

# DEPÓSITO PARA RECURSO: (IN)CONSTITUCIONAL?

Arion Sayão Romita

Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito. Nenhum instituto jurídico, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem o processo, um instrumento aparentemente neutro, foge desse comprometimento. Ele também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas.

J. J. CALMON DE PASSOS

## 1. TRÊS PREMISSAS

O tema da (in)constitucionalidade do depósito para recurso reclama o exame de três noções prévias: 1ª - a declaração de inconstitucionalidade da lei, 2ª - os fundamentos éticos do direito, 3ª - a autonomia do direito processual do trabalho.

### 1.1 - A questão da inconstitucionalidade da lei

O ordenamento jurídico constitui um sistema, cujos diversos componentes se apoiam uns nos outros, atuam coordenados entre si, uns pressupondo outros, não existem isoladamente, conjugam-se em uma unidade. A constituição é a estrutura que sustém essa unidade (1).

Como expressão da soberania, a constituição é a lei suprema do país. A supremacia da constituição se traduz na superioridade sobre as leis ordinárias, daí a invalidade jurídica das leis ordinárias discrepantes do texto ou dos princípios da constituição. A consequência lógica da supremacia da constituição é o controle da constitucionalidade das leis (2).

---

(1) SANTI, Romano. *Principii di diritto costituzionale generale*, 2ª ed., Dott. A. Giuffrè, Milão, 1947, p. 97.

(2) HAURIOU, Maurice. *Precis de droit constitutionnel*, 2ª ed., Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 261 e 267.

Na verdade, a constituição é a norma normarum, é ela própria norma de produção jurídica ou "fonte primária da produção jurídica", para usar a expressão de GOMES CANOTILHO No dizer deste autor, "o caráter das normas de direito constitucional como normas de normas ou fonte primária da produção jurídica implica a existência de um procedimento de criação de normas jurídicas no qual as normas superiores constituem as determinantes positivas e negativas das normas inferiores" (3) Daí a existência de uma hierarquia das fontes de direito, princípio do qual se infere a invalidade das leis ordinárias, quando contrárias à norma hierarquicamente superior

O sistema de controle da constitucionalidade das leis permite apreciar a conformidade das leis em face da constituição e negar-lhes execução Por outro lado, o princípio da primazia ou prevalência da lei deita raízes no princípio do Estado de Direito Este inspira a reserva da constituição (verfassungsvorbehalt), mas se curva perante a necessidade de preservar o sistema de direito positivo

A manutenção do sistema de direito positivo depende da pragmática afirmação do princípio da presunção de constitucionalidade da lei na dúvida, decide-se pela constitucionalidade, deve prevalecer a interpretação que compatibilize a lei com a constituição (4) Inconstitucionalidade, só quando "clara, evidente e manifesta", como afirma PAULINO JACQUES A inconstitucionalidade da lei só deve ser declarada, como --no direito norte-americano, quando beyond all reasonable doubt, acima de qualquer dúvida razoável (5)

## 1 2 - Os fundamentos éticos do direito

---

(3) CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional, 5ª ed, Almedina, Coimbra, 1992, p 142

(4) LUCIO BITTENCOURT, C.A O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, Forense Rio de Janeiro, 1949, p 91-93 Neves, Marcelo Teoria da inconstitucionalidade das leis, Saraiva São Paulo 1988, p 145-146

(5) JACQUES, Paulino Curso de direito constitucional, 8ª ed Forense Rio de Janeiro, 1977 p 383

A coesão social, no sentido de convívio pacífico e profícuo dos membros do grupo, repousa sobre normas de conduta e organização, vale dizer, sobre normas jurídicas Ubi societas ibi ius

Mesmo aqueles que, como THEODOR GEIGER, vêm na relação entre direito e moral uma questão puramente histórica, acerca da qual nada se pode dizer que tenha validade universal, admitem que, geneticamente, existe uma estreita relação entre direito e moral (6)

O núcleo duro da ontologia do direito deve ser pesquisado nas suas relações de diferenças e semelhanças com a ordem ética. Um texto de ARISTÓTELES dá margem a desentendimento, radicado na etimologia da palavra ética. Diz o estagirita que "a ética procede do costume, pois até seu nome (êtike) se formou por uma pequena modificação da palavra costume (êthos)" (7). Há, porém, outra palavra grega - éthos - que significa costume, caráter, moral, mas também morada, residência, pátria, posto, lugar fixo (8)

ARISTÓTELES insiste na dimensão do caráter, do modo de ser, inspirando a concepção positivista que se aferra ao conceito costume e reduz a ética àquilo que se faz (9). Já HEIDEGGER destaca a dimensão da morada, habitação, pretendendo assimilar ética e ontologia (10). A redução da ética aos costumes sociais e convencionais

---

(6) GEIGER, Theodor. *Moral y derecho - polémica con Uppsala*, trad. de Ernesto Garzon Valdes, Alfa, Barcelona, 1982, p. 56 e 164.

(7) ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, II, 1.

(8) BÖLTING, Rudolf. *Dicionário grego-português*, INL, Rio de Janeiro, 1953, p. 283. Irata-se realmente de duas palavras, uma iniciada pela letra epsilon e outra pela letra éta.

(9) DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*, trad. de Maria Isaura Pereira de Queiroz, 2ª ed., Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1960, p. 21 e 38. LEVY-BRUHL, Henri. *Sociologie du droit*, 5ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1976, p. 36.

(10) HEIDEGGER, Martin. *Sobre o "humanismo"*, in *Conferências e escritos filosóficos*. Col. Os pensadores, vol. XI V, Abril Cultural, São Paulo, 1973, p. 369.

não pode ser aceita. A ética propriamente dita não se confunde com os usos e costumes sociais. O sentido do direito se conecta com aquela e não com estes. HART delimita o âmbito da moral crítica e da moral dos costumes, recusando-se a atribuir validade jurídica a dispositivos que consagrem iniquidades, como sucedeu na Alemanha nazista (11)

A clássica teoria do direito como controle social e coação, própria do positivismo formalista, acha-se em franco declínio. Sua pretensão Wertfreiheit (12) é, simplesmente, inaceitável. O novo papel diretivo ou promocional que o direito assume, além de superar a visão estrutural estática, aponta para uma visão dinâmica, em que a teleologia sobressai (13) e, então, os fundamentos éticos não podem ser ignorados.

O direito positivo deriva de decisões tomadas pelo legislador, isto é, por agentes políticos que atuam na esfera de atribuições constitucionalmente definidas. Tais decisões pressupõem motivos, premissas de valor que refletem inspirações culturais, sociais, políticas, econômicas. O direito positivo adquire validade por força do processo decisório a que foi submetido. Escreve JOSÉ EDUARDO FARIA "A positivação jurídica é assim um fenômeno peculiar, por meio do qual as valorações e as normas são filtradas por processos decisórios para adquirir validade. É dessa dependência do direito a processos decisórios que emerge o caráter instrumental das leis e dos códigos enquanto as normas morais são fins em si, as normas jurídicas são meios para a consecução de determinados objetivos políticos, sociais e econômicos, elas servem não apenas para a resolução dos conflitos, mas igualmente para pôr em prática programas sociais, estratégias econômicas e políticas públicas"

---

(11) HART, H.L.A. Le concept de droit trad. de Michel van de Kerchove, Facultes Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 248-249

(12) A exclusão do caráter racional e objetivo da ontologia e da ética produz o resultado metodológico que Weber designou graficamente como Wertfreiheit, ou seja, a não contaminação valorativa. Freiheit, aqui, significa independência ou liberação relativamente ao valor.

(13) BALLESTEROS, Jesus. Sobre el sentido del derecho. 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1986, p. 61

Com apoio em HABERMAS, o mesmo autor sustenta que o direito se situa entre a política e a moral. A moral já não paira sobre o direito como um conjunto suprapositivo de normas: "ela emigra para o interior do direito positivo". No Estado de Direito, as leis são utilizadas "não só como instrumentos de controle e direção social, porém igualmente como estratégias de fundamentação e justificação abertas a argumentação de caráter moral". Os argumentos jurídicos dirigem-se igualmente a objetivos políticos e a justificações morais (14). Os fins do Direito são igualmente fins éticos.

### 1.3 - A autonomia do direito processual do trabalho.

O direito processual do trabalho é, hoje, reconhecido como disciplina autônoma. A autonomia desse ramo do direito, todavia, não significa isolamento, como adverte JORGE PINHEIRO CASTELO (15). O direito processual do trabalho pode ser considerado direito especial em relação ao direito processual civil e integralmente, desenganadamente, o direito processual. Os mesmos fins éticos, sociais, políticos e jurídicos perseguidos pelo direito processual comum são identificados no estudo do direito processual do trabalho, sem que se perca de vista o caráter instrumental do direito processual no confronto com o direito material.

A moderna doutrina processual preconiza a melhor organização da experiência jurídica em "um aparelho de sistematização e de controle, destinado não somente a melhorar o funcionamento da justiça, como a tornar mais precisa ou mais conveniente a formulação do direito", como leciona FRANCISCO CAMPOS (16). Nesta linha de raciocínio,

---

(14) FARIA, José Eduardo. Justiça e conflito, Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 144.

(15) CASTELO, Jorge Pinheiro. O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo, LTr, São Paulo, 1993, p. 23.

(16) CAMPOS, Francisco. A reforma processual, in Processo oral - 1ª série, Rev. Forense, Rio de Janeiro, 1940, p. 13.

a doutrina se esforça por construir "um sistema de controle apto a garantir a efetividade de certos deveres morais, de verdade, lealdade e sinceridade no juízo civil" - esclarece EDUARDO J. COUTURE (17) - o que é válido também para o direito processual do trabalho.

As peculiaridades do direito processual do trabalho, que legitimam sua autonomia em face dos demais ramos do direito, não o imunizam contra sua inclusão na área do direito processual comum, onde imperam os deveres "morais, de verdade, de lealdade e sinceridade", acima referidos. Cada ramo do direito (assim como cada ciência, em particular) persegue a homogeneidade de seu saber, não reivindica um objeto próprio, mas sim um determinado ponto de vista com relação a ele (18). Do ponto de vista específico do direito processual do trabalho, justifica-se, em certos aspectos, tratamento diferenciado às partes do processo, ante as desigualdades sociais que as distanciam, mas esse tratamento diferenciado não se estende à eliminação dos "deveres éticos" que asseguram a ambas as partes os direitos e garantias fundamentais.

## 2. A FINALIDADE DO DEPÓSITO PARA RECURSO

A determinação da finalidade do depósito configura o pressuposto que inspira o desenvolvimento do raciocínio. As conseqüências práticas dependem da posição doutrinária inicialmente assumida: as conclusões seguirão as premissas básicas aceitas pelo intérprete.

---

(17) COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil, *in* Processo oral, cit., p. 102.

(18) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Introducción al estudio del estructuralismo y el derecho, *in* Estructuralismo y derecho, Alianza Editorial, Madrid, 1973, p. 13. Para aprofundamento do tema, HERNÁNDEZ RUFEDA, Lupo. El proceso de trabajo y sus peculiaridades, *in* Estudios sobre derecho laboral - homenaje a Rafael Caldera, t.II, Caracas, 1977, p. 1609.

A identificação dos fins do depósito não pode ser arbitrária, não depende da fantasia do intérprete nem dos propósitos utilitários que ele tem em vista. Deve ser captada na dicção do dispositivo legal que regula o instituto. Sim, porque só há depósito em virtude da prescrição legal. Sem lei que o instituísse, sequer chegaria a formar-se o debate.

O art. 899, parágrafo 1º da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que, sendo a condenação de valor até 10 vezes o valor de referência regional, nos dissídios individuais só será admitido o recurso, inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância (as alterações introduzidas pelo art. 40 da Lei nº 8.177, de 01.03.1991 e pelo art. 8º da Lei nº 8.542, de 23.12.1992, no momento, não interferem). Importa, agora, reter que a lei obriga a parte a efetuar o depósito de certo valor, quando interpõe recurso de decisão condenatória, pressupondo-se condenação em pecúnia (sentença que impõe obrigação de dar, não a que impõe obrigação de fazer ou de não fazer). Corretamente, o Enunciado nº 161 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (ex-Prejulgado nº 39) declara: "Não havendo condenação em pecúnia, descabe o depósito prévio de que tratam os parágrafos 1º e 2º do art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho". E a lei não distingue quanto aos recursos: qualquer recurso, inclusive o extraordinário.

Do texto legal, infere-se claramente que a finalidade do depósito é facilitar a execução, pelo menos parcial, da sentença condenatória.

Forte corrente doutrinária sustenta que a finalidade do depósito é "evitar a interposição de recursos procrastinatórios e desneces-sários" (19). A tese, porém, não merece aplauso, por desprovida de apoio em lei. A Instrução Normativa nº 3, de

---

(19) ALVARES DA SILVA, Antonio. Depósito recursal e processo do trabalho, LT., São Paulo, 1993, p. 17 e passim

05.03.1993, do Tribunal Superior do Trabalho, assim deslinda a controvérsia em torno da natureza jurídica do depósito: "Os depósitos de que tratam o art. 40 e seus parágrafos da Lei 8.177/91, com redação dada pelo art. 8º da Lei 8.542/92, não têm natureza jurídica de taxa de recurso, mas de garantia do juízo recursal, que pressupõe decisão condenatória ou executória de obrigação de pagamento em pecúnia, com valor líquido ou arbitrado" (item I). O texto reitera a Instrução Normativa nº 2, de 30.04.1991 (item I).

O depósito é exigido quando da interposição de qual-quer recurso, protelatório ou não. Em princípio, qualquer recurso é prote-latório, no sentido de que adia a decisão final do dissídio. Inexiste critério objetivo, capaz de classificar previamente os recursos em protelatórios e não protelatórios. Do ponto de vista do recorrente, o apelo jamais é prote-latório ou desnecessário. O juízo quanto ao caráter protelatório do recurso só pode ser formulado a posteriori, quando do julgamento pelo Tribunal ad quem. Se o recurso foi provido, não era protelatório; mas, agora é tar-de, porque o depósito foi feito de qualquer sorte, o que demonstra que, mesmo para os recursos não protelatórios, o depósito é necessário, sob pena de não conhecimento...

Se houvesse um critério objetivo, capaz de distinguir, no momento da interposição, o recurso procrastinatório daquele que não o é e dispensasse o recorrente da exigência no segundo caso, seria procedente a afirmativa de que a finalidade do depósito é evitar a manifestação de recursos protelatórios. Mas, aqui, estamos no terreno dos sonhos...

Há, é certo, recursos protelatórios, como os há que não os são. Se a finalidade da lei que exige a efetivação do depósito fosse o desestímulo à interposição de recursos procrastinatórios, com o intuito de aliviar a carga de serviço dos tribunais, o expediente adotado seria, no mínimo, canhestro: mais eficaz seria a medida legal que instituisse a instância única, eliminando de vez qualquer tipo de recurso ou, pelo menos, suprimindo os recursos sobre matéria de fato (20).

Afirma-se que a exigência do depósito se justifica pela necessidade de acelerar o andamento do feito, prevenindo o retardamento da lide pelo uso de recursos meramente emulativos. Vale dizer, debita-se à conta dos recursos causa de demora no desfecho final do processo. Não procede, porém, tal suposição. As delongas na tramitação do dissídio devem-se, antes, ao adiamento com um ano, ou mais de intervalo, na audiência de prosseguimento, ao retardamento com que a sentença é proferida (há casos de um, dois anos), a espera de oito, dez ou onze meses no oferecimento de parecer pela Procuradoria, ao prazo de seis ou sete meses necessários à publicação da conclusão de um acórdão, isto para não se falar no tempo (um, dois, três anos) de espera para a apresentação de um laudo, quando necessária a prova pericial. Por vezes, o retardamento se deve à oposição de embargos de declaração, porém estes se tornam indispensáveis por exigência jurisprudencial (é o caso do prequestionamento, imposto pelos Enunciados nºs 184 e 297 da Sumula do Tribunal Superior do Trabalho)

Por muitos que fossem os recursos, se houvesse realmente celeridade na execução dos serviços a cargo do Judiciário Trabalhista, as ações não aguardariam mais que um ano, dois no máximo, para serem solucionadas.

Ha - e certo - prazos previstos em lei (ex - CPC, art 456 CLT art 815, paragrafo único, art 851, parágrafo 2º, art 885), mas prazos, quem os cumpre? Quem milita no foro - cível ou trabalhista - sabe perfeitamente que prazo só vale mesmo contra advogado.

Por outro lado, o argumento de que é necessário suprimir os recursos para acelerar o andamento do processo peca por excesso. Ouçamos a lição do douto GOMES CANOTILHO "A exigência de um direito sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em

---

(20) Como se sabe, esta é uma tese antiga defendida com ardor entre outros por Alfredo I. Ruprecht Conferencia sobre "La instancia unica en el proceso del trabajo", na Universidad Nacional de Trujillo Peru 9 3 1979

tempo adequado, não significa necessariamente justiça acelerada. A aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias, etc) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta" (21).

Finalmente, a pá de cal sobre a insustentável tese de que o caráter protelatório dos recursos autoriza a exigência de depósito: este é exigido apenas nos casos de condenação pecuniária. Sabe-se que, mesmo não havendo condenação em pecúnia, recursos protelatórios são interpostos, porém, nestes casos, o depósito é inexigível...

A tese ora examinada não resiste, portanto, a uma análise mais detida do instituto, o que conduz à afirmação de que a finalidade do depósito é, mesmo, a de facilitar a execução (assertiva cercada de cautelosas reservas, pois o montante do depósito é limitado e o valor da condenação pode ultrapassar a quantia posta à disposição do juízo).

À luz desse pressuposto, cabe enfrentar a questão da (in)constitucionalidade do depósito em face do princípio de igualdade, do direito (?) a um duplo grau de jurisdição e do acesso ao judiciário.

### 3. O DEPÓSITO EM FACE DO PRINCÍPIO DE IGUALDADE

Já se sustentou a inconstitucionalidade do depósito, porque exigível do empregador e não do empregado: seria, em conseqüência, atentatório da regra de igualdade perante a lei. A questão comporta um desdobramento. Primeiro, procede a assertiva de que a obrigação de depositar é imposta apenas ao empregador? Segundo, se o depósito é exigível apenas do empregador, haveria ofensa ao princípio de igualdade?

---

(21) GOMES CANOTILHO, J. J. Direito constitucional, cit. p. 666

A primeira indagação merece resposta afirmativa a lei impõe a obrigação de depositar para recorrer ao empregador, não ao empregado. So o empregador esta sujeito a deserção por falta de deposito. O art 899, paragrafo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho determina que o deposito se faça na conta vinculada do empregado. Não faz sentido que o empregado, para recorrer, efetue deposito em sua propria conta. Esta e a lição de RODRIGUES PINTO "Completando essa ideia, os paragrafos 4º e 5º, introduzidos ao mesmo art 899 para disciplinar a efetivação dos depositos, determinaram-na em conta vinculada do FGTS, cujo titular e o empregado, assim, intuitivamente, dispensado da exigência, quando sucumbir na lide, mesmo que contra ele seja imposta condenação" - grifos do original (22)

Contraditoriamente, os autores que vêem no deposito meio de desestimular os recursos protelatorios pretendem exigí-lo do empregado. O empregado não tem interesse na protelação, logo, dele não se deve exigir deposito. A exigência do deposito poderia causar injustiças ja que o empregado e a parte economicamente mais fraca na relação processual e não serão raros os casos em que o trabalhador, que sofreu uma injustiça no julgamento seja materialmente impedido de recorrer pela falta de dinheiro para fazer frente a obrigação de depositar. Nova injustiça, que o direito processual do trabalho deve abster-se de cometer.

A exigência de deposito dirigida apenas ao empregador viola o art 5º da Constituição de 1988? A Carta Magna dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. A questão tem fundamento, porque como ficou assentado, empregado e empregador são tratados desigualmente pela lei de deposito: um esta obrigado a depositar para recorrer e o outro não. O art 899, paragrafo 1º da CLT seria inconstitucional em face do art 5º da Lei Maior? O principio de igualdade sofre atentado porque só o empregador e obrigado a depositar?

---

(22) RODRIGUES PINTO, Jose Augusto. Recurso nos dissídios do trabalho. 2ª ed., Forense. Rio de Janeiro. 1993. p 52.

A análise superficial da questão conduziria a uma resposta simplista a fim de evitar a desigualdade, ou seja, para reverenciar o entendimento de que a lei dispensa igual tratamento a ambos os litigantes, o depósito deve ser imposto tanto ao empregado quanto ao empregador. Já se viu, porém, que tal solução produz injustiças e não pode ser encampada pelo direito processual do trabalho. Esta análise, portanto, não satisfaz. O tema reclama considerações mais profundas.

O princípio de igualdade significa a exigência de igualdade na aplicação do direito. Mas esta igualdade não deve ser entendida em sentido meramente formal: trata-se de igualdade material, ou seja, pressupõe-se igualdade relacional. Modernamente, entende-se o princípio de igualdade como vedação geral do arbítrio. Observa-se a igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são tratados arbitrariamente como desiguais. O princípio resulta em proibição de diferenciação jurídica sem um fundamento razoável, materialmente justo e eticamente defensável (23).

No caso do depósito para recurso, não há afronta ao princípio de igualdade quando a obrigação é imposta unicamente ao empregador, porque a distinção não é arbitrária: os litigantes não são arbitrariamente tratados como desiguais. O tratamento desigual resulta da observância daquilo que ordinariamente acontece id quod plerumque accidit, uma vez que, na generalidade dos casos, o empregado não dispõe de meios materiais para efetivar o depósito, o que não ocorre com o empregador. Além disso, na mesma linha de raciocínio, na esmagadora maioria dos dissídios dirimidos pela Justiça do Trabalho, só o empregado é credor e o depósito visa - como já se demonstrou - a facilitar a execução do julgado.

---

(23) GOMES CANO FILHO, J. J. Direito constitucional. cit. p. 577.

Tem cabimento, por outro lado, aferir a correlação lógica entre o fator de discrimine e a desequiparação procedida, para usar a terminologia de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. Diz ele: "é agredida a igualdade quando o fator diferenciado adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou a exclusão do benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto" (24). No caso em exame, o fator diferencial adotado para justificar o discrimine (empregador deposita, empregado não deposita) é a posição social, é a fortuna. A observação autoriza o entendimento de que - ressalvadas as exceções que apenas confirmam a regra - o empregador dispõe de meios materiais para efetuar o depósito, o que não sucede com o empregado. O fator diferencial, portanto, guarda relação de pertinência lógica com a inserção do gravame imposto ao empregador e não ao empregado.

Sob esse aspecto, o dispositivo legal que institui o depósito para recorrer sob pena de deserção não é inconstitucional.

#### **4. O DEPÓSITO EM FACE DO DIREITO (?) A UM DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

A exigência de depósito deve ser estudada à luz do disposto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Poderia vislumbrar-se na exigência de depósito para recurso estorvo à faculdade de recorrer e, neste caso, haveria ofensa ao preceito constitucional transcrito.

---

(24) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. O conteúdo jurídico do princípio de igualdade, 2ª ed., Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1984, p.49.

A questão, como posta, pressupõe uma reflexão a respeito do controvertido "duplo grau de jurisdição" na Constituição Federal. Antes, porém, deve ser examinado o direito ao recurso, como garantia fundamental estreitamente vinculada ao direito a defesa

Embora não expressamente enunciado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Assembleia Nacional francesa, de 1789, o direito de defesa tem sido considerado um "valor fundamental do direito" e responde à exigência de elementar justiça. O fundamento do direito de defesa reside, segundo alguns, no respeito à personalidade ou à própria natureza humana. Esse direito representa, sem dúvida, manifestação dos direitos fundamentais do homem e do cidadão e se acha expressamente consagrado pelo art. 6º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, do Conselho da Europa, de 1950.

O direito à defesa supõe que a sociedade seja composta por indivíduos titulares de prerrogativas definidas pelo direito. Permitindo a qualquer pessoa deduzir em juízo os argumentos em prol de sua pretensão, o instituto deriva da realidade social, que mostra a existência de relações de concorrência aptas a engendrar litígios. O direito de defender as pretensões geradas por tais litígios é a um só tempo o corolário e a garantia do exercício dessas prerrogativas. Este princípio repousa, portanto, sobre uma representação da sociedade caracterizada por uma visão antropológica de tipo individualista - eis a lição de PHILIPPE GERARD (25). Que seja. Não se pode ignorar, porém, que o direito de defesa traduz o influxo que as superiores exigências do ideal de justiça exercem sobre o direito positivo e bem assim emanação dos fundamentos éticos do direito.

Do direito de defesa não deflui, porém, necessariamente, o direito ao recurso. O reconhecimento de um "princípio"

---

(25) GÉRARD, Philippe. Droit, egalite et ideologie. Facultes universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1981. p. 316-317.

do duplo grau de jurisdição constitui matéria polêmica e se prende, na verdade, a considerações mais de ordem política do que jurídica. O tema é exposto com a habitual precisão por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: "A justificação política do princípio do duplo grau tem invocado a maior probabilidade de acerto decorrente da sujeição dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão. É dado da experiência comum que uma segunda reflexão sobre qualquer problema freqüentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para a reavaliação de argumentos a que no primeiro momento não se tenha atribuído a justo peso. Acrescente-se a isso a circunstância de que, em regra, o julgamento do recurso compete a juízes mais experientes, em regime colegiado, diminuindo a possibilidade de passarem despercebidos aspectos relevantes para a correta apreciação da espécie. Não têm faltado, entretanto, desde tempos remotos, críticas ao sistema (omissis).

Para os adversários do princípio do duplo grau, ou os órgãos de segunda instância são presumivelmente mais capazes de fazer boa justiça, e neste caso mais vale confiar-lhes diretamente a tarefa de julgar as causas, ou não gozam de tal presunção, e neste caso a devolução da matéria ao seu conhecimento é medida contraproducente, pelo risco que gera de substituir-se uma decisão certa por outra errônea (omissis). De qualquer sorte, se no plano da lógica pura talvez se tornasse difícil demonstrar more geometrico a superioridade do sistema do duplo grau, é certo que, na prática (omissis), têm-se considerado positivos os resultados de sua adoção, como revela a consagração geral do princípio nos ordenamentos dos povos cultos, principalmente depois que a Revolução Francesa, apesar de forte resistência, o encampou"(26).

---

(26) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Recursos(processo civil), in J. M. de Carvalho Santos. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. XLV, Borsoi, Rio de Janeiro, s/data, p 103-104.

O anelo por um segundo e mesmo um terceiro exame da causa decidida radica, é certo, na insatisfação inerente à natureza humana, mas é indiscutível que o duplo grau de jurisdição não constitui direito fundamental e pode em consequência ser livremente regulado pelo ordenamento positivo de cada Estado. Como diz ROBERTO SANTOS, "dado esse caráter não fundamental, o direito de recurso é um daqueles em que o Estado pode tocar e comporta variados graus de disciplinação, restrições e balizamentos. Não existe antes ou independentemente do Estado. Os homens nascem livres e iguais, e podem opor ao Estado sua liberdade e igualdade radical, as quais não lhes são outorgadas pelo Estado, e sim por uma lei supra-estatal, não escrita. Todavia, não nascem com direito a recorrer" (27)

Assim é, realmente, em doutrina, ou seja, em tese. Todavia, em face do direito constitucional positivo vigente no Brasil, parece evidente que o princípio do duplo grau de jurisdição acha-se expressamente consagrado. A Constituição poderia deixar de acolher duplo grau, como poderia consagrá-lo. Preferiu a segunda hipótese. Lê-se claramente no já transcrito inciso LV do art. 5º que são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Os recursos são elementos inerentes à ampla defesa. Além disso, a simples menção aos tribunais no Capítulo que regula o Poder Judiciário induz a ilação da existência necessária de recursos, já que não seria aceitável a idéia de que a criação de tais órgãos tem em vista apenas o julgamento dos processos de sua competência originária.

A Constituição claramente distingue meios de recursos. É regra elementar de hermenêutica que a lei não emprega palavras supérfluas (28). Verba cum effectu sunt accipienda. Não se presumem na lei palavras inúteis. Leciona CARLOS MAXIMILIANO "As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases

---

(27) SANTOS, Roberto. Parecer CJ/MT 99, de 10/05/1993, in Rev. de Direito do Trabalho, nº 83, set. 1993, p. 158.

(28) SILVEIRA, Alípio. Hermenêutica no Direito Brasileiro, 2º vol., Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 339.

sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis" (29). O BARÃO DE RAMALHO lembra "a regra que em uma lei não há palavras inúteis, ou sem significação, devendo-se, por isto, considerar como errônea aquela interpretação que entender que há em uma lei palavras sem sentido" (30).

Não merece aplauso a tese de que "a palavra - recurso - usada no art. 5º, LV não significa meio de impugnação de sentença mas meio processual, em sentido amplo" (31). Essa interpretação conduziria ao seguinte resultado: a Constituição assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os meios a ela inerentes...O que significa isto, afinal de contas?... No dispositivo citado, meios são atos processuais da parte (contestação, exceção, requerimentos, arrazoados, etc.) e recursos são recursos em sentido processual (apelação, recurso ordinário, agravos, recurso de revista, etc.). Recurso não é "meio processual" em sentido abrangente (com o que esta noção se confundiria com a anterior) mas, claramente, "meio de impugnação de sentença".

Por outro lado, é falso que a Constituição de 1988 não tenha inovado, ao consagrar amplamente o duplo grau de jurisdição, aplicando-o não só aos acusados (em processo criminal) mas também aos litigantes (em processo cível ou administrativo). A Constituição de 1988 inovou, ampliou a garantia, antes restrita aos acusados (processo penal). Agora, o duplo grau é estendido aos litigantes (processo civil ou administrativo). A candente objurgatória de quem entende que "sempre se disse em nossa Constituição a respeito da ampla defesa com os meios e os recursos a ela inerentes" (32) não tem qualquer procedência. Esta leitura não vem filtrada pelo rigor científico, que se

(29) MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito, 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 250.

(30) RAMALHO, Joaquim Ignácio. Cinco lições de hermenêutica jurídica, in Hermenêutica jurídica, Saraiva, São Paulo, 1984, p. 117-118.

(31) ÁLVARES DA SILVA, Antonio. Depósito recursal e processo do trabalho. cit., p. 19.

(32) TEIXEIRA FILHO, Manoel A. Const e processo, in Genesis, nº 8, de 1993, p. 124

deseja. Os textos constitucionais anteriores asseguravam apenas aos acusados ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. Referiam-se claramente a acusados. Ora, em processo cível ou administrativo não há acusado, há litigante. A Constituição de 1988 refere-se claramente a ambos - acusado e litigante - ao contrário das anteriores, que limitavam a garantia ao acusado (processo penal). Se é válida a interpretação segundo a qual as Constituições anteriores asseguravam o duplo grau de jurisdição aos acusados, será indisputável a ilação de que igual garantia passou a ser deferida pelo texto de 1988 aos litigantes em geral. A deficiente interpretação acima indicada, aplica-se integralmente a advertência do clássico PAULA BAPTISTA: "por muito que o intérprete presuma de si, deverá convencer-se de que, neste caso, a falta é antes sua do que do legislador" (33).

Aqueles que vêm no texto constitucional em exame referência a "meios e meios" reduzem à inoperância uma das garantias fundamentais e se colocam na contra-mão da técnica de interpretação dos preceitos que protegem os direitos do homem. Entre os princípios aplicáveis à interpretação constitucional, encontra-se o princípio da máxima efetividade, operativo em relação a todas as normas constitucionais, porém invocado hoje sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, como ensina GOMES CANOTILHO, que arremata: "no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais" (34)

Em suma, aceita-se que, em tese, o direito a um duplo grau de jurisdição não constitui um direito fundamental, mas a regra, como diz CANOTILHO, "é a da existência de duas instâncias quanto à matéria de fato e de uma instância de revisão quanto a questões de direito" (trata-se, na verdade, de tendência a um controle dos atos jurisdicionais) (35). Portanto, a Constituição Federal de 1988 consagra

---

(33) BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica in Hermenêutica Jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1984, p. 37

(34) GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional cit.*, p. 233

(35) GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional cit.*, p. 667 e 769

expressamente o duplo grau de jurisdição. Desta assertiva, contudo, não se extrai a ilação de que a exigência de depósito para recorrer seja inconstitucional. Primeiro, porque há fundada dúvida quanto à inconstitucionalidade e, na dúvida, prevalece o dispositivo legal inquinado de inconstitucional. Segundo, porque o depósito constitui certamente um condicionamento ao recurso, mas, como esclarece ROBERTO SANTOS, "os condicionamentos do recurso têm em vista regular o modo em que o Estado intervirá uma segunda vez para análise de certa controvérsia e não se opõe ao direito de ampla defesa ou ao uso dos meios e recursos a este inerentes" (36).

## 5. O DEPÓSITO EM FACE DO PRINCÍPIO DE ACESSO À JUSTIÇA

Dispõe o art. 5º, inciso XXXV da Constituição: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Em face desta garantia fundamental, será inconstitucional a norma que impõe o depósito como requisito de conhecimento do recurso? Sem dúvida, a exigência indiscriminada ou desarrazoada de depósito (como pretendem alguns exegetas) inviabilizaria o acesso à justiça, no sentido de que impediria o juízo de segundo grau de apreciar a lesão ao direito (ou, pelo menos, a alegada lesão).

É à luz do princípio de acesso à justiça (ou acesso ao judiciário) que deve ser examinada a questão da constitucionalidade da exigência de depósito. Trata-se de aspecto particular da vasta temática pertinente aos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais.

---

(36) SANTOS, Roberto. Parecer, cit., p. 160

A proteção dos direitos fundamentais por aplicação do princípio de acesso à justiça pressupõe a garantia de uma proteção eficaz. Não basta a proteção e de rigor que ela seja eficaz. O art. VIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê a proteção, mas não descarta o aspecto da eficácia. "Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei". Em escólio a esta solene declaração, assim se expressa JOSÉ SODER: "O art. 8º apresenta, igualmente, novidade, porquanto concede a todos o direito subjetivo a uma defesa eficaz contra qualquer violação dos seus direitos fundamentais dentro do âmbito do Estado. Representa a garantia internacional de proteção judiciária dos direitos inalienáveis do indivíduo" (37).

O princípio do acesso a justiça está integrado no ordenamento positivo vigente, no Brasil. O art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Organização das Nações Unidas em 1966, que entrou em vigor para o Brasil em 24/4/1992 (Decreto nº 592, de 06/07/1992), dispõe: "Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil".

O que se deve entender por "acesso a justiça"? A expressão acesso à justiça, como quer MAURO CAPELETTI, "é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos, segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente

---

(37) SODER, José. Direitos do homem. Cia. Editora Nacional. São Paulo, 1960. p. 206-207.

justos" (38) É esta parte final da citação, alusiva à exigência de que os resultados produzidos pelo sistema jurídico sejam individual e socialmente justos, que mostra o rumo a ser seguido. Como lembra J J CALMON DE PASSOS, no estudo que contém o trecho adotado como epígrafe deste ensaio (39), "o direito é a única forma de realização histórica da justiça". Sem dúvida, "uma ordem jurídica realiza tanto mais justiça quanto menos necessidades deixa insatisfeitas e quanto menos expectativas desatendidas ocasiona"

Se a exigência de depósito causar injustiça, se deixar insatisfeita a necessidade de recorrer, se ocasionar expectativa desatendida de acesso ao segundo ou ao terceiro grau de jurisdição, certamente a lei que impõe será inconstitucional. Se a Constituição assegura o acesso à justiça, se ela consagra o direito ao recurso inclusive no processo cível (inovação da Carta Magna de 1988, que estendeu ao litigante o benefício anteriormente restrito ao acusado), inconstitucional será a lei que impõe a necessidade de depositar para recorrer, se desta imposição resultar injustiça material, porque será afetada a garantia fundamental de uma proteção eficaz dos direitos

Na linha de raciocínio que desenvolve a partir da noção de acesso à justiça, MARC GALANTER adverte que muitos obstáculos podem ser opostos com o propósito de dissuadir as partes de fazerem valer em juízo suas razões. Prazos, despesas, incerteza quanto à decisão são elementos considerados no momento de propor uma ação ou conduzi-la a termo percorrendo as diferentes instâncias (40). Neste

---

(38) CAPELETTI, Mauro- GARTH, Bryant. Acesso à justiça, trad. de Ellen Gracie Northfleet, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 8

(39) CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo, in Participação e processo, coord. de Ada Pellegrini Grinover et alii, Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 87

(40) GALANTER, Marc. La justice ne se trouve pas seulement dans le décision des tribunaux, in Mauro Capeletti (dir.) Accès à la justice et Etat-providence, Economica, Paris, 1984, p. 159

contexto, a exigência de depósito assume especial relevo, com possíveis resultados manifestamente injustos, a tornar inoperante o princípio do acesso ao judiciário

Não ha dúvida de que o Estado pode conformar o direito de recurso e submetê-lo a uma serie de requisitos intrínsecos e extrínsecos, mediante variadas modalidades de disciplinação, restrições e balizamentos. Esta faculdade, porém, encontra limite na produção de resultados individual e socialmente injustos, a saber, injustiça material

O Estado de Direito não pode vergastar o sentido garantístico do procedimento. Existe manifesta interconexão dinâmica entre direitos fundamentais e procedimento. O impecilho arbitrariamente criado ao desenvolvimento razoável do procedimento autorizaria a negação de qualquer outro direito fundamental. O poder de conformação do procedimento, reconhecido ao Estado, não pode exacerbar-se a ponto de gerar resultados materialmente injustos, sob pena de ofensa à proteção eficaz dos direitos fundamentais

Segundo informação colhida em GOMES CANOTILHO, o Tribunal Constitucional português considera que o direito de acesso à justiça é inconstitucionalmente violado quando se condiciona o seguimento do recurso ao depósito prévio de certa quantia, não tendo o recorrente condições econômicas para satisfazer esse pagamento (41)

No Brasil, o direito ao recurso é constitucionalmente assegurado (Constituição de 1988, art 5º, LV). É certo que a lei pode sujeitar o recurso a requisitos, afirmação perfeitamente válida do ponto de vista ético. Contudo, a norma legal se tornará inconstitucional quando condicionar o seguimento do recurso a

---

(41) GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional cit , p 668

certa quantia quando o recorrente não dispuser de meios materiais para satisfazer esse pagamento Conclusão contrária conduziria à negação de um direito fundamental de maneira indiscriminada, o que não seria ético

Por este prisma, JÚLIO ASSUMPCÃO MALHADAS tem parcial razão quando assevera que a lei do depósito é inconstitucional "por fazer distinção entre empregadores que podem e empregadores que não podem efetuar o depósito" (42) Há, realmente, empregadores que não dispõem de meios materiais para satisfazer a exigência de depósito (empregador doméstico, profissional liberal, pequeno empreiteiro, micro empresário, além de muitos que atuam na economia informal)

Na verdade, a lei não estabelece distinção entre empregadores que podem e aqueles que não podem efetuar o depósito, daí a razão "parcial" atribuída ao autor citado Por outro lado, fixar tetos diferenciados segundo os diferentes portes das empresas importaria discriminação inconstitucional

Descabe imputar inconstitucionalidade à lei de depósito por distinguir (ou não distinguir) entre empresas Ela será inconstitucional se o entendimento a ela atribuído desaguar na produção de resultados materialmente injustos Toda lei, em princípio, é constitucional Só se declara a inconstitucionalidade da lei acima de qualquer dúvida razoável

Não ha, na lei de depósito, evidente inconstitucionalidade, mas esta assertiva não é absoluta, sabendo-se que certos empregadores não podem efetuar o depósito (como é o caso daqueles acima lembrados)

---

(42) MALHADAS, Julio Assumpção Depósito para recurso na justiça do trabalho - inconstitucionalidade? injustiça?, in Rev LTr 57-02/163

A solução da controvérsia reside não na declaração genérica de inconstitucionalidade da lei, mas no afastamento da exigência do depósito quando, em cada caso, comprovada a impossibilidade de sua efetivação. A analogia com o instituto da justiça gratuita pode ser invocada (Leis nºs 1.060, de 05.02.1950 e 5.584, de 26.06.1970). Não se trata de assistência judiciária, mas de tratamento igual dispensado a partes que se encontram em situação igual: impede evitar que, por escassez de meios materiais, possa alguém (sendo indiferente a posição processual, autor ou réu) ser privado do acesso à justiça.

A situação econômica do empregador materialmente impedido de efetuar o depósito pode ser demonstrada por declaração firmada pelo próprio ou por seu procurador, respondendo o declarante penal e civilmente pela falsidade em que comprovadamente incorrer, segundo o disposto na Lei nº 7115, de 29.08.1983.

## **BIBLIOGRAFIA**

Alem das obras citadas no texto, foram consultadas as seguintes

**NASCIMENTO, Amauri Mascaro.** Natureza jurídica do depósito recursal. in LTr 57-02/142

**PINTO, José Augusto Rodrigues.** Os novos enigmas de depósito recursal trabalhista. in LTr 57-02/146

**GONÇALVES, Aroldo Plínio.** O depósito recursal - a nova sistemática estabelecida pelas disposições da lei nº 8 542, de 23 12 92, in LTr 57-02/151

**GIGLIO, Wagner D.** Depósito recursal - alterações decorrentes da lei nº 8 542, in LTr 57-02/159

**SAAD, Eduardo Gabriel.** O depósito recursal e o duplo grau de jurisdição, in LTr 57-02/167

**LEITE, Júlio Cesar do Prado.** Depósito recursal - os valores demarcados na lei devem ser compatíveis com a realidade econômica, não podendo prejudicar o direito de recurso constitucionalmente assegurado, in LTr 57-02/171

**MALTA, Christovão Piragibe Tostes.** Depósitos para recursos. in LTr 57-02/173

**DELGADO, Maurício Godinho.** Sentido e abrangência do depósito "recursal" no direito brasileiro as inovações da lei nº 8 542/92, in LTr 57-02/175

**MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva.** A lei nº 8 542/92 e o depósito recursal, in LTr 57-02/182

**GONÇALVES, Emílio.** O depósito recursal na lei nº 8 542, de 23 12 1992, in LTr 57-02/184

**MAGANO, Octavio Bueno.** Depósitos recursais, in LTr 57-02/191

**MACIEL, José Alberto Couto.** Da inconstitucionalidade do depósito exigido pelo art 899 da CLT, in LTr 57-02/192