela União, que é custeada por toda a sociedade.

No que tange aos honorários de advogado e periciais, Barroso (2018) entende que não há cerceamento do acesso à justiça, uma vez que o beneficiário da justiça gratuita continuará não despendendo qualquer gasto para o ajuizamento da ação, bem como não precisará arcar com os honorários se permanecer na condição de hipossuficiência, pagando somente quando perder tal condição ou fruir de valores em outros processos, hipótese que não retira dinheiro do próprio bolso do contribuinte.

Ainda, Barroso (2018) entende que a medida adota pela nova lei é proporcional, pois é adequada, ou seja, há relação racional entre o meio utilizado e o fim visado, que é a diminuição da litigiosidade fútil. O meio empregado é o ônus para

quem litiga e perde. A medida não é excessiva porque não interfere no acesso à justiça.

Apesar de entender pela constitucionalidade da norma atacada, fez ressalvas para resguardar verbas alimentares e o mínimo existencial, nos seguintes sentidos: a) não exceder a 30% do valor líquido recebido, por aplicação analógica das normas que dispõem sobre o desconto em verbas alimentares; e b) não incidir sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social, atualmente o valor de R\$ 5.645,80 (cinco mil e seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos) (BARROSO, 2018).

Por fim, acerca da necessidade de se pagar as custas processuais pelo beneficiário da justiça gratuita em virtude do arquivamento da ação pelo não comparecimento à audiência, Barroso entende ser a norma constitucional, justamente pelo fato de não se restringir o acesso à justiça, mas se tratar de um ônus justo e coerente. Ainda, trouxe à baila a pesquisa realizada pelo IPEA de que aproximadamente 23% (vinte e três por centos) dos processos ajuizados no ano de 2015 foram arquivados pelo não comparecimento à audiência ou pela inépcia da inicial. Situação que revela o descaso com os custos de movimentar a máquina judiciária desnecessariamente, o qual deve ser coibido (BARROSO, 2018).

4.4.2. Voto do Ministro Luis Edson Fachin.

Na oportunidade do julgamento da ADI nº 5766, o Ilustre Ministro Fachin prolatou o seu minucioso voto entendendo pela inconstitucionalidade da norma atacada e o consequente provimento da ADI, na contramão do relator.

Em seu voto, o Ilustre Ministro (FACHIN, 2018) pincelou períodos históricos em que demonstram a importância da gratuidade da justiça, bem como a construção e evolução histórica desse instituto, principalmente no Brasil, sendo que apenas em 1937, na Constituição vigente enquanto do Regime Militar, o acesso à justiça foi restrito.

Elencou que o direito à gratuidade da justiça é o pressuposto para o exercício do direito constitucional de acesso à justiça (FACHIN, 2018).

Afirmou que o altíssimo custo do processo é um obstáculo e um fator determinante no afastamento dos indivíduos na busca pelos seus direitos, tornando a sociedade ainda mais desigual (FACHIN, 2018).

Ressaltou que o direito ao acesso à Justiça é internacionalmente protegido, conforme se extrai do artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe (FACHIN, 2018):

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as 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 contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Entendeu que os objetivos da alteração legislativa impugnada sejam assegurar uma maior responsabilidade e compromisso com a litigância, entretanto verificou uma real possibilidade de serem negados direitos fundamentais dos trabalhadores pela imposição de barreiras que dificultam o acesso aos meios judiciais, inadmissível em um Estado Democrático de Direito (FACHIN, 2018).

Além disso, afirmou que deve-se facilitar os meios legalmente reconhecidos para que os trabalhadores possam ver seus direitos garantidos diante do desrespeito das relações contratuais, sendo que o benefício da gratuidade da Justiça é uma dessas garantias, a qual pretende dar máxima efetividade ao direito fundamental de acesso à Justiça aos que não possuem condições financeiras de arcar com os custos de uma demanda judicial (FACHIN, 2018).

Em seu voto, o Ministro (FACHIN, 2018) citou o Ilustre doutrinador Nelson Nery Júnior, cujo texto merece ser também citado neste trabalho.

[...] Se a lei, atendendo ao preceito constitucional, permite o acesso do pobre à Justiça, como poderia fazer com que, na eventualidade de perder a ação, tivesse que arcar com os honorários advocatícios da parte contrária? Seria, a nosso juízo, vedar o acesso ao Judiciário por via transversa porque, pendente essa espada de Dâmocles sobre a cabeça do litigante pobre, jamais iria ele querer promover qualquer ação judicial para a garantia de um direito ameaçado ou violado.

O Ministro (FACHIN, 2018) votou pela constitucionalidade do *caput* do artigo 790-B da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, tendo em vista que admitir imputação é um ato distinto de tornar imediatamente exigível tal obrigação do beneficiário da justiça gratuita. Após cessadas as condições que deram

ao trabalhador o direito ao benefício da gratuidade da justiça, admite-se a cobrança das custas e despesas processuais.

No que tange às normas que autorizam a utilização de créditos, trabalhistas ou de outra natureza, obtidos em outras ações, entende o Ministro (FACHIN, 2018) que não possuem o condão de modificar, por si só, a condição de miserabilidade jurídica do impetrante e, portanto, são inconstitucionais, pois afrontam o direito à gratuidade da Justiça e, por consequência, o direito fundamental de acesso à Justiça.

Frisou que o direito ao benefício da gratuidade da Justiça proporciona e concretiza uma paridade de condições, propiciando as mesmas possibilidades e chances de atuarem em igualdade de situações processuais (FACHIN, 2018).

Todavia, as limitações previstas pela Lei nº 13.467/2017 afrontam os objetivos fundamentais dispostos pela Constituição Federal de 1988, pois enfraquece o direito fundamental de acesso à Justiça, o qual é estritamente necessário para que lhes seja franqueada a busca pelos seus direitos sociais trabalhistas (FACHIN, 2018).

Desse modo, votou pela inconstitucionalidade da norma e conseguinte procedência da Ação Direita de Inconstitucionalidade 5766 (FACHIN, 2018).

4.5. SOBRE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Embora os Ministros do Supremo Tribunal Federal ainda não tenham concluído seus votos, já que o Ministro Luis Fux pediu vista do processo, o que é uma pena, discorrer-se-á sobre os votos já proferidos.

O Excelentíssimo Ministro Barroso afirma, em seu voto, que na sua visão, três são os problemas que afetam o Direito do Trabalho no Brasil atual, quais sejam: a) O excesso de complexidade da norma; b) o descumprimento da norma pelo empregador; c) o excesso de litigiosidade.

Ocorre que a intitulada Reforma Trabalhista veio, de forma muito suspeita, “resolver” apenas um dos problemas, qual seja, o excesso de litigiosidade, tendo em vista que impôs ônus ao trabalho litigante.

Todavia, em seu acertado voto, o Ministro Fachin afirma que impor ônus ao trabalhador litigante é vedar o acesso à Justiça por via transversa, tendo em vista que poderá arcar com os altíssimos custos do processo, o que, de certa forma, será um obstáculo na busca pelos seus direitos.

Não se pode permitir que em um Estado Democrático de Direito o trabalhador fique acuado a buscar seus direitos desrespeitados por causa de dinheiro, ou da ausência dele. Embora a União e, por consequência, a sociedade pague muito caro para manter o Judiciário trabalhista, como afirma o Ministro Barroso, crê-se que muito mais caro pagará a sociedade ao impedir que direitos sejam pleiteados e buscados nas vias legalmente previstas por causa da possibilidade real de se ter um ônus.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a existência de inconstitucionalidade nos dispositivos que tratam da gratuidade da justiça na Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista.

O acesso à Justiça é um direito fundamental, garantido pela Constituição de 1988. Entretanto, conforme visto, nem sempre teve a sua devida importância, já que nas constituições brasileiras anteriores o acesso à justiça não era considerado relevante. Somente na constituição de 1934 houve um indício de direito constitucional ao acesso à justiça, entretanto de forma muito embrionário.

A sua relevância se traduz na construção de um Estado mais igualitário e justo, uma vez que se deve oportunizar aos cidadãos a possibilidade de levarem seus direitos lesados ou meramente ameaçados à apreciação pelo Poder Judiciário, o qual é constitucionalmente competente para tanto.

Ademais, na busca pela eficácia da norma constitucional outros institutos foram criados, a exemplo da gratuidade da justiça, assistência judiciária e assistência jurídica.

Diferentemente do que ocorre com os demais ramos do Direito, o Direito do Trabalho se individualiza pelo sua preocupação em proteger a parte mais frágil da

relação empregatícia, qual seja, o trabalhador.

Isto posto, em razão da hipossuficiência do trabalhador, tanto econômica, quanto política e social, diversos institutos do Direito do Trabalho emergiram, a exemplo do Princípio da Proteção.

Assim sendo, nas demandas que versem sobre o Direito do Trabalho e aconteçam em sede da Justiça do Trabalho buscarão uma proteção mais efetiva ao trabalhador, por ser ele a parte mais fragilizada da relação, estando longe de competir com paridade de armas com um grande empresário, por exemplo.

Não obstante a declarada e reconhecida hipossuficiência do trabalhador, a nova legislação trabalhista impôs encargos ao trabalhador demandante, mesmo quando protegido pelo véu da gratuidade da justiça, quais sejam as hipóteses: pagamento das custas processuais em razão do arquivamento da ação em decorrência da ausência injustificada à audiência, pagamento de honorários advocatícios e periciais quando sucumbente, inclusive com a possibilidade de ser realizado tal pagamento por meio de valores auferidos em outros processos, trabalhistas ou não.

Os autores do projeto de lei na Câmara e Senado, que hoje é a Lei nº 13.467/2017, afirmam que a imposição de ônus ao demandante é medida que se impõe, tendo em vista que são altos os números que representam as ações arquivadas por ausência do demandante na audiência, bem como altos os índices de ações infundadas e não fundamentadas.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Roberto Barroso deu o seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, ajuizada pela Procuradoria Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal, entendendo pela constitucionalidade dos dispositivos atacados.

Ocorre que a nova legislação não levou em consideração o fato da hipossuficiência do trabalhador. Impor qualquer tipo de ônus para propositura de ação, ainda que decorrente de arquivamento por ausência injustificada na audiência, é cercear o direito fundamental ao acesso à Justiça.

Ainda, possibilitar a penhora do valor auferido em outras ações para custeio de honorários periciais e advocatícios também é uma forma de cercear o direito fundamental ao acesso à Justiça, por via transversa, como afirma o Ministro Fachin.

Não se pode permitir que o trabalhador beneficiário da justiça gratuita, significando, dessa forma, que não possui condições de arcar com o seu sustento próprio e o da sua família, não recorre ao judiciário quando tiver direitos suprimidos, lesados ou ameaçados por receio de ter que pagar muito caro para vê-los serem respeitados.

Nesse mesmo sentido, não se pode permitir que o custo para violar as leis trabalhistas pelos empregadores seja mais baixo do que ser responsabilizado por isso, já que a imposição de ônus aos trabalhadores, mesmo quando beneficiários da justiça gratuita, é, com outras palavras, permitir o desrespeito indiscriminado às normas de direito do trabalho com a segurança de que as consequências não virão ou dificilmente virão.

Ademais, não é constitucional permitir que a legislação brasileira retroaja de tal forma nas garantias de direitos fundamentais, a permitir que o direito ao acesso à Justiça seja cerceado.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto. Uma Moderna Concepção de Assistência Jurídica Gratuita. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, p. 151-174, 2000. São Paulo, SP.

BALEEIRO, Aliomar. 1946. – 2 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de, Curso de direito do trabalho - 9. ed. - São Paulo: LTr, 2013.

BOMFIM, Benedito Calheiros. Honorários de Sucumbência na Justiça do Trabalho em Face da CF/1988, da Emenda no. 45, do Estatuto da advocacia, do Código Civil e da Instrução Normativa no. 27 /TST. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, v. 20, n. 229, jul. 2008. p. 104.

BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho -9º ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BRASIL. Justiça do Trabalho. Recurso Ordinário no. 00394-2007-194-05-00-2, Recorrente: Gilvan Eugênio dos Santos, Recorrida: Gildinice Lima Ferreira, Relator: Juiz Convocado Rodolfo Pamplona Filho, 2a Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5a Região, Salvador, BA, 15 de Janeiro de 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF - Distrito Federal. Relator: Luis Roberto Barroso.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional – 8 ed. rev. atual. – São Paulo, Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional - 9. ed. rev. e. atual. De acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal - São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, Constituições brasileiras – Brasília : Câmara dos Deputados, Coordenação de publicações, 2005.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL 1891. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1934. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRAZIL DE 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>

CONTEUDO, Estadão. Ex-empregado terá de pagar R\$ 750 mil a empresa. In: VEJA, em 15 de março de 2018. Disponível em <https://veja.abril.com.br/economia/ex-empregado-tera-de-pagar-r-750-mil-a-empresa/>

COSTA, Carlos Eduardo Dantas Costa. Juiz usa reforma trabalhista para condenar empregado em ação anterior à lei. In: CONJUR, em 14 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-14/juiz-usa-reforma-condenar-trabalhador-acao-anterior-lei>>

COUTURE, Eduardo Juan. Algunas nociones fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo. In: Tribunales de Trabajo, publicado pelo Instituto de Direito do Trabalho da Universidade Nacional do Litoral, Santa Fé, 1944, pág. 115.

CRETELLA JUNIOR, José . Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. 1, 4 e 8.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. Vocabulário jurídico. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 1, 2 e 4.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho - 13. ed. - São Paulo: LTr, 2014.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Benefício da Justiça Gratuita. Aspectos Processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal no 1060/50). 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2005, pp. 6 e7.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Pinto. Comentários a Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, 2 e 6.

GIGLIO, Wagner D. Direito Processual do Trabalho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

LUSTOSA, Dayane Sanara de Matos. O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA NO PROCESSO TRABALHISTA, 2008. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20BENEF%20CICIO%20DA%20JUSTI%20C7A%20GRATUITA%20NO%20PROCESSO%20TRABALHISTA%20-%20Dayane%20Sanara%20de%20Matos%20Lustosa.pdf>>

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais – 3 ed. São Paulo, Atlas, 2011.

MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. Direito do trabalho novo. In: Rev. Trib. Reg. Trab. 3a Reg., Belo Horizonte, v.51, n.81, p.137-154, jan./jun.2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. São Paulo : RT, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios de processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho : fac-similada / Américo Plá Rodriguez. — São Paulo : LTr, 2015.

POLLETI, Ronaldo. 3º ed. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PORTO, Walter Costa. 1937 – 3 ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

RADBRUCH, Gustav. Introducción a la filosofía del Derecho – México : Fondo de Cultura Economica, 1951.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1978.

SARAIVA, Renato. Curso de direito Processual do Trabalho. 6.ed. São Paulo: Método, 2009

SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho/Renato Saraiva e Aryanna Manfredini. - 11. ed. rev., e atual - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988 – 3 ed. – rev. Atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004.

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. - 7. ed. - São Paulo: LTr, 2014.

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. - 13. ed. - São Paulo: LTr, 2018.

SENADO FEDERAL. Parecer ao Projeto de Lei da Câmara no 38 de 2017. Rel. Senador Ricardo Ferraço. Comissão de Assuntos Econômicos, 7 jun. 2017, Disponível em <legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5333909&disposition=inline>, acesso em 13 set. 2017.

SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. A nova disciplina da gratuidade de Justiça na reforma trabalhista. In: Revista Consultor Jurídico em 13 de março de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-13/disciplina-gratuidade-justica-reforma-trabalhista>>.

SILVA, Luiz Praxedes Vieira da. Acesso à Justiça: Benefício da Gratuidade da Justiça e Assistência Judiciária. In: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, p. 117-133, 2002. Secretaria Executiva da ESMAFE – 5ª. Recife, Pernambuco.

SOUZA, Tercio Roberto Peixoto Souza. O pagamento de honorários periciais por quem recebe assistência judiciária gratuita. In: CONJUR, em 12 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-12/tercio-souza-justica-gratuita-pagamento-honorarios-periciais>

SOUZA, Roberta Kelly Silva Souza; SEIXAS, Bernardo Silva de Seixas. Evolução histórica do acesso à justiça nas constituições brasileiras. In: Direito e Democracia, v.14, n.1, jan./jun. 2013 p. 68-85.

SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gabriel de Lima. Acesso à Justiça, Direitos Humanos e Mediação – Curitiba: Multideia, 2013

SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gabriel de Lima. O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA COMO O MAIS BÁSICO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: ASPECTOS HISTÓRICOS E TEÓRICOS. In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 129-144, janeiro/junho de 2013.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e decisão jurídica – 4 ed. Reformulada – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

TÁCITO, Caio. 1988 – 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo, LTr, 2009.

VILLA, Marco Antonio. A História das Constituições Brasileiras. Ed. LEYA, São Paulo, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. São Paulo : RT, 2013.

