

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS (CCJ)  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD/UNICAP)

**ACESSO À JUSTIÇA E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA  
SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO APÓS A LEI  
13.467/17**

PEDRO HENRIQUE BARRETO MENEZES

RECIFE

2020

PEDRO HENRIQUE BARRETO MENEZES

**ACESSO À JUSTIÇA E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA  
SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO APÓS A LEI  
13.467/17**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – Unicap, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel.

RECIFE

2020

M543a Menezes, Pedro Henrique Barreto.  
Acesso à justiça e a (in)constitucionalidade da  
sucumbência no processo do trabalho após a Lei  
13.467/17 / Pedro Henrique Barreto Menezes, 2020.  
100 f.

Orientador: Alexandre Freire Pimentel.  
Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de  
Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito.  
Mestrado em Direito, 2020.

1. Advogados - Honorários. 2. Processo legal justo.  
3. Proporcionalidade (Direito). 4. Processo do trabalho.  
I. Título.

CDU 347.965(81)

Pollyanna Alves - CRB-4/1002

**ACESSO À JUSTIÇA E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA  
SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO APÓS A LEI  
13.467/17**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel.

Recife, 2020.

---

Prof. Alexandre Freire Pimentel (UNICAP)

---

Prof. Sérgio Torres Teixeira (UNICAP)

---

Prof. Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho (UNICAP)

---

Prof. Leonardo Tibo Barbosa Lima (MEMBRO EXTERNO)

À minha doce, fiel e constante esposa Leila Souza, que nunca desistiu de mim. Que nunca duvidou da minha capacidade intelectual, por mais que eu mesmo o fizesse; a meus filhos, Miguel, Marcelo e Matheus, seres de luz que me ensinam diariamente que as coisas mais importantes da vida não são coisas, e que fazem emergir em mim virtudes desconhecidas do meu próprio ser.

## AGRADECIMENTOS

Agradecer é, em última análise, reconhecer que não edificamos nada sozinhos. É ato de grandeza pela assunção da falibilidade e limitação que a condição humana nos impõe.

A Deus, pela vida e tudo que dela deriva. És a força inicial. A fagulha desconhecida que impulsiona a existência.

A meus pais, Pedro e Mara Rúbia, que, desde que nasci, se doam e renunciam a si próprios em função de minha formação moral e educacional. À minha irmã Priscilla, que sempre torceu e se orgulha de meu caminhar profissional e acadêmico.

À minha esposa Leila, pela incentivo e por ser sempre ouvinte das minhas ideias jurídicas (e não jurídicas). Sua paciência e constância frutificam tudo o que lhe cricunda.

A meus filhos Miguel, Marcelo e Matheus, meus trigêmeos amados e em nome de quem busco ser uma pessoa melhor todos os dias.

A meu orientador Alexandre Pimentel, pessoa afável, ponderada e razoável, que, com a maestria de um cirurgião, foi dando a toada necessária para finalização desta pesquisa.

A Leonardo Tibo Barbosa Lima, amigo que a magistratura trabalhista me deu. Sensato, estudioso e humilde. Sempre disposto a ajudar e a contribuir cientificamente com o direito e o processo do trabalho. Obrigado, meu caro.

## RESUMO

A lei 13.467/17 introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho o pagamento de honorários advocatícios, em caso de sucumbência, nos termos do artigo 791-A. O objetivo da pesquisa é analisar se citado instituto (sucumbência) está eivado ou não de inconstitucionalidade, por ofensa ao teor do artigo 5º, XXXV, da CF/88 (acesso à justiça), afrontando, pois, o devido processo legal em sua acepção substancial, que trata da razoabilidade e da proporcionalidade que as normas devem ter. Para tanto, discorreremos sobre algumas balizas que nortearão o intérprete na aferição dessa razoabilidade e proporcionalidade. Analisaremos, assim, o grau de eficácia da norma contida no artigo 5º, XXXV, da CF/88, evidenciando a sua natureza contida, e que admite, pois, restrições no plano infraconstitucional. Trataremos, ainda, do arcabouço jurídico que rege os honorários sucumbenciais – direito subjetivo do advogado com natureza alimentar – à luz do princípio da causalidade. Analisaremos, por fim, a hipossuficiência e o princípio da proteção do trabalhador, evidenciando a função informadora e interpretativa desse princípio, o que desaguará não na impossibilidade de cobrança de honorários em virtude da sucumbência, mas na maneira de fixação e exigibilidade da verba. Como conclusão, fazendo-se o cotejo de todas essas variáveis, ver-se-á que a sucumbência é medida necessária e adequada, cumprindo com os vetores de razoabilidade e proporcionalidade, não ofendendo, pois, o artigo 5º, XXXV, da CF/88. A pesquisa desenvolvida utilizou o método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e procedimento bibliográfico e documental.

Palavras-Chave: Honorários sucumbenciais. Hipossuficiência. Razoabilidade. Proporcionalidade.

## ABSTRACT

Law 13.467 / 17 introduced in the Consolidation of Labor Laws the payment of attorney fees, in the event of succumbence, under the terms of article 791-A. The objective of the research is to analyze whether the mentioned institute (succumbence) is ruled or not of unconstitutionality, in violation of the content of article 5, XXXV, of CF / 88 (access to justice), facing, therefore, the **substantive due process**, which deals with the reasonableness and proportionality that standards must have. To do so, we will discuss some guidelines that will guide the interpreter in assessing this reasonableness and proportionality. Thus, we will analyze the degree of effectiveness of the rule contained in article 5, XXXV, of CF / 88, showing its contained nature, and which therefore admits restrictions in the infraconstitutional plan. We will also deal with the legal framework that governs succumbential fees - subjective right of the lawyer with a food nature - in the light of the principle of causality. Finally, we will analyze the hyposufficiency and the principle of worker protection, highlighting the information and interpretive function of this principle, which will result not in the impossibility of collecting fees due to the succumbence, but in the way of fixing and demanding the funds. As a conclusion, comparing all these variables, it will be seen that succumbence is a necessary and appropriate measure, complying with the vectors of reasonableness and proportionality, thus not offending article 5, XXXV, of the CF / 88. The developed research used the hypothetical-deductive method, with a qualitative approach and bibliographic and documentary procedure.

Keywords: Sucumbencial fees. Hyposufficiency. Reasonability. Proportionality.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO 1 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL. DIMENSÕES PROCESSUAL E SUBSTANCIAL. PREMISSAS FUNDAMENTAIS</b> .....	12
1.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA .....	12
1.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SUA ACEPTÃO PROCESSUAL .....	16
<b>1.2.1 O juiz natural</b> .....	16
<b>1.2.2 Contraditório e ampla defesa</b> .....	18
<b>1.2.3 Direito à prova</b> .....	19
<b>1.2.4 Motivação sentencial</b> .....	20
1.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SUA ACEPTÃO SUBSTANCIAL .....	21
<b>CAPÍTULO 2 – O ACESSO À JUSTIÇA: OBJETO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. AS “ONDAS RENOVATÓRIAS”</b> .....	24
2.1 O ACESSO À JUSTIÇA. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL .....	24
2.2 O ACESSO À JUSTIÇA: OBJETO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	27
<b>2.2.1 Eficácia e aplicabilidade do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. Norma de eficácia plena ou contida?</b> .....	29
2.2.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena .....	31
2.2.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida .....	33
<b>2.2.2 O acesso à justiça à luz do instrumentalismo e do garantismo processual. Diálogos com o processo do trabalho</b> .....	36
2.3 AS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA E O PROCESSO DO TRABALHO .....	47
<b>CAPÍTULO 3 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E A SUCUMBÊNCIA PROCESSUAL</b> .....	57
3.1 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BREVE NOTA HISTÓRICA .....	57
<b>3.1.1 Honorários contratuais</b> .....	58
<b>3.1.2 Honorários arbitrados</b> .....	59
<b>3.1.3 Honorários sucumbenciais</b> .....	61

3.2 A SUCUMBÊNCIA PROCESSUAL. DA PENALIDADE À CAUSALIDADE. A VERBA HONORÁRIA COMO DIREITO SUBJETIVO ALIMENTAR DO ADVOGADO .....	61
3.3 A SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO. O ANTES, O AGORA E O DEPOIS .....	67
<b>CAPÍTULO 4 – HIPOSSUFICIÊNCIA E PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO .....</b>	<b>73</b>
4.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E DO DIREITO DO TRABALHO. A HIPOSSUFICIÊNCIA .....	73
4.2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. CONCEITO E CONTEÚDO .....	77
4.2.1 A norma mais favorável .....	79
4.2.2 A condição mais benéfica .....	81
4.2.3 O in dubio pro operário .....	82
<b>CAPÍTULO 5 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE: A SUCUMBÊNCIA TRABALHISTA .....</b>	<b>84</b>
5.1 “SUBSTANTIVE DUE PROCESS” E A SUPREMA CORTE BRASILEIRA .....	84
5.2 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONCEITO E CONTEÚDO .....	86
5.3 A SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO. RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE. A ADI 5766 .....	89
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>95</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>98</b>

## INTRODUÇÃO

A lei 13.467/17, conhecida como “reforma trabalhista”, alterou significativamente os paradigmas de postulação na justiça obreira, trazendo ônus que antes não existiam para o trabalhador, a exemplo do pagamento de honorários advocatícios acaso saia sucumbente em algum objeto da demanda, com a finalidade (dentre outras) de reduzir a quantidade de ações trabalhistas ajuizadas, trazendo um maior rigor ao processo do trabalho.

A relevância do trabalho desenvolvido está em entender se citada alteração (sucumbência) consubstancia retrocesso social, fulminando o direito constitucional de amplo acesso à justiça - pois o trabalhador, hoje, tem receio de “sair devendo”, já que pode arcar com honorários a depender do resultado da lide -, ou se é medida constitucional, uma vez que a inafastabilidade da jurisdição não é um direito absoluto, prestigiando, assim, o conteúdo ético do processo, ao passo em que desestimularia lides temerárias e “aventuras jurídicas”, racionalizando a prestação jurisdicional, sendo, portanto, meio razoável e proporcional.

É certo que o conflito entre capital e trabalho não cessará apenas porque o trabalhador não mais ingressa em juízo por suposto medo. Ao revés, ele permanecerá no tecido social, agudizado, buscando uma forma de eclodir.

Por conseguinte, o assunto proposto é extremamente atual, porquanto mostrará como a ciência jurídica pode apresentar soluções viáveis para a pacificação social e concreção de uma sociedade menos desigual, mais justa e solidária, através de uma interpretação constitucional possível do processo do trabalho e seus institutos.

O problema de pesquisa em questão, assim, é investigar se o pagamento de honorários advocatícios, pelo trabalhador, em caso de sucumbência, nos moldes do artigo 791-A, da CLT, padece de inconstitucionalidade por ofensa à garantia de acesso à justiça, prevista no artigo 5º, XXXV, da CF/88.

A partir desse questionamento iremos estudar se a citada norma celetista é razoável e proporcional, estando (ou não) de acordo com o devido processo legal substancial, a fim de concluir pela sua (in)constitucionalidade. Para tanto, abordaremos algumas balizas que irão nortear o intérprete na aferição dessa razoabilidade e proporcionalidade.

A primeira delas é o estudo do acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, XXXV, da CF/88. Veremos que citada norma não possui eficácia plena, mas contida, podendo, pois, ter seu âmbito de incidência reduzido em algum viés pelo legislador ordinário.

Somado a isso, trataremos, em linhas breves, acerca da natureza do processo enquanto garantia, e não instrumento, demonstrando que esse olhar altera sobremaneira a forma como interpretamos e aplicamos os institutos jurídicos processuais.

Tanto o é que é pela perspectiva da “evitabilidade” da demanda que a terceira onda de acesso à justiça proposta por Mauro Cappelletti trafega (tratada, pelo referido autor, evidentemente, em outro viés, que não o da “evitabilidade” que norteia o princípio da causalidade). Em sua obra, mostra os meios não judiciais para solução de conflitos, sinalizando que, além de mais efetivos e menos custosos, é maneira de trazer os atores sociais envolvidos na contenda para o protagonismo de suas vidas, pavimentando a cidadania.

Após, veremos a evolução da sucumbência, inicialmente tida como penalidade, sendo concebida, atualmente, como maneira eficaz de ressarcimento integral daquele que teve que se valer da máquina judiciária para ver efetivado seu direito, estando isso ligado ao princípio da causalidade.

Nesse diapasão e como tema intrínseco à sucumbência e causalidade, analisaremos o regramento jurídico dos honorários advocatícios daí decorrentes, que hoje ostentam, em virtude da lei 8906/94 e do artigo 85, do Código de Processo Civil, tratamento de direito subjetivo do advogado, possuindo natureza alimentar.

Por fim, a terceira baliza tratada e que norteará a aferição da razoabilidade e da proporcionalidade da sucumbência no processo do trabalho será o princípio da proteção, ocasião em que discorreremos sobre como tal axioma-mor da seara trabalhista inspira o legislador e orienta suas ações.

Nesse caminhar, concluiremos que a sucumbência mostra-se como um limitador necessário e adequado do “acesso à justiça”, seja porque não existe processo sem risco (na jurisdição contenciosa, evidentemente, ante o caráter substitutivo desta), seja porque serve ao princípio da reparação integral, materializando a essencialidade do advogado à justiça (CF/88, artigo 133) e efetivando seu direito subjetivo a honorários, que possuem caráter alimentar, ou seja porque refreia lides temerárias e “aventuras jurídicas” do trabalhador, que assoberbam a justiça trabalhista, deixando-a lenta e ineficaz.

Diante de tudo isso, observar-se-á que a hipossuficiência não opera como óbice para a sucumbência, mas trabalha como elemento que irá dirigir a limitação da fixação e modo execução dos honorários advocatícios em caso de sucumbência pelo trabalhador, tal qual demonstrado pelo Ministro Barroso em seu voto, no julgamento da ADI 5766, que cuida do assunto.

Do ponto de vista metodológico, a pesquisa desenvolvida se valeu do método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e procedimento bibliográfico e documental (legislação vigente e decisões judiciais).

## **CAPÍTULO 1 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL. DIMENSÕES PROCESSUAL E SUBSTANCIAL. PREMISSAS FUNDAMENTAIS**

“Agora eu era o rei  
Era o bedel e era também juiz  
E pela minha lei  
A gente era obrigada a ser feliz...”

(João e Maria - Chico Buarque de Holanda)

### 1.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Por mais que pareça enfadonho ou repetitivo, para se compreender o processo do trabalho e seus institutos na atualidade, necessário se faz uma digressão, mesmo que rápida, sobre o devido processo legal. Seu contexto de surgimento. Suas dimensões e conteúdo.

A partir dessa base teórica é que vamos desenvolver o objeto principal deste trabalho, qual seja, a (in)constitucionalidade da sucumbência do processo do trabalho prevista no artigo 791-A, da CLT, inserido pela lei 13.467/17, conhecida como lei da “reforma trabalhista”.

Grinover (1973) relata que a Magna Carta, outorgada por João Sem Terra em 1215, consubstanciou, na prática, um acordo de vontade entre o monarca e seus súditos revoltados. Uma de suas principais garantias foi o artigo 39, que versava sobre a necessidade de respeito à “lei do país” (law of the land) para a validade dos julgamentos. Citado artigo é tido como precursor da cláusula do devido processo legal, o “due process of law” da Carta estadunidense, usando-se as duas expressões, até hoje, como sinônimas.

Moraes (1997) esclarece que, como corolário do artigo 39, a Magna Carta também já previa o compromisso de o rei permitir a todos (inicialmente aos barões) o livre acesso à Justiça, nos termos do artigo 40, no sentido de que “Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça”.

Apesar de indubitável a importância da Magna Carta e de seus artigos 39 e 40 para a gênese daquilo que hoje concebemos como devido processo legal, Sergio Henrique Tiveron Juliano (2001) obtempera que

A importância que a Magna Carta representa deve ser relativizada. Há exagero em considerá-la perfeita em seu arcabouço. Trata-se de documento firmado no ano de 1215, época em que as modernas liberdades sequer tinham sido formadas ou passavam pela cabeça do baronato. A concessão que fazia o Rei, no século XIII, a um ‘senhor’ caracterizava-se num privilégio de este poder montar e manter uma corte de justiça, ou em uma cidade de escolher por si mesma os seus oficiais. Pela linguagem do tempo, privilégios, na verdade, eram chamados de liberdades. Não julgavam os barões estar

fazendo uma nova lei; exigiam que seus antigos privilégios (liberdades) fossem respeitados, direitos adquiridos, naquele tempo, pelo feudalismo. Para os barões, o único problema era o de fazer o Rei respeitar esses privilégios. Mas, pela redação, o texto não fora formulado sob essa forma, o que tem permitido às gerações uma leitura da Magna Carta de modo mais abrangente.” (JULIANO, 2001, p. 170).

Prossegue Grinover (1973) que, no novo mundo, o *due process of law* apenas foi incorporado ao constitucionalismo norte-americano pela quinta emenda. Em 1855 o Tribunal avança, entendendo que a cláusula impõe respeito não só aos princípios constitucionais, mas também aos antigos costumes e formas processuais acolhidos na *common law* inglesa antes de 1776.

Todavia, essa interpretação não era plena, pois considerava-se válido que novas normas procedimentais também atendiam à cláusula, desde que assegurassem idênticas garantias consagradas pela *common law*. No início do século XX, a mesma Corte passou a conceber o “devido processo legal” como direito a um processo embasado em axiomas universais e superiores de justiça.

Vários magistrados, contudo, em virtude do conceito aberto desse “devido processo legal” que visa a uma “justiça universal”, influenciaram para que os princípios de igualdade e de justiça fossem interpretados conforme o contexto histórico, desnudando que os juízos, em verdade, estão condicionados à ideologia de cada julgador.

Consoante discorre Nery Junior (1996), o constitucionalismo da “*common law*” foi (e ainda o é) uma grande fonte de pesquisa e de compreensão em relação à eficácia dos preceitos atinentes ao processo. Explica que isso se deve, em grande parte, à firme atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, desde que entrou em vigor a Carta da Filadélfia (1787), especialmente no que diz respeito à interpretação da cláusula “*due process of law*”.

Em razão disso, a evolução da disciplina processual desenvolveu-se no sentido de traçar os elementos (mínimos) que compõe o “*due process of law*”, com o fito de se coibir o exercício arbitrário e desarrazoado do Estado-Juiz.

Ensina Grinover (1973) que, inicialmente, a cláusula do devido processo legal tinha aplicação somente no direito processual penal, restrição, porém, que foi deixada de lado com a interpretação ampla, a fim de que alcançasse todas as situações judiciais, subsumindo-se aquela no direito de ação e da defesa em juízo.

Trazendo o assunto para o Brasil, é certo que a constituição imperial não falava expressamente em devido processo legal. Mas já trazia inúmeras garantias de índole processual, como a existência de jurados (artigos 151 e 152), a publicidade de todos os atos do processo

nas causas criminais após a pronúncia (art. 159) e a exigência de “culpa formada” para que alguém pudesse ser preso.

Percebe-se, assim, que desde a primeira constituição da pátria, o processo, enquanto limitador do exercício do poder, já guardava suas balizas na lei maior. Nesse contexto, vale destacar o teor do artigo 179, XI, de que “Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta”.

Discorrendo sobre as citadas disposições processuais da constituição imperial, Bueno (1978, p. 497) diz que “O processo, sua forma e garantias devem também anteceder e não suceder aos fatos, por isso que importam muito à sorte dos indiciados”, já tratando do assunto, expressamente, com o termo garantia, tanto o é que fala das disposições do citado artigo 179 como “direito de segurança”.

Nessa perspectiva histórica do devido processo legal insculpido nas constituições do Brasil, a de 1891 avançou a passos largos, trazendo, no § 16, do artigo 72, que: “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.” (BRASIL, 1891).

Sobre a citada disposição de 1891, Barbalho (1992) diz que

O pensamento de facilitar amplamente a defeza dos accusados conforma-se bem com o espírito liberal das disposições constitucionaes relativas à liberdade individual, que vamos commentando. A lei não quer a perdição d’aquelles que a justiça processa; quer só que bem se apure a verdade da accusação e, portanto, todos os meios e expediente de defeza que não impeçam o descobrimento d’ella devem ser permittidos aos accusados. (BARBALHO, 1992, p. 323).

Tomando por base o que disse Barbalho, o processo deve ter por finalidade (dentre outras) facilitar a defesa dos acusados, não para absolvê-los, evidentemente, mas para se descobrir a verdade dos fatos.

Percebe-se, assim, uma preocupação embrionária na construção de barreiras sobre voluntarismos do julgador que possam antecipar o resultado do processo com posturas açodadas que, eventualmente, maculem a ampla defesa, por exemplo.

E é justamente nesse sentido que Nery Junior (1996), ao tratar do “due process of law”, em seu sentido genérico, relata que este se caracteriza pelo trinômio “vida-liberdade-propriedade”, servindo a proteger esses bens-valores da vida, em seu sentido mais amplo, de maneira que tudo o que disser respeito a isso estará sob a proteção da citada cláusula garantidora.



Prosseguindo na incursão histórico-constitucional-nacional acerca do devido processo legal, vê-se que a Constituição de 1934 manteve a garantia em formulação mais sucinta, no artigo 113, § 24, que dizia que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”, o que fora abandonado pela Constituição de 1937, inobstante esta trazer o teor de que “a instrução criminal será contraditória” e de que “antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”, conforme artigo 122, § 11.

A partir da Constituição de 1946 ficou assegurado o devido processo legal, em todas as áreas e setores da tutela jurisdicional, através do art. 141, § 4º, que dizia que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, combinado com o art. 144, que asseverava que “A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. O devido processo legal estaria implícito, ainda, como garantia na Constituição de 1967, em seu artigo 150, §§ 4º e 35, bem como na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 153, §§ 4º e 36). Porém, na prática e na esfera jurisprudencial, não teve maior repercussão.

A última e atual constituição brasileira é de 1988. Nela, o devido processo legal está previsto de maneira expressa, no artigo 5º, LIV, que assim dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Assinala Silva (2005, p. 20) que

Não deixemos de mencionar, de passagem, que o princípio do *due process of law* não esteve propriamente ausente do nosso direito constitucional. Ele emergia de algumas normas de garantia do processo e do direito de segurança, inscritas entre os direitos e garantias individuais. Seu reconhecimento dependia de pesquisa no texto constitucional e de construção doutrinária. Agora ele está expresso. Basta à doutrina compreendê-lo na evolução centenária que tanto o enriqueceu. E, sendo limpidamente expresso, pode-se até reproduzir suas potencialidades em novos avanços, mormente porque inscrito numa Constituição com tantas novidades que hão de nele repercutir. (SILVA, 2005, p. 20).

Conclui-se, assim, desse breve histórico, que a compressão do devido processo legal esteve longe de ser um assunto tranquilo, seja na sua conceituação, compreensão e previsão legal. E não que hoje o seja. Todavia, como dito por Silva, o fato de estar expresso já é um grande avanço, cabendo aos operadores do direito a sua efetivação dentro dos limites traçados pela Lei Maior.

## 1.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SUA ACEPTÃO PROCESSUAL

No tópico anterior vimos o surgimento e evolução do devido processo legal na Inglaterra, Estados Unidos e Brasil, em brevíssimas notas. Passaremos, agora, de maneira mais pormenorizada, ao estudo dos elementos mínimos e principais que compõem essa cláusula no direito constitucional brasileiro, cuja previsão está no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, em sua acepção processual.

Consoante Alvaro de Oliveira (2004), o “devido processo legal” albergaria, minimamente: a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII); a igualdade e seus desdobramento em paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, *caput* e inciso LV); a vedação de provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI); a obrigação de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX); e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça).

O tema acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF/88) será tratado em capítulo próprio, especificamente em relação à seara trabalhista, ante suas peculiaridades. Por questões didáticas da pesquisa, então, preferiu-se deslocar essa faceta que compõe o devido processo legal para momento oportuno.

### 1.2.1 O juiz natural

Dinamarco (2003) apresenta conceito bastante completo do que seria o juiz natural, trazendo de maneira amíúde seus elementos e desdobramentos práticos a partir da Constituição Federal. Para ele,

consiste em exigir que os atos de exercício da função estatal jurisdição sejam realizados por juízes instituídos pela própria Constituição e competentes segundo a lei. Seu significado político-liberal associa-se mais de perto às garantias do processo penal que do processo civil, resolvendo-se na preocupação de preservar o acusado e sua liberdade de possíveis desmandos dos detentores do poder: daí a idéia, sempre presente entre os estudiosos daquela matéria, de que a garantia do juiz natural impõe que o processo e julgamento sejam feitos pelo juiz que já fosse competente ao momento em que praticado o ato a julgar. No processo civil, em que as pessoas comparecem com suas pretensões e estas são julgadas – não os fatos, em si mesmos, ou a pessoa – tal aspecto da garantia do juiz natural deixa de ter toda a grande importância que tem no processo penal. A preexistência do órgão judiciário não se confunde com a preexistência de sua competência para o caso. (DINAMARCO, 2003, p. 203).

Assim, a referida garantia teria uma função tríplice, orientando, portanto, que os julgamentos devem ser feitos por um juiz e não por outras pessoas ou funcionários; a

necessidade de existência anterior do órgão judiciário, sendo vedado juízos ou tribunais de exceção, criados depois de surgida a lide, com a finalidade de julgar um caso específico; e que a autoridade judiciária seja competente segundo a Constituição e a lei (critérios de competência fixados em razão da matéria, hierarquia, valor e território).

Em termos práticos, a regra geral, é que o juiz natural de determinada causa seja o juiz de primeiro grau, no processo civil, e que integre a justiça estadual comum, conforme dispõe a lei de organização judiciária local.

Da garantia do juiz natural deriva, ainda, a imposição da imparcialidade do julgador, a fim de que o processo e a sentença sejam conduzidos pela autoridade competente, que sempre será determinada por regras estabelecidas anteriormente ao fato sob julgamento, como se percebe pela leitura do artigo 5º, LIII, da CF/88.

A imparcialidade do juiz é tão essencial ao devido processo legal que tanto o impedimento como a suspeição devem ser reconhecidos ex-officio por este, afastando-se voluntariamente do processo que passará ao seu substituto legal.

A CF/88, em seu artigo 95, confere ao magistrado as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios justamente para que ele possa atuar com isenção e independência, o que inclui declarar-se suspeito ou impedido.

Não por acaso o código de ética da magistratura conceitua o que seria a imparcialidade, em seu artigo 8º. Vejamos:

O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

A Constituição Federal, entretanto, dispõe que algumas causas ou partes tenham direito a julgamento por juízes especiais, a exemplo das causas que haja interesse da União, suas autarquias, fundações ou empresas públicas, consoante artigo 109, da CF/88, que trata da competência dos juízes federais de primeiro grau.

Outro exemplo nesse sentido é a previsão constitucional de que cabe ao STF o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, das ações em que todos os membros da magistratura tenham interesse direto ou indireto, ou naquelas em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados, nos moldes do artigo 102, I, letras “a” e “n”.

## 1.2.2 Contraditório e ampla defesa

Dentre as garantias constitucionais do processo, o direito ao contraditório<sup>1</sup>, seja, talvez, a que mais desperta debates acalorados. Afinal, é através dessa garantia que as partes, democrática e dialeticamente, estabelecem canais de comunicação, com o fito de produzirem a prova que irá convencer o magistrado.

Para Moraes (1999),

por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo o ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela dada pelo autor. (MORAES, 1999, p. 113).

Vê-se, então, que o contraditório e a ampla defesa não se confundem, mas se relacionam umbilicalmente. O primeiro é o direito que as parte tem de contrapor o que fora dito, valendo-se, para tanto, de todos os meios de provas. Compõem, em verdade, duas faces da mesma moeda.

Nessa senda, a citação válida é um dos momentos mais importantes da estrada processual, pois é através dela que o réu toma conhecimento da demanda contra si proposta, integrando a relação processual, podendo apresentar sua defesa, concretizando a lógica de que é imprescindível ouvir as duas partes do processo, inexorável à administração da justiça e essencial à legitimação do poder jurisdicional.

No dizer de Cappelletti (1993, p. 75-76), o contraditório consiste em que “todas as partes da relação ou estado objeto do juízo, pessoalmente ou por meio de seus representantes, tenham efetiva oportunidade de se defender e, assim, uma adequada oportunidade de serem ouvidas por um juiz imparcial.”

Ponto importante sobre a atuação do juiz diz respeito à sua iniciativa probatória que, a princípio, fica limitada pelo princípio dispositivo, cuja aplicação vem sendo aos poucos mitigada pelos doutrinadores, o que causa grande cizânia na doutrina e jurisprudência.

---

<sup>1</sup> No particular, importante fazer menção a Elio Fazzalari (FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006), uma vez que o autor concebe o contraditório como elemento central do conceito de processo. O contraditório, em termos fazzalarianos, é observado na equiparação de poderes entre os interessados processuais, de maneira que o provimento final lavrado pelo Estado-Juiz será válido se, e somente se, o conjunto normativo processual estiver regular com a garantia fundamental em questão (contraditório).

Dinamarco (2003) diz que não pode o juiz limitar-se a pegar as provas trazidas pelas partes, examiná-las e dar-lhes o devido valor. Ao revés, tem o dever de, mantida sua imparcialidade, buscar carrear aos autos as provas que, mostrando-se necessárias, as partes não trataram de fazê-lo, repudiando a ideia do juiz Pilatos, que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo a falha aos litigantes.

Desde já consignamos que as posições acima destacadas acerca dos poderes instrutórios do juiz na busca da verdade, utilizando-se do processo como um meio de efetivação do direito material não é uníssono na doutrina nem na jurisprudência.

Trataremos, em momento oportuno, mesmo que de forma breve, acerca do garantismo e do instrumentalismo processual, e como isso influencia o processo do trabalho no tratamento do acesso à justiça e no manejo do instituto da sucumbência.

### **1.2.3 Direito à prova**

Como corolário do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa tratados no tópico anterior, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVI, dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas admitidas por meios ilícitos”. Deve ser considerado, juntamente a isso, o teor do inciso XII do artigo 5º da CF/88, que preserva o sigilo de correspondência e comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Sobre o tema, Moraes (1999) diz que:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois, configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (MORAES, 1999, p. 114).

A questão sobre a ilicitude das provas chegam frequentemente ao STF<sup>2</sup>. A corte entendeu que é ilícita a prova decorrente de escuta telefônica feita anteriormente à lei nº 9296/96

---

<sup>2</sup> HC 80949 / RJ, Primeira Turma, Relator o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001, p. 00026. Importante transcrever parte da ementa: Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade –à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira –para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração

(que regulamentou o art. 5º, XII, da CF/88) e que, sendo ilícita a prova, ela só contamina as demais se elas não forem autônomas e diferentes daquela.

Alvaro de Oliveira (1997) assevera, inclusive, que as limitações probatórias se embasam justamente pelo fato de não existir uma verdade processual tida por absoluta. O direito à prova não ilimitado, como se a principal finalidade do processo fosse a certeza material acerca das alegações de fato.

Afinal, não houvesse limites para a atividade probatória, e toda a espécie de prova fosse admitida, inclusive a ilegítima, ao juiz caberia regular, tão somente, a forma de trazer aos autos as provas, conforme o caso concreto, e a ele seria permitido apreciá-las livremente, sem qualquer balizamento.

Nessa linha de ideias, as palavras acima transcritas trazem indícios de que o devido processo é uma limitação “macro” em sua essência e que se ramifica em limitações “micro”, a exemplo da vedação de provas ilícitas. O magistrado é apenas mais uma pessoa a quem se destina o devido processo legal e sua lógica de contenção do poder.

Ou seja, não é porque ao juiz cabe julgar, que ele, em nome da busca de uma verdade ou de uma justiça, poderá encampar interpretações de uma garantia que não estão albergadas na própria razão de ser da garantia.

#### **1.2.4 Motivação sentencial**

Nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal, todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de nulidade.

Taruffo (1975) diz que a motivação das decisões é um dado que se relaciona coerentemente com a natureza da função jurisdicional no Estado Democrático, pois este pressupõe a possibilidade de controle sobre o exercício do poder conferido ao juiz. Logo, a ausência de motivação fere uma espécie de conteúdo mínimo indispensável para que se reconheça o exercício legítimo do poder jurisdicional.

A motivação, ademais, não é requisito apenas da sentença, mas também das decisões interlocutórias, ainda que, por sua natureza, essas possam ter fundamentação concisa, o que, entretanto, não se confunde com ausência daquela.

---

penal objeto da investigação ou da imputação. No mesmo sentido: “Recurso extraordinário. 2. Penal. Crime de tráfico de entorpecentes. 3. Escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.7.1996. Prova ilícita. [...] (RE 222204 / SP, Segunda Turma, Relator o Min. NÉRI DA SILVEIRA, Julgamento: 25/05/1998, DJ-28-04-00 PÁG.-00096) e HC 81494/SP, Segunda Turma, Relator o Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 05/03/2002, DJ 12-04-02, p. 54).

Ponto nevrálgico é definir o que é motivação de uma sentença. Parece-nos que essa motivação liga-se, primordialmente, à prova produzida dentro dos limites do devido processo legal tratados acima (juiz natural, contraditório, ampla defesa, prova lícita).

Fazendo uma rápida digressão histórica, enquanto a legislação anterior (CPC de 1973, no artigo 131<sup>3</sup>) falava em “apreciar livremente a prova”, a legislação atual (NCPC, artigo 371) impõe ao juiz “apreciar a prova”.

O desaparecimento do termo “livremente” sugere que a valoração não pode ser feita pelo juiz de forma discricionária. Este deve apresentar uma valoração discursiva da prova, justificando seu convencimento acerca da veracidade das alegações, e indicando os motivos pelos quais acolhe ou rejeita cada elemento do conjunto probatório, encontrando a verdade que tenha sido demonstrada no processo através dos elementos de prova a ele fornecidos.

No ponto da motivação das decisões, constatamos uma dupla limitação imposta pelo devido processo legal. Como dito por Taruffo, motivar as decisões é imperativo de um sistema democrático. Mas não basta motivar. A motivação, para ser válida, deve ser edificada sobre a prova produzida e pelos elementos constantes no processo.

### 1.3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SUA ACEPÇÃO SUBSTANCIAL

No tópico anterior discorremos sucintamente sobre os elementos que compõem o devido processo legal em sua acepção meramente processual. Traremos, agora, em linhas gerais - pois retomaremos o assunto no capítulo 5 da presente dissertação - da vertente substancial da garantia prevista no artigo 5º, LIV, da CF/88.

Atribui-se ao Direito norte-americano a cláusula do “substantive due process of law”, sendo esta a necessidade de que as leis obedeçam à Constituição, devendo ser elaboradas com senso de justiça, regular e adequadamente. Nery Junior (1996) ensina que referida cláusula adveio das discussões sobre os limites do poder de governar, submetidas à Suprema Corte americana no final do século XVIII, quando ficou assentado que o legislativo deve produzir normas que satisfaçam o interesse público, redundando na razoabilidade destas.

Conforme Arimatéia (2004), trata-se

de limitação material à atuação legislativa do Estado, pois a lei terá de ser, necessariamente, razoável. Não se pode olvidar que a atividade legislativa é uma classificação jurídica de fatos, pessoas e bens, segundo critérios razoáveis, para o fim

---

<sup>3</sup> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

de lhes atribuir determinado efeito. Esta classificação deve ser feita com a observância de critérios previstos na Constituição, especialmente os princípios da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade. (ARIMATÉIA, 2004, p. 75).

Seria, assim, uma espécie de vínculo que autolimita o poder estatal em sua totalidade, proporcionando instrumentos de questionar a legislação e proclamar a sua ilegitimidade, acaso estas afrontem as bases do regime democrático, por exemplo.

Segundo Rosas (2003), o poder legislativo, em uma democracia,

não escapa à limitação constitucional, e os atos que pratica, embora tenham sempre forma de lei, nem sempre são leis, por lhes faltarem requisitos substanciais, deduzidos da própria Constituição. Esses requisitos se deduzem de um princípio, que é o centro fiscal do regime jurídico político: o princípio da igualdade. Graças a ele, podemos atingir, no direito constitucional brasileiro, o que nos Estados Unidos, a Corte Suprema construiu, partindo do *due process of law*. (ROSAS, 2003, p. 176).

Referido jurista apresenta, assim, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como os norteadores do “*due process of law*”. Razoável é o que está de acordo com a razão, obtido através do discernimento, equidade e inteligência. A proporcionalidade, por seu turno, diz respeito à liberdade do legislador, que não pode editar qualquer lei, sem confrontar os meios e fins.

Vejamos como o STF tem decidido com arrimo na cláusula “*substantive due process of law*” como maneira de concluir pela (in) constitucionalidade das leis.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE –LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO A SERVIDORES INATIVOS –VANTAGEM PECUNIÁRIA IRRAZOÁVEL E DESTITUÍDA DE CAUSA –LIMINAR DEFERIDA.–A norma legal que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado.  
Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa.<sup>4</sup>

Nesse mesmo sentido, sobre o uso da razoabilidade, o STF<sup>5</sup> entendeu que configura abuso no poder de legislar lei municipal que estabelece o número de vereadores sem observância da relação de proporção com a respectiva população, declarando, pois, inconstitucional o ato normativo.

<sup>4</sup> ADI/MC 1158-AM, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, julgado em 19.12.94, in DJU 26.5.95.

<sup>5</sup> RE 266994 / SP, Tribunal Pleno, Relator Min. Maurício Corrêa, julgado em 31.03.04, DJ 21-05-2004, pág. 34.



Nery Junior (1996), nesse contexto, assevera que a cláusula “due process of law” atua, também, no que diz respeito ao próprio direito material, seja no âmbito judicial ou administrativo. Explica, pois, que o conceito do devido processo foi sendo modificado através dos anos, via doutrina e jurisprudência, alargando-se o seu âmbito de incidência, permitindo-se, assim, uma exegese mais satisfatória em nome dos direitos fundamentais do cidadão.

Logo, o devido processo legal em sua acepção substancial constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser feitas com justiça, arrimadas na razoabilidade e proporcionalidade, guardando, pois, um nexos com o objetivo que quer atingir.

Portanto, a presente pesquisa abordará, nos próximos três capítulos, as principais balizas que nortearão o intérprete para aferir a razoabilidade e a proporcionalidade em relação ao artigo 791-A, da CLT, a fim de concluir se tal norma ofende (ou não) o devido processo legal substancial.

Para tanto, discorreremos sobre o acesso à justiça (conceito, grau de eficácia do artigo 5º, XXXV e interpretação da norma através de uma visão do processo enquanto garantia, e não instrumento); tratamento jurídico dos honorários advocatícios (sucumbência, causalidade, natureza alimentar da verba honorária e fundamentalidade do advogado no sistema constitucional brasileiro); e sobre a hipossuficiência e princípio da proteção (exploração do capital pelo trabalho através da história, funções informadora, normativa e interpretativa dos princípios).

## CAPÍTULO 2 – O ACESSO À JUSTIÇA: OBJETO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. AS “ONDAS RENOVATÓRIAS”

“Se, ao te conhecer, dei pra sonhar, fiz tantos desvarios  
Rompí com o mundo, queimei meus navios  
Me diz pra onde que ‘inda’ posso ir  
Se nós, nas travessuras das noites eternas, já confundimos tanto  
as nossas pernas  
Diz com que pernas eu devo seguir...”

(Eu te amo – Chico Buarque de Holanda)

### 2.1 O ACESSO À JUSTIÇA. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

O princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição está previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XXXV. Deriva, como dito no capítulo anterior, da garantia-mor do devido processo legal, insculpida no artigo 5º, LIV, da CF/88.

Grinover (1973) relata que o princípio teve como embrião o artigo 179, inciso 12, da Carta do Império, que dispunha que “nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, sustá-las ou fazer reviver os processos findos”. Não se dirigia ao Poder Legislativo, todavia, não impediu que houvesse, naquela mesma Carta, o contencioso administrativo.

Tal qual o concebemos hoje não tinha previsão expressa nas primeiras Constituições republicanas. Para alguns, contudo, estava implícito e derivava da lógica da separação dos poderes.

Inobstante isso, a interpretação acima não era uníssona na doutrina e jurisprudência da época, em virtude da reforma constitucional de 1926, que incluiu, no artigo 60, § 5º, que

Nenhum recurso judiciário é permitido, para a Justiça Federal, ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração de estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade, a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como na vigência do estado de sítio, não poderão os Tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo.

Por seguidas décadas a omissão perdurou, havendo, inclusive, previsões nas constituições que se seguiram de expressa impossibilidade de apreciação judicial de alguns assuntos.

Tanto o é que a Constituição Federal de 1934 vedava o exame pelo Poder Judiciário de questões exclusivamente políticas, em seu artigo 68, e de atos do Governo Provisório e de seus efeitos, em seu artigo 18, do ADCT.

Com a Carta de 1937 houve ampliação da vedação de acesso à justiça, pois alargou-se a proibição contida no artigo 68 da Constituição de 1934, impedindo, expressamente, o exame, pelo Poder Judiciário, de atos praticados em virtude dos estados de emergência ou de guerra (artigo 170).

Igualmente como maneira de reduzir a força dos pronunciamentos do Poder Judiciário, a Constituição de 1937, em seu artigo 96, § único, criou a possibilidade de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei fossem anulados se, submetida a lei novamente à apreciação do Congresso, a juízo do Chefe do Executivo.

Superada a Era Vargas e o “Estado Novo”, a Constituição 1946 deixou evidente o princípio da inafastabilidade da jurisdição em seu artigo 141, § 4º. Essa mesma disposição esteve presente nas Cartas de 1967 - artigo 150, § 4º e na EC de 1969 - artigo 153, § 4º.

Curial ressaltar que a Emenda Constitucional de 1969 trouxe novas exceções à garantia de “acesso à justiça”, excluindo da apreciação judicial os atos da “revolução” de 1964 e as medidas derivadas dos “Atos Institucionais”.

A Carta de Outubro de 1988, finalmente, traz, basicamente, duas limitações ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A primeira delas refere-se às punições disciplinares dos militares, conforme o artigo 142, § 2º, que não podem ser objeto de *habeas corpus* (e que reproduz a restrição já prevista no artigo 153, § 20, da EC 1/69), e cuja validade tem sido repetidamente confirmada pelo STF, a exemplo do RE 338840/RS, Segunda Turma, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgado em 19/08/2003, disponível no DJ-12-09-2003, p. 00049.

Porém, tem sido afirmado pelo STF que incumbe ao Judiciário o exame da ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), entendimento que continua válido para o disposto no § 2º, do art. 142 da atual Constituição. Nesse sentido, o HC 70648 / RJ, 1ª Turma, Relator o Min. Moreira Alves, julgado em 09/11/1993, DJ 04-03-94, pág. 03289 Ement. Vol-01735-01, pág. 110.

Outra limitação ao artigo 5º, XXXV é a contida no art. 217, § 1º, da Constituição Federal, ao dispor que “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”.

Assim, o Poder Judiciário só admitirá as ações concernentes à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, sendo nesse

sentido o § 2º, do artigo 217, da CF/88. Vejamos: “A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”.

Bastos (2000) esclarece que essa disposição acerca da justiça desportiva tem por finalidade evitar a paralisação de campeonatos através de liminares, mandados de segurança e ações cautelares, o que era bastante comum antes da citada disposição constitucional. Assim, as ações judiciais típicas só podem ser utilizados quando esgotada a instância desportiva ou acaso esta não se manifeste em 60 dias. Acrescenta que se trata de uma justiça administrativa, não integrante do Poder Judiciário, e que operacionaliza um poder disciplinar de natureza administrativa, decorrendo seus preceitos e sanções de atos do Ministério da Educação, nos moldes das leis 8.028/90 e 8.672/93.

Referido autor lembra, contudo, das competições de curta duração, a exemplo de um campeonato que apenas dure um mês. Nessa situação específica, como a Justiça Desportiva terá prazo de até sessenta dias para se pronunciar, a parte que se sentir prejudicada poderá recorrer ao Poder Judiciário antes de findo aquele. Eventual decisão que lhe for favorável no contencioso administrativo, porém, não terá nenhum resultado efetivo. Por fim, salienta que a vedação do artigo 217, §1º, da CF/88 não impede recurso ao Poder Judiciário, mas desde que esgotada a esfera administrativa desportiva. Logo, o vencido na instância administrativa poderá, se quiser, buscar a rediscussão da matéria na esfera judiciária.

Destaque-se, ainda, que o STF tem entendimento pacífico de que não cabe apreciação judicial de assuntos que dizem respeito, exclusivamente, à exegese de normas regimentais do Poder Legislativo. Nesse sentido: MS 24356 / DF, Tribunal Pleno, Relator o Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 13.02.03, DJ-12-09-2003, p. 00029 e MS 22183 / DF, Tribunal Pleno, Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 05/04/1995, DJ-12-12-97, p. 65569.

Por derradeiro, assunto bastante tratado nos meandros do direito administrativo é a impossibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo discricionário, construção derivada da doutrina e da jurisprudência.

Para Meirelles (1990),

O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que ‘o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária (...) Nos atos discricionários, desde que a lei confia à administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa situação. (MEIRELLES, 1990, p. 138).

Importantíssimo ressaltar, porém, que mesmo que atue o administrador com base no poder discricionário, o Poder Judiciário pode intervir sempre que se esconda ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder, sob o disfarce de “mérito administrativo”.

Assim já decidiu o STJ que “Não substitui o mérito administrativo a decisão que, verificando a falsidade do motivo exposto, invalida o ato”. (REsp 593955/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgado em 22.02.2005, DJ 21.03.2005 p. 425).

Nesse mesmo sentido, “A apreciação da legalidade do ato administrativo não significa ingerência do poder Judiciário no mérito administrativo, não configurando lesão à ordem pública administrativa” (AgRg na SS 1412/AC, Corte Especial, Relator o Ministro Edson Vidigal, julgado em 01.12.2004, DJ 07.03.2005 p. 129).

As exceções constitucionais ao que prevê o artigo 5º, XXXV, da CF/88 é apenas é um norte, uma brisa no sentido de que nenhum direito ou garantia é absoluto. Mas falar das exceções à regra não trazem, por exclusão, o conteúdo da regra e seus elementos intrínsecos, mormente quando estamos a tratar de uma garantia constitucional de conceito aberto e polissêmico, que encontra sua gênese em outra garantia, qual seja, a do devido processo legal.

## 2.2 O ACESSO À JUSTIÇA: OBJETO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

É indiscutível que uma Constituição alberga características que não se confundem com as de uma lei comum, ordinária. Em virtude disso, interpretá-la requer o uso de técnicas específicas, adstritas à ciência da Constituição, ou seja, necessita-se de métodos e princípios específicos e adequados ao seu objeto.

Nessa perspectiva, os métodos tradicionais da interpretação normativa, propostos inicialmente por Savigny (literal, gramatical, lógico, sistemático, histórico, entre outros), não dão conta das peculiaridades e possibilidades interpretativas de uma norma constitucional, especialmente em relação aos direitos fundamentais, como é o caso do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da CF/88.

Por diversas vezes, as normas constitucionais possuem textura aberta, conformando e sendo conformadas pela realidade social com o passar do tempo, clamando, assim, tratamento interpretativo distinto complexo. Eis o que ensina Müller (2005) de que

É incontestável que as regras da interpretação de Savigny, expressamente, não foram formuladas para o direito público e o direito constitucional. Tanto menos se pode reconhecer nos direitos fundamentais e na maioria das normas restantes da

constituição enquanto "lei política" institutos apreensíveis de forma puramente técnica, cuja realização não deve formular para a hermenêutica e metodologia jurídicas nenhum problema que transcenda o organon silogístico. As regras exegéticas de Savigny evidenciam ser, não em último lugar quando aplicadas ao direito constitucional, aspectos que não representam "métodos" universalmente válidos, mas pontos de vista auxiliares de fecundidade variável conforme a peculiaridade das normas jurídicas concretizandas. (MÜLLER, 2005, p. 130).

A Constituição é, por excelência, para além de um documento jurídico, uma carta política e sociológica, em sua essência. É a síntese dos anseios de um povo organizado em forma de Estado. Crer que uma exegese simplista com métodos tradicionais seriam suficientes para extrair o “significado e o alcance” de suas cláusulas beira à ingenuidade. Tanto o é que Müller (2005) prossegue ensinando que

A própria tipicidade formal da constituição é uma tipicidade formulada de teores materiais, exigências, programas e esforços políticos, posições jurídicas, formulações de teoria do estado, etc. A restrição do olhar à sua forma de linguagem e a uma sistemática verbal impede o acesso aos teores materiais normatizados e comisso ao fato de o direito constitucional positivo possuir um teor material normativo. O possível não se converte em dever, mas o impossível em postulado, se a constituição é percebida como estrutura "evidente" de normas que na sua tecnicidade restrita à forma linguística deve ser suficientemente concretizável com as regras savignyianas da interpretação textual. (MÜLLER, 2005, p. 130).

E é justamente por isso que a garantia de ter acesso à justiça encerra norma constitucional de conteúdo aberto, dotada de conteúdo reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo. Logo, interpretar de maneira satisfatória a garantia em questão requer, antes, perquirir seu grau de eficácia e aplicabilidade, a fim de compreender se encerra norma de eficácia plena, contida ou limitada.

Mas apenas responder qual eficácia tem o artigo 5º, XXXV é insuficiente. Soa até como ultrapassado do ponto de vista da evolução do constitucionalismo. Ao lado disso, é necessário revisitar a essência do devido processo. Ou seja, abordar, mesmo que em breves linhas - pois não objeto principal da presente pesquisa - sua função de garantia, e que encontra ancoragem na Constituição Federal.

Firmadas tais premissas basilares é que, a partir delas, o intérprete vai promover a concretização da norma, seja por intermédio dos métodos tópico-problemático e normativo-estruturante com observância da técnica de ponderação de interesses e dos princípios da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da conformidade funcional, da força normativa da Constituição, da proporcionalidade e da razoabilidade, dentre outros.

No particular, frisamos que, como já salientado, abordaremos, no capítulo 5, a proporcionalidade e a razoabilidade - facetas do devido processo legal substancial - como norte

interpretativo para equalização dos institutos da sucumbência, hipossuficiência do trabalhador e natureza alimentar dos honorários advocatícios sucumbenciais.

### **2.2.1 Eficácia e aplicabilidade do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.**

#### **Norma de eficácia plena ou contida?**

Aprofundar sobre o tema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais é de capital importância tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência brasileira, haja vista que a Constituição Federal não se resume a uma simples norma jurídica. Vai além, pois é o fundamento que dá coerência e sustentabilidade lógico-normativa a todo o sistema legal que dela deriva.

Nesse aspecto, a obra de José Afonso da Silva “Aplicabilidade das Normas Constitucionais” será a ancoragem científica básica de que nos valeremos nos tópicos 2.2.1, 2.2.1.1 e 2.2.1.2 do presente trabalho. A partir desse marco teórico é que iremos nos embasar para compreender o grau de eficácia do artigo 5º, XXXV, da CF/88, se plena, contida ou limitada.

José Afonso da Silva dedicou-se exaustivamente sobre o estudo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sistematizando a questão em diversos tópicos, abordando a aplicabilidade da norma sob os prismas jurídico, social e lógico.

Debruçou-se, outrossim, sobre a definição de eficácia e aplicabilidade e a conexão deles com a ideia de execução do conteúdo da norma no plano fático e lógico-normativo.

Como síntese de seu hercúleo esforço em catalogar as normas constitucionais a partir de sua eficácia e aplicabilidade, classificou-as de forma tricotômica em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida, e normas constitucionais de eficácia limitada.

Silva relata a existência de dificuldades terminológicas que dificultam o estudo da eficácia das normas constitucionais e sua aplicabilidade. Inobstante isso, deixa claro que o problema não é específico do Direito Constitucional, mas da ciência jurídica como um todo.

Explica, assim, que a sociologia jurídica reduziu o tema da vigência das normas a sua eficácia. Isto é, só seria vigente o Direito que tem aplicação no caso concreto, não sendo, portanto, Direito vigente o albergado somente na letra da lei e que não tem força para moldar a realidade.

Porém, a concepção jurídica de eficácia diferencia-se da sociológica, apesar de ambas serem fundamentais para aplicação concreta das normas jurídicas. Na sociologia, a eficácia liga-se ao grau de cumprimento de dada regra jurídica, que pode ser espontâneo, ou pode ser resultado da ação coercitiva do Estado.

No Direito, a eficácia relaciona-se tão somente com a aptidão da norma para produzir efeitos jurídicos, resumindo-se a uma possibilidade nesse sentido. Aptidão não é garantia de que o direito será cumprido, seja espontaneamente, seja através de ação repressiva do Estado.

José Afonso da Silva compreende que a questão não está totalmente resolvida no plano doutrinário, uma vez que, para Kelsen, por exemplo, a vigência seria relativa ao “dever-ser” da norma e sua existência normativa, ao passo em que a eficácia se relacionaria ao “ser” desta, em relação a sua realização concreta na sociedade. Nesse contexto, porém, observa que até mesmo Hans Kelsen trata da necessidade de um mínimo de eficácia como requisito fundamental para que a norma jurídica possa ser vigente.

Superadas essas questões conceituais, doutrinárias e propedêuticas acerca de vigência e eficácia, Silva (2001) adere a uma definição tradicional e jurídica, de que a eficácia – ao contrário da dimensão sociológica – relaciona-se apenas à capacidade de a norma de produzir efeitos. Segundo ele,

Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude de seus efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida (SILVA, 2001, p. 81-82).

Assim, não existe no ordenamento constitucional norma destituída de eficácia. O que há são normas com limites de execução diferenciadas. Partindo daí, abordaremos, nos tópicos seguintes, o grau de eficácia das normas constitucionais (plena e contida) a partir de seu conteúdo, com a finalidade de definir, assim, em qual dessas categorias a garantia da “inafastabilidade da jurisdição” se enquadra.

#### 2.2.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena



José Afonso da Silva destaca que a CF/88 apresenta forte tendência em conferir ao legislador ordinário a competência para regulamentar e integrar as suas norma. Ressalta, contudo, que vários dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 comportam normas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

Com bastante honestidade, relata ser difícil diferenciar as normas de eficácia plena das normas de eficácia contida ou limitada, ressaltando, contudo, que a solução desse impasse é fundamental do ponto de vista prático.

Tanto o é que um dos objetos do presente trabalho está em entender se a garantia de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF/88) encerraria norma de eficácia plena ou contida, justamente para que, a partir disso, consiga-se compreender até que ponto o legislador infraconstitucional pode restringir sua aplicação, sem deixar de ser razoável e proporcional.

As primeiras tentativas de solucionar a questão foram desenhadas pela Suprema Corte Italiana, que escolheu resolver o assunto “caso a caso”. A corte italiana considerava as garantias sobre a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa e a irretroatividade da lei penal, por exemplo, como de natureza programática.

Esse entendimento se deu no período que coincide, estranhamente, com a predominância da ideologia totalitária fascista. Ou seja, por razões óbvias, manifestar livremente o pensamento não era uma norma com eficácia plena e imediata, cabendo, assim, ao legislador infraconstitucional, regrar como esse direito seria exercido, estabelecendo, eventualmente, restrições a ele.

Porém, a solução “caso a caso” para o problema da classificação das normas gera insegurança jurídica, mormente em assuntos tão caros para o Estado e cidadão, como é o caso das garantias fundamentais.

Assim, é necessário que haja normas que tenham validade e aplicabilidade independente da ação do legislador, sob pena de tornar inútil a própria existência da Constituição.

Afonso da Silva esclarece a inexistência de critérios únicos e seguros para diferenciar as normas constitucionais de eficácia plena de outras. Assinala, porém, ser possível traçar balizas gerais que nortearão o intérprete. Para tanto, se vale de Ruy Barbosa, que explica que “Quando completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime” (BARBOSA, RUY, apud SILVA, 2001, p. 99).

No que concerne a essa dita completude da norma, Silva (2001) ainda esmiúça a questão ensinado que isso desaguará em uma

conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais, e podem conceituar-se como *sendo* aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. (SILVA, 2001, p. 99).

Assim, referidas normas são aquelas que podem ser aplicadas imediatamente, independentemente de posteriores normas infraconstitucionais que as detalhem, por já conter em si todos os elementos necessários para a sua aplicação.

Dessa maneira, estabelecem isenções; prerrogativas ou imunidades; não indicam órgãos ou autoridades especiais a quem cabe executá-las; não designam procedimentos especiais para sua execução; não necessitam que sejam elaboradas outras normas que completem seu sentido e alcance ou especifique seu conteúdo porque já são completas em si mesmas.

A título de exemplo, na Constituição Federal de 1988, teríamos: o “Art.1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal...”; o “Art. 15 - É vedada a cassação de direitos políticos...”; o “Art. 17, §4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar”.

Parece-nos, assim, que o teor do artigo 5º, XXXV, da CF/88, dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” não se encaixa no rol das normas com eficácia plena.

Isso porque não contem todos os elementos necessários a sua concretização. Ou seja, para que a jurisdição possa existir é necessário que se crie, antes, o Poder Judiciário, órgão que vai executá-la.

É necessário, outrossim, uma série de regramentos infraconstitucionais que dirão como o acesso à justiça será executado, complementando os conceito de processo, ação e jurisdição, a exemplo dos Códigos de Processo - que ditam, por exemplo, como e onde postular, bem como de que maneira e em que escala o contraditório será exercido.

Como exemplos desses regramentos podemos citar os requisitos da petição inicial; as regras sobre impedimento e suspeição de magistrados; as formas de exercício do contraditório; o dever dos litigantes de se portarem com lealdade e boa-fé no curso do processo; a litigância responsável, evitando apresentar ao Juízo lides temerárias; a sucumbência processual enquanto risco inerente ao processo; e uma centena de outras normas que disciplinam, no plano infraconstitucional, o “acesso à justiça”.

E isso é óbvio, uma vez que o artigo 5º, XXXV, da CF/88 deriva da garantia-mor do devido processo legal (artigo 5ª, LIV, da CF/88), estando umbilicalmente ligado às outras facetas deste, como contraditório, ampla defesa, juiz natural, etc.

Em virtude disso, e por exclusão, a melhor resposta à eficácia do teor do artigo 5º, XXXV é no sentido de que consubstancia norma de eficácia contida.

Observe-se que a afirmação acima não está em contradição com o contido no artigo 5º, §1º, da CF/88, que prevê que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, porquanto não se está negando a sua incidência imediata. O que se está tratando é da possibilidade de restrição dessa aplicação no plano infraconstitucional.

Em outras palavras: estamos a discutir até onde pode ir essa restrição de aplicação, uma vez que baliza necessária para aferir a razoabilidade e a proporcionalidade da sucumbência no processo trabalhista (artigo 791-A, da CLT).

Nesse intento, passemos ao estudo das normas de eficácia contida.

#### 2.2.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida

Inicialmente, cumpre ressaltar que as normas de natureza contida têm atributos imperativos, positivos ou negativos, que limitam o Poder Público. A princípio, estabelecem direitos subjetivos de indivíduos e entidades privadas ou públicas. A contenção da eficácia dessas normas materializa-se, portanto, em limitações a tais direitos subjetivos e autonomias. Vejamos como Silva (2001) coloca a questão:

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. (SILVA, 2001, p. 115).

Seriam normas, então, em que a Constituição já normatizou o bastante sobre o tema, mas deixou ao legislador infraconstitucional a faculdade de estabelecer restrições adicionais. Mas cabe frisar que a faculdade do legislador infraconstitucional de estabelecer restrições não é ilimitada, evidentemente, devendo observar os limites impostos pelas próprias normas constitucionais, qual seja, o devido processo legal substancial e seus vetores de razoabilidade e proporcionalidade.

Descobrir até onde o legislador ordinário pode ir no regramento dessas normas sem consubstanciar inconstitucionalidade não é tarefa das mais fáceis. Estabelecer essa fronteira

requer uma análise pormenorizada da própria Constituição Federal e da jurisprudência da Suprema Corte brasileira sobre o tema.

Exemplo de norma de eficácia contida é o artigo 5º, XIII, ao prever que “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A regra é a liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Contudo, o legislador infraconstitucional pode (e deve, como veremos adiante) estabelecer restrições quanto à matéria, impondo limites para profissões de caráter especial, nas quais o erro do profissional, por exemplo, pode acarretar danos a toda a coletividade, transcendendo a esfera individual.

Nesse caminhar, importante mencionar parte do voto do Ministro Marco Aurélio acerca da necessidade do exame de Ordem para que o bacharel em Direito exerça a advocacia. Nele, de maneira absolutamente clara, é trazido o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos como justificadores das restrições impostas pela legislação infraconstitucional sobre a liberdade profissional prevista no artigo 5º, VIII, da CF/88. Vejamos:

DA PROPORCIONALIDADE E COMPATIBILIDADE ENTRE O EXAME DE CONHECIMENTOS DA ORDEM E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL.

(...)

Em alguns casos, o mister desempenhado pelo profissional resulta em assunção de riscos – os quais podem ser individuais ou coletivos. Quando o risco é predominantemente do indivíduo – exemplo dos mergulhadores, dos profissionais que lidam com a rede elétrica, dos transportadores de cargas perigosas, etc. –, para tentar compensar danos à saúde, o sistema jurídico atribui-lhe vantagens pecuniárias (adicional de periculosidade, insalubridade) ou adianta-lhe a inativação. São vantagens que, longe de ferirem o princípio da isonomia, consubstanciam imposições compensatórias às perdas físicas e psicológicas que esses profissionais sofrem.

Quando, por outro lado, o risco é suportado pela coletividade, então cabe limitar o acesso à profissão e o respectivo exercício, exatamente em função do interesse coletivo.

(...)

Além disso, a garantia constitucional de acesso à Justiça e à tutela jurisdicional efetiva, prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Federal, além de exigir o aparelhamento do Poder Judiciário, também impõe que seja posto à disposição da coletividade corpo de advogados capazes de exercer livre e plenamente a profissão. Piero Calamandrei, em obra primorosa (Eles, os Juízes, vistos por um advogado, 1997, p. 54), afirma que “os defeitos dos advogados reagem sobre os juízes, e vice-versa”, isso para dizer que as duas carreiras estão umbilicalmente ligadas. É requisito essencial ao Estado Democrático de Direito o fortalecimento da advocacia, e a declaração de inconstitucionalidade do exame da Ordem teria precisamente o efeito oposto.

(...)

*Enfim, com essas ponderações e na esteira de pronunciamentos do Supremo, chego à conclusão de que o inciso IV do artigo 8º da Lei nº 8.906/94 é compatível com o princípio da proporcionalidade, porquanto fundado no interesse público*

*consubstanciado na proteção da sociedade contra o exercício de profissão capaz de gerar graves danos à coletividade.*<sup>6</sup> (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Através das partes destacadas vemos que o legislador ordinário pode reduzir a incidência de uma norma constitucional de eficácia contida quando houver risco à coletividade ou ao interesse público. Afinal, se o livre exercício de um direito, sem qualquer limite, puder colocar em risco a coletividade, ultrapassando a mera esfera particular de quem o exerça, parece razoável que uma limitação mereça ser imposta.

No mais, da leitura do voto em destaque observamos que outro ponto em que o legislador infraconstitucional pode atuar na limitação das normas de eficácia contida é quando a restrição for plausível e justificável, desde que opte, dentre as opções possíveis, pelo meio menos gravoso.

De mais a mais, o voto é explícito, conforme depreende-se da parte negritada, que o teor do artigo 5º, XXXV, da CF/88, toca, por sua abrangência e própria natureza e conteúdo da norma, em pontos, temas, assuntos e questões que lhe podem reduzir o grau de eficácia.

Por conseguinte, ponto nevrálgico está em saber até que medida o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais pelo reclamante mostra-se razoável e proporcional, em virtude da imposição do devido processo legal em sua acepção substancial, a fim de não ofender o teor do artigo 5º, XXXV, da CF/88.

Noutro giro, mesmo versando o voto acerca da necessidade do Exame de Ordem para que o bacharel em Direito exerça a advocacia, este acaba por tocar em um dos pontos contrais da nossa pesquisa, uma vez que não se pode dissociar o acesso à justiça do exercício da advocacia. Prossegue o relator:

(...) Segundo informações colhidas em material fornecido pelos interessados, entre os anos de 1997 e 2011, o número de cursos de Direito saltou de 200 para 1.100. A Ordem dos Advogados do Brasil, em memorial, noticiou que a República Federativa do Brasil possui quase quatro milhões de bacharéis em Direito. Em tese, com a declaração de inconstitucionalidade do exame da Ordem, todos estariam aptos ao exercício da advocacia, embora imperioso descontar os impedidos de fazê-lo, como os Juízes. O número parece excessivo frente a outras necessidades experimentadas pela sociedade brasileira, como a de médicos, engenheiros e demais profissionais técnicos, igualmente indispensáveis ao progresso do país. O crescimento exponencial dos bacharéis revela patologia denominada bacharelismo, assentado na crença de que o diploma de Direito dará um atestado de “pedigree social” ao respectivo portador, quem sabe fruto da percepção, talvez verdadeira em épocas passadas, de que os referidos profissionais são os protagonistas da ordem política brasileira.  
(...)

---

<sup>6</sup> STF-RE 603583 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, data de Julgamento: 26/10/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO. Acesso 02 de agosto de 2020.

Cabe indagar: quem exerce a advocacia sem a capacidade técnica necessária afeta outrem? A resposta é desenganadamente positiva. Causa prejuízos, à primeira vista, ao próprio cliente, fazendo-lhe perecer o direito ou deixando-lhe desguarnecido, mas também lesa a coletividade, pois denega Justiça, pressuposto da paz social. Atrapalha o bom andamento dos trabalhos judiciais, formulando pretensões equivocadas, ineptas e, por vezes, inúteis. Enquanto o bom advogado contribui para a realização da Justiça, o mau advogado traz embaraços para toda a sociedade, não apenas para o cliente.<sup>7</sup>

Ora, ressoa evidente que com tantos bacharéis em Direito o número de ações judiciais teve um aumento estrondoso nas últimas duas décadas, conforme dados contidos no bojo do voto citado.

Jamais estamos a defender que demandas judiciais devem ser represadas. Apenas estamos a dizer que uma judicialização galopante, aliada a uma interpretação que conceba qualquer regramento ou limitação ao direito de ação como ofensa ao artigo 5º, XXXV da CF/88 levará todo o sistema a uma exaustão e colapso.

E essa concepção de que a garantia constitucional de “inafastabilidade da jurisdição” é uma “porteira” aberta com vistas a entregar “cidadania” confunde o processo com exercício da “jurisdição”. No próximo tópico, abordaremos a temática à luz da doutrina do garantismo e do instrumentalismo processual, em breves notas, pois não tema central da nossa pesquisa.

### **2.2.2 O acesso à justiça à luz do instrumentalismo e do garantismo processual. Diálogos com o processo do trabalho**

Os motivos que suscitaram o interesse do “acesso à Justiça” no Brasil nos anos 80 não estiveram ligados ao movimento internacional de ampliação das portas do Judiciário, como bem destaca Eliane Botelho Junqueira (1996). Estava umbilicalmente ligado ao processo político e social da abertura política e na emergência do movimento social que então se iniciava.

Acreditou-se que o resgate da cidadania passaria, necessariamente, por um chamado ao acesso à Justiça, e que, através dele, dar-se-ia eficácia ao rol de direitos fundamentais outrora negados à sociedade brasileira. Era coerente com o momento político dos anos 80 que a concretização da norma enunciada no inciso XXXV do artigo 5º da nova Constituição Federal reclamasse uma interpretação ampla e irrestrita, sem concessões.

Bem elucidativa é a recordação de Dirley da Cunha Júnior (2014):

---

<sup>7</sup> STF-RE 603583 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, data de Julgamento: 26/10/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO. Acesso 02 de agosto de 2020.

Era uma tarde de quarta-feira, um dia ansiado por todos os brasileiros, ávidos por um novo Brasil e uma nova sociedade, plural e aberta, na qual todos, depois de anos de sombra e escuridão, pudessem nascer, viver e conviver livres e iguais em dignidade e direitos. Às 16:00 horas do dia 5 de outubro de 1988, um dia diferente e especial para o Brasil e todos os brasileiros, promulgou-se a nova Constituição do País, a Constituição da esperança, da democracia, da felicidade, do ser humano: a Constituição cidadã, como assim intitulada por quem presidia a tão emocionada e histórica Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 412).

Nesse mesmo contexto espiritual e impulsionado pelos ideais da igualdade material, da justiça social, da preocupação com os pobres, da colaboração, da prevalência do social sobre o individual, da solidariedade, dentre outros caros valores, Cândido Rangel Dinamarco lança, em 1987, a sua obra “A instrumentalidade do processo”.

Dinamarco (1996), assim, propõe que a jurisdição deve estar no centro da ciência processual, sendo o processo interpretado e utilizado como instrumento desta. Para ele, o processo deve ser visto como uma ferramenta a serviço do poder jurisdicional com a finalidade de atender a três escopos: o social, o político e o jurídico.

O escopo social seria o mais nobre e relevante, alicerçado nas ideias de “pacificação com justiça” e “educação” dos jurisdicionados através da decisão judicial. Dinamarco constrói, portanto, um modelo de juiz como representante do povo, com legitimidade democrática comparada a de um parlamentar, que deve estar atento aos anseios e necessidades da sociedade, capaz de receber, ler e decifrar os impulsos sociais e os clamores majoritários de justiça.

A justiça é, para Dinamarco, o “escopo-síntese”, pois expressão do “bem comum” (welfare state), e eliminar conflitos mediante critérios justos seria o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado. Para ele, o magistrado é o “gerente nato do bem-comum”.

A percepção do processo como instrumento de efetivar a “justiça” e os direitos proclamados pela ordem material, através de um juiz mais antenado às necessidades sociais ganhou robustez. A publicização processual, portanto, foi alçada a níveis gigantescos, ganhando o juiz um protagonismo heroico de “salvador da pátria”.

Esse “giro processual”, sem dúvida, encontrou terreno fértil na justiça trabalhista. A partir de Dinamarco, mais do que nunca, criou-se uma base teórica e bem articulada para que a magistratura trabalhista pudesse efetivar, finalmente, a “justiça social”, a “distribuição de renda” e a construção de uma sociedade “solidária”.

Como instrumento, as garantias processuais passaram a ser lidas e interpretadas por esta ótica. O processo é reduzido a um simples meio para a obtenção da tutela jurisdicional.

Porém, essa visão de ferramenta nas mãos do juiz para o exercício do poder jurisdicional (com o fito de se obter a paz através da “justiça”, numa espécie de vacina contra todos os males do universo) foi esvaziando, como consequência, o conteúdo do devido processo legal e de seus subprincípios (a exemplo do contraditório, ampla defesa e dever de imparcialidade do julgador).

Esclarecedoras são as palavras de Antônio Carvalho Filho (2017) sobre isso, advertindo que,

No máximo, o juiz, como qualquer pessoa, pode a partir de sua visão de mundo (Weltanschauung) passar a ler todos os demais acontecimentos por esta lente. Note, contudo, que isso não corresponde ao próprio “sentimento da sociedade” e sua “lente sobre o mundo” será sempre parcial e tendenciosa a partir das suas convicções e ideologias apriorísticas. Isso corresponde a dizer que a atuação judicial-instrumentalista a partir da justiça para a pacificação é a porta aberta para o voluntarismo (=julgamento a partir da vontade), decisionismo (=escolhas judiciais a partir de preferências pessoais) e o solipsismo (=julgamento a partir da verdade revelada por ente superior a partir de suas convicções ou o “absolutismo do saber solitário”), todos esses fenômenos cada vez mais presentes em nosso judiciário, principalmente nos tribunais superiores, e que, ao que parece, estão longe de extinção. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 4).

O instrumentalismo processual, ao fim e ao cabo, informa que, estando o direito em confronto com a justiça (que é quilo que o juiz pensa que seja justiça), determina que deve-se afastar o Direito e realizar a justiça, subvertendo totalmente o sistema jurídico-constitucional brasileiro, que é baseado na supremacia da lei.

Streck (2014) aprofunda a questão acerca de quando o magistrado poderia afastar a força cogente da legislação vigente no caso concreto, não a aplicando: quando o ato normativo for inconstitucional; quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; quando aplicar a interpretação conforme a Constituição; quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto; quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio.

Trazendo a discussão para o âmbito trabalhista, não é de hoje que muitos apontam a Justiça do Trabalho como uma espécie de Robin Hood - herói inglês que roubava dos ricos para dar aos pobres. Jamais iremos concordar com um apelido desrespeitoso e debochado que mancha a nobilíssima função constitucional desse ramo do Poder Judiciário Federal. Porém, entender de onde vem a crítica e instaurar a reflexão se impõe, exatamente como maneira de aprimorar os serviços prestados pela Justiça do Trabalho.

Nessa senda, advirto o leitor que a presente pesquisa não tem, teve ou terá por finalidade induzir qualquer raciocínio que corrobore com a ideia de extinção da nossa justiça especializada. Muito pelo contrário. Trazer o processo do trabalho para o “divã” e entendê-lo



melhor é elemento fundamental para o fortalecimento dessa justiça forjada para dirimir as contendas oriundas entre o capital e o trabalho.

Não é de hoje que vemos várias decisões de magistrados trabalhistas que resolvem o conflito e proferem a decisão que melhor expressa sua percepção pessoal de justiça e suas preferências pessoais. A Justiça do Trabalho acaba tendo, assim, uma base de fundamentação de suas decisões excessivamente principiológica e, não raro, sobrepondo um princípio a uma regra jurídica.

Peguemos como exemplo o emblemático caso da Embraer, ocorrido em 2009, em São José dos Campos. Em síntese, a referida empresa demitiu, em 19 de fevereiro daquele ano, quase 4.200 funcionários, ao argumento de que a crise financeira que afetava mundo, à época, fez diminuir a demanda por aeronaves, sendo a alternativa para manter a empresa ativa fazer um corte em seu quantitativo de colaboradores.

Em virtude dessa grande demissão, o sindicato da categoria ingressou com um dissídio coletivo, ajuizado no TRT da 15ª Região, sustentando que os desligamentos estariam associados às perdas sofridas pela empresa com especulação financeira na Bolsa de Valores, e que após a dispensa em massa estaria submetendo seus empregados remanescentes a jornadas de trabalho excessivas. Argumentou-se, ademais, não ter havido queda de faturamento e de encomenda de aviões.

Pediu-se, na ação de dissídio coletivo, em sede de tutela antecipada, a suspensão das rescisões contratuais e, em caráter definitivo, a declaração de nulidade das dispensas efetuadas.

No mesmo dia em que foi proposto o dissídio coletivo, a Justiça do Trabalho decidiu, liminarmente, sustar todas as demissões realizadas. Vejamos:

CRISE ECONÔMICA.DEMISSÃO EM MASSA.AUSÊNCIA DE PRÉVIA  
NEGOCAÇÃO COLETIVA.ABUSIVIDADE.COMPENSAÇÃO  
FINANCEIRA.PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto sócio-econômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Européia (Directiva 98/59), Argentina (Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei nº. 223/91), México ( Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente -última reforma foi publicada no DOF

de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. *Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC –boa-fé objetiva -o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente.*<sup>8</sup> (grifo nosso).

De plano, vemos que a decisão se lastreia de forma expressa em uma série de princípios constitucionais, tais como o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana, função social da empresa e intervenção sindical nas questões coletivas.

Outrossim, a fundamentação da decisão também passa por princípios infraconstitucionais, como o da boa-fé objetiva, obtemperando, ademais, que, como o artigo 7º,I, da CF/88 ainda não foi regulamentado (relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa), não poderia o Judiciário se eximir de analisar a questão.

Por derradeiro, a decisão considerou inválida as demissões, reconhecendo a ilicitude da dispensa coletiva sem prévia negociação sindical, além de arbitrar uma indenização aos empregados dispensados.

Primeiramente, vemos que a CLT não possui qualquer dispositivo que proíba a dispensa coletiva imotivada, e só a partir da construção interpretativa da força normativa daqueles princípios é que se poderia chegar à conclusão do arrefecimento do poder potestativo do empregador de resilir contratos naquele caso.

No nosso ver, ao fundamentar pela impossibilidade da demissão ocorrida sem prévia negociação coletiva, pois, frise-se, não existe norma neste sentido no ordenamento vigente, praticou a Justiça do Trabalho uma postura criativa, atuando além de suas balizas constitucionais impostas pelo devido processo legal, uma vez que se insurgiu contra eventual

---

<sup>8</sup> TRT15. Processo 0030900-12.2009.5.15.0000 DC, Des.Rel. José Antonio Pancotti. Publicado em 30/03/2009. Acesso em 02/01/2020.

omissão legislativa no que diz respeito à inexistência de regulamentação quanto a dispensa em “massa”.

Insta consignar que, embora não se tenha determinado a reintegração dos funcionários, a leitura integral da decisão determina a ordem de pagamento de indenizações adicionais a cada trabalhador demitido, bem como a manutenção do plano de saúde por 12 meses para as famílias de todos os trabalhadores envolvidos. Estabeleceu, ainda, que, em caso de reativação dos postos de trabalho, deveria a empresa dar prioridade para a seleção dos que foram demitidos.

Ora, a indenização adicional estabelecida na liminar para os casos de demissão em massa não decorre de textos legais, pois inexistente regra nesse tocante, estando a decisão arrimada, tão somente, nos princípios constitucionais já citados.

Não custa relembrar, afinal, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, nos termos do artigo 5º, II, da CF/88, sendo isso uma das pilastras que sustentam o Estado de Direito, no qual opera a vontade da lei.

No particular, imperioso citar novamente as palavras de Antônio Carvalho (2017, p. 03) sobre a impossibilidade de o magistrado se afastar da lei para praticar “justiça”, utilizando-se do processo enquanto instrumento.

É, pois, o direito quem constrange e limita a todos, inclusive ao juiz. É com base nisso que a formação da norma através da interpretação, grosso modo, não pode passar pela via da moral. O seu trânsito deve ser pela via jurídico-normativa. O texto legal (lato sensu) é quem baliza a formação da norma e impede as inflexões morais de seu conteúdo. Fazer ceder o direito frente a moral em julgamentos judiciais é o mesmo que aniquilar a contramajoritariedade, garantia constitucional decorrente do devido processo legal. Portanto, deve o juiz estar blindado das pressões sociais (e morais) da maioria (e porque não dizer da minoria), exercendo com altivez republicana a sua independência judicial e julgar com base no direito. A função contramajoritária é, senão, o contra-juiz-antena, como o é a própria Constituição da República que há pouco completou 29 anos de vigência. Dito de outro modo, ao contrário dos outros poderes da república, o Poder Judiciário não tem qualquer compromisso com a maioria, mas com o direito. *Caso contrário, sucumbindo o direito, vencerá o arbítrio, triunfará a barbárie da suposta maioria e se exaltará a figura heroica do juiz, pronto para salvar o seu povo débil e carente.* (grifo nosso).

Após referida digressão sobre esse juiz que tudo sabe em matéria do que é justo e do que a sociedade precisa, começa a fazer sentido a crítica de que a instrumentalidade desnaturou o processo, concebido, inicialmente, para ser limitação ao exercício do poder. Se aquele em algum dia foi instrumento, o foi para conter o Estado-Juiz, freando autoritarismos, desmandos e voluntarismos da toga.

Voltando ao caso Embraer, a demanda foi recepcionada como dissídio coletivo de natureza jurídica. Alegaram-se matérias de não cabimento do referido dissídio, uma vez que se

tratava de conteúdo condenatório, criando-se normas, e o poder normativo conferido não poderia impor referidas obrigações.

Para aclarar o dito no parágrafo anterior, é consabido que os dissídios coletivos podem ser de natureza econômica ou jurídica, e derivam do poder normativo atribuído à Justiça do Trabalho pela própria CF/88, no artigo 114. Nos primeiros, criam-se normas novas para regulamentação dos contratos de trabalho. O dissídio jurídico, por seu turno, dirige-se à interpretação de uma norma já existente ou oriunda de acordo, convenção ou dissídio coletivo.

O relator responsável pelo caso fundamentou a decisão liminar afirmando que, por se tratar de decisão efetuada com atividade "inventiva", não poderia se submeter a um procedimento específico ou condições de admissibilidade da ação dos dissídios coletivos de natureza econômica.

Com esta decisão, o Tribunal desconsiderou, inclusive, a OJ nº 7 da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual determina que “[...] o dissídio coletivo de natureza jurídica não se presta à interpretação de normas de caráter genérico”.

Viu-se, no caso emblemático e de grande repercussão à época, que a seara processual trabalhista trafega com imensa naturalidade nessa função do processo como instrumento de efetivação dos direitos sociais.

Confunde-se, no nosso sentir, o que é básico e elementar: quem protege é a lei. O princípio da proteção e suas dimensões operam no plano do direito material, como veremos no capítulo 4.

Luiz Pinho Pedreira da Silva (1999) conta sua experiência como juiz do trabalho, expondo como faz para decidir em caso de “prova empatada”. Vejamos:

Diversas vezes julgamos casos em que nos defrontamos com ‘prova empatada’, isto é, em que não houve negligência do empregado, pois desincumbiu-se do seu ônus, levando a juízo testemunhas do trabalhador, em processos nos quais não havia possibilidade de outra espécie de prova. Pelas maiores dificuldade com que arca o empregado para a produção de provas, numa situação como esta, a dúvida gerada no espírito do julgador há de ser dirimida pro operario e foi sempre neste sentido o nosso pronunciamento. (SILVA, 1999, p. 58).

Sem muitas delongas – e com grande honestidade intelectual, pelo menos – admite-se, mesmo que não expressamente, que a decisão acabou sendo dada em prol de uma dita “justiça social”, em favor do mais “fraco”.

Ora, se houve dúvida do julgador é porque quem detinha o ônus de provar algo não se desincumbiu. Mexer nessa premissa, *data maxima venia*, é ultrajar a Constituição Federal a cada sentença assim proferida.

Pereira (2020), estudioso do processo enquanto garantia, explica, de maneira cirúrgica, que

no esquema desenhado por Dinamarco, a ordem processual como um todo teria por fundamento proporcionar ao Estado (social) meios à concretização de seus fins (...) um instrumento político ou ético – malgrado a faceta ética seja questionada pelos cooperativistas -, a serviço do Estado e da sociedade (“escopos”). Sucede que a justiça social ou econômica é “meta ideológica da lei material”, não podendo ser baralhada à atuação dos “operadores do direito. (PEREIRA, 2020, p. 128-129).

Conceber um juiz protegendo um dos lados – aprioristicamente - nos leva a um universo paralelo, pois há uma incompatibilidade conceitual nisso. Juiz que protege uma das partes não é juiz. É parte. E, se é parte, é parcial, evidentemente. E, se quem é parcial é a mesma pessoa quem julga a lide, este ser está fazendo qualquer coisa nesse mundo, menos cumprindo com o dever de imparcialidade imposto pela Constituição Federal quando da fundação de um estado democrático, embasado, dentre outras garantias, na do devido processo legal.

Sem exageros, nos domínios do processo do trabalho, o instrumentalismo ganhou novos contornos, subiu um degrau. Uma oitava musical. Processo deixou de ser – definitivamente - garantia contra excessos e virou instrumento de proteção do trabalhador, sem nenhum pudor. Proclamou-se a parcialidade. Colocar luz sobre isso é ser taxado de patronal, infelizmente. É ser visto como defensor da maldade do capital.

Fundiu-se, pois, a premissa do direito material do trabalho da proteção com a da instrumentalidade, transformando o processo do trabalho ou em um pântano, ou em um mar revolto, ou um trilha no meio da floresta, sem sinalização alguma, ou em tudo isso “junto e misturado”.

Processo foi concebido para ser estrada pavimentada, com sinalização clara e acostamento. As pessoas devem saber o caminho a ser percorrido acaso optem pela judicialização de algum objeto. E entender que nessa estrada pode haver pedágio<sup>9</sup>. Ao juiz cabe trazer as partes – sempre - para dentro da estrada, e não jogá-las para atalhos e caminhos vicinais com a promessa de “justiça” célere e efetiva tal qual um passe de mágica.

Sobre a temática Delfino (2017) ensina

que a processualística não é um livre projeto ou artifício intelectual: ainda que disponha de um sistema de categorias fortemente estruturado, é cega se antes não esclarece suficientemente o ser constitucional do processo e se não compreende esse esclarecimento como tarefa fundamental. Afinal de contas, é a Constituição que traça

<sup>9</sup> No capítulo 3 trataremos dos princípios da causalidade e da sucumbência no processo do trabalho enquanto elementos que balizam o pagamento de honorários advocatícios, nos termos do artigo 791-A, da CLT.

as linhas mestras estruturais do processo, vale dizer, é a sua plataforma de lançamento institucional, de maneira que não se pode conceber uma processualística que não se anteceda de uma constitucionalística do processo. Implicado em todo pensamento processual há de estar um pensamento constitucional.

A pergunta pelo ser constitucional do processo é a condição apriorica de possibilidade de uma ciência processual. E uma exploração, mesmo que superficial, da Constituição de 1988 é mais que suficiente para identificar a institucionalidade garantística como o ser constitucional do processo. *Processo é instituição de garantia, estando a serviço dos jurisdicionados, não é instrumento do poder jurisdicional. Enquanto a função da jurisdição é aplicar imparcialmente o direito, a do processo é garantir que essa aplicação se faça sem desvios e excessos* (DELFINO, 2017, p. 225, grifo nosso).

Discutir sobre o garantismo no processo do trabalho, assim, se mostra necessário. Colocar luz sobre excessos e desvios é uma forma de aperfeiçoar a prestação jurisdicional trabalhista. Sako (2008, p. 30-31) advoga, por exemplo, a desnecessidade de pronunciamento judicial expresso sobre a inversão do ônus da prova no processo do trabalho, “pois na sentença quando o juiz analisar as provas, irá dizer quem tinha o ônus de produzir e não a produziu, independentemente de ter emitido declaração anterior sobre a quem competia esse ônus”.

Em suma: inverte-se o ônus de prova para o réu (empresa, reclamada) e não é dito isso para ela antes da instrução!

Essa afirmação causa, no mínimo, inquietação. Se não estamos dentro da cabeça do juiz, como vamos adivinhar a quem ele vai atribuir o ônus de prova? Se não foi dito em quem esse ônus recairia antes da hora da produção da prova (audiência de instrução trabalhista, via de regra), como exercer a ampla defesa e o contraditório em sua plenitude?

Insta consignar que as questões acima ventiladas não passam somente pelo problema da “decisão surpresa”. Antes de ser surpresa, é atitude inconstitucional, fazendo-se o cotejo com o que disse Delfino linhas atrás. É autoritarismo. Explicitar apenas na hora da sentença de mérito que o ônus foi invertido para a empresa (parte ré, via de regra), sem participar essa informação antes do momento probatório, é abuso de poder. É parcialidade escamoteada por fundamentações puramente retóricas e esvaziadas de conteúdo epistêmico do processo.

Tanto o é que a lei 13.467/17 tratou expressamente sobre a possibilidade de inversão do ônus de prova no processo do trabalho, mas impôs que a decisão nesse sentido deve ser publicada antes do início da fase instrutória. Vejamos:

Artigo 818

(...)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

*§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. (grifo nosso).*

Em virtude da separação dos poderes e suas funções típicas, incumbe ao Poder Legislativo – que ostenta legitimidade popular – captar o clamor popular. O povo, pressionando os parlamentares, é que deve exigir a criação de leis que vão ao encontro dos valores de ética e justiça.

Uma vez a lei já criada, é proibido ao juiz interpretá-la a partir da moral ou de critérios de justiça puramente pessoais. Conceber essa possibilidade (participação da moral ou do senso particular de justiça do julgador) na análise do direito é aglutinar no mesmo titular as figuras do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, redundando em hipertrofia de poder não prevista na Constituição Federal.

É o retorno ao absolutismo, mas na era digital!

O juiz, especialmente o do trabalho, se vê na qualidade de guardião da sociedade, de último soldado da justiça, combatente contra as “injustiças sociais do capital”. Há quase um consenso sobre a visão publicista-instrumentalista do processo na seara laboral, pelo agigantamento dos poderes judiciais, dando uma pseudo sustentação científica a posturas de magistrados que se portam como “paladinos da ética”.

E, em virtude disso, tratam o acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF/88) como um super direito, dotando-o de uma eficácia absoluta. Afinal, partem da premissa instrumental do processo, de que este é meio (talvez único) para efetivar os direitos sociais. Logo, é natural que se conceba o acesso ao Judiciários como irrestrito e ilimitado, naturalizando o exercício político nas decisões judiciais, o que está em completo descompasso com a Carta de outubro de 1988.

No particular, mais uma vez claras são as lições de Carvalho Filho (2017) sobre o tema.

O devido processo legal (procedural due process) deve ser relido e densificado a partir das garantias constitucionais do processo. Precisamos responder a quem serve o processo. E digo, com toda convicção de certeza, que ele serve às partes! Processo não está a serviço da jurisdição. O processo tem sua dimensão essencialmente desenhada no plano jurídico-normativo e tem por função garantir a liberdade das partes durante o debate na jurisdição. É essa macro-garantia do processo que dirige a atividade legislativa para a criação de micro-garantias no procedimento como forma de preencher a cláusula do devido processo legal –ou do processo devido que decorre da lei.

Essa releitura força o juiz –pessoa natural exercente do poder –a compreender que o personagem Estado-Juiz está limitado (= Estado Liberal) a partir de balizas constitucionais e legais intransponíveis (under the rule of law), devendo julgar os conflitos a ele submetidos a partir do direito, evitando-se a discricionariedade judicial. É necessário, portanto, que o juiz recupere o seu estado de serenidade republicano-democrática. O juiz não é super-herói, não é antena da sociedade, não julga a partir da maioria ou dos anseios sociais. A sua referência é o Direito! Isso é

aplicar ao processo uma visão constitucionalizada e constitucionalizante, dando normatividade à hierarquia superior e fundante de todo o sistema da nossa Carta Magna. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 7).

Viu-se, portanto, mesmo que em linhas rápidas, que o que está a serviço da realização do direito material é a jurisdição, não o processo. A este cabe cuidar para que a realização daquela não deslize em autoritarismos, o que, parece-nos, pelos exemplos acima trazidos, ser bem como nos domínios do processo do trabalho.

Em razão disso, investigar a mitigação do direito de ingresso incondicionado em juízo se impõe por diversos motivos, sendo um deles pelo resgate da natureza de garantia do processo. Ao lado disso, a medida visa a romper um ciclo que faz confundir o direito a ter acesso à Justiça como sendo este o único instrumento de ver um direito efetivado, com uma espécie de "vício" do cidadão em relação a um Poder Judiciário paternalista.

Esse "vício", pois, ao mesmo tempo em atrofia o exercício da cidadania, ainda prejudica a própria promessa constitucional de acesso à Justiça, haja vista que a quantidade de processos propostos – regra geral - não consegue ser julgada em tempo hábil.

Nesse caminhar, tratemos, a seguir, das "ondas renovatórias de acesso à justiça", fazendo, sempre, o cotejo destas com a realidade do direito processual do trabalho.

### 2.3 AS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA E O PROCESSO DO TRABALHO

O acesso à justiça<sup>10</sup> não se resume à mera possibilidade de ingressar com uma ação no Poder Judiciário. Compreender os entraves à efetivação dessa garantia é, também, fundamental, haja vista que, através daí, colhem-se outros elementos que irão nortear o legislador infraconstitucional na materialização do devido processo legal, em sua vertente substancial.

Sendo assim, conhecer os verdadeiros "muros" que atravancam uma efetiva inafastabilidade da jurisdição é essencial para que se possa examinar se dada restrição ao artigo 5º, XXXV, da CF/88 é plausível ou justificável e não consubstancia excesso.

Mauro Cappelletti tratou de forma pormenorizada sobre o tema em sua obra "O Acesso à justiça", publicada em 1988. Nela, aborda as "três ondas" renovatórias necessárias à transposição dos obstáculos ao pleno "acesso à justiça".

---

<sup>10</sup> Apesar de a pesquisa desenvolvida ser dogmática - análise da (in)constitucionalidade do artigo 791-A, da CLT em face do teor do artigo 5º, XXXV, da CF/88 -, fazer uma digressão reflexiva acerca dos entraves ao "acesso à justiça" com base na obra de Mauro Cappelletti, cotejando-a com o processo do trabalho brasileiro, mostra-se necessário, a fim de se ter uma visão mais ampla da questão, especialmente no que concerne à ideia de "evitabilidade" da demanda tratada pelo referido autor.



Falaremos dessas “ondas” fazendo sempre um paralelo com a legislação processual trabalhista, especialmente no que concerne ao teor do artigo 791-A, que trouxe para o processo do trabalho a sucumbência tanto para o autor quanto para o réu.

A primeira onda diz respeito à assistência judiciária, no sentido de que o Estado deve propiciar o acesso à demanda jurisdicional de forma gratuita.

Fazendo uma breve incursão histórica sobre o tema em nosso país, a primeira onda ganhou consistência jurídica com a lei 1.060, de 1950. Após, com a instituição da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, por meio da Lei Complementar 80, de 1994.

Destaque-se que a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos está inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais, especificamente no artigo 5º, LXXIV, da CF/88.

No processo do trabalho, o tema está tratado entre os artigos 789, 789-A, 789-B, 790, 790-A e 790-B.

Mesmo não sendo objeto principal da nossa pesquisa, falemos um pouco do artigo 790, da CLT, que versa sobre as custas processuais e que teve a redação dos parágrafos 3º e 4º alterada e incluída pela reforma trabalhista. Vejamos:

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho

§ 1º Tratando-se de empregado que não tenha obtido o benefício da justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas.

§ 2º No caso de não-pagamento das custas, far-se-á execução da respectiva importância, segundo o procedimento estabelecido no Capítulo V deste Título.

§ 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.

De início, vemos que o §3º do artigo 790 da CLT, em uma interpretação literal, isenta de custas processuais o trabalhador que ganhe menos que 40% do limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência, sendo a justiça gratuita, nesse caso, concedida automaticamente.

De igual modo, como forma de não ser o custo do processo um entrave ao cidadão que precisa de um provimento judicial para ter seu direito reconhecido, tem-se no teor do §4º do artigo 790, da CLT, uma verdadeira “cláusula geral” de isenção de custas para aqueles que,

mesmo auferindo ganhos maior que 40% do maior benefício do RGPS, não tenham condições de arcar com os custos do processo.

Provar que não tem condições de litigar sem prejuízo de seu sustento é algo bastante simples - seja através de documentos (contas mensais de água, luz e aluguel) ou testemunhas - ou até mesmo algo que o Juízo pode presumir pelo fato de o trabalhador estar desempregado. Em última análise, pode até ser presumida, ante a hipossuficiência inerente, regra geral, ao trabalhador.

De mais a mais, não se exige qualquer depósito prévio de valores para ajuizamento da ação trabalhista, conforme depreende-se da simples leitura dos artigos 789, 789-A, 789-B, 790, 790-A e 790-B.

Some-se a isso que vige nos domínios do processo do trabalho a regra do *jus postulandi*, dotando a pessoa física ou jurídica de capacidade postulatória, ou seja, de poder intentar ação independentemente de estar representada por advogado, consoante artigo 791, da CLT, que assim dispõe: “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

Assim, basta comparecer na secretaria da Vara do Trabalho e reduzir a termo a reclamação trabalhista, na forma do artigo 786, da CLT:

A reclamação verbal será distribuída antes de sua redução a termo. Parágrafo único - Distribuída a reclamação verbal, o reclamante deverá, salvo motivo de força maior, apresentar-se no prazo de 5 (cinco) dias, ao cartório ou à secretaria, para reduzi-la a termo, sob a pena estabelecida no art. 731.

Portanto, o regramento infraconstitucional no que concerne às custas no processo do trabalho é razoável e proporcional, obedecendo ao devido processo legal em seu sentido substancial. Tal conclusão, evidentemente, é inicial, derivada de uma abordagem mais genérica, uma vez que não é objeto principal deste trabalho o estudo das custas processuais em sentido estrito após a lei 13.467/17.

Em relação aos custos do processo com honorários advocatícios sucumbenciais pelo trabalhador – se atravancam (ou não) o acesso ao Judiciário - o tema será esmiuçado durante os capítulos 3, 4 e 5 desta dissertação, pois objeto central da pesquisa.

A segunda onda renovatória de acesso à justiça proposta por Mauro Cappelletti liga-se ao reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão (direitos de fraternidade), oriundos de um período de grande transformação social, em virtude da globalização, massificação do consumo de bens e informações.

Nesse contexto, criaram-se blocos de interesses anônimos ou - no máximo - determináveis na sociedade, que até então se encontravam sem a instrumentalização processual adequada para serem postulados de maneira célere e racional, como, por exemplo, os interesses do consumidor, os interesses pelo meio ambiente saudável, os interesses dos trabalhadores em condições similares.

Necessário foi, portanto, rever algumas regras do processo civil clássico, a exemplo de legitimidade ativa, litisconsórcio, coisa julgada, liquidação de sentença e as despesas com o processo, de forma a adequar tais institutos à representação em Juízo dos interesses de massa e a estimular a participação popular judicial.

Sobre a segunda onda renovatória do acesso à justiça, explicam Cappelletti e Garth (1988) que

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50).

Nessa senda, começaram a surgir no Brasil normas que pudessem dar conta dessas peculiaridades. A ação popular, regulamentada pela Lei 4.717/65, entendida por muito tempo como o mais moderno instrumento processual para a tutela de alguns direitos metaindividuais foi um marco, mas ainda insuficiente.

Os maiores avanços vieram, porém, com a lei da Ação Civil Pública, em 1985, e com o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que, conjuntamente, formaram o microssistema processual de tutela dos interesses de massa.

A lei da ACP (7.347/85) trouxe mecanismos de atuação jurisdicional de urgência, como a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar (artigo 4.º), bem como a concessão de liminar ou antecipação dos efeitos da tutela (artigo 12), aplicando-se, subsidiariamente o CPC.

Referida lei dá, ainda, substancial arrimo às tutelas de prevenção e precaução, ao dispor, no artigo 11, que, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, “o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária”, independentemente de pedido do autor.

A Ação Civil Pública tem fundamento no art. 129, III, da Constituição da República, ao prever entre as funções institucionais do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Assim, através do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos, por exemplo, diversas Ações Cíveis Públicas são endereçadas à Justiça do Trabalho, tendo por finalidade assegurar a higidez do meio ambiente do trabalho dos empregados de dada categoria ou empresa.

Ressalte-se, ainda, que o artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor (lei8078/90) permite sejam utilizadas quaisquer ações para a defesa dos direitos e interesses protegidos pela Lei da Ação Civil Pública, o que torna o microsistema processual de tutela coletiva brasileiro bastante evoluído e completo.

Nessa toada, vê-se que existe um sistema mínimo e bem articulado de ações e legitimados para buscar a tutela judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no processo do trabalho, não havendo que se falar - pelo menos num plano teórico - em óbices ou entraves em relação à segunda onda de acesso à justiça, no particular.

Já a terceira “onda” proposta por Cappelletti tem por finalidade conscientizar e discutir o acesso à justiça para além do mero acionamento ao Poder Judiciário. O autor discorre que os métodos autocompositivos, como a mediação e conciliação, por exemplo, podem ser uma alternativa para alcançar o acesso à justiça.

E essa última onda renovatória nasce da constatação de que a cultura da judicialização não constitui o meio mais adequado para a resolução de conflitos. Afinal, a litigância judicial deveria ser usada somente como a última alternativa para a pacificação social, dando-se preferência a meios extrajudiciais, tais como a arbitragem, acordos extrajudiciais, termos de ajustamento de conduta, entre outros instrumentos capazes de dirimir as contendas sociais.

É evidente que a conciliação é o meio mais rápido e barato para resolução de disputas. Mas o cerne disso não é somente o custo e velocidade. A via amistosa tem uma maior possibilidade de preservar ou restaurar a relação entre as partes em enfrentamento, o que dificilmente acontece com uma sentença judicial, que é imposta pelo Estado-Juiz.

Em virtude dessa multiplicidade de objetivos a serem perseguidos, a terceira onda renovatória é ampla e seu conceito alberga um conjunto de instituições, mecanismos, pessoas e atores sociais, com o finalidade de pacificar a sociedade de forma duradoura, bem como de prevenir conflitos.

Fazendo o cotejo disso com a atuação da Justiça do Trabalho, vê-se que esta sempre se pautou pelo empenho fervoroso na solução amistosa dos processos. Aliás, essa é uma característica que define esse ramo do Poder Judiciário, uma vez que um acordo é muito mais rápido e menos desgastante que uma sentença proferida após longa instrução processual.

Com certeza, a natureza alimentar da verba do trabalhador é um dos elementos fundamentais que fazem a conciliação ganhar tanto relevo nos campos trabalhistas. Eis o teor do artigo 764, do diploma consolidado: “Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”.

Tanto o é que nos feitos que tramitam sob o rito ordinário (causas com valor acima de 40 salários mínimos) é obrigatório o magistrado propor a conciliação no primeiro momento da audiência, consoante o *caput* do artigo 846, da CLT, bem como alertar as partes para a conciliação após a instrução, nos moldes do artigo 850, da CLT. A supressão desses dois momentos, inclusive, é motivo para declaração de nulidade, porque condição intrínseca para validade da sentença (artigo 831, da CLT, *caput*).

Já em relação às demandas que tramitam sob o rito sumaríssimo (causas com valor abaixo de 40 salário mínimos), o artigo 852-E, introduzido na CLT há mais de 20 anos, trata especificamente do dever – frise-se, dever – do juiz do trabalho em conclamar as partes à conciliação. Vejamos: “Aberta a sessão, o juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência.”

Mas, para além de um acordo firmado quando já instaurado o processo, há outros meios previstos que visam à prevenção de demandas judiciais.

Exemplo claro disso é o teor do artigo 195, §1º, da CLT que delega a função da classificar dada atividade como perigosa ou insalubre aos sindicatos e empresas, evitando que a questão atinente a meio ambiente do trabalho nesse tocante chegue ao Judiciário. Vejamos:

É facultado às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao Ministério do Trabalho a realização de perícia em estabelecimento ou setor deste, com o objetivo de caracterizar e classificar ou delimitar as atividades insalubres ou perigosas.

Ao lado disso, temos as Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária (empresas e empregados), criadas como uma forma alternativa de solucionar os conflitos trabalhistas, com regramento pormenorizado de seu funcionamento entre os artigos 625-A e 625-H, da CLT. Observe-se a dicção do contido no citado artigo 625-A:

As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representante dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho. Parágrafo único. As Comissões referidas no caput deste artigo poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical.

Ao lado das Comissões de Conciliação Prévia, temos os Termos de Ajuste de Conduta (TAC) firmados pelo Ministério Público do Trabalho, que consubstanciam, inclusive, título executivo extrajudicial, nos moldes do artigo 876, da CLT, sendo maneira inteligente e efetiva para concretização dos princípios da prevenção e precaução.

As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executada pela forma estabelecida neste Capítulo.

Ressoa claro que a legislação trabalhista como um todo é permeada de mecanismos que buscam evitar que as demandas cheguem até o Poder Judiciário, indo ao encontro da terceira onda de acesso à justiça. É recheada de ferramentas que, parece-nos, são pouco utilizadas pela sociedade, em virtude da cultura da judicialização, como alerta Cappeletti.

A obra o referido autor, muito embora tenha por objeto principal discorrer sobre os entraves a um efetivo acesso à justiça, tem como pano de fundo o conflito. Ora a briga entre particulares. Ora uma tensão mais aguda e que envolve porções e segmentos maiores da sociedade, a exemplo do capital e trabalho, que traz para a batalha os detentores dos meios de produção e os trabalhadores, em uma guerra que, aparentemente, jamais terá fim enquanto perdurar o modo de produção capitalista.

Falar de conflito é falar de paz, tal qual duas faces da mesma moeda. Sobre a crucial importância da paz no Estado Democrático de Direito, Bobbio (2004) vaticina que

Hoje, estamos cada vez mais convencidos de que o ideal da paz perpétua só pode ser perseguido por meio de uma democratização progressiva do sistema internacional e que essa democratização não pode ser separada da gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos do homem acima de cada um dos Estados. *Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica de conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos.* (BOBBIO, 2004, p. 203, grifo nosso).

A citação acima possui uma gama de conceitos e uma densidade grandiosa, pois escancara a relação existente entre direitos fundamentais, democracia e paz.

A proclamação dos primeiros direitos fundamentais teve como contexto histórico as arbitrariedades dos Estados Absolutistas e da Igreja, que começaram a incomodar a burguesia europeia do século XVIII. A sociedade burguesa necessitava de instrumentos efetivos para resguardar sua liberdade e propriedade diante do autoritarismo da Coroa e do Clero. Sarlet (2012) esclarece, assim, como surgiu o que hoje concebemos como os direitos fundamentais de primeira dimensão. Vejamos:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental. (SARLET, 2012, p. 46).

Incumbe esclarecer que, mesmo antes de as doutrinas iluminista e jusnaturalista tratarem desses direitos de forma mais robusta e sistematizada, esta primeira dimensão teve como embrião documentos históricos como a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei João Sem Terra, marco histórico do devido processo legal, como visto no capítulo 1 desta dissertação.

Os direitos de primeira geração abrangem as liberdades públicas, bem como direitos civis e políticos, concretizando principalmente o valor liberdade. O titular desses direitos é o indivíduo. São direitos oponíveis ao Estado, ou seja, constituem direitos de resistência e oposição aos seus eventuais desmandos.

Nesse sentido, Silva (2001) explica que

são direitos do *homem indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como direitos individuais, como é de tradição do direito constitucional brasileiro (art.5º), e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia (França). (SILVA, 2001, p. 182-183).

Consequência lógica, é o devido processo legal (artigo 5º, LIV) ser um direito fundamental de primeira dimensão, pois traz em si uma limitação aos poderes do Estado, dialogando, como bem salientado por Norberto Bobbio, com a democracia e a paz.

Leal (2009), sobre a correlação umbilical entre democracia e devido processo legal (direitos fundamental) assevera

que o juízo de cognição, na democracia, não deriva de fatos alegados suscetíveis de ajustamento subjetivista a escopos sociais e metajurídicos da idealidade judiciarista (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1991(...)) Assim, o garantismo em sede constitucional democrática não se configura *per se* em face de indicação literal de direitos humanos na Constituição ou em função de uma judicacionalidade centrada na filosofia da consciência de guardiães ou depositários infiscalizáveis detentores de uma fundamentação última e irreversível, mas no exercício processual aberto a todos de auto-inclusão executiva pelo devido processo constitucional nos direitos fundamentais pré-garantidos, já integralmente resolvidos e acertados no plano da procedimentalidade constituinte. (LEAL, 2009, p. 117).

Fica patente que o acesso à justiça desconectado da natureza do processo enquanto garantia afronta o Estado de Direito dito por democrático. Adiante, nessa mesma linha de raciocínio de uma “tirana da toga”, a pretexto de efetivação dos direitos fundamentais, prossegue Leal (2009) que

Utiliza-se o processo como instrumento mórbido de uma jurisdição judicial de resolução de conflitos emersos da constitucionalidade não cumprida a serviço de uma paz sistêmica meta-jurídica sentencialmente provimentada em critérios jurisprudenciados por valores de uma eticidade estranha (DWORKIN, 1999) aos destinatários normativos a quem se nega o acesso processual à execução dos direitos fundamentais já acertados em cognição constituinte. (LEAL, 2009, p. 116-117).

O discurso da lesão ou ameaça a direitos fundamentais, ainda não implantados, a ser apreciada pelo judiciário, cria um problema, pois são tidos como vilipendiados direitos inexistentes do ponto de vista do devido processo legal (em suas vertentes processual ou substancial).

E isso traz consequências incomensuráveis para a sociedade que se pretende verdadeiramente democrática. Afinal, citando mais uma vez Leal (2009):

A mobilidade instrumental de um processo (CITTADINO, 2000: 129-139), que ponha a jurisdição a serviço de uma paz social obtida pelo “prudente arbítrio” (LARENZ, 1997:311) do juiz, além de espancar a cognição pela ratio do princípio da reserva legal, desmonta o discurso constitucional em seu eixo de legitimidade exercível no status(espaco) democrático (discursivo) da processualidade (direito) pela atividade correicional da legalidade. A concreção dos direitos fundamentais de vida, liberdade, dignidade, não se faz secundum conscientiam do julgador sensível ou filantropo, porque já se encontra assegurada na processualidade instituinte e constituinte a impor realização que dispensa procedimentos liquidatórios por cálculos de conveniência ou equidade a serem formulados ou exigidos pelo aplicador jurídico. (LEAL, 2009, p. 117).

Tristão e Fachin (2009), não por acaso, dizem que o acesso à justiça é um garantia que influencia todo o ordenamento jurídico, desde a feitura da lei, passando pela aplicação desta,



até a necessidade de se franquear opções para a sua efetivação, possibilitando a concreção de uma democracia mais justa e igualitária.

Ramiro (2006) sintetiza, por fim, o dilema da complexidade do “acesso à justiça” no sentido de que não se pode dissociar a questão da boa instrução que deve ser dada à população, a fim de que esta possa conhecer suas leis, participar de movimentos sociais conscientemente, de debates políticos e da discussão de situações que a atinjam diretamente. Logo, o cidadão não pode ficar assistindo a todos os fatos que interferem em sua vida de forma hipnotiza, como um telespectador. Deve aprender a exercer a cidadania de maneira plena e participativa.

Por conseguinte, conceber um Poder Judiciário hipertrofiado que, ao argumento de efetivar as promessas constitucionais sociais faz do processo um instrumento nesse intento, valendo-se de um acesso a ele desmedido e sem consequências, para além de inconstitucional e antidemocrático, cria uma dependência “química” em seu povo, desaguando em uma apatia existencial coletiva, coisificando uma massa de desvalidos, impedindo sua organização, que é pré-requisito para a luta e conquista de direitos.

## CAPÍTULO 3 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E A SUCUMBÊNCIA PROCESSUAL

“Está na natureza, será que será  
O que não tem certeza, nem nunca terá  
....  
E que me aperta o peito e me faz confessar  
O que não tem mais jeito de dissimular  
E que nem é direito ninguém recusar...”  
  
(O que será – À flor da pele. Chico Buarque)

### 3.1 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BREVE NOTA HISTÓRICA

O instituto dos honorários advocatícios teve sua gênese no direito romano. O termo provem do latim “honorarius”, que significa tudo que é feito ou dado por honra, sem qualquer ideia pecuniária.

Vieira; Cernov (2018) esclarecem que o instituto, àquela época, trazia em si a concepção de honraria, tal qual um reconhecimento aos que se dedicavam à advocacia. O patrocínio das causas, inclusive, não podia ser remunerado em pecúnia ou em dádivas, nos moldes da Lei Cincia, de 250 a.C.

Wother (2012), explica que, passados mais de dois séculos, durante o Império de Cláudio (41 d.C. a 54 d.C.), permitiu-se o recebimento de honorários em pecúnia, porém, com limitação do valor e com impossibilidade de recebimento da verba através de parte da quantia devida ao patrocinado ou de valor condicionado ao êxito na causa.

Trazendo a questão para o Brasil, no período das Ordenações, quando o país ainda respondia a Portugal, pois sua colônia, Araújo (2008) relata que a advocacia era pública, e o advogado um funcionário da justiça. Inobstante ostentar a condição de “servidor público”, não auferia rendimentos, tampouco podia receber remuneração por seu patrocinado, sendo seu estípcio oriundo unicamente dos emolumentos (fixados no regimento de custas).

Araújo (2008) explica, ainda, que apenas com o Brasil já independente de sua coroa, na época do Império, com a edição do Decreto n. 5.737, em 1874, passou-se a permitir que os advogados recebessem contraprestação derivadas de seu trabalho. Tal passibilidade contida no decreto real, contudo, apenas abarcava o que hoje conhecemos como “honorários contratuais”.

Santos Filho (1998) afirma que os honorários sucumbenciais, por seu turno, ficaram sem previsão legislativa até o Código Processual de 1939, sendo tratados ao sabor da jurisprudência da época, já que inexistia um regramento único e geral.

Após, em 1973, o Código de Processo Civil já surgiu com previsão expressa dos honorários sucumbenciais pagos pela parte vencida, ainda sob a égide do princípio da causalidade.

Com a entrada em vigor do Estatuto da OAB, em 1994, ficou estabelecido, na legislação, os tipos de honorários que são devidos em retribuição ao advogado, consoante artigo 22, da lei 8906/94, que assim dispõe: “A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”.

Trataremos, a seguir, das três espécies de verba honorária.

### **3.1.1 Honorários contratuais**

Regra geral, tal tipo de honorário independe do resultado final da ação, pois remunera o trabalho do causídico contratado por si só, isto é, pela prestação de um serviço jurídico determinado e específico.

Podemos citar, como exemplo, a contratação do advogado para ajuizar e acompanhar uma determinada ação, ou para a confeccionar um parecer jurídico sobre dada questão específica.

Outra situação em que vemos esse tipo de honorário é quando o advogado recebe um valor fixo periodicamente para defender os interesses de seu representado em todas as possíveis demandas que surjam para ele e estejam previstas no contrato, fato extremamente comum na Justiça do Trabalho em relação a grandes empresas, que possuem diversos empregados e, conseqüentemente, inúmeras ações trabalhistas.

Uma outra hipótese de honorários advocatícios contratuais é a “quota litis”, como explicam Vieira; Cernov (2018), os quais dependem do resultado da demanda. Aqui, contudo, o patrono da causa cobra um percentual, mediante acordo prévio, sobre o possível ganho do patrocinado, não se confundindo com os honorários sucumbenciais, pois não é pago pelo vencido, mas pelo próprio representado, que “abre mão” - por acordo - de uma parte de seus possíveis ganhos em favor do advogado contratado. Assemelha-se, pois, a uma “aposta” de risco do causídico, que se dispõe a realizar o serviço sem ter a certeza de que será remunerado pelo mesmo.

Explicam que essas três situações são ordinariamente associadas, gerando-se uma quarta hipótese de remuneração por honorários contratuais, classificada como mista.

Citados autores esclarecem, ainda, no que concerne à aplicação o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de honorários advocatícios, que doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que, citado diploma legal não se aplica, ante a fidúcia inerente à relação entre cliente e advogado, sendo esta uma relação personalíssima e regida por lei própria, qual seja, o Estatuto da OAB.

Logo, e como consequência lógica do dito acima, a advocacia não é uma atividade mercantil, e essa circunstância não deriva do acaso. Advém da Constituição Federal, quando esta prevê que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, nos termos do artigo 133.

Portanto, falar de verba honorária do advogado é falar de Constituição Federal e do devido processo legal (artigo 5<sup>a</sup>, LIV, da CF/88). É, portanto, a advocacia, profissão dotada de função social, sendo um dos pilares do funcionamento da justiça e da democracia em nosso país.

Por derradeiro, insta consignar que a gratuidade de justiça não isenta o beneficiário do pagamento dos honorários contratuais junto ao seu advogado, mas apenas dos honorários de sucumbência no caso de derrota no processo judicial. Eis o teor da súmula 450 do STF, cujo teor informa que “são devidos os honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário de gratuidade de justiça”.

### **3.1.2 Honorários arbitrados**

Os honorários arbitrados, como o próprio nome sugere, substituem os honorários contratuais ou sucumbenciais, a depender do caso concreto. É possível, também, que seja cumulado com honorários contratuais, tal como ocorre com a soma dos honorários contratuais e sucumbenciais, por exemplo.

Vieira; Cernov (2018) relatam que a primeira hipótese de ocorrência dos honorários arbitrados se dá pela nomeação de defensor dativo, no caso de inexistência de defensor público na localidade em que dado processo judicial tramita, por exemplo. Funciona, pois, na circunstância citada, como substituto dos honorários contratuais. E essa nomeação do advogado dativo existe porque, no ordenamento jurídico brasileiro, vige a regra de que não pode haver processo sem advogado.

Existem, porém, algumas exceções à obrigatoriedade de advogado nas causas judiciais, a exemplo do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, contido no artigo 791, da CLT, como já salientado no capítulo anterior.

Aludidos honorários (arbitrados) também substituem os contratuais em eventual ausência de contrato entre advogado e seu patrocinado, uma vez que a falta de acordo prévio entre as partes quanto aos honorários não extingue a obrigação do representado de pagar pelo serviço de seu advogado. Não havendo acordo entre as partes, cabe ao advogado ingressar com ação autônoma para receber seus direitos, conforme dispõe o art. 22, § 2º, da lei 8906/94. Vejamos:

Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

Vieira; Cernov (2018) aduzem que o beneficiário da gratuidade de justiça também não está isento do pagamento deste tipo de honorários e que a ação para arbitramento de honorários é possível em qualquer tipo de trabalho advocatício, inclusive em atuações extrajudiciais.

Outra possibilidade de honorários arbitrados sucede quando a sentença do Juízo é omissa quanto aos honorários sucumbenciais. Antes da edição do atual CPC, a Súmula n. 453 do STF previa que, na ausência de previsão de sucumbência na decisão transitada em julgado, tais honorários tornavam-se inexistentes.

Porém, o art. 85, § 18 do CPC contraria o antigo entendimento do STF, estabelecendo que “caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança”. Logo, o trânsito em julgado de decisão que não tratou de honorários sucumbenciais não é mais óbice ao recebimento dos mesmos pelos advogados, que podem mover ação autônoma para receberem sua verba de direito.

### **3.1.3 Honorários sucumbenciais**

Os honorários sucumbenciais, por seu turno, somente existem e se tornam um direito subjetivo do advogado em caso de sucesso judicial. É, sem exageros, uma espécie de

prerrogativa da classe, sendo pacífica tal afirmação quando concernente aos advogados privados. É tratado, na seara processual civil, no artigo 85, do CPC.

Na Justiça do trabalho, foram introduzidos pela lei 13.467/17, no artigo 791-A, da CLT. Citado dispositivo trouxe a sucumbência para o processo do trabalho de maneira universal e indistinta, superando-se, assim, o entendimento consolidado nas súmulas 219 e 319, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

No próximo tópico, como baliza teórica necessária antes do estudo aprofundado dos honorários advocatícios sucumbenciais previstos no do artigo 791-A, da CLT, trataremos do instituto da sucumbência, compreendendo sua origem e como ele se situa e se organiza dentro do panorama processual e constitucional brasileiro.

### 3.2 A SUCUMBÊNCIA PROCESSUAL. DA PENALIDADE À CAUSALIDADE. A

#### VERBA HONORÁRIA COMO DIREITO SUBJETIVO ALIMENTAR DO ADVOGADO

Boccuzzi Neto (2007) esclarece que a sucumbência nasceu a partir do Direito Romano. No período da “*legis actiones*”, possuía caráter de pena. Paulatinamente, porém, o caráter de penalização foi dando lugar a uma percepção de que a sucumbência servia como supedâneo para o pagamento das despesas processuais pelo sucumbente. Informa, ainda, que a Constituição do Imperador Zenão (ano de 487) permitiu ao juiz imputar ao sucumbente a obrigação de pagar todas as despesas do processo.

Cahali (2011) prossegue que, inobstante a perceptível evolução do instituto da sucumbência no Direito Romano, o Direito Canônico trouxe de volta o caráter de pena na aplicação da sucumbência, já que os papas percebiam a condenação nas despesas do processo como uma maneira de conter litigantes de má-fé e lides temerárias.

Citado autor ensina que, na Idade Moderna, a partir da teoria do ressarcimento defendida Aldolf Weber, estabeleceu-se um princípio capaz de superar a concepção de sucumbência como pena, adotando-se, pois, a “teoria do ressarcimento” das despesas suportadas pelo vencedor na demanda. Todavia, aludida teoria ainda taxava o sucumbente como culpado pela existência da demanda, fundamentando a condenação do pagamento em honorários e despesas na obrigação legal de reparar o dano imposta a quem causa prejuízo a outrem por culpa.

Nessa perspectiva histórica, Abdo (2006) informa que foi Chiovenda, ao desenvolver o princípio da sucumbência, quem superou completamente a noção desta como penalidade e consagrou definitivamente a ideia de que tal condenação consubstanciaria ressarcimento ao

vencedor, com o fito de que, ao final do ação, não só recebesse o bem vindicado, como também fosse ressarcido pelas despesas em que incorreu durante o curso do feito, restabelecendo-se, efetivamente, a situação econômica que teria, acaso o litígio não tivesse existido.

Chiovenda (1998), obtempera, então, que o lastro para imposição do ônus da sucumbência estaria no fato objetivo da derrota do litigante, tendo a finalidade, pois, de reparar a perda patrimonial à parte vencedora da demanda. A derrota, objetivamente falando, legitimaria o ressarcimento do vencedor pelo vencido, independentemente de culpa, dolo ou temeridade deste. Esclarece o autor, ademais, que é interesse do Estado a aplicação do processo também como forma de repor os danos ou prejuízo à parte que tinha razão.

Nesse caminhar de superação da sucumbência como penalidade, Santos (2004) diz que

O vencido, ainda que tenha agido com manifesta boa-fé, responde pelas despesas porque foi vencido. Cabe-lhe pagá-las para integração do direito do vencedor, que não se lhe asseguraria intacto desde que ficasse reduzido com as despesas havidas para o seu reconhecimento em juízo. (SANTOS, 2004, p. 309).

Todavia, Chiovenda percebeu que havia situações em contradição com a premissa de que o fato objetivo da derrota justificaria, de plano, a sucumbência. Ou seja, em dadas circunstâncias, o reconhecimento do direito pretendido em Juízo não legitimaria a condenação do vencido custear as despesas e honorários.

Sobre o tema, prossegue Abdo (2006), com base na obra de Chiovenda, elucidando a relação inerente entre causalidade, sucumbência e o conceito “evitabilidade” da demanda. Vejamos:

Com base nessas constatações, Chiovenda lançou mão da idéia de sucumbência, segundo a qual a responsabilidade pelo custo do processo deveria ser atribuída, em todos os casos, àquele que sucumbiu, ou seja, àquele que acabou vencido no processo. A condenação ao pagamento das despesas havidas com o processo teria por base o fato objetivo da derrota, e sua finalidade seria tão-somente a de repor a situação ao status em que ela estaria caso o processo não tivesse sido necessário. Contudo, a mera sucumbência não é suficiente para explicar todos os casos em que se deve atribuir a responsabilidade pelo custo do processo. Na verdade, a sucumbência é, como dito, um indicador do verdadeiro princípio que deve prevalecer em matéria de atribuição da responsabilidade pelo custo do processo: o da causalidade. Ao que parece, Chiovenda já antevira esse princípio ao verificar que a mera noção de sucumbência não era suficiente para explicar todos os casos de atribuição da responsabilidade pelo custo do processo a uma das partes. A partir dessa constatação, o processualista italiano buscou solução para esses casos na idéia de evitabilidade do processo, a qual nada mais significava do que aquilo que hoje se conhece por princípio da causalidade. (ABDO, 2006, p. 8-9).

Buscou-se, então, a solução pelo vínculo da causalidade, estabelecendo-se uma análise acerca da “evitabilidade” do processo, ou seja, incumbiria o pagamento dos honorários a quem deu causa à lide, “seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, seja obrigando quem tem direito a vir a juízo para obter ou manter aquilo a que já tinha direito”, consoante ensina Dinamarco (2009, p. 666).

Em razão da causalidade, a sucumbência seria, pois, um mero indicador da relação de causa e efeito que deve embasar a condenação na verba honorária.

Para Cahali (2011), então,

A raiz da responsabilidade está na relação causal entre o dano e a atividade de uma pessoa. Esta relação causal é denunciada segundo indícios, o primeiro dos quais é a sucumbência; não há, aqui, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e a regra da sucumbência como fundamento da responsabilidade pelas despesas do processo: se o sucumbente as deve suportar, isso acontece porque a sucumbência demonstra que o processo teve nele a sua causa. Mas o princípio da causalidade é mais largo do que aquele da sucumbência, no sentido de que esta é apenas um dos indícios da causalidade. (CAHALI, 2011, p. 116).

Dito em outras palavras: a generalização de que o vencido deve custear os honorários aplica-se na grande maioria dos casos, mas não quando o vencedor tenha dado causa ao acionamento da máquina judiciária. Ou seja, mesmo tendo ganhado em Juízo o que vindicada, o vencedor não precisaria do processo para obtê-lo.

Nesse diapasão, parte da doutrina passou a compreender a causalidade como axioma independente tendo como principal indicador a sucumbência. Dinamarco (2009), sobre o tópico, diz que

A sucumbência é um excelente indicador dessa relação causal, mas nada mais que um indicador. Conquanto razoavelmente seguro e digno de prevalecer na grande maioria dos casos, há situações em que esse indício perde legitimidade e deve ser superado pelo princípio verdadeiro. (DINAMARCO, 2009, p. 667).

E esse grande indicador da causalidade (sucumbência), nas palavras de Cahali (1997, p. 117), “é ver a ação rejeitada, se se é o autor, ou ver pronunciadas as condenações contra si, se se é o réu”. Ainda, segundo Cahali (1997, p. 117), “vencido é aquele contra o qual o direito é declarado, aquele contra o qual a sentença é preferida; em outras palavras, vencido é o réu, se o pedido do autor é julgado procedente; é o autor, no caso contrário”.



Há, contudo, aqueles que defendem a dualidade dos princípios (causalidade e sucumbência), a exemplo de decisões do STJ<sup>11</sup>.

Todavia, parece-nos que a distinção é apenas didática e acadêmica, não alterando a lógica do instituto, que tem por finalidade que o processo não represente uma forma de enriquecimento indevido para nenhuma das partes.

No Brasil, o CPC de 1939 trouxe, nos seus artigos 63 e 64, a premissa de que o pagamento de honorários pelo sucumbente seria uma penalidade, nos moldes do direito canônico e do direito Romano, em sua gênese.

A Lei n. 4.632, de 1965, contudo, modificou essa premissa punitiva, trazendo a sucumbência e os honorários daí advindos com lastro no princípio da causalidade acima tratado, sem a necessidade, assim, de comprovação de dolo ou culpa, a serem pagos pela parte vencida ao advogado da parte vencedora.

Anos depois, em 1973, com o advento no novo código de processo civil, à época, este já nascera com a previsão de que os honorários sucumbenciais seriam pagos pela parte vencida, com base no princípio da causalidade.

Mas o texto do código de processo de 1973, em seu artigo 20, indicava que a titularidade do montante a ser recebido era do vencedor, não de seu patrono. Vejamos o teor do referido artigo: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”.

Em virtude disso, instalou-se a controvérsia sobre quem teria direito aos honorários sucumbenciais: o vencedor da causa ou seu causídico. Sobre o tópico, Vieira; Cernov (2018) esclarecem que o entendimento prevalecente na doutrina e jurisprudência foi de que à parte cabia o ressarcimento das despesas processuais, mas que os honorários sucumbenciais deveriam ser destinados aos advogados.

---

<sup>11</sup> "Conforme o entendimento adotado por esta Corte, a sucumbência é analisada em relação ao princípio da causalidade, o qual permite afirmar que quem deu causa à propositura da ação deve arcar com os honorários advocatícios, mesmo ocorrendo a superveniente perdão do objeto, conseqüente, extinção do feito" (AgRg no Ag 1149834/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Terceira Turma, STJ, DJ 01.09.2010).

“A imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteado pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes. (Precedentes: AgRg no REsp 552.723/CE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 03/11/2009; AgRg no REsp 379.894/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/05/2009, DJe 01/06/2009; REsp 1019316/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009; AgRg no Ag 798.313/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/03/2007, DJ 12/04/2007; EREsp 490605/SC, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Corte Especial, julgado em 04/08/2004, DJ 20/09/2004; REsp 557045 / SC, Ministro José Delgado, DJ 13.10.2003)”.

Nessa toda, Cahali (2011) explica que

Os honorários de sucumbência representam, assim, graças ao espírito corporativista que terá inspirado o novel legislador, uma remuneração complementar que se concede ao advogado em função da atividade profissional desenvolvida pelo procurador no processo em que seu cliente se saiu vitorioso, e de responsabilidade exclusiva do vencido; não se destinam à complementação ou reposição dos honorários advocatícios contratados, não se vinculando, de maneira alguma, a estes, que são devidos exclusivamente pelo cliente cujos interesses foram patrocinados no processo. (CAHALI, 2011, p. 430).

É certo que a classe dos advogados existe e vive por causa de seus honorários. Sustentam-se com eles, independentemente de serem contratuais, arbitrados ou sucumbenciais. Portanto, necessário um tratamento legal robusto e com maiores garantias dessa verba.

Prova da essencialidade e da importância do advogado na pavimentação da democracia está voto no Ministro Marco Aurélio, acerca da constitucionalidade do Exame de Ordem, e que mais uma vez citamos no presente trabalho. Vejamos o pronunciamento da Corte Suprema sobre o assunto:

O advogado ocupa papel central e fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito. O princípio geral da inércia da jurisdição, estampado no artigo 2º do Código de Processo Civil, faz com que o advogado assuma um papel relevantíssimo na aplicação e defesa da ordem jurídica. A ele cabe a missão de deflagrar o controle de legalidade e constitucionalidade efetuado pelos juízes e tribunais do país. Todo advogado é um potencial defensor do Direito, e essa nobre missão não pode ser olvidada. *O constituinte foi altissonante e preciso ao proclamar, no artigo 133 da Lei Maior, que o advogado mostra-se indispensável à administração da Justiça.* Insisto: justiça enquadra-se como bem de primeira necessidade; a injustiça, como um mal a ser combatido<sup>12</sup>. (grifo nosso).

Nesse caminhar, louvável que, com o advento da Lei 8.906/94, os honorários passassem a representar receita do próprio advogado, tendo este o direito de executar a sentença no tocante a essa parcela, consoante artigo 23, da lei 8906/94. “Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.”

No particular, precisas as lições de Medina (2015), quando diz que

Honorários advocatícios e sucumbência recíproca. Os honorários advocatícios “pertencem ao advogado” (art.23 da lei 8906/94). Os honorários são remuneração pelo trabalho do advogado, tendo caráter alimentar. Assim, se ambas as partes forem

---

<sup>12</sup> STF-RE 603583 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, data de Julgamento: 26/10/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO. Acesso 02 de agosto de 2020.

sucumbentes, deverão ser condenadas a pagar ao advogado da outra o valor dos honorários respectivos. Como credor dos honorários é o advogado (e não a parte por ele representada), os honorários devidos aos advogados de partes adversárias não podem ser compensados. Nesse sentido, o CPC/2015 dispõe que é vedada a compensação em caso de sucumbência parcial (art.85, §14, do CPC/2015). O artigo 86 do CPC/2015, assim, deve ser compreendido a partir da leitura do §14 do artigo 85 do CPC/2015 (conf. Também comentário ao artigo 85 do CPC/15). (MEDINA, 2015, p. 177).

Com a finalidade de regulamentar e proteger a verba honorária do advogado, portanto, chega-se ao ápice com o teor do artigo 85, do CPC, que, de maneira bastante pormenorizada trata da questão. A partir de 2015, então, indene de dúvidas que os honorários advocatícios possuem natureza alimentar, constituindo, pois, direito subjetivo do advogado.

Nesse sentido, o teor da Súmula Vinculante 47, do STF, no sentido de que

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

Para ilustrar o acima dito, citemos dois julgados do STJ sobre o tema bastante recentes. Vejamos:

A legislação processual civil (CPC/2015, artigo 833, inciso IV, e parágrafo 2º) contempla, de forma ampla, a prestação alimentícia, como apta a superar a impenhorabilidade de salários, soldos, pensões e remunerações. A referência ao gênero prestação alimentícia alcança os honorários advocatícios, assim como os honorários de outros profissionais liberais e, também, a pensão alimentícia, que são espécies daquele gênero. É de se permitir, portanto, que pelo menos uma parte do salário possa ser atingida pela penhora para pagamento de prestação alimentícia, incluindo-se os créditos de honorários advocatícios, contratuais ou sucumbenciais, os quais têm inequívoca natureza alimentar (CPC/2015, artigo 85, parágrafo 14)” (4ª Turma, AgInt. no AREsp. n. 1.595.030-SC, rel. min. Raul Araújo - DJe 01.07.2020).

Os honorários advocatícios possuem natureza alimentar, admitindo-se a penhora sobre percentual do salário para a satisfação do direito do credor” (3ª Turma, AgInt. no AREsp. n. 1.473.266-SP, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva - DJe 13.12.2019).

Insta consignar, mesmo que sem aprofundamentos, que a parcela honorária é devida em “qualquer que seja a natureza principal da sentença –condenatória, declaratória ou constitutiva, conterà sempre uma parcela de condenação, como efeito obrigatório da sucumbência”, de acordo com Theodoro Júnior (2006, p. 101).

Por derradeiro, no que concerne à natureza dos honorários advocatícios sucumbenciais, se norma de direito processual ou ao direito material, a questão é controvertida.

É certo que a sucumbência é instituto puramente processual. Deriva da lógica do resultado do processo de “vencedor” e “vencido. Sua ancoragem é eminentemente processual (pois tem o objetivo de tutelar de modo integral o direito reconhecido em juízo).

Lopes (2008), porém, diz que os honorários advocatícios - direito subjetivo de crédito ao advogado perante a parte que deu causa ao processo - possuem um efeito que extrapola o processo, repercutindo na vida do advogado e da parte devedora, do que decorre seu enquadramento no âmbito do direito material.

Assim, parece-nos que os honorários advocatícios têm natureza híbrida, ou seja, é regra de direito processual - pois deriva da sucumbência -, mas com efeito de direito material, porquanto os custos e riscos (do direito material) devem ser aferidos no momento do ajuizamento da ação.

Nesse sentido, enunciados editados pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho) sobre o assunto em 19/10/2017, especificamente o de número 98. Vejamos:

ENUNCIADO 98º. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO. Em razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, haja vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação.

Ante todo o exposto, vê-se que o desafio interpretativo está em equalizar a verba alimentar do advogado (honorários sucumbenciais) com a verba alimentar do trabalhador oriunda de eventual condenação judicial. Em tópico próprio trataremos do assunto, à luz da hipossuficiência do trabalhador, em busca de interpretações possíveis e compatíveis com o devido processo legal constitucional.

### 3.3 A SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO. O ANTES, O AGORA E O DEPOIS

Nos domínios do processo do trabalho, até a edição da lei 13.467/17, os honorários advocatícios sucumbenciais não decorriam pura e simplesmente da sucumbência, pois o teor da Súmula 219 do TST dizia que, para a parte ter direito a tal parcela, esta deveria cumprir dois requisitos, concomitantemente, quais sejam: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou

encontrar-se em situação econômica que não lhe permitisse demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

A título de curiosidade, citado entendimento sumulado e “vigente” por anos na Justiça do Trabalho foi fruto da conjugação da lei 1060/50 com o teor dos artigos 14 e 16, da lei 5584/70.

A Lei nº5.584/70, em seu artigo 14, diz que “na justiça do trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060 de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer ao trabalhador”. E o seu artigo 16, revogado expressamente pela lei 13.725/18, impunha que “Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente”.

Igualmente era o teor da Súmula 329 do TST, no sentido de que “mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no enunciado nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho”.

Apesar desses entendimentos, a os honorários sucumbenciais sempre existiram na Justiça do Trabalho desde muito antes da Reforma Trabalhista prevê-los expressamente no artigo 791-A, da CLT. Na verdade, nunca houve qualquer vedação legal expressa que impedisse o arbitramento desses honorários no processo do trabalho, uma vez que a suposta restrição era contida em um verbete sumular (219), sem qualquer caráter vinculante.

Não bastasse isso, a competência material da Justiça do Trabalho sofreu robustas mudanças com a Emenda Constitucional 45/2004, que alterou o artigo 114 da CF/88, deixando expresso que aquela justiça federal especializada não apenas julgaria lides derivadas da relação de emprego, mas de toda e qualquer relação de trabalho, em seu gênero. Vejamos: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - As ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Em razão disso, ressurgiram as discussões sobre o instituto dos honorários advocatícios, razão pela qual o TST criou a Instrução normativa 27, em 2005, que previa a possibilidade de pagamento de honorários sucumbenciais em lides que não versassem sobre relação de emprego. Percebe-se que o TST manteve a mesma tese da Súmula 219, ressaltando-se que nas relações de emprego não se aplicaria os honorários advocatícios pela mera sucumbência.

Todavia, com o advento do artigo 791-A da CLT, trazido por força da Lei 13.467, de 14 de julho de 2017, com *vacatio legis* de 120 dias, tendo vigência a partir de 11/11/2017, ampliou-se, na Justiça do Trabalho, a sistemática de aplicação dos honorários advocatícios para todas as

relações, ainda que sejam beneficiários da justiça gratuita sobre quem recaia o pagamento da verba.

Assim dispõe o artigo 791-A, da CLT. Vejamos:

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 de 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 de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário; § 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

Os honorários são devidos, pois, em percentual que varia de 5% a 15% sobre o valor que resultar a liquidação da sentença, do proveito econômico que existir, ou seja, sobre a condenação que porventura ocorrer, e por fim, se não podendo-se mensurar, sobre o valor atualizado da causa. De mais a mais, cumpre ressaltar que o valor a título de honorários é devido ainda que a parte tenha os benefícios da justiça gratuita.

Porém, acaso seja a ação julgada completamente improcedente, e desde que não tenha obtido em juízo - ainda que em outro processo- créditos capazes de suportar a despesa honorária, o valor devido ao advogado ficará em condição suspensiva. Acaso transcorrido dois anos e não superada a miserabilidade do autor, prescreve o crédito em prol do advogado. Eis a inteligência do artigo parágrafo 4º do artigo 791-A, da CLT.

Toda mudança causa alvoroço. Uma mais, outras menos. A aplicação da sucumbência universal e o pagamento de honorários advocatícios daí decorrentes alterou significativamente a maneira de se litigar na seara obreira.

Em virtude disso, a magistratura trabalhista passou a ter que lidar com a interpretação e aplicação da novel legislação (artigo 791-A, da CLT). Diversos são os entendimentos sobre o assunto, o que é natural em uma democracia. Afinal, o resultado interpretativo de dado comando, via de regra, pode albergar diversos pontos de vista.

Nessa perspectiva, interessante colacionar, a título exemplificativo, os enunciados do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul), resultantes dos trabalhos nas comissões submetidos a uma votação virtual, aberta a todos os magistrados do Estado, entre os dias 16 e 25 de abril de 2018, cuja finalidade foi de tratar dos honorários advocatícios sucumbenciais, ante a importância que o assunto requer. Vejamos:

Enunciado 1. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO. Em razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da lei 13.467/2017, tendo em vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação.

Enunciado 2. Não são devidos honorários de sucumbência em caso de arquivamento do processo, na hipótese do art. 844 da CLT.

Enunciado 3. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. O juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca (art. 791-A, § 3º, da CLT) apenas em caso de indeferimento total do pedido específico. O acolhimento do pedido, com quantificação inferior ao postulado não caracteriza sucumbência parcial, pois a verba postulada restou acolhida. Quando o legislador mencionou "sucumbência parcial", referiu-se ao acolhimento de parte dos pedidos formulados na petição inicial.

Enunciado 4. (Turno da Manhã) Não são devidos honorários de sucumbência nas hipóteses em que se verifica sucumbência mínima de uma das partes, a qual deve ser considerada a partir de cada pedido formulado.

Enunciado 4-A – (Turno da Tarde) Não são devidos honorários de sucumbência nas hipóteses em que se verifica sucumbência mínima de uma das partes (parágrafo único do art. 86 do CPC).

Enunciado 5. Não são devidos honorários de sucumbência em caso de sucumbência parcial nas ações que tratam de indenização por dano extrapatrimonial.

Enunciado 6. (Turno da Manhã) Não são devidos honorários de sucumbência ao advogado do réu em caso de procedência parcial nos pedidos que tratam de indenização por dano material decorrente de redução da capacidade laborativa por acidente de trabalho que dependa de perícia para quantificação do déficit funcional, ressalvadas hipóteses em que evidenciado o abuso do direito de ação.

Enunciado 6-A – (Turno da Tarde). Não são devidos honorários de sucumbência ao advogado do réu em caso de procedência parcial nos pedidos que tratam de indenização por danos decorrentes de redução da capacidade laborativa por acidente de trabalho ou doença ocupacional a ele equiparável que dependa de perícia para quantificação do déficit funcional, ressalvadas hipóteses em que evidenciado o abuso do direito de ação.

Enunciado 7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. ART. 85, §1º, DO CPC. INAPLICÁVEL. É incompatível com o processo do trabalho o arbitramento de honorários autônomos ou cumulativos nas fases recursal e de execução, salvo, quanto a esta, se a execução for de título extrajudicial.

Enunciado 8. A fixação dos honorários de sucumbência entre 5% e 15% aplica-se para toda e qualquer ação de competência da Justiça do Trabalho, ressalvados procedimentos especiais para os quais a lei os exclui.

A partir da leitura dos citados enunciados – que são pontuais e não vinculam os magistrados a assim decidir -, válido diferenciar a sucumbência formal da sucumbência material. A questão, contudo, é demasiadamente controvertida, não sendo objetivo principal do nosso trabalho tratar – especificamente - do que seria a sucumbência recíproca e de que a

maneira as sucumbências (formal e material) impactam na mensuração dos honorários advocatícios. Mas vale uma brevíssima incursão.

Neves (2016) diz que, em relação à sucumbência formal, analisa-se o pedido feito no caso concreto, em termos processuais. Ou seja, será sucumbente formal o autor se não obtiver a procedência integral de seu pedido e o réu se não obter a improcedência integral do pedido do autor.

A sucumbência material, por seu turno, liga-se ao bem ou bens da vida que a parte poderia obter em virtude do processo judicial, e que não obteve em razão da decisão judicial. Essa diferença entre o desejado na petição inicial e o obtido no processo, gera a sucumbência material da parte.

No que concerne ao dano moral, importante citar a Súmula 326, do STJ, que assenta que “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.”

Do cotejo das informações e conceitos acima descritos vemos que os enunciados de números 3, 4, 4-A, 5, 6 –A, por exemplo, apenas admitem que o pagamento de honorários advocatícios se dê em caso de sucumbência formal, ou seja, quando o pedido específico for julgado totalmente improcedente, só havendo que se falar em sucumbência recíproca nessa situação.

Em outras palavras: autor que postulou 60 horas extras mensais e apenas teve procedência de 20, não haveria que pagar honorários sucumbenciais à empresa em relação às 40 horas indeferidas.

Vê-se que os entendimentos ali albergados, mesmo que não tenha sido dito de forma expressa, se basearam na razoabilidade e proporcionalidade, isto é, facetas do devido processo legal em sua acepção substancial.

Em virtude disso, pensamos que a melhor forma de equalizar o diálogo entre as variáveis do devido processo legal enquanto garantia, do acesso à justiça, da verba alimentar do trabalhador (e da sua hipossuficiência presumida) e da verba honorária sucumbencial do advogado - também alimentar -, é através do manejo dos vetores acima citados – razoabilidade e proporcionalidade, o que será tratado no capítulo 5.

Antes, porém, abordaremos, no capítulo seguinte, a hipossuficiência do trabalhador e o princípio da proteção de maneira mais pormenorizada.



## CAPÍTULO 4 – HIPOSSUFICIÊNCIA E PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

“Que aqui sangraram pelos  
 nossos pés  
 Que aqui sambaram  
 nossos ancestrais  
 ...  
 Num tempo  
 Página infeliz da nossa  
 história  
 Passagem desbotada na  
 memória  
 Das nossas novas gerações  
 ...  
 Seus filhos  
 Erravam cegos pelo  
 continente  
 Levavam pedras feito  
 penitentes”

(Vai passar - Chico Buarque de Holanda).

### 4.1 CONTEXTO HISTÓRICO DE SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E DO DIREITO DO TRABALHO. A HIPOSSUFICIÊNCIA

A origem do princípio protetor remonta ao surgimento do direito do trabalho e se confunde com os próprios fundamentos dessa disciplina e com a hipossuficiência inerente ao trabalhador. Nesse sentido, Magano (1988) aduz que

o Direito do Trabalho constitui o conjunto de princípios, normas e instituições aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais. (MAGANO, 1988, p. 7).

O direito do trabalho tal qual o concebemos é fruto da industrialização do final do século 18. A Revolução industrial impulsionou um processo de superexploração da mão-de-obra.

Os operários que trabalhavam nas fábricas estavam submetidos a jornadas extenuantes, recebendo, em troca, salários absurdamente baixos. A exploração alcançava também mulheres e crianças, corpos dóceis e voláteis, isolados em locais insalubres, também sob exaustiva jornada de trabalho, fazendo eclodir a chamada “questão social”.

É da natureza do mercado de trabalho a existência de oferta superior à procura de força de trabalho. Portanto, o contingente de mão de obra desempregada, em reserva, é que vai regular o preço da força de trabalho. O desemprego, assim, que tem natureza estrutural na sociedade

capitalista, impõe ao vendedor da força de trabalho condições, via de regra, desfavoráveis na formação do contrato de trabalho.

Silva e Horn (2012) apontam quatro razões para o desequilíbrio estrutural de poder em desfavor do trabalhador, desnudando como a sua hipossuficiência opera de forma nefasta em relação a sua dignidade, escancarando o porquê da necessidade de criação de normas protetivas.

A primeira razão, dizem, é que os vendedores da força de trabalho não têm como regular a quantidade desta mercadoria que é ofertada, pois não dominam os processos de reprodução humana ou os movimentos migratórios, por exemplo.

A segunda razão é a impossibilidade de escolher o melhor momento para oferecer-se ao mercado, como ocorre em relação às mercadorias genuínas, porque o trabalhador precisa vender sua força de trabalho diariamente, a fim de obter o seu sustento e o da sua família.

A terceira se refere ao poder que tem o comprador da mercadoria-trabalho de tomar decisões que impliquem em redução de suas necessidades de aquisição desta mercadoria sem redução de seu potencial produtivo, através das modificações tecnológicas. Assim, poderá reduzir seus gastos sem prejuízo de sua produção, interferindo diretamente no preço a ser pago à força de trabalho de um empregado.

Por derradeiro, apontam como quarto motivo a dificuldade do trabalhador em adaptar-se à evolução técnica, a fim de manter a utilidade do seu trabalho diante das modificações tecnológicas introduzidas com o passar dos anos. A requalificação do trabalhador, assim, nem sempre é possível, por envolver aspectos extraeconômicos, como o padrão educacional, idade, aspectos culturais, tempo disponível, etc.

La Cueva (1977) esclarece, então, que as circunstâncias acima narradas levaram os operários ao associativismo, através de greves e sabotagens ao empregador. Em 1791, a lei Le Chapelier, na França, proibiu o funcionamento das corporações de ofício e de qualquer associação profissional. Em 1810, houve a criminalização da coalizão de trabalhadores nesse país. Na Inglaterra, de igual modo, as "Combination Acts" converteram em conspiração a reunião de trabalhadores.

Sobre o tema, Magano (1988), adverte que, contudo, já no início do século XIX, tivemos as primeiras leis referentes ao trabalho na Inglaterra, mas ainda inexpressivas e sem um caráter efetivamente protetivo. A "Health and Morals of Apprentices Act", de 1802, limitou a jornada de trabalho do menor de doze anos a doze horas. A "Factory Act", de 1833, instituiu a inspeção de trabalho e limitou a jornada. No mais, foram revogadas as "Combinations Acts", em 1824 e

1825. Na França, em 1841, houve a proibição do trabalho dos menores de oito anos, e a limitação da jornada de trabalho para doze horas às crianças entre oito e doze anos.

Numa análise detida e apurada sobre a velocidade de surgimento das primeiras normas trabalhistas, constata-se que o Estado, na verdade, recusava-se a regular o embate entre trabalhadores e empregadores. Tal postura encontrava apoio, evidentemente, no liberalismo econômico.

Como contraponto à teoria liberal clássica, porém, surge a doutrina social da Igreja e as doutrinas socialistas. Moraes Filho (1956), em sua obra “Introdução ao Direito do Trabalho”, relembra que em 1848, Marx e Engels publicam o Manifesto Comunista. O marxismo, o socialismo reformista de Alexandre Millerand e Jean Juareis, além do socialismo utópico de Saint-Simon, Fourier, Pecquer, Owen, Louis Blanc, Sismondi e outros, tiveram grande influência na construção da convicção dos operários em prol da luta por melhores condições de vida.

Não menos importante e dentro da ebulição do momento histórico da Revolução Industrial, a Igreja, através da Encíclica “Rerum Novarum”, passou a ser atuante dentro da “questão social”. Valoroso trazer trecho da Encíclica, citado por Segadas Vianna (2000):

(o trabalho) deve ser considerado, na teoria e na prática, não mercadoria, mas modo de expressão direta da pessoa humana. Para a grande maioria dos homens, o trabalho é a única fonte dos meios de subsistência. Por isso, a sua remuneração não pode deixar-se à mercê do jogo automático das leis do mercado; pelo contrário, deve ser estabelecida segundo as normas da justiça e da equidade, que, em caso contrário, ficariam profundamente lesadas, ainda mesmo que o contrato de trabalho fosse livremente ajustado por ambas as partes. (VIANNA, 2000, p. 94).

Em meio a esse caldeirão de conflitos, ideologias e lutas, a legislação trabalhista proliferou, formando aos poucos um ramo de direito independente, com características autônomas.

Nesse sentido, La Cueva (1977) destaca a edição da "Trade Union Act", em 1871, na Inglaterra, que possibilitou o funcionamento dos sindicatos, e a lei de 1908 que fixou a jornada de trabalho a oito horas. Na França, editou-se a lei "Waldeck-Rousseau" que, em 1884, também consagrou a liberdade sindical naquele país. E, nessa linha evolutiva, no início do século XX, a intervenção estatal em sede de direitos sociais ganha status constitucional, inaugurado no México, em 1917, seguido pela Alemanha, com a Constituição de Weimar, em 1919.

Obviamente que o Brasil sofreu os influxos de toda essa “onda” de conquistas trabalhistas. Magano (1988) ensina que

Em 1900 cerca de 90 por cento da força industrial de São Paulo ainda reduzida, era composta por estrangeiros. Em 1912, depois que o primeiro grupo de geradores elétricos ajudou a impulsionar a indústria nascente de São Paulo, 31 fábricas têxteis daquele estado empregavam 10.184 trabalhadores, dos quais 8.341 eram estrangeiros (6.044 nascidos na Itália). (MAGANO, 1988, p. 38).

Prossegue o autor sobre a questão social no Brasil, que no início do século XX foram fundadas diversas entidades representativas, como a Confederação Operária Brasileira; que houve organização de Congressos operários em 1906, 1912 e 1913; e que eclodiram greves, destacando-se as ocorridas em 1917 e 1919. Destaca que o constitucionalismo social concretizou-se com a Constituição de 1934, baseada na Constituição de Weimar, contendo um título dedicado à ordem econômica e social. Para além disso, destaca a lei nº. 62 (1935) - que tratava da indenização ao trabalhador por dispensa injustificada -, a reforma da legislação sobre infortúnios do trabalho (decreto nº 24.637, de 1934) e a criação da lei nº 185 (1936), que instituiu o salário mínimo.

Nessa senda, a exigência pela intervenção estatal mostrou-se imperativa para restabelecer a ordem e a estabilidade na sociedade. Evidenciou-se, na prática, que a doutrina liberal e individualista não eram capazes de dar respostas e alternativas concretas para a questão social e miséria crescente dos trabalhadores. O dirigismo estatal em assuntos trabalhistas comprovou a inadequação da teoria econômica clássica como maneira de justa distribuição de renda e concreção da dignidade humana.

Necessária, portanto, a ação do Estado para proteção dos mais fracos, a fim de que pudessem dialogar em igualdade de condições com a outra parte. Ainda como consequência da proteção que o direito do trabalho veio a dar ao hipossuficiente, criou-se a Organização Internacional do Trabalho, através do Tratado de Versalhes, cuja atividade se direcionou para a concretização dos seguintes ideais, conforme palavras de Magano (1988):

o de que o trabalho não pode ser tido como mercadoria; o do direito de associação; o do salário mínimo; o da isonomia salarial, sem distinção de sexo; o do descanso semanal; o da jornada de oito horas; o da não discriminação contra trabalhadores estrangeiros; o da inspeção do trabalho. (MAGANO, 1988, p. 19).

Moraes Filho (1956), em síntese, define o direito do trabalho advindo das lutas de classe acima descritas, através da história, como um conjunto de leis que protegem, tutelando a classe operária face o patronato, visando à compensação da inferioridade econômica do trabalhador.

O direito do trabalho, portanto, calcado na ideia de “proteção do hipossuficiente”, focou na concreção da dignidade humana do trabalhador nas relações de produção, buscando realizar a justiça material em uma sociedade reificada e direcionada pelo capital.

Para tanto, nos valem das palavras de La Cueva (1977) sobre a finalidade primordial do direito do trabalho:

la que hemos denominado la finalidad inmediata, es actual pues está dirigida a procurar a los trabajadores en el presente y a lo largo de su existencia un mínimo de beneficios, que a la vez que limiten la explotación de que son víctimas, les ofrezcan un vivir que, lo hemos repetido con frecuencia, se eleve sobre la vida meramente animal y les permita realizar los valores humanos de que son portadores: jornadas reducidas y salarios suficientes, son las metas mínimas”. (LA CUEVA, 1977, p. 86).

O princípio da proteção do trabalhador se encontra, portanto, na gênese do direito do trabalho, sendo seu axioma-mor. Não há como falar de direito do trabalho sem tratar dele, compreendendo suas raízes. Isso porque a desigualdade entre partes é inerente à relação de trabalho.

No tópico a seguir, trataremos do citado princípio de maneira amíúde e específica.

#### 4.2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. CONCEITO E CONTEÚDO

O princípio da proteção<sup>13</sup> consiste no tratamento privilegiado do trabalhador, atribuindo-lhe vantagens, ao passo em que impõe ônus ao empregador.

A relação de emprego é assimétrica por natureza, na qual o patrão é detentor do poder diretivo, dando ordens, comandando e dirigindo a execução dos serviços. O princípio da proteção traz uma espécie de superioridade jurídica para trabalhador, reequilibrando a balança marcada por um descompasso originário, no qual este disponibiliza sua força de trabalho em troca de um salário que lhe possibilitará a subsistência.

Nesse diapasão, a inferioridade econômica do empregado (regra geral, frise-se) impede que ele faça exigências quando da contratação - ou mesmo durante a execução do contrato -, e, quando do fim da relação, não possui poder de barganha para exigir o pagamento devido.

Américo Plá Rodriguez aponta, principalmente, uma tríplice função dos princípios no direito. Teriam, assim, função informadora, inspirando o legislador na inovação do

---

<sup>13</sup> Os tópicos 4.2, 4.2.1, 4.2.2 e 4.2.3 da presente pesquisa se basearam na seguinte obra: PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. Por questões de didática, trouxemos essa informação nesta nota de rodapé já no início, com o fito de o texto desenvolvido não ficar repetitivo em relação às citações.

ordenamento; função normativa, sendo fonte supletiva na ausência de lei que discipline os casos concretos; e função interpretativa, pois os princípios são utilizados como critérios na interpretação das leis.

Pela função informadora, os princípios dirigem toda a criação de leis pelo legislador. Nesse sentido, as regras jurídicas têm seu fundamento nos princípios. Pela função interpretativa, os princípios orientam todo o entendimento sobre o sistema jurídico. E pela função normativa, os princípios dão comandos obrigatórios que restringem, expandem e afastam a aplicação das regras.

Tanto o é que Mauricio Godinho Delgado (2001, p. 31) esclarece que “os princípios, na Ciência Jurídica, não somente preservam irrefutável validade, como se destacam pela qualidade de importantes contributos à compreensão global e integrada de qualquer universo normativo.”

Nessa toada, os princípios não cumprem seu papel apenas na ausência da lei. Propiciam, outrossim, em cada atuação do direito o alcance da integridade, pois esta é objetivo último de toda atividade jurídica. Afinal, cada intérprete busca mostrar a racionalidade do sistema e sua coerência no momento em que aplica o direito.

E é justamente por isso que estamos a falar do princípio da proteção, uma vez que ele, em virtude de sua função informadora e interpretativa, norteará a concreção do devido processo legal em sua acepção substancial, oferecendo mais uma baliza para aferição da razoabilidade e proporcionalidade do teor do artigo 791-A, da CLT, ao lado das balizas já tratadas nos capítulos 2 e 3.

Plá Rodriguez apresenta três formas ou dimensões ou subprincípios diferentes do princípio da proteção, as quais estão consagradas na doutrina trabalhista, quais sejam: o da norma mais favorável; o da condição mais benéfica; e o do *in dubio pro operário*.

Linhas gerais, a teoria de Plá Rodriguez baseia-se na ideia de dúvida: seja em relação a qual norma aplicar para reger dada situação concreta, acaso várias normas possam incidir; seja em relação a qual interpretação deve ser dada a uma norma trabalhista específica, acaso vários sentidos lhe possam ser atribuídos.

De plano, insta consignar, mesmo que pareça óbvio para os letrados na seara juslaboral, que referido princípio não traz um “cheque em branco” em favor do trabalhador. Sua incidência e abrangência será em situações concretas e específicas, especificamente no âmbito do direito material do trabalho.

Todavia, ante a função informadora e interpretativa que este princípio exerce sobre todo o sistema trabalhista, pois derivado da hipossuficiência do obreiro, a digressão sobre ele se

impõe. Traremos, a seguir, de cada uma dessas facetas ou dimensões ou subprincípios do princípio da proteção.

#### **4.2.1 A norma mais favorável**

Regra geral, se dá quando da possibilidade de aplicação de mais de uma norma ao caso concreto. Em princípio, seria seguida a ordem hierárquica do sistema jurídico, aplicando-se a de grau superior.

Todavia, no direito do trabalho, será utilizada a norma mais favorável ao trabalhador, sem observação da hierarquia Kelseniana. Com arrimo nessa premissa é que devem ser interpretadas as normas provenientes das diferentes fontes do direito do trabalho, a exemplo dos costume, acordos e convenções coletivas, leis, etc.

Importante dizer que referida baliza não rechaça a hierarquia tradicional de normas em relação às regras que não tenham relação direta e imediata com o direito material do trabalho.

Trocando em miúdos: as formas de determinar a legalidade e a constitucionalidade das normas não são diferentes dos demais ramos do direito. A diferença está no momento da escolha da norma a ser aplicada ao caso concreto.

No direito do trabalho, cada norma estabelece um padrão mínimo para as condições dos trabalhadores, não existindo determinação de teto para tais condições. Logo, nada impede que regras - posteriores ou inferiores em grau hierárquico - tragam padrões mais elevados e que melhorem os níveis de proteção.

Isso significa a revogação da norma menos favorável para aquele caso, que ficará, por ora, inoperante. Registre-se que essa inoperância é apenas e tão somente parcial, haja vista que continuará incidindo para aqueles trabalhadores que estão fora do campo de aplicação da norma tida por mais favorável.

A análise da dimensão da norma mais favorável é de índole objetiva em função dos motivos que nortearam a criação da norma, e não uma apreciação subjetiva, pois não se irá perquirir o interesse do trabalhador tomado individualmente. Deve-se captar a situação da coletividade trabalhadora.

Há, portanto, limites à aplicação desse subprincípio. Normas de ordem pública, por exemplo, devem ser obedecidas obrigatoriamente, exigindo seu cumprimento mesmo diante de normas mais favoráveis.

A supremacia de lei proibitiva do estado materializa-se nos casos em que o bem comum exige sacrifícios momentâneos de vantagens aparentes, para o benefício posterior de determinados setores da economia, beneficiando, em última instância também os trabalhadores. De qualquer forma, esta norma pública que não irá ceder vigência em dado caso concreto em razão do subprincípio da proteção ora tratado, traz garantias a toda a sociedade, melhorando a organização social, pois sua finalidade específica não é a proteção dos trabalhadores.

Escolher qual norma mais favorável requer, ainda, a discussão sobre a unidade de medida para a comparação entre as normas. Explicando melhor: diversas vezes os instrumentos normativos (lei, convenção coletiva, acordo coletivo, contrato individual) possuem dispositivos vantajosos e prejudiciais aos trabalhadores. Indaga-se, portanto, se a comparação deve ser feita entre os instrumentos em seu conjunto ou entre os dispositivos de cada instrumento. Para solucionar esse ponto existem duas principais teorias: a do conglobamento e da acumulação.

A primeira (conglobamento) leva em conta as normas em seu conjunto, sem se desvincular do caráter unitário de cada sistema, rechaçando a possibilidade de aplicar, ao mesmo tempo, disposições de um regime e de outro. Sua vantagem consiste em manter a harmonia e o equilíbrio entre as disposições dos instrumentos normativos.

A segunda advoga a aplicação das disposições mais favoráveis de cada sistema, somando-se vantagens de diferentes normas, independentemente da origem destas, propiciando mais benefícios ao trabalhador.

Mas achar a norma mais favorável não é tão simples assim, pois existem outras duas teorias, variações das duas primeiras acima tratadas: a da incidibilidade das cláusulas, e da incidibilidade dos institutos.

A primeira contempla a ideia de comparação entre as cláusulas das normas coletivas, as cláusulas do contrato individual e a lei; a segunda obtempera pela comparação entre os institutos ou temas do direito do trabalho.

Pensamos ser essa segunda comparação (dos institutos) mais racional e lógica, porquanto os institutos pressupõem uma unidade conceitual e orgânica, possibilitando a comparação entre condições homogêneas.

Por mais óbvio que pareça, importante lembrar que não cabe ao magistrado escolher, ao seu livre arbítrio, qual regra processual vai usar em dado feito com o objetivo de proteger o trabalhador.

Afinal, o direito processual é de ordem pública, não cabendo a aplicação da norma mais favorável quando estamos tratando de normas processuais. Acaso assim não fosse, o Poder



Judiciário estaria desvirtuando o princípio em questão, numa espécie de “desvio de finalidade epistemológica”, aniquilando o devido processo legal.

#### **4.2.2 A condição mais benéfica**

Esta dimensão liga-se à existência de uma situação concreta reconhecida que se mostra mais favorável ao empregado do que a oferecida pela própria norma geral e abstrata que rege a situação. Seria o caso de um empregado, por exemplo, que sempre recebeu horas extras com o percentual de 100% - sendo a regra geral para o caso o artigo 7º, XVI, da CF/88, que prevê o adicional de 50%. Em tese, não poderia haver redução de percentual pelo patrão.

É aplicável em situações particulares de fato, quando voluntariamente outorgadas vantagens pelo tomador dos serviços, ou em situações de direito, quando benefícios são outorgados pela lei.

Em assim sendo, a consequência dessa regra é que a nova regulamentação deverá respeitar as situações concretas já reconhecidas em favor do empregado. Trata-se, portanto, de princípio que soluciona questões intertemporais de direito.

Exige, pois, que a vantagem já tenha sido adquirida. Por conseguinte, a faceta da condição mais benéfica não se aplica à mera expectativa de direito, quando ainda não se completaram os requisitos necessários para a aquisição do benefício.

Registre-se que só serão consideradas condições mais benéficas aquelas concedidas de maneira definitiva, excluindo-se, assim, as vantagens outorgadas provisoriamente (enquanto permanecer determinada situação, por exemplo).

Para tanto, utiliza-se da razoabilidade: o benefício que perdurar somente enquanto o evento que lhe deu origem, não será exigível. Assim, a verificação de um direito subjetivo do trabalhador não requer intenção deliberada do patrão sobre sua finitude ou não, pois o que importa é a situação fática que se instalou.

Há grande cizânia na doutrina e jurisprudência em relação à condição mais benéfica e as normas coletivas (Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos de Trabalho), especificamente no que concerne à manutenção de dada vantagem ao trabalhador acaso alterada ou denunciada a convenção ou o acordo coletivo.

Parte da comunidade jurídica sustenta que as vantagens do instrumento anterior devem prevalecer diante do novo instrumento (não sendo possível, contudo, para os trabalhadores

contratados após a entrada em vigor da nova convenção coletiva), uma vez que aderem ao contrato de trabalho, em virtude da condição mais benéfica.

Para outro grupo, todavia, não há qualquer direito adquirido a ser oposto em face da nova convenção ou acordo coletivo. Parece-nos a alternativa mais coerente, com todo respeito aos que pensam em contrário, uma vez que as condições mais benéficas derivam de algo transitório (a transitoriedade é inerente às normas coletivas, pois a própria lei, no artigo 614, §3<sup>14</sup>, da CLT, trata do prazo de vigência desses institutos).

Vê-se, por conseguinte, que a faceta da condição mais benéfica serve para sabermos qual norma de direito material iremos utilizar, pois liga-se, como bem explicitado acima, a condições de trabalho (remuneração, salário, jornada, saúde e segurança), não se relacionando, evidentemente, com a seara do direito processual do trabalho.

#### **4.2.3 O *in dubio pro operario***

Compreender a faceta do *in dubio pro operario* seja, talvez, a parte mais difícil no estudo do princípio da proteção. Consiste na escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, quando a norma que se busca o sentido der margem a vários modos de interpretação.

Interpretar é uma tarefa hercúlea no campo jurídico. Ao fim e ao cabo, resultará de um trabalho mental mais interno que externo, pois o resultado da interpretação, por vezes, parte da subjetividade, da lente pela qual o intérprete enxerga o mundo (e a norma).

De plano, insta salientar que o direito do trabalho não segue a regra do direito comum privado de que os casos duvidosos se resolvem a favor ao devedor, pois nas relações civis e comerciais o devedor é o mais fraco da relação. Assim, temos o contrário nas relações laborais, ou seja, o trabalhador é a parte hipossuficiente, credora de dignidade e de um aparato jurídico que concretize essa premissa basilar do direito obreiro.

Especificamente sobre a dimensão do *in dubio pro operário*, esta entrará em operação quando houver verdadeira dúvida quanto à interpretação de uma norma. Convém repisar que não se trata de corrigir a norma ou integrá-la, tampouco afastar o seu significado (em busca de uma significação que de modo algum pode ser retirada do texto ou do contexto da norma). O texto da norma inicialmente posto exerce uma coerção acerca dos caminhos interpretativos

---

<sup>14</sup> Artigo 614, § 3º - Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.

possíveis, haja vista que a norma não admite qualquer sentido, porquanto deve ser lida dentro de um contexto.

Nessa linha, para a correta compreensão da faceta do *in dubio pro operario*, deve-se obter que esta dimensão serve tanto para aumentar uma vantagem do trabalhador quanto para diminuir um prejuízo; que o subprincípio deve ser aplicado em progressão decrescente (quanto maior o salário do trabalhador, menor deverá ser a incidência desse princípio, tendo uma utilização “graduada”, de maneira inversamente proporcional à remuneração do obreiro); e que a dimensão em questão será usada em relação à lei, cláusulas do contrato individual e normas coletivas (inobstante as convenções e acordos coletivos serem firmados em uma situação de igualdade).

Firmadas tais premissas sobre a hipossuficiência e o princípio da proteção, no próximo capítulo faremos a equalização destas com as balizas tratadas nos capítulos 2, 3 como forma de aferir (ou não) a razoabilidade e proporcionalidade da sucumbência no processo do trabalho, a fim de concluir se esta ofende – ou não – a garantia de acesso à justiça.

## **CAPÍTULO 5 – O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL.**

### **RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE: A SUCUMBÊNCIA TRABALHISTA**

“Essa moça tá diferente  
Já não me conhece mais  
Está pra lá de pra frente  
Está me passando pra trás  
Essa moça tá decidida  
A se supermodernizar  
Ela só samba escondida  
Que é pra ninguém reparar...”

(Essa moça tá diferente – Chico Buarque)

#### **5.1 “SUBSTANTIVE DUE PROCESS” E A SUPREMA CORTE BRASILEIRA**

Historicamente falando, foi a doutrina americana que cunhou a diferenciação entre “procedural due process” e “substantive due process”. No Brasil, é mencionada pela doutrina sob as denominações “devido processo legal procedimental” e “devido processo legal substantivo”, como já dito no capítulo 1.

A vertente procedimental concretiza-se por meio de garantias processuais oferecidas no ordenamento, visando organizar o procedimento, diminuindo ao máximo o risco de intromissões errôneas nos bens tutelados. A vertente material ou substantiva, por seu turno, segundo Lima (1999, p. 200) “significa que o Estado não pode, a despeito de observar a sequência de etapas em um dado procedimento, privar arbitrariamente os indivíduos de certos direitos fundamentais, exigindo a razoabilidade da restrição”.

No Supremo Tribunal Federal é ponto pacífico a coexistência das duas dimensões do devido processo legal. Exemplo disso está no julgamento da ADI-MC 1.511-7-DF172.<sup>15</sup>

Citado julgamento tratava de pedido de medida cautelar em ação voltada à declaração de inconstitucionalidade do art. 3º e parágrafos da Lei nº 9.131/1995, que determinava a realização periódica de avaliações das instituições e cursos de nível superior, incluindo exames nacionais, a fim medir os conhecimentos dos alunos ao final do curso como condição para a obtenção do diploma.

---

<sup>15</sup> STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.511/DF, relator o Min. Carlos Velloso, j. em 16.10.1996, DJU de 06.06.2003.

O ponto da alegada inconstitucionalidade desses dispositivos se fundava expressamente no seu desalinho com “o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade” e, portanto, ao princípio do devido processo legal em termos substantivos (CF/88, artigo 5º, LIV).

O Relator, Ministro Carlos Velloso, à época, inicia seu voto deixando claro que “a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV do art. 5º, respectivamente”, esclarecendo, com referência ao direito norte americano, que o “substantive due process constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade [...] e de racionalidade”, devendo guardar “um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir”, enquanto o “procedural due process garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa”.

Diversos outros precedentes do STF confirmam que o devido processo legal previsto na CF/88 é interpretado, à semelhança do que ocorre em seu país de origem, como possuindo dois aspectos ou dimensões - e, muito frequentemente, os julgamentos dão ênfase à dimensão substantiva.

Assim, por exemplo, na ADI-MC 1.063/DF173<sup>16</sup>, que julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos art. 8º, § 1º, e art. 9º da Lei nº 8.713/93, que versava sobre o processo eleitoral de 1994, restou consignado na ementa:

SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do substantive due process of law.

---

<sup>16</sup> STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.063/DF, relator o Min. Celso de Mello, j. em 18.05.1994, DJU de 27.04.2001. No mesmo sentido, STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.407/DF, relator o Min. Celso de Mello, j. em 07.03.1996, DJU de 24.11.2000, onde, ao indeferir a arguição de inconstitucionalidade do art. 6º da Lei nº 9.100/95, que vedava coligações partidárias nas eleições municipais de 1996, averbrou-se, entre outros fundamentos, que a proibição legal não se revelava “arbitrária ou irrazoável”, estando conforme, pois, “à cláusula do substantive due process of law”.

Ressalte-se que esse posicionamento coexiste com decisões tomadas com base em puras considerações de razoabilidade ou proporcionalidade, sem referência ao devido processo legal, como na ADI-MC 855/PR<sup>17</sup>, que questionava lei estadual do Paraná que determinava a pesagem de botijões de GLP (gás liquefeito de petróleo) entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor, e na ADI 1.040/DF<sup>18</sup>, na qual a norma posta em questão foi o art. 187 da Lei Complementar nº 75/93, que exigia dois anos na condição de bacharel em direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União.

Há provimentos do Supremo, contudo, que deixam de lado a razoabilidade e identificam o princípio do devido processo legal substantivo com o princípio da proporcionalidade, como observamos na IF nº 2.915/SP<sup>19</sup>, na qual fora negado pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, motivada pela falta de pagamento de precatório, por se entender que a medida não seria proporcional. Vejamos o voto do Ministro Gilmar Mendes, à época.

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um limite do limite ou uma proibição de excesso na restrição de tais direitos.

Mas não basta dizer que o Supremo Tribunal brasileiro se utiliza da vertente substancial do devido processo legal. Temos que ir além da explanação de que as duas dimensões coexistem no ordenamento jurídico pátrio e que a acepção substantiva traz em si os exames de razoabilidade e/ou de proporcionalidade. Urge descurar como são entendidas e, mais que isso, aplicadas.

## 5.2 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONCEITO E CONTEÚDO

Tratar da proporcionalidade requer uma digressão - mesmo que breve - a Robert Alexy, estudioso que, contemporaneamente, debruçou-se sobre o assunto de maneira profunda e

---

<sup>17</sup> STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 855/PR, relator o Min. Sepúlveda Pertence, j. em 01.07.1993, DJU de 01.10.1993. Conforme o recente Informativo STF nº 497, a ação foi julgada procedente no mérito, tendo a maioria entendido como “caracterizada a ofensa à competência privativa da União para legislar sobre energia (CF, art. 22, IV), bem como violação ao princípio da proporcionalidade” (STF, Tribunal Pleno, ADI 855/PR, relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, j. em 06.03.2008).

<sup>18</sup> STF, Tribunal Pleno, ADI 1.040/DF, relatora para o acórdão a Min. Ellen Gracie, j. em 11.11.2004, DJU de 01.04.2005.

<sup>19</sup> STF, Tribunal Pleno, IF nº 2.915/SP, relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, j. em 03.02.2003, DJU de 28.11.2003.

minudente. Desvelando a conexão que há entre a sua teoria dos princípios e a aplicação da proporcionalidade, Alexy (2014) ensina que

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2014, p. 117).

Logo, a aplicação do princípio da proporcionalidade deve sempre seguir a ordem de seus 3 (três) subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Consoante Alexy (2014), o subprincípio da adequação se dá com a realização de um exame absoluto, isto é, sem cotejos com outras hipóteses, em relação ao meio eleito por determinado ato para alcançar seu objetivo. O ato é adequado, portanto, se o meio escolhido obtiver o que se pretende.

No que concerne à necessidade, Alexy (2014) defende que esta obriga a realização de um exame comparativo, no sentido de averiguar a gravidade do meio escolhido e o objetivo pretendido. Nesse caminhar, a medida eleita é necessária, pois, se não existir outro meio menos gravoso para atingir o mesmo objetivo.

Por derradeiro, ensina o citado autor que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (que também nomina de mandamento de ponderação ou lei do sopesamento) concretiza-se avaliando-se a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente. Trata-se, assim, de indicar qual direito, em determinado caso concreto, deve ser protegido: o direito atingido com a medida ou o direito que a medida quis prestigiar. Para Alexy, assim, a lei do sopesamento estabelece que quanto maior o grau de não-satisfação de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro.

Abordando a questão da proporcionalidade, ÁVILA (2001) diz que esta impõe ao Poder Legislativo e Executivo, portanto, a escolha de meios adequados, necessários e proporcionais à consecução de seus objetivos.

Como visto, adequada é a medida que alcança o fim; necessária é a medida que, dentre as que se mostram adequadas, ocasiona menor restrição a direitos fundamentais; e a proporcionalidade em sentido estrito (ou lei do sopesamento) liga-se à ideia de que as vantagens de que resulta determinado meio sejam maiores que suas desvantagens, em uma espécie de relação de causalidade entre o meio e o fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

Ávila (2007, p. 160) contudo, diz que não se pode dizer que “esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados”. Em virtude disso, é válido frisar que em diversas decisões judiciais existe uma falta de explicitação clara do porquê e do como se está aplicando este ou aquele princípio. Inobstante essa circunstância não prejudicar a busca de uma solução adequada para o caso concreto, é certo que também não colabora em nada para o bom entendimento do raciocínio jurídico subjacente à decisão.

Nas decisões do STF citadas no tópico 5.1, por exemplo, vimos que a Suprema Corte ora utiliza das expressões razoabilidade e proporcionalidade de forma cumulativa, ora de forma intercambiável e ora como sinônimas.

No particular, Barroso (1999, p. 215) ressalta que “a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade”.

Todavia, parece-nos que há diferenças entre ambos os princípios. Consoante Tácito (2005, p. 45), “a rigor, o princípio da razoabilidade filia-se à regra da observância da finalidade da lei que, a seu turno, emana do princípio da legalidade”. Nesse mesmo caminhar, Bandeira de Mello (2006, p. 106) também os diferencia, ressaltando que “em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade”.

Ávila (2007), abordando a temática, explica as três espécies do gênero razoabilidade: equidade, congruência e equivalência. A equidade requer a harmonização da norma geral com o caso individual, levando-se em conta o que normalmente acontece. Por isso, o caso concreto deve moldar-se à generalização da norma geral para que essa seja aplicável; a congruência impõe a necessidade de adequação das normas com suas condições externas de aplicação, seja recorrendo a um suporte empírico existente, seja exigindo congruência entre o critério de distinção eleito e a medida adotada. Exemplo da congruência é o entendimento do STF no sentido de não ser razoável um servidor público aposentado perceber adicional de férias; a equivalência, por sua vez, relaciona-se entre a medida adotada e o critério que a rege, sendo um exemplo disso que a pena de um condenado deva corresponder à sua culpabilidade.

Firmadas tais premissas, passemos à análise do teor do artigo 791-A, da CLT, que trouxe a sucumbência para o processo do trabalho, à luz da razoabilidade e proporcionalidade.



### 5.3 A SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO. RAZOABILIDADE E A PROPORCIONALIDADE. A ADI 5766

Como visto no capítulo 3, antes de 2017, apenas era possível auferir honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho nos casos previstos na súmula 229, do TST, e em lides não decorrentes da relação de emprego (Instrução Normativa 27, do TST). Com o advento da lei 13.467/17, que introduziu o artigo 791-A na CLT, alargou-se a sucumbência para todos os casos submetidos à apreciação da justiça obreira.

Observa-se, então, que até 2017, a regra geral era a de que o processo trabalhista era um processo sem riscos para o autor. Sem exageros, o máximo que poderia acontecer era nada ganhar, acaso a ação fosse julgada improcedente.

Nessa senda, valendo-nos dos ensinamentos de Alexy e Ávila acerca do que é razoável e proporcional, faremos o cotejo desses princípios com as balizas traçadas nos capítulos 2, 3 e 4 da presente dissertação.

No que concerne à razoabilidade, é certo que a congruência impõe a adequação das normas com suas realidades externas de aplicação, recorrendo-se, para tanto, de uma base empírica. Sendo assim, a observação demonstra que um processo sem riscos para os litigantes pode ser comparado a um país que emite papel-moeda sem lastro, para pagamento de gastos descontrolados, ocasionando inflação.

Raciocínio semelhante também ocorre na seara judicial. Ou seja, a judicialização desenfreada deriva (dentre outros motivos de índole social, política e econômica) da ausência de sucumbência, fazendo-se chegar ao judiciário lides temerárias, ocasionando o manejo do órgão público em situações desnecessárias. Nesse contexto, a norma prevista no artigo 791-A, da CLT seria razoável.

Afinal, conceber um processo sem riscos não orna com o próprio conceito de jurisdição, uma vez que, nas palavras de Chiovenda (1998), esta pode ser definida como

função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (CHIOVENDA, 1998, p. 8).

Logo, à exceção das lides que deságuem em transação/acordo ou que versem sobre jurisdição meramente voluntária, o provimento estatal, através de uma sentença, trará, inevitável e inexoravelmente, um vencedor e um vencido, em virtude do caráter substitutivo da

jurisdição. Percebe-se, portanto, que a sucumbência deriva da própria concepção de jurisdição, que impõe a vontade de um terceiro (Estado-juiz), substituindo a vontade das partes, para resolver o conflito.

No que concerne à proporcionalidade, a sucumbência se mostra, sob o prisma da adequação, pertinente. Explique-se: partindo-se do empirismo de que um processo sem riscos ocasiona abuso do direito de ação, com o advento da sucumbência, em tese, a finalidade de coibir esse abuso de direito – através de lides temerárias e aventuras jurídicas – foi atingido.

Prosseguindo na análise da proporcionalidade, vemos que a medida cumpre o critério da necessidade também, porquanto, dentre as medidas que se mostram adequadas, ocasiona a menor contração de direitos fundamentais.

E isso se dá porque, como tratado no capítulo 2, a garantia fundamental de acesso à justiça, prevista no artigo 5º, XXXV, da CF/88 não encerra norma de eficácia plena, podendo ser restringida pelo legislador ordinário. Portanto, a própria natureza da inafastabilidade da jurisdição já alberga em si uma possibilidade natural de contenção.

De mais a mais, quando interpretado o acesso à justiça pelo viés garantista do processo, vemos que este acesso não pode ser enxergado como um instrumento. É, em sua essência (dentre outras coisas, como visto no capítulo 2), garantia do cidadão de que nenhuma contenda – regra geral – será impedida de chegar ao Poder Judiciário para ser julgada por um juiz natural e imparcial.

Corolário, não deve ser encarado, o artigo 5º, XXXV, da CF/88, como uma “porteira aberta”, um único caminho possível para que se tenha um direito material efetivado, como bem salientado, também no capítulo 2, quando tratamos da terceira “onda de acesso à justiça” proposta Cappelletti, acerca dos meios extrajudiciais para solução de conflitos existentes na área trabalhista.

Ainda sob a ótica da necessidade, a sucumbência permite que os honorários advocatícios sucumbenciais - direito subjetivo do advogado e que possuem caráter alimentar, ostentando, em virtude disso, uma impenhorabilidade – seja efetivado, estando essa conclusão arrimada no artigo 133, da CF/88, que alçou a advocacia a uma função essencial à justiça.

Ou seja, privar os causídicos que militam na Justiça do Trabalho de honorários sucumbenciais mostra-se desproporcional e desconectado do texto constitucional e infraconstitucional, a exemplo do contido na lei 8906/94 e no artigo 85, do CPC, como visto no capítulo 3 da presente pesquisa.

Ante todo o exposto, a resposta à pergunta que moveu toda essa pesquisa é no sentido de que a sucumbência, no processo do trabalho é, sim, constitucional.

E a hipossuficiência do trabalhador e o princípio da proteção?

É certo que o trabalhador hipossuficiente é o principal cliente da Justiça do Trabalho, sendo suas verbas também alimentares e impenhoráveis. Ao lado disso, temos o princípio da proteção, como tratado o capítulo 4, com suas funções informadora e interpretativa, inspirando e irradiando a sua carga valorativa por todo o ordenamento jurídico.

Acrescente-se que a sucumbência no processo trabalhista, tal qual prevista o artigo 791-A, da CLT abre a possibilidade de se retirarem verbas alimentares (e impenhoráveis) de alguém hipossuficiente para pagamento de honorários advocatícios da parte contrária (também com natureza alimentar e impenhorável), o que se mostra, a princípio, desarrazoável e desproporcional.

Pensamos, então, que a melhor saída interpretativa não está em rechaçar a sucumbência por inconstitucionalidade derivada da ofensa ao artigo 5º, XXXV, da CF/88, em virtude e da hipossuficiência do trabalhador.

Raciocinamos que a proteção ao hipossuficiente irá nortear o intérprete no estabelecimento de critérios para fixação e exigibilidade da verba honorária do trabalhador. Com isso, alcançar-se-ia a faceta da proporcionalidade em sentido estrito, na qual os benefícios de que resulta determinado meio sejam maiores que suas desvantagens, de tal maneira que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

Explicando o que fora dito no parágrafo anterior de maneira prática: partindo-se da premissa da constitucionalidade de sucumbência, podemos utilizar, analogicamente, o artigo 833, §1º, do CPC<sup>20</sup>, no sentido de que apenas pode ser deduzido do trabalhador a verba honorária quando a condenação, em verbas salariais, superar 50 salários mínimos, em virtude do permissivo contido no artigo 769, da CLT, que dispõe que “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

---

<sup>20</sup> Art. 833. São impenhoráveis: (...) IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º. (...)§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

Tanto o é que já existem decisões nesse sentido. Vejamos julgado da 1ª Vara do Trabalho de Formiga (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - Minas Gerais), de lavra do Juiz do Trabalho Leonardo Tibo Barbosa Lima sobre o ponto.

Honorários advocatícios sucumbenciais

(...)

A apuração deverá leva em conta as seguintes regras: 1) O cálculo deverá observar o disposto na OJ 348, da SDI-I, do C. TST, e na Tese Prevalente nº 4, do TRT da 3ª Região; 2) *A parte autora é beneficiária da justiça gratuita, fato que atrai a aplicação do §4º, do art. 791-A, da CLT, o qual estabelece que os honorários advocatícios devem ser descontados dos “créditos capazes de suportar a despesa.” Trata-se de norma “em branco”, que deve ter seu alcance estabelecido pelo Juiz. Adoto, como parâmetro objetivo, o limite de 50 salários-mínimos mensais, os quais são impenhoráveis por força do art. 833, IV e §2º, do CPC, observando-se o regime de competência em relação a cada uma das parcelas deferidas na presente sentença. O valor que ultrapassar esse limite deverá ser utilizado para quitação dos honorários advocatícios do patrono da parte ré. Se o crédito da parte autora for inferior a esse limite, a exigibilidade dos honorários advocatícios devidos ao advogado da parte ré ficará suspensa por dois anos, a contar da data do trânsito em julgado desta decisão, tudo nos termos do §4º, do art. 791-A, da CLT.* 3) Quanto ao item “2” citado, esclareço que a medida se impõe por isonomia, tendo em vista que, no eventual processo de execução, a parte ré teria esse benefício em seu favor, de maneira que seu salário não poderia ser penhorado para pagamento dos honorários advocatícios do patrono da parte autora. (grifo nosso)<sup>21</sup>

Dito de outra maneira: com arrimo no citado artigo do CPC, condenações em verbas salariais menores que 50 salários mínimos fariam incidir o teor do parágrafo 4º, do artigo 791-A<sup>22</sup>, da CLT, ficando a cobrança dos honorários em condição suspensiva. De outro lado, quando a parcela sucumbente fosse derivada de pleito indenizatória, não haveria que se falar em qualquer restrição.

Em sentido similar foi o voto do ministro Luís Roberto Barroso, na ADI 5766, que, valendo-se da razoabilidade e da proporcionalidade, declarou constitucional a sucumbência no processo do trabalho. O julgamento da ADI, contudo, ainda não foi concluído pela Suprema Corte.

DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. MÍNIMO EXISTENCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. 1. A Reforma Trabalhista assegurou o direito à gratuidade de justiça aos trabalhadores

<sup>21</sup> Ação Trabalhista - Rito Ordinário 0010730-23.2019.5.03.0058. Juiz do Trabalho Substituto Leonardo Tibo Barbosa Lima. Publicada em 05/10/2020.

<sup>22</sup> Art. 791-A, § 4º: Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

hipossuficientes, mas determinou: (i) a cobrança de honorários de advogado e de honorários periciais, em caso de sucumbência (CLT, arts. 791-A e 790-B); (ii) a utilização de créditos havidos em outros processos para fazer face a tais honorários (CLT, art. 791-A, §4º); (iii) a cobrança de custas judiciais aos empregados que derem causa ao arquivamento de suas ações por não comparecimento injustificado à audiência (CLT, art. 844, §2º). 2. *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. 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 sobreutilização do Judiciário congestionava o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela 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 de justiça, como mecanismo legítimo 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. (...) Interpretação conforme a Constituição dos dispositivos impugnados para assentar, como teses de julgamento: “1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias (...)”<sup>23</sup> (grifo nosso).*

Da leitura das argumentos expendidos pelo Ministro Barroso, vemos que ele partiu da lógica de que um processo sem riscos faz gerar um descompasso entre litigiosidade e capacidade de julgamento do judiciário, estando tal questão ligada à proporcionalidade, em suas facetas adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Afinal, uma justiça lenta em razão da grande quantidade de processos a se julgar não é interessante, afrontando, em última análise, o princípio constitucional da eficiência que deve permear qualquer atividade pública (artigo 37, da CF/88 caput).

Nesse mesmo caminhar de proporcionalidade, o relator da ADI 5766 fala em meios de coibir lides temerárias e aventuras jurídicas, sendo a lei um mecanismo legítimo para desestimular tais tipos de ação.

Portanto, fica evidente que a hipossuficiência não se confunde com incapacidade civil. É elemento basilar da proteção, mas não pode ser utilizado em uma espécie de “venire contra factum próprio” pelo próprio trabalhador. Este é, pois, plenamente capaz de entender – mesmo que minimamente - os riscos a que está sujeito quando ingressa em juízo, principalmente se

<sup>23</sup> Supremo Tribunal Federal. ADI 5766. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. DJE de 17/05/2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Aceso em 22 de janeiro de 2019.

considerarmos que a quase a totalidade das ações trabalhistas são patrocinadas por advogados com habilitação técnica, que devem explicar a seus clientes todos os riscos da demanda.

Vale destacar, ainda, que quando o ministro dispõe que “O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários” ele está, em verdade, mesmo que de forma reflexa, explanando que a garantia contida no artigo 5º, XXXV, da CF/88 pode ter seu grau de eficácia reduzido pelo legislador ordinário, como bem tratamos no capítulo 2 deste trabalho.

Ora, é dever do patrono da causa fazer uma análise pormenorizada e rigorosa do que pretende requerer em Juízo, porquanto o Judiciário não é órgão de consulta. Aquilo que se vindica deve ter um mínimo de plausibilidade, pois o princípio da simplicidade que norteia o direito processual do trabalho jamais se pode confundir com menosprezo à técnica e ofensa ao conteúdo ético do processo.

Observamos, ainda, que o relator traçou limites para incidência dos honorários advocatícios, deixando expresso que “sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade, e sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias”, utilizando-se, assim, da hipossuficiência e da função informadora e interpretativa do princípio da proteção na materialização do devido processo legal em sua acepção substancial.

Assim, de todo o exposto, vimos o quão complexo é investigar a inconstitucionalidade de uma lei, especialmente quando esta trata de temas tão sensíveis como o do acesso à justiça do hipossuficiente em matéria trabalhista.

Apesar disso, vimos que a ciência jurídica, através de seus diversos institutos apresentam caminhos possíveis e viáveis para a melhor exegese da legislação editada pelo parlamento. E é justamente com essa certeza que seguimos pesquisando sobre o Direito, aperfeiçoando-o e compreendendo-o melhor. Afinal, produzir ciência e conhecimento é isso. É dialogar com o que existe. Mais que concordar com uma ou outra corrente, é construir pontes.

## CONCLUSÃO

Para aferir a razoabilidade e a proporcionalidade de dada norma, a fim de se fazer o cotejo dela com o devido processo legal em sua acepção substancial, é necessário o estabelecimento de balizas que irão nortear o intérprete.

Em assim sendo, por mais que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade possuam um conceito e conteúdo abertos, tais circunstâncias não podem ser utilizadas pelo operador direito, especialmente o Poder Judiciário, para encampar ativismos e voluntarismos, impondo uma perspectiva puramente pessoal do julgador do que seja o justo, o proporcional e o razoável.

Na linha de ideias, viu-se que a presente pesquisa estabeleceu três alicerces sobre os quais edificou as premissas necessárias para se analisar a constitucionalidade da sucumbência processual, à luz da razoabilidade e proporcionalidade.

O primeiro pilar foi a digressão sobre o grau de eficácia da norma insculpida no artigo 5º, XXXV, da CF/88, desnudando sua eficácia contida. Não se está a dizer que essa garantia não possui aplicabilidade imediata, até mesmo porque isso afrontaria o teor do 5º, §1º, da CF/88. Está-se a demonstrar, na verdade, que, ante o seu teor e natureza, pode ter seu âmbito de incidência reduzido em algum viés pelo legislador ordinário, como se deu com a instituição da sucumbência no processo do trabalho.

O segundo termômetro que se discorreu, na busca de parâmetros para saber se a sucumbência trabalhista é razoável e proporcional, foi o estudo sobre a causalidade e a natureza jurídica da verba honorária sucumbencial.

Percebeu-se, dessa maneira, que há muitas décadas a ciência processual civil nacional já superou a percepção de sucumbência como penalidade. O que se tem, com ela (sucumbência), arrimado na doutrina de Chiovenda, é o restabelecimento (ou busca disso) da situação pretérita que se tinha antes do processo, restituindo, pois, o vencedor da demanda dos gastos que teve com este, a fim de ter seu direito reconhecido, regra geral.

E, nesse diapasão, uma vez que o advogado é essencial à efetivação da justiça por dicção constitucional (artigo 133, da CF/88), privá-lo de honorários sucumbenciais no processo trabalhista encontra óbice na própria Constituição (ante sua essencialidade) e no regramento legal acerca de seus honorários – pois possuem natureza alimentar, constituindo direito subjetivo do advogado (lei 8906/94 e artigo 85, do CPC).

Todavia, é certo que a hipossuficiência do trabalhador e o viés protetivo que a ciência trabalhista exala não podem ser olvidados, sendo essa, pois, a terceira baliza necessária para se aferir constitucionalidade do artigo 791-A, da CLT. Isso porque a operacionalização da sucumbência, acaso não haja limitações e temperamentos, poderá recair sobre verbas do trabalhador, que também ostentam natureza alimentar.

Em assim sendo, vimos que a proteção atua com força normativa nos domínios do direito material do trabalho (condição mais benéfica, norma mais favorável e *in dubio pro operio*), possuindo, nos campos do processo do trabalho, função interpretativa e informadora, inspirando o legislador e oferecendo caminhos exegéticos.

Corolário, citados vetores (hipossuficiência e proteção) irão nortear o aplicador do direito no estabelecimento e forma e exigibilidade da parcela honorária sucumbencial. Exemplo disso foram as limitações previstas no voto do Ministro Barroso, na ADI 5766, ou pela aplicação do artigo 833, §1º, do CPC, ao processo do trabalho, ante o permissivo nesse sentido contido no artigo 769, da CLT.

Nessa toada, não prosperam os argumentos de que o trabalhador, após a lei 13.467/17 (reforma trabalhista) sairá mais “pobre” com o ajuizamento de uma ação, seja pelos argumentos acima, seja porquanto o teor do artigo 791-A, §4º, CLT, evita que isso ocorra, pois suspende a exigibilidade da parcela honorária acaso o trabalhador não tenha obtido créditos em juízo para suportá-la.

De mais a mais, conceber o acesso à justiça irrestrito e sem riscos é interpretá-lo à luz de uma ótica instrumental do processo, o que não orna com a essência do devido processo legal, que foi pensado e estruturado para conter abusos do Estado. Apostar em um Juiz instrumental e ativista como principal forma de solucionar litígios e concretizar mandamentos constitucionais pode trazer consequências perigosas para os rumos democráticos de uma nação, além de naturalizar a apatia existencial dos grupos sociais, que deixam de se organizar para lutar por melhores condições de vida, através de leis, políticas públicas ou engajamento em movimentos sociais.

Para além das questões acima descritas, impõe-se destacar que o ideal é que a norma trabalhista seja cumprida previamente, a fim de se evitarem infortúnios ao trabalhador.

Ademais, uma estrutura que aceita reclamações trabalhistas sem risco (sucumbência) como a melhor (ou única) opção para dar efetividade ao direito do trabalho gera o fetiche da ação individual indenizatória, naturalizando o binômio “descumprimento-indenização”, esvaziando a fiscalização do trabalho pelos órgãos competentes e o uso de tutelas judiciais preventivas.

Parece que, ao argumento (válido, evidentemente) de efetivação da dignidade através do amplo acesso ao judiciário trabalhista, está-se, como num efeito rebote, instigando o



descumprimento da lei, apertando o gatilho da monetarização da saúde do obreiro ou do seu convívio com a família.

A saída é um sistema efetivo de prevenção de descumprimento da lei trabalhista, a exemplo do artigo 195 §1º, da CLT (classificação de atividade como insalubre ou perigosa, por intermédio sindical). Outro exemplo seria uma fiscalização veemente e verdadeiramente pedagógica do MPT e MTE (atualmente Ministério da economia, através dos auditores fiscais).

Fortalecer os entes que atuam coletivamente é um dos meios de dar eficácia ao direito trabalhista. Fomentar a demanda individual, isentando o trabalhador de qualquer risco nesta é tratar o direito/garantia de “acesso à justiça” como absoluto e ilimitado, assemelhando o processo do trabalho a uma mera consulta administrativa, passando ao largo do que se entende por jurisdição (sucumbência, responsabilidade e boa-fé) e processo (Fazzalari). Em outras palavras: é inconcebível num Estado constitucional democrático o “se der deu, se não der, não deu”, com arrimo retórico na “hipossuficiência”.

Por conseguinte, a sucumbência mostra-se razoável e proporcional, estando em pleno compasso com Constituição da República, obedecendo, assim, ao devido processo legal em sua acepção substancial (artigo 5º, LIV, da CF/88).

## REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. O (Equivocadamente) Denominado “Ônus Da Sucumbência” No Processo Civil, *Revista de Processo*, v. 140, p. 37-53, outubro/2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ARAÚJO, Fabiana Azevedo. A remuneração do advogado: investigações acerca da natureza jurídica dos honorários de sucumbência. *Revista Virtual da AGU*. Ano VIII. n. 79, 2008. Disponível em: <[https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/79752](https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/79752)>. Acesso em 30/09/2020.

ARIMATÉIA, José Rodrigues. O devido processo legal em sentido material. In *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 5, nº 1, pgs. 65-79, janeiro-junho de 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira – Comentários*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1992.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, 25ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 2ª ed., São Paulo: 2000, vol. VIII.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOCCUZZI NETO, Vito Antonio. *Da Sucumbência no Processo Civil*. Campinas: Servanda, 2007.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários Advocatícios*. 4ª edição, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro, Juízes Legisladores, tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Sergio Antônio. Porto Alegre: Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, Antônio. Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual, 2017. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/leitura/precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho> ou <https://goo.gl/VKHP5t>. Acesso em 24/05/2020.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Traduzido por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998. v. II. Tradução do original italiano: Istituzioni di Diritto Processuale Civile.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 8 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2014.

DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 207-222, abr./jun. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 2001.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, volume I, 9 ed. Bahia: Jus Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil., 3ª ed., vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil –v. II. 6ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do Processo, 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil –volume I. 1ª edição, Rio de Janeiro: editora Forense, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Constitucionais do Direito de Ação. São Paulo: RT, 1973.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho Junqueira. (1996). In: Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. Ensaios bibliográficos – estudos históricos, 1996. Disponível em <file:///C:/Users/User/AppData/Local/Temp/2025-3504-1-PB.pdf>. Acesso em 18 de dezembro de 2019.

LA CUEVA, Mario de. El nuevo derecho mexicano del trabajo. México: Porrúa, 1977.

LEAL, Rosemiro Pereira. Fundamentos democráticos da imparcialidade judicial no direito brasileiro. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016. Disponível em:  
<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239652>>. Acesso em 15/09/2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Volume IV, Número 4, Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, pgs. 112- 120, jul./dez. 2009. Acesso em 21/09/2020.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: Fabris, 1999.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Honorários advocatícios no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAGANO, Octávio Bueno. Manual de direito do trabalho. 2ª ed, vol. 1, São Paulo: LTr, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC. Crítica e propostas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo. RT, 2015, p.177.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 17ª ed., São Paulo, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOARES, Alexandre. Direito Constitucional, Ed. Atlas, 6ª ed., São Paulo, 1999.

MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução ao Direito do trabalho. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol I, 1956.

MORAES, Alexandre. Direitos humanos fundamentais, Ed. Atlas, 1.ª ed., São Paulo: 1997.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3.ed. rev. e ampl. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim, Manual de Direito Processual Civil. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Álvaro. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais - Processo e Constituição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2004.

PEREIRA, Mateus Costa. Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Acesso à justiça: elementos para uma definição de justiça participativa. Intertemas, v. 11, 2006.

ROSAS, Roberto. Devido Processo legal: a inserção no Brasil. In Revista do Advogado AASP, nº 73, págs. 175/177, 2003.

SAKO, Emília Simeão Albino. A prova no processo do trabalho: os meios de prova e ônus da prova nas relações de emprego e trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade. Revista de informação legislativa. v. 35. n. 137. p. 31-39, 1998. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/330>>. Acesso em 29/09/2020.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil –2º volume. 23ª edição, São Paulo: editora Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso. Prefácio. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. Principiologia do direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não-mercantil do mercado e das relações de trabalho. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, n. 132, dez. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SUSSËKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio; SEGADAS, Vianna; TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho, 19ª ed., São Paulo: LTr, 2000.

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 242, p. 43-49, out./dez, 2005.

TARUFFO, Michelle. *La Motivazione della Sentenza Civile*, Ed. CEDAM, Padova, 1975.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil –volume I*. 45ª edição, Rio de Janeiro: editora Forense, 2006.

TRISTÃO, Martins Ivan; FACHIN, Zulmar. O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos. *Scientia Iuris*. Londrina, v. 13, p. 47-64, 2009.

VIEIRA, Hélio; CERNOV, Zênia. *Honorários Advocatícios*. São Paulo: LTr, 2018.

WOTHER, Ellen Lindemann. *As Origens dos Honorários Advocatícios*. 2012. Disponível em: <<http://ellenwother.blogspot.com/2012/08/as-origens-dos-honorarios-advocaticios.html>>. Acesso em 30/09/2020.