



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

MARIANNA COLLYER RESENDE

**O ACESSO À JUSTIÇA ANTE A AUSÊNCIA DE GARANTIA CONTRA A
DESPEDIDA ARBITRÁRIA: UMA ODE À RENÚNCIA DE DIREITOS
ALIMENTARES.**

FORTALEZA

2017

MARIANNA COLLYER RESENDE

O ACESSO À JUSTIÇA ANTE A AUSÊNCIA DE GARANTIA CONTRA A DESPEDIDA
ARBITRÁRIA: UMA ODE À RENÚNCIA DE DIREITOS ALIMENTARES.

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito. Área de concentração: Direito
Processual do Trabalho.

Orientadora: Prof. Brena Késsia Simplicio do
Bomfim.

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

R341a Resende, Marianna Collyer.
O Acesso à Justiça Ante a Despedida Arbitrária : uma ode a renúncia de direitos alimentares / Marianna Collyer Resende. – 2017.
74 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Profa. Ma. Brena Késsia Simplicio do Bomfim.

1. Acesso à Justiça. 2. Direito Processual do Trabalho. 3. Direitos Fundamentais do Trabalhador. 4. Justiça do Trabalho. 5. Lei nº 13.467/2017. I. Título.

CDD 340

MARIANNA COLLYER RESENDE

O ACESSO À JUSTIÇA ANTE A AUSÊNCIA DE GARANTIA CONTRA A DESPEDIDA
ARBITRÁRIA: UMA ODE À RENÚNCIA DE DIREITOS ALIMENTARES.

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito. Área de concentração: Direito
Processual do Trabalho.

Aprovada em: __/__/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Brena Késsia Simplicio do Bomfim (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^ª. Beatriz Rêgo Xavier
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^ª. Denise dos Santos Vasconcelos Silva
Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN)

Ao Meu Senhor Jesus Cristo, a quem devo minha força e vitória e ao Divino Espírito Santo, que me ilumina todos os dias para que eu seja em todos os Seus planos.

A minha família, que compreende cada renúncia para poder comemorar comigo cada conquista.

AGRADECIMENTOS

À Deus, a quem todos os agradecimentos nunca serão suficientes.

À minha mãe e aos meus avós, que sempre me deram apoio incondicional para perseguir meus objetivos e nunca mediram esforços para que eu tivesse a melhor formação acadêmica e moral possível.

Às minhas amadas irmãs, que compreendem cada ausência, sempre fazendo presentes, mesmo que em pequenos gestos permitidos.

Ao meu noivo, que mesmo de outra cidade, me apoia e me dá forças para que eu faça o meu melhor todos os dias.

A minha irmã de coração, Gabriela Bezerra, por todos os incentivos nos estudos.

A minha querida Professora Orientadora Brena, que apesar de todas as suas ocupações, fez do possível e impossível para tirar dúvidas, sendo luz todos os dias, dando a melhor orientação que se pode imaginar.

RESUMO

Este trabalho visa a analisar a questão do acesso à Justiça do Trabalho, uma vez que, de acordo com as estatísticas realizadas pelo TST, grande maioria das questões trabalhistas discutidas judicialmente dizem respeito às verbas rescisórias; o que demonstra que este direito, para os obreiros, não possui a efetividade necessária para considerá-lo como garantido. Isto, associado ao instituto da prescrição parcial, culmina com uma intrigante situação: uma justiça que deve ser célere e simples, por lidar, em grande maioria, com direitos alimentares, acaba por institucionalizar a renúncia tácita destes direitos, pelo decurso do tempo, mesmo sem que fosse faticamente possível postulá-los, motivo pelo qual é de extrema relevância esta pesquisa na promoção dos direitos fundamentais do trabalhador. Para que essa avaliação seja possível, foi realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial qualitativas, e, discorrendo-se acerca do seu conceito, da sua evolução, das “ondas” do acesso à justiça (que consistem em atacar os principais obstáculos que o cercam), de sua classificação como direito fundamental, dos mecanismos existentes para assegurá-lo e dos emergentes (trazidos pela Lei nº 13.467/2017), se pretende demonstrar a inefetividade deste direito tão fundamental e maneiras que tornariam possíveis uma melhora na situação.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Direitos Fundamentais do Trabalhador. Justiça do Trabalho. Lei nº 13.467/2017.

ABSTRACT

This study aims to analyze the lack of access to Labor Justice known as “the Justice of the Unemployed”, once that, according to TST statistics, most of the issues concerning labor rights are related to severance pay; what demonstrates that this right is not as effective as it should be, to be considered as guaranteed. Associating this to the concept of partial prescription culminates in an intriguing situation: a justice system that is supposed to be fast and simple, by dealing most of the times with maintenance rights, leads to institutionalizing the renounce tacit of these rights, due to the time lapse that they did not take any measures to guarantee it. That is why this paper is extremely important in the promotion of workers fundamental rights. In order to make this study possible, bibliographic and jurisprudential research was used, as well as discussions about its concept, its evolution, its “waves” (which means to attack the main obstacles that surround it), its classification as a fundamental right, the mechanisms that ensure its effectiveness and the emergent ones (contained in the Law nº 13.467/2017). All to prove the ineffectiveness of this fundamental right, as well as to investigate possible ways to improve it.

Key Words: Justice access. Labor Fundamental Rights. Labor Justice. Law nº 13.467/2017.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O ACESSO À JUSTIÇA	12
2.1 O conceito de acesso à justiça	12
2.2 A evolução do conceito de acesso à justiça	16
2.3 A importância do acesso à justiça para a garantia de direitos fundamentais	21
2.4 A compreensão do direito de trabalhar como direito fundamental social	26
3 MECANISMOS EXISTENTES PARA GARANTIR A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO TRABALHADOR	31
3.1 A teoria da imprescritibilidade dos créditos trabalhistas na constância da relação de emprego	31
3.2 A Convenção 158 da OIT e a luta contra a despedida arbitrária	36
3.3 O Fundo de Garantia de Tempo de Serviço como indenização compensatória	39
3.4 Estabilidades provisórias: a garantia de emprego aos grupos de risco	42
3.5 O princípio da função social da empresa e suas implicações na despedida arbitrária	46
4 MECANISMOS PROCESSUAIS TRABALHISTAS EMERGENTES PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO TRABALHADOR E SUA RELAÇÃO COM O ACESSO À JUSTIÇA	48
4.1 A atuação histórica do poder judiciário trabalhista brasileiro nos casos de abuso de direito do empregador	49
4.2 Tendências da atuação do Poder Legislativo: Lei nº 13.467/2017 – a “Reforma Trabalhista” e a repercussão de seus dispositivos no acesso do trabalhador à justiça 53	
4.2.1 As modificações do art. 8º: o direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho, sem necessidade do requisito da compatibilidade; a restrição da atuação interpretativa do tst; e o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva	54
4.2.2 Art. 507-A: a indisponibilidade de direitos trabalhistas versus a arbitragem	57
4.2.3 Art. 507-B: o termo anual de quitação de obrigações	59
4.2.4 O pagamento das custas judiciais e dos honorários periciais e sucumbenciais ainda que pelo beneficiário da justiça gratuita	60
4.2.5 Art. 878: o necessário início da execução trabalhista a requerimento da parte exequente e o enfraquecimento do princípio da proteção	65
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

Entre janeiro e maio de 2017, 1.112.504 processos foram recebidos pelas varas do trabalho de todo o Brasil, dos quais 336.402 referem-se ao pedido de aviso prévio (TST, 2017). Diante dessa premissa, restam evidentes duas percepções: (i) desde a criação da Justiça do Trabalho, em 1941, as demandas judiciais trabalhistas têm experimentado um aumento considerável e (ii) grande parte dessas ações, em se tratando de verbas rescisórias (mais especificamente sobre o aviso prévio), pressupõem, logicamente, a extinção do contrato de trabalho. Indo mais além, pressupõem a extinção de contratos de trabalho que não decorram de justa causa, considerando que esta não gera direito ao pagamento de aviso prévio.

Diante do exposto, comprova-se que nada é mais acertado do que afirmar que “a Justiça do Trabalho é a Justiça dos Desempregados” (G1, 2016, on line). Essa afirmativa foi proferida recentemente pelo Prof. Dr. Paulo Sérgio João em entrevista ao G1.

“A crise econômica fez com que mais trabalhadores despedidos procurassem a Justiça do Trabalho para reparar algum direito”, afirma o professor da FGV e da PUC-SP Paulo Sérgio João. “Quando há uma situação econômica mais estável, não há um fluxo tão grande de reclamações trabalhistas. A Justiça do Trabalho é uma Justiça dos desempregados. É a última tábua de salvação.”

Tal afirmação induz a uma importante reflexão. Considerando-se o princípio do acesso à justiça, positivado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF/88), tem-se que, de uns tempos para cá, esse acesso tem sido efetivo tão somente para um grupo de trabalhadores, permanecendo os empregados com contrato de trabalho em vigor relegados à sua própria sorte, uma vez que se veem em um dilema: ou aturam algumas restrições de direito por abusos do empregador ou têm seu contrato de trabalho rescindido sem justa causa.

O impasse decorre essencialmente da ausência de previsão, por lei complementar, da indenização compensatória, dentre outros direitos, que protejam a relação de emprego da despedida arbitrária ou sem justa causa, o que amplia sobremaneira os poderes do empregador, deixando-o em um patamar quase absoluto e inalcançável, obstando, não raro, o acesso à justiça do obreiro no curso da relação de emprego, tema central do presente projeto de pesquisa.

Apenas com essa singela introdução, já é possível perceber a relevância e atualidade do tema a ser desenvolvido em sede de trabalho monográfico, razão pela qual foi cuidadosamente escolhido pela autora e pela orientadora. Afinal, haverá pertinente contribuição à sociedade, mesmo que seja utilizado tão somente como fonte de pesquisa, uma vez que o acesso à justiça pode ser, de fato, a chave para a manutenção das relações de emprego.

As recorrentes críticas ao atual sistema endossam a pertinência temática, conforme se depreende do comentário de Maurício Godinho Delgado, em seu “Curso de Direito do Trabalho” (DELGADO, 2017, p. 1262):

O mais importante incentivo à permanência do contrato de trabalho — e, conseqüentemente, o mais importante elemento de afirmação jurídica do princípio da continuidade da relação de emprego — seria, entretanto, a incorporação, pelo Direito do Trabalho, do critério motivado para validação das rupturas contratuais trabalhistas. A incorporação, em síntese, de uma sistemática de causas jurídicas relevantes como fatores propiciadores da extinção do contrato empregatício. (...)

O critério da motivação jurídica tipificada da dispensa (isto é, motivação jurídica do ato empresarial de ruptura do contrato) há décadas não tem sido prevalente no Direito brasileiro — ao menos no segmento privado da economia e da sociedade. (...)

O critério da dispensa desmotivada por ato empresarial confere, infelizmente, a essa modalidade de ruptura do contrato empregatício o estatuto jurídico de simples exercício de um poder potestativo pelo empregador — poder próximo ao absoluto, portanto —, desconsiderando todos os aspectos pessoais e sociais envolventes à dinâmica da extinção do contrato de trabalho.

Dessa forma, infere-se a necessidade de haver maiores subsídios que assegurem o acesso à justiça no curso da relação de emprego, visando a efetivação de direitos dos trabalhadores e a proteção contra dispensas arbitrárias, por atos abusivos do empregador. Possui, essa discussão, portanto, amplo viés social, constituindo razão de ser desta monografia.

Nessa perspectiva, o objetivo central deste projeto de pesquisa consiste em analisar se há acesso à justiça de forma efetiva no curso da relação de emprego. Assim, primeiramente, conceituar-se-á o acesso à justiça e avaliar-se-á sua ocorrência na contemporaneidade, além dos seus reflexos na Justiça do Trabalho.

Em seguida, demonstrar-se-á a importância da manutenção do emprego e de um contrato de trabalho sadio (FRANÇA, 2008), no atual contexto político-econômico, através da compreensão do trabalho como direito fundamental, bem como serão diferenciados os diferentes tipos de despedidas.

Discorrer-se-á acerca dos mecanismos trabalhistas existentes para que seja garantido o acesso à justiça e de como poderiam ser melhores aproveitados. Ademais, analisar-se-á correntes que estão emergindo na luta pela efetivação dos direitos dos trabalhadores.

Para tanto, faz-se necessária uma análise da efetividade da interferência da Justiça do Trabalho nos casos de abuso do empregador em relação às ações ajuizadas, sob a ótica da justiça social, por meio de pesquisas realizadas junto ao site do Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, o último objetivo consiste na avaliação das alterações implementadas por meio da Lei nº 13.467/2017, e, conseqüentemente, se houve avanços ou retrocesso, embasado na perspectiva de renomados juristas.

Nesse cenário, fundamenta-se esta pesquisa, o clássico “O Acesso à Justiça, de Cappelletti e Garth; as obras do Prof. Paulo Bonavides e George Marmelstein, acerca dos Direitos Fundamentais; a produção científica de Jorge Luiz Souto Maior, acerca da imprescritibilidade dos créditos trabalhistas no curso da relação de emprego, como forma de assegurar a efetividade do art. 7º, I, da Constituição Federal e acerca das alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017.

O presente trabalho se utilizou de pesquisa exploratória, mais especificamente a partir de estudo bibliográfico e jurisprudencial, com o fim de aprimorar os conhecimentos acerca do acesso à justiça trabalhista no curso da relação de emprego, se é efetivo ou não e não o sendo o porquê. Estudar-se-á quais são os mecanismos utilizados para assegurá-lo e se são adequados. Por fim, analisar-se-á a possibilidade da utilização de outros métodos que assegurem acesso, sendo, portanto, os resultados da pesquisa apresentados de forma qualitativa.

O levantamento bibliográfico foi escolhido cuidadosamente, escolhendo-se as obras de três dos autores mais conceituados em relação ao Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho: Maurício Godinho Delgado, Mauro Schiavi e Carlos Henrique Bezerra Leite, além dos artigos de Jorge Souto Maior. Na parte constitucional, serão analisadas as obras de Paulo Bonavides e de George Marmelstein.

O estudo jurisprudencial será essencial para, em analisando as teorias criadas em torno do tema, saber de seu acatamento ou não pelos tribunais. Para complementar esse estudo, as estatísticas realizadas pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Conselho Nacional de Justiça também serão estudadas e interpretadas.

Para análise dos dados e das estatísticas eventualmente necessários para o desenvolvimento do tema, serão realizadas pesquisas realizadas junto ao site “justiça em números” e ao site do Tribunal Superior do Trabalho.

Com base nestas teorias, faz-se um questionamento acerca das formas existentes e emergentes de amenizar os efeitos tão danosos da ausência de garantia contra a dispensa imotivada, em virtude do acesso ao judiciário pela efetivação de direitos, especialmente à luz do caráter multiportas do Novo Código de Processo Civil, que busca a solução dos conflitos, independente do meio utilizado para tanto ser a jurisdição.

2 O ACESSO À JUSTIÇA

Conceituar o acesso à justiça aparenta ser a melhor forma de iniciar o presente trabalho, por consistir no instituto central deste estudo. Por este motivo, dessa forma iniciaremos assim a discussão acerca do tema do acesso à justiça do trabalhador na atualidade.

2.1 O conceito de acesso à justiça

Presente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF), também é conhecido como “princípio da inafastabilidade da jurisdição”, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No entanto, a ideia trazida pelo conceito de inafastabilidade da jurisdição, restringe sobremaneira a profundidade deste instituto, uma vez que a princípio abarcaria tão somente o direito de peticionar perante o Poder Judiciário, sem mais implicações, motivo pelo qual a expressão acesso à justiça parece mais adequada. Afinal, o direito assegurado vai muito mais além. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (JR., 2017, p. 74), “por acesso à Justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico”.

Dessa forma, segundo o renomado processualista, para assegurar essa tutela efetiva e justa, é necessário que sejam garantidos: o direito de petição, a imparcialidade do juiz, o contraditório e a ampla defesa, a prestação de assistência judiciária gratuita, a paridade de armas e a coisa julgada.

Para que se assegure uma tutela justa, Grinover, Dinamarco e Cintra (GRINOVER, DINAMARCO e CINTRA, 2003, p. 33-34) diversos princípios e garantias devem estar concatenados, consistindo o acesso à justiça na “ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias”.

Assim, (a) oferece-se a mais *ampla admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois, (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* -, tudo isso com as vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo da insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica, apontada para a *pacificação com justiça*.

Tamanha é a profundidade deste conceito que ele não pode ser resumido tão somente no “acesso ao Poder Judiciário”. Neste sentido, Amaro de Souza e Amaro de Souza Filho expõem brilhantemente (SOUZA e SOUZA FILHO, 2012, p. 233):

“Tornou-se comum confundir-se o acesso à justiça com o simples acesso ao judiciário. Sem a efetiva entrega do direito à parte que o merece, não se pode dizer que o direito de ação, puro e simples já representa o acesso à justiça. Estas expressões não devem ser confundidas, como não se devem confundir a tutela jurídica com a jurisdicional e nem esta com a tutela do direito. São modalidades tutelares diferentes, sendo que somente a última é que interessa ao jurisdicionado, porque é esta que representa a concretização do direito. O acesso à justiça e a efetivação do direito somente acontecem quando for concretamente empreendida a tutela do direito, isto é, a proteção ou a efetivação do direito material. Com julgamento de mérito e satisfação do direito reconhecido”.

No mesmo sentido, Élisson Miessa (MIESSA, 2016) compreende este princípio como a garantia de que qualquer cidadão deve ter de que poderá buscar a efetivação de seus direitos pelo acesso ao Poder judiciário. Esta garantia deve abranger, além do direito de movimentação da máquina judiciária por meio do processo, a obtenção de uma efetiva tutela jurisdicional.

Dada sua importância, o Novo Código de Processo Civil o incluiu em seu art. 4º, como forma de tentar assegurar ainda mais a sua efetivação, ao afirmar que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

No entanto, apesar de atualmente ser bastante difundida, não é de hoje que esses aspectos correlatos vêm sendo discutidos. Cappelletti e Garth, em seu clássico “O Acesso à Justiça” (CAPPELLETTI e GARTH, 1998), já compreendiam essa expressão como de difícil definição, mas sendo capaz de elucidar duas finalidades básicas do sistema jurídico: que além de ele dever ser acessível a todos, deve ser capaz de produzir resultados que sejam justos tanto na perspectiva individual, quanto social.

É nessa perspectiva que estes juristas tentaram compreender o motivo de sua restrita efetividade, mesmo com o acesso à justiça sendo um direito básico e reconhecidamente fundamental. Em sua obra, identificaram os obstáculos enfrentados para sua efetivação, os quais, em síntese, resumem-se na inexistência de paridade de armas.

Em relação aos direitos individuais, os obstáculos levantados foram as custas processuais, tanto em seu sentido amplo, mas especialmente em relação com as pequenas causas, e a possibilidade das partes, no que tange aos recursos financeiros de cada uma delas, na aptidão de reconhecer seus direitos e na habitualidade do contato com o sistema jurisdicional.

Ada Pellegrini (GRINOVER, DINAMARCO e CINTRA, 2003) defende que para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja

admitido a demandar e a defender-se adequadamente, sendo condenáveis as restrições quanto às pequenas causas e às causas de interesse difuso.

Em relação às custas do processo, Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI e GARTH, 2002) asseveram que os honorários advocatícios consistem na despesa de maior peso para os litigantes. Somado a isso, para as pequenas causas, ainda haveria um agravamento da situação pelo fato de que os altos custos processuais e com advocatícios podem tornar ínfimo o valor a ser recuperado, e, em casos mais graves, inclusive superá-lo. O ponto final a ser considerado é o do tempo que leva para a prolação de sentença irrecorrível, que quanto maior, aumenta os valores despendidos e até mesmo faz com que as partes abandonem suas causas ou aceitem acordos de valores muito inferiores aos de direito.

Observação interessante é a de Nelson Nery Júnior (NERY, 2004), que elucida que o acesso à justiça não implica necessariamente na gratuidade do processo, mas, que se a taxa judiciária for excessiva de modo que obste esse direito fundamental, deve ser considerada inconstitucional ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Por este motivo, o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, prevê a assistência judiciária gratuita e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Já quanto à possibilidade das partes, é evidente a sua influência quando o assunto é o acesso à justiça, pois, o litigante que possui maior poder econômico tem capacidade de despender mais recursos na contratação de profissionais, o que torna sua atuação no processo muito mais consistente e eficiente, desde a construção de argumentos jurídicos até a apresentação de provas.

No entanto, a aptidão para reconhecer um direito também consiste em fator fundamental, uma vez que, devido ao princípio da inércia de jurisdição, é necessário que os legitimados proponham a ação para que haja tutela de seus direitos e para tanto, devem ao menos ser capazes de reconhecê-los.

Outro fator de peso, bastante pertinente na Justiça do Trabalho, é a habitualidade da atuação em demandas judiciais, o que permite, conforme Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI e GARTH, 1998), melhor planejamento do litígio, economia de escala para atuação judicial, desenvolvimento de relações informais com os membros das varas, a diluição dos riscos da demanda entre seus diversos casos e possibilidade de testar estratégias de longo prazo, ao qual acrescenta-se, também o teste de novas teorias e tendências jurisprudenciais.

Sabendo-se que não raro, diversos ex-empregados litigam contra as mesmas empresas todos os anos, catalisa-se ainda mais um obstáculo no seu acesso à justiça, pois enquanto os

trabalhadores buscam a solução judicial de suas querelas uma ou duas vezes na vida, as empresas geralmente possuem todo um aparato para lidar com centenas de situações semelhantes, o que desenvolve exponencialmente seu poder e confiança em litigar.

Para os referidos autores, após o estudo dessas barreiras ao acesso, pôde-se depreender um padrão, qual seja o de que os mais afetados por elas consistem nas demandas referentes às pequenas causas e aos autores individuais e pobres. Cabe ressaltar que, atualmente, o termo consagrado consiste na hipossuficiência, que pode abranger os aspectos econômicos, jurídicos, informacional, dentre outros. Os autores destacam também um “fator complicador”, pois esses obstáculos não podem ser eliminados um a um, uma vez que fazem parte de todo um contexto social, político e econômico, que se inter-relacionam em uma só conjuntura.

No entanto, no intuito de amenizar essas barreiras, destacam-se três ondas de busca pela efetivação do acesso à justiça (CAPPELLETTI e GARTH, 1998), a primeira dizia respeito à busca pela assistência judiciária para os pobres, a segunda à representação dos interesses difusos e a terceira à ampliação da concepção de acesso à justiça. Para fins de contextualização, cabe destacar os principais aspectos de cada uma delas, de forma sintetizada.

A primeira onda buscou atacar o primeiro obstáculo elucidado: os altos custos de contratação de um advogado. Em um primeiro momento, o Estado se manteve omissivo e inerte, de modo que os advogados prestavam serviços sem haver nenhuma contraprestação para quem o fizesse, sendo incontestável a ineficiência desse sistema.

Com uma postura mais ativa do Estado, passou-se a promover diversos programas de remuneração pelo Estado dos advogados que realizassem esse serviço, como o sistema *judicare* e o sistema do advogado remunerado pelos cofres públicos.

A segunda onda voltou-se para a representação dos direitos difusos, ocasionando uma reflexão sobre o estudo do processo civil, o qual anteriormente possuía amplo viés individualista, por meio da tentativa de transformação da compreensão acerca da instrumentalidade do processo, do papel do juiz, do conceito de contraditório e inclusive da coisa julgada, a fim de possibilitar a proteção judicial dos interesses difusos.

Materializou-se por meio da ação governamental, das técnicas do procurador geral privado e do advogado particular do interesse público, as quais tinham por finalidade básica representar os interesses difusos, que anteriormente permaneciam relegados a sua própria sorte, como os ambientais e consumeristas.

Por fim, a terceira onda consiste na ampliação do conceito do acesso à justiça. Abrange os âmbitos judicial e extrajudicial, advogados públicos e particulares e também foca nos

mecanismos utilizados para processar quanto e prevenir litígios. Assim, esse movimento compreende as técnicas anteriores como possibilidades de avanço no campo do acesso à justiça.

O novo enfoque ao acesso à justiça, no que tange aos procedimentos judiciais, analisa a utilidade da aplicação de diversas alternativas, como a eliminação das custas judiciais, a oralidade processual e a criação de tribunais especializados, além de reforma nos procedimentos especiais (para as pequenas causas, causas consumeristas e de vizinhança). Já os procedimentos extrajudiciais, entendidos como essenciais para desafogar o Poder Judiciário, são: o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos.

Por essa nova perspectiva os autores vislumbram, inclusive, mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos, tais como maior atuação dos parajurídicos e o desenvolvimento de planos de assistência jurídica mediante convênio ou em grupo.

Um pouco menos detalhada, mas tão pertinente quanto, é a análise dos obstáculos ao acesso à justiça realizada no livro da Profa. Ada Pellegrini (GRINOVER, DINAMARCO e CINTRA, 2003), a qual identifica quatro dificuldades básicas à efetivação do acesso a justiça: a admissão ao processo (ingresso ao juízo), o modo de ser do processo, a justiça das decisões e a efetividade das decisões.

Para se garantir o amplo ingresso em juízo, deve-se buscar eliminar as dificuldades econômicas e sociais que impeçam as pessoas de litigar, o que pode ser amenizado pela assistência judicial gratuita e integral, além de desestigmatizar a defesa dos interesses supraindividuais (difusos e coletivos).

Quando falam em modo de ser do processo, os autores se referem ao respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório participativo (atualmente consagrado como contraditório substancial) e da atuação ativa dos juízes.

A justiça das decisões deve abranger todos os aspectos processuais, como apreciação de provas, de categorias jurídicas e de interpretação de textos do direito positivo (as leis).

Por fim, a efetividade das decisões deve fazer com que as sentenças deem o que é de direito para quem é de direito, sem injustiças ou pessoalidades.

2.2 A evolução do conceito de acesso à justiça

O acesso à justiça, por ser um direito constitucional, acompanhou as mesmas modificações políticas e sociais que as Constituições. Dessa forma, durante o Estado Liberal Burgês, como prevaleciam os ideais iluministas, que eram pautados essencialmente pela

concepção individualizada dos direitos, o Estado tinha uma atuação negativa, ou seja, era passivo, omissivo; resguardando sempre o *laissez-faire*.

Contudo, tal posicionamento, como explicam Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI e GARTH, 1998), era demasiado prejudicial à massa das populações, uma vez que somente aqueles que tivessem condições financeiras de arcar com seus custos, poderiam acionar a justiça e fazer valer os seus direitos, cenário o qual influenciava os estudos jurídicos.

No entanto, como se verá adiante, não demorou muito para que os direitos fundamentais tivessem sua posição revista e exaltada, razão pela qual se passou a enfatizar o caráter coletivo dos direitos em detrimento do individual. Essa ênfase se deu com a imprescindível atuação estatal no sentido de trazer subsídios para o gozo de todos os direitos sociais básicos assegurados constitucionalmente, movimento que efetivou o Estado de Bem-Estar Social.

Todavia, essa nova atuação positiva do Estado, para ser eficaz, e não consistir apenas em um amontoado de normas pragmáticas, deve ser garantida por um meio que possibilite a reivindicação de todos os direitos que por ele são tutelados. Nesse contexto, Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 34) afirmam ser o acesso à justiça “um requisito fundamental – o mais básico dos direitos fundamentais – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar direitos”.

Essa nova concepção tornou essencial a ocorrência de modificações no campo processual civil, na medida em que se tem a instrumentalização do processo, o qual não deve ser compreendido como um fim em si mesmo, mas sim como meio para a efetivação de um bem maior, motivo pelo qual os diplomas legais, apesar de reconhecida importância das formalidades, têm, cada vez mais, afastado os formalismos exacerbados que não possuam razão de ser, se não obstaculizar a tutela de direitos, razão pela qual o Novo Código de Processo Civil brasileiro combate de todo modo a jurisprudência defensiva, com vistas a assegurar a prolação de uma decisão de mérito. Inclusive, o Novo Código transpõe das barreiras jurisdicionais, ao adentrar o campo das soluções extrajudiciais das demandas.

No Brasil, da mesma forma, a evolução dos direitos fundamentais esteve intrinsecamente relacionada com o cenário político-econômico que serviu de plano de fundo para a criação das Constituições Federais, por este motivo, cabe fazer um breve histórico dos textos constitucionais.

Apesar dos pequenos avanços dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição de 1934, comparada à de 1824 e à de 1891, a Constituição de 1937, com sua feição ditatorial, restringiu sobremaneira os direitos fundamentais, o que se percebe com a adoção da pena de

morte para determinados crimes, censura prévia da imprensa, a declaração da greve como recurso antissocial nocivo ao trabalho e a dissolução da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Assembleias Legislativas dos Estados e das Câmaras Municipais, percebe-se que foi um período de retrocesso para os direitos fundamentais.

Com a Constituição de 1946, foi reestabelecida a democracia e se perceberam avanços aos direitos fundamentais inclusive quando comparadas às Constituições anteriores à de 1937, uma vez que foi consagrada a função social da propriedade, a livre manifestação de pensamento, o reconhecimento do direito de greve e a extinção da pena de morte, além do sufrágio universal, previsão do plebiscito e da ação popular.

Como afirma o Prof. George Marmelstein (MARMELSTEIN, 2016, p. 49),

Aqui no Brasil, a Constituição de 1934 e, de forma mais abrangente, a de 1946 deram os passos iniciais à formação de um Estado do bem-estar social, prevendo vários direitos sociais (aposentadoria, educação, assistência social, entre outros), bem como os direitos ligados à proteção dos trabalhadores.

Contudo, a Constituição de 1967 e o AI-5, com sua extrema preocupação com a segurança nacional, para manter o autoritarismo ditatorial militar, inclusive, foi criada uma ação de suspensão de direitos individuais e políticos, o que demonstra que a menor das preocupações era em assegurar os direitos individuais e sociais. O poder se centralizou ainda mais nas mãos do Presidente da República com a EC nº 1/69.

Foi com a Constituição de 1988 que ocorreu extrema ampliação dos direitos fundamentais, que atingiram as perspectivas individual, coletiva, social, abrangendo também a nacionalidade e os direitos políticos. Sem dúvida, essa mudança de perspectiva ocasionou reflexos em todas as áreas jurídicas, uma vez que permitiu que os direitos fundamentais fossem compreendidos como essenciais e que, como tais, não poderiam consistir em mera prescrição legal, mas sim que deveriam ser assegurados de todas as formas possíveis, afim de garantir sua efetivação. Prova disso é a quantidade de remédios constitucionais previstos na CF/88 e a legislação infraconstitucional que os regula.

O Processo Civil também sofreu grandes modificações, o que tornou possível que a Constituição Federal fosse aplicada de forma um pouco mais efetiva. O que se permitiu com a instrumentalização do processo, ou seja, com a abstração da noção formalista e positiva de que o processo seria tão somente um fim em si mesmo, mas sim um instrumento para que o Estado possa desempenhar suas funções e buscar a pacificação social, afinal, é para isso que o estado legisla, julga e executa.

Grinover, Dinamarco e Cintra, compreendem o processo como um instrumento a serviço da paz social. Afinal, como o Estado é responsável pelo bem-estar social e, estando este turbado entre as pessoas, deve o Estado tomar medidas para que estes conflitos sejam sanados da melhor forma possível, entendida como a mais célere e justa possível. Dessa forma, enxerga-se o processo também sob sua relação com o direito material, como sendo ele o caminho para que sejam atingidos esses fins sociais, (GRINOVER, DINAMARCO e CINTRA, 2003, p. 41-42):

Fala-se em instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu *aspecto negativo*. Tal é a tradicional postura (legítima também) consistente em alertar para o fato de que ele não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guindado à condição de fonte geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou, a ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado). Uma projeção desse aspecto negativo da instrumentalidade do processo é o princípio da *instrumentalidade das formas*, segundo o qual as exigências formais do processo só devem ser seguidas a risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados.

A referida autora destaca ainda três fases metodológicas fundamentais: a fase do sincretista, a fase autonomista ou conceitual e a fase instrumentalista.

Na primeira, que perdurou até meados do século passado, o processo era compreendido como simples meio de exercício de direitos. Dessa forma, não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual e muito menos do próprio direito processual como um ramo do direito autônomo, sendo concebido tão somente como um direito adjetivo.

Na fase conceitual, afirmou-se a autonomia deste ramo do direito, tornando possível o desenvolvimento das mais importantes teorias processuais, dentre as quais se destacam as seguintes: da natureza jurídica da ação e do processo, das condições da ação e dos pressupostos processuais, concretizando de fato uma ciência processual.

Por fim, a fase instrumentalista, que perdura nos dias atuais, surge como produto do seguinte fato: apesar de a ciência ter atingido os mais inimagináveis níveis de desenvolvimento, o sistema continua fragilizado e sem efetividade prática. Dessa forma, a premissa de que partem os processualistas atuais consiste em um olhar externo para que sejam avaliados os resultados práticos das teorias concebidas.

Não se pode negar que o Novo CPC é exatamente a expressão desta última fase, especialmente nos aprimoramentos que sofreu. De sua estruturação inicial já se é possível comprovar o que foi dito. Conforme Rodrigo da Cunha Lima Freire (FREIRE e CUNHA, 2017), são cinco os seus pilares: o contraditório substancial (traduzido pelo binômio “influência

e não surpresa”), a boa-fé objetiva, a cooperação, a efetividade (duração razoável do processo e a máxima coincidência) e o respeito ao autorregramento da vontade.

Por fim, ao encontro de todas essas tendências, temos o princípio da primazia da decisão de mérito, conforme expresso no art. 6º do referido Código, que determina que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Desse princípio se infere o dever do julgador de prezar pela correção dos vícios processuais, uma vez que as partes têm o direito de obter a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Sobre esse tema, Mauro Schiavi (SCHIAVI, 2017) destaca que a solução integral do mérito consiste no direito das partes de terem apreciados todos os pedidos e os requerimentos formulados. Dessa forma, o magistrado deve julgar o mérito, evitando sempre que possível a extinção do processo sem resolução de mérito. Já a atividade satisfativa objetiva valorização da fase executiva dos processos, uma vez que não basta que as decisões sejam prolatadas, devendo elas serem cumpridas para que o direito disposto enfim se materializa. Diante disto, ganha ainda mais força o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determinam a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito quando houver lacuna na legislação, a fim de impedir que o juiz se exima de sentenciar.

Ainda em sua obra, Rodrigo Freire colaciona vários dispositivos que visam a combater a jurisprudência defensiva, alguns dos quais:

Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

Art. 319. § 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

Art. 352. Verificando a existência de irregularidades ou de vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

Art. 932. Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Art. 1029, §3º. O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

No Processo do Trabalho, essas características se acentuam ainda mais devido à suas peculiaridades, mais especificamente no que tange à hipossuficiência do trabalhador e ao caráter alimentar das verbas discutidas, o que torna a urgência da prestação jurisdicional ainda mais visível.

Nesse sentido, Mauro Schiavi (SCHIAVI, 2017, p. 135) dá destaque à função social do Processo do Trabalho, em razão de seu caráter publicista e do seu relevante interesse social. Por este motivo,

Deve o Juiz do Trabalho direcionar o processo no sentido de que este caminhe de forma célere, justa e confiável, assegurando-se às partes igualdades de oportunidades, dando a cada um o que é seu por direito, bem como os atos processuais sejam praticados de forma razoável e previsível, garantindo-se a efetividade processual, mas preservando-se, sempre, a dignidade da pessoa humana tanto do autor como do réu, em prestígio da supremacia do interesse público.

O comprometimento do juiz com a efetividade dos atos processuais atingiu um nível máximo, conforme se vê em todas as formas de integração elucidadas pelo art. 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

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

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Destaca o autor que o suporte deste princípio se encontra na função social da propriedade e na função social do contrato. E, sua existência implica na admissão do princípio da vedação ao retrocesso social. Por isso que a atuação doutrinária e jurisprudencial se torna tão imprescindível nesse ramo, como forma de assegurar o princípio da melhoria da condição social do trabalhador. E, sem dúvidas, o primeiro passo para este objetivo consiste em possibilitar o acesso à justiça para o maior número de trabalhadores possíveis.

2.3 A importância do acesso à justiça para a garantia de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, segundo George Marmelstein (MARMELSTEIN, 2016, p. 18), englobam cinco elementos básicos: a norma jurídica, a dignidade da pessoa humana ou a limitação de poder, a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

“os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.”

Dessa forma, percebe-se que há uma distinção entre as seguintes expressões: direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, sendo atécnico utilizá-las como sinônimas. Os direitos do homem são valores éticos e políticos que ainda não se encontram positivados, assemelhando-se ao Direito Natural, exaltado pela corrente jusnaturalista. Surgem como fundamento dos direitos. Já os direitos humanos são aqueles que se encontram resguardados no plano internacional, por meio de tratados ou pactos internacionais. Por fim, os direitos fundamentais seriam os direitos mais básicos das pessoas que se encontram positivados no ordenamento jurídico.

Estes direitos possuem um aspecto material e um aspecto formal. O primeiro diz respeito ao um conteúdo ético, esfera a qual os relaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana e com a limitação de poder. O segundo traduz a ideia de que somente são direitos fundamentais os positivados na Constituição, a qual consiste na fonte primária de direitos fundamentais.

O respeito à dignidade da pessoa humana e a preocupação com a limitação do poder remetem à essência dos direitos fundamentais. Sob o manto do positivismo, segundo a qual juristas e aplicadores da lei pregavam a obediência cega à letra da lei, foram cometidas barbáries pelo nazismo. Isso causou extremo descontentamento na população e fez com que os juristas desenvolvessem uma nova corrente de pensamento, conhecida hoje como pós-positivismo.

Esta corrente nada mais é que um “positivismo ético”, ou seja, a inserção de conteúdo ético nas normas legais. Esses valores visam a consagrar a dignidade da pessoa humana e a limitação de poder, para evitar que um ato, revestido de legalidade pela sua formalidade, prejudique os direitos naturais. Ressalta-se que a dignidade da pessoa humana possui diversas esferas, como a autonomia da vontade, a integridade física e moral, a não coisificação do ser humano e a garantia do mínimo existencial (MARMELSTEIN, 2016).

Dessa forma, a lei divide espaço com os princípios e valores, os quais passam a possuir força normativa. Afinal, nenhum ato deve ser considerado conforme o direito se for incompatível com os direitos fundamentais.

Já o aspecto formal que compõe os direitos fundamentais, visa a “eleger” apenas os direitos realmente fundamentais, para que tenham um tratamento especial, sem banalizar o instituto e suas garantias. Após a escolha de quais direitos seriam considerados como

fundamentais, o constituinte originário os conferiu hierarquia constitucional, ao positiva-los essencialmente no Título II, da Constituição de 1988.

Cabe ressaltar que são tecidas diversas críticas com a escolha do constituinte acerca dos direitos fundamentais escolhidos, uma vez que o rol é bastante extenso e não taxativo, além de em toda essa extensão, existirem direitos que não são tão essenciais assim, conforme ressalta o Prof. Marmelstein (MARMELSTEIN, 2016): como o direito de marca, o direito de lazer e o direito dos trabalhadores à participação nos lucros.

Soa no mínimo estranho dizer que os direitos fundamentais devem estar positivados e dizer que seu rol não é taxativo. No entanto, isso se deve ao fato de que o §2º do art. 5º, da CF traz a possibilidade de se encontrarem direitos fundamentais em outros títulos ou até mesmo fora da Constituição, os quais seriam chamados de direitos fundamentais implícitos.

Contudo, em contrapartida a opção do legislador deve ser elogiada uma vez que demonstra sua preocupação em não restringir os direitos das pessoas, após um passado marcado por tantas Constituições, que em muitas das vezes foram outorgadas ou bastantes deficientes na consagração de liberdades individuais e de limitações do poder estatal, restando clara a evolução constitucional brasileira nesse quesito.

Esse contexto histórico dos direitos fundamentais é essencial para compreender uma das principais teorias sobre o tema, na perspectiva internacional. O conceito-chave em questão é o de “gerações dos direitos”¹. Criado pelo jurista tcheco Karel Vasak, visa a expressar a evolução dos direitos fundamentais, desde o século XVIII e que vêm se desenvolvendo até hoje, devido ao seu caráter dinâmico.

Essa teoria foi inspirada na Revolução Francesa, na medida em que se utiliza de seu lema “*liberte, egalité, fraternité*” para expressar as três gerações clássicas dos direitos fundamentais.

Conforme elucidado pelo Prof. Marmelstein (MARMELSTEIN, 2016), inicialmente, o Estado Absolutista cercava todas as esferas da vida dos cidadãos, inclusive no que tange à religião oficial católica, ambiente com o qual era quase que completamente incompatível o livre desenvolvimento de pensamento. Somado a isso, haviam as condenações injustas, sem contraditório ou ampla defesa, que culminavam com penas cruéis e desproporcionais. A pesada

¹ Atualmente, essa nomenclatura vem sendo criticada, uma vez que o termo “geração” traz a ideia de hierarquia e superação, quando na verdade uma geração não substitui a outra e sim ocorre uma acumulação e também pelo fato de não haver prioridade de implementação dos direitos. Por isso, tem-se preferido o termo “dimensões dos direitos fundamentais”. Nesse sentido, (MARMELSTEIN, 2016).

carga tributária também era fator determinante para a insatisfação geral. Especialmente quando não havia retorno para a população, uma vez que os tributos pagos serviam para sustentar os privilégios da nobreza e do clero.

Todavia, com a Reforma Protestante de Martinho Lutero (1517), com o movimento Iluminista, com a ascensão econômica da classe burguesa e com a doutrina liberalista de Adam Smith, o Estado Absoluto se viu obrigado a ceder lugar ao Estado Democrático de Direito, devido ao enfraquecimento de seus pilares pela desaprovação do povo, que clamava pelo direito de participar das tomadas de decisões políticas; o que permitiu que a liberdade de pensamento fosse considerada um valor essencial a ser resguardado.

Por esse motivo, os direitos protegidos nessa primeira geração tinham nítida influência do pensamento liberal, *laissez-faire, laissez-passer*. Dessa forma, a intervenção do Estado na vida privada passou a ser concebida como a mínima possível, permitindo a livre interação social e econômica. Portanto, pode-se dizer que os principais direitos integrantes a essa geração foram os de liberdade e os políticos, estes a fim de regulamentar o exercício democrático do poder.

Contudo, como não havia um interesse em garantir a isonomia para todos os indivíduos, a grande massa da população ainda permanecia à margem de qualquer tipo de direito, o que se percebe com a adoção do voto censitário (por renda) nesse período e com as deploráveis condições de trabalho dos operários, que representavam grande parte da população, após a Revolução Industrial. Ilustra o Prof. Marmelstein (MARMELSTEIN, 2016, p. 46):

Não havia limitação para jornada de trabalho, salário mínimo, férias, nem mesmo descanso regular. O trabalho infantil era aceito e as crianças eram submetidas a trabalhos braçais como se adultos fossem.

Não sendo mais o Estado capaz de garantir a harmonia social, iniciaram-se as primeiras revoluções, dentre as quais se destacam a primeira grande revolução socialista (1917) e a encíclica *Rerum Novarum*, por meio da qual o Papa Leão XIII criticava as condições de vida das classes trabalhadoras e apoiava o reconhecimento de diversos direitos trabalhistas.

Nesse contexto, nasce o *Welfare State*, mais conhecido como o Estado de Bem-Estar Social, quando surgem diversos direitos com o fim de melhorar as condições de vida dos trabalhadores, após a compreensão de que “a liberdade contratual dos trabalhadores é ilusória”.

Entretanto, não foram somente os direitos trabalhistas que emergiram, podendo-se destacar também os direitos econômicos, sociais e culturais, o que passou a exigir uma maior atuação do Estado para garanti-los, em contraposição aos anseios da população para que o Estado tomasse uma postura mais presenteísta, deixando que a “mão invisível” agisse.

As Constituições pioneiras na positivação desses direitos foram a do México (1917) e a de Weimar (1919), as quais atuaram, segundo o Prof. Marmelstein (MARMELSTEIN, 2016, p. 48), “fornecendo as bases jurídicas para o reconhecimento da igualdade econômica e social como diretriz imposta constitucionalmente”.

No entanto, esse movimento não ocorreu uniformemente entre as potências da época. Nos Estados Unidos, que emergiu após a Primeira Guerra Mundial, por exemplo, somente após o *crack* da bolsa de Nova York, em 1929, em decorrência da adoção de um mercado completamente livre de intervenção estatal, é que se tomaram algumas medidas.

O Presidente Roosevelt desenvolveu o *New Deal*, que se trazia novas possibilidades com maior intervenção do Estado na economia, além do reconhecimento de direitos mínimos aos trabalhadores, o que demorou a ser aceito pela Corte norte-americana, devido às fortes tradições locais.

Desse modo, pela força alcançada pelos direitos sociais, surge a segunda geração de direitos fundamentais, representada pela busca à igualdade material, por meio da imposição de diretrizes ao Estado para a garantia da dignidade da pessoa humana, para que se possa exercer efetivamente a liberdade conquistada com os direitos de primeira geração.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o trauma ocasionado pelo regime nazista, começou a surgir uma preocupação internacional com a dignidade da pessoa humana para todo o gênero humano e não para apenas um grupo de pessoas. Diversos tratados internacionais consagraram um movimento mundial no sentido de se estabelecer um padrão ético global, iniciando-se a disseminação dos direitos de terceira geração; o que se arrematou com a criação de Tribunais Internacionais de Direitos Humanos.

Representam esses direitos o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio da humanidade e o direito de comunicação, como bem destaca o Prof. George Marmelstein (MARMELSTEIN, 2016), os quais encontram-se quase que em sua totalidade disciplinados pela CF/88.

O documento que mais se destacou por trazer esses direitos coletivos e difusos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a qual, além de se incorporar ao direito consuetudinário internacional, inspirou a aprovação de diversos outros tratados, como o Pacto San Jose da Costa Rica (1966).

No entanto, como a realidade é bastante dinâmica e a cada dia surgem novas situações que merecem ser interpretadas da forma mais ética possível, há correntes, como a do Prof. Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2006), que já compreendem o surgimento de pelo menos mais duas

gerações de direitos fundamentais, para que seja possível abarcar todas as novas questões, como destaca o Prof. Marmelstein (MARMELSTEIN, 2016, p. 52):

As novas tecnologias, o mapeamento do genoma humano, a crise ambiental decorrente do aquecimento do planeta, o terrorismo e as consequentes medidas de segurança antiterroristas, entre outros riscos e ameaças da atualidade, fazem que novas reivindicações se incorporem na agenda política da comunidade.

Para o Prof. Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2006), a democracia direta, o direito à informação e ao pluralismo político comportariam a quarta geração dos direitos fundamentais e a paz universal a quinta.

O Prof. George Marmelstein (MARMELSTEIN, 2016, p. 54) destaca importante questão, no que tange à ameaça que sofrem os direitos fundamentais.

“Não há como negar que a nova economia mundial, caracterizada pela diminuição das fronteiras espaciais e por uma competição feroz pela conquista de novos mercados, está colocando em risco a efetivação e até mesmo a positivação de diversos direitos de caráter social. Quanto menos direitos forem garantidos aos cidadãos, menor será o custo empresarial e maiores serão os lucros das grandes corporações. Essa é a lógica econômica que, em nome da confiança cega no mercado financeiro, põe em xeque os direitos de igualdade.

Nessa linha, é cada vez mais frequente o discurso neoliberal, que defende o minimalismo estatal e a adoção de um liberalismo econômico ainda mais extremado do que o que defendia Adam Smith. Parece que as pessoas esqueceram que, somente a partir de uma política de distribuição de renda, é possível evitar o total colapso do sistema capitalista, já que a história demonstrou claramente que a “mão invisível” do mercado não é capaz de reduzir a miséria e as desigualdades sociais e, conseqüentemente, é ela própria responsável por instabilidades e crises sociais, que exigirão, mais cedo ou mais tarde, a ação do Estado, seja para reprimir os conflitos, seja para minorar o problema da população oprimida.

Além disso, a própria sociedade paga pela crise de insegurança. Sob o pretexto de dar mais proteção às pessoas, alguns direitos básicos são suprimidos, como o direito à inviolabilidade do domicílio e das comunicações”.

Por esta razão, a preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais deve ser redobrada; para que a sede pelo dinheiro e pelo poder, alimentadas pela ganância do sistema capitalista, não se sobreponham aos direitos mais básicos dos indivíduos. Em especial, no que tange ao direito de trabalhar, que está intrinsecamente relacionado com este sistema econômico.

2.4 A compreensão do direito de trabalhar como direito fundamental social

A Constituição brasileira de 1988, nos moldes do histórico anteriormente explicitado, buscou superar trinta anos de supressão de liberdades em razão de regimes ditatoriais e

autoritaristas, a qual, conforme Marmelstein (MARMELSTEIN, 2016, p. 64), contém exposto simbolismo, apesar de não ser efetivada em sua integralidade por ausência de interesse político.

Nesse sentido, o ilustre professor destaca o discurso do então Presidente da Assembleia Constituinte Ulysses Guimarães.

“O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã”.

Dessa forma, fica evidente a importância conferida pelo legislador aos direitos fundamentais, mesmo diante da pluralidade de valores ideológicos que ela visa a conciliar; como se percebe pela sua estrutura. No art. 5º, dispõe sobre os direitos e deveres individuais e coletivos; nos arts. 6º a 11, sobre os direitos sociais; nos arts. 12 e 13, sobre a nacionalidade; e nos arts. 14 a 17, sobre os direitos políticos.

Os direitos trabalhistas estão situados no capítulo dos direitos sociais, os quais são considerados como fundamentais, mas que possuem a peculiaridade de serem destinados às empresas privadas e não ao Estado, apesar de seu conteúdo possuir eminentemente um caráter público como elucidada o Prof. Marmelstein (MARMELSTEIN, 2016, p. 198), que traz interessantíssima observação.

Esses direitos trabalhistas podem ser sintetizados na fórmula contida no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

“1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses”.

Toda essa importância conferida aos direitos trabalhistas é bastante salutar, dada a importância crucial do trabalho na vida do homem. Primeiramente que, em decorrência do sistema capitalista, o trabalho se torna a principal (quase única) fonte de renda capaz de garantir

a toda a família uma vida nos padrões adequados e que respeitem a dignidade da pessoa humana. Em segundo lugar, vem a sua importância no aspecto biopsicossocial do indivíduo.

Tanto é assim que a Constituição Federal elegeu os valores sociais do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF).

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Desde os tempos remotos, o trabalho possui esse caráter essencial para a promoção da dignidade humana e em poucas palavras é possível compreender o porquê desse consenso em relação aos benefícios de atividades laborais. Na esfera fisiológica, desde os primórdios da humanidade o trabalho faz parte da vida do homem, mesmo quando não lhe era devida nenhuma contraprestação, uma vez que se ele não se levantasse para caçar, pescar, construir seu abrigo, provavelmente nem ele nem toda a comunidade da qual fazia parte sobreviveriam.

Com o decorrer dos anos, o sistema foi se desenvolvendo, ampliando a população e conseqüentemente a demanda por bens e serviços, surgindo a necessidade de haver trocas entre os pequenos produtores para se satisfazer todas as necessidades dos grupos, o que deu origem ao comércio, e, com ele, a contraprestação pelo trabalho do indivíduo, trazendo à tona a esfera econômica do trabalho.

Em um momento no qual a organização estrutural do sistema já estava mais consolidada e os direitos dos trabalhadores mais resguardados, como no período pós-Revolução Industrial, a esfera social dos indivíduos se pôs em evidência, uma vez que passou a ser determinante para a promoção de sua interação com um grupo social.

No Brasil, foi com o Populismo de Getúlio Vargas que a questão tomou maiores proporções, uma vez que foi o momento em que direitos trabalhistas mais foram assegurados, ficando este presidente conhecido como “o pai dos pobres”, devido à sua legislação protetiva, responsável, em grande parte, pela promoção de seu governo.

Atualmente, a questão que está tomando maiores proporções é a psicológica. Afinal, compreendido o trabalho como atividade essencial tanto para o ser humano quanto para o capitalismo, e superadas as questões mais críticas sobre o tema, com a garantia de direitos mínimos aos trabalhadores, a discussão hoje gira em torno da qualidade do meio ambiente de trabalho, estando em pauta a discussão no que tange ao “o contrato psicológico de trabalho”. (FRANÇA, 2008, p. 30)

O Contrato Psicológico é um fenômeno psicossocial que ocorre sempre que se constroem vínculos, em que entra em jogo a satisfação de necessidades de duas ou mais partes. No caso do contrato empregado-empresa, os aspectos desenvolvidos são as habilidades, a performance e as características pessoais, os sistemas, as políticas e os serviços organizacionais. Os seus agentes são: a pessoa física, o empregado, a pessoa jurídica e a empresa.

Trata-se, ainda, de um conjunto de expectativas que se estabelecem com interesses comuns e, algumas vezes, conflitantes. Handy (1978) situa esse processo como sendo o de perceber quem dá o que a quem e com referência a quê.

Assim, depreende-se deste conceito que o contrato de trabalho psicológico envolve um conjunto de expectativas que não necessariamente estão explícitas do instrumento contratual, tais como a prestação de serviço com zelo e diligência pelo trabalhador, o seu comprometimento com a empresa e sua lealdade.

Já da parte da empresa, espera-se o tratamento cordial e profissional para com seus subordinados, a proporcionalidade e a razoabilidade na distribuição de tarefas e o cumprimento das obrigações contratuais mínimas, tais como o pagamento de salário no prazo adequado e a continuidade da relação de emprego.

No entanto, o *jus variandi* não raro é confundido com uma espécie de “poder absoluto” pelo empregador, o qual passa a conceber que, pelo fato de ele arcar com os lucros e com os riscos da atividade empresarial, ele poderia tomar quaisquer providências que visassem precipuamente a resguardar o seu próprio patrimônio, mesmo que isso custe a infração de normas trabalhistas (as quais costumam a ser as primeiras a serem violadas, uma vez que seus custos geralmente representam a maior parte das despesas das empresas).

É nesse momento em que reside a importância dos instrumentos que visem a resguardar os direitos trabalhistas individuais. Afinal, é cediço que a paridade de armas não existe nas relações de emprego, devido à presença da subordinação como requisito essencial para a sua configuração. Ora, como alguém que é subordinado a outrem, que cumpre suas ordens, que por conta dele recebe seu salário pode competir em igualdade com quem detém todos os meios de produção?

Quando direitos trabalhistas são lesados, a legislação deve fazer o possível para repará-los, observando o princípio da proteção ao trabalhador, porquanto este constitui a base do sistema capitalista (que depende da circulação de capital, por meio do consumo e só há consumo se houver indivíduos com dinheiro, o que só existe – de forma honesta – com trabalhadores assalariados) e se a base desmoronar, com ela vai todo o sistema, conforme se viu com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York em 1929.

Dessa forma, sem dúvida, o maior desses problemas é a dispensa sem justa causa, que hoje ocorre indiscriminadamente, em virtude da ausência de proteção efetiva da continuidade da relação de emprego. Apesar de haver vedação constitucional (art. 7º, I, CF), até hoje ainda não foi editada uma lei que estipulasse qual a indenização complementar, motivo pelo qual se aplica ainda hoje a indenização de 40% do FGTS,

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Dessa forma, o entendimento que perdura é o de que o referido dispositivo consistiria em norma constitucional de eficácia limitada, admitindo, portanto, a “denúncia vazia”, ou seja, podendo o empregador despedir sem qualquer justificativa social, jurídica, econômica ou técnica, desde que pague as verbas trabalhistas.

Todavia, esse não é o posicionamento que vem sendo mais aceito pelos juristas, que defendem que a Constituição possui todo um aparato normativo que, interpretado conforme os princípios hermenêuticos da unidade do texto constitucional, efeito integrador, da máxima efetividade e da interpretação conforme a Constituição, somente pode admitir pela aplicabilidade imediata desta norma. Nesse sentido, Ênio Pacheco Lins (LINS, 2011, p. 80).

Sob o regime constitucional adotado no Brasil, no que concerne à proteção do trabalho e do trabalhador, erigindo o trabalho ao patamar de fundamento da República, fundamento da ordem econômica e da ordem social, e fixando como princípios constitucionais fundamentais a dignidade humana, a igualdade, a justiça social, a busca do pleno emprego, dentre outros, outra alternativa não resta ao intérprete pátrio senão conceder máxima eficácia e aplicabilidade ao inciso I do art. 7º da Carta da República.

Para consolidar o sistema constitucional de proteção do trabalho, o referido autor destaca ainda o princípio internacional da prevalência dos direitos humanos, o princípio da proteção do trabalhador e o princípio da continuidade da relação de emprego. O que corrobora a posição que defende a aplicabilidade imediata do art. 7º, I, da CF.

Caso contrário, o quadro jurídico-laboral, que já é dos mais difíceis e cruéis, marcado por elevados índices de desemprego, pela dificuldade de acesso à Justiça do Trabalho durante a vigência do contrato de trabalho e pelo esvaziamento das garantias provisórias de emprego, já que, com o término dos prazos legais os empregadores geralmente dispensam os obreiros,

tende a se agravar, ferindo de morte a dignidade do ser humano trabalhador, que se vê inserido em uma situação de permanente incerteza e instabilidade social e econômica (LINS, 2011).

Por isso, Ênio Pacheco Lins (LINS, 2011, p. 81) tece pertinente observação.

Ora, atribuir ao empregador um “super-poder”, qual seja, o poder de extinguir a qualquer momento e a todo tempo a relação de emprego sem qualquer motivação juridicamente reconhecida, deixando o empregado em situação de absoluta instabilidade econômico-financeira parece uma prerrogativa jurídica absolutamente violadora da dignidade humana do trabalhador. O trabalho, na maioria esmagadora dos casos concretos, é a única fonte de renda do empregado, por isso é preciso que haja um motivo plenamente razoável em termos jurídicos para que se ponha término ao pacto de emprego, ainda que não haja uma falta grave do obreiro.

Compreendida a profundidade da situação, passa-se a analisar quais são os mecanismos utilizados atualmente com vistas a resguardar as relações de emprego e a evitar o completo colapso do sistema econômico nacional.

3 MECANISMOS EXISTENTES PARA GARANTIR A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO TRABALHADOR

Conforme elucida Natália Queiroz Cabral Rodrigues (RODRIGUES, 2017), apesar de os direitos sociais constarem do rol constitucional de direitos fundamentais, o interesse privado ainda é bastante pujante, o que traz à baila a necessidade de que se desenvolvam mecanismos para que os garantam.

3.1 A teoria da imprescritibilidade dos créditos trabalhistas na constância da relação de emprego

Ante à ausência da previsão de garantia contra dispensa arbitrária em lei complementar, conforme previsto no texto constitucional (art. 7º, I, CF), alguns juristas têm desenvolvido teorias que compatibilizem o poder disciplinar do empregador com os princípios protetivos do Direito do Trabalho, que visam a trazer equilíbrio jurídico para relações naturalmente desequilibradas.

Hodiernamente, ainda prevalece a concepção de que a alteridade do empregador se sobrepõe às necessidades dos trabalhadores, devido ao seu direito potestativo de rescisão contratual; por ser ele quem suporta os riscos da atividade empresarial. No entanto, essa

possibilidade de dispensa sem necessidade de qualquer motivação vai de encontro ao espírito da legislação trabalhista e constitucional analisada no primeiro capítulo deste trabalho.

Por este motivo, surge um movimento que visa a resgatar a autoridade plena da ordem jurídica brasileira. Nesse sentido, suscita-se a imprescritibilidade dos créditos trabalhistas na constância da relação de emprego. Apesar de essa teoria não ser amplamente aceita pelos tribunais², é pertinente tecer alguns comentários sobre o assunto e sobre sua repercussão no âmbito do acesso à Justiça do Trabalho.

Como o próprio Min. Vantuil Abdala, em entrevista para a revista eletrônica *Jus Vigilantibus* (2003, on line), afirmou:

a ameaça de desemprego faz com que o trabalhador não reivindique os seus direitos. O medo de perder o emprego faz com que ele aceite o desrespeito a seus direitos e leva até mesmo o empregado que já perdeu o emprego a não reclamar seus direitos por medo de passar a figurar nas listas negras feitas por empresas.

O medo do desemprego é real, tanto que a Confederação Nacional da Indústria realiza periodicamente pesquisa para quantificar o índice do medo de desemprego, o qual subiu para 66,1 pontos em julho deste ano. Ressalta-se que o valor é 1,8 ponto superior ao registrado em março e está 17,3 pontos acima da média histórica que é de 48,8 pontos (CNI, 2017, on line).

² “II – MÉRITO: 1. Prescrição quinquenal: A reclamada pretende a pronúncia da prescrição quinquenal. Invoca o art. 7º, XXIV, da Constituição. O Juízo de origem deixou de pronunciar a prescrição quinquenal por entender que esta é inaplicável no curso do contrato de trabalho, considerando que, até o momento, não houve edição de Lei Complementar prevendo garantias contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, conforme previsto no inciso I do art. 7º da Constituição. A douta magistrada, em suma, assim concluiu: [...] enquanto não garantida a plena eficácia do sistema de garantia contra a despedida arbitrária de que cogita o art.7º da Constituição, a vigência do contrato de emprego constitui elemento impeditivo ao fluxo do prazo prescricional, cuja contagem, portanto, tem início tão-somente após o rompimento da relação. Em decorrência, não havendo sequer decorrido mais de 02 anos entre o término do contrato (sequer ocorrido ao tempo do ingresso da ação) a data de ajuizamento da presente demanda (menor prazo previsto na Constituição para extinção da pretensão referente à violação de créditos trabalhistas), inexistente prescrição a ser pronunciada no caso em apreço. Analiso. **O entendimento da eminente julgadora de origem, embora respeitável diante do seu conhecido saber jurídico, é isolado e contraria toda a jurisprudência que se formou desde a promulgação da Constituição de 1988. O art. 7º, XXIX, da Constituição, data vênua, não demanda interpretação sistemática, sendo de autoaplicação imediata, de modo que, ajuizada a presente ação na data de 11.04.2016, estão prescritas as pretensões relativas às parcelas vencidas e exigíveis antes de 11.04.2011.** Dou provimento parcial ao recurso para pronunciar a prescrição quinquenal das parcelas vencidas e exigíveis anteriormente a 11.04.2011 (...) TRT-4 - RO: 00205155220165040004, Data de Julgamento: 09/06/2017, 7ª Turma. Grifos acrescidos”.

Esse medo do desemprego é o fator determinante para que o empregado não seja capaz de propor ação trabalhista para discutir direitos trabalhistas que não foram efetivamente cumpridos. Como bem elucida Márcio Túlio Viana (VIANA, 2008, p. 164),

Suponhamos que um dia eu entre numa padaria, peça um pão e não pague. O que acontecerá? Certamente, a moça (pois é sempre uma moça) me chamará, exigindo o dinheiro. Se eu ignorar seus apelos, é provável que apronte um escândalo.

Mas se, no dia seguinte, eu conseguir emprego noutra padaria, e o patrão não me pagar a hora extra, o que acontecerá? Se a minha coragem permitir, pedirei educadamente que ele me pague; mas caso ele não me atenda, não atendido estarei.

Essa diferença talvez possa ser explicada pelo fato de que - ao contrário do que acontece nos contratos em geral - é o devedor, e não o credor, quem detém o poder no contrato de trabalho.

Em não havendo mecanismo legal hábil a garantir seu emprego (e conseqüentemente o sustento do obreiro), o trabalhador espera que o empregador o dispense para somente então ajuizar a respectiva ação trabalhista, o que deve fazer dentro do prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da CF.

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

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

Dessa forma, na relação de emprego incidem duas prescrições. A extintiva, segundo a qual o trabalhador possui dois anos, contados da data do término do contrato de trabalho, para ajuizar reclamação trabalhista e parcial, para a qual a ação poderá versar sobre os créditos referentes aos últimos cinco anos, contados da data do ajuizamento da ação.

Orlando Gomes (GOMES, 2016, p. 363) conceitua a prescrição como

o modo pelo qual um direito se extingue em virtude da inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular, que, em consequência, fica sem ação para assegurá-lo. (...)

Transcorrido o prazo no qual o direito deve ser exercido, sem que seu titular pratique qualquer ato para conservá-lo, a lei o declara extinto, por via de consequência, trancando a ação judicial de que poderia ele se ter valido para conservá-lo.

Washington Monteiro de Barros (BARROS, 2015, p. 377) elucida a importância da prescrição, como um instituto que resguarda a segurança jurídica,

Como demonstra Cunha Gonçalves, a prescrição é indispensável à estabilidade e à consolidação de todos os direitos; sem ela, nada seria permanente; o proprietário jamais estaria seguro de seus direitos, e o devedor livre de pagar duas vezes a mesma dívida.

Nesse sentido, para Alice Monteiro de Barros (BARROS, 2008) a prescrição consiste em um instituto cujo objetivo se resume a trazer aos contratantes, no campo obrigacional, certeza e tranquilidade jurídica, sendo, assim medida de política jurídica, de paz social.

Apesar da relevância do instituto para a paz social, em algumas situações devido às suas peculiaridades, não corre prescrição, como se vê no art. 197, do Código Civil (CC).

Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Isso ocorre uma vez que nas três situações existem relações quase simbióticas e bastante complexas entre os envolvidos. Ora, enquanto cônjuges, a comunhão de vida e de bens torna quase que impossível o ajuizamento de ações um contra o outro, o que desestabilizaria a família; por isso, o legislador optou, para resguardar de um lado os direitos (porquanto uma vez prescritos, haveria renúncia tácita e não poderiam mais ser questionados) e de outro a estabilidade das relações familiares.

De forma semelhante ocorre nas situações dos ascendentes com seus descendentes e dos tutelados ou curatelados com seus tutores os curadores, mas com um quê a mais. Ocorre que entre estes há uma relação de dependência para com seus assistentes ou representantes. Portanto, além de visar a resguardar o direito de ação e a estabilidade familiar, visa a proteger o descendente, tutelado ou curatelado que depende financeira e biologicamente, na maioria das vezes, de seu ascendente, tutor ou curador.

Diante do exposto, não se compreende porque os juristas têm tanta dificuldade de aceitar a peculiaridade tão semelhante existente na relação de emprego que justificaria a imprescritibilidade das verbas no curso da relação de emprego.

Na relação de emprego, é o empregador que detém todos os meios de produção; é o empregador que possui – em virtude de interpretação legal deficiente – o direito potestativo de dispensa imotivada do trabalhador; é ele que pode exercer o poder disciplinar, dentre outros. Por esse motivo, Marco Túlio Viana (VIANA, 2008) assevera que o princípio da proteção

decorre do poder social, que um dos integrantes da relação de emprego exerce sobre o outro, que a ele é subordinado.

E essas características da relação de emprego têm consequências severas, como elucidada Jorge Souto Maior (SEVERO e MAIOR, 2010, p. 09), que concebe a esta sistemática como uma “ode à renúncia a direito alimentar”.

Ora, um empregado, a quem não se atribua garantia de manutenção no emprego, não é um credor que poder agir, e, concretamente, bem se sabe, não o faz. Se agir, perde a fonte de subsistência. Se não agir, perde a possibilidade de exercer sua pretensão.

Dessa forma, o único questionamento possível deveria ser o de onde está a paridade de armas que possibilite o obreiro de buscar na Justiça seus direitos lesados enquanto é tempo, ou seja, enquanto não transcorrido *in albis* o prazo prescricional, o que justificaria a incidência da prescrição da forma como é hoje.

Não sendo viável a pretensão ao pagamento de verbas trabalhistas no curso da relação de emprego, não se pode contabilizar durante a mesma o prazo prescricional. Caso contrário, de nada adianta a consagração do princípio da irrenunciabilidade dos direitos dos trabalhadores em sua forma expressa, se o mesmo não é garantido em sua forma tácita (e é nisso em que consiste a prescrição: em uma renúncia tácita pelo decurso do tempo).

Nesse sentido, Jorge Souto Maior (SEVERO e MAIOR, 2010, p. 08) defende que a existência da relação empregatícia constitui causa impeditiva do curso da prescrição.

Já é hora de pararmos de fazer de conta que o empregado pode propor ação trabalhista durante a vigência da relação de emprego. Já é hora de encararmos a realidade de que em um país de milhões de desempregados, no qual se nega diariamente proteção contra a despedida, é no mínimo contraditório propor uma valorização social do trabalho, apregoar a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e, ao mesmo tempo, permitir a agressão sistemática de direitos durante o curso da relação de emprego, legitimada pela impossibilidade concreta de reação dos trabalhadores, sem a proteção contra a dispensa arbitrária, e tornada definitiva pelo pronunciamento da prescrição.

No entanto, não se pode olvidar que a segurança jurídica é princípio constitucional que possui o inegável escopo de velar pela paz social. Mas, em contrapartida, o acesso à justiça e os direitos trabalhistas básicos também possuem caráter constitucional. Dessa forma, quando duas normas de origem constitucional entram em conflito, devemos adotar a sistemática do sopesamento de princípios (BONAVIDES, 2006).

Se observarmos com atenção, é possível conciliar a segurança jurídica com os direitos dos trabalhadores (ressaltado o caráter alimentar da verba) com a imprescritibilidade dos direitos trabalhistas no curso da relação de emprego. Admitir o contrário, em contraponto

absoluto, significa, de forma analógica, afirmar que não existe segurança jurídica nas hipóteses do art. 197, do CC, tão somente pela incidência de causa impeditiva da prescrição nestes casos.

No entanto, mesmo com todos os argumentos desta teoria, a jurisprudência ainda tem preferido julgar pela renunciabilidade tácita de direitos essencialmente indisponíveis a relativizar a segurança jurídica.

3.2 A Convenção 158 da OIT e a luta contra a despedida arbitrária

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) surgiu em 1919, promovendo a paz universal e permanente por meio da efetivação da justiça social, ao atuar no sentido de que as pessoas tenham acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, a fim de reduzir as desigualdades sociais (OIT, 2017).

Para tanto, é responsável por formular e aplicar normas internacionais do trabalho, tais como convenções e recomendações. Como bem pontua Brena Bomfim (BOMFIM, 2017), por força da Convenção de Viena de 1969, ratificada pelo Brasil em 14 de dezembro de 2009, as convenções da OIT constituem tratados internacionais e, mais especificamente, tratados multilaterais abertos, ou seja, que não possuem destinatário certo, uma vez que estão abertas à ratificação pelos países-membros da OIT (MAZZUOLI, 2015).

Dessa forma, resta claro que para que as convenções tenham eficácia e aplicabilidade no direito interno de um país, elas devem ser por ele ratificada, constituindo este o primeiro momento do mecanismo de incorporação. O segundo momento é o de internalização segundo as normas nacionais, as quais, no Brasil, encontram-se dispostas nos arts. 49, I e 84, VIII, da CF (MAZZUOLI, 2011), quais sejam a competência privativa do Presidente da República para celebração dos tratados, sob o referendo do Congresso Nacional, lá na fase internacional; enquanto aquele remete à competência exclusiva do Congresso para resolução definitiva sobre os tratados em geral que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (BOMFIM, 2017).

Contudo, ao contrário do que ocorre na Teoria Geral do Direito dos Tratados (BOMFIM, 2017), as Convenções da OIT exigem (art. 19, §5º, “b” e “d”, da Constituição da OIT) a obrigação formal do membro que ratificou o tratado de submetê-lo ao crivo da autoridade competente para aprovar tratados, indicada pelo Direito interno (MAZZUOLI, 2013), que no Brasil é o Congresso Nacional.

Imperioso destacar que, apesar de essa aprovação possuir dois momentos, em virtude do art. 27 da Convenção de Viena de 1969 – o qual veda que os Estados invoquem as disposições do direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado –, a doutrina internacionalista pátria aponta o Brasil como monista das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal (BOMFIM, 2017).

Nesse sentido, Arnaldo Süssekind (SÜSSEKIND, 2002, p. 72-73)

o Brasil adota a concepção monista. Esse entendimento resulta da circunstância de não poder o Poder Executivo ratificar o diploma internacional sem que ele haja sido aprovado, por Decreto Legislativo, pelo Congresso Nacional. Outrossim, o art. 5o da Constituição de 1988, que relaciona os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivas, prescreve no seu § 2o que eles não excluem os decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Por isso mesmo a própria Carta Magna possibilita o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou negar-lhe vigência (ar. 105, n. III).

Uma das mais conhecidas convenções da OIT é a Convenção nº 158, acerca do término da relação de emprego por iniciativa do empregador. Algumas de suas disposições são: que só haverá término da relação de trabalho se existir causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço; que não deve haver término por motivo relacionados ao comportamento ou desempenho do trabalhador antes da possibilidade de defesa; que se o trabalhador considerar o término injustificado, poderá haver recurso contra o término e que cabe ao empregador a prova da existência de uma causa justificada para o término; além do direito à indenização por término de serviços e seguro-desemprego (OIT, 2017).

Já em relação às disposições formais, tem-se que “a Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após a data de registro de sua ratificação” e que “todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la ao expirar o prazo de dez anos, contados da data inicial da vigência da Convenção, por meio de um ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia somente se tornará efetiva um ano após haver sido registrada” (OIT, 2017).

O Brasil aprovou o texto da Convenção em 16 de setembro 1992 – Decreto Legislativo nº 68 –, ratificou a Convenção em 05 de janeiro de 1995 e a promulgou em 10 de abril de 1996 – Decreto nº 1855 (OIT, 2017). Dessa forma, o período de vigência nacional seria da data da ratificação até 05 de janeiro de 1996 (doze meses após o registro da ratificação).

Esses dados são importantes, uma vez que o Presidente da República, em 20 de dezembro de 2016, por meio do Decreto nº 2100, denunciou a convenção (OIT, 2017); o que

causou uma polêmica que culminou com a ADI nº 1625 e com a ADC nº 39, as quais atualmente encontram-se conclusas ao relator (STF, 2017), uma vez que não está pacificado se o Presidente pode, por ato próprio denunciar tratados internacionais, cuja ratificação, tal como visto, é condicionada à aprovação do ato pelo Congresso Nacional (BOMFIM, 2017).

Ademais, ainda se perfaz outra celeuma, uma vez que a convenção somente pode ser denunciada nos doze meses decorrentes entre a ratificação e sua entrada em vigor. Não sendo assim, a Convenção somente pode ser alvo de denúncia após dez anos do início de sua vigência, e mesmo assim durante os 12 meses subsequentes a cada decênio, como se depreende de sua redação (MAIOR, 2004); o que não ocorreu segundo as informações acima expostas.

O deslinde dessas ações são de importância fundamental, posto que enquanto o dever de motivação quando da dispensa do trabalhador não fizer parte da realidade brasileira, continuaremos negando vigência ao texto constitucional (MAIOR, 2004). A Convenção nº 158 foi um passo fundamental nesse sentido, como defende Souto Maior (MAIOR, 2004, on line),

estando de acordo com o preceito constitucional estatuído no art. 7º, inciso I, complementa-o, não havendo qualquer validade no argumento de que a ausência de lei complementar, em razão de seu quórum qualificado, nega a aplicabilidade da Convenção, até porque a formação de uma Convenção, que se dá no âmbito internacional, exige muito mais formalismos que uma lei complementar, sendo fruto de um profundo amadurecimento internacional quanto às matérias por ela tratadas.

Ademais, o caráter complementar dos tratados internacionais, a prevalência dos direitos humanos como princípio internacional das relações da República Federativa do Brasil (art. 4º, II, CF), o *status* do trabalho de direitos humanos e a compatibilidade da Convenção em questão com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, fazem com que a invalidade da denúncia da Convenção seja imperativa. A qual, mesmo que seja compreendida como lei ordinária (e não complementar, como exige o art. 7º, I, da CF), deve ser devidamente aplicada, especialmente pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de não haver hierarquia entre lei ordinária e lei complementar – RE 146.733; RE 84.994-SP (RTJ 87/204); e ADin 1-DF (RTJ 156/721) –, conforme elucida Souto Maior (MAIOR, 2004).

Afinal, sua vigência no Brasil pode acarretar em uma evolução na luta contra o desemprego, tanto em relação às despedidas individuais quanto às coletivas. E, apesar de seu texto ser considerado bastante ousado, nas palavras de Souto Maior (MAIOR, 2004, on line)

não traz às relações de trabalho uma armadura para retirar do empregador o controle de sua atividade empresarial, apenas vem, de forma plenamente compatível com nosso ordenamento jurídico, impedir aquilo que a moral — que muitas vezes coincide com o direito, lembre-se de Karl Larenz ao cuidar da invalidade do ato jurídico pela noção de imoralidade — já reclamava: impedir que um empregador dispense seu empregado

por represálias ou simplesmente para contratar outro com salário menor. No caso de real necessidade para a dispensa, esta, em alguma das hipóteses mencionadas, está assegurada.

Especialmente no que tange às dispensas coletivas, as quais, não raro, são imotivadas, extrapolando o *jus variandi* do empregador e passando a constituir abuso de direito, por quebra da boa-fé objetiva, que leva à constante ameaça do desemprego; sendo necessária maior regulamentação destas dispensas (MAIOR, 2004), a fim de que se proteja não somente o emprego, mas especialmente a dignidade do trabalhador.

3.3 O Fundo de Garantia de Tempo de Serviço como indenização compensatória

Apesar das críticas em torno da inefetividade do art. 7º, I, da CF, de que, mesmo após vinte e nove anos do texto constitucional, ainda permanece sem a devida regulamentação legal, o que tem sido causa da insatisfação de grande parte dos juristas – que ressaltam a violação à diversos princípios constitucionais –, deve-se destacar que o trabalhador não se encontra completamente desamparado, uma vez que o art. 10, I, do ADCT prevê, como regra transitória, a indenização compensatória de 40% do FGTS até que seja promulgada a lei complementar do art. 7º, I, da CF.

No entanto, nem sempre foi assim. Anteriormente à CF/88, prevaleciam as regras da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) presentes nos arts. 477 e 478. As quais eram bastante rígidas, conforme bem explana Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2017, p. 1266)

Previa esse modelo a combinação de duas sistemáticas: em primeiro lugar, a presença de indenizações crescentes em virtude do tempo de serviço, em situações de dispensas desmotivadas anteriores a dez anos (antigos artigos 477 e 478, caput, CLT, hoje tacitamente revogados); em segundo lugar, a presença da estabilidade no emprego, após dez anos de serviço junto ao mesmo empregador — prazo que foi jurisprudencialmente reduzido para efetivos nove anos de serviço (art. 492, CLT; antigo Enunciado 26, TST).

Dessa forma, percebe-se que o óbice legal à dispensa existia para os empregados com mais de dez anos de serviço junto ao mesmo empregador, sendo inclusive passível de reintegração. Entretanto, em relação às dispensas imotivadas dos empregados que não estivessem no mesmo emprego há todo esse tempo, havia uma indenização proporcional ao tempo de serviço, o que constituía verdadeiro óbice econômico (DELGADO, 2017).

Por esse motivo, o sistema era bastante criticado, que, por sua rigidez excessiva, causava desconforto aos empresários, os quais, ainda conforme o Min. Godinho, enxergaram no regime

autoritário de 1964 e na política neoliberal a possibilidade de alterar esses dispositivos, sendo promulgada em 1966 a legislação relativa ao FGTS. De início, este sistema surgiu com a necessidade de uma opção expressa por ele, a qual teria o efeito de excluir o empregado do sistema de indenizações crescentes.

Esse novo sistema retirou os limites jurídicos às dispensas imotivadas e reduziu o obstáculo econômico às rescisões contratuais; tendo, aos poucos, extirpado a antiga estabilidade decenal do ordenamento jurídico, o que culminou com a promulgação da Constituição de 1988, a qual foi responsável por universalizar a sistemática do FGTS, revogar o sistema celetista clássico e por criar regras que visam a restringir a dispensa arbitrária.

Tais mudanças ocorreram (DELGADO, 2017) com a eliminação da exigência de opção escrita pelo FGTS, com sua expansão para abranger todos os trabalhadores (sendo os domésticos incluídos obrigatoriamente *a posteriori*, com a LC 150/2015), com a previsão no art. 7º, I, da CF, da necessidade de motivação para a dispensa dos trabalhadores, a previsão do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Entretanto, como destaca Jorge Souto Maior (SEVERO e MAIOR, 2010), o direito ao FGTS como indenização compensatória, assegurado no art. 10, I, do ADCT, não pode ser visto como um direito que negue garantia maior aos trabalhadores. Afinal, o próprio art. 7º, em seu *caput*, dispõe acerca dos “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Ou seja, estabeleceu-se o “princípio da progressividade das garantias ao trabalhador”.

Ademais, a própria redação do ADCT afirma que o FGTS só será utilizado “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição”. Ou seja, só valerá enquanto não votada a referida Lei Complementar.

Segundo Souto Maior, a Constituição ao proibir a dispensa arbitrária acabou por criar uma espécie qualificada de dispensa, sem lhe conferir a necessária regulamentação (SEVERO e MAIOR, 2010, p. 04).

passam a existir quatro tipos de dispensa: a) a imotivada (que ora se equipara à dispensa arbitrária); b) a motivada (mas sem justa causa); c) a com justa causa (art. 482, da CLT); e d) a discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95);

A dispensa imotivada equipara-se à dispensa arbitrária e é proibida constitucionalmente. A dispensa motivada (ou sem justa causa) dá ensejo ao recebimento pelo empregado de uma indenização equivalente a 40% sobre o FGTS. A dispensa com justa causa, devidamente comprovada, nos termos do art. 482, da CLT, provoca a cessação do vínculo sem direito à indenização. A dispensa discriminatória vem expressa quanto à definição e aos seus efeitos na Lei n. 9.029/95, dando ensejo à reintegração ou indenização compensatória.

Diz-se, ainda, que a Constituição, ao fixar o direito ao FGTS para todos os empregados, indistintamente, tornou-se incompatível com sistemas de garantias gerais de emprego (SEVERO e MAIOR, 2010). Todavia, tal afirmativa não procede, na medida em que estendeu o Fundo a todo e qualquer empregado (com exceção ao doméstico), foi responsável por eliminar a incompatibilidade entre os dois sistemas (DELGADO, 2017).

No entanto, apesar de consistir em certo retrocesso, quando comparado ao regime celetista estável clássico, não há como negar o eminente caráter social do FGTS, na medida em que representa uma poupança forçada do empregado, na qual o empregador é obrigado a depositar mensalmente o equivalente a 8% de sua remuneração e somente pode ser utilizado em hipóteses específicas que visam a resguardar o financiamento habitacional, o saneamento básico, a infraestrutura e a saúde do trabalhador (SOUZA, 2015).

O art. 20, da Lei nº 8.036/90 prevê as hipóteses de movimentação da conta vinculada, quais sejam: (i) a despedida sem justa causa, abrangendo também a indireta, de culpa recíproca e força maior, (ii) encerramento de atividades da empresa, por morte, extinção total, dentre outras, (iii) aposentadoria concedida pela Previdência Social, (iv) falecimento do trabalhador, hipótese em que o saldo será devido aos seus dependentes, (v) pagamento de prestações decorrentes do financiamento habitacional, seja no momento da compra ou para amortizar a dívida, para a aquisição de moradia própria (vi) permanência do trabalhador por três anos ininterruptos fora do regime do FGTS, com o saque a partir do mês do aniversário do titular da conta, (vii) extinção total do contrato a termo, (viii) suspensão do trabalho do avulso por período igual ou superior a 90 dias, (ix) o trabalhador ou seus dependentes forem acometidos por neoplasia maligna, HIV ou outra doença grave (se estiver em estágio terminal), (x) aplicação dos valores em fundo de investimento em títulos e valores mobiliários, (xi) o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos, (xii) necessidade pessoal para casos de calamidade pública, e (xiii) integralização de quotas do FI-FGTS (fundo de investimento criado para aplicar recursos em construção, reforma, ampliação de rodovias, portos, energia e saneamento).

Diante do exposto, percebe-se sua finalidade precípua de promover melhores condições de vida, por meio do suprimento de necessidades básicas do obreiro. O que se materializa pela destinação específica dos recursos levantados desta poupança, o que não é de todo mal para a classe trabalhadora.

Além de sua finalidade social, está presente também a econômica, uma vez que os recursos depositados são de grande valia para o Governo Federal, levando em consideração as obras que são financiadas por esse meio (SOUZA, 2015).

No entanto, como já foi afirmado, anteriormente, o regime do FGTS, apesar de possuir bastantes benefícios aos trabalhadores, não pode ser tido como óbice ao reconhecimento de direitos adicionais. Tal posicionamento inclusive violaria o texto constitucional. Por isso, mesmo que não haja opção por algum tipo de garantia de emprego é necessário que seja editada a Lei Complementar a que se refere o art. 7º, I, da CF, a fim de que se dê a maior efetividade às normas e princípios constitucionais.

3.4 Estabilidades provisórias: a garantia de emprego aos grupos de risco

A garantia de emprego consiste na vantagem jurídica transitória deferida ao empregado em virtude de este se encontrar em circunstância de caráter especial, a fim de que se assegure a continuidade da relação de emprego independente da vontade do empregador, restringindo, por conseguinte, a extinção dos contratos de trabalho (DELGADO, 2017).

Desse modo, para a doutrina e jurisprudência majoritárias, durante a garantia, haveria óbice à dispensa do trabalhador (o qual possui direito à reintegração ou à indenização substitutiva no caso de violação de sua garantia de emprego), mas tão logo essa termine, o empregador poderia dispensar sem necessidade de motivação. No entanto, ressalta-se que há crescente corrente doutrinária que restringe esse entendimento, como bem representa Carlos Henrique Bezerra Leite (LEITE, 2017, p. 576)

Data venia, ousamos divergir desse entendimento, porquanto pensamos que, à luz da moderna hermenêutica constitucional, a construção teórica do direito potestativo patronal de resilir o contrato de trabalho típica do Estado liberal mostra-se incompatível com os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito inaugurado com a CF/88, como os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre-iniciativa, da função social da empresa, da função social do contrato, da busca do pleno emprego e da relação empregatícia protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa.

O dirigente sindical, nos termos do art. 8º, VIII, da CF, possui a vedação de sua dispensa desde o registro de candidatura até um ano após o término do mandato, mesmo se suplente, salvo se cometer falta grave apurada por inquérito judicial (Súmula 379, TST). Segundo Maurício Godinho (DELGADO, 2017), esta garantia sindical abrange também a inamovibilidade tanto do dirigente quanto de seu suplente, uma vez que o art. 543, da CLT, dispõe que “não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais”.

Essa garantia decorre do fato de o dirigente sindical atuar diretamente na defesa de interesses da categoria profissional, por meio da promoção de sua participação, de sua organização e de sua mobilização. Possui, portanto, papel fundamental para apoiar as reivindicações sindicais, inclusive eventuais greves e negociações coletivas, o que geralmente causa descontentamento dos empregadores, que podem ver em seu papel um óbice à sua permanência do emprego. Por este motivo, a Constituição Federal previu tal estabilidade.

O mesmo ocorre com os diretores das cooperativas de empregados. Destaca-se que estas constituem sociedade de pessoas que celebram contrato para “contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”, ou seja, sua razão de ser é prestar serviços aos seus associados.

A diretoria é responsável por administrar a cooperativa e, atua em benefício dos empregados associados, sendo possível o atrito de interesses entre diretores e seus empregadores, motivo pelo qual se assegura a garantia de emprego aos dirigentes nos mesmos moldes dos dirigentes sindicais – pelo período de um ano contado do registro de candidatura e apurada por inquérito judicial –, mas sem abranger os suplentes (art. 55, da Lei nº 5.764/71).

Os empregados membros do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) possuem garantia de emprego desde a nomeação até um ano após o término do mandato de representação (art. 3º, §7º, da Lei nº 8.213/91), devendo sua falta grave ser apurada por inquérito judicial para que a dispensa seja válida.

Tal garantia é necessária, uma vez que ao CNPS compete, dentre outras: estabelecer as diretrizes e apreciar as políticas aplicáveis; acompanhar e avaliar a gestão previdenciária; apreciar e provar os planos e programas da previdência social e as propostas orçamentárias; apreciar a execução dos planos, programas e orçamentos da Previdência Social; e acompanhar a aplicação da legislação pertinente à Previdência (art. 4º, da Lei nº 8.213/91).

Ou seja, os representantes dos empregados no Conselho de Previdência Social são peças fundamentais para a manutenção dos benefícios previdenciários e para que sejam agregados novos direitos a fim de resguardá-los, o que muitas vezes pode conflitar com os desejos das empresas, gerando certo enfrentamento que justifica a garantia concedida.

Os empregados membros do Conselho Curador do FGTS também possuem garantia de emprego nos mesmos moldes dos dirigentes sindicais (art. 3º, §9º, da Lei nº 8.036/90), desde a nomeação (e não do registro da candidatura) até um ano após o término do mandato, devendo a falta grave ser apurada por inquérito judicial para sua dispensa.

Importante ressaltar que o Conselho Curador do FGTS atua principalmente na elaboração de normas e diretrizes que regem o FGTS que, como visto, possui implicações diretas na vida do empregado, que se beneficia dos valores de 8% de sua remuneração, os quais são depositados obrigatoriamente na conta vinculada do empregado, não sendo o valor descontado de sua remuneração, ou seja é um encargo do empregador; podendo vir a ser, por conseguinte, causa de perseguição do empregado membro deste Conselho que luta para maiores benefícios dos empregados.

Os representantes dos empregados na Comissão de Conciliação Prévia (CCP), titulares e suplentes, têm garantia de emprego até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave (art. 625 – B, §1º, da CLT). Estes atuam como conciliadores nas demandas submetidas a essas comissões e, para tanto, precisam de independência para exercer suas funções de forma plena, sem qualquer óbice ao seu desempenho, a fim de que a chance de conciliação seja máxima.

O empregado membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), ainda que suplente, só pode ser dispensado mediante motivação disciplinar, econômica, técnica ou financeira (art. 482, da CLT) uma vez que atuantes na defesa de interesse de uma categoria profissional. Sendo a garantia “destinada à proteção da incolumidade física, moral e mental de todos os trabalhadores da empresa, e não uma vantagem pessoal” (LEITE, 2017).

Ressalta-se que a Súmula 339, do TST, em seu item II, que a

estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estabilitário.

Tem-se também a garantia de emprego da gestante, uma das mais importantes normas de proteção ao trabalho da mulher e que busca a ampliar a isonomia entre mulheres e homens. Encontra-se prevista no art. 391 da CLT, o qual foi qualificadamente recepcionado pela Constituição Federal, no art. 10, II, b, do ADCT, o qual veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa “da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

Tal garantia é tão ampla que se compreende, atualmente, que a confirmação do estado de gravidez ocorre com a concepção, mesmo que o empregador dele não tivesse conhecimento, possuindo a empregada direito de reintegração até mesmo se a concepção ocorrer no curso do aviso prévio, no contrato por prazo determinado, no contrato de aprendizagem, dentre outros (Súmula 244, TST).

Essa garantia possui importância histórica, uma vez que visou a combater a discriminação que ocorria quando da contratação de empregadas mulheres; mas também, especialmente, visa a assegurar a dignidade da família, assegurando a percepção do salário, tão essencial à sobrevivência dos indivíduos.

Por fim, tem-se a garantia de emprego do trabalhador acidentado, prevista no art. 118, da Lei nº 8.213/91, o qual prevê que o empregado que sofreu acidente de trabalho tem garantida a manutenção de seu emprego pelo prazo de doze meses, o qual se inicia após a cessação do auxílio-doença acidentário.

Estes trabalhadores demandam proteção especial do Estado (LEITE, 2017), na medida que se afastam do serviço, por conta de acidente ocorrido no trabalho, e permanecem recebendo benefício previdenciário. Dessa forma, se não houvesse garantia, haveria grande probabilidade de o empregador o dispensar sem justa causa, ferindo sua dignidade, pelo fato de o empregado estar impossibilitado de prestar serviços.

Do exposto, pode perceber-se que o legislador visou a resguardar o direito ao trabalho, em respeito aos princípios constitucionais, como o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a proteção do mercado de trabalho da mulher, a unidade da Constituição, a máxima efetividade de suas normas, dentre outros.

Afinal, os bens jurídicos tutelados vão muito além do patrimônio, o qual acaba indiretamente resguardando direitos da personalidade (LEITE, 2017), como o direito à vida, o qual, interpretado conforme a Constituição existe uma vida digna, o que, nos moldes do sistema capitalista, somente é possível quando da existência de uma fonte de renda, o qual comumente deriva do recebimento do salário.

Por este motivo, é imperiosa a proteção dos trabalhadores em determinadas situações contra a despedida arbitrária por parte do empregador, com vistas a garantir que não haverá violação de seus direitos mais básicos, os quais são garantidos pela percepção de salário.

É a isso que se deve toda a proteção ao salário, que abrange, dentre outros, a irredutibilidade, a correção salarial automática, o salário mínimo, a intangibilidade salarial, a impenhorabilidade e a restrição à compensação. Se um dos escopos é proteger o salário e para isso o legislador se utilizou de diversas garantias, a proteção ao emprego deve possuir tantas garantias quanto, razão de ser dos institutos analisados.

Diante dessas considerações, um interessante questionamento se faz pertinente. Conforme se depreende do texto, a própria definição do termo “estabilidades provisórias” encontra-se intrinsecamente relacionada a situações em que existe risco real ao emprego e aos

direitos fundamentais do trabalhador, na medida em que, como característica essencial à sua condição, destaca-se a subordinação ao poder do empregador.

Exatamente por este motivo, o legislador elegeu algumas situações mais gravosas para que se concedesse a garantia de que o obreiro não perderia seu emprego, como forma de efetivar alguns de seus direitos mais básicos, como o direito de trabalhar e de lutar pela sua categoria.

Partindo dessas premissas, questiona-se: não seria o acesso à justiça um direito básico que se encontra obstado pelo *ius variandi* do empregador, fazendo jus, portanto a uma eventual garantia provisória de emprego quando da propositura de reclamações trabalhistas no curso da relação de emprego?

É certo que ante a ausência da previsão de garantia contra dispensa arbitrária em lei complementar, conforme previsto no texto constitucional (art. 7º, I, CF), alguns juristas têm desenvolvido teorias que compatibilizam o poder disciplinar do empregador com os princípios protetivos do Direito do Trabalho, visando a proporcionar um equilíbrio jurídico formal para relações naturalmente desequilibradas; o que é posto em cheque no presente tópico é mais uma alternativa a efetivação de direitos fundamentais.

No entanto, para que esta seja pelo menos discutida é necessário que haja certo amadurecimento por parte da doutrina e da jurisprudência, visto que se deve analisar qual seria o tempo adequado (até o julgamento de primeira instância, por exemplo), em quais hipóteses seria aceita (para evitar fraudes), quais os trabalhadores que seriam abrangidos, dentre várias outras situações.

3.5 O princípio da função social da empresa e suas implicações na despedida arbitrária

Um dos pilares da vida em sociedade consiste no direito à propriedade. Com o fim da predominância da ideologia liberal, devido aos recorrentes abusos de poder, frutos da desregulamentação político-econômica (que conseqüentemente acentuou ainda mais as desigualdades sociais), começou a se perceber a real necessidade do intervencionismo estatal em determinadas esferas da vida privada em busca da primazia do bem comum e, por conseguinte, da supremacia do interesse público.

Nesse contexto, difundiu-se o pensamento do risco de se viver em sociedade, uma vez que poderia haver a restrição ou até mesmo a supressão de direitos, sempre em atenção aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, a fim de que se tornasse possível a

convivência em uma sociedade politicamente organizada, embasada, principalmente, no princípio da solidariedade.

É nessa perspectiva que se encara o direito à propriedade, constitucionalmente garantido pelo art. 5º, XXII, da Constituição Federal. Apesar de a propriedade se presumir plena e exclusiva, nos termos do art. 1.230 do Código Civil Brasileiro, deve sempre atender a sua função social (art. 5º, XXIII, CF), mesmo que para isso se faça necessária a intervenção estatal a fim de que ela se adeque à necessidade e ao interesse público, como é possível perceber pelo disposto no art. 5º, XXV, da CF e nos parágrafos do art. 1.228, do CCB.

De outro modo não deve ocorrer com a função social da empresa, a qual, apesar de não estar prevista no Código Civil, encontra previsão específica na legislação infraconstitucional, conforme elucida João Luís Nogueira Matias (MATIAS, 2009, p. 87), citando Luiz Amaral (AMARAL, 2008), devendo ela ser compreendida como

a vinculação do exercício da empresa à concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, do que decorre um complexo de deveres e obrigações, positivas e negativas, impostas aos controladores e administradores, perante os empregados, fornecedores, consumidores, meio ambiente, Estado e toda a comunidade que com ela interage.

Afirma, ainda, que a função social da empresa consiste em princípio jurídico, não sendo apenas uma proposição ética, decorrendo dos princípios da solidariedade social e da função social da propriedade.

Dessa forma, resta evidente que as empresas possuem um compromisso legal com o respeito aos direitos de seus empregados, a fim de manter a continuidade de um contrato de trabalho sadio e manter sua função social, como bem denota Paulo Henrique da Mota (MOTA, 2017, p. 38).

A ordem econômica brasileira, assentada sob dois pilares, o trabalho e o capital, dispõe que ambos devem atuar no desenvolvimento econômico com similar importância, complementando-se. Através do capital, torna-se possível o exercício da livre-iniciativa, que, por sua vez, necessita do trabalho humano para a consecução de seus fins.

No entanto, para que essa ordem econômica possa assegurar uma existência digna segundo os preceitos da justiça social, imperioso se faz a observância de determinados princípios, pelo que, no estudo em questão, destaca-se a função social da propriedade como núcleo do fundamento da função social da empresa.

Ressalta-se que este princípio não visa a extinguir as liberdades e os poderes do empregador na administração dos bens e meios de produção, razão pela qual deve ser mantida a finalidade lucrativa da empresa, desde que continue se observando os fins sociais.

O referido autor cita interessante passagem de Alfredo Lamy Filho (LAMY FILHO, 1992, p. 59), para o qual “a função social da empresa traz em si uma proposta de reumanização, a fim de que os indivíduos possam ser reconhecidos como valores supremos e não como meros instrumentos da atividade econômica”.

Desse modo, não é suficiente que o único encargo do empregador seja pagar mensalmente a contraprestação devida pelo seu trabalho, ou seja, o salário; uma vez que “o trabalho deixou de ser visto como um simples fator de produção para ser tratado como um direito fundamental” (MOTA, 2017, p. 70).

Nesse sentido, o referido autor afirma (MOTA, 2017, p. 71)

A geração e a manutenção de empregos pela atividade empresarial constituem-se num dos principais papéis da empresa diante de seu poder-dever que orienta sua conduta enquanto cumpridora de uma função social perante as relações de trabalho, conformando-se com os ditames do artigo 170, incisos VII e VIII, combinado com o artigo 193, ambos da CF/88. O trabalho, pois, diante de sua dupla função, dignifica o homem e promove o desenvolvimento social.

A luz dessa perspectiva, percebe-se, portanto, a importância da manutenção do emprego, consagrada pelo princípio da continuidade da relação de emprego, a qual deve procurar ser mantida mesmo diante de dificuldades e desentendimentos, razão pela qual o acesso efetivo do trabalhador à justiça é essencial.

Percebe-se, dessa forma, que a função social da empresa é exercida pelo pagamento de salários justos, de contratação de pessoas com deficiência, o pagamento de parcelas como a participação nos lucros, além do direcionamento destes para investimentos que visem à redução dos riscos inerentes ao trabalho, preservando a saúde e segurança do trabalhador. Tudo isso denota a valorização do trabalho humano.

É em observância a este princípio que tem sido crescente a preocupação dos juristas de desenvolver mecanismos que assegurem os direitos fundamentais dos trabalhadores, como se viu no decorrer deste capítulo. No entanto, diante de sua insuficiência prática, novos mecanismos têm surgido para tentar resguardá-los.

4 MECANISMOS PROCESSUAIS TRABALHISTAS EMERGENTES PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO TRABALHADOR E SUA RELAÇÃO COM O ACESSO À JUSTIÇA

A luta pelos direitos do trabalhador definitivamente não vem de hoje, mas sem sombra de dúvida deve ser perpetuada, no sentido de que não se admita sua redução. Por conseguinte, neste capítulo, discorrer-se-á sobre a atuação dos três poderes do Estado no âmbito do acesso à justiça pelo trabalhador.

4.1 A atuação histórica do poder judiciário trabalhista brasileiro nos casos de abuso de direito do empregador

A Justiça do Trabalho no Brasil surgiu no dia 1º de maio de 1941 em sua formação inicial, e foi passando por sucessivas transformações até alcançar o perfil mais técnico e jurídico que possui nos dias atuais (NASCIMENTO, FERRARI e MARTINS FILHO, 2011), como as reformas que ocorreram em face da Constituição de 1946 (com a criação do TST e dos TRTs e com a estruturação da carreira dentro da judicatura togada), com o Decreto-Lei nº 229/67 (novas fórmulas recursais), com a EC 24/99 (extinção da representação classista), com a EC 45/2004 (ampliação de competência, redução do poder normativo, criação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e com a ampliação do número de ministros do TST).

Atualmente, apesar de sobrecarregada, a Justiça do Trabalho possui toda uma estrutura voltada para a busca da paridade de armas entre as partes, a fim de que a decisão seja justa, pautada pela busca da verdade real e especialmente de que o acesso do trabalhador à justiça seja efetivo, por meio de uma atuação jurisdicional que preze pela celeridade e eficiência.

O primeiro desses mecanismos consiste no princípio da conciliação, o qual, é estimulado uma vez que as partes possuem maior participação na solução dos conflitos e por isso traz resultados mais satisfatórios. Este princípio encontra-se consagrado nos arts. 764, 831, 846 e 850, da CLT. Nestes, é previsto o estímulo à conciliação, a obrigatoriedade na tentativa de conciliação antes da contestação e após as razões finais, a tentativa de conciliação como requisito para que seja proferida a sentença (LEITE, 2017).

A importância da conciliação é tamanha que o termo de conciliação vale como decisão irrecurável (salvo para a Previdência Social), conforme o art. 831, da CLT. Por esse motivo, o CNJ instituiu o “Conciliar é Legal”, que visa a realização de mutirões de conciliação periodicamente em todas as Justiças. Conforme demonstra notícia do CNJ (CNJ, 2006, on line),

O movimento, sob o slogan "Conciliar é legal", tem como objetivo promover, através da cultura da conciliação, a mudança de comportamento dos agentes da Justiça, de todos os seus usuários, dos operadores de Direito e da sociedade. Além disso, pretende-se mudar comportamentos e induzir na sociedade a cultura de que um

entendimento entre as partes e a conciliação é sempre o melhor caminho para o encerramento de um processo jurídico.

O entendimento traz inúmeros benefícios para todos os envolvidos, como uma maior satisfação do usuário, diminuição do tempo do processo, economia de recursos, integração entre a Justiça e a sociedade civil, pacificação social e a construção de um Judiciário mais acessível, eficiente e rápido. Atualmente, a taxa de conciliação do país ainda é baixa. Fica entre 30% e 35%, frente a um índice de cerca de 70% nos países desenvolvidos.

Na Justiça do Trabalho, as demandas solucionadas pela conciliação têm apresentado decréscimo, mas os índices ainda são bastante relevantes; de janeiro a junho deste ano 37,4% das demandas foram conciliadas (TST, 2017).

Outros mecanismos que visam a assegurar os direitos dos trabalhadores, por meio de disposições processuais, são os relacionados à celeridade, dentre os quais se destacam a oralidade, a audiência una e a instrumentalidade das formas.

A oralidade é princípio de grande importância, em razão de ser o Processo do Trabalho um processo de partes e audiência (SCHIAVI, 2017). Segundo o autor, decompõe-se em quatro subprincípios: a identidade física do juiz, a prevalência da palavra oral sobre a escrita, a concentração dos atos em audiência, a imediatidade na colheita da prova e a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

A audiência una engloba, conforme Mauro Schiavi (SCHIAVI, 2017) a inicial, a proposta de conciliação, a apresentação da defesa, a produção de provas e a sentença. O mestre destaca as considerações de Augusto Rodrigues Pinto (PINTO, 2005, p. 389).

A audiência, por seu lado, é o ato unitário e contínuo determinado pelo juízo processante para conhecer, instruir e julgar dissídio individual de sua competência. Logo, uma vez aberta, não se interrompe, devendo prosseguir até o desfecho do processo, ocupando tantas datas sucessivas quantas sejam necessárias. É possível suspendê-la, diante da ocorrência de fatores diversos, com a falta material de tempo para concluí-la, a realização de diligências, a realizar fora de seu recinto, a exemplo da prova técnica etc. Mas, diante da ideia de unidade que lhe é adequada, a audiência só tem dois extremos, de abertura e de encerramento, o que subtrai seu fracionamento de qualquer significado de pluralidade em relação a um mesmo dissídio.

Dessa forma, o art. 849, da CLT, esclarece que se por motivo de força maior não for possível concluí-la no mesmo dia, há possibilidade de fracionamento; tendo os Tribunais interpretado que o elevado número de processos e a complexidade da matéria são motivos suficientes para que isto ocorra (SCHIAVI, 2017). Afinal, deve-se, de fato, prestigiar a celeridade, mas não em detrimento do julgamento justo.

Por fim, a instrumentalidade das formas advém da compreensão do processo como um instrumento a serviço da justiça e não como um fim em si mesmo; o que decorre do caráter

publicista do Direito Processual, uma vez que visa à pacificação social. É disciplinado pelos arts. 188 e 277, do Novo Código de Processo Civil, mas também encontra respaldo na CLT, pela interpretação sistemática dos arts. 795, 796, “a”, e 798 (SCHIAVI, 2017).

Sua principal consequência é o fato de que o ato que for realizado de forma distinta da prescrita em lei pode ser considerado válido, desde que lhe alcance a finalidade. Este princípio é bastante salutar, pois sua importância transcende a celeridade, visando especialmente a combater a jurisprudência defensiva, posicionamento defendido pelo Novo Código de Processo Civil, como visto anteriormente.

Diante do exposto, percebe-se que os esforços empregados para que haja celeridade na prestação jurisdicional, em virtude do caráter alimentar da verba, não são poucos, mas que providências neste sentido ainda são necessárias, uma vez que o tempo médio de tramitação processual ainda é elevado, quando considerada a urgência da causa.

Nas Varas do Trabalho, o tempo médio de tramitação dos processos é de 242 dias, nos Tribunais Regionais do Trabalho, é de 252 dias, no Tribunal Superior do Trabalho é de 564 dias (consistindo a meta para 2017 em 414 dias) e para os processos de execução o prazo médio é de 3 anos, 7 meses e 9 dias, conforme estatística elaborada pelo TST, que levou em conta os dados de janeiro a junho de 2017 (TST, 2017).

Dando continuidade aos mecanismos que asseguram os direitos do trabalhador, há os relacionados diretamente ao acesso à justiça, como o *jus postulandi*, a justiça gratuita e a assistência judiciária gratuita.

O *jus postulandi* consiste na capacidade de postular em juízo, ou seja, praticar atos processuais sem a necessidade de representação por advogados (LEITE, 2017). Encontra-se disciplinado no art. 791, da CLT.

Contudo, de forma responsável, e que preze pela proteção do empregado hipossuficiente que não possui recursos para contratar um advogado e opta por ajuizar sua reclamação, há limitações a essa faculdade que se encontram na Súmula 425, do TST. Dessa forma, este instituto não alcança a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Para assegurar o *jus postulandi*, os arts. 840 e 731 da CLT vislumbram a possibilidade do ajuizamento de ação inclusive de forma verbal, a ser redigido na secretaria da vara, devendo o empregado estar presente para sua redução a termo.

O benefício da justiça gratuita implica apenas a isenção do pagamento de despesas processuais, abrangendo as custas, emolumentos, honorários advocatícios e periciais, como bem ressalta o Carlos Henrique Bezerra Leite (LEITE, 2017).

Já a assistência judiciária gratuita é mais ampla e abarca o benefício da justiça gratuita, traduz a prestação de assistência por parte dos sindicatos ao trabalhador desempregado ou que perceber salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo, podendo o trabalhador que recebe mais, mediante prova de situação econômica que não lhe permita demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (art. 14, §4º, da Lei nº 5.584/70).

Esta distinção se reflete na jurisprudência, como se vê pelo julgado do Min. Antônio José de Barros Levenhagen,

(...) JUSTIÇA GRATUITA. Cabe salientar não haver nenhuma sinonímia entre os benefícios da justiça gratuita e o beneplácito da assistência judiciária. Enquanto a assistência judiciária reporta-se à gratuidade da representação técnica, hoje assegurada constitucionalmente (art. 5º, LXXIV), a justiça gratuita refere-se exclusivamente às despesas processuais, mesmo que a assistência judiciária tenha sido prestada por advogado livremente constituído pela parte. Assim, a assistência judiciária de que cuida a Lei n. 5.584/70 foi alçada apenas em um dos requisitos da condenação a honorários advocatícios, reversíveis à entidade que a prestou, ao passo que os benefícios da justiça gratuita se orientam unicamente pelo pressuposto do estado de miserabilidade da parte, comprovável a partir de o salário percebido ser inferior ao dobro do mínimo, ou mediante declaração pessoal do interessado. Isso porque o atestado de pobreza ou prova de miserabilidade de que cuidam os §§ 2º e 3º do art. 14 da Lei n. 5.584/70 encontra-se mitigado pela Lei n. 7.115/83, que admite a simples declaração do interessado, sob as penas da Lei, de que não tem condições de demandar em juízo sem comprometimento do sustento próprio e da sua família. Com isso, tendo o Regional registrado a existência de declaração de pobreza, é cabível a concessão dos benefícios da justiça gratuita, isentando o reclamante das custas processuais a que fora condenado. Ao mesmo tempo, cumpre registrar que **muito embora o recorrente seja beneficiário da gratuidade de justiça, isso não significa que o referido benefício alcance o valor pecuniário aplicado a título de multa por litigância de má-fé, uma vez que a gratuidade da justiça não é salvo-conduto para o abuso do direito**, e a enumeração taxativa do art. 3º da Lei n. 1.060/50 não a cita. Recurso conhecido e provido (TST RR 688649, 4ª T., Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJU 29-8-2003) Grifos acrescidos.

Tais ferramentas são hoje imprescindíveis para assegurar o acesso à justiça, o que se comprova uma vez que todas fazem parte dos obstáculos elucidados por Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI e GARTH, 2002). Apesar de não serem completamente efetivas, já representam um grande avanço na resolução de controvérsias trabalhistas, pautadas pelo princípio da proteção mitigado, que permeia a seara processual trabalhista.

Em números, podemos ver o quão efetiva encontra-se a atuação da Justiça do Trabalho. Conforme o TST (TST, 2017), de janeiro a julho de 2017, foram recebidos 1.989.882 processos e foram julgados 1.997.142 processos. No entanto, o alto volume de processos e o déficit de

peçoal faz com que ainda assim haja 2.436.351 processos residuais, ou seja, aguardando julgamento. Percebe-se também que desde a década de 80 o número de processos recebidos e julgados sempre andaram em paralelo, o que comprova a eficiência da Justiça do Trabalho.

Por fim, os dados acerca dos assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho também são de análise bastante pertinente, uma vez que os quatro primeiros do ranking estão relacionados às verbas rescisórias, mais especificamente ao aviso prévio, à multa do art. 477, da CLT, à multa de 40% do FGTS e à multa do art. 467, da CLT, respectivamente (TST, 2017).

Disso se depreende o seguinte: se as verbas que lideram o ranking dos assuntos mais recorrentes nas demandas trabalhistas pressupõem o término da relação de emprego, é correto auferir que a maioria das demandas são ajuizadas após a extinção contratual, o que corrobora a tese de que, apesar de todos os esforços empregados, os mecanismos estudados ainda não são suficientes para assegurar o efetivo acesso à justiça no curso da relação de emprego. Motivo pelo qual analisar-se-á a aplicação de novos mecanismos que poderiam ser responsáveis por modificar esse quadro e sua viabilidade.

4.2 Tendências da atuação do Poder Legislativo: Lei nº 13.467/2017 – a “Reforma Trabalhista” e a repercussão de seus dispositivos no acesso do trabalhador à justiça

O Projeto de Lei da Câmara 38/2017, texto-base da Lei nº 13.467/2017, foi aprovado pelo Senado dia 11 de julho de 2017, sendo sancionado pelo Presidente Michel Temer, dia 13 de julho do mesmo ano (SENADO, 2017). Entrará em vigor dia 11 de novembro de 2017.

Em seu texto, veementemente criticado, traz alguns dispositivos relacionados ao instituto do acesso à justiça, motivo pelo qual se faz pertinente seu estudo, o qual se dará pela ordem dos dispositivos da CLT, para maior clareza.

Ressalta-se que, como bem elucidado nos capítulos anteriores, o acesso à justiça não abrange exclusivamente o direito de petição, mas assegura uma tutela justa e efetiva, sem que se exclua da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Em arremate, destaca-se que, Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI e GARTH, 2002) já reconheciam que diversos eram os fatores que obstavam o acesso à justiça e não somente os mais óbvios e próximos.

Nessa linha de pensamento, separamos alguns dos dispositivos mais relacionados ao tema do acesso efetivo à Justiça do Trabalho.

4.2.1 As modificações do art. 8º: o direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho, sem necessidade do requisito da compatibilidade; a restrição da atuação interpretativa do tst; e o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva

O antigo art. 8º, § único, da CLT dispunha que o direito comum seria fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não fosse incompatível com os princípios fundamentais deste. Dessa forma, consagrava-se o entendimento de que dois seriam os critérios de aplicação do direito comum como fonte subsidiária: omissão e compatibilidade, conforme elucidado também pelo art. 769, deste diploma legal.

O critério da compatibilidade se justifica pela peculiaridade do processo trabalhista, o qual, por sua própria natureza, demanda a compreensão inicial de que as partes não se encontram em posição de igualdade, devido à subordinação jurídica (muitas vezes, inclusive econômica) do empregado para com o empregador.

Essa hipossuficiência visa a ser superada, de forma geral, por meio do Direito do Trabalho, razão pela qual neste é consagrado o princípio da proteção, com suas três implicações (norma mais favorável, condição mais benéfica e *in dubio pro operario*). Todavia, isso não quer dizer que o referido princípio não seja aplicado na esfera processual; mas nesta, o que ocorre é a incidência do princípio da proteção mitigado, uma vez que se pressupõe que a paridade de armas foi concedida pelo direito material.

Enfim, o que se quer dizer é que as relações trabalhistas pressupõem a existência de peculiaridades, não podendo, portanto, serem feitas, de forma irrestrita, analogias com o direito comum, sem uma “triagem” do que se é ou não compatível com estas relações, o que justifica a prudência da aplicação dos dois critérios de forma concomitante.

Ressalta-se, ademais, que o Direito do Trabalho possui o caráter de ciência autônoma, o que implica em objeto, método e princípios informadores próprios. Definindo de forma mais técnica, Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2017) elucida que os requisitos necessários para que se alcance a autonomia são: campo temático vasto e específico, elaboração de teorias próprias, metodologia própria e perspectivas e questionamentos específicos próprios, o que não falta ao Direito do Trabalho.

Diante do exposto, aduz-se que a autonomia deste ramo, por si só rechaça a aplicação subsidiária irrestrita do direito comum, sem que antes seja analisada a compatibilidade de suas disposições a serem aplicadas.

Contudo, mesmo apesar de todas essas considerações, o legislador optou por retirar a parte final do dispositivo, o qual se encontra exatamente assim: “O direito comum será fonte

subsidiária do direito do trabalho”; o que denota a aparente intenção de que se aplique o direito comum de forma irrestrita, diferente do que ocorria antes.

Destaca-se que não há nada de sutil em tal motivação, afinal, o texto da “Reforma” só contém os dispositivos modificados e suas respectivas alterações, ou seja, se a intenção fosse manter os dois critérios, o dispositivo nem constaria do rol e, se constasse, pela simples alteração da posição de parágrafo único para parágrafo primeiro, a redação seria mantida.

Outra modificação constante deste artigo foi a constante do parágrafo segundo. De seu texto consta a seguinte disposição.

Art. 8º, § 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

Este artigo visa claramente a minar a atuação do TST, uma vez que possui o escopo de restringir sua função interpretativa, tão essencial para adequar o direito ao caso concreto, para uniformizar a jurisprudência, de forma justa. Nas palavras de Souto Maior (MAIOR, 2017, on line),

No § 2º verifica-se a intenção de impedir a atuação da jurisprudência trabalhista, o que revela o conteúdo regressivo de direitos da “reforma”, pois se estivesse avançando em direitos não haveria porque rejeitar a atuação da jurisprudência. É bem interessante, aliás, verificar que no momento em que se busca ampliar, por motivos errados, é verdade, o poder da jurisprudência de cúpula em todos os demais ramos do Judiciário, vem essa tentativa de minimizar a atuação do TST. A questão é que os entendimentos jurisprudenciais que interessavam ao capital, pela “reforma”, passariam, nos termos do PL, a ser lei.

Ainda segundo este autor, tal dispositivo, cominado com o art. 702, da CLT, também alterado pela Lei nº 13467/2017, visa a “evitar a elaboração de Súmulas para facilitar a atuação jurisdicional de primeiro grau”, o que, na realidade, “trata-se de esvaziar a função da Justiça do Trabalho, por meio de uma tentativa - destinada ao fracasso - de mitigar o seu poder de interpretação das normas legais” (MAIOR, 2017, on line).

Em relação a importância da atuação do TST tem-se que a Justiça do Trabalho enfrenta uma grande dificuldade, que é a desatualização da CLT, a qual traz diversos dispositivos que perderam seu sentido na conjuntura atual e que hoje se encontram tacitamente revogados.

Como os juízes não podem se abster de julgar quando da ausência de lei; hipóteses nas quais, nos termos do art. 8º, da CLT, devem decidir amparados pela jurisprudência, pela analogia, pela equidade, pelos princípios gerais de direito (principalmente do direito do trabalho), pelos usos e costumes e pelo direito comparado, prevalecendo o interesse público.

Nesse contexto, o papel do Tribunal Superior do Trabalho tem sido fundamental para adequar os dispositivos antigos à demanda atual, interpretá-los a luz das necessidades da sociedade moderna e para suprir eventuais lacunas legislativas; o que efetiva por meio da edição de súmulas e orientações jurisprudenciais, que facilitam a uniformização da aplicação do direito pelos juízes e tribunais em todo o território nacional.

A última modificação do art. 8º, encontra-se em seu parágrafo terceiro, que prevê:

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

Este dispositivo possui sérias implicações, uma vez que relativiza o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas frente ao princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Segundo Maurício Godinho Delgado, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas advém da imperatividade destas normas (DELGADO, 2017), o qual mantém intrínseca relação com o princípio da vedação ao retrocesso. Para o Ministro, encontram-se consagrados por ser o “veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego” (DELGADO, 2017, p. 217).

Afirma ainda que apesar de a expressão “irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas” ter seu uso consagrado, ela não expressa com profundidade todas as suas esferas: a proibição da renúncia e da transação de direitos. Isso porque, em decorrência da subordinação do empregado, não seria surpresa uma explosão de transações fraudulentas que, na realidade, expressassem tão somente o desejo do empregador, que se sobrepõe de forma natural ao do trabalhador.

No entanto, em contrariedade a esta vasta doutrina, a redação conferida ao art. 8º, §3º, da CLT, consagrou um novo princípio a ser interpretado, aparentemente, de forma absoluta: a autonomia da vontade coletiva, como não ocorre com nenhum outro direito, inclusive com os direitos fundamentais, que devido ao seus status, consistem em cláusulas pétreas.

Apesar de soar exagerado, mesmo com uma breve leitura do dispositivo já se compreende o que quer ser dito. Isso porque o artigo visa a afastar qualquer análise de mérito dos acordos e convenções coletivas, permitindo tão somente a análise pela Justiça do Trabalho das questões afetas à formalidades das negociações coletivas, que são as matérias previstas no art. 104, do Código Civil.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Tal previsão é flagrantemente inconstitucional, uma vez que o art. 5º, XXXV, da CF, prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”, ferindo de morte o acesso à justiça. Afinal, os princípios da vedação ao retrocesso e da indisponibilidade de direitos trabalhistas continuam a existir e estão plenamente vigentes na ordem jurídica interna, sendo, para dizer o mínimo, justa sua aplicação.

Ademais, há que se lembrar que existem limites muito bem delineados a qualquer flexibilização, renúncia ou transação: são eles os direitos fundamentais; direitos mínimos que devem ser assegurados a todos os indivíduos.

Para Souto Maior (MAIOR, 2017), este artigo tenta recriar o “juiz boca da lei”, mas apenas naquilo que interessa ao capital, devido a aplicação parcial do Código Civil; uma vez que nada se fala da aplicação de dispositivos que elucidam a proteção jurídica do hipossuficiente, como os arts. 156 e 157.

4.2.2 Art. 507-A: a indisponibilidade de direitos trabalhistas versus a arbitragem

A Arbitragem consiste em método extrajudicial de solução de conflitos. Com a superlotação de processos no Poder Judiciário, tornou-se necessário o desenvolvimento de formas capazes de desafogá-lo, sem, contudo, comprometer a efetivação dos direitos pessoais.

Conforme Mauro Schiavi (SCHIAVI, 2017), se opera por meio do ingresso de um terceiro imparcial previamente escolhido pelas partes, que irá solucionar o conflito de forma definitiva, como se juiz fosse; o que quer dizer que suas decisões serão coisa julgada para as partes e não podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

Ressalta ainda o referido autor que o procedimento é constitucional como firmado pelo STF (especialmente devido à sua facultatividade), e possui vantagens, como demonstra Mauro Schiavi (SCHIAVI, 2017, p. 57)

a) Maior agilidade nas decisões, em face da inexistência de recursos; b) o árbitro é escolhido pelas partes; c) melhores condições da real dimensão do conflito pelo

árbitro; d) maior celeridade na solução do conflito; e) possibilidade de a decisão dar-se por equidade se assim convencionarem as partes.

No entanto, pelo fato de suas decisões possuírem efeito de coisa julgada, sob pena da inefetividade do art. 5º, XXXV, da CF, a Lei da Arbitragem (Lei nº 9307/96), restringe a aplicação deste método aos direitos patrimoniais disponíveis, *in verbis*, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Nas negociações coletivas há previsão constitucional expressa da possibilidade de se solucionarem conflitos pela arbitragem, conforme previsto no art. 114, I, da CF. No entanto, na esfera individual, pelo fato de os direitos trabalhistas possuírem caráter indisponível (irrenunciáveis e que não admitem transação), como bem afirmou Maurício Godinho (DELGADO, 2017), a maioria da doutrina não a admite na Justiça do Trabalho

Conforme afirma Schiavi (SCHIAVI, 2017, p. 57), a arbitragem não tem sido admitida sob os seguintes argumentos:

- a) acesso amplo e irrestrito do trabalhador ao Judiciário Trabalhista (art. 5º, XXXV, da CF);
- b) irrenunciabilidade do crédito trabalhista;
- c) hipossuficiência do trabalhador;
- d) o estado de subordinação inerente ao contrato de trabalho impede que o trabalhador manifeste sua vontade ao aderir uma cláusula compromissória.

Nesse sentido, a SDI-1, do TST, tem entendimento firmado pela inaplicabilidade da arbitragem no âmbito trabalhista, conforme decisão no RR-27700-25.2005.5.05.0611. No entanto, mesmo apesar de as referidas considerações, não houve consenso, havendo até controvérsias dentro das turmas do TST.

A “Reforma” vem trazendo a possibilidade expressa de utilização da arbitragem para aqueles empregados que perceberem mais de R\$ 11.062,62.

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Entretanto, em sentido contrário, Souza Maior (MAIOR, 2017) afirma que a superioridade econômica do empregador afetará sobremaneira esse procedimento, o que terá repercussões negativas para os trabalhadores.

É muito fácil prever que os empregadores, que estão apoiando abertamente essa “reforma”, não se submeterão a árbitros escolhidos pelo empregado e que tenham formação jurídica ligada a uma raiz pública e protetiva do Direito do Trabalho, até porque o que almejam, conforme verificado lá na alteração proposta para o artigo 8º, é que se pensem as relações de trabalho nos moldes do Direito Civil.

Então, a arbitragem em questão não se voltará, evidentemente, à efetividade dos direitos trabalhistas dos trabalhadores e muito menos ao respeito das questões de ordem pública envoltas nas relações de trabalho, sendo diretamente atingida, mais uma vez, a Previdência Social.

A arbitragem, portanto, servirá, unicamente, aos propósitos do empregador, no sentido da supressão de direitos e da desconsideração das normas de ordem pública.

Carlos Henrique Bezerra Leite (LEITE, 2007, p. 110) também se posiciona contrariamente à sua aplicabilidade.

A arbitragem, embora prevista expressamente no art. 114, §§1º e 2º, da CF, é raramente utilizada para solução dos conflitos coletivos trabalhistas, sendo certo que o art. 1º da Lei nº 9.307/96 vaticina que a arbitragem só pode resolver conflitos em que estejam envolvidos direitos patrimoniais disponíveis, o que, em linha de princípio, inviabiliza sua aplicação como método de solução dos conflitos individuais trabalhistas. Uma exceção seria a indicação, por consenso, entre trabalhadores e empregador, de um árbitro para fixar o valor de um prêmio instituído pelo empregador.

Diante do exposto, compreendem-se os riscos desta previsão, que poderá restringir o acesso à justiça do trabalhador que recebe salário superior a R\$ 11.062,62. Em contraponto, pode-se dizer, sob outra perspectiva, que visou a regulamentar o instituto, impedindo a aplicação para os trabalhadores que recebam salário inferior a este, assegurando, assim, o seu acesso à justiça.

4.2.3 Art. 507-B: o termo anual de quitação de obrigações

Esta inovação implica em severo risco aos direitos trabalhistas, causando uma inversão do ônus da prova fática bastante injusta. Segundo este artigo,

Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

Ou seja, o que o dispositivo prevê é que haverá um termo de quitação anual, pelo qual empregador e empregado discriminarão as parcelas pagas ao tempo de sua assinatura.

Atualmente, o Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho existe e cumpre função semelhante; entretanto, possui duas diferenças fundamentais: a necessidade de homologação deste perante o sindicato dos trabalhadores e a assinatura quando da rescisão do contrato de trabalho, como se depreende do art. 477, §1º, da CLT.

Art. 477, § 1º - O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 5.584, de 26.6.1970)

Isto confere maior efetivação do princípio da proteção ao trabalhador, uma vez que a assistência do sindicato serve como medida que coíbe que sejam discriminadas verbas que não estão devidamente quitadas, ou seja, que não condizem com a realidade fática. Outra consideração importante é que para a vigência do contrato de trabalho, a subordinação é requisito fundamental da configuração da relação de emprego.

E o empregado subordinado se submete às exigências do empregador, podendo até mesmo concordar com a restrição de alguns de seus direitos mais fundamentais, na esperança de manter seu emprego.

Isto consiste em restrição do acesso à justiça, uma vez que é grande a probabilidade de serem constituídas provas falsas, das quais o empregado deverá encontrar uma forma de desconstituir, o que restringe também o *jus postulandi* e causa ônus excessivo a este, dificultando sobremaneira este direito fundamental.

4.2.4 O pagamento das custas judiciais e dos honorários periciais e sucumbenciais ainda que pelo beneficiário da justiça gratuita

Os temas a serem estudados neste tópico encontram-se disciplinados nos arts. 790-B, *caput* e §4º (honorários periciais), 791-A, §4º (honorários sucumbenciais) e 844, §§2º e 3º (custas judiciais), alterados pela Lei nº 13.467/2017. Para melhor compreensão, iniciaremos analisemos a disciplina jurídica anterior.

No que tange ao benefício da justiça gratuita, tema objeto deste tópico, encontrava-se disciplinada no art. 790, da CLT, *in verbis*:

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.

(...)

§ 3o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Dessa forma, entende-se como beneficiário da justiça gratuita aquele que perceba salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declare que não possui condições de pagar as custas do processo, sem que seu sustento ou de sua família seja prejudicado.

Este benefício abrange, nos termos do art. 98, §1º, do Novo CPC, aplicado subsidiariamente por força do art. 769, da CLT, as taxas ou as custas judiciais; os selos postais; as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios; a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse; as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais; os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

Esse conceito consiste em importante ferramenta ao acesso à justiça, uma vez que ataca diretamente vários dos obstáculos enfrentados por ele, como a impossibilidade econômica de litigar e a paridade de armas, como bem ensinou Cappelletti (CAPPELLETTI e GARTH, 2002). Mesmo que este benefício não seja suficiente para assegurar um acesso efetivo, é sem dúvida um dos mais fundamentais, uma vez que faz parte da primeira onda de acesso à justiça, conforme os referidos autores.

Dessa forma, em observância ao texto constitucional, a legislação prevê que todos os atos que impliquem custos adicionais são eximidos de pagamento, a fim de que se concretize o direito fundamental ao acesso à justiça.

Os honorários periciais eram tratados pelo art. 790-B, da CLT, o qual previa que a responsabilidade pelo seu pagamento era da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, a

não ser que esta fosse beneficiária da justiça gratuita. Neste caso, quem pagaria seria a União, inteligência da Súmula 457, do TST.

Esse dispositivo, ao assegurar a justiça gratuita, visava a ampliar o acesso à justiça do trabalho, de modo que não se deixasse de apreciar nenhuma lesão ou ameaça a direito.

Todavia, o *caput* deste dispositivo foi modificado pela “Reforma”, aliado à introdução do § 4º neste artigo. Juntos, eles preveem que os beneficiários da justiça gratuita arcam com os custos dos honorários periciais, quando forem a parte sucumbente no objeto da perícia; somente se não tiver obtido em juízo créditos capazes de suportá-la (em qualquer outro processo), a União responderá pelo encargo.

Ora, mais uma grave ameaça ao acesso à justiça. O que o legislador fez foi excluir os honorários periciais da abrangência do benefício da justiça gratuita. Em matemática simples, vejamos a contradição que se instaurou. Supondo que um processo trabalhista do rito ordinário tenha condenação em R\$ 50.000,00 (valor razoável para constar do rito ordinário), as custas a serem pagas serão de 2% deste valor (art. 789, I, da CLT), ou seja, de R\$ 1.000,00.

Levando em consideração que os valores despendidos pela União em perícias para beneficiários de justiça gratuita devem obedecer à Resolução nº 232/2016, do CNJ (CNJ, 2016, *on line*), e que os valores dela constantes variam entre R\$ 300,00 e R\$ 870,00, podendo ser aumentados em até cinco vezes pelo juiz (podendo, portanto, chegar até R\$ 4.350,00), questiona-se, como se presume que o indivíduo não pode pagar R\$ 1.000,00, mas pode pagar até R\$ 4.350,00. E mesmo no caso que a perícia seja somente de R\$ 300,00, como saber se o indivíduo pode arcar com as custas?

Cabe ressaltar que os honorários periciais são pagos pelo sucumbente no objeto da perícia após o trânsito em julgado da ação, conforme entendimento da SDI-II, do TST no RO 18000-62.2012.5.16.0000 (TST, 2013, *on line*) e os valores objetos da condenação, de praxe são recebidos apenas após a fase da execução, o beneficiário da justiça gratuita ainda não vai ter recebido o valor que lhe é devido. Como este pagará? Muitas vezes, este é o trabalhador, que está sem receber seu salário há vários meses, ou então que não recebeu nenhuma das verbas rescisórias e tem sobrevivido com empréstimos.

Assim, percebe-se que não se buscou resguardar o acesso à justiça, mas sim interesses de particulares, ao ter como objetivo, conforme Souto Maior (MAIOR, 2017),

mais do que onerar o empregado, impedir concretamente que esses direitos sejam discutidos em âmbito judicial, estimulando assim o descumprimento das regras de higiene e proteção à saúde, estimulando ambientes de trabalho adoecedores.

Outro dispositivo acrescentado pela Lei nº 13.467/2017 foi o art. 791-A, na CLT, o qual trouxe a regra de que serão devidos honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho. Ressalta-se que anteriormente, conforme a súmula nº 219, do TST, os honorários advocatícios apenas eram devidos quando a parte estivesse assistida por sindicato da categoria profissional; e comprovasse a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou declarasse que se encontrasse em situação econômica que não lhe permitisse demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

O que foi uma conquista aos advogados, entretanto, deixou a desejar no que tange ao beneficiário da justiça gratuita, por conta do parágrafo 4º deste artigo, que prevê, *in verbis*,

§ 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.

Ou seja, neste dispositivo, ocorre uma desconsideração do caráter alimentar da verba advinda de crédito trabalhista, protegida pelos princípios da irredutibilidade, impenhorabilidade e intangibilidade. Sem considerar o rompimento do sigilo, o que facilita as conhecidas “listas negras”, que não raro circulam entre as empresas.

Destaca-se que os interesses da classe dos trabalhadores e dos advogados podem sim ser conciliados, como por exemplo ocorre no Processo Civil, o que deve ocorrer sem a restrição de direitos fundamentais; especialmente no âmbito trabalhista, que pressupõe a hipossuficiência de uma das partes.

Por fim, em relação as custas judiciais, o que se percebe é que a “Reforma”, de forma visivelmente inconstitucional, desvirtuou completamente alguns dos princípios e conceitos fundamentais à efetividade do direito ao acesso à justiça.

Afinal, mesmo mantendo a redação anterior do artigo, previu, no art. 844, §2º, que na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

Esta previsão, nas palavras de Jorge Souto Maior (MAIOR, 2017, on line), consiste em grave ameaça à existência da Justiça do Trabalho, uma vez que esta

decorre do reconhecimento da necessidade de garantir, através de um judiciário forte e independente, direitos que na realidade da vida a classe destituída de poder

econômico e político não consegue exercer. Essa é a base a partir da qual toda a lógica dos direitos fundamentais é construída e que se inscreve como uma necessidade de sobrevivência do próprio capital, porque onde faltam condições mínimas de existência digna, onde transformamos pessoas em animais, o que sobra é a barbárie. As alterações aqui propostas ferem, inclusive, o que a doutrina processual vem denominando de princípio da colaboração ou da cooperação. Esse princípio decorre da constatação de que o processo é um meio social de resolução de conflitos. Por isso mesmo, sua solução rápida, eficaz e comprometida com a verdade interessa às partes diretamente envolvidas, aos terceiros e ao Estado. Decorre do princípio da cooperação a noção de que os atos processuais devem ser praticados de sorte a permitir a resolução eficaz do conflito, e, em contrapartida, de que é vedado aos litigantes, a terceiros e ao Estado-juiz, agir de forma a impedir, fraudar ou retardar a prestação jurisdicional. É a noção de solidariedade, em oposição ao individualismo, que permeia a razão de ser desse princípio.

De forma semelhante ao que ocorreu com o art. 790-B, o legislador excluiu mais uma parcela da justiça gratuita. Sua motivação foi interessante, coibir a litigância de má-fé; entretanto, fazê-lo restringindo direitos fundamentais é uma maneira bastante questionável. É certo que não existem direitos absolutos (BONAVIDES, 2006), mas os direitos fundamentais possuem uma importância histórica e que devem ser respeitados.

Dessa forma, a Procuradoria-Geral da República a propôs a ADI 5.766 (BRASIL, 2017), que impugna esses três artigos, sob a justificativa de que

Os dispositivos apontados apresentam inconstitucionalidade material, por impor restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho, em violação aos arts. 1º, incisos III e IV; 1º, inc. I e III; 2º, caput, incs. XXXV e LXXIV e § 2º; 3º e 7º a 9º da Constituição da República.

A Procuradoria afirma, ainda, que há “intensa desregulamentação da proteção social do trabalho” (BRASIL, 2017, p.05), além de a “Reforma”possuir “declarado objetivo de reduzir o número de demandas perante a Justiça do Trabalho” (cf. justificativas dos pareceres ao projeto de lei 6.787, de 2016, da Câmara dos Deputados (PLC), e do PL 38, de 2017, do Senado Federal. Relatório da comissão especial destinada a proferir parecer ao PL 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, p. 69. Parecer do relator do PLC 38/2017, do Senado Federal, Senador RICARDO FERRAÇO, p. 55).

Sintetizando a importância da declaração de inconstitucionalidade das referidas disposições, colaciona-se trecho esclarecedor dela constante (BRASIL, 2017, p.08).

A legislação impugnada investe contra garantia fundamental da população trabalhadora socialmente mais vulnerável e alveja a tutela judicial de seus direitos econômicos e sociais trabalhistas, que integram o conteúdo mínimo existencial dos direitos fundamentais, na medida de sua indispensabilidade ao provimento das condições materiais mínimas de vida do trabalhador pobre.

Cabe ressaltar que esta ADI foi proposta em 25 de agosto de 2017. Em sequência, o Relator Min. Roberto Barroso, determinou a oitiva do Congresso Nacional, do Presidente e do Advogado-Geral da União, em 30/08/2017, manifestações após as quais os autos foram conclusos ao relator em 26 de outubro de 2017, aguardando sua decisão pelo deferimento ou não da medida cautelar.

Acrescenta-se, apenas, que é imperioso o deferimento desta medida, uma vez que esses dispositivos trazem ônus desproporcionais aos cidadãos, que obstam o acesso à justiça, uma vez que impõem que dos créditos a serem recebidos sejam descontados honorários, esquecendo-se completamente do caráter alimentar que essa verba possui; tratamento este que somente amplia as desigualdades já existentes entre as partes.

4.2.5 Art. 878: o necessário início da execução trabalhista a requerimento da parte exequente e o enfraquecimento do princípio da proteção

Anteriormente à “Reforma”, a execução poderia ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente. No entanto, com a nova lei, este artigo foi modificado, dispondo que a execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.

Ora, conforme lição de Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI e GARTH, 2002), o acesso à justiça deve buscar uma decisão justa e efetiva, de forma que a execução dos bens do devedor se torna, muitas vezes, imprescindível a execução do patrimônio do executado para que haja quitação de seus débitos.

Dessa forma, tal previsão não condiz com uma justiça na qual impera princípios tais como a celeridade, simplicidade e oralidade no processo, afetando de certa forma, o acesso à justiça, uma vez que torna o processo mais moroso (sem olvidar que o tempo também constitui obstáculo a este direito, por desencorajar a propositura de ações).

No entanto, o novo texto legal não é de todo ruim, uma vez que assegura aos litigantes que não possuem advogado constituído o direito à execução iniciada *ex officio* pelo juiz.

Uma consequência interessante deste dispositivo foi no instituto da prescrição intercorrente, que, como se verá adiante, decorreu, em grande parte, da extinção do início da fase processual executiva de ofício, pelo juiz da causa.

Conforme Mauro Schiavi (SCHIAVI, 2017), a prescrição intercorrente é a que ocorre no curso do processo, após a propositura da ação, “depois do trânsito em julgado, pois, na fase

de conhecimento, se o autor não promover os atos do processo, o juiz o extinguirá sem resolução de mérito, valendo-se do disposto no art. 485, do CPC”.

Ou seja, a prescrição intercorrente não pode ocorrer na fase de conhecimento do processo, mas apenas na fase de execução. Como esta iniciava-se de ofício pelo juiz da causa, era desnecessário falar-se em prescrição intercorrente. Conforme o referido Professor (SCHIAVI, 2017), isto aliava-se ao princípio protetor, o que ocasionava a não aplicação deste instituto na seara trabalhista.

Nesse sentido, o TST possui a Súmula 114, para a qual, *in verbis*: “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”. No entanto, cabe ressaltar que este posicionamento não era o único, pois a Súmula 327, do STF a previa, *in verbis*, “ o direito trabalhista admite prescrição intercorrente”.

Assim, não se pode negar que estes dispositivos afetam o acesso à justiça, não em seu conceito básico, mas sim na efetividade da tutela. Afinal, quais seriam os interesses de uma ação que não promovesse com sucesso a execução dos bens do devedor a fim de que este cumpra a obrigação fixada em sentença?

Diante de todo o exposto neste capítulo, percebe-se que a tendência atual dos poderes legislativo e executivo, influenciados pela grave crise econômica que se estende no país desde meados de 2016, tem sido no sentido de resguardar as empresas, para que se possa perpetuar sua viabilidade econômica, “legitimando o modo de produção no qual a sua fábrica se insere” (VIANA, 2008, p. 164). Afinal, sem empresa não há empregos.

No entanto, há de se questionar quais limites devem ser observados, já que esta atuação tem restringido direitos fundamentais, algumas das vezes, inclusive, de forma inconstitucional. Sendo assim, de que adianta ter uma Constituição que seja encarada como letra morta, que não possua a efetividade necessária a assegurar princípios tão básicos como os enunciados dos direitos fundamentais e a vedação ao retrocesso?

Nesse sentido, cabe ainda uma singela observação, que mais do que qualquer movimento, partido ou político, a sociedade não deve esquecer, nem por um segundo, os direitos sociais adquiridos, para que estes não se percam em meio aos anseios egoístas que o dinheiro e o poder trazem consigo.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que apesar de sua importância fundamental, o acesso à justiça ainda não é efetivo, nos moldes idealizados pela Constituição Federal, isso se deve a não edição da Lei Complementar exigida pelo art. 7º, I, do texto constitucional, o que, para a maioria dos juristas, importa na inefetividade deste dispositivo, admitindo-se o direito potestativo do empregador de dispensar os empregados, sem que haja sequer uma motivação.

Dessa forma, percebemos que, como as verbas que lideram o ranking dos assuntos mais recorrentes nas demandas trabalhistas pressupõem o término da relação de emprego, é correto auferir que a maioria das demandas são ajuizadas após a extinção contratual, o que corrobora a tese de que, apesar de todos os esforços empregados, os mecanismos estudados ainda não são suficientes para assegurar o efetivo acesso à justiça no curso da relação de emprego.

Mesmo com novas correntes, como a imprescritibilidade dos créditos trabalhistas no curso da relação de emprego, a adesão doutrinária a ela ainda não é significativa, apesar de constituir solução interessante para o problema do acesso à justiça para trabalhadores que se encontrem nessa situação.

Percebeu-se, também, que os esforços do Poder Judiciário para assegurar efetividade aos direitos do trabalhador não são suficientes, uma vez que, em virtude da crise econômica que assola o Brasil, o Estado tem buscado, cada vez mais, formas alternativas de superar os déficits econômicos das empresas, o que culminou com a edição da Lei nº 13.467/2017, apoiada pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, com a intenção clara de propiciar ambiente fértil para o desenvolvimento empresarial.

Por conseguinte, os resultados encontrados não foram muito promissores, uma vez que não só os trabalhadores que tem seus direitos violados no curso da relação de emprego permanecem sem amparo, em grande parte devido a prescrição parcial, como também a legislação tem se tornado menos protetiva, o que aumenta os obstáculos ao acesso à justiça, nos moldes trazidos por Cappelletti e Garth.

Em suma, faz-se essencial a adoção de mecanismos que ponham fim a essa situação, a fim de que os poderes do empregador sejam limitados pelos direitos fundamentais do trabalhador, pela conscientização e maior amparo desta classe, como a imprescritibilidade dos créditos no curso da relação de emprego ou a estipulação de uma garantia provisória de emprego para quem ajuizar ações no curso desta.

REFERÊNCIAS

ALLY, R. C. Garantia de Emprego e Convenção 158 da OIT. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 25, n. 94, p. 24-39, abril 1996.

AMARAL, L. F. D. C. P. D. **A função social da empresa no direito constitucional econômico brasileiro**. São Paulo: Srs, 2008.

BARROS, W. M. D. **Curso de Direito Civil**. 45ª. ed. [S.l.]: Saraiva, v. 1, 2015.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Consultor Jurídico**, abril 2006.

BOMFIM, B. K. S. D. **Aplicação do controle de convencionalidade na justiça do trabalho como instrumento de proteção institucional dos direitos humanos do trabalhador**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 131 p.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMPOS, A. L. D. Despedida Arbitrária: art. 7º, da CF: existência ou não de plena efetividade? **O Trabalho: Doutrina em Fascículos Mensais**, Brasília, p. 6288-6290, agosto 2011.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. 6ª. ed. [S.l.]: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CNI. Medo do Desemprego e Satisfação com a Vida, julho 2017. ISSN 2317-7020.

CNJ. CNJ lança movimento pela conciliação. **Site do Conselho Nacional de Justiça**, 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/j3gh>>. Acesso em: 17 setembro 2017.

DELGADO, M. G. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. **Ltr**, São Paulo, 2002.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 16^a. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FILHO, L. P. M. A proteção contra a despedida arbitrária e o princípio da dignidade do ser humano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 76, out/dez 2010.

FRANÇA, A. C. L. **Psicologia do Trabalho: Psicossomática, valores e práticas organizacionais**. 1. ed. [S.l.]: Saraiva, 2008.

FREIRE, R. D. C. L.; CUNHA, M. F. **Novo Código de Processo Civil para Concursos**. [S.l.]: Juspodvim, 2017.

G1. Com desemprego alto, processos da justiça do trabalho disparam em 2015. **g1.globo**, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2016/02/com-desemprego-alto-processos-da-justica-do-trabalho-disparam-em-2015.html>>. Acesso em: 08 julho 2017.

GELSON AMARO DE SOUZA, G. A. D. S. F. **Acesso à Justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica**. [S.l.]: Boreal, 2012.

GOMES, O. **Introdução ao Direito Civil**. 21^a. ed. [S.l.]: Forense, 2016.

GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; CINTRA, A. C. D. A. **Teoria Geral do Processo**. [S.l.]: Malheiros, 2003.

JR., T. H. **Curso de Direito Processual Civil**. 58^a. ed. [S.l.]: Forense, v. 1, 2017.

JÚNIOR, F. D. **Curso de Direito Processual Civil**. 8^a. ed. Salvador: Juspodvim, v. 1, 2007.

LAMY FILHO, A. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, p. 59-60, out./dez. 1992.

LEITE, C. H. B. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEITE, C. H. B. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 4ª. ed. São Paulo: LTr, 2017.

LEITE, C. H. B. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15ª. ed. [S.l.]: Saraiva, 2017.

LINS, Ê. P. Extinção do contrato de trabalho: da insustentabilidade jurídico-constitucional da dispensa sem justa causa do trabalhador. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, João Pessoa, 2011. 70-85.

LISBOA, E. Q. Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro: a primazia da norma mais benéfica ao indivíduo. **Direito Constitucional do Trabalho - Temas**, São Paulo, 2012. 671-688.

MAIOR, J. L. S. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção 158, da OIT. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho**, 2004.

MAIOR, J. L. S. Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da convenção 158, da OIT, 2004. Disponível em: <www.juslaboris.tst.jus.br>. Acesso em: 14 setembro 2017.

MAIOR, J. L. S. Os 201 ataques da reforma aos trabalhadores. **Jorge Souto Maior**, 2017. Disponível em: <<http://www.jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores>>. Acesso em: 23 outubro 2017.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAZZUOLI, V. D. O. **Direito dos tratados**. São Paulo: RT, 2011.

MAZZUOLI, V. D. O. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: RT, 2013.

MAZZUOLI, V. D. O. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª. ed. [S.l.]: Saraiva, 2015.

MAZZUOLI, V. D. O. **Curso de Direito Internacional Público**. 9§. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIESSA, É. **Processo do Trabalho para Concursos de Analista TRT e MPU**. [S.l.]: Juspodvim, 2016.

MOTA, P. H. D. **Negociação Coletiva de Trabalho - Função Social da Empresa e Valorização do Trabalho Humano**. 1ª. ed. [S.l.]: LTr, 2017.

NASCIMENTO, A. M.; FERRARI, I.; MARTINS FILHO, I. G. D. S. **História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho**. 3ª. ed. São Paulo: LTr, 2011.

OIT. Conheça a OIT. **Site da Organização Internacional do Trabalho**, 2017. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/comece-a-oi/pt/index.htm>>. Acesso em: 14 setembro 2017.

OIT. Conheça a OIT. **Site da Organização Internacional do Trabalho**, 2017. Disponível em: <www.ilo.org/brasil/comece-a-oi/pt/index.htm>. Acesso em: 13 Setembro 2017.

PINTO, J. A. R. **Processo trabalhista de conhecimento**. 7ª. ed. São Paulo: LTr, 2005.

RODRIGUES, N. Q. C. **Relação de Trabalho Sadia: função social da propriedade versus a livre iniciativa**. 1ª. ed. [S.l.]: LTr, 2017.

SCHIAVI, M. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SENADO. Aprovada a Reforma Trabalhista. **Site do Senado Federal**, 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/07/11/aprovada-a-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 23 outubro 2017.

SEVERO, V. S.; MAIOR, J. L. S. A garantia contra a dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.**, Porto Alegre, v. 39, n. 38, p. 157-163, dezembro 2010.

SOUZA, G. A. D.; SOUZA FILHO, G. A. D. Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. In: SIQUEIRA, D. P. O. F. L. (). **Processo e acesso à justiça.** [S.l.]: Boreal, 2012. p. p.229-248.

SOUZA, I. S. D. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e suas Peculiaridades no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Themis - Revista da ESMEC**, v. 13, 2015. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/505>>. Acesso em: 15 setembro 2017.

STF. Acompanhamento Processual. **Site do Supremo Tribunal Federal**, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 14 setembro 2017.

SÜSSEKIND, A. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 72-73 p.

TST. Assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho. **Site do Tribunal Superior do Trabalho**, 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>>. Acesso em: 17 setembro 2017.

TST. Casos novos por assunto. **tst.jus**, 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/2ac40bb8-c47c-4471-8823-6f22759caa8c>>. Acesso em: 08 julho 2017.

TST. Conciliações na Justiça do Trabalho. **Site do Tribunal Superior do Trabalho**, 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/conciliacoes>>. Acesso em: 17 setembro 2017.

TST. Movimentação processual das varas do trabalho. **tst.jus**, 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/d8a32103-8cb9-fda8-bf75-7c86ee8d8036>>. Acesso em: 08 julho 2017.

TST. Prazos na Justiça do Trabalho. **Site do Tribunal Superior do Trabalho**, 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/prazos>>. Acesso em: 17 setembro 2017.

TST. Recebidos e Julgados da Justiça do Trabalho. **Site do Tribunal Superior do Trabalho**, 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>>. Acesso em: 17 setembro 2017.

VIANA, M. T. Os paradoxos da prescrição. Quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus Direitos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 47, p. 163-172, jan./jun 2008. ISSN 77.