

6

A REFORMA TRABALHISTA COMO NEGAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS DE SUCUMBÊNCIA

Ana Maria Aparecida de Freitas

Juíza Titular da 15ª Vara do Trabalho de Recife (PE), professora da ESMATRA6 e FAFIRE, doutoranda em direito laboral da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, mestre em direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, especialista em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho e em Direito Previdenciário.

Carolina de Freitas e Silva

Advogada no Brasil e em Portugal especializada em direito do trabalho no escritório CLA, doutora em direitos sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, mestre em direito do trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

I. Introdução

Pelo menos desde 2014 a crise econômica, que já havia batido à porta dos Estados Unidos e da Europa, veio se instalar no Brasil. Nesse mesmo momento, suspeitas de corrupção e escândalos de variada natureza se adensavam e a contestação social e política subia de tom,

culminando numa crise política, no *impeachment* da Presidente da República e numa alteração não apenas do governo do país, mas das suas principais linhas político-ideológicas. Esta tripla crise, econômica, política e social que se abateu sobre o país acabou por conceder espaço a um discurso e prática política neoliberais que culpabilizavam o direito do trabalho, a Justiça do Trabalho e um alegado protecionismo social excessivo e obsoleto por todos os insucessos econômicos do país.

O Estado e as suas leis pretensamente “paternalistas” estariam roubando eficiência e competitividade ao sistema econômico e às empresas brasileiras, sendo que este discurso acabou por fundamentar profundas alterações legislativas com o objetivo de despromover direitos e diminuir a tutela do Estado. Uma das grandes e mais gravosas alterações é hoje identificada como a reforma trabalhista que motivou a alteração de inúmeros dispositivos da CLT trazendo profundas modificações no âmbito do processo do trabalho, principalmente com entaves bastante significativos ao amplo acesso à justiça.

A proposta legislativa de “modernização” do direito processual e da Justiça do Trabalho invocava, naturalmente, boas intenções, mas a entrada em vigor no dia 11 de novembro de 2017, da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, confirmou a suspeita de que o objetivo real, uma vez mais, foi apenas e só a redução de direitos sociais historicamente conquistados, bem como a instituição de barreiras ao acesso

à justiça. A extrema celeridade de tramitação da reforma parece denunciar também os propósitos pouco louváveis dos autores da mesma¹.

Com efeito, e sob o falso argumento de modernização da legislação trabalhista, o Projeto de Lei nº 6.787/2016, encaminhado pelo Poder Executivo por intermédio do então Ministro do Trabalho e Emprego Ronaldo Nogueira de Oliveira², e, posteriormente transformado na Lei nº 13.467/2017 objetivou, sem dúvidas, a diminuição do excesso de litigiosidade, conforme, inclusive, ressaltado no relatório final da Comissão Especial destinada para alterar a CLT, de relatoria do Deputado Federal Rogério Marinho (PSDB-RN) que sustenta que “não podemos desprezar [a existência de] uma grande quantidade [de processos] que decorr[em] do detalhamento acentuado das obrigações trabalhistas, em conjunto com regras processuais que estimulam o ingresso de ações e a interposição de infundáveis recursos, apesar dos esforços empreendidos

1 O Projeto de Lei 6.787/2016 foi encaminhado pelo Poder Executivo para a Câmara dos Deputados no dia 23 de dezembro de 2016, e, a partir de 3 de fevereiro de 2017, começou a tramitar por todas as comissões (Seguridade Social e Família; Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços; Trabalho; Administração e Serviço Público e Constituição, Justiça e Cidadania) e por todas as audiências públicas, com a apresentação do relatório final, em pouco mais de dois meses, no dia 12 de abril de 2017, pelo relator Deputado Rogério Marinho, que o encaminhou para o Senado Federal, no dia 28 de abril de 2017. No Senado Federal, esse projeto de lei recebeu o número PLC (Projeto de Lei da Câmara) nº 38/2017, sendo transformado na Lei nº 13.467, em 13 de julho de 2017, com alterações muito significativas em mais de cem dispositivos da CLT. A *vacatio legis* definida pelo legislador compreendeu um curtíssimo espaço de tempo, somente de 120 dias, com a lei em vigor no dia 11 de novembro de 2017. A título comparativo, note-se o que sucedeu com outros diplomas legais, igualmente importantes: o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor somente um ano após sua publicação, mas que começou a ser esboçado por uma comissão presidida pelo jurista Miguel Reale em 1969 e, bem assim, o Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com *vacatio legis* de um ano e que começou a ser gestado em 2009, seis anos antes, por ato do então presidente do Senado Federal José Sarney de nº 379.

2 Projeto de Lei nº 6.787/2016, disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FA816F79A75BFCA9B1BE7B5849F8892A.proposicoesWebExterno2?codteor=1520055&filename=Tramitacao-PL+6787/2016, acesso em 14.06.2018. No relatório encaminhado pelo Ministro do Trabalho e Emprego Ronaldo Nogueira é mencionado o elevado índice de judicialização das relações de trabalho, mas, reconhece que a grande maioria diz respeito à falta de pagamento das verbas rescisórias, p. 8

pelo TST para redução do tempo de tramitação”³. Complementando o mesmo parlamentar que a referida modernização almejada com a reforma trabalhista seria importante para “conter o avanço da excessiva busca do Judiciário para solução dos conflitos entre as partes, pautando não só o desestímulo ao ativismo judicial”, mas também na diminuição dos “riscos” aos demandantes, por intermédio do instituto da sucumbência recíproca⁴.

Contudo, não é possível atribuir a nenhum dispositivo alterado com a lei destacada mecanismo de celeridade ou de efetividade, principalmente quanto à execução trabalhista, onde os procedimentos tendem a ser mais morosos, em razão de os devedores não adimplirem suas dívidas trabalhistas, espontaneamente. Ao contrário, é muito comum serem utilizados vários recursos e medidas judiciais por esses devedores, travando a efetividade processual, na medida em que a dívida trabalhista deixa de ser paga.

Não se quer com isto dizer que as medidas processuais adotadas sejam todas protelatórias, mas, a verdade é que os números apontam para a existência de um grande gargalo no judiciário trabalhista, conforme demonstrado no relatório do Conselho Nacional de Justiça, que, por sua vez, indica que do acervo de 5 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2015, 42% estavam relacionados à fase de execução, com 69,9% de taxa de congestionamento na execução⁵.

A bem da verdade, as alterações legislativas implementadas na CLT parecem alterar o eixo do arcabouço protetivo do trabalhador para uma proteção maior do empregador, aproximando o direito do trabalho ao direito civil, trazendo premissas (falsas) de uma igualdade entre as partes – empregados e empregadores – e, ainda por cima,

3 Ver o relatório final da Comissão Especial destinada para alterar a CLT, de relatoria do Deputado Federal Rogério Marinho (PSDB-RN), p. 21-23

4 Idem, p. 24

5 Ver o Relatório CNJ – Justiça em Números 2016, referente ao ano 2015, p. 183-187.

tornando a Justiça do Trabalho mais frágil pelas amarras de uma lei flagrantemente protetiva, mas não dos trabalhadores.

Para além dos princípios constitucionais de valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana e os princípios da proteção, celeridade, efetividade que tradicionalmente estão na base de formação do processo do trabalho e que são violados por essa reforma trabalhista, existem violações até mesmo ao devido processo legal e princípios tutelados pelo processo civil, fonte supletiva e subsidiária do processo do trabalho (art. 15 do CPC), com a redução do papel e da autonomia da Justiça do Trabalho.

Neste artigo, porém, não se tratará da reforma como um todo, nem mesmo apenas dos elementos puramente processuais desta. Aqui, objetiva-se discorrer, tão-somente, sobre um segmento – muito importante – destas transformações: o foco estará especificamente no questionamento dos dispositivos legais relativos à gratuidade da justiça e aos honorários advocatícios e periciais, uma vez que há muitas e boas razões, como se verá, para duvidar da sua validade constitucional.

2. O antes e o depois da reforma no âmbito da gratuidade da justiça e das regras de sucumbência quanto aos honorários advocatícios e periciais

É bastante evidente que a reforma trabalhista, na parte que trata sobre o benefício da justiça gratuita e sobre os honorários advocatícios e periciais, pretende tornar mais difícil o acesso à justiça, na medida em que impõe barreiras processuais que tendem a dificultar ou inviabilizar a postulação judicial, violando princípios constitucionais e afrontando leis de mesma hierarquia que ainda estão em vigor.

Antes da reforma, nas hipóteses de concessão da gratuidade da justiça para o trabalhador, este estava dispensado do recolhimento das custas processuais e não havia sucumbência em honorários advocatícios, nem em honorários periciais.

Com relação às custas processuais, nas hipóteses de arquivamento da ação trabalhista ou de sucumbência total, ou seja, quando todos os pedidos eram julgados improcedentes, a gratuidade da justiça incluía a dispensa das custas processuais. Porém, nas situações em que o demandante não obtivesse o benefício da justiça gratuita, o sindicato assistente responderia solidariamente pelo pagamento das custas devidas, nos termos do § 1º do art. 790 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002, dispositivo esse cuja redação foi mantida com a reforma trabalhista.

De igual sorte, era facultado aos juízes de qualquer instância, a requerimento ou *ex officio*, a concessão do benefício da justiça gratuita aos trabalhadores, inclusive quanto a traslados e instrumentos, desde que recebessem um salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou declarassem, sob as penas da lei, não ter condições de pagar custas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família (art. 790, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 10.537, de 27 de agosto de 2002).

A condenação em honorários advocatícios em razão da sucumbência total ou parcial era possível apenas em relação ao empregador e quando, simultaneamente, se desse o caso de o trabalhador estar assistido pelo seu sindicato de classe, nos termos previstos na Lei nº 5.584/70 e nas súmulas de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho de nº 219 e 329. A atribuição do montante poderia variar entre o percentual mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor

da condenação ou sobre o valor arbitrado pelo juízo⁶. Não havia, portanto, condenação de trabalhador em honorários advocatícios, nem na sucumbência parcial e nem na sucumbência total.

Na sucumbência no objeto da perícia técnica ou médica, era aplicado o disposto no art. 790-B, com a redação anterior à reforma trabalhista, segundo o qual “a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária da justiça gratuita.” Assim, quando o trabalhador era sucumbente no objeto da perícia e beneficiário da justiça gratuita, os honorários periciais eram suportados pela União, por intermédio de uma rubrica específica dentro do orçamento público do tribunal

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

Súmula nº 329 do TST - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

respectivo, fixado pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho em até R\$1.000,00⁷.

A partir da promulgação da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a concessão do benefício da gratuidade da justiça passou a ser somente para aqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ou seja, para aqueles que, em 2018, auferiram no máximo R\$ 2.258,32 (R\$5.645,80 x 40%) a título de salário mensal, nos termos do art. 790, § 3º, ou que, alternativamente, comprovem a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo, consoante previsão do § 4º do mesmo dispositivo.

Significa dizer que, ao contrário do que acontecia antes, ao trabalhador agora não basta declarar não possuir condições financeiras para demandar sem prejuízo do seu próprio sustento ou da respectiva família. Com a nova lei, para que o trabalhador se beneficie da gratuidade da justiça deve satisfazer o critério objetivo de recebimento de salário mensal de até R\$2.258,32 ou comprovar insuficiência de recursos financeiros, pelo que o eventual argumento de que os custos da ação judicial prejudicariam o sustento do próprio e da família não parece ser, à primeira vista, equacionável.

Acontece que, mesmo nas situações em que seja concedido ao reclamante o benefício da gratuidade da justiça, o art. 844 da CLT, ao tratar sobre o arquivamento da reclamação trabalhista na hipótese de não-comparecimento do reclamante na sessão de audiência, estabeleceu, como penalidade, a condenação ao pagamento das custas processuais, calculadas nos termos do art. 789, ou seja, no percentual de 2% sobre o valor da causa ou o arbitrado pelo juízo, mesmo que seja

7 Resolução nº 66, de 16 de junho de 2010, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que regulamenta, no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau, a responsabilidade pelo pagamento e antecipação de honorários do perito, do tradutor e do intérprete, no caso de concessão à parte do benefício de justiça gratuita, no valor de R\$350,00 nas hipóteses de antecipação dos honorários (art. 2º, inciso II) e de R\$1.000,00 de honorários periciais de condenação (art. 3º), atendidos a complexidade da matéria (inciso I), o grau de zelo profissional (II), o lugar e o tempo exigidos para a prestação do serviço (III) e as peculiaridades regionais (IV).

beneficiário da justiça gratuita (§ 2º), determinando que o recolhimento das custas é condição para a propositura de nova demanda (§ 3º).

De acordo com a alteração legislativa imposta pela reforma trabalhista, somente se o reclamante comprovar, no prazo de quinze dias, que sua ausência decorreu de motivo legal e justificável (segunda parte do § 2º), é que as custas processuais podem ser dispensadas. É dizer: não basta apenas ser justificável a ausência do trabalhador, mas também estar prevista na lei a hipótese.

Ademais, nos termos do *caput* e do § 4º do art. 791-A da CLT, que foram incluídos pelo texto da reforma, o reclamante, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, será responsável pelos honorários de sucumbência entre 5% e 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, caso não seja possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa⁸, sendo certo que, em caso de procedência parcial, o juiz deverá arbitrar honorários de sucumbência recíproca, excluída a possibilidade de compensação entre honorários, nos termos do § 3º do art. 791-A da CLT.

Note-se que não se compreende a fixação de honorários em processo do trabalho em percentual mínimo de 5% e máximo de 15%, uma vez que os percentuais mínimo e máximo previstos no § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil são, respectivamente, de 10% e 20%. A impressão que se tem é que o legislador infraconstitucional resolveu diferenciar a classe dos advogados em duas castas, com perspectiva de melhor remuneração para o advogado da justiça comum, em detrimento do advogado militante da Justiça do Trabalho.

Quanto aos honorários periciais, de acordo com a nova redação do art. 790-B da CLT, o trabalhador, ainda que beneficiário da justiça gratuita, será penalizado quando for sucumbente no objeto da perícia técnica ou médica, com o pagamento dos honorários periciais, podendo ser deferido o parcelamento dos honorários periciais, de acor-

8 inclusive em causas contra a Fazenda Pública, em ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria (§ 1º do art. 791-A), nas reconvenções (§ 5º), devendo o juiz observar o grau de zelo do profissional (§ 2º, inciso I), o lugar de prestação do serviço (II), a natureza e a importância da causa (III), o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (IV).

do com o § 2º do art. 790-B da CLT. Somente no caso de o beneficiário da justiça gratuita não tiver conseguido obter em juízo créditos suficientes para suportar o pagamento dos honorários periciais, ainda que em outro processo, é que a União deverá responder pelo encargo, como dispõe o § 4º.

Poderá também o reclamante, consoante o disposto no § 4º do art. 791-A da CLT, ser executado quanto às obrigações decorrentes da sucumbência, nomeadamente custas judiciais, honorários advocatícios e periciais, desde que o credor demonstre que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade. A execução das obrigações da sucumbência poderá ser realizada durante o período de dois anos após o trânsito em julgado da decisão que as certificou, sendo certo que, após esse prazo, tais obrigações são extintas. Note-se que, para a análise da situação econômica do reclamante, podem ser consideradas as parcelas recebidas no processo em causa (caso em que se estará diante de uma sucumbência parcial ou recíproca), ou em outros processos em que o trabalhador figure como credor.

Significa dizer, somente a título ilustrativo, que se um trabalhador de vínculo de emprego dispensado sem justa causa e sem recebimento de seus haveres resilitórios vier a postular as parcelas da rescisão contratual, hipoteticamente, no valor de R\$5.000,00, e parcelas relacionadas com o excesso da jornada de trabalho, em R\$200.000,00, caso não comprove em juízo este último fato – excesso da jornada de trabalho –, poderá, no fim das contas, ter que pagar honorários advocatícios de sucumbência, mesmo que o magistrado fixe os honorários advocatícios no percentual mínimo de 5% e mesmo que ele seja beneficiário da justiça gratuita, uma vez que está satisfeita uma condição objetiva da lei: obteve o trabalhador créditos capazes de suportar a despesa, ainda que parcialmente. Levando, portanto, a regra às últimas consequências, o trabalhador, embora vencedor em relação ao pedido principal, não receberia qualquer crédito e permaneceria devedor da reclamada nesse mesmo processo. Como se isto não bastasse, o crédito restante da empresa reclamada poderá ser satisfeito por meio dos cré-

ditos obtidos no âmbito de outras ações judiciais, desde que o credor o exija em tempo hábil.

Na prática, o trabalhador, conquanto se apresente no processo via de regra na condição de desempregado que persegue primordialmente direitos de natureza alimentar, e ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, será compelido a arcar com as despesas do processo caso seja vencido, ainda que parcialmente, numa situação que se assemelha, pelo absurdo, à ficção kafkiana. Isto porque sendo o trabalhador forçado, por conta das circunstâncias, a mover ação judicial com vistas a satisfazer direitos absolutamente incontroversos de natureza alimentar, poderá, ainda que substancialmente apresente direito material que lhe assiste, vir a suportar o encargo do seu decaimento.

Observe-se que o direito não é uma ciência exata e aquilo que em termos de justiça fica claro fora dos tribunais, numa ação judicial pode ser perfeitamente suplantado em virtude de uma mera vicissitude processual. Nesse contexto, o pagamento das despesas processuais poderá advir da mera ausência do trabalhador na primeira sessão de audiência ou da sucumbência em razão da dificuldade na produção da prova. A título meramente ilustrativo, a jornada extraordinária, o assédio moral ou sexual, a justa causa por parte do empregador, todas essas situações são de difícil produção probatória, uma vez que as naturais testemunhas são igualmente trabalhadores que, para preservar o seu emprego, por vezes não contribuem para a apuração dos fatos reais, alterando completamente o resultado do processo.

A nova lei, portanto, onera ainda mais o trabalhador e assim o faz porque parte do equivocado pressuposto de que as partes são iguais, e de que, nessa medida, teriam que receber tratamento idêntico relativamente à sucumbência. Sucede que as partes não são iguais nem iguais são as suas armas sob o ponto de vista econômico, pelo que a lei acaba por ferir o princípio da igualdade que determina que os iguais sejam tratados de forma idêntica e os diferentes nessa conformidade e na medida das suas diferenças.

Essas alterações também fragilizam ainda mais a posição do trabalhador ao restringir o acesso ao benefício da justiça gratuita, e,

mesmo nas situações em que o benefício for concedido, ao determinar que o trabalhador seja responsabilizado em caso de sucumbência total ou parcial pelo pagamento de despesas que decorrem do processo. Ora, a imposição de uma tal regra afronta direta e literalmente o disposto no art. 5º, inciso LXXIV da Constituição da República, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, de modo que, ao ser concedido o benefício da gratuidade da justiça, esta deve ser integral e abranger todas as despesas processuais, como a exemplo as custas do processo. Não há como a lei impor o recolhimento das custas processuais para o beneficiário da justiça gratuita e muito menos estabelecer como condição para propositura de nova ação judicial, em razão do arquivamento da antecedente, o recolhimento de tais custas.

É evidente que a alteração legal que prevê a fixação de honorários sucumbenciais recíprocos constitui barreira de acesso à justiça, uma vez que o risco de não conseguir comprovar seu direito pode resultar em justificado receio de demandar.

E, com efeito, confirma-se essa suspeita na medida em que o número de ações judiciais propostas, neste ano de 2018, diminuiu, sensivelmente. Segundo os dados estatísticos apresentados pelo Tribunal Superior do Trabalho, de janeiro a maio de 2018, foram recebidos 1.260.891 ações trabalhistas; julgados 1.542.153, restando por julgar 2.124.344 ações trabalhistas⁹. Das ações trabalhistas propostas, em primeiro lugar no *ranking* dos assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho, encontra-se o aviso prévio (261.317 processos), seguido da multa prevista no art. 477 da CLT (232.053); da multa de 40% incidentes sobre o fundo de garantia por tempo de serviço – FGTS (223.711); da multa de 50% incidente sobre as verbas rescisórias, conforme o art.

9 Dados estatísticos divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho de janeiro a maio de 2018, disponível em <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>, acesso em 28.06.2018

467 da CLT (192.044); das férias proporcionais (172.178) e 13º salário proporcional (164.558)¹⁰

No tocante à aplicação da lei no tempo, com a Instrução Normativa nº 41/2018 do TST foi definido que, em geral, a eficácia da reforma trabalhista é imediata, a partir de 11 de novembro de 2017, sem atingir situações pretéritas já iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada (art. 1º). Nesse sentido, estabeleceu que a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais ocorrerá somente nas ações judiciais propostas a partir de 11 de novembro de 2017, e, naquelas demandas judiciais propostas anteriormente à vigência da reforma trabalhista, subsistem as diretrizes da Lei nº 5.584/1970 e o entendimento contido nas súmulas 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho.¹¹

De igual sorte, somente nas ações judiciais propostas a partir de 11 de novembro de 2017 é que os honorários periciais de sucumbência também serão devidos pelo beneficiário da justiça gratuita, conforme estabelecido no art. 790-B, *caput* e §§ 1º ao 4º da CLT, com a modulação contida na Instrução Normativa nº 41/2018, art. 5º.

Encerrada esta sucinta análise, importa questionar a bondade destas alterações legislativas à luz da ordem constitucional brasileira.

3. Um olhar constitucional sobre a discussão

Normalmente, o autor da ação judicial, na jurisdição trabalhista, é o trabalhador subordinado, é aquele que, no âmbito de um contrato bilateral com direitos e deveres mútuos, se apresenta como a parte mais frágil da relação jurídica, tanto do ponto de vista econômico, como do ponto de vista do poder exercido nos limites do contrato.

10 Dados estatísticos divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho de janeiro a maio de 2018, disponível em <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>, acesso em 28.06.2018

11 Instrução Normativa nº 41/2018, disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/RESOLUCAO+221+-+21-06-2018.pdf/4750fdff-8c09-e017-9890-96181164c950>, acesso em 28.06.2018

É por esse motivo, e não por excentricidade injustificada do legislador constituinte, que as normas que regem esse tipo de relações sob a perspectiva do direito material e processual são sensíveis à proteção da parte hipossuficiente.

De acordo com uma pesquisa publicada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2017, com base em dados recolhidos antes da reforma, ou seja, no ano de 2016¹², as ações judiciais promovidas no âmbito da Justiça do Trabalho apresentam, quanto aos temas de litígios, um padrão muito mais homogêneo quando comparadas com as ações promovidas na Justiça Estadual e Federal. Em outras palavras, os principais assuntos debatidos na esfera dos Tribunais Estaduais e Federais variam muito entre si, enquanto na Justiça do Trabalho, não obstante a ampliação material da competência para dirimir os conflitos envolvendo todos os tipos de relações de trabalho, os casos mais recorrentes são sempre os mesmos, ocupando o topo da lista aquelas ações que pretendem discutir a rescisão do contrato de trabalho com vistas à obtenção do seguro-desemprego ou o pagamento das verbas rescisórias. Aparecem também de forma recorrente, mas num patamar mais abaixo em termos de volume de processos, os temas da remuneração, das verbas indenizatórias, dos benefícios e diferenças salariais, da responsabilidade civil do empregador e da indenização por dano moral.

Portanto, os litígios na Justiça do Trabalho decorrem preponderantemente do não cumprimento das normas cogentes de direito do trabalho pelo empregador.

Na verdade, desde há muito se vinha notando o aumento da propositura das ações judiciais de natureza laboral e esta evidência, tomada numa acepção incompleta e demagógica, tem servido de mote para defender limites gravosos e inconstitucionais à atuação da Justiça do Trabalho.

É demagógico olhar para os números das demandas propostas e concluir que o problema do aumento da litigação é resolvido colocando barreiras para a intervenção judicial. Isto porque

12 Justiça em Números 2017, ano-base de 2016, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>, p. 168.

o aumento da litigação no âmbito trabalhista decorre do acesso à justiça, promovido por um sistema processual que é mais simplificado, mais informal, menos burocratizado e que, tradicionalmente, permite aos mais necessitados defenderem os seus direitos no Judiciário como qualquer cidadão com mais posses. Mas decorre também, a bem da verdade, e principalmente, do modelo de gestão adotado por muitas empresas à margem da lei e da Constituição e que empurra os trabalhadores para o Judiciário a fim de que lá exijam o pagamento de verbas decorrentes da cessação do vínculo de emprego, ou seja, verbas rescisórias de natureza incontroversa.

É por essa razão que o fenômeno da instrumentalização da Justiça para a judicialização de falsas controvérsias, a existir, é muito mais fruto dessa cultura empresarial difusa e genericamente admitida como estratégia administrativa do que fruto do mero capricho do trabalhador, de manobras oportunistas e abusivas ou de discussões de teses temerárias.

Ora, considerando que a ação trabalhista acaba por ser medida necessária para obviar as consequências nocivas de uma cultura empresarial que sistematicamente, e nos quatro pontos do país, não cumpre com os deveres mais básicos previstos na lei e na Constituição, o acesso à Justiça do Trabalho, sobretudo quanto ao seu principal aspecto que é o econômico, deve ser garantido.

Se um aumento de litigiosidade não significa que necessariamente estejamos perante um uso abusivo dos mecanismos judiciais por parte dos reclamantes, a redução da litigiosidade tampouco pode ou deve ser saudados como um sucesso, antes pelo contrário. Na verdade, a diminuição da litigiosidade após a reforma não pode significar que as razões objetivas e materiais para a pré-existência do conflito (o incumprimento de normas trabalhistas e o conflito social) tenham diminuído, mas apenas quer dizer que se criou um ambiente, na prática, intimidante para a vítima, ambiente esse que, em última análise, estimula o descumprimento das leis do trabalho por parte dos seus maiores violadores. Este ambiente é não apenas pernicioso para os trabalhadores e para a sociedade em geral que assim vê a legalidade desprezada, como

também é flagrantemente injusto para as empresas e empresários que, com dignidade e quase estoicismo, procuram respeitar as normas básicas de convivência social que a comunidade política democraticamente estabeleceu. E é injusto porque sujeita estes a uma concorrência desleal e insuportável por parte das empresas menos escrupulosas.

Portanto, é também para a defesa da integridade do sistema que hoje faz ainda mais sentido defender indefectivelmente, face a quaisquer medidas restritivas, a supremacia do direito fundamental à gratuidade da justiça, consubstanciada na assistência jurídica integral e gratuita prevista no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal e do direito fundamental do acesso à justiça, definido constitucionalmente no inciso XXXV da Constituição.

Poder-se-ia argumentar, ainda assim que, à luz da evidência de que muitas demandas trabalhistas são julgadas parcialmente procedentes, os direitos dos trabalhadores não seriam tão evidentes como se pretende fazer crer num primeiro momento, e, nessa linha de raciocínio, que as restrições ao acesso à justiça poderiam fazer sentido para desestimular as lides temerárias. Esse argumento é, todavia, refutável.

A ação trabalhista pode ser vista como o meio pelo qual o trabalhador dá a conhecer ao julgador todas as pontas soltas que, do seu ponto de vista, ficaram por atar relativamente à execução e cessação do seu contrato, e estas são conhecidas pelo juiz desde que não tenha havido prescrição ou caducidade. Naturalmente, as ações trabalhistas ao serem propostas no término da relação apresentam uma série de pedidos relativos à forma de prestar o trabalho e à maneira como o contrato foi cessado, e que nem sempre todos os pedidos serão acolhidos.

É importante ressaltar, desde já, que não se exige, nem é expectável, que o trabalhador tenha certeza *ab initio* sobre o sucesso completo da sua ação a fim de que a sua iniciativa seja considerada legítima. O direito fundamental de acesso à justiça, ou seja, acesso ao direito e aos tribunais, permite ao interessado submeter a controvérsia ao crivo do Estado, sendo certo que se não houvesse controvérsia, os diferendos entre as partes seriam resolvidos fora dos limites dos tribunais. As ações judiciais, nesse sentido, estão alicerçadas sobre a exposição de

uma pretensão fundada em direito subjetivo que está dependente da produção de provas e das vicissitudes processuais que, muitas vezes, ditam o resultado da demanda.

Note-se que o direito ao acesso à justiça é um direito a ter direitos, ou seja, é um direito instrumental para o real exercício ou gozo de qualquer outro direito. Quando, portanto, o acesso à justiça é fictício, quando as circunstâncias legais e fáticas contribuem para retirar-lhe efetividade, na verdade, todos os outros estão ameaçados na sua efetividade também.

Nesse sentido, veja-se o que defende o Ministro Edson Fachin em voto proferido recentemente no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766, ajuizada pelo então procurador-geral da República, Rodrigo Janot, contra dispositivos da chamada reforma trabalhista, que, em seu entendimento, impõem “restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho”:

Quando se está a tratar de restrições legislativas impostas a garantias fundamentais, como é o caso do benefício da gratuidade da justiça e, como consequência do próprio acesso à justiça, o risco de violação em cascata de direitos fundamentais é iminente e real, pois não se está a resguardar apenas o âmbito de proteção desses direitos fundamentais em si, mas de todo um sistema jurídico-constitucional de direitos fundamentais dele dependente¹³.

É por essa razão que a gratuidade da justiça está intimamente ligada também ao princípio constitucional da isonomia, ou seja, à necessidade de tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, de modo a que o direito, consciente das desigualdades reais e fáticas, se posicione de maneira a que seja efetivamente igual e coerente para todos. Só assim, note-se, poderá a sociedade brasileira

13 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>, acesso em 01.07.2018, pp. 9-10.

conformar-se no sentido de concretizar os objetivos traçados pela Constituição: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária onde a pobreza e marginalização sejam erradicadas e as desigualdades sociais efetivamente mitigadas, nos termos dos incisos I e III do art. 3º da Carta Fundamental.

Não adianta ter direitos consagrados solenemente em leis e na Constituição se não for dado ao cidadão com insuficiência de recursos o direito efetivo de dirigir ao Poder Judiciário um pedido concreto para realizar essas mesmas leis ou dispositivos constitucionais perante a oposição ou renitência de outros privados ou de outros órgãos estatais. Isso reduziria os direitos fundamentais a “poesia constitucional”, nas plásticas palavras de Robert Alexy.

A imputação de custos altos para o acesso à justiça a quem não tem condições financeiras para o fazer, e recorrendo mais uma vez às lições do Ministro Fachin, implica “um afastamento significativo das classes economicamente mais frágeis do acesso à Justiça institucionalizada”¹⁴. Num país que é caracterizado pelos seus altos níveis de desigualdade, e dos mais variados tipos, uma tal restrição inconstitucional apenas amplia o fosso da desigualdade, condenando os mais pobres aos infortúnios da sua própria condição.

4. Conclusão

Em jeito de conclusão, é importante assinalar que, analisando um pouco mais em detalhe as novas normas respeitantes aos honorários de sucumbência e ao benefício da justiça gratuita, bem como as suas consequências práticas e teóricas, a reforma, neste ponto como noutros, e contrariamente ao que os seus defensores proclamavam, não “modernizou” o Judiciário. Antes, recolocou o sistema jurídico brasileiro numa posição de preocupante retrocesso social, na medida em que, desprezando qualquer preocupação com a realidade material dos fatos, bem como os objetivos da isonomia e real igualdade entre os ci-

14 Ibidem, p. 7.

dados, restringiu tão radicalmente os direitos ao “acesso à justiça” e à “assistência jurídica integral e gratuita” (art. 5º, XXXV e LXXIV da CF/88) que se arriscou a substituir o moderno Estado Social e Democrático de Direito preconizado pela Constituição pelo Estado Liberal à imagem do século XIX. O Legislador democrático tem, claro, direito a seguir os seus próprios rumos, de determinar, segundo a sua ideologia, onde estão, quer os obstáculos, quer os caminhos para o progresso, mas tem que o fazer nos termos e segundo os trâmites da Constituição. Não pode trilhar qualquer caminho que lhe pareça útil, nem substituir os mandamentos, regras e princípios constitucionais pela sua própria ideologia pessoal.

5. Referências bibliográficas

Dados estatísticos divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho de janeiro a maio de 2018, disponível em <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>, acesso em 28.06.2018

Dados estatísticos divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho de janeiro a maio de 2018, disponível em <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>, acesso em 28.06.2018

<https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>, acesso em 01.07.2018

Instrução Normativa nº 41/2018, disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/RESOLUCAO+221+-+21-06-2018.pdf/4750fdfb-8c09-e017-9890-96181164c950>, acesso em 28.06.2018

Justiça em Números 2017, ano-base de 2016, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>,

Projeto de Lei nº 6.787/2016, disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;sessaoId=FA816F79A75BFCA9B1BE7B5849F8892A.proposicoesWebExterno2

[?codteor=1520055&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](#), acesso em 14.06.2018.

Relatório CNJ – Justiça em Números 2016, referente ao ano 2015

Relatório final da Comissão Especial destinada para alterar a CLT, de relatoria do Deputado Federal Rogério Marinho (PSDB-RN)

Resolução nº 66, de 16 de junho de 2010, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho