



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO**

JAMES EDGAR SMITH

O ACESSO À JUSTIÇA NA REFORMA TRABALHISTA DE 2017: a nova estrutura legal de (des)incentivos à litigância examinada sob a ótica jurídica e da análise econômica do direito

RECIFE
2022

JAMES EDGAR SMITH

O ACESSO À JUSTIÇA NA REFORMA TRABALHISTA DE 2017: a nova estrutura legal de (des)incentivos à litigância examinada sob a ótica jurídica e da análise econômica do direito

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso.

Linha de Pesquisa: **Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos.**

RECIFE
2022

S651a

Smith, James Edgar

O acesso à justiça na reforma trabalhista de 2017 :
a nova estrutura legal de (des) incentivos à litigância
examinada sob a ótica jurídica e da análise econômica
do direito / James Edgar Smith, 2022.

243 f. : il.

Orientador: Fábio Túlio Barroso

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de
Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito.
Mestrado em Direito, 2022

1. Justiça do trabalho. 2. Ação judicial. 3. Acesso à
justiça. 4. Assistência judiciária. I. Título.

CDU 347.9:331

Luciana Vidal - CRB-4/1338

JAMES EDGAR SMITH

O ACESSO À JUSTIÇA NA REFORMA TRABALHISTA DE 2017: a nova estrutura legal de (des)incentivos à litigância examinada sob a ótica jurídica e da análise econômica do direito

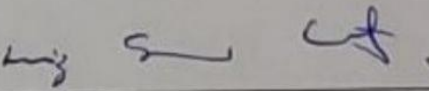
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso.

Banca Examinadora

MENÇÃO: APROVADO

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso
Universidade Católica de Pernambuco

Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira
Universidade Católica de Pernambuco



Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther
PPGD do Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA

Recife, 20 de abril de 2022.

DocuSigned by:



B4C4C8FD9592436...



PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma Portal OAB. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://oab.portaldeassinaturas.com.br/Verificar/70FF-4BB2-3276-BF82> ou vá até o site <https://oab.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: 70FF-4BB2-3276-BF82



Hash do Documento

E73A00D724409D28BC58E15A37426C5A6D39031BA570401246F73ABF195323E4

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 20/04/2022 é(são) :

☒ Fábio Túlio Barroso - 770.314.904-72 em 20/04/2022 21:41 UTC-03:00

Nome no certificado: Fabio Tulio Barroso

Tipo: Certificado Digital



Dedico este trabalho ao meu pai, Frederick, pessoa sempre presente em minha vida, cujos ensinamentos ultrapassaram as meras palavras, concretizando-se em exemplos de dedicação, integridade e de retidão de caráter.

De igual forma à minha mãe, Nazaré (*in memoriam*), e à minha madrinha, Lucy Smith (*in memoriam*), ambas mulheres que possuíam muita força e perseverança.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa, Ana Elizabeth, minha companheira na vida e nos estudos, com quem troquei ideias, vivenciei desafios e dividi angústias durante essa nossa caminhada conjunta no Curso de Mestrado em Direito. Seu apoio foi determinante para a conclusão desse projeto.

Aos meus filhos Valentina e Paulo, as duas pessoinhas mais preciosas de minha vida, pela compreensão e paciência que tiveram ao dividir a atenção do pai, e também da mãe, com os estudos por longos dois anos.

Ao meu orientador, Professor Doutor Fábio Túlio Barroso, pela enriquecedora parceria desenvolvida ao longo do mestrado e que resultou na elaboração de trabalhos acadêmicos publicados em coautoria, na apresentação de artigo no III Encontro Virtual do CONPEDI e na realização de estágio de docência em disciplina ministrada pelo referido docente, culminando com a orientação desta dissertação. Suas considerações críticas, indicações de leitura e sugestões, combinadas com o respeito à liberdade intelectual do orientando, foram essenciais à produção deste trabalho.

O apoio institucional recebido do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região também foi muito importante para a elaboração deste trabalho, ao qual agradeço por meio dos colegas Sofia Veloso, bibliotecária da Escola Judicial, pela presteza e boa vontade com que sempre me atendeu, e Luciano Lacerda, Secretário-Geral da Presidência, pela disponibilidade com que me recebeu e pelo suporte que me foi concedido.

RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar as alterações estruturais promovidas no acesso à justiça do trabalhador pela Lei n. 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista. O legislador estabeleceu como finalidade da reforma a redução do nível de litigiosidade e do quantitativo de demandas abusivas. Com o propósito de alcançar os fins formalmente declarados, lançou mão de medidas para encarecer os custos do ajuizamento da reclamação trabalhista, com o enrijecimento das regras para concessão da gratuidade da justiça e com a previsão de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais. O presente trabalho utilizou uma dualidade de métodos. De um lado, o método jurídico-dogmático serviu para aferir a compatibilidade dos dispositivos normativos com o ordenamento jurídico. De outro lado, o método econômico propiciou a descrição e a explicação dos incentivos e desincentivos ao acesso à justiça do trabalhador decorrentes da legislação da reforma trabalhista. Os resultados obtidos comprovaram a incompatibilidade das alterações normativas com o ordenamento jurídico e a inaptidão da nova estrutura normativa para reduzir a nominada “litigiosidade trabalhista”, especialmente na fase recursal. À vista disso, o trabalho conclui que as inovações procedimentais promovidas contrariam a interpretação dogmática tradicionalmente conferida às garantias da inafastabilidade da jurisdição e da assistência jurídica gratuita e integral, bem assim que a estrutura legislativa adotada é ineficiente para promover o controle da litigiosidade na Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Justiça Gratuita. Processo do Trabalho. Reforma Trabalhista. Acesso à Justiça. Análise Econômica da Litigância.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the structural changes promoted in the employee's access to justice by Law n. 13.467/2017, called Labor Reform. The legislator established as the purpose of the reform the reduction of the litigation's level and the number of abusive claims. In order to achieve the formally declared purposes, it used measures to increase the costs to bring a claim before labor justice, hindering the rules for granting the gratuity from fees and providing for the award of attorney fees. The present work used a duality of methods. On the one hand, the legal-dogmatic method served to assess the compatibility of normative provisions with the legal system. On the other hand, the economic method provided the description and explanation of the incentives and disincentives to the employees's access to justice resulting from the labor reform legislation. The results obtained proved the incompatibility of the normative changes with the legal system and the inability of the new normative structure to reduce the so-called "labor litigation", especially in the appeal phase. In view of this, the paper concludes that the procedural innovations promoted contradicts the dogmatic interpretation traditionally given to the guarantees of the access to justice and the free and integral legal assistance, as well as the adopted legislative structure is inefficient to promote the control of litigation in the Labor Justice.

Keywords: Gratuity from Fees. Labor Process. Labor Reform. Access to Justice. Law and Economics.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Estrutura de oportunidades de cumprimento da legislação trabalhista.....	183
Figura 2 - Casos novos e casos pendentes por ramo de Justiça.....	191

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Taxa de congestionamento Geral e por ramo de justiça	193
Gráfico 2 - Processos recebidos mensalmente nas Varas do Trabalho 2017-2018	196
Gráfico 3 - Série histórica da movimentação processual, casos novos por ramo de justiça ..	197
Gráfico 4 - Séries histórica da taxa de congestionamento, por ramo de justiça	198
Gráfico 5 - Série histórica dos índices de recorribilidade externa, por ramo de justiça	199
Gráfico 6 - Série histórica novos processos em 1º grau e processos recebidos em 2º grau ...	200
Gráfico 7 - Série histórica de indicadores das Varas do Trabalho	201
Gráfico 8 - Taxa de congestionamento na Justiça do Trabalho	202
Gráfico 9 - Recorribilidade externa na Justiça do Trabalho	202

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Modos de operação da ideologia	67
---	----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Três possíveis cenários de atualização dos créditos trabalhistas: TR + juros de 1 % a.m., IPCA-E + juros de 1% a.m. e taxa SELIC.....	210
--	-----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACDJ	Análise Crítica do Discurso Jurídico
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
AEL	Análise Econômica da Litigância
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPC	Código de Processo Civil de 2015
DEJT	Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IPCA-E	Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial
MARC	Meios Alternativos de Resolução de Conflitos
MP	Medida Provisória
MTP	Ministério do Trabalho e Previdência
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RR	Recurso de Revista
SDI	Seção de Dissídios Individuais
Selic	Sistema Especial de Liquidação de Custódia
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TR	Taxa Referencial
TRCT	Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UK	United Kingdom

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 Relações simbióticas entre a Economia e o Direito do Trabalho	6
1.1 Do isolamento à complementariedade entre pesquisa em direito e pesquisa em economia	6
1.2 A função jurídica e a função econômica do Direito do Trabalho	9
1.3 Análise Econômica do Direito: uma agenda contemporânea da pesquisa jurídica	13
1.3.1 Conceitos econômicos fundamentais à compreensão dos fenômenos jurídicos	13
1.3.2 O mercado ideal e as principais falhas do mercado real	23
1.3.3 A eficiência econômica e sua face jurídica	31
1.4 Das consequências da Economia no Direito do Trabalho: flexibilização e desregulamentação	39
2 Análise crítica do discurso e análise dogmática da Reforma Trabalhista no que se refere acesso à justiça do trabalhador	51
2.1 A situação do acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho	51
2.1.1 A tradicional facilidade de acesso como resultado da instrumentalidade e especialização próprias do processo do trabalho	51
2.1.2 Mudanças no conceito de acesso à justiça e suas repercussões	55
2.1.3 Litigância habitual e seus impactos sobre o acesso à justiça	60
2.2 Análise Crítica do Discurso em torno da Reforma Trabalhista de 2017	64
2.2.1 Ideologia e ocultação das relações de poder por meio de operadores argumentativos, estratégias de construção simbólica e modos de operação da ideologia	64
2.2.2 Análise Crítica do Discurso do parecer ao Projeto de Lei n. 6.787/2016, que resultou na Lei n. 13.467/2017	68
3 Algumas consequências processuais decorrentes da Reforma Trabalhista – Parte I	78
3.1 Uniformização de jurisprudência na Justiça do Trabalho	78
3.2 Arbitragem Trabalhista	85
3.3 Termo de quitação anual	91
3.4 Petição Inicial Trabalhista	96
3.5 Custas pelo arquivamento da reclamação trabalhista	103
3.6 Procedimento de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial	108
4 Algumas consequências processuais decorrentes da Reforma Trabalhista – Parte II	123
4.1 Justiça gratuita	123
4.2 Honorários advocatícios sucumbenciais	130
5 Análise Econômica da Litigância e a questão do acesso à Justiça do Trabalho	154
5.1 Modelo básico de litigância	154
5.2 Custos sociais do processo, teto de custas e filtros processuais	165
5.3 Meios “Adequados” de Solução de Conflitos	170
5.4 A Justiça gratuita e a (in)existência de relação com aumento de litigância	178
5.5 Outros elementos que podem influenciar o nível de litigância do sistema	181
6 Litigiosidade na Justiça do Trabalho e a Reforma Trabalhista	190
6.1 Situação no período anterior à Reforma Trabalhista	190
6.2 Resultados pós-Reforma Trabalhista	195
6.3 Análise da atual estrutura de incentivos e desincentivos à litigância	203
CONSIDERAÇÕES FINAIS	213
REFERÊNCIAS	222

INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, promoveu a maior e mais ampla inovação legislativa na seara trabalhista desde a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Fruto do projeto de Lei n. 6.787/2016, apresentado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados, a proposição legislativa, que inicialmente dispunha acerca da alteração de 7 (sete) artigos da CLT e 8 (oito) da Lei n. 6.019/74, acabou resultando na reforma que atingiu 97 (noventa e sete) artigos da CLT e 7 (sete) artigos da legislação esparsa. Se incluídos nessa contagem todos os parágrafos, alíneas e incisos modificados, foram mais de 200 (duzentos) dispositivos atingidos.

A referida legislação trouxe profundas alterações estruturais no processo do trabalho, especialmente em relação a sua principal característica distintiva: a facilidade do acesso à justiça do trabalhador. Destacam-se o aumento nos custos de acionar o Judiciário pelo trabalhador e o endurecimento dos requisitos para a concessão da gratuidade de justiça. A justificativa apresentada pelo legislador ordinário foi a necessidade de desincentivar a litigiosidade excessiva verificada na Justiça do Trabalho. Trata-se de discurso que se fundamenta em argumento segundo o qual o atual modelo de acesso irrestrito à jurisdição seria responsável pela explosão dos níveis de litigiosidade na sociedade, pelo aumento da morosidade do Judiciário e pela indução da litigância abusiva.

Há de se destacar que o conceito de acesso à justiça tem passado por mudanças ao longo dos últimos anos, transitando de uma visão redistributiva do acesso inspirada no Projeto de Florença, que por muito tempo guiou as discussões acadêmicas, para uma espécie de acesso retributivo, caracterizado por critérios racionalista, efficientista e gerencial. Trata-se de adaptação do sistema de justiça às exigências do mercado globalizado.

A presente pesquisa se legitima em razão do valor conferido pela ordem jurídica ao acesso à justiça, considerado o pilar do Estado Democrático de Direito, pois a exigibilidade dos demais direitos previstos no ordenamento depende do efetivo acesso à jurisdição. Qualquer restrição imposta pelo Legislador a esse direito deve ser objeto de atenção por parte dos intérpretes, em razão de sua potencialidade para atingir outros direitos, ainda mais numa relação jurídica em que naturalmente se enfrentam dificuldades técnicas, sociais e econômicas na busca pela proteção dos direitos violados.

A dissertação guarda aderência direta com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, área de concentração Direito, Processo e Cidadania, na medida em que pressupõe uma concepção de admissão em juízo entendida como

manifestação da cidadania. Busca-se ultrapassar a simples análise dogmática do direito processual, inspirada atualmente por uma orientação hermenêutica privatista. O trabalho se relaciona, desse modo, com a Linha de Pesquisa Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos, propondo uma reflexão crítica sobre as novas condições de acesso à justiça do trabalhador, tendo em vista que é por meio desse direito fundamental que se torna possível a concretização dos demais direitos sociais.

Por outro lado, como a parte processual da reforma trabalhista foi fundamentada na gestão eficiente de demandas na Justiça do Trabalho, a confrontação da finalidade atribuída pelo legislador com os modelos desenvolvidos pela Análise Econômica da Litigância (AEL) permitirá aferir se tais modificações são aptas a realização de tal desiderato.

Quanto a esse aspecto, cumpre assinalar que os trabalhos jurídicos existentes, em geral, não dialogam com o repertório conceitual da disciplina *Law and Economics*, em que se considera a prestação do serviço público jurisdicional como um bem escasso e de utilização rival, isto é, cujo uso por um jurisdicionado diminui a fruição pelos demais. Em outras palavras, as consequências econômicas decorrentes das normas jurídicas que tratam da matéria são completamente ignoradas no debate acerca da limitação do acesso à justiça.

Dito isso, o problema de pesquisa gira em torno da seguinte pergunta de partida: a restrição ao acesso à justiça do trabalhador promovida pela Reforma Trabalhista atenderia simultaneamente aos requisitos de compatibilidade com o ordenamento jurídico e de aptidão para produzir o resultado de redução da litigiosidade trabalhista? Essa compatibilidade será examinada em termos de validade da legislação no plano interno (controle de constitucionalidade) e no plano externo (controle de convencionalidade). Já a aptidão para produzir resultados será aferida pela análise da capacidade da estrutura normativa de implementar a programa finalístico “desejado” pelo Legislador, sob o prisma da eficiência econômica.

A indagação referente ao problema principal, assim como aquelas pertinentes a seus aspectos complementares, será testada mediante duas hipóteses. A primeira, de ordem dogmático-jurídica, no sentido de que as normas processuais da reforma trabalhista referentes ao acesso à justiça seriam incompatíveis com o ordenamento jurídico. A segunda, de ordem jurídico-econômica, no sentido de que essa modificação legislativa teria efetivamente promovido uma redução da litigiosidade e do uso abusivo de reclamações na Justiça do Trabalho, diminuindo consequentemente o congestionamento e a morosidade desse ramo do Judiciário.

A necessidade de se levantar duas hipóteses neste trabalho é reflexo da relação de simbiose entre Economia e Direito do Trabalho. Daí porque se buscará a complementariedade entre pesquisa em direito e pesquisa em economia. Nesse contexto, o método jurídico-dogmático será utilizado para definir o alcance e a interpretação dos dispositivos normativos, bem assim para aferir sua compatibilidade ou incompatibilidade com o ordenamento jurídico. Já o método econômico será adotado para descrever e explicar as consequências no acesso à justiça do trabalhador produzidas pela reforma trabalhista, em termos de incentivos e desincentivos ao comportamento de possíveis litigantes. Por conseguinte, o presente estudo tem por objetivo analisar as alterações estruturais promovidas no acesso à justiça do trabalhador pela Lei n. 13.467/2017 sob dois enfoques: de um lado sob a perspectiva dogmático-jurídica e de outro sob a ótica jurídico-econômica

A presente pesquisa está estruturada em seis partes. No primeiro capítulo serão examinadas as relações simbióticas entre Economia e Direito do Trabalho. A interferência mútua entre esses sistemas se manifesta de algumas formas: o instituto jurídico do contrato é, antes de mais nada, um fenômeno econômico; o Direito do Trabalho tem a dupla finalidade de manter o sistema de produção capitalista e garantir a proteção do empregado; e o trabalho humano pertence à categoria-chave da Ciência Econômica dos bens de produção. Para o marxismo o trabalho se trata de conceito chave da Economia Política, estando presente na composição de toda mercadoria (quantidade de trabalho social).

Procurar-se-á esclarecer as razões para a realização de pesquisa de caráter interdisciplinar, a fim de possibilitar uma análise que leve em consideração o aspecto jurídico-dogmático dos dispositivos da Reforma Trabalhista, mas que também possa explicar, ponderar e avaliar os argumentos econômicos utilizados, tanto no discurso do legislador reformador da CLT, quanto na interpretação conferida pelos Tribunais.

Esse diálogo interdisciplinar será intermediado pela agenda da análise econômica do direito, em especial pelos métodos e modelos propostos por Marc Galanter e Steven Shavell, envolvendo temas fundamentais como tomada de decisões individuais, escolhas conflitantes, maximização de interesses, litigantes eventuais e habituais, desequilíbrio nos níveis de litigância e possíveis correções estatais. Será possível, assim, entender como funcionam os incentivos econômicos e quais as suas consequências no comportamento dos jurisdicionados e na (sobre)utilização da máquina judiciária.

Após realizado esse aporte teórico-metodológico, mostra-se oportuna a incursão na principal consequência da Economia globalizada no Direito do Trabalho, que é a

desregulamentação/flexibilização das normas de proteção do trabalho, cujo resultado mais recente foi a edição da Lei da Reforma Trabalhista.

No segundo capítulo haverá a descrição da situação normativa anterior à reforma, estruturada para assegurar a facilidade de acesso à justiça do trabalhador. Em seguida, se abordará a mudança no conceito de acesso à justiça impulsionada pelas diretrizes dos órgãos do sistema financeiro internacional. Como parte do Programa Global de Reforma do Judiciário, desenvolvido pelo Banco Mundial, houve a introdução de elementos como eficiência dos tribunais e necessidade de julgamento em tempo razoável no conceito de acesso à justiça, rompendo com a visão redistributiva do acesso que predominava desde o Projeto de Florença.

O discurso constante de parecer legislativo que justificou a redação dos dispositivos da reforma trabalhista também segue essa influência do pensamento econômico hegemônico, ressaltando a necessidade de adaptação da legislação aos anseios do mercado global, com incentivo à desregulamentação e à privatização da solução de conflitos trabalhistas. O texto será objeto de investigação por meio da Análise Crítica do Discurso, em que se extrairá da superfície textual os modos de operação da ideologia e as estratégias de construção simbólica utilizados para ocultar as relações de poder existentes.

No capítulo 3, as alterações processuais que produziram maior impacto sobre o acesso à justiça do trabalhador serão destacadas e criticamente discutidas. Assim, com vistas a aferir sua eventual compatibilidade com o ordenamento jurídico, realizar-se-á uma análise dogmático-jurídica acerca dos dispositivos referentes à uniformização de jurisprudência na Justiça do Trabalho, à arbitragem trabalhista, ao termo de quitação anual, à petição inicial trabalhista, às custas pelo arquivamento da reclamação.

No capítulo seguinte, serão abordadas as modificações consideradas as mais impactantes promovidas pela Reforma Trabalhista, quais sejam, o estabelecimento de novos e mais rigorosos requisitos para concessão da justiça gratuita e a previsão de honorários advocatícios sucumbenciais como regra.

O quinto capítulo tratará da agenda contemporânea de pesquisa da Análise Econômica da Litigância, estabelecendo noções essenciais, como a condição básica da litigância, os custos sociais e privados do processo, o efeito dissuasório e os filtros processuais, além de apresentar os elementos que podem influenciar o nível de litigância do sistema.

Após a apresentação desses conceitos, no último capítulo a litigiosidade da Justiça do Trabalho será examinada à luz da AEL, comparando-se a situação anterior à reforma com os resultados apresentados pós-reforma. Desse modo será possível verificar a atual estrutura de

incentivos e desincentivos à litigância, bem assim se essa configuração normativa é capaz de implementar a programa finalístico “desejado” pelo Legislador.

Para responder ao problema de pesquisa e testar as hipóteses levantadas foram adotados o método dogmático-jurídico, para descrição normativa do fenômeno jurídico relativo às referidas alterações legislativas incidentes sobre o acesso à jurisdição, e o método dedutivo-econômico, para explicar as consequências no acesso à justiça do trabalhador produzidas pela reforma trabalhista, em termos de incentivos e desincentivos ao ajuizamento de novas ações. A presente pesquisa teve como fonte de informações revisão bibliográfica de teses, dissertações, artigos de periódicos e livros da doutrina especializada; jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais Superiores, do STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos; relatórios elaborados por órgãos governamentais; e estatística produzida pelo CNJ e pelo TST.

1 Relações simbióticas entre a Economia e o Direito do Trabalho

1.1 Do isolamento à complementariedade entre pesquisa em direito e pesquisa em economia

Considerando que a presente pesquisa possui caráter transdisciplinar, mostra-se fundamental delinear os métodos a serem empregados nesse trabalho, tanto em relação à análise jurídica, quanto no pertinente à análise econômica. Também se faz necessário nesse primeiro momento apresentar algumas noções introdutórias acerca das principais ideais a serem desenvolvidas no trabalho, estabelecendo os pressupostos de partida, a forma como os termos comuns e específicos serão empregados no texto e como eles se articulam.

Todo campo do saber possui um método próprio, dotado de rigor científico, para investigar e conhecer seu objeto de estudo. Existe uma relação de subordinação entre o objeto a ser investigado, que é subordinante, e o método utilizado para sua compreensão, o qual possui caráter puramente instrumental (PÉREZ, 1996, p. 295). Nesse contexto, pode-se entender método como: “el procedimiento teórico a través del cual se establecen los conceptos y sus relaciones entre sí o, dicho de otro modo, el procedimiento a través del cual se construye un objeto teórico. Existe una relación de correspondencia entre el método y el objeto.”¹ (LOPES, 2006, p. 48).

O método científico estabelece com rigor o caminho a ser percorrido para conhecimento do objeto teórico, contendo os princípios de uma ciência, isto é, os pontos de partida que organizam aquele campo do saber (LOPES, 2006, p. 48). Como explicam Fux e Bodart (2019, p. 7), para “que seja possível construir generalizações com suporte lógico, toda ciência possui como núcleo uma série de axiomas a partir dos quais decorrem suas teorias”. Emerge, assim, a existência de necessária relação entre ciência, objeto e método, de modo que cada ciência “está determinada por un objeto teórico y por el método a través del cual ese objeto es construido”², sendo certo que “todo campo tiene puntos de partida y todo método contiene o presupone estos puntos de partida.”³ (LOPES, 2006, p. 48).

¹ Tradução livre do autor: “o procedimento teórico através do qual se estabelecem os conceitos e suas relações entre si ou, dito de outro modo, o procedimento através do qual se constrói um objeto teórico. Existe uma relação de correspondência entre o método e o objeto.”

² Tradução livre do autor: “está determinada por um objeto teórico e por um método através do qual esse objeto é construído”.

³ Tradução livre do autor: “todo campo tem pontos de partida e todo método contém ou pressupõe estes pontos de partida.”

No pertinente à Ciência do Direito, o método de pesquisa tradicionalmente adotado é o jurídico-dogmático, cuja análise volta-se, quase que exclusivamente, para o alcance e interpretação do texto normativo objeto de investigação. Em sua vertente positivista-normativa, essa metodologia se propõe a garantir a pureza do Direito, excluindo do campo de conhecimento tudo aquilo que for estranho ao objeto da Ciência do Direito – como outras disciplinas afins a exemplo da sociologia, teoria política e ética, de forma a “evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.” (KELSEN, 1998, p. 1).

Essa forma de conhecimento do direito é muito limitativa, pressupondo a existência de um mundo jurídico isolado e artificial, na medida em que desconsidera o Direito enquanto fenômeno social. O direito não nasce no vazio nem é aplicado e interpretado no vácuo. Ele é estabelecido dentro de uma específica sociedade e em determinado momento histórico, com a finalidade de regular o comportamento social. Daí o adágio latino: *Ubi societas, ibi jus*.

Assim, por se tratar de uma ciência cujo objeto é a regulação do comportamento social, o direito pode e deve se valer do conhecimento produzido pelas outras ciências sociais para melhor compreensão da influência recíproca entre o fenômeno jurídico e a sociedade. O conhecimento produzido com base unicamente no método jurídico é insuficiente, por reduzir o fenômeno jurídico ao seu aspecto puramente normativo, deixando de lado considerações sob a ótica causal-explicativa do fenômeno (PÉREZ, 1996, p. 364). Esse pensamento formalista:

[...] implica una visión mitificadora del Derecho al considerarlo como un sistema normativo con vida propia desconectada de la sociedad en que vive y se aplica, y del mundo de valores que lo sustenta, identificable a través o, mejor *exclusivamente*, de un método estrictamente normativista y dogmático.⁴ (PÉREZ, 1996, p. 355).

Nesse contexto, a pluralidade de métodos de investigação se revela mais apropriada para a resolução do problema de pesquisa deste trabalho, na medida em que as diferentes perspectivas decorrentes de outros ramos do saber e de seus métodos de conhecimento possibilitam adequada relação dialógica entre ciências diversas (LOPES, 2006, p. 49). Com apoio nas lições de U. Cerroni, José L. Monereo Pérez (1996, p. 363 e 365) explica que o método jurídico é adequado para a delimitação da perspectiva normativa do Direito, incidindo sobre essa dimensão distintos métodos das ciências sociais, justificando que:

⁴ Tradução livre do autor: “[...] implica uma visão mitificadora do Direito ao considerá-lo como um sistema normativo com vida própria desconectada da sociedade em que vive e se aplica, e do mundo de valores que o sustenta, identificável através, ou melhor *exclusivamente*, de um método estritamente normativista e dogmático.”

[...] el conocimiento científico del fenómeno jurídico se debe servir también de los métodos propios de las ciencias sociales que aparte de «comprender» el sentido objetivo del Derecho positivo, provea a su «explicación» adentrándola en su origen, causas, efectos y función.⁵

Tem se destacado em doutrina e jurisprudência a utilização do método da ciência econômica para explicação dos efeitos e consequências dos fenômenos jurídicos sobre o comportamento social. É o que se denomina de Análise Econômica do Direito (AED), a qual vem sendo usada, ainda que não indicada expressamente, como fundamento nas discussões travadas no Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamentos envolvendo controle de litigiosidade pelo legislador, limitação do acesso à justiça, custeio da licença maternidade pelo empregador, possibilidade de terceirização dos serviços e índices de correção monetária e juros de mora na Justiça do Trabalho, dentre outros. Também em doutrina vem sendo publicada no Brasil uma boa quantidade de artigos científicos e de livros sobre a análise econômica do direito, tratando de diversos temas afetos à pretensão deste trabalho, como o acesso à justiça, o excesso de litigiosidade, a crise numérica do Judiciário, grandes litigantes, dentre outros.

Inclusive, a justificação apresentada no parecer legislativo da Reforma Trabalhista de 2017 foi formalmente alicerçada em aspectos de natureza eminentemente econômica, tais como a necessidade de modernização da legislação do trabalho, o incremento de competitividade das empresas brasileiras no mercado internacional, o intuito de superação da crise econômica e de geração de empregos, a gestão do quantitativo de processos na Justiça do Trabalho, dentre outros argumentos (BRASIL, 2017a).

Nesse contexto, uma pesquisa transdisciplinar, que também envolva o conhecimento da economia, abre a possibilidade de uma análise que leve em conta não apenas o aspecto jurídico-dogmático dos dispositivos da Reforma Trabalhista, mas que também possa explicar, ponderar e avaliar os argumentos econômicos utilizados, tanto no discurso do legislador reformador da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), quanto no dos intérpretes dos Tribunais.

A adoção de um dualismo metodológico pode finalmente prover os juristas de um “instrumental analítico adequado para avaliar as consequências de suas decisões ou interpretações [...] [afastando-os de] a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas falsificáveis ou pragmáticas” (GICO JR., 2010, p. 12). Torna-se possível, assim, a

⁵ Tradução livre do autor: “[...] o conhecimento científico do fenômeno jurídico deve também se servir dos métodos próprios das ciências sociais que além de «compreender» o sentido objetivo do Direito positivo, provê a sua «explicação» adentrando em sua origem, causas, efeitos e funções.”

verificação da falseabilidade desses argumentos econômicos, submetendo criticamente à prova a aplicação da teoria da análise econômica ao processo do trabalho.

Desse modo, ao contrário das proposições valorativas que não podem ser confirmadas ou refutadas empiricamente, as consequências “previstas por modelos econômicos podem ser testadas e rejeitadas ou melhoradas, caso não sejam adequadas aos fatos” (GICO JR., 2010, p. 12). Nesse contexto, sendo essa teoria passível de refutação pela experiência, os resultados constatados podem corroborar ou não a hipótese submetida a teste, sendo esse teste de falseabilidade realizado da seguinte forma:

[...] se as conclusões singulares se mostrem aceitáveis ou *comprovadas*, a teoria terá, pelo menos provisoriamente, passado pela prova: não se descobriu motivo para rejeitá-la [...] se as conclusões tiverem sido *falseadas*, esse resultado falseará também a teoria da qual as conclusões foram logicamente deduzidas. (POPPER, 2001, p. 34).

Daí porque o método próprio das ciências sociais utilizado neste trabalho para fornecer a explicação da alteração legislativa promovida pela Reforma Trabalhista é o método da ciência econômica, o qual será confrontado com o método da ciência jurídica, utilizado para a compreensão do sentido do direito objetivo, ultrapassando-se a limitação do paradigma teórico do positivismo normativo.

1.2 A função jurídica e a função econômica do Direito do Trabalho

Algumas das categoriais formais do Direito antes de se revestirem de juridicidade, são primariamente fenômenos econômicos, como é o caso da propriedade e do contrato. O Direito e a Economia são ciências que investigam o mesmo objeto, o comportamento humano esperado, sob diferentes perspectivas. Há uma interação recíproca entre o Direito e a Economia, em que um sistema interfere sobre o outro. No pertinente ao Direito do Trabalho, o grau de interdependência entre esses dois ramos do saber é muito intenso, tendo em vista que a mão-de-obra ou trabalho, juntamente com o capital e a terra, constitui insumo indispensável à produção de bens e serviços, integrando categoria econômica denominada de fatores de produção (MANKIW, 2016, p. 354).

Outrossim, o trabalho é considerado um conceito chave para compreensão da Economia Política, recebendo várias qualificações, a exemplo de trabalho produtivo e improdutivo, trabalho concreto e abstrato, força de trabalho e trabalho socialmente necessário, dentre outras. Nessa esteira, o fator trabalho desempenha importante papel nesse ramo da

ciência econômica. Com efeito, identificou-se que o trabalho está presente na composição de toda mercadoria, de modo que a quantidade de trabalho nela empregado é que determina o valor relativo da mercadoria, ao passo que “a quantidade de trabalho socialmente necessário realizado nas mercadorias regula os seus valores de troca” (MARX, 2004, p. 51 e 54). Trata-se, assim, de conceito central no pensamento marxista.

O Direito do Trabalho, inclusive, é nominado pelos autores marxistas de Direito Capitalista do Trabalho, na medida em que legitima e disciplina a exploração do homem pelo homem, preservando o *status quo* do sistema produtivo capitalista. De fato, sob uma perspectiva pragmática, o Direito do Trabalho tem por objeto “la *regulación institucional* de las relaciones sociales de producción capitalista, es decir, todos los problemas relacionados con la «adquisición» y el «uso» de la fuerza de trabajo en el mundo del trabajo asalariado”⁶ (PÉREZ, 1996, p. 16). Daí porque é reconhecido que o Direito do Trabalho possui dupla função, de um lado visa a manutenção do sistema capitalista de produção, por outro lado é destinado a garantir a proteção do trabalhador (PÉREZ, 1996, p. 18).

Por conseguinte, ao contrário do que prega o senso comum, a função desse ramo jurídico não é exclusivamente a proteção do trabalhador e a melhoria de sua condição social, uma vez que os direitos concedidos aos trabalhadores são sempre condicionados ao que o sistema capitalista pode suportar. Por seu turno, F. Barroso (2010b, p. 49-50) identifica o Direito do Trabalho como “legislação de contenção e de concessão”, que tem por finalidade imediata a satisfação mínima e melhoria da condição social da classe trabalhadora e como finalidade mediata a manutenção do sistema capitalista de produção, atribuindo – portanto – preponderância à função de melhoria da condição social do trabalhador.

Dessa forma, em razão da importante desigualdade de poderes entre os contratantes, afigura-se necessária a intervenção estatal com o fim de nivelá-los, produzindo “uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.” (PLÁ RODRIGUEZ, 2015, p. 85). O desequilíbrio de forças naturalmente existente na relação de trabalho, presente na realidade fática, é corrigido mediante intervenção de legislação estatal de natureza protetiva. Outrossim, essa tutela somente se concretiza por meio da indisponibilidade das normas trabalhistas pela parte mais débil da relação contratual, pois de nada adiantaria estabelecer um arcabouço de normas tuitivas se a autonomia privada do destinatário pudesse afastar a incidência desse regramento: “a irrestrita

⁶ Tradução livre do autor: “a *regulación institucional* das relações sociais de produção capitalista, é dizer, todos os problemas relacionados com a «aquisição» e o «uso» da força de trabalho no mundo do trabalho assalariado”.

primazia da vontade determinaria inevitavelmente o colapso de qualquer construção jurídica protetora.” (ARIGÓN, 2003, p.75).

Cumpre registrar forte tendência em subdimensionar a importância da função de manutenção do sistema capitalista de produção e de sobrevalorizar outras contribuições relevantes trazidas pelo Direito do Trabalho, como a desmercantilização do trabalho, a generalização para todo o mercado de trabalho das conquistas conseguidas pelos trabalhadores dos seguimentos mais avançados da economia, a promoção de distribuição de renda na sociedade, a inserção dos trabalhadores na sociedade de consumo e a atenuação das distorções do sistema capitalista (DELGADO; DELGADO, 2015). Ainda segundo esse raciocínio, tais inovações representariam a concretização de três funções específicas e distintivas do Direito do Trabalho: a) busca da melhoria das condições de pactuação e gestão do trabalho na vida econômica e social; b) função econômica modernizante e progressista; e c) função civilizatória e democrática (DELGADO; DELGADO, 2015, p. 88).

De fato, seja como princípio autônomo ou como uma das formas de expressão do Princípio da Proteção, a finalidade de melhoria da condição social do trabalhador encontra assento constitucional no *caput* do artigo 7º da Carta Magna, condicionando positiva e negativamente o trabalho do legislador, no sentido de promoção dessa finalidade. Parcela considerável da doutrina, inclusive, vê a constitucionalização desse princípio como sinônimo de sua prevalência absoluta: “a norma do art. 7º, *caput*, convida a uma reflexão interpretativa irrecusável, cuja referência essencial haverá de ser a consagração dos direitos fundamentais de índole trabalhista, mediante a preponderância da norma mais favorável ao obreiro.” (MENEZES, 2003, p. 303).

Nada obstante a importância desses aspectos, parece demasiado sustentar que o Direito do Trabalho deva sempre ser compreendido sob o ponto de vista do trabalhador porque “pertence aos trabalhadores e deve ser concebido como instrumento para a melhoria de sua condição social” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2015, p. 26). Esse tipo de racionalidade pode levar a posições estremadas, como a incorporação definitiva de qualquer benefício sem possibilidade de alterações posteriores a sua concessão, quer para corrigi-lo, quer para revê-lo ou mesmo para adaptá-lo a alguma situação nova e imprevista, o que é denominado por Camps Ruiz de “irreversibilidade dos benefícios em sua dimensão diacrônica” (apud PLÁ RODRIGUEZ, 2015, p. 79).

Ora, mesmo os autores que sistematizaram os princípios clássicos do direito do trabalho reconhecem sua plasticidade e adaptabilidade, em virtude da proximidade desse ramo do direito com a realidade social, afastando a possibilidade de uma rigidez excessiva (PLÁ

RODRIGUEZ, 2015, p. 80). Por conseguinte, os Princípios do Direito do Trabalho jamais poderiam ser compreendidos como normas absolutamente autônomas, cujo alcance e interpretação não sofreriam influência de outros ramos do ordenamento jurídico nem de predições oriundas de outras ciências sociais

Nesse contexto, refuta-se a tese de que o princípio da proteção se constitua em cláusula de favor que deva direcionar a aplicação e interpretação da norma trabalhista **sempre** da forma mais favorável ao empregado, na medida em que a melhoria da condição social não pode ultrapassar os limites do economicamente possível. Isso porque, nada obstante se reconheça a existência de princípios mais fortes que outros, não se cogita de princípio absoluto, que prevaleça em todas as situações de colisão, pois contrariaria a própria noção de princípio, entendido como:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2019, p. 104).

Acertada, portanto, a observação de Romita (2003, p. 58), quando conclui que “no regime capitalista, o Direito do Trabalho tem condicionadores econômicos, que ele constitui uma peça essencial na engrenagem do sistema produtivo e que, por isso, não pode favorecer somente o trabalhador”. Não se ignora que, levado às últimas consequências, esse argumento poderia fazer letra morta da legislação trabalhista. Não se trata, portanto, de carta branca para justificar o descumprimento da legislação de proteção do trabalho. Mesmo com todas as transformações pelas quais o mundo do trabalho vem passando nas últimas décadas, a necessidade de se garantir um mínimo de proteção jurídica e de justiça social ao trabalhador permanece (RUIZ, 2018, p. 24).

Cumpre reafirmar que, do ponto de vista da dogmática jurídica não existem princípios nem direitos absolutos⁷, admitindo-se como única exceção a dignidade da pessoa

⁷ Ao refutar possíveis objeções ao seu conceito de princípios e à possibilidade de existência de princípios absolutos, Robert Alexy destacou (2008, p. 111): “É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.”

humana⁸. Isso significa dizer que mesmo os direitos fundamentais, os quais gozam de *status* constitucional diferenciado, sofrem restrições recíprocas e se submetem aos ditames hermenêuticos da interpretação constitucional, como a unidade da constituição, a máxima efetividade e a concordância prática. Desse modo, em caso de colisão entre direitos fundamentais, deve-se buscar solução que evite o sacrifício total de um deles, mantendo preservado seu núcleo essencial. Dito isso, a existência de limites e condicionamentos recíprocos, bem como a necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais, afasta a possibilidade de se cogitar de direitos absolutos.

Ademais, do ponto de vista da economia, os direitos são o resultado da distribuição de bens escassos na sociedade, representando o seu reconhecimento um custo social, na medida em que sua proteção demanda dinheiro do orçamento público (ainda que se trate de liberdades públicas negativas). Sob essa perspectiva de custos, não existiriam direitos absolutos dependentes de dinheiro público para sua realização, em virtude da concorrência por recursos escasso entre os próprios direitos reconhecidos e entre estes e outros bens socialmente relevantes (HOLMES; SUSTEIN, 2019, p. 77). Por conseguinte, as consequências decorrentes do reconhecimento de um direito também devem ser levadas em consideração pelo intérprete e aplicador, o que reforça a tese de impossibilidade de princípios com caráter absoluto.

E para orientar na descrição dessas consequências econômicas advindas da edição das normas jurídicas, tem prevalecido uma agenda de pesquisa denominada de Análise Econômica do Direito (AED), que se vale do ferramental oriundo da Ciência Econômica para aferir a capacidade do ordenamento jurídico de incentivar ou desincentivar comportamentos. O tema será objeto da próxima seção.

1.3 Análise Econômica do Direito: uma agenda contemporânea da pesquisa jurídica

1.3.1 Conceitos econômicos fundamentais à compreensão dos fenômenos jurídicos

É preciso esclarecer, de pronto, que a economia é muito mais ampla do que supõe o senso comum, não se limitando apenas à análise dos denominados indicadores econômicos, a exemplo do Produto Interno Bruto (PIB), Produto Nacional Bruto (PNB), taxa de crescimento,

⁸ A definição da natureza normativa da dignidade da pessoa humana é bastante controversa e escapa aos objetivos desse trabalho. Seu enquadramento como princípio, frise-se, não é aceito pacificamente. Alexy (2008, p. 111), por exemplo, destaca que na Constituição Alemã a norma da dignidade da pessoa humana é tratada em parte como regra e em parte como princípio.

curvas de oferta e demanda, nível geral de preços, nível de desemprego ou taxa de inflação. A Ciência Econômica cuida desses temas e também pode tratar de vários outros assuntos, desde que apresentem quatro características fundamentais: a) tempo limitado; b) fins múltiplos; c) meios limitados; e d) ordem de importância entre os fins (ROBBINS, 2012, p.12). Dessa forma:

Quando o tempo e os meios para obtenção dos fins são limitados e passíveis de aplicação alternativas e os fins podem ser distinguidos em ordem de importância, então, o comportamento necessariamente assume a forma de uma escolha. Todo ato que envolve tempo e meios escassos para a obtenção de um fim envolve a renúncia de uso destes para a obtenção de outro fim. Tem um aspecto econômico. (ROBBINS, 2012, p. 13).

Assim, desde que atendidas essas quatro condições, tem-se um tema objeto de interesse da ciência econômica. Nesse contexto, é que no clássico de 1932 “Um ensaio sobre a natureza e importância da Ciência Econômica” Lionel Robbins cunhou o um dos conceitos de economia mais aceitos na atualidade, segundo o qual “A Economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que têm usos alternativos.” (ROBBINS, 2012, p. 15).

Nada obstante se tratar da abordagem dominante em economia, isso não significa dizer que seja a única, muito menos que esteja livre de controvérsias. Dentre as principais críticas formuladas a esse *mainstream economics*, especialmente pela Economia Política, pode-se indicar a tentativa de se identificar como uma ciência pura, recusando consideração a elementos “não-econômicos” (históricos, políticos, culturais); o individualismo metodológico, que deixa de fora a existência de classes sociais, a conflituosidade entre essas classes e as diferenças de poder (NUNES, 2007, p. 12); e a exclusão de considerações acerca dos fins supremos da sociedade, o que acaba limitando a economia à busca de meios apropriados para a consecução dos fins que lhe são dados, afastando de seu objeto a emissão de juízos normativos⁹.

Embora estejam cada vez mais imbrincados, é possível dividir a economia em dois principais ramos, para fins didáticos: a macroeconomia, “que lida com variáveis econômicas agregadas, tais como taxa de crescimento e nível do produto nacional, taxas de juros, desemprego e inflação”; e a microeconomia, “que lida com o comportamento de unidades econômicas individuais — consumidores, empresas, trabalhadores e investidores —, assim

⁹ Uma discussão mais aprofundada sobre essa temática extrapolaria os limites deste trabalho, servindo essa menção como registro de que o pensamento econômico dominante não é o único nem é isento de dificuldades e contradições, razão pela qual não deveria ser seguido acriticamente.

como com os mercados que essas unidades englobam.” (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 4).

O tema central da economia, como se percebe da definição acima, é o de escassez, ou melhor, o da alocação dos recursos escassos pela sociedade. A noção de escassez não é de todo estranha à ciência jurídica, já que segundo lição clássica do direito processual: os bens da vida são limitados, enquanto as necessidades humanas são infinitas (CARNELUTTI, 2001, p. 13). O conceito e a explicação econômicos da escassez podem ser assim apresentados:

A escassez existe porque as necessidades humanas a serem satisfeitas através do consumo dos mais diversos tipos de *bens* (alimentos, roupas, casas etc.) e *serviços* (transporte, assistência médica etc.) são infinitas e ilimitadas, ao passo que os *recursos produtivos* (máquinas, fábricas, terras agricultáveis, matérias-primas etc.) à disposição da sociedade e que são utilizados na produção dos mais diferentes tipos de produtos são finitos e limitados, ou seja, são insuficientes para se produzir o volume de bens e serviços necessários para satisfazer as necessidades de todas as pessoas. (NOGAMI; PASSOS, 2016, p. 4).

Essa alocação dos bens escassos pela economia é instrumentalizada por meio do estabelecimento de normas jurídicas pelo direito. Tal é o entrelaçamento entre o direito e a economia que a propriedade e o contrato são, antes de tudo, fenômenos econômicos. No campo da economia, nem o contrato nem a propriedade oferecem qualquer garantia, prolongando-se o esforço para conservação do *status quo* ao longo do tempo. É o direito que traz essas garantias e a paz social (CARNELUTTI, 2001, p. 14-16).

Em se tratando de ciências sociais aplicadas, tanto o direito quanto a economia têm em comum o fato de se ocuparem do comportamento humano, embora sob lentes diferentes. Como bem diferencia Porto (2019, p. 25):

[...] o direito prescreve e regula o comportamento dos indivíduos e a economia estuda e infere como os indivíduos desenvolvem o processo decisório e como decidem diante de circunstâncias de escassez de recurso [...] se de um lado é necessário prescrever e regular comportamentos, por outro também se faz indispensável compreender sua natureza e quais forças os movem.

Essa análise do comportamento humano realizada sob a ótica da economia se mostra bastante útil, por exemplo, quando se busca aumentar a efetividade do direito positivo. Com efeito, sabendo a maneira como as pessoas se comportam e como reagem a incentivos legais ou institucionais, é possível editar legislação apta a influenciar, de fato, o comportamento de seus destinatários. A análise econômica possibilita, assim, a construção de um conteúdo normativo que incremente a efetividade social do direito.

Para possibilitar essa explicação e predição dos mais diversos fenômenos de interesse dessa ciência, a economia se utiliza de teorias e modelos. As teorias “são desenvolvidas para explicar fenômenos observados em termos de um conjunto de regras básicas e premissas” (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 6), ao passo que o modelo se constitui em “representação simplificada da realidade ou das principais características de uma teoria” (NOGAMI; PASSOS, 2016, p. 7).

Os modelos microeconômicos, em geral, partem da pressuposição de que os atores sociais são racionais e procuram a **maximização de seus interesses**. Com efeito, há uma estreita relação entre as escolhas realizadas por **indivíduos racionais** e a maximização da finalidade eligida (bem-estar, utilidade, lucros), a qual pode ser descrita pela função matemática de utilidade. Como bem explicam Cooter e Ulen (2016, p. 29):

los modelos que suponen un comportamiento de maximización funcionan porque la mayoría de los individuos son racionales, y la racionalidad requiere la maximización [...] Otra forma común de entender esta idea del comportamiento racional consiste en reconocer que los consumidores escogen alternativas que sean adecuadas para el logro de sus fines.

La elección de la mejor alternativa permitida por las restricciones puede describirse matemáticamente como maximización.¹⁰

É possível perceber que a construção de uma teoria é resultado de uma série de escolhas: quais as suposições de que ela parte; quais as hipóteses a serem testadas e por meio de quais variáveis se pretende explicar ou predizer seu objeto. Essas escolhas prévias são realizadas mediante certa manipulação ideológica do conhecimento (ainda que o pesquisador busque sua redução ao máximo), influenciando a maneira como se vai explicar os fenômenos. Ao estabelecer, por exemplo, que o *homo economicus* busca maximizar sua riqueza e que o agregado dessa busca por maximização individual acaba resultando numa maximização do bem-estar social, a teoria acaba omitindo que a melhoria da condição de um indivíduo se dá, muitas vezes, em face da piora das condições de outro(s) indivíduo(s).

Por seu turno, os modelos que embasam as teorias podem ser equiparados a mapas, em que a realidade é representada de uma forma menos complexa, com maior precisão daquilo que será objeto de estudo e menor relevância aos aspectos que não servirão ao propósito eligido.

¹⁰ Tradução livre do autor: “os modelos que supõem um comportamento de maximização funcionam porque a maioria dos indivíduos são racionais, e a racionalidade requer a maximização [...] Outra forma comum de entender esta ideia do comportamento racional consiste em reconhecer que os consumidores escolhem alternativas que sejam adequadas para a consecução de seus objetivos. A eleição da melhor alternativa permitida pelas restrições pode descrever-se matematicamente como maximização.”

Assim, pode-se explicar que a redução de bem-estar de alguns indivíduos não invalidaria a teoria, a qual ainda serviria para explicar e prever corretamente uma grande quantidade de fenômenos a que ela se propõe.

Note-se que mesmo a lei da gravidade – teoria amplamente aceita – apresenta resultados problemáticos em diversas situações da vida real, como no caso de um corpo que cai ao nível do mar ou a elevadas altitudes; ou no caso desse corpo se tratar de uma pena ou de uma esfera metálica. Mesmo que o tempo de duração da queda em todas essas hipóteses seja significativamente divergente, não seria o caso de se abandonar essa teoria, construída tendo como pressuposto que na condição de vácuo, a aceleração dos corpos em queda na Terra é sempre a mesma (FRIEDMAN, 1981, p. 176).

Isso porque “em uma variada gama de circunstâncias, os corpos que tombam na atmosfera real se comportam **como se** estivesse caindo no vácuo”, de modo que essa fórmula (assim como diversos modelos econômicos, diga-se de passagem) “é acolhida porque funciona e não porque vivamos em um vácuo aproximado – seja lá qual for o significado disso” (FRIEDMAN, 1981, p. 177). Assim, desde que bem especificadas as condições em que a fórmula funciona, certa margem de erro nas previsões seria aceitável.

Essas teorias são constituídas por dois tipos de raciocínios econômicos: os de ordem positiva, responsáveis pela descrição e explicação dos fenômenos; e os de ordem normativa, de caráter prescritivo. Assim, é possível se falar em análise econômica positiva (mundo do ser) e em análise econômica normativa (mundo do dever-ser). Com minúcia explicam Nogami e Passos (2016, p. 9):

[...] a *análise econômica positiva* tem por objetivo maior a compreensão e a previsão dos fenômenos econômicos do mundo real, sem que haja qualquer intenção de julgar essa realidade, ou de alterar o curso dos acontecimentos. [...]
Já a *análise econômica normativa* preocupa-se em compreender e prever a realidade, questionando se algo é moralmente bom ou não. [...]
Na prática, a análise econômica positiva e a análise econômica normativa estão intimamente relacionadas. O economista dificilmente consegue adotar uma atitude exclusivamente positiva desvincilhando-se de sua realidade social, econômica, cultural e política. Por outro lado, jamais conseguirá construir uma teoria econômica normativa sem os conhecimentos da economia positiva.

Essa distinção entre Análise Econômica do Direito (AED) positiva e normativa é exaustivamente destacada pela doutrina, com vistas a desviar as críticas formuladas contra a AED por aparentemente promover a substituição de valores jurídicos por valores econômicos. A ocorrência de uma suposta dificuldade de compreensão dessa diferença pelos juristas é, inclusive, enfatizada por Posner (1979, p. 285) em famosa passagem:

Yet it is a distinction lawyers have difficulty getting straight because they are inveterately normative, and it is a common source of confusion because many of the criticisms that are properly leveled at normative economic analysis are inapplicable to positive economic analysis.¹¹

Ocorre que essa dissociação é essencialmente artificial, como também o é aquela defendida pela Teoria Pura do Direito. Note-se que os pais fundadores da economia moderna não separavam a Ética da Economia, tendo esta última, por sinal, surgido como uma ramificação da Ética. Adam Smith, por exemplo, era professor de filosofia moral na Universidade de Glasgow, sendo sua primeira obra escrita sugestivamente intitulada de “Teoria dos sentimentos morais” (SEN, 1999, p. 18).

De fato, uma ciência que estuda o comportamento humano não pode deixar a abordagem ética de lado, na medida em que o comportamento egoísta e individualista do agente econômico – que corresponde a um dos pressupostos do modelo econômico atualmente prevalecente – não se verifica em todas as hipóteses da realidade. Todavia, o pensamento dominante, conforme bem observou Branco (2012, p. 15 e 20), procura desligar a Economia da Ética e da Política, seja por meio da adoção de um conceito estrito de economia (sem contemplar os temas tratados pela economia política¹²), seja por meio da separação entre a economia positiva (em que prevalece a eficiência) e a economia normativa (em que prevalece a ética). Essa restrição ao objeto teórico da economia, em voga atualmente, acaba afastando relevantes questões do seu campo de conhecimento, consoante destacado por Amartya Sen (1999, p. 23):

A metodologia da chamada “economia positiva” não apenas se esquivou da análise econômica normativa como também teve o defeito de deixar de lado uma variedade de considerações éticas complexas que afetavam o comportamento humano real e que, do ponto de vista dos economistas que estudam esse comportamento, são primordialmente fatos e não juízos normativos.

De outra parte, o comportamento humano que interessa à economia são as escolhas realizadas entre meios escassos para a consecução de fins alternativos, segundo preferências estabelecidas. Essas escolhas conflitantes são denominadas de *tradeoff*, situação em que “uma

¹¹ Tradução livre do autor: “Essa é uma distinção que os advogados ainda têm dificuldade em entender porque eles são inveteradamente normativos, e isso é uma fonte comum de confusão porque muitas das críticas que são apropriadamente dirigidas contra a análise econômica normativa são inaplicáveis à análise econômica positiva.”

¹² A disciplina que surgiu com o nome de Economia Política, passou a ser designada simplesmente como Economia após a forte influência da obra de Alfred Marshall, *Princípios de Economia*. Segundo lição de Nunes (2007, p. 19), desde os fisiocratas, passando por A. Smith, Ricardo e Marx, que a ciência econômica cuida de temas normativos de grande complexidade, tais como a origem da riqueza, a natureza do excedente, a melhor forma de a divisão desse excedente, o processo social de produção e a conflituosidade dele inerente.

ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros” (MANKIW, 2016, p. 4). A economia estuda diversos *tradeoffs* enfrentados pela sociedade, como por exemplo o dilema do arado e das espadas, o dilema entre desenvolvimento e proteção do meio ambiente, bem como o dilema envolvendo a eficiência e a isonomia (ou equidade)¹³. O Direito também se depara com certos dilemas, tais como celeridade processual e segurança jurídica, liberdade de expressão e direito à honra, vida privada e direito à informação, além do dilema entre liberdade e isonomia¹⁴.

Mas como as pessoas tomam decisões? Ao optar por utilizar os meios escassos disponíveis para a satisfação de uma das finalidades alternativas, o agente acaba suportando um custo, que corresponde ao que ele poderia ter feito com aqueles recursos, mas optou por não fazer. São os denominados “**custos de oportunidade**” (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 220).

Partindo do pressuposto da racionalidade individual, tem-se que o agente econômico busca maximizar seus próprios interesses, de modo a procurar uma melhoria contínua de sua situação. Para tanto, o tomador de decisões realizará **mudanças marginais** (pequenos ajustes de curso que geram benefícios adicionais e custos adicionais) enquanto o benefício marginal continuar superior ao custo marginal, até se alcançar o **equilíbrio** (COOTER; ULEN, 2016, p. 41). Em outras palavras, o agente econômico continuará com as mudanças marginais até o ponto em que o benefício marginal se igualar com o custo marginal, deixando de haver incentivo para modificação no padrão de interação econômica. Verifica-se, ao final, uma tendência ao equilíbrio:

Hay una conexión vital entre la maximización y el equilibrio en la teoría microeconómica. Caracterizamos el comportamiento de todo individuo o grupo como la maximización de algo. El comportamiento maximizador tiende a impulsar a estos individuos y grupos hacia un punto de descanso, un equilibrio. [...] Sin embargo, la interacción de agentes maximizadores casi siempre conduce a un equilibrio. Un equilibrio estable es aquel que no cambiará si no intervienen fuerzas externas.¹⁵ (COOTER; ULEN, 2016, p. 30).

¹³ De forma bastante simplificada, pode-se dizer que o dilema do arado e espadas se dá entre investimento na produção de bens e serviços e na defesa contra possíveis ameaças militares externas; o dilema entre meio ambiente e desenvolvimento corresponde ao embate entre a preservação do meio ambiente limpo para as futuras gerações e o aumento do nível de renda atual; e o dilema entre eficiência e equidade diz respeito a escolha entre aumentar o bolo a ser distribuído ou melhorar a forma de distribuição das fatias do bolo.

¹⁴ A escolha de uma teoria ou escola direciona a ênfase sob qual a matéria será tratada. No direito, o bem-estar social enfatiza a isonomia e o liberalismo a liberdade; na economia, a atual corrente dominante enfatiza a eficiência (excluindo a equidade dos modelos), enquanto outras teorias procuram incluir a equidade.

¹⁵ Tradução livre do autor: “Há uma conexão vital entre a maximização e o equilíbrio na teoria microeconômica. Caracterizamos o comportamento de todo indivíduo ou grupo como a maximização de algo. O comportamento maximizador tende a impulsionar estes indivíduos e grupos até um ponto de descanso, um equilíbrio [...] Sem embargo, a interação de agentes maximizadores quase sempre conduz a um equilíbrio. Um equilíbrio estável é aquele que não mudará se não houver intervenção de forças externas.”

Disso resulta, conforme um dos princípios centrais da economia, que o indivíduo é sensível a **incentivos**, de modo que seu comportamento pode ser moldado, adaptando-se a uma direção ou a outra de acordo com os incentivos ou desincentivos que lhes são apresentados. Como explica Mankiw (2016, p. 7):

Um **incentivo** é algo que induz uma pessoa a agir, tal como a perspectiva de uma punição ou recompensa. Como as pessoas racionais tomam decisões comparando custo e benefício, elas respondem a incentivos. [...] a lei também afeta o comportamento ao alterar incentivos.

Do ponto de vista da dogmática jurídica, Norberto Bobbio (2007, p. 13) contrapõe à concepção dominante do direito, que reconhece apenas o caráter repressivo do direito, a sua teoria funcionalista do direito, que admite o seu caráter promocional. O autor identificou que essas funções protetivo-repressiva ou promocional do ordenamento jurídico são realizadas mediante técnicas de encorajamento e de desencorajamento como meios de influenciar o comportamento social. Esses incentivos e desincentivos, predominantes a depender do enfoque que ordenamento jurídico dê aos comportamentos desejáveis ou não desejáveis, são explicados, sob a ótica da ciência jurídica, nos seguintes termos:

[...] podemos definir “desencorajamento” como a operação pela qual A procura influenciar o comportamento não desejado (não importa se comissivo ou omissivo) de B, ou obstaculizando-o ou atribuindo-lhe consequências desagradáveis. Simetricamente, podemos definir “encorajamento” como a operação pela qual A procura influenciar o comportamento desejado (não importa se comissivo ou omissivo) de B, ou facilitando-o ou atribuindo-lhe consequências agradáveis. (BOBBIO, 2007, p. 16).

Todos esses conceitos acima descritos - maximização de interesses, equilíbrio, mudanças marginais, custo de oportunidade e incentivos - têm como pressuposto a presunção de que o sujeito econômico, também denominado de *homo economicus*, age sempre de forma racional. Isso se explica pelo fato de que:

O modelo da escolha racional permite generalizações quanto ao comportamento humano. Atribui aos humanos uma linha de conduta previsível; supõe que os humanos escolherão, sempre, entre as opções disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação. Isso implica, por exemplo, que se o custo de uma opção (preço de um bem que se quer adquirir, sacrifício para empreender- uma ação) aumenta, as pessoas afetadas escolherão menos frequentemente essa opção (*lei da demanda*). (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 31).

Por se tratar de um modelo, consistente em uma simplificação da realidade, a escolha racional é irrealista. De fato, os seres humanos nem sempre se comportam segundo essa racionalidade, podendo apresentar em sua tomada decisão inconstância, excesso de confiança ou hesitação, sentimentalismo ou mesmo altruísmo. A **economia comportamental** tem por objeto, justamente, essas anomalias que não se encaixam, isto é, os comportamentos que não podem ser explicados pela maximização racional de interesses (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 180). Tal constatação, todavia, não retira a importância do modelo, na medida em que se trata de simplificação da realidade com vistas a melhor explicar os fenômenos estudados. A teoria do agente racional serve para esclarecer uma série de situações, as quais se comportam segundo o modelo proposto, nos limites dos pressupostos estabelecidos.

Nada obstante isso, considerando que a economia comportamental é ainda muito incipiente, o que se percebe é que no mundo dominado pela globalização o instrumental analítico da economia acaba servindo de base para uma teoria geral do comportamento humano, em que “os casos de não conformidade com a racionalidade do custo-benefício [seriam tratados] [...] como casos de irracionalidade” (LOPES, 2004, p. 8). Com efeito, a teoria do agente maximizador de interesses vem se impondo como única forma racional de tomada de decisão, nada obstante as limitações listadas acima, em fenômeno denominado de imperialismo econômico. É perceptível, portanto, a ocorrência de verdadeira colonização das ciências sociais pelo lado prático da economia, como bem ilustra Pacheco (2002, p. 23), com apoio em Gary Becker, *in verbis*:

Una vez realizada esa ruptura de los límites tradicionales del conocimiento científico-social, y convertido el comportamiento económico maximizador en paradigma explicativo de todo comportamiento, ya no es posible analizar la conducta del hombre desde un punto de vista fragmentario. El paradigma de comportamiento del *homo oeconomicus* se convierte en potencialmente descriptivo de toda realidad social.¹⁶

Importante rememorar os modos como o direito e economia podem interagir. A relação que sempre existiu entre essas duas ciências era do tipo transdisciplinar, em que se realiza a confrontação entre esse outro saber (economia) com o método da ciência jurídica, utilizada para a compreensão do sentido do direito objetivo. Também é possível a ocorrência de uma interação dialógica complementar, “em que as ciências dialogam sem que haja hierarquização e busca-se a complementariedade: quando uma não consegue respostas, busca-

¹⁶ Tradução livre do autor: “Uma vez realizada essa ruptura dos limites tradicionais do conhecimento científico-social, e convertido o comportamento econômico maximizador em paradigma explicativo de todo comportamento, já não é possível analisar a conduta do homem de um ponto de vista fragmentário. O paradigma de comportamento do *homo oeconomicus* se converte em potencialmente descritivo de toda a realidade social.”

se na outra o que precisa para compreender o fenômeno” (PORTO, 2019, p. 26). A AED, por seu turno, inaugura uma relação completamente nova entre direito e economia, sendo assim definida por Pacheco (2002, p. 15): “corriente teórica surgida en los Estados Unidos y que tiene como característica definitoria la aplicación de las categorías, los instrumentos y el método de la ciencia económica en la explicación y evaluación de las instituciones del sistema jurídico.”¹⁷

A Análise Econômica do Direito é considerada de natureza consequentialista, pois por meio dela as normas jurídicas não são avaliadas pela interpretação de seu conteúdo moral, mas sim pela capacidade que possuem, através de incentivos/desincentivos, de influenciar (ou não) o comportamento dos destinatários da norma (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 666). O direito passa a ser, dessa forma, objeto de estudo da economia, sendo as normas jurídicas avaliadas com base nas teorias próprias da ciência econômica e o ordenamento jurídico analisado, quanto a sua coerência e integridade, com lastro no modelo de raciocínio do tipo econômico (PACHECO, 2002, p. 17). Nesse novo contexto, passam a constituir problemas jurídicos temas como a eficiência da norma jurídica, o custo dos direitos, a tragédia do judiciário e o problema dos custos sociais de transação.

Há quem questione a compatibilidade da análise econômica com o direito, na medida em que promoveria a colonização do jurídico, de modo a substituir as questões fundamentais do direito, como justiça e segurança jurídica, por elementos da economia, como eficiência e maximização, o que poderia ocasionar uma desestruturação do sistema jurídico. Tais autores não negam que as ciências jurídica e econômica sempre possuíram pontos de contato e relação de complementariedade entre si, mas denunciam a prevalência da racionalidade econômica, pautada no custo-benefício, sobre o discurso jurídico, que serviria como mero instrumento do neoliberalismo global (MARCELLINO JR., 2010, p. 94).

A crítica é importante por colocar em evidência que os parâmetros de racionalidade econômicos são estranhos ao sistema jurídico, representam perigo de esvaziamento ao conteúdo dos direitos em consideração a aspectos meramente consequentialista e ignoram critérios de justiça, tão caros à Ciência do Direito. Entretanto, consoante o que foi até aqui exposto, a Análise Econômica do Direito vem ocupando lugar de destaque cada vez maior, tanto na academia quando na jurisprudência dos Tribunais Superiores¹⁸, de modo que o raciocínio

¹⁷ Tradução livre do autor: “corrente teórica surgida nos Estados Unidos e que tem como característica definidora a aplicação das categorias, dos instrumentos e do método da ciência econômica na explicação e avaliação das instituições do sistema jurídico.”

¹⁸ A título de exemplo vide a ADI 3995/DF, Relator: Min. Roberto Barroso, DJe 01 mar. 2019, em que o STF decidiu que o Legislador poderia aumentar os custos da ação rescisória na Justiça do Trabalho como forma de desincentivar a litigiosidade (BRASIL, 2019e).

juseconômico não pode ser ignorado na resolução dos problemas em Direito, cabendo ao pesquisador dialogar com esse enfoque, quer seja para adotá-lo, quer seja para refutá-lo.

1.3.2 O mercado ideal e as principais falhas do mercado real

Como visto, quando cada indivíduo busca melhorar seus próprios benefícios, há uma tendência de que a interação entre esses agentes racionais que agem de forma isolada e maximizadora acabe produzindo melhorias em suas situações iniciais, até se chegar a um ponto de equilíbrio. Segundo a teoria econômica clássica, ao perseguir seu interesse pessoal egoístico, o agente econômico acaba inadvertidamente promovendo o interesse de toda a sociedade, a medida em que é direcionado pelas forças do mercado (preços, oferta e demanda):

[...] cada indivíduo trabalha necessariamente para fazer a renda anual da sociedade tão grande quanto ele possa conseguir. [...] ele tenciona apenas seu próprio ganho, e nisso é, como em muitos outros casos, conduzido por uma mão invisível para produzir um desfecho que não faz parte de sua intenção. Nem sempre é pior para a sociedade que ela não tenha participado dessa intenção. Ao perseguir seu próprio interesse, esse indivíduo frequentemente promove o interesse da sociedade de forma mais efetiva do que se realmente tivesse a intenção de promovê-lo. (SMITH, 2013, p. 42).

Diversamente do que ocorre numa economia planificada, em que a alocação dos bens é determinada por um governo central, na economia de mercado essa alocação de recursos se dá de forma descentralizada, sem que as pessoas que interagem no mercado tenham condições de sozinhas fixarem os preços dos bens (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 5). As vantagens da economia de mercado foram assim resumidas por Rossetti (2013, p. 438): gera índices de escassez (orienta a alocação); é um centro de estimulação (competitividade); orienta as sociedades a conservarem seus recursos escassos (preço mais altos quando há pouca oferta); possibilita trocas voluntárias (concilia interesses); e viabiliza a liberdade de escolha econômica.

Essas virtudes apresentadas pela teoria econômica do mercado competitivo se verificam em certas e determinadas situações, em que se produz um benefício à coletividade, mas não pode ser generalizado a todo e qualquer cenário da vida social. Como explica Calsamiglia Blancafort (1987, p. 271-272), devem ser observados os limites do discurso da teoria econômica, a qual pressupõe que a interação entre os agentes econômicos se dá em um mercado ideal, cujas condições para sua configuração são as seguintes:

1.-Que la información -acerca de los precios- que poseen los sujetos que intervienen en el mercado es completa.

- 2.-Que los derechos de propiedad sean estables y bien establecidos. De tal manera que el mantenimiento y la garantía de este derecho no produzca costes adicionales.
- 3.-El individuo es egoísta y racional. El individuo tiene claro siempre cuál es su interés y puede ordenar sus preferencias de forma transitiva. Es decir que si prefiere w a p y p a x prefiere también w a x .
- 4.-Los costes de transacción son cero. Por ejemplo los costes que supone ponerse de acuerdo, sucesivas ofertas, tienen que ser cero.
- 5.-Un mercado ideal carece de externalidades. En un modelo de competencia perfecta el único lugar de interacción social es el mercado. Fuera del mercado no se produce ningún tipo de influencia entre los individuos que afecte a la oferta, la demanda o los precios.
- 6.-Los productos ofrecidos en el mercado no están diferenciados entre los ofertantes de tal manera que a igualdad de condiciones es indiferente comprar uno u otro.
- 7.-Los individuos que participan en un mercado consideran los precios como un dato. No tienen el suficiente poder para alterarlos como consecuencia de sus decisiones. Se excluyen -en particular- conductas monopolísticas.¹⁹

Entretanto, embora a mão invisível a que alude Adam Smith seja a “maneira pela qual uma economia de mercado consegue domar o poder do interesse próprio em favor do bem da sociedade” (KRUGMAN; WELLS, 2007, p. 2); em muitas vezes a instituição do mercado não é capaz, por si só, de impedir que a maximização do interesse individual se dê em detrimento do interesse coletivo da sociedade. Essa é uma das situações em que se admite, mesmo no pensamento neoclássico, que o Estado seja chamado a intervir na economia. Com efeito:

Um dos motivos por que precisamos do governo é que a mão invisível poderá fazer maravilhas apenas se o governo garantir o cumprimento das regras e manter as instituições principais da economia. [...] Todos nós confiamos no governo para providenciar polícia e tribunais a fim de fazer valer o direito sobre aquilo que produzimos - e a mão invisível conta com nossa habilidade para garantir esses direitos. [...] Há dois motivos genéricos para que um governo intervenha na economia - promover a eficiência e promover a igualdade. Ou seja, a maioria das políticas visa aumentar o bolo econômico e mudar a forma como ele é dividido. (MANKIW, 2016, p. 11).

¹⁹ Tradução livre do autor: “1. -Que a informação -acerca dos preços- que possuem os sujeitos que intervêm no mercado seja completa.

2.-Que os direitos de propriedade sejam estáveis e bem estabelecidos. De tal maneira que a manutenção e a garantia deste direito não produzam custos adicionais.

3.- O indivíduo é egoísta e racional. O indivíduo tem sempre claro qual é o seu interesse e pode ordenar suas preferências de forma transitiva. É dizer que se prefere w a p e p a x prefere também w a x .

4.-Os custos de transação são zero. Por exemplo, os custos envolvidos na colocação de sucessivas ofertas de acordo devem ser zero.

5.- Um mercado ideal carece de externalidades. Em um modelo de concorrência perfeita o único lugar de interação social é o mercado. Fora do mercado não se produz nenhum tipo de influência entre os indivíduos que afete a oferta, a demanda ou os preços.

6.- Os produtos oferecidos no mercado não são diferenciados entre os ofertantes de tal maneira que, em igualdade de condições, é indiferente comprar um ou outro.

7.- Os indivíduos que participam de um mercado consideram os preços como um dado. Não tenham poder suficiente para alterá-los como consequência de suas decisões. Se excluem -em particular- condutas monopolistas.”

De fato, pode-se dizer que o mercado é uma instituição social, não espontânea nem natural. Trata-se de uma ordem no sentido de instalar uma regularidade de condutas, possibilitando segurança e previsibilidade para os negócios. Por conseguinte, o mercado é uma instituição jurídica, disciplinada e conformada pelo direito positivo posto pelo Estado (sendo por isso mesmo histórica), que se presta a garantir a “fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos”, garantia que é exercida tanto em face do Estado quanto em face dos outros agentes econômicos. (GRAU, 2006, p. 32 e 37).

Por seu turno, as falhas de mercado ocorrem quando o mercado não consegue realizar uma alocação eficiente dos recursos, produzindo uma piora no bem-estar/utilidade social. Essas falhas estão associadas ao não atendimento de uma das condições do mercado competitivo acima descritas, quais sejam: assimetria de informações; externalidades; abuso do poder econômico e bens públicos e recursos comuns.

As ações individuais dos indivíduos podem gerar efeitos colaterais em outras pessoas com as quais não estão interagindo no mercado, de modo que é possível afirmar que os indivíduos também interagem fora do mercado competitivo, ao contrário do pressuposto compartilhado por Adam Smith e pelos autores da escola econômica neoclássica (CALSAMIGLIA BLANCAFORT, 1987, p. 276). Denomina-se **externalidade** “un coste o un beneficio que no asume quien lo causa y que forma parte de su actividad económica.”²⁰ (PACHECO, 2002, p. 30).

A forma como esse problema é encarado foi profundamente alterada após a publicação do trabalho de Ronald Coase, intitulado “O problema do custo social”. Embora não utilize expressamente o termo “externalidade”, o trabalho investiga as ações da firma que produzem efeitos prejudiciais a terceiros, controvérsia que geralmente é resolvida com base na responsabilização do causador do dano, indagando-se a melhor forma de fazer cessar ou inibir a continuidade dos prejuízos. O autor, todavia, alerta para a natureza relacional do problema numa dada situação em que a atividade desenvolvida por *A* produz uma externalidade negativa para *B*:

Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o prejuízo a *B* implicaria causar um prejuízo a *A*. Assim, a verdadeira questão a ser decidida é: *A* deveria ser autorizado a causar prejuízo a *B*, ou deveria *B* ser autorizado a causar um prejuízo a *A*? O problema é evitar o prejuízo mais grave. (COASE, 2008, p. 1).

²⁰ Tradução livre do autor: “um custo ou um benefício não assumido por quem lhe deu causa e que forma parte de sua atividade econômica.”

Segundo o Teorema de Coase, o problema da externalidade é resolvido tendo em vista menos a determinação legal quanto à responsabilidade civil e mais os custos de oportunidade que envolvem as partes. Isso porque as partes procurarão sempre maximizar o valor da produção, buscando um acordo para modificar a delimitação inicial dos direitos caso considerem mais vantajoso. Desse modo, “se tais transações no mercado são sem custo, tal realocação de direitos sempre irá ocorrer se levar a um aumento no valor da produção.” (COASE, 2008, p. 12).

Como corolário, na presença de custos de transação, nem sempre será realizada a realocação de direitos que produza um incremento no valor da produção. Isso porque “a aludida realocação de direitos somente ocorrerá quando o aumento no valor da produção por ela gerado for maior do que os custos incorridos para implementá-la” (COASE, 2008, p. 13). Dessa forma, a existência que uma norma jurídica que defina previamente o responsável pela reparação – por representar um custo de transação – poderá obstar a solução mais eficiente para o problema da externalidade. Consoante explica Coase (2008, p. 13):

[...] a não ser que esta [situação de eficiência alocativa] já seja a alocação de direitos estabelecida pelo sistema jurídico, os custos para se atingir os mesmos resultados pela alteração e combinação dos direitos pelo mercado podem ser tão elevados que esse arranjo ótimo de direitos, e a maximização do valor da produção dele advinda, podem jamais ser atingidos.

Entretanto, como bem observado por Melman (2019, p. 73), o Teorema de Coase pressupõe a existência de real liberdade de negociação entre as partes, de modo que a imposição do direito se faz necessária nas demais conjunturas, especialmente quando verificada uma assimetria de poder favorável ao agente causador do dano, a possibilitar a fácil subjugação da parte mais fraca na relação. Nesse sentido, o referido teorema não pode ser generalizado a todas as situações verificadas na prática.

De outra parte, algumas categorias de bens não podem ser geridas de forma eficiente pelo mercado, em razão de sua própria natureza. Assim, as características de um bem são determinantes para que ele possa ser oferecido no mercado de forma eficiente, sendo as duas propriedades essenciais dos bens de mercado a exclusibilidade de acesso e a rivalidade de consumo (KRUGMAN; WELLS, 2007, p. 413). Um bem é exclusivo quando o seu uso por outras pessoas pode ser facilmente impedido ou condicionado ao pagamento de um preço; ao passo que um bem é rival quando sua utilização por uma pessoa impede ou reduz drasticamente a dos demais (GICO JR, 2019, p. 16). A combinação desses dois atributos dá ensejo a formação de quatro categorias de bens:

Bens privados, que são excluíveis e rivais no consumo, como o trigo.

Bens públicos, que são não-excluíveis e não-rivais no consumo, como um sistema de esgotos urbano.

Recursos comuns, que são não-excluíveis, mas são rivais no consumo, como água limpa em um rio.

Bens artificialmente escassos, que são excluíveis, mas não-rivais no consumo, como os filmes pagos na TV a cabo. (KRUGMAN; WELLS, 2007, p. 413).

Muito embora apenas os bens privados possam ser oferecidos de modo eficiente pelo mercado, o estudo dos recursos comuns apresenta fundamental relevo para a análise econômica do direito, como se percebe das diversas implicações teóricas e práticas que cercam o famoso problema da **tragédia dos comuns**. A seguinte metáfora ilustra bem a questão: imagine vários pastores que dividem uma área comum de pasto aberto. É de se esperar que cada pastor procure maximizar seus ganhos, de modo a colocar a maior quantidade possível de gado nessa área comum (HARDIN, 1968, p. 1244).

Como agente racional, cada um deles deve se perguntar qual seria a utilidade em colocar mais um animal em seu rebanho, obtendo como resposta um componente positivo, que é o próprio animal adicionado ao rebanho e que será posteriormente vendido; e um componente negativo, que é a sobreutilização da pastagem decorrente de mais um animal. Todavia, como essa utilidade negativa é dividida entre todos, esse custo é muito baixo, sendo absorvido pelo benefício. Desse modo, todo indivíduo racional que estiver utilizando o pasto concluirá ser vantajoso incluir mais um animal em seu rebanho, sem se preocupar com as limitações naturais do pasto comum. Desse modo, a busca pela maximização dos próprios interesses acaba trazendo a ruína dos comuns. Essa lógica inerente aos recursos comuns é que leva à tragédia (HARDIN, 1968, p. 1244).

Muito embora o serviço judiciário não se enquadre no conceito de recurso comum, por ter sua utilização passível de exclusão, os autores da análise econômica têm sustentado que o acesso irrestrito à justiça, constitucionalmente assegurado, acabaria modificando esse atributo, passando o Judiciário a se comportar como se fosse um recurso comum (GICO JR., 2020, p. 226). Nesse contexto, nada obstante a escassez orçamentária do Poder Judiciário, o benefício individual de sua utilização a baixos preços daria ensejo ao abuso do direito de ação e à proliferação de demandas, cujo volume acabaria inviabilizando o adequado funcionamento do Poder Judiciário. Essa falta de critério na concessão do acesso (que causaria benefício apenas

a alguns) e o excesso de exploração é que, para esses autores, produziram a Tragédia do Judiciário²¹, resultando em prejuízo a toda a sociedade (MARCELLINO JR., 2014, p. 200).

Por outro lado, uma das condições do mercado competitivo é que os agentes econômicos tenham informações completas e simétricas acerca dos bens em negociação, de modo que a diferença substancial de conhecimento entre as partes se constitui em uma falha de mercado denominada de **Assimetria de Informações**. Em casos extremos, essa diferença de informações pode conduzir a um fenômeno denominado de seleção adversa:

A seleção adversa é um problema que surge em mercados em que o vendedor sabe mais sobre os atributos de um bem que está sendo vendido que o comprador do bem. Como resultado, o comprador corre o risco de comprar um bem de baixa qualidade, ou seja, a "seleção" dos bens vendidos pode ser "adversa" do ponto de vista do comprador desinformado. (MANKIW, 2016, p. 444).

O mais conhecido exemplo de seleção adversa é o do mercado de carros usados, em que há incerteza quanto à qualidade do produto negociado. Em seu famoso estudo que lhe rendeu um prêmio Nobel de economia, Akerlof (1970, p. 489) divide os carros em novos e usados, os quais são classificados como bons carros e carros ruins (chamados de “limões” nos Estados Unidos da América). Ao adquirir um carro, o comprador não tem como saber se está comprando um bom carro ou um carro ruim. Contudo, depois de um tempo de uso, o proprietário saberá a qualidade de seu carro e, em razão dessa assimetria de informação, terá um conhecimento maior sobre essa qualidade que aqueles interessados em adquiri-lo.

Como é impossível aos adquirentes diferenciar o estado do veículo, os carros usados bons e ruins são vendidos pelo mesmo preço. Essa situação causa uma distorção no mercado, pois fica muito vantajoso vender um carro ruim pelo preço de um bom carro, ao passo que o proprietário de um veículo em bom estado não consegue receber o valor que ele merece. Os denominados “limões” acabam afastando do mercado os automóveis em boas condições, pois os adquirentes não estão dispostos a pagar mais pelos carros em melhores condições, já que não teriam como distinguir o joio do trigo, pois como dito, apenas os vendedores têm conhecimento acerca da qualidade dos veículos (AKERLOF, 1970, p. 490).

No caso da teoria econômica das demandas, a assimetria de informações por parte do réu possibilitaria a utilização de modelo de disfarce por parte do autor, que ocorre quando o

²¹ Segundo Relatório Justiça em Números 2021, no final do ano de 2020 havia 75,4 milhões de processos pendentes de julgamento. Ao analisar os dados constantes do referido documento, o CNJ concluiu que “mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos(as) magistrados(as) e dos(as) servidores(as), seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar o estoque.” (BRASIL, 2021a, p. 105). Tal indicador, denominado de “Tempo de Giro do Acervo”, tem se mantido em patamares acima de 2 anos, nada obstante o constante aumento nos índices de produtividade do Judiciário.

comportamento dos legítimos litigantes é copiado por litigantes frívolos, na expectativa de que o demandado seja induzido a erro. Como o acionado, especialmente em se tratando de demandas repetitivas, não disporia de elementos suficientes para identificar, de pronto, quais acionantes teriam poucas chances de obter êxito, ocorreria uma **seleção adversa**, de modo a acarretar a redução do valor da proposta padrão de acordos em razão dessa incerteza (FUX; BODART, 2019, p. 88).

Outra hipótese de seleção adversa apontada é a decorrente da morosidade do Poder Judiciário, que afeta negativamente a busca pela reparação dos direitos lesados, em face da redução gradual de sua utilidade pelo decurso do tempo, tornando interessante o serviço judiciário justamente para aqueles que não são titulares de direitos, mas que pretendem postergar ao máximo o cumprimento das obrigações de que são devedores (GICO JR., 2014, p.191).

Outra hipótese de falha de mercado se verifica quando um dos agentes econômicos tem poder suficiente para alterar os preços do mercado, impedito que ocorram trocas mutuamente benéficas. Com efeito, as forças da oferta e da demanda determinam o preço de mercado na hipótese de haver uma grande quantidade de vendedores e compradores, entretanto existem duas situações antagônicas em que a competição perfeita é afastada: “O **monopólio** é um mercado no qual existe apenas um vendedor, mas muitos compradores. O **monopsônio** é exatamente o oposto: um mercado com muitos vendedores, mas apenas um comprador.” (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 351).

Nesse contexto, o Poder de Mercado, que afasta a competição perfeita, é a “capacidade de uma pessoa (ou um pequeno grupo de pessoas) influenciar de forma indevida os preços de mercado” (MANKIW, 2016, p. 12). No caso do produtor monopolista, ele poderá fixar um preço superior o custo marginal sem sofrer perdas, devido à ausência de concorrência; enquanto o comprador monopsonista terá a possibilidade de “adquirir a mercadoria por valor inferior ao preço que prevaleceria em um mercado competitivo” (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 375). Em ambas as hipóteses existe uma ineficiência no mercado que gera um custo social, o denominado peso morto decorrente tanto do poder de monopólio, quanto do poder de monopsônio.

No primeiro caso, os altos preços praticados pelo monopolista ultrapassam o custo marginal, o que acaba reduzindo a demanda e as quantidades produzidas. No tocante ao segundo caso, como o preço das mercadorias é inferior ao valor marginal, elas serão oferecidas em quantidades menores, pois não haveria incentivos em aumentar a produção de bens (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 370 e 380). Ambas as situações retratam alocações de recursos

ineficientes, na medida em que a produção de riquezas foi inferior à que teria sido gerada em um mercado competitivo.

Embora a concorrência monopolística não seja objeto de maior atenção por parte da análise da litigância, é importante destacar o reconhecimento por parte da Economia de que a liberdade, a autonomia e a racionalidade das escolhas realizadas pelo agente individual são neutralizadas quando presente uma concentração de poder em um agente econômico, de tal monta, que o torna capaz de influenciar nos preços do mercado. Ora, como o direito é considerado um “preço”, há de se concluir que assimetria de forças em torno de uma parte contratual, inclusive quando está em juízo, afasta a incidência generalizada da teoria do agente racional no campo do Direito do Trabalho.

Antes de encerrar este tópico, mostra-se necessário tecer mais algumas considerações acerca do mercado formado pelo “fator de produção trabalho”. Para esses fins, o trabalho é considerado *como se fosse* uma mercadoria²², mas uma mercadoria especial, fictícia, que não existe separada da pessoa do trabalhador. Outrossim, o que é objeto de transação nesse mercado não é a atividade transformadora da natureza (trabalho) nem a própria força de trabalho (que é inseparável do trabalhador, o qual não é uma coisa nem pode ser vendido), mas sim o tempo do trabalhador que é direcionado à prestação do serviço (SILVA; HORN, 2008, p. 188).

A assimetria de forças característica da relação de emprego se reflete na desigualdade estrutural de poder entre ofertantes e demandantes no mercado de trabalho. Com efeito, considerando que a mercadoria transacionada é na verdade o “tempo de trabalho à disposição de alguém”, tem-se que ela não pode ser guardada ou armazenada para trocas em um momento futuro mais favorável, extinguindo-se caso não seja trocada imediatamente por salário. Ademais, o sistema de produção capitalista pressupõe duas condições básicas em relação ao trabalhador: a) que disponha livremente de sua capacidade de trabalho; e b) que não possua os meios de produção, sendo obrigado a vender sua força de trabalho para sobreviver (SILVA; HORN, 2008, p. 188).

Nesse contexto, despontam várias características estruturais do mercado de trabalho que colocam em posição de desvantagem o vendedor dessa mercadoria especial, destacando-se com apoio em Silva e Horn (2008) as seguintes: a natureza indeterminada dos contratos de

²² Importante destacar as distinções entre o enfoque jurídico e o econômico acerca dessa temática. Para a **Ciência Econômica**, o trabalho é considerado *como se fosse* uma mercadoria, não por questões éticas, mas sim por não ter existência própria, desvinculada da pessoa do trabalhador (SILVA; HORN, 2008, p. 188). Na **Ciência do Direito**, mormente no Direito do Trabalho, impera lógica oposta, “o trabalho não é uma mercadoria” conforme Declaração da Filadélfia (OIT, 2015), fundada na dignidade inerente à pessoa humana, valor incompatível com a fixação de preço.

trabalho; o contínuo processo de barganha de seu comprador sobre as condições contratuais no curso da relação; a venda dessa “mercadoria” como única forma de acesso aos meios de reprodução pela maioria das pessoas; e o desemprego de grandes contingentes como situação normal do mercado.

Dito isso, é possível perceber que o mercado de trabalho é qualificado por um desequilíbrio estrutural de poder e por uma assimetria de condições de barganha, componentes estruturais que colocam o vendedor da “mercadoria especial força de trabalho” em uma situação intrínseca de desvantagem comparativa (SILVA; HORN, 2008, p. 192-193). Desse modo, a regulação do mercado de trabalho pelo Estado é medida que se impõe para domesticar determinismos econômicos, especialmente considerando a singularidade da mercadoria vendida (força de trabalho), que é inseparável da pessoa do trabalhador. Em outras palavras, a fixação desses parâmetros regulatórios se justifica em face da dignidade inerente a todos os membros da família humana, do reconhecimento de direitos essenciais a todo ser humano (inclusive à pessoa que trabalha) e da constatada necessidade de que esses direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei.

1.3.3 A eficiência econômica e sua face jurídica

A categoria base econômica da eficiência é de fundamental importância para o estudo da Análise Econômica do Direito. Existem diversos modelos de Eficiência na ciência econômica, decorrente das várias escolas, porém atualmente prevalecem dois: a Eficiência de Pareto e a Eficiência de Kaldor-Hicks. Embora seja propalada como uma grande vantagem desses modelos a neutralidade a valores, a simples adoção de um deles já se constitui em uma escolha ideológica, na medida em que essa alegada “indiferença” axiológica serve à manutenção das relações de poder vigentes.

Em linhas gerais, diz-se que um processo é eficiente em sentido técnico quando não for possível manter o mesmo nível de produção reduzindo os custos com insumos ou quando não for possível aumentar a produção mantendo a mesma combinação de insumos (COOTER; ULEN, 2016, p. 30). Por seu turno, a denominada eficiência alocativa ou eficiência de Pareto, em homenagem ao critério desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto para avaliar a ocorrência de melhoria após a realização de uma troca, pode ser definida como “alocação de bens em que ninguém consegue aumentar o próprio bem-estar sem que seja reduzido o bem-estar de outra pessoa” (PINDYCK; RUBINFELD, 2013, p. 596). Em outras palavras, pode-se dizer que um

estado constitui um ótimo de Pareto quando não se afigura possível uma preferência unânime por outra situação diferente.

A adoção do critério de Pareto para subsidiar a tomada de decisão social é apontada como superior ao critério utilitarista da “maior felicidade possível para a maioria”, porque evitaria comparações interpessoais de utilidade e não permitiria a desconsideração das minorias, as quais possuiriam poder de veto. Poderia se falar, até, em uma espécie de ética Paretiana, que seria processual, ao exigir um procedimento de decisão unânime, e negativa, por ser uma condição necessária, embora insuficiente, de justiça (CALSAMIGLIA BLANCAFORT, 1987, p. 272-273).

Entretanto, há muitas críticas ao conceito de eficiência Paretiana, a começar pela ausência de consideração acerca da distribuição inicial dos bens, o que pode produzir resultados absurdos. Afinal, “um estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos.” (SEN, 1999, p. 48).

Ademais, o poder de veto concedido a cada indivíduo pode resultar numa multiplicidade de situações distintas que seriam classificadas como ótimos de Pareto tão-somente porque houve um veto²³, além de dificultar sobremaneira a tomada de decisões sociais. Essa imobilidade socialmente latente é assim ilustrada por Salama (2017, p. 36-37):

Suponha que uma mudança qualquer (por exemplo, a edição de uma nova lei) beneficie um determinado grupo de indivíduos (os “ganhadores”) mas prejudique outro grupo (os “perdedores”). Pelo critério de Pareto, tal mudança não poderia jamais ser eficiente (afinal, há “perdedores”, isto é, indivíduos que pioram sua situação com as mudanças). Assim, por este critério, qualquer norma que estabeleça um privilégio, por mais nefasto que seja, jamais poderia ser alterada (afinal, o detentor deste privilégio sairia prejudicado pela mudança legislativa, mesmo que ela beneficiasse toda a sociedade). A lei perderia toda a sua plasticidade e a sociedade estaria fadada ao total imobilismo.

Como corolário, é de se concluir que a eficiência de Pareto é insensível à justiça distributiva, podendo inclusive justificar a manutenção de um sistema de escravidão, na medida em que os senhores de escravos poderiam vetar a abolição da escravatura, caso não recebessem efetivamente uma compensação financeira.

²³ Isso porque em uma dada estrutura podem coexistir diversos ótimos de Pareto. Desse modo, tanto a decisão de não autorizar o funcionamento, quanto a decisão de manter em atividade uma fábrica potencialmente poluidora, serão consideradas ótimos de Pareto caso não haja unanimidade no pertinente à mudança da situação fática: iniciar as atividades no primeiro caso ou encerrar o funcionamento no segundo.

Uma tentativa de superar os problemas apontados acima é a adoção do teste de compensação de Kaldor-Hicks, também conhecido como melhora potencial em termos de Pareto ou eficiência Kaldor-Hicks. Com efeito, como é difícil configurar-se uma mudança que melhore a situação de uma pessoa sem que nenhum outro indivíduo fique em pior situação, a Eficiência de Pareto poderia ser alcançada se aqueles que experimentaram uma melhoria efetivamente compensassem os que sofreram uma piora. No entanto, segundo o teste de compensação de Kaldor-Hicks, para que uma alteração fosse considerada eficiente os vencedores não precisariam, de fato, indenizar os perdedores, bastaria apenas que eles experimentassem um incremento em sua situação que superasse a piora daqueles que saíram vencidos, de modo que a compensação fosse possível em tese (COOTER; ULEN, 2016, p. 68).

As diferenças decorrentes da utilização de cada um desses critérios são ilustradas por Cooter e Ulen (2016, p. 68), ao apresentarem um exemplo em que analisam, sob o aspecto da eficiência, a decisão sobre a mudança de uma indústria da localidade A para a localidade B:

Si aplicáramos a esta decisión el criterio de Pareto, los ganadores tendrían que pagar a los perdedores lo que se requiera para que éstos se sientan indiferentes entre la permanencia de la planta en A y su traslado a B. Si aplicáramos a esta decisión el criterio potencial de Pareto [criterio de Kaldor-Hicks], los ganadores tendrían que ganar más que lo que pierden los perdedores, pero en realidad no se haría ninguna compensación.²⁴

Na verdade, conforme identificado por R. Posner, a eficiência no sentido de Kaldor-Hicks é um artifício utilizado para separar os temas relativos à alocação de recursos das questões distributivas, atribuindo ao Governo a possibilidade de efetivar a melhora potencial e transformá-la em um ótimo de Pareto. Assim, a efetiva compensação dos perdedores se tornaria uma escolha política, fora, portanto, dos limites da análise da economia (ROCHA, 2014, p. 55). Acertada, portanto, a crítica de Amartya Sen (1999, p. 49) quanto à questionabilidade ou desnecessidade de utilização do teste de Kaldor-Hicks, na medida em que a mera possibilidade de se compensar os perdedores, sem que exista qualquer intenção em fazê-lo, não poderia ser considerada – de forma séria – uma “melhoria social”; ao passo que a ocorrência de efetiva compensação se constitui em uma melhoria de Pareto, o que dispensaria a realização desse teste.

Nada obstante, é o critério de Kaldor-Hicks que subsidia as análises de custo-benefício, quando os benefícios auferidos são mais que suficientes para compensar os custos,

²⁴ Tradução livre do autor: “Se aplicássemos a esta decisão o critério de Pareto, os ganhadores teriam que pagar aos perdedores o que fosse necessário para que estes se sintam indiferentes entre a permanência da planta em A ou sua mudança para B. Se aplicássemos a esta decisão o critério potencial de Pareto [critério de Kaldor-Hicks], os vencedores teriam que ganhar mais do que as perdas daqueles que saíram derrotados, mas em realidade não haveria nenhuma compensação.”

isto é, permitem eventual compensação de algum prejudicado. Há quem veja essa possibilidade de compensação como uma melhoria social, assim não se apresentando, por óbvio, para aqueles que saíram prejudicados com a mudança implementada. Afinal, a mera possibilidade de compensação, sem nenhuma previsão “se” ou “quando” isso ocorrerá, muito dificilmente pode ser equiparada a uma melhoria de situação (SEN, 1999, p. 49). Some-se a isso o fato de não haver espaço para considerações de natureza ética tanto na eficiência Paretiana, quanto na eficiência de Kaldor-Hicks. A combinação dessas duas características na análise do custo-benefício pode dar ensejo a situações de alocação eficiente de recursos, mas que não são socialmente desejáveis, como no famoso caso a seguir retratado.

Na década de 1970 a Ford Motor Company fabricava um compacto muito popular chamado de Ford Pinto, com milhões de unidades vendidas. Devido um erro no projeto do tanque de combustível, esse automóvel corria alto risco de explosão em caso de colisão na parte traseira. Estima-se que mais de quinhentas pessoas morreram e mais outras centenas foram vítimas de graves queimaduras decorrentes de acidentes com o citado veículo nos Estados Unidos da América. Essa falha no projeto era de conhecimento dos executivos da companhia, mas não houve a realização de um *recall* com os proprietários dos veículos. Isso porque uma análise de custo-benefício definiu que o benefício decorrente da redução dos acidentes (eventuais indenizações por morte ou por lesão corporal) não compensavam os custos de US\$ 11 (onze dólares americanos) por veículo com a instalação de um dispositivo de segurança (SANDEL, 2019, p. 57-58).

Tomando por base valores fixados pela Administração Nacional de Segurança do Tráfego Rodoviário (EUA) para o custo de uma ocorrência no trânsito, a montadora Ford procedeu à análise econômica nos seguintes termos:

Para calcular os benefícios obtidos com um tanque de gasolina mais seguro, a Ford estimou que em um ano 180 mortes e 180 queimaduras poderiam acontecer se nenhuma mudança fosse feita. Estipulou, então, um valor monetário para cada vida perdida e cada queimadura sofrida – 200 mil dólares por vida e 67 mil por queimadura. Acrescentou a esses valores a quantidade e o valor dos Pintos que seriam incendiados e calculou que o benefício final da melhoria da segurança seria de 49,5 milhões de dólares. Mas o custo de instalar um dispositivo de 11 dólares em 12,5 milhões de veículos seria 137,5 milhões de dólares. Assim, a companhia chegou à conclusão de que o custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro. (SANDEL, 2019, p. 58).

Esse caso mostra que tanto o critério potencial de Pareto, como a própria eficiência alocativa de Pareto, podem gerar vários estados sociais diferentes, todos designados de ótimos, sendo vários deles fortemente desiguais, injustos e socialmente inaceitáveis. Isso porque, como

visto, ambos os critérios simplesmente não consideram a justiça da decisão, mas tão somente sua eficiência (CALSAMIGLIA BLANCAFORT, 1987, p. 273). Daí porque não se pode concordar com R. Posner quando defendeu na década de 1970 que as regras jurídicas e as interpretações do direito somente são consideradas justas quando promovam a maximização da riqueza, no sentido de eficiência (SALAMA, 2017, p. 72). Na verdade, o critério de eficiência compõe o conceito de justiça, mas jamais poderia funcionar como seu fundamento único:

Las relaciones entre justicia y eficiencia son muy complejas y se pueden plantear desde muchas perspectivas, de forma muy sencilla o muy sofisticada. Pero una sociedad idealmente justa es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarra recursos no es una buena sociedad y difícilmente la calificaríamos de justa o equitativa. La eficiencia es un componente de la justicia aunque ni el único ni el principal criterio de justicia. Es decir, la eficiencia no triunfa siempre frente a los otros criterios componentes de la justicia. Por último, eficiencia y equidad no siempre se oponen. Pueden existir situaciones en las cuales la relación inversa no se da.²⁵ (CALSAMIGLIA BLANCAFORT, 1987, p. 271).

De fato, a eficiência não é a melhor maneira de se alcançar o ideal de justiça (especialmente a distributiva), pois se trata de conceito exclusivamente consequencialista, indiferente à utilização ou não de meios éticos ou morais. Haveria, desse modo, uma mudança de enfoque dos fins estabelecidos pelo direito para os meios de atingimento da ação eficiente. Em outras palavras, a lógica da eficiência como critério de justiça promoveria a substituição de uma interpretação da norma jurídica mediada pelos valores constitucionais por uma interpretação condicionada apenas pelo custo-benefício.

O próprio R. Posner, inclusive, reviu seu posicionamento na década de 1990 ao reduzir a importância conferida à eficiência alocativa, quando “passou a colocar a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores, que englobam, de um modo geral, o que Posner enxerga como as intuições de justiça do povo norte-americano” (SALAMA, 2017, p. 95). Daí porque atualmente se fala em Análise Jurídica da Economia como forma de realização de uma economia em consonância com os valores de justiça distributiva e de solidariedade, com a proteção dos Direitos Humanos e com a promoção do meio ambiente sustentável (PARREIRA; BENACCHIO, 2012, p. 199).

²⁵ Tradução livre do autor: “As relações entre justiça e eficiência são muito complexas e podem ser abordadas de muitas perspectivas, de uma forma muito simples ou muito sofisticada. Mas uma sociedade idealmente justa é uma sociedade eficiente. Uma sociedade que desperdiça recursos não é uma boa sociedade e difícilmente a qualificaríamos de justa ou equitativa. A eficiência é um componente da justiça, embora não seja o único nem o principal critério de justiça. É dizer, a eficiência não triunfa sempre frente aos outros critérios componentes de justiça. Por último, eficiência e equidade nem sempre se opõem. Podem existir situações nas quais a relação inversa não se dá.”

No plano jurídico, o princípio da eficiência poderia ser extraído de forma implícita do controle de resultados e da supervisão ministerial estatuídos pelo Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que estabelece diretrizes para a reforma administrativa. Ou mesmo da Constituição Federal de 1988 em sua redação original, quando estabelece como finalidade dos sistemas de controle interno a avaliação de resultados da gestão pública quanto à eficácia e eficiência (Art. 74, II).

Contudo, foi com a Emenda Constitucional n. 19/1998 (EC n. 19/1998) que a eficiência foi inserida como princípio geral expresso da administração pública no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Tal emenda constitucional consagrou um processo de Reforma do Aparelho do Estado, iniciado em 1995, com o fim de implementar uma Administração Pública Gerencial (GABARDO, 2017, p.2), por intermédio de descentralização administrativa, terceirização de serviços não essenciais e parcerias com o setor privado. Trata-se de modelo que buscava atender a imposições de ordem internacional, especialmente as 10 reformas propostas pelo Consenso de Washington para o combate da crise na América Latina, dentre as quais pode-se destacar a disciplina fiscal, a privatização das empresas públicas, a desregulação das atividades econômicas e a maior proteção do direito de propriedade. Essas dez medidas que compõe a abordagem de Washington foram assim sintetizadas por BRESSER-PEREIRA (1991, p. 6):

Observe-se que as cinco primeiras reformas poderiam ser resumidas em uma: promover a estabilização da economia através do ajuste fiscal e da adoção de políticas econômicas ortodoxas em que o mercado desempenhe o papel fundamental. As cinco restantes são formas diferentes de afirmar que o Estado deveria ser fortemente reduzido. Esta lista de reformas é, portanto, perfeitamente coerente com o diagnóstico de que a crise latino-americana origina-se na indisciplina fiscal (populismo econômico) e no estatismo (protecionismo nacionalista).

Nada obstante a implementação da Reforma do Estado pela EC n. 19/98 e a submissão do Poder Judiciário aos Princípios Gerais da Administração Pública, essas alterações foram insuficientes para atender à demanda internacional por previsibilidade e eficiência na aplicação e interpretação das normas jurídicas. Assim, por meio da EC n. 45/2004, o Estado brasileiro se submeteu ao programa global de reforma do Judiciário, a que alude o Documento n. 319 do Banco Mundial (DAKOLIAS, 1996), implementando novos institutos jurídicos com vistas a promover o desenvolvimento do setor privado, por meio do aumento da eficiência dos tribunais e do julgamento de processos em tempo razoável.

A institucionalização explícita e literal do Princípio da Eficiência no ordenamento constitucional se deu num contexto de redefinição do papel do Estado, de adequação à lógica

neoliberal e de forte pressão para delegação de serviços públicos a particulares, privatização de empresas públicas e redução do tamanho da máquina estatal. Isso, todavia, não significa que a atuação da Administração Pública, a partir de então, será guiada por uma racionalidade típica de Estado Liberal nem que a eficiência somente será atingida com a implementação do Estado mínimo e a redução do alcance das políticas públicas prestacionais, em detrimento de importantes deveres impostos ao Estado pelo constituinte originário. Ao comentar sobre a desconfiança da doutrina jurídica quando da constitucionalização do Princípio da Eficiência, Gabardo (2017, p. 2) pontua que:

[...] a ideologia que possa tê-lo colocado na pauta política do Congresso Nacional não é relevante para a sua compreensão jurídica dogmática. O princípio da eficiência deve ser interpretado, portanto, no contexto sistemático de um constitucionalismo do Estado social, que recusa a hierarquia entre princípios e que não aceita dispositivos constitucionais sem força normativa direta. É assim que no geral ele tem sido compreendido pela doutrina – mediante a necessidade de uma interpretação conforme à Constituição.

De fato, sustentar que o princípio da eficiência seria o critério único de atuação da Administração Pública é olvidar que, antes de sua inclusão no *caput* do artigo 37 da Constituição, o constituinte originário já havia consagrado expressamente outros quatro princípios constitucionais administrativos: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade. Nesse contexto, embora seja certo que a ineficiência se constitua em violação à disciplina constitucional da função da Administração Pública, há de se destacar seu valor instrumental, da mesma maneira que os demais princípios da administração: “Nenhum princípio de direito administrativo tem valor substancial auto-suficiente. Integra-se com os demais princípios, não podendo sobrepor-se a eles ou infirmar-lhes a validade.” (MODESTO, 2014, p. 112).

Demais disso, como a Eficiência Administrativa foi introduzida por norma constitucional derivada, sua aplicação não pode atentar contra direitos e garantias individuais, sob pena de violação à cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, Constituição Federal de 1988 – CF/88). Outrossim, por consistir em Princípio Setorial, seu alcance e interpretação são condicionados pelos princípios constitucionais fundamentais, previstos nos artigos 1º a 4º da CF/88. Trata-se de normas conformadoras de todo o sistema constitucional positivo, destacando-se dentre aquelas que consagram valores igualdade e equidade: o fundamento da dignidade da pessoa humana e os objetivos de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem quaisquer outras formas de discriminação.

Por conseguinte, tendo em vista o disposto nos artigos 1º, 3º e mesmo no artigo 170, tem-se que a Constituição Federal definiu um “modelo econômico de bem-estar” (GRAU, 2006, p. 47), conformador da aplicação do Princípio da Eficiência. De outra parte, a sua interpretação será guiada por cânones próprios, especialmente pela unidade da Constituição e pela concordância prática, de forma que na hipótese de “incompatibilidade entre a eficiência econômica e certos valores fundamentais, deverá adotar-se a solução que preserve ao máximo todos os valores em conflito, mesmo que tal implique a redução da eficiência econômica.” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 223).

Importante, ainda, fazer uma reflexão jurídica acerca do conteúdo de seu enunciado normativo. Inicialmente, embora nominado pelo Constituinte Derivado como “Princípio”, a espécie normativa escolhida parece não ser a mais adequada. Com efeito, pode-se dizer que a eficiência funciona como critério de aplicação de outras normas, uma metanorma portanto. Adota-se, nesta senda, a distinção proposta por Humberto Ávila (2005, p. 9) entre princípios e postulados, explicitada na seguinte passagem:

[...] os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.

Nesse contexto, como o dever de Eficiência não estatui, por si mesmo, a realização de um fim, pois “estrutura o modo como a administração deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue” (ÁVILA, 2005, p. 19), deve ser classificado na espécie normativa “Postulado”. Ainda segundo Humberto Ávila (2005, p. 23-24), a atuação administrativa eficiente pode ser definida como aquela:

[...] que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa. O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim.

Realizado esse aporte teórico-metodológico da agenda de pesquisa da Análise Econômica do Direito, torna-se oportuna a incursão na principal consequência da Economia globalizada no Direito do Trabalho, que é a desregulamentação/flexibilização das normas de proteção do trabalho, cujo resultado mais recente foi a edição da Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017).

1.4 Das consequências da Economia no Direito do Trabalho: flexibilização e desregulamentação

O Direito do Trabalho é produto do capitalismo, destinando-se à condução (sob o aspecto jurídico) do conflito decorrente do sistema de produção capitalista, de acordo com valores políticos vigentes, com vistas a conservar as relações sociais em dado momento histórico. As características da proteção, imperatividade e indisponibilidade compõem o núcleo essencial do Direito do Trabalho clássico, apoiado em princípios de caráter universal, sem os quais não se poderia cogitar da autonomia desse ramo jurídico.

De fato, a preocupação com a igualdade substancial entre os contratantes e a implementação de sistema de equiparação de forças promovido juridicamente, com regras protetivas e presunções em prol da parte mais fraca, é que diferencia o Direito do Trabalho como ramo autônomo, de modo que, “sem a ideia protetiva-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.” (DELGADO, M., 2013, p. 78).

Em se tratando de um produto histórico, o Direito do Trabalho e seus princípios informadores foram concebidos com vistas a regular a sociedade moderna e seu sistema de produção industrial, em direção a certa estabilidade nas relações trabalhistas. Como explicam Teixeira e Barroso (2009, p. 58):

Por certo que os princípios do Direito do Trabalho foram pensados para uma realidade produtiva que proporcionou uma certa uniformidade das relações de trabalho. A realidade industrial moderna, em que se tinha como relação ordinária a prestação de serviços dos obreiros em determinado lugar, geralmente fixo e a um específico tomador de serviços, com salários e jornadas estabelecidas em decorrência desta certa conjunção de fatores relativamente uniformes na execução das tarefas pelos trabalhadores e pela administração das atividades produtivas pelos donos do negócio.

Assim como o Direito do Trabalho surgiu como resposta a um momento de crise social causada pelo liberalismo, seu condicionamento histórico é inegável. Por estar mais perto da realidade social, esse ramo do direito é mais intensamente afetado pelas modificações nos campos político, social e econômico (ROMITA, 2003, p. 56). Tendo despontado numa época

de intenso crescimento econômico, a normatização do Direito do Trabalho e sua formulação teórica, especialmente a construção de seus princípios clássicos, foi pensada em um ambiente de expansão econômica, promovendo, assim, a redistribuição de recursos (LOPEZ, 2001, p. 37).

A flexibilização trabalhista é apresentada, assim, como adaptação necessária da disciplina às mudanças no modelo de produção atualmente vivenciadas. Entretanto, por constituir exceção ao princípio da imperatividade das normas de proteção do trabalho, sua utilização sem parâmetros bem delineados pode implicar em desmantelamento do sistema de proteção do trabalho ou desnaturação do próprio Direito do Trabalho.

É importante tecer algumas considerações sobre fenômeno próximo, denominado desregulamentação. Embora existam doutrinadores que considerem esta última expressão como uma espécie de flexibilização (heterônoma), a doutrina trata esses institutos como distintos. Pela desregulamentação há uma retirada do sistema de proteção do Estado quanto à determinada matéria, o que cria uma situação de anomia a ser regulada pela autonomia privada (individual ou coletiva). Há um afastamento da intervenção heteronormativa, em sintonia com a ideia de Estado mínimo (DELGADO, G., 2015, p. 172-173). Os limites (e até mesmo a existência) dos direitos que foram desregulamentados seriam fixados pelos próprios sujeitos da relação ou pelos entes coletivos de representação.

Já a flexibilização, por seu turno, supõe uma regulação estatal mínima, abaixo da qual as partes não podem negociar. Por se constituir em exceção ao princípio da imperatividade das normas de proteção do trabalho, foi inicialmente pensada como medida temporária de adaptação do Direito do Trabalho a situações conjunturais relevantes (como crises econômicas). Lapidares as palavras de Arnaldo Süssekind (2005, v. 1, p. 206):

Com a flexibilização, os sistemas legais prevêm fórmulas opcionais ou flexíveis de estipulação de condições de trabalho, seja pelos instrumentos da negociação coletiva, ou pelos contratos individuais de trabalho, seja pelos próprios empresários. Por conseguinte: a) amplia o espaço para a complementação ou suplementação do ordenamento legal; b) permite a adaptação de normas cogentes a peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais; c) admite derrogações de condições anteriormente ajustadas, para adaptá-las a situações conjunturais, métodos de trabalho ou implementação de nova tecnologia.

Uma circunstância muito associada à flexibilização é a mundialização da economia. De fato, a globalização se revela pela internacionalização de mercados, restrição às barreiras comerciais, fortalecimento dos conglomerados econômicos, diminuição da soberania dos Estados Nacionais e reorganização do espaço produtivo, com fragmentação das atividades

econômicas em diferentes territórios e permanente possibilidade de deslocamento dessas atividades de um país para outro (DEZALAY; TRUBEK, 2015, p. 29-30).

Essa globalização econômica ao mesmo tempo que se sustentou em um direito que ultrapassa as fronteiras do Estado nacional, acabou introduzindo essa lógica da *Lex Mercatoria* no direito interno dos Estados, relativizando a autonomia e soberania nacionais. Como explica Faria (2015, p. 11):

Por um lado, o Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seus poderes de intervenção, controle, direção e indução. Por outro lado, ele é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais acabam sendo obrigados a levar em conta o contexto econômico-financeiro internacional, para saber o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas.

Desse modo, o próprio Direito se caracterizaria como mais um produto em concorrência no mercado mundial, estando igualmente submetido à “seleção natural das ordens jurídicas mais adaptadas à exigência do rendimento financeiro. Ao invés de a livre concorrência ser baseada no Direito, é o Direito que deveria ser baseado na livre concorrência” (SUPIOT, 2014, p. 58). Trata-se de verdadeiro mercado internacional de normas (*law shopping*), em que países seriam avaliados de acordo com o Relatório *Doing Business* do Banco Mundial (2004-2020), conforme indicadores estatísticos da inflexibilidade dos direitos trabalhistas, dentre os quais: dificuldades para contratar, demitir, excesso de direitos, salário-mínimo considerado elevado, dentre outros.

Em outras palavras, os países que consagram um sistema de proteção social mais progressista são penalizados no *Ranking*, sendo pressionados a reduzir o padrão de proteção para atrair mais investimento estrangeiro (SUPIOT, 2014, p. 60). Dessa forma, pode-se dizer que essa padronização normativa seria uma imposição da ordem internacional, contra a qual o Estado nacional não teria muita capacidade para resistir, findando por acatar o modelo de flexibilidade normativa.

Quanto aos modos por meio dos quais ela se manifesta, Márcio T. Viana (apud OLIVEIRA, 2010, p. 148) descreve as várias formas verbais pelas quais a flexibilização da legislação do trabalho se apresenta. Assim, pode-se conjugar o verbo flexibilizar ao **desregulamentar** uma matéria antes tratada pela legislação trabalhista, como o direito às horas *in itinere*, suprimidas pela Lei n. 13.467/2017; ao **regulamentar** uma matéria de forma contrária ao Direito do Trabalho ordinário, como no caso do Transportador Autônomo de Cargas da Lei n. 11.442/2007, em que se estabeleceu uma presunção absoluta de que as relações

regidas por essa lei em nenhuma hipótese caracterizam vínculo de emprego; e ao **negociar** coletivamente *in pejus* em temas que anteriormente isso não era permitido, como a redução do intervalo intrajornada mínimo (artigo 611-A, III, CLT, com a redação conferida pela Lei n. 13.467/2017).

Também se flexibiliza, ainda segundo o mencionado doutrinador, ao **omitir** o legislador ordinário, por mais de 30 anos, a obrigação imposta pelo Poder Constituinte de editar lei para regular o direito fundamental à relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária (art. 7, I, CF/88); ao **interpretar** a legislação trabalhista, mormente quando a decisão possui efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, como no caso do acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF)²⁶ que reconheceu a possibilidade de terceirização irrestrita de serviços; e ao **fiscalizar** observando prioritariamente o critério da dupla visita, quer na vigência da MP n. 905/2019, quando a regra da autuação vinculada passou a ser exceção, quer após a consolidação das normas infralegais pelo Decreto n. 10.854/2021, quando a fiscalização passou a ter caráter meramente de instrução dos responsáveis (Art. 627, “a”, CLT), em face da extensão das matérias alcançadas pelas alterações na norma regulamentar.

Deve-se falar, ainda, da flexibilidade decorrente do **não cumprimento da legislação**, que é considerada como uma condição intrínseca ao próprio regime da CLT. Com efeito, desde a consolidação da legislação trabalhista percebe-se que o sistema não foi projetado para ser efetivo. Como explica o historiador norte-americano John French (2001, p. 16), sempre existiu um abismo entre a realidade da lei e a prática dos locais de trabalho, com o descumprimento reiterado dos direitos trabalhistas. Na verdade, a legislação trabalhista nunca foi inteiramente aplicada no Brasil e essa condição não pode ser vista como um vício externo ao sistema. Isto é, a divergência entre o direito objetivo e o direito de fato aplicado sempre fez parte da dinâmica das relações de trabalho no Brasil, porquanto para o legislador das décadas de 1930/1940: “as visionárias e mesmo utópicas promessas das leis poderiam ser toleradas precisamente porque elas nunca pretenderam ser ‘reais’.” (FRENCH, 2001, p. 10 e 39).

Em geral, o instituto em comento é avaliado negativamente pela doutrina trabalhista. Com efeito, argumenta-se que a legislação nacional já teria um nível adequado de flexibilidade, razão pela qual ampliar sua escala representaria prejuízo aos trabalhadores, redução de conquistas e retrocesso social (ROMITA, 2008, p. 31). Sua finalidade seria a externalização dos custos de produção da empresa para os trabalhadores e para o Estado, motivo

²⁶ ADPF 324/DF, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 06 set. 2019 (BRASIL, 2019f).

pelo qual “flexibilizar quer dizer: mercantilizar a força de trabalho em benefício do capital com a menor intervenção estatal.” (BARROSO, F., 2009, p.62).

Para os economistas estudiosos do mercado de trabalho brasileiro, todavia, o excesso de regulamentação poderia prejudicar o livre funcionamento do mercado. Haveria mais do que o estabelecimento de parâmetros mínimos de contratação, mas sim uma hipertrofia de direitos individuais trabalhistas, além de uma rigidez decorrente de sua constitucionalização, limitando a capacidade de negociação entre empregados e empregadores sobre questões específicas de seus contratos (MACHADO, C., 2020, p. 29-30).

Partindo da premissa de que salário e quantidade de emprego são preços para o mercado de trabalho e que devem se submeter às curvas da oferta e da procura, os economistas apresentam alguns exemplos de regulamentação trabalhista que, segundo sustentam, produziriam efeitos nocivos ao mercado de trabalho. Em primeiro lugar, o FGTS induziria o empregado com vários anos de contrato, e razoável montante de depósitos realizados em sua conta vinculada, a diminuir seu empenho ao limite da desídia, a fim de forçar uma dispensa e sacar esses valores acrescidos de 40% (MACHADO, C., 2020, p. 45). De outra parte, o recebimento de seguro-desemprego por até 5 meses incentivaria um comportamento estratégico no sentido de que o trabalhador deixe de se recolocar no mercado ou opte pela informalidade para continuar recebendo o benefício (MACHADO, C., 2020, p. 50).

A citada autora sustenta, ainda, que a forte limitação da capacidade de negociação direta dos trabalhadores impede a consideração de certas situações particulares em que seria vantajoso à trabalhadora mulher, v.g., renunciar parcialmente aos 120 dias de licença maternidade em troca de manter a possibilidade de ascensão profissional. O mesmo se diga em relação aos trabalhadores menos qualificados, que poderiam conservar um emprego formal se lhes fosse permitido aceitar salário inferior ao mínimo legal (MACHADO, C., 2020, p. 30).

Haveria, assim, uma inadequação entre as normas constantes da CLT de 1943, de forte cunho intervencionista, e as necessidades do sistema capitalista posteriores à crise do petróleo da década de 1970, quando a reprodução do capital passou a se concentrar no aumento da produtividade e na redução dos custos trabalhistas.

O raciocínio econômico acima descrito evidencia que a flexibilização sem limites tende à desregulamentação, isto é, à ausência de normas estatais regendo às relações de trabalho. Cuida-se de pensamento que rejeita as lutas e a conscientização “da importância do trabalho prestado em condições de dignidade, como contraponto à exploração da força de trabalho humana” (DELGADO, G., 2015, p.27). Trata-se de subversão do próprio sistema de proteção trabalhista, que pode “conduzir ao desaparecimento do Direito do Trabalho ou, quando

menos, a uma redução quantitativa de seus dispositivos protetores de tanta magnitude que supera o qualitativo.” (BARBAGELATA, 1996, p. 144).

Por outro lado, não se pode olvidar que, ao mesmo tempo em que se constituem como principais instrumentos de universalização dos Direitos Humanos Sociais, as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) apresentam inúmeras fórmulas de flexibilidade, conforme destaca Plá Rodriguez (2015, p. 78), como quando atrelam a aplicação das normas internacionais ratificadas a situações particulares dos Estados Membros, por meio de expressões como “na medida do possível” e “na medida do necessário”.

Nessa toada, é importante estabelecer um ponto de equilíbrio entre a necessidade de adaptação da disciplina e as garantais consagradas pelo sistema internacional de proteção das relações de trabalho. Assim, torna-se indispensável o delineamento dos limites à flexibilização dos direitos trabalhistas.

Inicialmente cabe afastar a tese de que não seria possível qualquer hipótese de flexibilização em face da consagração do Princípio da Proteção e da vedação do retrocesso social. É que o Direito do Trabalho não tem como função apenas a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, pois também visa facilitar o funcionamento da economia e conservar o regime social estabelecido (PÉREZ, 1996, p. 26), o que já foi objeto de discussão supra.

Não se admite a descaracterização do Direito do Trabalho por meio da desregulamentação pura e simples de suas normas tutelares, haja vista a submissão das democracias ocidentais ao sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos Sociais, que representa um obstáculo jurídico intransponível à flexibilidade absoluta (BARBAGELATA, 1996, p. 145).

Considerando a ligação existente entre os Direitos Humanos, denominada de interdependência, as normas que garantem a proteção do salário, o limite de jornada, o descanso anual, a redução dos riscos inerentes ao trabalho ou a proibição de discriminação estão assegurando concomitantemente o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à dignidade. Trata-se de constatação que se amolda inteiramente ao disposto na Declaração de Viena e Programa de Ação de 1993 (RODRIGUES JR., 2015), em que a Conferência Mundial sobre Direitos do Homem reconheceu expressamente que os Direitos Humanos são regidos pelos princípios da universalidade, da indivisibilidade, da interdependência e da interrelação, competindo aos Estados promover e proteger todos os Direitos Humanos, os quais devem ser considerados globalmente, de forma justa e equitativa e com igual ênfase, pela comunidade internacional (artigo 5).

Ademais, do cotejo entre importantes textos internacionais, sobressai a relevância da dignidade inerente a todos os membros da família humana e que constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH). A Declaração de Viena de 1993, por seu turno, deixa claro “que todos os direitos do homem derivam da dignidade e do valor inerente à pessoa humana, e que a pessoa humana é o tema central dos direitos do homem e das liberdades fundamentais” (RODRIGUES JR., 2015). É nesse contexto de Direito ao Trabalho com dignidade que deve ser entendida a expressão consagrada na Declaração da Filadélfia de que “o trabalho não é uma mercadoria” (OIT, 2015), máxima que resume o significado e alcance da ordem pública trabalhista.

Por conseguinte, a flexibilização deve respeitar todo o arcabouço jurídico internacional construído em torno do trabalho com dignidade, especialmente a agenda de trabalho decente proposta pela OIT e o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 8, trabalho decente e crescimento econômico, da Organização das Nações Unidas (ONU, 2015). Nos termos da agenda 2030 de desenvolvimento sustentável da ONU (2015), o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável está vinculado à proteção dos direitos trabalhistas e à promoção de ambientes de trabalho seguros e do trabalho decente (ODS 8).

Por seu turno, o conceito de trabalho decente foi cunhado pela OIT em 1999 e corresponde ao ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: 1) respeito aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho previstos na Declaração da OIT de 1998 (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil); 2) a promoção do emprego produtivo e de qualidade; 3) a ampliação da proteção social; e 4) o fortalecimento do diálogo social (OIT, [2006]).

Dessa forma, os direitos mínimos garantidos aos trabalhadores por meio de normas internacionais de Direitos Humanos, que asseguram a sua dignidade e integram o conceito estabelecido pela OIT de trabalho decente, são indisponíveis e irrenunciáveis, não podendo ser objeto de flexibilização, ainda que adaptativa.

Nesse contexto, constituem limites intransponíveis à flexibilização, entre outros: proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores (Declaração da Filadélfia, Art. III, g); salário vital (Declaração da Filadélfia, III, d); direito à remuneração equitativa e satisfatória, que permita ao trabalhador e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, (DUDH, art. 23.3); fundar e se filiar a sindicato (DUDH, art. 23.4 e Convenção 87 da OIT); direito ao repouso e lazer, com limitação razoável da duração de trabalho e férias periódicas pagas (DUDH, art. 24); direito de negociação coletiva (Convenção 98 da OIT); eliminação de

todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (Convenção 29 e 105 da OIT); abolição efetiva do trabalho infantil (Convenção 138 e 182 da OIT); e eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (Convenção 100 e 111 da OIT). Trata-se de Declarações Internacionais e de Convenções²⁷ que se aplicam independentemente de ratificação.

Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil apresentam conteúdo infenso à flexibilização trabalhista, podendo ser citados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), Pacto de San José da Costa Rica e as demais Convenções da OIT, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro. Estas, por versarem sobre Direitos Humanos Sociais, são classificadas como Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, possuindo *status* supralegal nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 5º da CF/88, consoante jurisprudência do STF²⁸.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, admite de forma expressa a flexibilização em relação a três matérias: redução de salário, compensação de horários e ampliação da jornada especial do trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento (artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV). A interpretação que a doutrina e jurisprudência trabalhistas majoritárias vinham fazendo, desde a promulgação da Carta de Outubro de 1988, era no sentido de que essas hipóteses excepcionais em que permitida a negociação coletiva *in pejus* de direitos trabalhistas teriam aplicação estrita, até mesmo em virtude da redação do *caput* do referido artigo 7º, que consagra o princípio da norma mais favorável e da melhoria da condição social dos trabalhadores²⁹.

Entretanto, por meio da interpretação conferida pela jurisprudência do STF, as matérias passíveis de flexibilização via negociação coletiva foram bastante ampliadas. Com efeito, a partir dos julgamentos do RE 590415/SC e do RE 895759/PE AgR-segundo (ambos com efeito vinculante), ocorridos nos anos de 2015 e 2016, iniciou-se a uma profunda revisão de conteúdo do Direito do Trabalho, sem que houvesse mudança no texto constitucional ou mesmo na legislação ordinária da época.

No julgamento do caso BESC (RE 590415/SC), ficou assentado que a Constituição prestigiou a autonomia coletiva da vontade, cabendo aos trabalhadores contribuir para a formação das normas que regerão suas próprias vidas, e que o intérprete deve rever o conteúdo das normas infraconstitucionais à luz desse princípio. Já na decisão do RE 895759/PE AgR-

²⁷ Cf. estatui o artigo 2º da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (OIT, 1998).

²⁸ Cf. decidido no RE 466343/SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 05 jun. 2009 (2009b).

²⁹ Por todos vide o denso estudo realizado por Mauro A. Menezes (2003).

segundo, partiu-se do pressuposto de que, como autorizada expressamente a prevalência da norma coletiva que verse sobre salário e jornada, as verbas que se relacionem diretamente com estas matérias (como é o caso das horas *in itinere*) também são passíveis de transação via negociação coletiva. Essa mudança de direção empreendida pela Corte Suprema foi bastante criticada pela doutrina trabalhista, *in verbis*:

[...] as decisões acabam por legitimar uma reforma trabalhista e no caso em particular, implementa a desregulamentação, quando as normas de ordem pública presentes na CLT passam a ser passíveis de não aplicação, desde que compensada esta situação por outros institutos presentes na norma coletiva. (BARROSO, F., 2016, v. 1, p. 15-49).

As decisões posteriores do STF foram se afastando cada vez mais do núcleo essencial do Direito do Trabalho, até que nos julgamentos da ADPF 324/DF e do RE 635546/MG, ocorridos respectivamente nos anos de 2018 e 2021, o guardião da Constituição deixou claro que a flexibilização dos direitos trabalhistas era uma necessidade do capital e que não haveria limites rigorosos em relação a seu alcance.

Os argumentos utilizados pelo STF no julgamento desse 2º caso induzem a naturalização da discriminação remuneratória entre trabalhadores que desempenham as mesmas funções no mesmo local de trabalho, ao arrepio das normas internacionais de Direitos Humanos e do inciso XXXII do artigo 7º da Constituição. Oportuna a transcrição da seguinte passagem do acórdão:

Exigir que os valores de remuneração sejam os mesmos entre empregados da tomadora de serviço e empregados da contratada significa, por via transversa, retirar do agente econômico a opção pela terceirização para fins de redução de custos (ou, ainda, incentivá-lo a não ter qualquer trabalhador permanente desempenhando a mesma atividade). Trata-se, portanto, de entendimento que esvazia o instituto da terceirização (ou que amplia desnecessariamente seu uso). E limita injustificadamente as escolhas do agente econômico sobre a forma de estruturar a sua produção. (RE 635546/MG, Relator para acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento 29 mar. 2021, DJe 19 maio 2021 – p. 15).

Acontece que o tipo de flexibilização admitida pelo Supremo e pelo Legislador Reformista, sem limites precisos, não é compatível com o sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos trabalhistas. Isso porque, desde a Declaração da Filadélfia de 1944, restou consagrado como princípio orientador do Direito do Trabalho a máxima: “o trabalho não é uma mercadoria”. Dessa forma, a flexibilização que tenha como objetivo único a redução dos custos de mão de obra mediante o rebaixamento das condições de trabalho, como no caso da terceirização irrestrita, acaba por transformar o trabalhador em objeto de barganha.

A jurisprudência do STF e o texto da reforma trabalhista, portanto, estão na contramão do esforço empreendido por toda a comunidade internacional para promoção do trabalho decente (OIT) e do desenvolvimento sustentável (agenda 2030 da ONU), bem como da Declaração da Filadélfia, a qual harmoniza a continuidade do sistema capitalista com o princípio da justiça social. Nas palavras de Alain Supiot (2014, p. 105):

Intitulada Declaração relativa *aos fins e objetivos* da OIT, ela considera o Direito não só como um sistema de regras que não se deve transgredir, mas também como um conjunto de fins a atingir. O “fim principal de qualquer política nacional e internacional” é a realização do direito de todos os seres humanos de “perseguir seu progresso material e seu desenvolvimento espiritual na liberdade e na dignidade, na segurança econômica e com chances iguais” (D.F., art. II, a).

Por conseguinte, nada obstante as decisões proferidas pelo STF e as alterações promovidas na CLT pelo Legislador de 2017, há de se reconhecer que a flexibilização dos direitos trabalhistas encontra limites intransponíveis no sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos – agenda de trabalho decente da OIT e agenda 2030 da ONU –, tendo como orientação interpretativa o Espírito da Filadélfia e sua máxima “o trabalho não é uma mercadoria”. Em outras palavras, a fixação de parâmetros para a flexibilização deve sempre levar em consideração a dignidade da pessoa humana do trabalhador. A intervenção estatal, na hipótese, mostra-se absolutamente necessária:

No mundo do ser, o trabalho pode revelar em si o valor da dignidade (apesar de a história do mundo ocidental demonstrar, muitas vezes, exatamente o contrário). Não obstante, a forma mais eficiente de viabilização do trabalho digno se dá por meio da regulamentação jurídica. (DELGADO, G., 2015, p.27).

A adaptabilidade do Direito do Trabalho é necessária e importante para acomodar as mudanças sociais e os avanços tecnológicos que sempre acompanham o sistema de produção. Os princípios do Direito do Trabalho, erigidos na modernidade, não são imutáveis e devem acompanhar a evolução dos tempos. Assim, embora a aplicação dos princípios clássicos do Direito do Trabalho, tais como a irredutibilidade salarial, a irrenunciabilidade de direitos e inalterabilidade contratual lesiva (bem assim a melhoria das condições de trabalho), venha sofrendo reformulação e restrição de alcance, a flexibilização deve respeitar todo o arcabouço jurídico internacional construído em torno do trabalho com dignidade, que representa um obstáculo jurídico intransponível à flexibilidade absoluta.

Antes de encerrar esta sessão, é importante destacar que a flexibilização do direito material do trabalho pode se dar por meio da edição de normas processuais, com vistas a

dificultar a efetividade dos direitos trabalhistas. Isso pode ocorrer pela desjudicialização dos conflitos trabalhistas, como no caso da arbitragem ou do termo de quitação anual, ou pela restrição do acesso do trabalhador ao Judiciário Trabalhista, como na hipótese de encarecimento do custo de demandar e no enrijecimento dos requisitos para a concessão do benefício da justiça gratuita. Nesse sentido, ao tratar especificamente do processo de extrajudicialização dos conflitos do trabalho, F. Barroso (2010c, p. 67-68) esclarece que:

[...] a intenção do Estado é a de evitar a efetividade das normas de Direito material do Trabalho, uma vez que a Justiça especializada do Trabalho, historicamente é um instrumento de ratificação da cidadania do trabalhador, quando o empregador não respeita a legislação do trabalho. Complementarmente, o não conhecimento dos conflitos de trabalho pelo Judiciário, acaba por flexibilizar de forma reflexiva o ordenamento trabalhista, uma vez que as instâncias extrajudiciais não possuem a característica de fazer valer o Direito e sim de conciliar, abaixo do mínimo previsto na própria lei.

Em realidade, a flexibilização trabalhista de caráter instrumental é ainda mais abrangente que aquela proposta por segmentos da doutrina, acolhida pela jurisprudência do STF ou mesmo positivada pela Reforma Trabalhista. É que em todas essas hipóteses há o reconhecimento de um patamar mínimo de direitos, dotado de indisponibilidade absoluta, cujo conteúdo é inegociável. Esses limites encontram-se previstos, por exemplo, na Constituição Federal e no artigo 611-B da CLT, incluído pela Reforma Trabalhista, que traz um rol com “pretensão de taxativo” das matérias de indisponibilidade absoluta, tais como normas de segurança e higiene, gozo de férias anuais, valor nominal do 13º salário, entre outros.

Entretanto, as alternativas à jurisdição especial trabalhista, que se impõe ao trabalhador em virtude dos novos obstáculos econômicos criados ao acesso à justiça pela Reforma Trabalhista e do fomento à conciliação prévia ou à arbitragem, apenas “servem como instrumentos de flexibilização da legislação do trabalho, ao proporcionar a utilização do Direito levado ao conhecimento do árbitro ou à mesa de conciliação, como um Direito patrimonial disponível, justamente o que o Direito Ordinário do Trabalho não é.” (BARROSO, F., 2010b, p. 52). Disso resulta que, ao ser impedido de fazer valer seus direitos fundamentais sociais perante a jurisdição especial trabalhista, o trabalhador acaba renunciando à proteção garantida na CLT e na Constituição Federal, inclusive às normas de indisponibilidade absoluta.

Em outras palavras, ainda que a autonomia privada coletiva esteja impedida de dispor sobre renúncia à garantia de emprego da gestante, dispensa de recolhimento dos depósitos do FGTS ou pagamento de salário inferior ao valor do salário-mínimo (cf. Art. 611-

B, CLT), não haverá como assegurar a indisponibilidade absoluta desses direitos se o empregado estiver economicamente impossibilitado de exigir perante o Judiciário Trabalhista a observância das normas jurídicas violadas pelo empregador. Afinal, como argutamente pontou Dinamarco (2008, p. 334-335): “quem não vier a juízo ou não puder fazê-lo renunciará àquilo que aspira”.

Desse modo, a flexibilização trabalhista de caráter instrumental, decorrente da limitação ao acesso da justiça do trabalhador, pode ser considerada como forma de flexibilização ainda mais agressiva que a admitida pela jurisprudência do *Pretorio Excelso* ou que a prevista no texto reformado da CLT, pois é passível de alcançar direitos de indisponibilidade absoluta.

2 Análise crítica do discurso e análise dogmática da Reforma Trabalhista no que se refere acesso à justiça do trabalhador

2.1 A situação do acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho

2.1.1 A tradicional facilidade de acesso como resultado da instrumentalidade e especialização próprias do processo do trabalho

O direito material do trabalho surgiu da necessidade de o Estado tutelar a relação jurídica em que uma das partes detinha superioridade de poder em relação à outra, o que resultava, na prática, na imposição do conteúdo das regras contratuais trabalhistas pelo tomador dos serviços, de forma unilateral.

No Brasil, o Direito do Trabalho se consolidou sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, o qual do mesmo modo que a legislação que lhe sucedeu (Código Buzaid) tinha nítido caráter formalista, tecnicista e individualista, pouco preocupado com a efetividade do direito material. Consoante análise histórica da doutrina:

O Código Buzaid, dado o neutralismo científico que propunha, acabou disciplinando o processo civil tendo presente dados sociais da Europa do final do século XIX. As relações sociais e as situações jurídico-materiais pressupostas eram as relações do homem do Código Civil de 1916, de CLÓVIS BEVILÁQUA, não por acaso, sendo considerado um Código Civil tipicamente Oitocentista. Não pode causar espanto, o fato de o Código Buzaid ser considerado, em suas linhas gerais, *individualista, patrimonialista* e dominado pela ideologia *da liberdade tendenciosamente irrestrita* e da *segurança jurídica como defesa da manutenção do status quo*, pensado a partir da ideia de *dano* e preordenado a prestar tão somente uma *tutela repressiva* aos direitos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, v. 1, p. 602).

Nesse contexto, verificou-se a inaptidão do processo civil comum para disciplinar a tutela dos direitos trabalhistas, mormente considerando seu distanciamento da realidade social brasileira. Com efeito, o direito processual é o trilho por onde caminham as regras de direito material, de modo que – embora se reconheça autonomia disciplinar do direito instrumental – a relação entre esses ramos do direito é forte, necessária e condicionante. Destaca a doutrina:

A natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. (BEDAQUE, 2006, p. 17).

Quando da edição da Consolidação das Leis do Trabalho, houve uma preocupação com a formulação de normas processuais próprias. É que o Direito Processual do Trabalho está umbilicalmente ligado ao direito material a que visa tutelar, devendo ser orientado por seus princípios básicos, inclusive pelo Princípio da Proteção. Como bem percebido por Luciano Athayde Chaves (2012, p. 64):

[...] do ponto de vista histórico-normativo, a própria Consolidação das Leis do Trabalho não pretendeu romper por completo com o processo comum ou mesmo dispor, de maneira autônoma, sobre o processo trabalhista. Sua razão de existir se prende a uma condição histórica, de criar condições processuais mais adequadas e favoráveis à realização e concretização, do ponto de vista da jurisdição, de um direito subjetivo especial, de caráter social e de natureza essencialmente alimentar, portanto urgente.

Naquele momento, o processo comum era mais formalista e profundamente individualista. Esta era a ideologia que orientou a sua construção. Em razão disso, não seria possível à recém-criada Justiça do Trabalho valer-se de um processo comum que não atendia às características sociais do Direito do Trabalho.

Nesse contexto, a carga ideológica inerente ao direito material do trabalho, que lhe garante autonomia em relação ao direito civil, também produz efeitos no direito processual trabalhista. Assim, a estrutura do processo do trabalho foi elaborada de forma a compensar as desigualdades decorrentes da própria condição social do trabalhador, tão enfatizadas no direito material, e que necessariamente o acompanham quando está em juízo (TEIXEIRA FILHO, 2009, v. 1, p. 91). Corolário disso é sua indubitável caracterização como procedimento informado pela oralidade, expressão que indica um complexo de ideias e caracteres que modelam um procedimento informal, simples, próximo do jurisdicionado e célere. Consoante anota Délio Maranhão (SÜSSEKIND *et al.*, 2005, v. 2, p. 1425), com o apoio em Chiovenda, os princípios que representam o ideal da oralidade são:

1º) prevalência como meio de expressão combinada com o uso de meios escritos de preparação e documentação; 2º) imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deve apreciar; 3º) identidade da pessoa física do juiz durante a condução da causa; 4º) concentração do conhecimento da causa em um único período (debate), a desenvolver-se numa só audiência ou em audiências contínuas; 5º) irrecorribilidade das decisões interlocutórias antes da sentença final.

A legislação trabalhista consagrou expressamente todos esses princípios: 1) a prevalência da palavra sobre a escrita é percebida pela possibilidade de reclamação verbal (Art. 840, § 2º, CLT), defesa oral (art. 847, CLT) e prolação da sentença em audiência (art. 850, CLT); 2) a imediatidade está prevista nos Arts. 843, 845 e 848, CLT; 3) a identidade física do juiz pode ser extraída da dispensabilidade de redução a termo dos depoimentos (Art. 851, § 1º,

CLT e Art. 2º, § 3º, Lei n. 5.584/70); 4) a concentração de diversos atos processuais em uma única audiência (Arts. 849 e 852-C, CLT); e 5) a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias (art. 893, § 1º, CLT).

A par dessas regras que visam dar maior celeridade à demanda em que se discute verbas de natureza alimentar, houve a transposição para as regras instrumentais do valor da correção da desigualdade, o que se dá mediante um arcabouço normativo de inspiração protetiva. Fruto do Princípio da Isonomia em sua vertente material, o Princípio da Proteção no processo decorre da observação fática de que a parte economicamente mais forte na relação de direito substancial também trará à disputa judicial sua superioridade técnica, econômica e de poder. Daí a necessidade da correção desse desequilíbrio também na via instrumental, como destacado por Mauro Schiavi (2012, p. 101).

Por conta disso, o processo do trabalho sempre foi regido por normas que visavam facilitar o acesso ao Judiciário pelo trabalhador hipossuficiente, como o pagamento das custas ao final (como regra), a ausência de sucumbência recíproca, a responsabilização da União pelos custos dos honorários periciais em caso de derrota do beneficiário da justiça gratuita, o *jus postulandi* das partes e a inexistência de honorários de sucumbência (em regra), salvo em favor do trabalhador e desde que houvesse insuficiência econômica e representação pelo sindicato da categoria (Art. 16 da Lei n. 5.584/70). Daí porque o acesso facilitado do trabalhador à justiça é considerado a essência do direito processual do trabalho, o que o torna diferente em relação ao processo comum, característica evidenciada tanto na admissão em juízo, quanto no decorrer do processo. Essa circunstância não passou despercebida por Delgado e Delgado (2017, p. 47):

Nessa linha, sendo o Direito Individual do Trabalho um campo jurídico que busca concretizar os diversos princípios constitucionais humanísticos e sociais no mundo laborativo, inclusive o princípio da igualdade em sentido material, torna-se lógico e natural que o Direito Processual do Trabalho ostente regras e princípios que visem garantir, realmente, o amplo acesso à justiça à pessoa humana trabalhadora e lhe assegurar, no plano processual, condições de efetiva igualdade material, reequilibrando a lancinante desigualdade que existe entre as partes trabalhistas no plano concreto da vida socioeconômica e laborativa.

De fato, o princípio do acesso à justiça pode ser considerado uma somatória das principais garantias processuais – tais como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, ingresso em juízo e igualdade entre as partes – direcionado ao propósito de pacificar os conflitos com justiça, alcançando uma ordem jurídica justa (DINAMARCO, 2008, p. 361-362). Nesse sentido é que se fala em acesso à justiça como o direito a ter direitos, como:

[...] um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. (SANTOS, 1986, p. 18).

Essa ênfase no acesso fica mais evidente em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, que em regra demandam prestações positivas do Estado para se tornarem efetivos. Muitas vezes se verifica um conflito de racionalidades entre o processo comum, que segue uma lógica liberal, e o processo do trabalho, de ordem social. Isso porque a ideologia que informa o direito civil se irradia para o direito processual, de modo que o processo civil comum segue essa mesma racionalidade liberal civilista. Daí a advertência de Souto Maior e Severo (2015, p. 8): “Estudar o processo do trabalho a partir dessa razão é desconsiderar a própria razão de afastar o direito do trabalho do direito civil, negando vida concreta aos direitos trabalhistas.”

De outra parte, a lógica social se reflete no processo do trabalho quando se constata que o “verdadeiro motivo de sua existência é fazer atuar, sem perda de conteúdo, o direito material” (TEIXEIRA FILHO, 2009, v. 1, p. 92), o que significa dizer que a efetividade do Direito do Trabalho depende muito da maneira como o processo do trabalho está estruturado e de como ele é aplicado pelos Tribunais. Ora, o empregador exerce um poder privado, que lhe possibilita o exercício de autotutela em diversas situações no desenrolar da relação de emprego (Poder Diretivo, Poder Disciplinar), de modo que o tomador do trabalho não precisa da tutela jurisdicional para a satisfação de seus interesses. Ao passo que o empregado, todavia, somente consegue fazer valer seus direitos trabalhistas desrespeitados pela via do processo do trabalho, pois lhe é vedada a autotutela (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2015, p. 9).

Disso decorre que o Estado não se desincumbe de sua obrigação de assegurar direitos sociais mínimos aos trabalhadores simplesmente positivando-os, pela sua mera enunciação na legislação. É imprescindível uma conduta mais ativa do Estado, que garanta a efetiva proteção do direito, como bem observado por Teixeira (2007, p. 149):

É necessário proporcionar a concretização de tais direitos. Se a norma não foi observada espontaneamente, é dever do Estado impor a sua observância coercitivamente, quando devidamente provocado [...] Inclusive e especialmente quando ocorre o descumprimento das normas imperativas do modelo de proteção à relação de emprego.

Tem se percebido, todavia, uma mudança de direcionamento nas prioridades do sistema judicial, inclusive no segmento trabalhista, que agora estão centradas na eficiência e na gestão de processos, ocasionando uma redefinição no conceito de acesso à justiça, tema objeto da próxima seção infra.

2.1.2 Mudanças no conceito de acesso à justiça e suas repercussões

Violada a integridade da ordem jurídica e sendo vedada a autotutela na imensa maioria dos casos, só resta ao titular de um interesse jurídico violado postular ao Estado que substitua a atuação do devedor, restaurando a ordem jurídica. O Estado assume, assim, o dever de prestar a jurisdição, garantia constitucional que se extrai do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, segundo o qual: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Esse compromisso assumido pelo constituinte originário foi reafirmado no ano de 2009 pelos chefes dos Três Poderes, por meio do II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo. Visando o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça, o referido documento ressalta a necessidade de fortalecimento da proteção aos direitos humanos, da efetividade da prestação jurisdicional e do acesso universal à Justiça (BRASIL, 2009a). Esse último, inclusive, é afirmado como um dos objetivos principais estabelecidos no Pacto. Com vistas a alcançar os aludidos objetivos, foram assumidos compromissos institucionais no sentido de democratizar o acesso à justiça e de fortalecer e estimular a resolução consensual de conflitos, com o fito de aumentar a pacificação social e diminuir a judicialização (BRASIL, 2009a).

Nesse contexto, pode-se dizer que o II Pacto Republicano de Estado, ao mesmo tempo que mostra a preocupação com o acesso dos necessitados e com a resolução extrajudicial de conflitos por meios autocompositivos, proclama a universalidade do acesso à justiça como objetivo a ser alcançado (BRASIL, 2009a). Há, por assim dizer, um condicionamento à interpretação do Art. 5º, XXXV, da CF/88 que possa restringir o acesso universal à justiça, quer limitando a facilitação do acesso a certas pessoas, quer induzindo a solução compulsória de conflitos de interesses pela via extrajudicial.

A inafastabilidade da jurisdição também se justifica em razão das frustrações e decepções decorrentes da permanência de um conflito de interesses sem resolução, que prejudicam a integridade do tecido social. Essas frustrações podem se acumular no seio da sociedade, materializando-se sob a forma de litigiosidade contida ou de procura reprimida. Esta última corresponde à designação de Boaventura de Sousa Santos (2014) relacionada a uma ausência social artificialmente construída. Após posicioná-la ao lado das procuras efetiva e potencial, o autor português explica que a procura suprimida:

É a procura daqueles cidadãos que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados. Não é a filantropia, nem a caridade das organizações não governamentais que procuram; apenas reivindicam os seus direitos. Ficam totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial, sempre que contactam com as autoridades, que os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias etc. Esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura invisibilizada. Para reconhecer a sua presença, precisamos daquilo que noutros trabalhos tenho designado por uma sociologia das ausências. (SANTOS, 2014, p. 23).

Por seu turno, ao tratar da litigiosidade contida, explica Watanabe (2019, p. 11) que a resolução dos conflitos de interesse pelo Estado não é a regra, de modo que a solução é encontrada dentro de próprio tecido social, pelos próprios contendores ou mesmo por pessoa que goze de respeitabilidade social, como um líder comunitário ou um pastor. Essas formas de pacificação dos conflitos, via outros sistemas sociais, perderam bastante espaço em decorrência da maior complexidade social, concentrando-se no Judiciário a solução dos conflitos de interesse. Nada obstante isso, o aparelho estatal não foi capaz de absorver e pacificar toda essa litigiosidade, de modo a se formar um grupo de:

[...] conflitos que ficam completamente sem solução, muitas vezes até pela renúncia total do direito pelo prejudicado. É o que podemos denominar de “litigiosidade contida”, fenômeno extremamente perigoso, para a estabilidade social, pois é um ingrediente a mais na “panela de pressão” social, que já está demonstrando sinais de deterioração do seu sistema de resistência[...] (WATANABE, 2019, p. 12).

Essa visão redistributiva do acesso à justiça, decorrente de importantes trabalhos desenvolvidos por autores do porte de M. Cappelletti e B. Garth, Boaventura de S. Santos e K. Watanabe e que por muito tempo guiou as discussões acadêmicas, cedeu lugar para um acesso retributivo, caracterizado por critérios racionalista, eficientista e gerencial. Nesse contexto, a Emenda Constitucional n. 45/2004 funcionou como verdadeiro divisor de águas no pertinente à questão do acesso à justiça no Brasil, quando as pautas inclusivas, redistributivas e democratizantes foram perdendo espaço. O discurso da Reforma do Judiciário, embora ainda se referisse formalmente ao tema, trazia uma nova agenda, com ênfase no gerenciamento processual, nas decisões de cúpula vinculantes aos demais órgãos do Judiciário, no combate à incerteza causada pela jurisprudência lotérica e à explosão da litigiosidade, tidas como violadoras da razoável duração do processo e do próprio acesso à justiça (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019).

Houve assim a apropriação do discurso do acesso à justiça com vistas a promover a adaptação do sistema de justiça às exigências do mercado global, especialmente aquelas

constantes do Documento n. 319 do Banco Mundial (DAKOLIAS, 1996). O texto ressalta o atual estado de crise do Judiciário na América Latina, apresentando como objetivos da reforma do Judiciário: i) aumento da eficiência com vistas a promoção do desenvolvimento do setor privado; ii) implementação de um tempo razoável de julgamento; iii) bom funcionamento como sinônimo de previsibilidade na interpretação e aplicação das leis e nos resultados dos processos; iv) adoção dos padrões internacionais de interpretação e aplicação das leis nacionais; v) acessibilidade das Cortes à população em geral, inclusive aos mais pobres; e vi) efetiva garantia do direito de propriedade (DAKOLIAS, 1996).

O Brasil acabou incorporando essas diretrizes da ordem econômica mundial. Com efeito, a Nota Técnica n. 35/2003 do Banco Central ressalta a influência negativa da morosidade do sistema judicial sobre o mercado de crédito no Brasil, apresentando um conjunto de medidas para minimizar os riscos jurídicos. O mencionado documento sustenta que um Judiciário “ineficaz ou pró-devedor estimula a inadimplência e inibe a atividade creditícia, induzindo as instituições financeiras a maior rigor na seleção de seus clientes e pressionando o prêmio de risco exigido do conjunto de tomadores.” (FACHADA; FIGUEIREDO; LUNDBERG, 2003, p. 16).

Nota-se, portanto, que o conceito de acesso à justiça foi tão ampliado que passou a ser adotado como fundamento de medidas que, em verdade, contrariam sua concepção original. Com efeito, o discurso atualmente empregado pela Análise Econômica da Litigância (AEL), e mesmo por alguns setores da dogmática jurídica, é no sentido de que as facilidades de acesso ao Poder Judiciário, em especial a justiça gratuita, estariam induzindo comportamento oportunista e abusivos nos litigantes, o que estaria por trás da explosão do número de processos no Judiciário. É o que Pignaneli (2018, p. 32) denomina de Paradoxo do Acesso à Justiça.

Esse discurso hegemônico no sentido de que o acesso facilitado e irrestrito ao Judiciário seria o principal causador da explosão de litigância é passível de questionamentos, especialmente considerando o segmento da Justiça do Trabalho. Em primeiro lugar, a gratuidade de justiça afasta apenas parcialmente o obstáculo econômico, na medida em que o autor ainda incorrerá em custos não cobertos pelo benefício, como deslocamentos até o fórum, perda dos dias de trabalho (e da remuneração correspondente) nos dias em que tiver de comparecer em juízo³⁰, despesas com produção de provas, diárias das testemunhas, adiantamento de parte dos honorários advocatícios contratuais, entre outros.

³⁰ A maior parte da classe que vive do trabalho não faz jus à garantia do recebimento de salário pelo tempo que se fizer necessário ao comparecimento em juízo, assegurada aos empregados formais (Art. 473, VIII, CLT).

Ademais, os custos de litigar são proporcionalmente maiores nas causas de pequena monta e continuam a se acumular enquanto o processo tramita por anos. Dito isso, mesmo o ajuizamento de lides temerárias importaria em dispêndio de recursos³¹, que somente “retornariam” ao litigante improbo como “vantagem indevida” após vários anos de tramitação processual. Isso significa que a esmagadora maioria da população brasileira sequer teria renda suficiente para “investir” em litigância frívola, de modo que os milhões de processos que abarrotam o Judiciário não seriam resultado, a princípio, de suposta litigância promovida por gigantesco contingente de beneficiários da justiça gratuita.

De outra parte, por não ser a insuficiência de recursos o único obstáculo encontrado por aquele que procura seus direitos, a concessão da gratuidade para demandar não afastará outros fatores de discriminação social no acesso à justiça. Após discutir os resultados apresentados por investigações empíricas em sociologia da administração da justiça, Boaventura de Sousa Santos (1986, p. 21-22) vaticina:

O conjunto destes estudos revelou que a discriminação social no acesso à justiça é um fenómeno muito mais complexo do que à primeira vista pode parecer, já que, para além das condicionantes económicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar.

Num país em que grande parcela da população possui nível de instrução até o ensino fundamental completo³², a falta de reconhecimento de seus próprios direitos representa uma grande dificuldade em buscar a devida reparação, além da natural aversão de comparecer em juízo, onde o cidadão mais simples se depara com suntuosas instalações físicas, burocracia esmagadora e ambiente extremamente protocolar, que se reflete desde a linguagem pouco inclusiva até o usos das vestes talares (SANTOS, 2014). Some-se a isso a condição de dependência em que vive a maior parte da população e em especial a classe trabalhadora, que

³¹ Admitida a referida tese apenas de forma hipotética, independentemente de se concordar com ela, tem-se que a “estratégia” apontada pela AEL como “o comportamento padrão” de milhões de litigantes eventuais exigiria que os beneficiários da justiça gratuita dispusessem de uma reserva financeira para custear algumas despesas iniciais, como a contratação de advogado particular (ainda que limitada à pequena fração dos honorários contratuais), a produção de prova documental para dar aparência de veracidade aos fatos alegados na causa, as despesas com deslocamento, etc.

³² Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) 2019, tendo em vista o grupo etário que poderia ter concluído o processo regular de escolarização (pessoas com 25 anos ou mais de idade): 6,4% não têm instrução; 32,2% possuem o ensino fundamental incompleto; e 8,0% têm o ensino fundamental completo; totalizando 46,6% dessa população. Levando-se em consideração que a educação básica obrigatória corresponde à conclusão do ensino médio, tem-se que mais da metade dos adultos (51,2%) não concluíram essa etapa básica e obrigatória da educação escolar (IBGE, 2020).

produz um receio no acionante de ser futuramente prejudicado em face da apresentação de sua queixa em juízo.

Ora, como imputar ao litigante eventual a responsabilidade pela grande quantidade de processos, se os cidadãos têm enorme dificuldade para reconhecer seus direitos e hesitam em demandar em juízo com medo das possíveis consequências negativas dessa decisão³³? Por outro lado, como o Estado proíbe as vias de fato e a autotutela somente é conferida com certa amplitude ao empregador, a única alternativa do empregado é buscar a via judicial quando seus direitos são violados. O dilema é apresentado por Sadek (2004, p. 86) nos seguintes termos:

O desconhecimento dos direitos, por um lado, e a percepção de uma justiça vista como cara e lenta, de outro, afastam dos tribunais a maior parte da população. Daí afirmar-se que a grande massa só procura a justiça estatal quando não há outra alternativa. Nestas circunstâncias, não se trataria de uma utilização voluntária, para a efetivação de direitos, mas compulsória.

Não bastassem os argumentos acima levantados contra a tese de que a gratuidade de justiça seria a vilã da crise do Judiciário, o discurso ora contestado parte do pressuposto de que o acúmulo de processos decorreria do excesso de litigiosidade na sociedade e da grande oferta à população de acesso à justiça, quando na verdade esse acesso se concentra em uns poucos litigantes:

Ainda que milhões de demandas tramitem no Judiciário Brasileiro, com o aumento crescente da taxa de congestionamento, sabe-se que esse volume de demandas não significa necessariamente um maior acesso da população ao judiciário e à justiça, havendo uma concentração de demandas entre os grandes litigantes públicos e privados, dentre os quais se destacam os órgãos da Administração Pública e as Instituições Financeiras. Acesso ao Judiciário, portanto, nem sempre é sinônimo de acesso à justiça. (GABBAY, 2016, p. 88).

Trata-se de aspecto solenemente omitido no discurso em torno da busca de eficiência pelo Poder Judiciário, que prega a necessidade de restrição do acesso geral – denominado de “irresponsável” – como única forma de poder assegurar o acesso à justiça daqueles que realmente precisam de subsídio estatal para poder pleitear seus direitos em juízo. De fato, as sucessivas reformas legislativas têm incrementado os filtros de acesso à justiça, bem como o contingente populacional excluído do serviço judiciário, ocultando completamente que “o aumento do número de demandas não decorre de um aumento do acesso à justiça, dado que

³³ Colocação do nome do ex-empregado em lista de trabalhadores com demandas trabalhistas, popularmente conhecida como “lista suja”, o que impediria a recolocação no mercado de trabalho.

poucos e repetidos litigantes são os que mais acessam a justiça.” (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 167).

Na próxima seção, a temática pertinente ao crescente volume de demandas no Poder Judiciário será examinado à luz de uma nova abordagem, na qual é problematizada a relação entre o acesso à justiça e a litigância repetitiva.

2.1.3 Litigância habitual e seus impactos sobre o acesso à justiça

O discurso hegemônico sobre litigância serve assim para obscurecer o fenômeno da litigância habitual e repetitiva, que assume no Brasil os seguintes contornos: a) presença de um grande litigante habitual em um dos polos da ação; b) participação no outro polo da demanda de um litigante eventual, pouco familiarizado com a atuação em juízo; c) controvérsia em torno de uma mesma tese jurídica; e d) grande quantidade de ações em que essa mesma tese é discutida (GABBAY, 2016, p. 92). O cenário descrito revela profunda disparidade entre duas classes de litigante: “de um lado, os que litigam em demasia, os que conhecem quais são seus direitos e sabem como demandá-los e, por outro, os que sequer conhecem e não reclamam seus direitos” (SADEK, 2014, p. 60), mas quando o fazem levam grande desvantagem comparativa.

Essa percepção foi que levou Marc Galanter em 1974, em inovador trabalho intitulado *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*³⁴, a olhar pelo outro lado do telescópio, de modo a focar nas partes, suas diferenças e a maneira como interagem com o sistema de justiça. Do ponto de vista das condições de litigância, o autor divide as partes do processo em *Repeat Players* (RP), unidade maior, cujas apostas em qualquer caso são menores (comparativamente com o valor em jogo no processo); e *One-Shotters* (OS), unidade menor e que, dependendo do resultado tangível do processo, terá apostas comparativamente altas ou o valor da demanda absorvido pelos custos do processo (GALANTER, 1974, p. 97). Conhecidos no Brasil como Litigantes Habituais e Litigantes Eventuais, cada uma dessas categorias é assim pormenorizada pelo autor:

Because of differences in their size, differences in the state of the law, and differences in their resources, some of the actors in the society have many occasions to utilize the courts (in the broad sense) to make (or defend) claims; others do so only rarely. We might divide our actors into those claimants who have only occasional recourse to the courts (one-shotters or OS) and repeat players (RP) who are engaged in many similar litigations over time.

³⁴ Tradução livre do autor: “Porque ‘aqueles que têm’ saem na frente: especulações acerca dos limites das mudanças legais.”

[...]

Let us refine our notion of the RP into an “ideal type” if you will—a unit which has had and anticipates repeated litigation, which has low stakes in the outcome of any one case, and which has the resources to pursue its long-run interests [...] An OS, on the other hand, is a unit whose claims are too large (relative to his size) or too small (relative to the cost of remedies) to be managed routinely and rationally.³⁵ (GALANTER, 1974, p. 97-98).

Os Litigantes Habituais têm diversas vantagens comparativas em relação aos Litigantes Eventuais, como bem apontado por Galanter (1974, p. 98-99), destacando-se três: 1) como possuem prévia experiência, têm capacidade de estruturar a transação futura e construir um registro histórico; 2) por terem acesso a especialistas, desenvolvem uma *expertise* no assunto, além da economia de escala; 3) tendo uma reputação de negociador a zelar, acabam fixando compromissos acerca de suas posições e limites de barganha, o que não ocorre com os *One-Shotters*, que encontram mais dificuldades em negociar de forma mais consistente.

A par dessas, o referido autor também identifica outras: 4) como os litigantes habituais têm uma longa série de casos, eles não estão preocupados em minimizar a probabilidade de perda daquele processo individual em disputa (ao contrário do litigante eventual), podendo assim apostar mais alto e correr mais riscos pensando em maximizar seus ganhos no total dos casos; 5) podem despender recursos para influenciar a modificação das regras jurídicas de direito material que lhes sejam desfavoráveis, por meio de lobby; e 6) igualmente têm capacidade para alterar as regras de direito processual, não para o caso em disputa, mas para os futuros, até porque tudo que puder favorecer o resultado das futuras ações vale à pena (GALANTER, 1974, p. 100).

Dentre os *Repeat Players* (RP) no Brasil destacam-se os denominados grandes litigantes, pertencentes ao grupo dos 100 maiores demandantes do Poder Judiciário, seja integrando o polo ativo seja o polo passivo das demandas. Nos anos de 2010 e 2011, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou importantes estudos acerca desses principais litigantes, com detalhado relatório indicando quem são essas pessoas jurídicas, qual o ramo de atuação, que posição ocupam na relação processual, qual o percentual de processos de cada em relação ao

³⁵ Tradução livre do autor: “Por causa das diferenças de tamanho, de estado do direito e de recursos, alguns atores sociais têm muitas ocasiões para utilizar os tribunais (no sentido amplo) para ajuizar (ou se defender de) reclamações; enquanto outros fazem isso apenas raramente. Podemos dividir esses atores entre aqueles que recorrem aos tribunais apenas ocasionalmente (litigantes eventuais ou LE) e aqueles litigantes habituais (LH), que se envolvem em vários litígios similares ao longo do tempo.

[...]

Permitam-nos refinar nossa noção de LH em um “tipo ideal”, se você preferir—uma unidade que já teve e antecipa a litigância repetitiva, que corre poucos riscos com o resultado de qualquer caso, e que possui recursos para perseguir seus interesses de longo prazo [...] Um LE, por outro lado, é uma unidade cujas demandas são muito amplas (em relação a seu tamanho) ou muito pequenas (em relação ao custo do processo) para serem administradas rotineira e racionalmente.”

total de novos processos. Contudo, o relatório “100 Maiores Litigantes” foi encerrado em sua segunda edição (BRASIL, 2011a, 2012a).

Ora, como já observado por Galanter, os litigantes habituais gozam de facilidades institucionais e possuem capacidade para influenciar na estrutura do direito material e do direito processual, e até mesmo do próprio Judiciário, de modo a ampliar as vantagens que já possuem. Desse modo, considerando o prejuízo à imagem das sociedades empresárias que tiveram seus nomes incluídos no estudo realizado pelo CNJ, é de se concluir que esse grupo tenha atuado com sucesso pressionando o CNJ a deixar de editar o supracitado relatório.

É esse mesmo tipo de interferência que põe em destaque um discurso centrado na urgente necessidade de se combater a litigância formulada por diversos demandantes individuais, ao mesmo tempo que oculta o fato de que tais demandas são propostas em face de litigantes habituais, os principais “clientes” do sistema de justiça. Note-se que a Reforma do Judiciário de 2004, apontada como um divisor de águas no tocante à perda da função redistributiva do acesso à justiça, foi fortemente influenciada pelo discurso econômico, tendo agasalhado as recomendações do Programa Global de Reforma do Judiciário, constantes do Documento n. 319 do Banco Mundial (DAKOLIAS, 1996).

Tendo em vista o resultado final de diversos textos normativos, bastante favorável a esse grupo de interesses, há de se concordar que as reformas processuais posteriores continuaram sob a esfera de influência político-econômica dos litigantes habituais. Nesse sentido é a conclusão de Asperti *et al.* (2019, p. 26):

It is reasonable to speculate that this latter set of reforms aimed at dealing with repeated litigation will benefit even more the “haves”, who already are coming ahead in Brazilian courts. Current Brazilian institutional and legal reforms have been influenced by repeat players and are most likely to accentuate their advantages, especially regarding the possibility to achieve favorable binding rulings in repeated cases.³⁶

Assim, os grandes litigantes estão estruturados de modo a obter a maior vantagem do desenho institucional do sistema de justiça brasileiro, o que se verifica pela adoção dos seguintes métodos: utilização de largos contingentes de advogados, organizados em firmas segundo o modelo fordista de produção, para prestação de serviços jurídicos em quantidade, com fraca qualidade e baixos preços; seleção e divisão dos processos segundo o custo-benefício,

³⁶ Tradução livre do autor: “É razoável especular que este último conjunto de reformas destinadas a lidar com litígios repetidos beneficiará ainda mais aqueles que “têm”, os quais já saem na frente nos tribunais brasileiros. As atuais reformas institucionais e legais brasileiras têm sido influenciadas por litigantes habituais e provavelmente acentuarão suas vantagens, especialmente no que diz respeito à possibilidade de obter decisões vinculativas favoráveis em casos repetitivos.”

de modo a buscar a conciliação nos processos em que há poucas chances de êxito da demanda e a continuar com a tramitação processual até as últimas instâncias nos demais casos; contratação de pareceristas e de advogados de renome, com fácil circulação nos tribunais superiores, com o fim de defender suas posições nos casos paradigmáticos, cuja decisão constituirá precedente obrigatório no futuro, e de influenciar a comunidade jurídica como um todo sobre o acerto das teses por eles defendidas (ASPERTI *et al.*, 2019, p. 22).

Essa análise revela que os litigantes repetitivos adotam como padrão comportamento oportunista e abusivo, muitas vezes sustentando posições jurídicas que sabem não ter reais chances de sucesso nas Cortes, apenas para barganhar no valor de um acordo ou para postergar o cumprimento da obrigação devida. Essa litigância abusiva é repetida em larga escala, resultando em gastos públicos e privados (da parte adversa) que são externalizados para toda a sociedade. No lado oposto da relação processual, há geralmente uma pessoa física, que nunca ingressou em juízo (ou o fez pouquíssimas vezes) e que, nada obstante todos os obstáculos, procurou a justiça por não haver outro modo eficaz de solucionar seu problema jurídico. Esse quadro é sintetizado com precisão por Sadek (2004, p. 86):

Resumidamente, pode-se sustentar que o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: *demandas de menos e demandas de mais*. Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada.

Assim, uma nova agenda de pesquisa³⁷ vem para confrontar a afirmação repetida à exaustão de que o acesso irrestrito à justiça por parte dos litigantes eventuais seria o responsável pela crise do Judiciário, colocando em seu lugar a seguinte indagação: quem realmente está usando em excesso os serviços judiciários e consumindo os recursos escasso do Poder Judiciário? Colocada a questão nesses termos, a resposta a essa pergunta deve levar em conta a situação privilegiada de certo grupo de interesses, que concentra de forma excessiva a utilização do serviço judiciário e ainda usufrui de subsídios estatais para demandar em juízo³⁸, transferindo externalidades para toda a sociedade.

³⁷ Cf. Gabbay (2016).

³⁸ Nesse aspecto a intuição é que somente o beneficiário da justiça gratuita teria seu processo subsidiado. Acontece que de acordo com os dados do Justiça em Números (BRASIL, 2017b, 2018a, 2019b, 2020a, 2021a), a arrecadação do Poder Judiciário corresponde a apenas um percentual do custo para operacionalizar a prestação do serviço adjudicatório. Essa diferença entre receita e despesa do Poder Judiciário corresponde ao subsídio estatal que é conferido a todos os processos judiciais, independentemente das necessidades dos litigantes.

De tudo o que foi exposto, embora seja possível teorizar em abstrato justificativas para a crise numérica do Judiciário, não parece crível que milhões de litigantes eventuais – com dificuldades reais de ordem econômica, social e cultural para conhecerem seus direitos e reivindicá-los em juízo – utilizem o Judiciário de forma irresponsável e abusiva. Por outro lado, parece mais aceitável que a denunciada crise numérica decorra do uso estratégico em larga escala do sistema adjudicatório por grandes sociedades empresárias que figuram como parte (ativa ou passiva) em expressiva quantidade de processos e são estruturadas para obter as maiores vantagens possíveis do atual sistema de justiça. Em outras palavras, são os litigantes habituais os maiores beneficiados e os verdadeiros responsáveis pela situação atual de sobreutilização e morosidade do Poder Judiciário.

2.2 Análise Crítica do Discurso em torno da Reforma Trabalhista de 2017

2.2.1 Ideologia e ocultação das relações de poder por meio de operadores argumentativos, estratégias de construção simbólica e modos de operação da ideologia

Como visto, o direito está funcionalmente relacionado com o modo de produção capitalista, visando à conservação dos padrões atuais de organização da vida social. Desse modo, o direito condiciona, mas também é condicionado, pelos fatores econômicos, políticos e culturais dominantes em dada sociedade (FARIA, 1988, p. 163). Essa conexão entre o modo de produção capitalista e as formas de dominação social é mediada pela propagação de interpretações ideologicamente comprometidas dos fenômenos socioeconômicos e de como seria a regulação jurídica ideal.

Nesse contexto, sobressai a existência de um elo entre dominação, ideologia e discurso jurídico, na medida em que “o discurso jurídico institui e perpetua o domínio ideológico, a par de sua funcionalização operacional para o sistema dominante” (SUDATTI, 2007, p. 14). De fato, o fenômeno jurídico “participa como modelo de implementação institucionalizada da dominação econômica” (BARROSO, F., 2005, p. 24), ao organizar a divisão do trabalho social e a forma de apropriação do produto desse trabalho, ao mesmo tempo em que dá legitimidade às relações de dominação perante a sociedade (PASSOS, 2003, p. 46).

O discurso constante do parecer legislativo ao projeto de lei da Reforma Trabalhista, objeto de análise nesta seção 2.2, tem por fim justificar perante a classe dominada a continuidade do projeto neoliberal de flexibilização e remoção das cláusulas sociais. Como forma de adequação do Direito Estatal às prescrições globais e ao neoliberalismo jurídico,

promove-se a saída do Estado de suas funções clássicas, como a prestação de serviços públicos (por meio de delegação), a atividade legiferante (por meio da flexibilização trabalhista via negociação coletiva) e a atividade jurisdicional (através da extrajudicialização dos conflitos trabalhistas) (BARROSO, F., 2010a, p. 58-59).

A justificativa formal apresentada às alterações promovidas pelo legislador reformador se fundamenta na necessidade de modernização da legislação material do trabalho, de aumento da competitividade no mercado internacional, de diminuição da taxa de desemprego, de combate ao excesso de litigância (no campo processual) e de redução da insegurança jurídica para empregador. O confronto entre as razões do parecer ao projeto de lei e o texto legislativo resultante possibilitará que se descortine as relações de poder subjacentes à superfície textual, bem assim a existência ou não de função retórica latente, contrária ao sentido jurídico manifesto da norma.

Isto posto, o discurso apresentado parece superestimar a função do agir instrumental da legislação, como meio adequado para o atingimento dos fins traçados pelo legislador. Isso porque a edição de uma nova lei, por si só, não tem o condão de resolver os complexos problemas sociais que despontam no mundo do trabalho, especialmente a geração de emprego. Como explica Neves (2011, p. 39), “é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos [...]”. Por outro lado, aparentemente há predominância do agir simbólico da legislação, não prevalecendo o sentido imediato e manifesto do discurso parlamentar, mas sim um sentido conotativo, mediato e latente (NEVES, 2011, p. 22).

De outra parte, ainda que a Reforma Trabalhista tenha deixado de produzir todos os efeitos socialmente almejados pelo legislador, sua eficácia social é inquestionável, não sendo possível seu enquadramento no conceito de legislação simbólica, a qual “serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico” (NEVES, 2011, p. 30). Pouco importa que se verifique ou não o atingimento do programa finalístico orientador do processo legislativo, pois conforme destaca Neves (2011, p. 51):

A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando que a relação hipotético-abstrata “se-então” da “norma primária” e da “norma secundária” (programa condicional) não se concretiza regularmente. Não é suficiente a não realização do vínculo instrumental “meio-fim” que resulta abstratamente do texto legal (programa finalístico) para que venha discutir-se sobre a função hipertroficamente simbólica de uma lei. Sendo eficaz, ou seja, regularmente observada, aplicada, executada ou usada (concretização normativa do texto legal), embora inefetiva (não realização dos fins), não cabe falar de legislação simbólica.

Cumprе ressaltar que é por meio do discurso que o homem procura direcionar ou desviar o interlocutor do caminho de determinada conclusão, é por essa atividade comunicativa dotada de intencionalidade que se procura influenciar o comportamento humano ou a forma como os outros pensam (KOCH, 2011, p. 17). É preciso ter em consideração que não existe discurso neutro ou ingênuo, na medida em que essa própria ideia de objetividade se constitui em uma ideologia, isto é, todo e qualquer discurso traz consigo uma ideologia, considerada em seu sentido amplo (KOCH, 2011, p. 17).

O termo discurso é aqui adotado no sentido de utilização da linguagem como prática social, isto é, como um agir sobre o mundo e sobre os outros, como constituinte (molde) da estrutura social e, finalmente, como resultado de restrições impostas pelas próprias estruturas sociais (FAIRCLOUGH, 2001, p. 91). Essa ligação permanente entre linguagem e práticas sociais acaba assegurando a sua utilização para construir e sustentar diferenças de poder na sociedade, constituindo o propósito da agenda de pesquisa da Análise Crítica do Discurso (ACD) estudar “como as formas lingüísticas são usadas em várias expressões e manipulações do poder” (WODAK, 2004, p. 237). A ACD, ou análise de discurso crítica como prefere Izabel Magalhães (2005, p. 3), tem por objeto o estudo de “textos e eventos em diversas práticas sociais, propondo uma teoria e um método para descrever, interpretar e explicar a linguagem no contexto sociohistórico.”

É dentro desse contexto que a Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ) tem como “fulcro a abordagem das relações específicas – internas e recíprocas – entre linguagem, direito e sociedade” (COLARES; COSTA, 2018, p. 37). Trata-se de nomenclatura adotada desde o ano 2000, quando foi criado o Grupo de Pesquisa “Linguagem e Direito”, na Plataforma Lattes do CNPq, além de nomear a disciplina oferecida pela Profa. Dra. Virgínia Colares no Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, desde sua criação, no ano de 2005 (COLARES, 2014, p. 121).

O objetivo desta seção 2.2 é a análise crítica do discurso contido no parecer do relator da Comissão Especial, proferido durante a tramitação do Projeto de Lei n. 6.787/2016 na Câmara dos Deputados, que deu ensejo a Lei n. 13.467/2017. Devido à grande extensão do documento, fez-se um recorte do texto no tocante ao tema abordado, trazendo-se apenas trechos relevantes ao objetivo da pesquisa, divididos em 05 excertos, que digam respeito aos requisitos para a concessão dos benefícios da justiça gratuita. A análise do *corpus* deste trabalho recorrerá a algumas das várias estratégias de construção simbólica, especialmente aos operadores argumentativos, à intertextualidade e aos modos gerais de operação da ideologia.

Os marcadores argumentativos constituem-se em elementos linguísticos com a função de revelar a força dos enunciados, orientando a direção para a qual apontam (KOCH, 2011, p. 61). Foram visualizados no texto **operadores argumentativos indicadores de:** assunto, contraposição, conjunção (soma), conclusão, exclusão, temporalidade, negação e corroboração

Por seu turno, o texto remete a outros textos com vistas a evocar a memória discursiva do leitor. É o que se denomina de intertextualidade, assim conceituada: “Intertextualidade é basicamente a propriedade que têm os textos de ser cheios de fragmentos de outros textos, que podem ser delimitados explicitamente ou mesclados e que o texto pode assimilar, contradizer, ecoar ironicamente, e assim por diante.” (FAIRCLOUGH, 2001, p. 114).

Não se pode perder de vista que um dos objetivos da Análise Crítica do Discurso (ACD) é trazer à tona as ideologias por trás da superfície textual, desnudando o discurso (WODAK, 2004, p. 236). Para atingir tal desiderato, parte-se do conceito de modos gerais de operação da ideologia proposto por Thompson (2011, p. 79) e de seu conceito de ideologia, vazado nos seguintes termos:

[...] maneiras como o sentido, mobilizado pelas formas simbólicas, serve para *estabelecer e sustentar* relações de dominação: estabelecer, querendo significar que o sentido pode criar ativamente e instituir relações de dominação; sustentar, querendo significar que o sentido pode servir para manter e reproduzir relações de dominação através de um contínuo processo de produção e recepção de formas simbólicas.

O quadro abaixo, extraído de artigo de autoria de Colares (2014, p. 130), reproduz tabela com os cinco modos gerais de operação da ideologia e algumas das estratégias típicas de construção simbólica, acrescida de explicações dadas pelo próprio John B. Thompson.

Quadro 1 Modos de operação da ideologia

MODOS GERAIS	ESTRATÉGIAS TÍPICAS DE CONSTRUÇÃO SIMBÓLICA
LEGITIMAÇÃO Relações de dominação são representadas como legítimas.	<i>Racionalização:</i> uma cadeia de raciocínio procura justificar um conjunto de relações. <i>Universalização:</i> interesses específicos são apresentados como interesses gerais. <i>Narrativização:</i> exigências de legitimação inseridas em histórias do passado que legitimam o presente.

DISSIMULAÇÃO Relações de dominação são ocultadas, negadas ou obscurecidas.	<i>Deslocamento</i> : deslocamento contextual de termos e expressões. <i>Eufemização</i> : valoração positiva de instituições, ações ou relações. <i>Tropo</i> : sinédoque, metonímia, metáfora.
UNIFICAÇÃO Construção simbólica de identidade coletiva.	<i>Estandartização</i> : um referencial padrão proposto como fundamento partilhado. <i>Simbolização da unidade</i> : construção de símbolos de unidade e identificação coletiva.
FRAGMENTAÇÃO Segmentação de indivíduos e grupos que possam representar ameaça ao grupo dominante.	<i>Diferenciação</i> : ênfase em características que desunem e impedem a constituição de desafio efetivo. <i>Expurgo do outro</i> : construção simbólica de um inimigo.
REIFICAÇÃO Retratação de uma situação transitória como permanente e natural.	<i>Naturalização</i> : criação social e histórica tratada como acontecimento natural. <i>Eternalização</i> : fenômenos sócio-históricos apresentados como permanentes. <i>Nominalização/passivação</i> : concentração da atenção em certos temas em prejuízo de outros, com apagamento de atores e ações.

Fonte: Colares (2014, p. 130); Thompson (2011, p. 81).

Com base no aporte teórico-metodológico introduzido neste tópico, torna-se possível a realização de Análise Crítica do Discurso Jurídico do parecer ao Projeto de Lei n. 6.787/2016, que ao final resultou na Lei n. 13.467/2017, no pertinente à justificação das novas regras para concessão do benefício da justiça gratuita.

2.2.2 Análise Crítica do Discurso do parecer ao Projeto de Lei n. 6.787/2016, que resultou na Lei n. 13.467/2017

O documento jurídico que se analisa é o parecer do relator da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao substitutivo do Projeto de Lei n. 6.787/2016, de autoria do Deputado Rogério Marinho, cujo resultado do processo legislativo foi a Lei n. 13.467/2017, adotando-se o termo texto para se referir ao conjunto formado pela íntegra desse documento. O citado projeto de lei foi apresentado pelo Poder Executivo e propunha a alteração de 7 (sete) artigos da CLT e 8 (oito) da Lei n. 6.019/74, dispondo sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário. Ocorre que o Deputado Federal Rogério Marinho apresentou substitutivo ao projeto de lei envolvendo a inclusão, alteração e

modificação de mais de 200 (duzentos) dispositivos legais, levando-se em conta parágrafos, alíneas e incisos.

Essa modificação substancial foi formalmente justificada mediante extenso voto de autoria do referido deputado federal, sendo necessário um recorte no texto do parecer legislativo, trazendo-se apenas trechos relacionados ao ingresso em juízo pelo beneficiário da justiça gratuita. Nesse sentido, o excerto 01 encontra-se na parte inicial do voto, em segmento no qual o relator identifica a legislação trabalhista como responsável pelo excesso de demandas na Justiça do Trabalho. Já os excertos 02, 03, 04 e 05 tratam da análise realizada pelo Deputado Relator ao projeto de lei e às emendas apresentadas pelos parlamentares, especificamente quanto à redação proposta no substitutivo aos dispositivos contidos no artigo 790 da CLT.

-
1. No que tange ao excesso de processos tramitando na Justiça
 2. do Trabalho, é certo que muitos deles decorrem do descumprimento intencional
 3. da lei pelo empregador, mas não podemos desprezar uma grande quantidade
 4. que decorra do detalhamento acentuado das obrigações trabalhistas, em
 5. conjunto com regras processuais que estimulam o ingresso de ações e a
 6. interposição de infundáveis recursos, apesar dos esforços empreendidos pelo
 7. TST para redução do tempo de tramitação dos processos. Nas palavras do
 8. professor José Pastore, a legislação trabalhista “constitui um verdadeiro convite
 9. ao litígio”.
-

Excerto 01 (BRASIL, 2017a, p. 22)

O parecer legislativo sinaliza **narrativização**, apresentando demandas inseridas em histórias do passado que justificam e legitimam a apresentação do projeto de lei à deliberação da Câmara dos Deputados, com vistas a modificar a situação da legislação trabalhista.

O excerto 01 começa com um operador argumentativo de assunto “No que tange ao” (linha 1), que introduz o ponto a ser tratado nessa parte do parecer. Após, são utilizados dois operadores do eixo das condições da verdade “é certo que” (linha 2) e “mas” (linha 3), com vistas a realçar a contraposição de argumentos orientados para conclusões contrárias. Como explica Koch (2020, p. 69) “quando usamos **mas** introduzimos no discurso um argumento possível para uma conclusão e, logo em seguida, opomos um argumento decisivo para a conclusão contrária.”

Note-se que primeiro o relator reconhece que parcela do excesso de processos decorre do não cumprimento voluntário pelos empregadores da legislação, para em seguida apresentar a argumentação a qual adere, fazendo pender o prato da balança (para usar a metáfora de Ducrot) em favor da sua tese: a causa principal do problema é o detalhamento acentuado das obrigações trabalhistas, somada ao conjunto de regras processuais que estimulam a litigiosidade tanto no ingresso, quanto no prosseguimento das demandas.

Observa-se na superfície textual a utilização de alguns dos modos gerais de operação da ideologia apresentados por Thompson, dentre os quais a **unificação**. O locutor ao dizer “não podemos desprezar” (linha 3) sinaliza que sua preocupação deve ser compartilhada por toda a coletividade, havendo **simbolização da unidade** em que diferenças e divisões são suprimidas para sustentação de relações assimétricas de poder.

A estratégia da **dissimulação**, modo de operação da ideologia, é utilizada por meio do uso da figura de linguagem hipérbole, como se percebe em “interposição de infindáveis recursos” (linha 6). O exagero na adjetivação traz a atenção do leitor para o conhecido problema do gargalo na fase recursal trabalhista, aumentando a adesão do auditório à tese defendida. O interessante é que, embora reconhecido como causa de congestionamento processual na Justiça do Trabalho, não houve qualquer limitação à interposição de recursos no projeto de lei, pelo contrário, a lei reduziu as despesas recursais em vários casos³⁹, na contramão do que se apregoa em relação ao ingresso de ações trabalhistas. As relações de dominação são mascaradas, na medida em que há uma oneração nas reclamações trabalhistas (ajuizadas pelos empregados), mas há uma desoneração nos recursos interpostos pelos empregadores.

O excesso de processos é representado como um problema a ser resolvido, cujo engajamento em sua resolução é digno de apoio. O modo de operação da ideologia da **Legitimação** se faz presente pela cadeia de raciocínios apta a justificar e persuadir o auditório, coroada pela remissão direta a outro texto, intertextualidade, por meio de argumento de autoridade “Nas palavras do professor José Pastore” (linhas 8-9). O relator procura conferir maior grau de credibilidade a suas conclusões ao se reportar a uma fonte dotada de prestígio no meio acadêmico.

10. Art. 790

11. Um dos problemas relacionados ao excesso de demandas na
 12. Justiça do Trabalho é a falta de onerosidade para se ingressar com uma ação,
 13. com a ausência da sucumbência e o grande número de pedidos de justiça
 14. gratuita. Essa litigância sem risco acaba por estimular o ajuizamento de ação
 15. trabalhista.
-

Excerto 02 (BRASIL, 2017a, p. 67)

³⁹ CLT. Art. 899 [...]

§ 9º O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Após ser introduzido como um dos problemas mais preocupantes, o tema relativo ao ajuizamento de ações trabalhistas é agora retomado e desenvolvido. Os operadores textuais “com...e” (linha 13) somam argumentos em favor de uma mesma conclusão, qual seja, a falta de onerosidade, a ausência de sucumbência e o grande número de pedidos de justiça gratuita são dificuldades que precisam ser combatidas. O resultado da recorrência desses problemas é apresentado pelo articulador discursivo-argumentativo de conclusão “por” (linha 14), qual seja, o estímulo ao ajuizamento de ações trabalhistas.

O modo de operação da ideologia contemplado no excerto é a **reificação**, consistente no apagamento do outro, ofuscando o caráter sócio-histórico dos fenômenos. É escolhida uma forma nominal referencial em que partes do texto são resumidas, transformadas em um referente e encapsuladas em forma de rótulo que orienta em determinada conclusão (KOCH, 2020, p. 95). A expressão “essa litigância sem risco” (linha 14) promove a **nominalização**, resultando no ofuscamento dos trabalhadores que tiveram seus direitos trabalhistas descumpridos e ingressam com demandas no Judiciário, qualificando negativamente a busca pela restauração da ordem jurídica trabalhista e restabelecimento da cidadania desses trabalhadores.

O aspecto social decorrente da efetividade da legislação trabalhista (cujo atingimento de sua função pressupõe a observância de seu conteúdo) acaba sendo eclipsado. Isso porque não existe direito sem força e é por meio da reclamação trabalhista que o empregado faz valer a legislação de proteção do trabalho, quando o empregador se recusa a cumpri-la. Sem a possibilidade de se valer de uma ação judicial, a legislação se torna meramente simbólica.

16. A assistência jurídica integral e gratuita é um direito

17. assegurado constitucionalmente, porém o texto da Constituição Federal

18. garante essa assistência “aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art.

19. 5º, LXXIV).

Excerto 03 (BRASIL, 2017a, p. 67)

O presente excerto realiza a constituição do discurso de forma heterogênea, valendo-se de outro discurso específico, com vistas a estabelecer relação de cooperação (MARTÍNEZ PÉREZ, 2012, p. 131). Nesse caso, foi adotada a denominada **intertextualidade manifesta**, distinção elaborada por Fairclough (2001, p. 114), nos seguintes termos: “Por um lado, temos a constituição heterogênea de textos por meio de outros textos específicos (intertextualidade manifesta); por outro lado, a constituição heterogênea de textos por meio de elementos (tipos de convenção) das ordens de discurso (interdiscursividade).”

No caso, a intertextualidade é utilizada na orientação da escala argumentativa, por meio do indicador de exclusão “porém” (linha 17), fazendo ecoar o discurso do relator. Inicialmente se reconhece o direito à gratuidade da justiça a todos, para depois limitar o seu alcance, retirando certos elementos da consideração, isto é, apenas aqueles “que comprovarem insuficiência de recursos” fazem jus a esse benefício.

Ao se referir à redação literal do dispositivo da Constituição Federal, promulgada em 1988, o locutor promove um esquecimento momentâneo dos fatores históricos do fenômeno, especialmente a evolução do instituto jurídico que precedeu à edição da Carta Magna, bem assim a interpretação conferida pelo STF e Tribunais Superiores ao dispositivo⁴⁰. É que a norma jurídica representa o texto normativo acrescida da interpretação que lhe foi outorgada pelos seus intérpretes, o que denota o seu caráter de historicidade. Conforme esclarece Humberto Ávila (2019, p. 50): “*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.”

Há o emprego, portanto, da construção simbólica de **eternalização**, em que as palavras da Constituição são congeladas, com apagamento do caráter sócio-histórico da interpretação constitucional, que é apresentada como imutável. Essa é uma estratégia típica do modo de operação da ideologia da **reificação**.

Ademais, ao sustentar a necessidade de comprovação da condição de necessitado, presente no texto constitucional de 1988, o relator se afasta de toda a evolução histórica relativa à facilitação do acesso à justiça, tanto em seu contexto doutrinário⁴¹, quanto em seu contexto judicial⁴² e legislativo⁴³. Trata-se de argumentação manipulativa, na medida em que o locutor remete à literalidade do texto da norma constitucional, sem mencionar a interpretação que lhe é conferida, condicionando o leitor a aceitar o argumento esposado, já que nem todos teriam o conhecimento jurídico de como a norma é interpretada pelos operadores do direito.

Oportuna a transcrição de trecho da análise crítica do discurso desenvolvida por Santana e Colares (2020, p. 43), que, ao se depararem com situação essencialmente idêntica à aqui apresentada, assim se expressaram:

⁴⁰ Essa temática será aprofundada na seção infra relativa à justiça gratuita.

⁴¹ Por todos vide Cappelletti; Garth (2015); Watanabe (2019); B. de S. Santos (1986); Sadek (2014).

⁴² Há mais de 25 anos que o STF refuta qualquer interpretação literal deste dispositivo da Constituição. Nesse sentido, vide AI 136910 AgR, Relator: Min. Mauricio Corrêa, Segunda Turma, DJ 22 set. 1995.

⁴³ Continuam em vigor as disposições contidas no art. 1º da Lei n. 7.115/83 e no art. 99, § 3º, do CPC, que autorizam a concessão do benefício por simples declaração de hipossuficiência da pessoa natural, disciplinando a matéria em sentido diametralmente oposto ao contido na Lei n. 13.467/2017.

Observa-se, então, que a argumentação tende a ser manipulativa, pois o produtor do texto estabelece a afirmação “embora conste da convenção internacional o vocábulo “deficiente”” (linhas 5-6) como verdadeira, o que tende a levar o leitor ao convencimento da argumentação desenvolvida, pois requer daquele um conhecimento prévio do texto da Convenção. (grifos acrescentados)

Percebe-se, assim, a adoção do modo de operação da ideologia da **dissimulação**, por meio do **deslocamento**, em que “um termo costumeiramente usado para se referir a um determinado objeto ou pessoa é usado para se referir a um outro, e com isso as conotações positivas ou negativas do termo são transferidas para o outro objeto ou pessoa” (THOMPSON, 2011, p. 83). No caso, o comando contido no verbo “comprovar”, que há muito foi relativizado pela doutrina, legislação e jurisprudência, é tomado em seu sentido literal, desconectado da evolução sócio-histórica dada ao termo.

-
- 20. A redação sugerida aos §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT visa
 - 21. justamente a dar efetividade ao princípio da gratuidade, transcrevendo os
 - 22. termos da Constituição no § 4º, enquanto o § 3º exclui a presunção de
 - 23. insuficiência de recursos, admitida na parte final da redação atual.
-

Excerto 04 (BRASIL, 2017a, p. 67)

O enunciador sinaliza qual a motivação da alteração legislativa ao empregar o verbo “visa” (linha 20), ao mesmo tempo em que adota o operador argumentativo do eixo da orientação das condições da verdade “justamente” (linha 21), fortalecendo a informação seguinte. Essa informação é reescrita de uma forma positiva, por intermédio da estratégia da **eufemização**, construção simbólica típica do modo de operação da ideologia da **dissimulação**. A ação de restringir o acesso à justiça dos mais necessitados⁴⁴, que é carregada de um valor negativo, é substituída pela expressão mais suave “dar efetividade ao princípio da gratuidade” (linha 21), mais apta a assegurar a adesão do auditório à tese defendida.

A utilização do articulador de relações lógico-semânticas “enquanto” (linha 22) indica uma relação entre o conteúdo de duas orações, retratando que a inclusão da exigência de comprovação da necessidade financeira e a exclusão da presunção da insuficiência de recursos ocorrem em tempo simultâneo.

Apresenta-se, dessa forma, o modo de operação da ideologia da **legitimação**, por meio de construção simbólica que, pelo uso de fundamentos racionais, faz apelo à legalidade das regras dadas. Há a utilização da estratégia típica da **racionalização**, com vistas a justificar

⁴⁴ Foi suprimido do § 3º do artigo 790 da CLT a possibilidade de o juiz ou tribunal conceder o benefício da justiça gratuita aos que “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.”

e delimitar as novas condições para concessão da gratuidade da justiça. Inclusive, foi novamente empregada a **intertextualidade** com a Constituição da República.

O texto, entretanto, não dialogou com outras normas do ordenamento jurídico, especialmente com o disposto no art. 1º da Lei n. 7.115/83⁴⁵, ainda em vigor, e com a previsão do artigo 99, § 3º, do CPC⁴⁶, editado poucos anos antes. Verifica-se, portanto, uma incoerência no ordenamento jurídico, uma vez que a lei processual trabalhista, direcionada à tutela de relação assimétrica de poder, impõe requisitos mais rígidos ao jurisdicionado hipossuficiente que a legislação processual comum, direcionada à tutela de relações jurídicas em que há igualdade de poder entre as partes. O tema será retomado em seção infra, quando se analisar o instituto da justiça gratuita.

-
24. Ressalte-se que o objetivo não é dificultar o acesso à Justiça,
 25. mas, pelo contrário, torná-la efetiva, evitando-se as ações em que se solicita, e
 26. muitas vezes é concedida, a justiça gratuita para pessoas que dela não
 27. poderiam usufruir, mediante mero atestado de pobreza. Com essa medida,
 28. afastam-se as pessoas que não se enquadram nos requisitos de “pobreza” e se
 29. garante que o instituto seja utilizado por aqueles que realmente necessitam.
-

Excerto 05 (BRASIL, 2017a, p. 67-68)

O excerto é iniciado com um ato performativo de declaração “ressalte-se que” (linha 24) dando ênfase à negação de possível objetivo da reforma, o que pressupõe um enunciado afirmativo emitido por outro enunciador, o qual está incorporado ao discurso. A construção se utiliza de encadeamento com o morfema “pelo contrário” (linha 25), o que indica que o enunciado introduzido se opõe à asserção “o objetivo é dificultar o acesso à Justiça”, incorporada ao discurso do locutor pelo fenômeno da polifonia (KOCH, 2011, p. 141). Trata-se de estratégia bastante eficaz, servindo para prever argumentos que podem ser levantados por virtuais adversários, apresentando em seguida um argumento mais forte e decisivo em favor da conclusão oposta, a qual adere o locutor. Como explica Koch (2011, p. 146), o recurso a autoridade polifônica permite ao locutor:

[...] dotar o seu discurso de maior poder de persuasão, desarmando o seu adversário; a) porque não pode ser contestado; b) porque permite antecipar-se a ele, introduzindo no próprio discurso os argumentos possíveis contrários à sua tese, destruindo-os logo a seguir, pela apresentação de argumentos mais fortes (decisivos).

⁴⁵ Art. 1º - A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira.

⁴⁶ Art. 99, § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Por outro lado, observa-se que o locutor traz uma falsa interpretação da situação jurídica ao afirmar que o seu “objetivo não é dificultar o acesso à justiça” (linha 24), na medida em que a redação proposta aos dispositivos legais em comento tornou, de fato, mais rígidas as condições para obtenção da gratuidade de justiça, obscurecendo as relações de dominação. A estratégia é completada por meio da **eufemização**, pertencente ao modo de operação da ideologia da **dissimulação**. Com efeito, a dificuldade de acesso imposta pela lei é negada expressamente pelo enunciador, sendo substituída por uma expressão mais amena “torná-la [a justiça] efetiva” (linha 25), desviando a atenção do interlocutor do discurso em virtude dessa representação positiva.

No excerto é possível visualizar também a estratégia de construção simbólica da **fragmentação** por meio da **diferenciação**, um dos Modos de Operação da Ideologia a que alude John B. Thompson (2011, p. 87). Com efeito, o grupo das pessoas necessitadas que buscam o Poder Judiciário é segmentado entre aqueles que não se enquadram nos novos “requisitos de “pobreza”” (linha 28) e aqueles que “realmente necessitam” da justiça gratuita (linha 29), construindo artificialmente características para desunir e impedir a classe trabalhadora de desafiar as relações de dominação existentes.

Em apoio a essa desagregação promovida, é omitida a informação de que a comprovação da condição de pobreza por simples declaração firmada por pessoa natural é admitida pelo ordenamento jurídico desde 1983⁴⁷ e de que essa mesma diretriz foi incorporada ao novo Código de Processo Civil⁴⁸, editado no ano de 2015.

O locutor apresenta a norma que existia na CLT como se fosse destoante de todo o ordenamento jurídico, tanto que se viu na obrigação de “garantir que o instituto seja utilizado por aqueles que realmente necessitam” (linha 29). Essa estratégia é típica do modo de operação da ideologia da **legitimação**, por meio da qual interesses específicos são apresentados como interesses e todos e, portanto, dignos de apoio (THOMPSON, 2011, p. 83). Trata-se da **universalização**, em que a necessidade de endurecer as regras facilitadoras do acesso à justiça e de acabar com a litigância sem risco são colocadas como interesse geral, nada obstante digam respeito a interesse específico da classe empresarial. Essa observação somente confirma a constatação no sentido de que o sistema processual civil longe de apresentar a propalada neutralidade técnica, está bem estruturado para favorecer certos grupos sociais. Nesse sentido, esclarece Teixeira (2007, p. 153):

⁴⁷ Cf. art. 1º da Lei n. 7.115/1983.

⁴⁸ Cf. Art. 99, § 3º, CPC.

A lei processual, apesar de ser essencialmente uma norma técnica, não revela tal neutralidade. Por ser uma norma jurídica, reflete a ideologia que dominava o legislador à época de sua criação. [...] No Brasil, onde o predomínio da influência da classe empresarial é notório, é natural que o sistema de processo jurisdicional venha a ser projetado de forma a favorecer os interesses capitalistas.

De fato, o CPC atribui força de título executivo ao documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas e ao contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução (art. 784, III e V), instrumentos bastante utilizados por instituições financeiras. Ademais, o contrato de abertura de conta corrente, mesmo não se constituindo em título executivo extrajudicial⁴⁹, é documento hábil ao ajuizamento de ação monitória⁵⁰, desde que acompanhado do demonstrativo de débito. Em todas essas hipóteses, a sociedade empresária exequente terá um caminho mais curto para a satisfação de seu crédito, sem necessidade de passar pela demorada fase de conhecimento, entrando diretamente na fase de execução. Essa via, contudo, é muito estreita, abrangendo apenas certos negócios jurídicos, não contemplando, v.g., a execução do contrato de trabalho.

Dessa forma, as relações de dominação são sustentadas, porquanto as normas pertinentes ao amplo acesso à justiça que foram modificadas tinham por finalidade minimizar os naturais obstáculos econômicos, técnicos e de poder enfrentados pelo trabalhador que procura o Judiciário, impedindo-o de se constituir em ameaça à classe dos capitalistas.

Por conseguinte, a análise crítica realizada revelou a existência na superfície textual do parecer legislativo dos modos de operação da ideologia propostos por John B. Thompson, especialmente o da legitimação, utilizado no texto para justificar a necessidade de tornar mais rigorosas as condições para concessão do benefício da justiça gratuita. Entretanto, o fio condutor do discurso foi o modo de operação da ideologia da dissimulação. Com efeito, por meio de deslocamento, eufemização e tropo o locutor ocultou as relações de poder estabelecidas, de modo a desviar a atenção do verdadeiro intuito da lei: onerar os custos para o ingresso de ação trabalhista, de modo a induzir os trabalhadores a renunciarem à luta pelos seus direitos, quando violados pelo empregador.

A intertextualidade com a Constituição Federal (Art. 5º, LXXIV) foi utilizada de forma manipulativa, induzindo o interlocutor a acreditar que a novel legislação estaria concretizando o texto constitucional, demandando dele um conhecimento acerca do contexto acadêmico, judicial e legislativo que envolve o instituto da justiça gratuita. Foram

⁴⁹ Súmula n. 233 do STJ: “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo.”

⁵⁰ Súmula n. 247 do STJ: “O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.”

desconsiderados estudos propugnando a remoção dos obstáculos econômicos como forma de assegurar a garantia do acesso à justiça, além da jurisprudência pacífica no âmbito do STF, que tem refutado há mais de 25 anos qualquer interpretação literal deste dispositivo constitucional.

Ademais, o legislador não manteve a coerência da Reforma Trabalhista com outros diplomas normativos do ordenamento, como o Código de Processo Civil, editado em 2015, que presume verdadeira a alegação de hipossuficiência econômica deduzida por pessoa natural (Art. 99, § 3º). Essa norma, destinada a reger a relação processual travada entre partes presumivelmente iguais, é mais benéfica que aquela introduzida no artigo 790, § 4º, da CLT, que disciplina processo especial, em que deveria se garantir proteção à parte hipossuficiente, como forma de se assegurar a igualdade material.

É nesse contexto que a análise crítica do discurso jurídico do parecer ao projeto de lei se revela útil para determinar o alcance da norma, especialmente quando em debate a adoção do método histórico. Por meio da ACDJ é possível inferir que os motivos condicionantes relatados no processo de edição da Lei n. 13.467/2017, pertinentes à gratuidade de justiça, não estavam alinhados com o conjunto de circunstâncias que, de fato, marcaram o nascimento do diploma normativo. Isso significa que não se pode considerar o conteúdo literal dos trabalhos legislativos preparatórios como subsídio fidedigno ao método de interpretação histórico, uma vez que não expressa de forma transparente a *mens legis*.

Assim, elucidadas as razões que levaram à edição do ato legislativo em comento, inclusive as que foram ocultadas pelas estratégias de construção simbólica, deve-se afastar a utilização do método histórico para fundamentar ou justificar qualquer forma de interpretação literal dos dispositivos legais em comento, na medida em que o relatório legislativo serviu apenas como simulacro, a induzir o intérprete a erro quanto à legitimidade das medidas propostas.

A seguir serão discutidas algumas consequências processuais decorrentes da Reforma Trabalhista e propostas soluções hermenêuticas para as questões mais controversas envolvendo o acesso à justiça do trabalhador.

3 Algumas consequências processuais decorrentes da Reforma Trabalhista – Parte I

3.1 Uniformização de jurisprudência na Justiça do Trabalho

Em seu sentido mais usual, a expressão jurisprudência abrange “o conjunto de decisões concordantes, proferidas pelos órgãos judiciários de modo reiterado e uniforme, o que lhes dá força persuasiva no sistema jurídico” (CAMBI; FOGAÇA, 2016, p. 343). No tocante à súmula, cumpre advertir que não se trata de simples amontoado de teses jurídicas, sendo acertada a lição de Barbosa Moreira (2008, p. 26) no sentido de que “os enunciados da *Súmula* hão de corresponder a teses que verdadeiramente reflitam o pensamento dominante no colegiado, não o de maiorias precárias e ocasionais”. O surgimento do instituto no Brasil é descrito por Di Benedetto (2017, p. 551) nos seguintes termos:

Apenas na década de 1960 os tribunais superiores no Brasil passaram a sistematizar as suas decisões por meio de súmulas da jurisprudência. A súmula surge no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de agosto de 1963, patrocinada pelo ministro Victor Nunes Leal. As primeiras súmulas do TST aparecem em agosto de 1969.

Comparando o Regimento Interno dos Tribunais Superiores, verifica-se que o STF (2020f)⁵¹ não estabelece qualquer limitação à iniciativa para a propositura de enunciados na Súmula, ao passo que o STJ (2020d)⁵² possibilita a inscrição de enunciados na Súmula se houver pelo menos duas decisões concordes da Corte Especial ou da Seção, firmadas por maioria absoluta; ou até mesmo no caso de um único julgamento de um desses órgãos, desde que proferida por unanimidade. Tendo em vista esses dois paradigmas, o Regimento Interno do TST (2016c), com a redação anterior à vigência da Lei n. 13.467/2017, já possuía requisitos mais rigorosos, *in verbis*:

⁵¹ Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal. § 1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta. [...]

Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.

⁵² Art. 122. A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça. § 1º Poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes.

§ 2º A inclusão da matéria objeto de julgamento na Súmula da Jurisprudência do Tribunal será deliberada pela Corte Especial ou pela Seção, por maioria absoluta dos seus membros. § 3º Se a Seção entender que a matéria a ser sumulada é comum às Seções, remeterá o feito à Corte Especial.

Art. 165. O projeto de edição de Súmula deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I – três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

II – cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

III – quinze acórdãos de cinco Turmas do Tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou

IV – dois acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples.

Art. 166. A edição, revisão ou cancelamento de Súmula serão objeto de apreciação pelo Tribunal Pleno, considerando-se aprovado o projeto quando a ele anuir a maioria absoluta de seus membros.

Desde o surgimento do instituto na década de 1960, tem-se experimentado uma expansão sumular, com o STJ editado 645 súmulas e o STF inscrito 736 súmulas e 58 súmulas vinculantes até 17/02/2021. O TST, por seu turno, tem como característica a grande produção de enunciados de jurisprudência uniforme, tendo atingido a impressionante marca de 1.292 verbetes no final de julho de 2017, entre súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos firmados pelo Tribunal Pleno e Órgão Especial, Seção de Dissídios Individuais (Subseções I e II) e Seção de Dissídios Coletivos.

Trata-se de característica própria e distintiva da jurisdição trabalhista, compatível com sua missão de concretizar os direitos humanos sociais do trabalhador. Não se trata, portanto, de uma distorção da função jurisdicional, mas sim do cumprimento dos deveres de proteção e promoção inerentes aos direitos humanos. Com muita perspicácia Roberto Di Benedetto (2017, p. 550) constata que:

O Brasil, em tese, adotaria um sistema legislado, mas a história e a forma de atuação da nossa proteção trabalhista permitem falar de um sistema judicializado de regulação das relações de trabalho. As normas jurídicas legisladas são dosadas e modificadas por um complexo sistema de decisões judiciais e um inigualável conjunto de direito sumular.

No direito e na justiça trabalhista, o direito sumular ocupa uma posição central. Nenhum outro ramo do Judiciário é tão protagonista na alteração, modificação e adaptação do direito a partir de súmulas, orientações jurisprudenciais, precedentes normativos, teses jurídicas prevaletentes, instruções normativas e resoluções.

Há de se reconhecer que a elaboração de enunciados interpretativos de tribunal superior sobre determinadas questões jurídicas constitui um direcionamento na elaboração das decisões judiciais, o que acaba consolidando a solução da questão de direito em determinado sentido, produzindo um incremento em segurança jurídica. Ademais, houve um importante

incentivo nesse sentido após a promulgação da EC n. 45/2004, que instituiu a Súmula Vinculante.

Os efeitos benéficos dessa expansão sumular, todavia, encontram limites na complexidade do sistema, deveras ampliada por milhares de enunciados jurisprudenciais que devem se somar aos milhares de dispositivos legais, constitucionais e convencionais para reger as relações de trabalho no Brasil, o que pode acabar gerando confusão, hesitação e insegurança no intérprete.

Essa proliferação de súmulas e orientações jurisprudenciais serviu, inclusive, como base do discurso adotado pelo legislador ordinário de modernização da legislação material e processual do trabalho, de combate ao excesso de litigância e de redução da insegurança jurídica, que serviria como justificção formal da Reforma Trabalhista. O seguinte fragmento do parecer apresentado pelo Deputado Rogério Marinho durante a tramitação do Projeto de Lei n. 6.787/2016 é bastante elucidativo a respeito:

Ocorre, porém, que temos visto com frequência os tribunais trabalhistas extrapolarem sua função de interpretar a lei por intermédio de súmulas, para, indo além, decidirem contra a lei. Assim, um instrumento que deveria ter a finalidade precípua de trazer segurança jurídica ao jurisdicionado, garantindo a previsibilidade das decisões, é utilizado, algumas vezes, em sentido diametralmente oposto, desconsiderando texto exposto de lei. Exemplo evidente disso é o entendimento esposado pelo TST quanto à ultratividade da norma coletiva, segundo o qual as cláusulas normativas serão mantidas incorporadas ao contrato individual de trabalho até que novo acordo coletivo ou convenção coletiva seja firmado (Súmula nº 277), enquanto a CLT prevê expressamente que a vigência desses instrumentos não ultrapassará o prazo de dois anos (§ 3º do art. 614).

[...] com a redação dada ao art. 702 da CLT, pretendemos limitar as interpretações ampliativas, e em alguns casos criativas, por parte do TST. As sugestões pretendem implementar requisitos mínimos para a edição de súmulas e outros enunciados de jurisprudência, tomando por base procedimentos já previstos no Código de Processo Civil e para o STF. (BRASIL, 2017a, p. 23 e 66).

Foi com base nessa retórica que o legislador reformista impôs procedimento prévio, mais dificultoso e único no Poder Judiciário, para a edição de novas súmulas e outros enunciados de jurisprudência dominante no âmbito da Justiça do Trabalho. Tal se deu pela nova redação conferida à alínea “f” do inciso I do art. 702 da CLT e pela inclusão dos §§ 3º e 4º no referido artigo:

Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete:

I - em única instância: [...] f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os

efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial; [...]

§ 3º As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

§ 4º O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar o disposto na alínea f do inciso I e no § 3º deste artigo, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária.

A redação anterior da alínea acima transcrita estava em sintonia com o regramento previsto no processo comum, tanto sob a égide do CPC/73 (artigo 479, parágrafo único), quanto na vigência do CPC/15 (artigo 926, § 1º), remetendo o tratamento da matéria ao regimento interno do tribunal. A atual redação, surpreendentemente, operou uma mudança de regramento completamente inédita no direito brasileiro, trazendo uma:

[...] série de requisitos que aumentam substancialmente o grau de exigência do consenso necessário à edição de enunciados de jurisprudência uniforme. O quórum obrigatório à aprovação de súmula ou enunciado foi alterado de maioria absoluta, fixado em consonância com a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da CF/88, para dois terços dos membros do tribunal. Trata-se do mesmo quórum especial para a edição de Súmula Vinculante do E. STF, previsto expressamente por norma constitucional (art. 103-A), muito embora as súmulas do C. TST atualmente em vigor não gerem as mesmas consequências: produção de efeito vinculativo aos demais ramos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

No tocante às exigências para apresentação da proposta de criação de súmula, não houve novidade quanto à igualdade de matérias e quanto à identidade do conteúdo da decisão, requisitos inerentes a qualquer processo de uniformização de jurisprudência. Entretanto, a exigência de julgamentos unânimes em dois terços das Turmas, em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, representa um importante fator de inibição à edição e ao cancelamento das súmulas trabalhistas.

Trata-se de nível de concordância bastante elevado entre os integrantes e os órgãos internos do Tribunal acerca da matéria a ser sumulada. (SMITH; BARROSO, 2021, p. 100-101).

Da forma como estabelecidos esses requisitos pela novel legislação, torna-se quase impossível a edição, a modificação ou o cancelamento de súmulas no âmbito da Justiça do Trabalho. Consoante destacado por Toledo Filho (2017, p. 67):

[...] não é necessário maior exame ou reflexão para se inferir que, com o *quorum* exigido, quase nada se conseguirá sumular ou uniformizar tanto no Tribunal Superior do Trabalho quanto nos Tribunais Regionais. O grau de concordância ou consenso que se pede é tamanho que, uma vez que seja ele eventualmente atingido, a edição de uma súmula seria até já desnecessária.

Nessa toada, algumas indagações precisam ser formuladas a fim de se compreender melhor essa estrutura. A necessidade apresentada no parecer legislativo de reduzir “as incertezas dos empregadores” realmente existia? Os meios adotados para a realização dessa empreitada a que se propôs o legislador foram necessários e adequados aos fins propostos? Afinal, qual a verdadeira causa para a edição de requisitos tão duros e únicos para uniformização de jurisprudência no âmbito da Justiça do Trabalho? Em outra oportunidade, pode-se constatar que:

[...] a exigência de previsibilidade das decisões judiciais trabalhista se constitui em retórica com vistas a justificar modificação substancial do entendimento cristalizado no âmbito do C. TST [...] Afinal, não seria esperável que a regra jurídica a reger determinada situação seja aquela emanada pelo tribunal superior cuja função é de intérprete da legislação do trabalho? Se existe súmula sobre determinada matéria, como é possível falar em insegurança jurídica? (SMITH; BARROSO, 2021, p. 99).

Em verdade, o legislador se vale de racionalidade consequencialista, no sentido de que uma conduta tida por ilícita reiteradas vezes pelos tribunais torna-se lícita simplesmente por meio da edição de lei posterior, no que seria uma espécie de legislação corretiva de ilegalidades. Outrossim, é facilmente perceptível a adesão massiva das teses sustentadas, nas audiências públicas realizadas na Câmara dos Deputados, pelos grupos de pressão empresariais (especialmente o setor bancário), em sentido contrário aos enunciados de súmula do TST. Tanto que vários dispositivos da reforma trabalhista se constituem em verdadeira negativa desses entendimentos sumulados.

A título ilustrativo vide o § 3º do art. 614 da CLT que veda expressamente a ultratividade das normas coletivas, em contraposição ao disposto na **Súmula n. 277**; o atual § 2º do art. 468 da CLT que estabelece que a reversão ao cargo efetivo do ocupante de função de confiança não assegura a manutenção do pagamento da gratificação, rechaçando a estabilidade financeira prevista na **Súmula n. 372**; e o § 3º do art. 843 da CLT que dispõe que o preposto não precisa ser empregado da parte reclamada, refutando os termos da **Súmula n. 122**. E não são apenas esses, percebe-se que vários outros dispositivos da reforma trabalhista foram editados com o nítido intuito de superar entendimento sedimentado no âmbito do TST, contrapondo-se: o Art. 11, *caput*, à **Súmula n. 114**; o Art. 11, § 2º, às **Súmulas n. 275, I, e n. 452**; o Art. 4º às **Súmulas n. 366 e n. 429**; os Arts. 59, §§ 5º e 6º, e 59-B, *caput* e parágrafo único, à **Súmula n. 85**; o Art. 58, § 2º, às **Súmulas n. 90 e n. 320**; o Art. 59-A à **Súmula n. 444**; dentre outros.

Ora, seria natural supor que uma modificação legislativa de tamanha envergadura, somente superada pela própria Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, fosse objeto de dúvidas quanto ao alcance e à interpretação de seus dispositivos. Esses questionamentos produziriam decisões discrepantes, até que se cristalizasse o entendimento dos tribunais trabalhistas, por meio das súmulas.

Também era de se esperar que os operadores do Direito do Trabalho, dado o conteúdo normativo modificado, apresentassem diversas objeções quanto à constitucionalidade e à convencionalidade da Reforma Trabalhista. Somente no encontro realizado em outubro de 2017 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), que contou com mais de 600 juízes, procuradores e auditores fiscais do trabalho, foram aprovados 125 enunciados interpretativos versando sobre a reforma trabalhista, em que foi objetada a maior parte das alterações produzidas, mediante o reconhecimento de inconstitucionalidades, inconveniências e até mesmo ilegitimidade formal e material dos dispositivos legais.

É nesse contexto que se inserem as rigorosas limitações introduzidas ao 702, I, “f”, da CLT. Se por um lado, o legislador promoveu profundas alterações na CLT, muitas das quais em aparente contradição com disposições de hierarquia superior, de ordem constitucional e convencional; por outro lado procurou promover um engessamento da edição de novas súmulas, a fim de que as normas recém editadas não fossem desconsideradas pelos juízes trabalhistas no momento de aplicação do direito. Daí ser possível concluir que:

[...] o legislador reformista não foi ingênuo em deixar uma grande margem de liberalidade para a Justiça Trabalhista aplicar as novas regras com os olhos voltados aos princípios de proteção ao trabalhador. Para tanto, promoveu alterações no art. 8º e art. 702 da CLT, regulamentando a forma como a Justiça trabalhista deve interpretar e aplicar as normas, e como deve ser uniformizada a sua jurisprudência. (PESSOA; SILVA, 2019, p. 220).

À vista disso, parece no mínimo questionável a existência de alguma racionalidade no procedimento de uniformização de jurisprudência introduzido pela Reforma Trabalhista de 2017, pois a massiva inovação legislativa por ela produzida no sistema trabalhista resultará em incerteza jurídica e proliferação de decisões conflitantes, sem que seja possível se formar um direcionamento interpretativo harmônico no âmbito das Cortes Trabalhistas.

Esse quadro terá como consequência uma pluralidade de órgãos judiciais sustentando teses jurídicas distintas em um mesmo momento histórico, em detrimento do princípio constitucional da isonomia, situação em que “a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem [fica] na dependência exclusiva da distribuição do

feito ou do recurso a este ou àquele órgão” (MOREIRA, 2008, p. 5), no que se convencionou chamar de “jurisprudência lotérica”.

Nessa senda, oportuno transcrever as conclusões a que se chegou em estudo anteriormente realizado, em coautoria com o Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso, cujo título é A nova racionalidade da uniformização de jurisprudência na Justiça do Trabalho após a Reforma Trabalhista de 2017, *in verbis*:

A tônica dessa análise foi a constatação da falta de coerência e de integridade da Lei nº 13.467/2017 quanto ao papel da jurisprudência sumular na justiça especializada. Com efeito, foi dificultada a edição de súmulas e enunciados jurisprudenciais apenas em relação aos tribunais trabalhistas, com vistas a combater o nominado “populismo judicial”, mas não houve qualquer disciplinamento em relação aos outros ramos do Poder Judiciário. Inclusive, o E. STF continua produzindo enunciados com efeito vinculante em matéria trabalhista, sem haver qualquer restrição às denominadas “interpretações judiciais criativas”. Não houve preocupação em se manter a unidade do sistema jurídico.

Outrossim, a legislação em destaque não apresenta coerência interna, na medida em que busca a redução da litigância, mas inviabiliza a harmonização das teses jurídicas dos tribunais do trabalho. Com efeito, as profundas inovações legislativas trazidas pela Reforma Trabalhista produziram um esperado decréscimo de segurança jurídica, em virtude das dúvidas interpretativas e da superação de diversos entendimentos jurisprudenciais, sendo o avanço legislativo caracterizado como um retrocesso material e hermenêutico na medida em que os limites formais estabelecidos não se encaixam nem na estrutura normativa pré-estabelecida na CLT, nem nas atividades julgadoras de efetividade dos direitos em discussão, observado, ademais, inúmeros casos de complementos normativos trazidos pela reforma em contradição com o texto do artigo consolidado mantido pelo reformista (*verbi gratia*, arts. 8º e §§ 1º a 3º e 444 e seu parágrafo único, todos da CLT). (SMITH; BARROSO, 2021, p. 114-115).

Nesse contexto, independentemente de qualquer análise acerca da compatibilidade do conteúdo destes dispositivos com o ordenamento jurídico, constata-se a degeneração da função instrumental do procedimento em debate, cuja racionalidade não foi construída no sentido de se alcançar os resultados expressos pelo legislador. Como ressaltado em trabalho anterior:

Simplesmente não é possível reduzir a litigância, minorar as incertezas jurídicas, diminuir a possibilidade de interpretações divergentes e garantir previsibilidade das relações jurídicas, quando, em razão de rigoroso procedimento prévio, os tribunais ficam impossibilitados de harmonizar as teses divergentes, formando uma jurisprudência dominante dotada de força persuasiva pelo exemplo. (SMITH; BARROSO, 2021, p. 115).

Evidenciada, portanto, a ausência de racionalidade jurídica do novo procedimento de uniformização da jurisprudência trabalhista, que não tem aptidão para atingir a finalidade proposta durante o processo legislativo, segundo critérios objetivamente aceitos e testáveis. Em outras palavras, ao invés de servir para reduzir as incertezas jurídicas, o novo regramento impõe

obstáculos intransponíveis à consolidação da jurisprudência dominante dos tribunais trabalhistas, prejudicando a segurança jurídica e a previsibilidade de suas decisões.

3.2 Arbitragem Trabalhista

A possibilidade de composição de conflitos trabalhistas via arbitragem sempre foi muito controversa em doutrina e jurisprudência, tendo como principais óbices à sua admissão a restrição à autonomia da vontade do empregado decorrente da relação de emprego e o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Com efeito, a Arbitragem é definida como: “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial” (CARMONA, 2009, p. 31). A matéria é regida pela Lei n. 9.307/96, a qual condiciona sua adoção aos “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º).

De imediato percebe-se certo grau de incompatibilidade entre a decisão arbitral, cujo teor se fundamenta em convenção privada e alcance é restrito a direitos patrimoniais disponíveis, e a imperatividade das regras de Direito do Trabalho, conforme disposto no *caput* do art. 444 da CLT: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”

Entretanto, considerando as peculiaridades do Direito Coletivo do Trabalho, já havia certa tendência em se aceitar a arbitragem nos dissídios coletivos, em face da equivalência entre os contratantes coletivos. Isso porque, diferentemente do que ocorre no Direito Individual do Trabalho, em que presentes uma assimetria de poder e uma tutela compensatória; no Direito Coletivo do Trabalho ambos os sujeitos possuem natureza coletiva, sendo regidos por estatuto jurídico semelhante. Vigora entre os contratantes coletivos, portanto, o Princípio da Equivalência (DELGADO, M., 2013, p. 137).

Com a promulgação da CF/88, foi reconhecida expressamente pelo poder constituinte originário essa possibilidade no § 1º do artigo 114, segundo o qual: “§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”. Nessa esteira, a Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, admite a resolução do conflito coletivo de greve via arbitragem, concretizando o texto constitucional:

Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

[...]

Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Por seu turno, a Lei n. 10.101/2000 densificou a norma constitucional no pertinente à negociação visando à participação nos lucros e resultados (PLR), indicando a modalidade de arbitragem de ofertas finais, entendida como “aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes.” (Art. 4º, § 1º).

Quanto aos dissídios individuais, já havia em vigor desde a década de 1990 algumas previsões legislativas pontuais autorizando a adoção de arbitragem, a exemplo da Lei Orgânica do Ministério Público da União⁵³; da Lei do Trabalho Portuário⁵⁴ e da denominada Lei Pelé⁵⁵. Importante pontuar que alguns autores sequer consideram necessária a existência de uma lei específica estendendo esse método de resolução de conflitos ao campo justralhista, pois o contrato de trabalho já estaria enquadrado na lei de arbitragem, especialmente considerando a existência de regras específicas na lei relativas ao contrato de adesão⁵⁶ e o fato de a irrenunciabilidade não englobar todos os direitos previstos na legislação trabalhista⁵⁷. Dessa

⁵³ LEI COMPLEMENTAR Nº 75, DE 20 DE MAIO DE 1993

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...]

XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho;

⁵⁴ LEI Nº 12.815, DE 5 DE JUNHO DE 2013.

Art. 37. Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão de obra, comissão paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação do disposto nos arts. 32, 33 e 35.

§ 1º Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais.

§ 2º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes.

§ 3º Os árbitros devem ser escolhidos de comum acordo entre as partes, e o laudo arbitral proferido para solução da pendência constitui título executivo extrajudicial.

§ 4º As ações relativas aos créditos decorrentes da relação de trabalho avulso prescrevem em 5 (cinco) anos até o limite de 2 (dois) anos após o cancelamento do registro ou do cadastro no órgão gestor de mão de obra.

⁵⁵ LEI Nº 9.615, DE 24 DE MARÇO DE 1998

Art. 90-C. As partes interessadas poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva. (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011).

Parágrafo único. A arbitragem deverá estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho e só poderá ser instituída após a concordância expressa de ambas as partes, mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

⁵⁶ LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. [...]

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

⁵⁷ A doutrina, tradicionalmente, reconhece a existência de direitos trabalhistas relativamente (in)disponíveis, como a modalidade de salário paga (fixo ou variável), e absolutamente indisponíveis, como a assinatura de CTPS. Sobre o tema, vide M. Delgado (2013, p. 86-87).

forma, a circunstância de a Lei n. 9.307/96 não explicitar sua aplicabilidade às relações de trabalho não configuraria silêncio eloquente do legislador, concluindo Carmona (2009, p. 44):

[...] tanto para as questões ligadas aos direitos coletivos quanto para aquelas atinentes aos individuais (seja o litígio atinente à relação jurídica finda, seja o litígio relativo à relação jurídica ainda em curso), pode incidir a Lei nº 9.307/96, cujos dispositivos são plenamente aplicáveis também à arbitragem trabalhista.

A reforma trabalhista pretendeu acabar com a controvérsia, autorizando expressamente a arbitragem em dissídios individuais, consoante redação do artigo 507-A da CLT:

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.

O legislador, embora tenha generalizado a todas as categorias profissionais o uso da arbitragem, limitou sua aplicação aos trabalhadores cuja remuneração fosse superior a duas vezes o teto de benefício da Previdência Social, distinguindo-os dos demais empregados. Essa intenção de discriminar tais trabalhadores pode ser extraída do parecer legislativo de autoria do Deputado Federal Roberto Marinho, no qual se expressa “o cuidado de não a permitir [a arbitragem] indiscriminadamente a todos os empregados, uma vez que a sua fundamentação perpassa pela equivalência entre as partes” (BRASIL, 2017a, p. 57).

Dessa forma, a lei traz uma presunção no sentido de que o empregado que receba acima desse valor não seria economicamente dependente do empregador, podendo negociar de igual para igual e firmar convenção de arbitragem. Ainda sob essa ótica, não haveria como reconhecer a hipossuficiência desse trabalhador, devendo prevalecer a manifestação de vontade desse empregado impropriamente denominado “hipersuficiente”^{58 59}.

⁵⁸ O termo é utilizado para designar o trabalhador enquadrado no parágrafo único do art. 444 da CLT, o qual poderia estipular diretamente as cláusulas de seu contrato de trabalho, nas hipóteses do art. 611-A da CLT, com “a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”. Trata-se de termo bastante criticado pela doutrina por representar uma *contradictio in terminis*: a figura do empregado pressupõe a condição de subordinação, que é antagônica à noção de hipersuficiência. Sobre o tema vide F. Barroso (2017).

⁵⁹ Há uma evidente correlação com a figura trazida pelo art. 444, parágrafo único, CLT, inclusive com a adoção de idêntico patamar salarial. Entretanto, neste último caso existe mais um requisito, ser portador de diploma de nível superior, exigência que não foi reproduzida no art. 507-A, CLT, ora em análise.

Trata-se de aspecto objetivo, mas que se fundamenta em um único critério, consistente no recebimento de certo patamar salarial. Ocorre que o valor estabelecido na legislação não é alto o bastante para distinguir financeiramente o empregado dentre os demais assalariados. E ainda que se tratasse de remuneração realmente diferenciada, a experiência demonstra que os trabalhadores acabam por se submeter às condições oferecidas pelos patrões para garantirem sua subsistência, independentemente do valor de seu salário. Há quase 250 anos, Adam Smith (2014, p.108-109) descrevia qual das partes contratantes é quem fixava o conteúdo das cláusulas contratuais e qual a razão para isso ocorrer:

Os salários comuns do trabalho dependem em toda parte do contrato feito entre o obreiro e quem o emprega, cujos interesses não são os mesmos. Os obreiros desejam ganhar o máximo possível; e os que os empregam desejam dar-lhes o menos possível; aqueles são dispostos a se unirem a fim de aumentar os salários de seu trabalho; e estes, a praticarem igual acordo para reduzi-los.

Contudo, não é difícil prever qual dos dois partidos terá, quase sempre, a vantagem na contenda e qual forçará o outro a submeter-se às condições do trato.

[...]

Na verdade, o obreiro pode ser tão necessário a quem o emprega como este o é àquele. Mas a necessidade deste não é tão imediata. Posto que os obreiros às vezes se unam para levantarem os salários, contudo a maior parte logo se submete às condições de quem lhes dá obra para terem subsistência, e a sua oposição não tem efeito, ou mal o tem, para seu castigo e ruína.

A bem da verdade, no Brasil pouco importa se o empregado recebe remuneração diferenciada, em razão da falta de regulamentação do direito fundamental à relação de emprego protegida contra a despedida imotivada (Art. 7º, I, CF/88). Assim, o recebimento de um bom salário e a fruição de certo *status* profissional não retira a dependência econômica a que, em regra, o trabalhador está submetido, de modo que se for dispensado – o que pode ocorrer a qualquer momento e sem motivo justificado – essa sua renda mais elevada será reduzida a zero (SILVA; HORN, 2008, p. 188).

De outra parte, o legislador negligenciou completamente o aspecto subjetivo, deixando de levar em conta a posição e a influência que o empregado teria na hierarquia e nos destinos da empresa. É que o despojamento de parte da tutela de proteção do Direito do Trabalho somente seria admissível – segundo parcela da doutrina – em casos excepcionalíssimos, a exemplo dos denominados Altos Empregados. Trata-se de caracterização especial conferida aos ocupantes de cargo de confiança, que se encontram em posição privilegiada, com subordinação jurídica e dependência diminutas (BARROS, 2016, p. 179).

Isso porque, como a relação de emprego se caracteriza pela assimetria de poder entre os contratantes e pela necessidade de proteção da parte débil, a definição da figura do alto

empregado, com a consequente redução do nível de proteção conferido, deveria ter em conta aspectos relacionados ao poder exercido pelo trabalhador na empresa, com reduzido grau de subordinação e presença de poderes de mando, gestão e representação.

Pela literalidade da redação do dispositivo, não haveria necessidade desse empregado a que se refere o art. 507-A da CLT exercer cargo de gerente, diretor ou chefe de filial a que alude o inciso II do art. 62 da CLT. Nesse contexto, um empregado submetido à rígido controle de jornada e à rígida disciplina hierárquica, recebendo ordens de um ou alguns superiores, não seria ocupante de função de confiança, de modo que eventual cláusula prevendo a dispensa de registro de ponto seria nula de pleno direito (Art. 9º, CLT). A norma visa proteger o trabalhador contra atos que possam prejudicar seu direito à limitação da jornada.

Entretanto, seria plenamente válida a cláusula de compromisso arbitral firmada por esse mesmo empregado, desde que recebesse remuneração superior a duas vezes o teto de benefício da previdência. Nesse último caso, as possibilidades de desvirtuamento da legislação trabalhista e as consequências negativas daí advindas seriam mais prejudiciais ao trabalhador, embora a Reforma Trabalhista assegure a validade dessa cláusula compromissória.

Na verdade, inexistia uma preocupação com a coerência interna do sistema, servindo essa alteração legislativa ao propósito de continuar promovendo a submissão do Estado brasileiro ao programa global de reforma do Judiciário, como visto no capítulo anterior. Nesse sentido, a solução extrajudicial de conflitos é estimulada para se tornar a principal forma de resolução de controvérsias, mediante deliberada retirada do Estado de sua função jurisdicional, em autêntica privatização de serviços. Com argúcia, F. Barroso (2010a, p. 59) observa que:

[...] no que tange às dificuldades de se efetivar o processo judicial célere e dinâmico, denota-se, por outro lado, um deliberado fenômeno de sua privatização, com o fomento às formas extrajudiciais de soluções de controvérsias, inclusive com a positivação de preceitos contrários à finalidade de alguns deles, como a obrigatoriedade de solução mediada nas comissões de conciliação prévia, tendo como paradigma um questionável sistema jurídico democrático (real).

Nada obstante algumas semelhanças entre a jurisdição estatal e a arbitragem, que levam alguns autores a denominar esta última de equivalente jurisdicional e outros a chamá-la de jurisdição privada, as diferenças entre esses dois modelos são mais significativas, especialmente considerando o caso do Judiciário Trabalhista, em que existem regras compensatórias da posição assimétrica das partes processuais. A distinção é minuciosamente tratada por H. da Silva (2017, p. 99), nos seguintes termos:

Há alguns pontos que afastam a solução arbitral da solução judicial: a) a publicidade dos atos judiciais é quase irrestrita, ao passo que na arbitragem pode ser convencionada cláusula de confidencialidade entre as partes; b) os custos judiciais são inexistentes, baixos ou moderados, ao passo que a arbitragem, por ser um serviço particular que auferir lucros, costuma ter custos altos, não ficando claro na reforma trabalhista quem arcará com eles; c) o tempo de duração do processo judicial costuma ser longo, se esgotadas todas as instâncias recursais, enquanto que da arbitragem se espera tempo muito breve, o que joga a favor do empregado na maioria dos casos; d) o juiz, via de regra, está adstrito à lei e aos pedidos, ao passo que o árbitro pode se valer amplamente da equidade e propor solução fora ou além do postulado.

Ora, será que a arbitragem seria mesmo um meio “adequado” para resolução dos conflitos trabalhistas? Pelo que se pode ver, a arbitragem se trata de serviço que visa ao lucro, não havendo qualquer subsídio estatal em relação a suas despesas, de modo que o custo do procedimento arbitral é bastante superior ao do processo judicial. Considerando que a firma é um agente racional que busca a maximização de seus interesses, o empregador somente escolherá a arbitragem se os custos totais forem inferiores ao de eventual processo trabalhista. Essa situação somente será possível de ocorrer no caso de as despesas do procedimento arbitral serem distribuídas de maneira desvantajosa ao trabalhador⁶⁰ e/ou de os direitos reconhecidos na sentença arbitral serem inferiores àqueles legalmente previstos⁶¹, em tese, para a questão controversa.

Pois bem. A cláusula compromissória de arbitragem, firmada no curso do contrato de trabalho, exclui a possibilidade de o empregado se valer da jurisdição trabalhista e simultaneamente autoriza a solução do litígio de acordo com as regras do direito livremente escolhidas pelas partes⁶² ou até mesmo por equidade. Nesses casos, as normas de proteção trabalhista de natureza absolutamente inderrogáveis, previstas na CLT e na CF/88, poderiam ser afastadas pelo árbitro, em manifesto prejuízo ao trabalhador.

Por tais motivos é que parece correta a tese no sentido de que o instituto da arbitragem é incompatível com os direitos trabalhistas, até mesmo em face da ausência de normas no procedimento arbitral que garantam a isonomia formal entre as partes e que protejam a manifestação de vontade do trabalhador contra vícios de vontade. Trata-se de instituto

⁶⁰ Lei n. 9.307/1996. Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:
[...]

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem;

⁶¹ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

⁶² A exemplo das normas da legislação comum pertinentes ao contrato de prestação de serviço (Arts. 593 a 609, do Código Civil).

bastante suscetível a causar violações irreparáveis a direitos fundamentais dos trabalhadores, os quais ficariam impedidos de submeter seus conflitos à jurisdição especial trabalhista.

3.3 Termo de quitação anual

Antes da edição da Lei n. 13.467/17, a quitação das obrigações trabalhistas poderia se dar por meio de recibos no curso da relação;⁶³ ou mediante termo no momento da extinção do contrato de trabalho. Este último somente teria validade, para os empregados com contrato superior a um ano de serviço, se houvesse homologação perante o sindicato profissional (Art. 477, §1º, da CLT). Nesse termo de rescisão do contrato de trabalho, poderia ocorrer a quitação de “direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho”, desde que expressamente consignado no instrumento, consoante interpretação conferida pela Súmula 330, item II, do TST.

Essa era a sistemática admitida pelo ordenamento trabalhista, embora de forma excepcional a Constituição da República tenha previsto um procedimento judicial para comprovação das obrigações trabalhistas do empregador rural. Naquela oportunidade o que justificava tal exceção era a manutenção da imprescritibilidade das verbas trabalhistas, no curso do contrato do trabalhador rural, pelo texto originário da Constituição de 1988.

Assim, abriu-se a possibilidade de comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas, em períodos de cinco anos e no curso do contrato de trabalho, isentando-se o empregador rural dos ônus relativos às obrigações do período. Com a unificação dos prazos prescricionais entre os trabalhadores urbanos e rurais pela EC n. 28/2000, o referido procedimento acabou revogado. Eis o teor do texto constitucional derogado:

Art. 233. Para efeito do art. 7º, XXIX, o empregador rural provará, de cinco em cinco anos, perante a Justiça do Trabalho, o cumprimento das suas obrigações trabalhistas para com o empregado rural, na presença deste e de seu representante sindical.

§ 1º Uma vez comprovado o cumprimento das obrigações mencionadas neste artigo, fica o empregador isento de qualquer ônus decorrente daquelas obrigações no período respectivo. Caso o empregado e seu representante não concordem com a comprovação do empregador, caberá à Justiça do Trabalho a solução da controvérsia.

§ 2º Fica ressalvado ao empregado, em qualquer hipótese, o direito de postular, judicialmente, os créditos que entender existir, relativamente aos últimos cinco anos.

§ 3º A comprovação mencionada neste artigo poderá ser feita em prazo inferior a cinco anos, a critério do empregador.

⁶³ A exemplo do recibo de pagamento de salário a que alude o artigo 464 da CLT.

A reforma trabalhista inaugurou mecanismo denominado de termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, autorizando empregado e empregador a firmarem anualmente, no curso ou após o término da relação de emprego, instrumento com eficácia liberatória das parcelas especificadas. Eis o teor do texto normativo:

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.

De logo se percebe uma série de diferenças em relação ao procedimento estabelecido por norma de hierarquia constitucional e o novo instrumento introduzido na CLT. Trocou-se o processo judicial, com contraditório e ampla defesa (especialmente em caso de eventual discordância entre as partes), por um mero procedimento em sindicato sem as garantias do devido processo legal. Além disso, era ressalvado ao empregado o direito de postular os créditos relativos aos últimos cinco anos de contrato (Art. 233, §2º, CF/88), justamente o prazo prescricional dos trabalhadores urbanos e que posteriormente foi estendido aos rurícolas.

A finalidade daquele instituto era, portanto, a de possibilitar a quitação das verbas relativas a períodos aquisitivos ocorridos há mais de cinco anos (mais antigos e cuja existência de prova documental seria mais difícil), sem alcançar as prestações porventura devidas no último quinquênio, para as quais o empregador tem a obrigação legal de conservar todos os recibos. O novo procedimento do artigo 507-B da CLT, contudo, visa exclusivamente conferir eficácia liberatória geral ao respectivo recibo, ainda que se trate de obrigação recente e sobre a qual incide o dever de documentação.

E aqui novamente se retorna à velha discussão entre quitação de valores e quitação da parcela, que tanto movimentou o debate acadêmico acerca do alcance do § 2º do art. 477 da CLT, e que se encontra superada pela iterativa jurisprudência do TST, e mais recentemente do STF. Com efeito, desde a década de 1990 que a Súmula 330 da corte superior trabalhista⁶⁴ prevê

⁶⁴ **SUM-330 QUITAÇÃO. VALIDADE.** A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas. I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo. II - Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

a eficácia liberatória da quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo.

Nada obstante, ainda existia forte resistência na doutrina e na jurisprudência quanto a essa interpretação, entendendo-se que o Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho (TRCT) somente implicava quitação dos valores, podendo haver rediscussão acerca das parcelas nele consignadas. Contudo, quando do julgamento do RE 590.415/SC (caso BESC), o STF deixou claro que a quitação seria da própria parcela, admitindo inclusive que, no caso de plano de demissão voluntária, essa quitação seria ampla e irrestrita, abrangendo todas as parcelas objeto do contrato de emprego. Veja a tese jurídica fixada no caso:

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado. (RE 590415/SC, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 29 maio 2015).

Do parecer da Câmara dos Deputados é possível constatar a expressa intenção de “que o termo de quitação sirva como mais um instrumento de prova, no caso de ser ajuizada ação trabalhista” (BRASIL, 2017a, p. 58). Não se cuida, todavia, de mais um instrumento de prova, mas sim de um “recibo de pagamento categorizado”, na feliz expressão de Manoel Carlos Toledo Filho (DIAS *et al.*, 2018, p. 144). Nesse contexto, o legislador reformista procurou criar um meio de prova definitivo e incontestável de quitação de todas as parcelas trabalhistas decorrentes do contrato de emprego, com presunção absoluta de veracidade.

Seguindo essa linha de raciocínio, a simples apresentação do recibo anual bastaria por si só como prova do cumprimento das obrigações dele constantes. A exigência por parte do magistrado da juntada de documentos outros como recibos de pagamento e controles de jornada, bem como a confrontação de seus conteúdos, não se compatibilizaria com a eficácia liberatória geral reconhecida pelos tribunais superiores aos recibos firmados mediante assistência sindical⁶⁵.

⁶⁵ Em sentido contrário, Toledo Filho pontua: “A nosso juízo, para que se possa conferir alguma *eficácia mínima* ao dispositivo em análise, mister será que os termos de quitação possuam um conteúdo *detalhado, claro e consistente*. Não bastará, portanto, por exemplo, fazer nele constar que “são consideradas quitadas as horas extras prestadas no ano de 2017”. As horas deverão ser especificadas mês a mês, com identificação da quantidade, do adicional, do valor do principal e dos reflexos, se os houver. E a quitação em questão apenas prevalecerá em juízo se, ali, forem apresentados controles de jornada que corroborem o conteúdo e os limites dos pagamentos efetuados.” (DIAS *et al.*, 2018, p. 144).

À primeira vista, o procedimento apresentaria diversos benefícios, inibindo o ajuizamento de reclamações sem substrato probatório, diminuindo a litigiosidade na Justiça do Trabalho e garantindo segurança àquele patrão que seja bom pagador, que ficaria respaldado contra futuros questionamentos sobre as obrigações constantes do recibo (VILLATORE; GUNTHER; PRIGOL, 2018, p. 157). Entretanto toda a construção desse procedimento parte da premissa, rechaçada neste trabalho, de que “o empregado exerce com absoluta liberdade sua manifestação de vontade, na relação laboral, não estando sujeito a qualquer pressão ou coação por parte do empregador, inobstante seu estado de subordinação.” (VILLATORE; GUNTHER; PRIGOL, 2018, p. 157).

Outrossim, chama a atenção o fato de essa eficácia liberatória geral poder ser concedida pelo empregado no curso do contrato de trabalho, quando ele está sob o estado de subordinação jurídica, momento em que sua autonomia da vontade se encontra diminuída, presumindo-se o vício de consentimento de seus atos com vistas a manutenção do emprego. Por isso que nos casos em que essa eficácia liberatória é reconhecida, pela legislação⁶⁶ ou pela jurisprudência⁶⁷ dos tribunais superiores, o instrumento deve ser firmado por ocasião do término da relação empregatícia, quando o trabalhador não estaria mais, em tese, no estado de dependência decorrente da subordinação ao empregador⁶⁸.

O mais surpreendente é que por um lado a Lei n. 13.467/2017 revogou a obrigatoriedade da homologação sindical na rescisão do contrato de trabalho, prevista no § 1º do artigo 477 da CLT, mas por outro lado estabeleceu no artigo 507-B da CLT esse procedimento de quitação anual perante o sindicato profissional. Essa incoerência, contudo, não passou despercebida:

[...] a regra é totalmente estranha ao próprio sistema criado pela Lei n. 13.467/2017 que afasta o Sindicato das rescisões contratuais individuais (ao extinguir o ato de homologação da rescisão contratual para os empregados com mais de um ano de trabalho – art. 477 da CLT) e exclui a participação da entidade sindical nas despedidas coletivas (art. 477-A da CLT) e, por outro lado, com essa antinomia estabelece a utilização da inovadora homologação de quitação anual de contratos de trabalho em plena vigência e, assim, atinge o trabalhador – se quiser continuar sendo empregado

⁶⁶ CLT. Art. 625-E. Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu proposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes. Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

⁶⁷ Súmula n. 330 do TST e tese fixada no RE 590415/SC (Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 29 maio 2015).

⁶⁸ Trata-se de pressuposição discutível, pois embora a subordinação jurídica seja mais intensa no curso do contrato, a dependência econômica se acentuaria com a dispensa, quando cessa a fonte de renda do trabalhador. Nesse contexto, a necessidade de receber rapidamente as verbas rescisórias tenderia a restringir, igualmente, a autonomia da vontade do empregado dispensado.

– em situação de grande desvantagem e vulnerabilidade. (CASTELO, 2018, v. 1, p. 179).

Mas afinal de contas, qual seria a finalidade do procedimento em análise? Por que motivo criar uma modalidade de quitação anual em sindicato de verbas devidas no curso do contrato? Ora, o item II da Súmula 330 do TST e o § 2º do artigo 477 da CLT já permitiam a quitação dessas obrigações, desde que expressamente consignado o período no TRCT. Será que haveria outra justificativa para o empregado dar quitação com eficácia liberatória geral de todos os direitos devidos naquele ano, abrindo mão de discuti-los em juízo sob a garantia do devido processo legal, que não fosse o temor de ficar desempregado em caso de se negar a concedê-la? As respostas a essas perguntas, além de algumas outras inquietações, foram levantadas por Cassar e Borges (2017, p. 78):

[...] a quitação do que foi pago já está indiretamente autorizada no art. 477, § 2º, da CLT e diretamente nos recibos salariais assinados pelo empregado ou nos comprovantes de depósito dos salários e haveres trabalhistas pagos mensalmente. Criar a possibilidade de quitação anual geral em relação a cada parcela mencionada no termo, na vigência do contrato, quando o empregado está presumidamente submetido às ordens do patrão, é de duvidosa liberdade de vontade. Ora, se os recibos bastam para a comprovação das obrigações trabalhistas, qual o motivo para a quitação em sindicato? Claro que a intenção foi a de obter a eficácia liberatória geral do que não foi pago, gerando o enriquecimento sem causa.

De fato, a quitação anual não faz muito sentido, pois o intervalo de tempo entre a exigibilidade do direito e a formalização do recibo é muito curto. Diversamente do mecanismo do artigo 233 da CF/88, não se cuida de uma quitação no final de um contrato firmado vários anos antes. Esses recibos de pagamento são de confecção obrigatória pelo empregador e ainda estaria em curso o período em que deveriam ser guardados, para fins de fiscalização do trabalho.

Trata-se de uma porta aberta para fraudes, funcionando como uma “regularização” anual de situações de descumprimento reiterado da legislação trabalhista. Outrossim, não se deu muita atenção ao fato de que o referido dispositivo legal também permite a quitação de obrigações de fazer perante o sindicato. Essas obrigações, em sua maioria, referem-se a fatos pretéritos, não podendo ser cumpridas perante o sindicato. Assim, abre-se a possibilidade – em tese – de que se dê quitação da entrega de Equipamentos de Proteção Individual ao empregado (em boas condições, dentro da validade e com Certificado de Aprovação reconhecido) ou mesmo da realização de exame médico periódico. Mais uma brecha para o desvirtuamento da legislação de proteção do trabalho.

Na verdade, a finalidade que sobressai desse termo de quitação é a de impedir a discussão em juízo das obrigações dele constantes, servindo como renúncia do empregado a

seu futuro acesso à Justiça do Trabalho. Nesse sentido, há de se concordar com as conclusões apresentadas por Fernandes (2019, p. 65):

Trata-se de um procedimento sindical que visa afastar da Justiça do Trabalho os conflitos entre empregados e empregadores, contrapondo-se ao direito fundamental de acesso à justiça. Uma vez dada a quitação anual com eficácia liberatória em relação às parcelas discriminadas, busca-se fazer com que o empregado não venha a procurar a jurisdição trabalhista para discuti-las novamente, devendo conformar-se com o procedimento administrativo inseguro de quitação, realizado pelo sindicato.

Por conseguinte, a norma do artigo 507-B da CLT também serve ao propósito de afastar do Poder Judiciário lides trabalhistas, funcionando não como um filtro ao uso da jurisdição (como consta do parecer legislativo), mas sim como um impedimento de reclamações sobre as prestações objeto de quitação pelo termo anual, restringindo “o direito de ação do trabalhador e [...] [representando] uma das formas de esvaziamento das atribuições da Justiça do Trabalho” (FERNANDES, 2019, p. 66).

3.4 Petição Inicial Trabalhista

Quando se pensa na especialidade do processo do trabalho, com normas e características próprias como o princípio da simplicidade e o *jus postulandi* das partes, o artigo 840 da CLT desponta como típico modelo. É nesse dispositivo que consta a previsão de ajuizamento de reclamação verbal e a exigência de requisitos da petição inicial mais singelos, a exemplo da “breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio” e da ausência de obrigatoriedade de indicação do valor da causa. Cuida-se de regra que, embora represente o nascimento do processo do trabalho no Brasil, retrata uma era que teria chegado ao seu fim segundo parte da doutrina:

O art. 840 sempre esteve ligado às raízes da legislação trabalhista e os princípios fundamentais do processo de trabalho. Ele representa o símbolo da facilitação do acesso ao Judiciário, sendo normalmente identificado como a concretização do princípio da simplicidade.

[...]

O art. 840 permaneceu 74 anos sem mencionar o valor da causa, mas a situação foi se tornando insustentável porque esse elemento é utilizado como base de cálculo para vários valores, tais como aplicação da litigância de má-fé, depósito prévio em ação rescisória, custas e outras despesas processuais. (SILVA, H., 2017, p. 153-154).

Na década de 2000, a Lei n. 9.957/2000 criou o procedimento sumaríssimo, estabelecendo como requisito da petição inicial que “o pedido deverá ser certo ou determinado

e indicará o valor correspondente”, cominando o descumprimento dessa exigência com o “arquivamento da reclamação e condenação ao pagamento de custas sobre o valor da causa” (Art. 852-B, inciso I e §1º, da CLT). Os processos do rito ordinário, todavia, permaneceriam sem a necessidade de indicação do valor da causa. Com a Lei n. 13.467/2017, essa exigência foi estendida a todos os dissídios individuais trabalhistas, independentemente do rito adotado. Eis a nova redação do dispositivo em comento:

Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal.

§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1º deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Como o novo requisito introduzido pela reforma trabalhista é essencialmente idêntico àquele previsto para o rito sumaríssimo, inclusive com a mesma cominação de extinção do processo sem resolução do mérito, toda discussão envolvendo a redação do artigo 852-B, I, CLT é novamente retomada. Quando da edição da Lei n. 9.957/2000, o festejado processualista Teixeira Filho (2000, p. 62) indagava:

[...] que utilidade prática terá essa (penosa) indicação de valores dos pedidos quando os *fatos* de que estes se originam foram *contestados* pelo réu, sob o argumento, por exemplo, de que as parcelas postuladas são indevidas? [...] qual efeito prático de impor-se ao autor a fixação dos valores dos pedidos formulados? Quase nenhum. Entretanto, as *dificuldades* que o autor terá para desincumbir-se desse encargo processual serão de grande monta, a começar pelo fato de as iniciais trabalhistas conterem um número expressivo de pedidos, não sendo desarrazoado dizer que chegam a dezenas.

A aplicação do texto normativo da forma como está redigido, sem realizar-se uma interpretação sistemática e finalística, trará resultados iníquos. Em primeiro lugar, levando-se em conta exclusivamente a literalidade do dispositivo, a exigência de pedido com indicação de valor remete à necessidade de liquidação de cada um dos pleitos da exordial. Afinal, como é que se aponta o valor correspondente ao pedido? A resposta a essa pergunta foi apresentada por José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (DIAS *et al.*, 2018, p. 235):

Não conhecemos outro modo a não ser a apresentação de uma planilha de cálculos [...] Não podemos conceber pedido líquido que não seja dessa forma apresentado. Fere nossa consciência pensar que a simples atribuição de um valor qualquer ao pedido,

sem respaldo em demonstrativo contábil, possa merecer a nomenclatura de pedido líquido.

Tal conclusão, entretanto, não resiste a uma interpretação sistemática. Consoante parecer da Câmara dos Deputados, a nova regra estaria fundada no dever de boa-fé processual e “permite que todos os envolvidos na lide tenham pleno conhecimento do que está sendo proposto” (BRASIL, 2017a, p. 72). Trata-se, portanto, de uma estimativa do valor de cada pedido, que reflita o que a doutrina denomina de “expectativa de reflexo pecuniário do direito” (DIAS *et al.*, 2018, p. 234).

Ora, a liquidação do valor devido pelo réu ocorre numa fase muito posterior do procedimento, quando já existe um título executivo com trânsito em julgado. Ademais, mesmo após a instrução processual, quando todo o acervo probatório se encontra nos autos, a exigência de quantificação do valor pode se mostrar problemática até no momento de prolação da sentença. É o que ocorre nos casos em que essa apuração “depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa”, quando a definição dos parâmetros da condenação será remetida à liquidação (Art. 491, inciso II e § 1º, do CPC). Note-se que nesse caso não existe uma verdadeira impossibilidade, mas apenas uma maior dificuldade em se obter a quantificação do valor.

Ocorre que a quantificação da grande maioria das verbas trabalhistas, com exceção de algumas verbas rescisórias e desde que o empregado tenha salário fixo, pode ser considerada como complexa: “Tanto é que diferentemente do processo civil, ainda, se mantém no processo do trabalho a fase processual prévia a execução pertinente a liquidação por cálculos” (CASTELO, 2018, v. 2, p. 126). De fato, enquanto no processo comum o requerimento de cumprimento da sentença deve estar acompanhado de “demonstrativo discriminado e atualizado do crédito” (Art. 524, *caput*, do CPC), no processo do trabalho a conta de liquidação pode ser apresentada pela parte ou pelos órgãos auxiliares da justiça (Art. 879 da CLT).

Ainda existem os casos em que a norma em comento se revela incompleta, porquanto a liquidação prévia dos pedidos é simplesmente impossível ao reclamante, como expressamente reconhecido pela legislação processual comum: nas ações meramente declaratórias; nas ações mandamentais; quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato (Art. 324, § 1º, II, CPC); quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu (Art. 324, § 1º, III, CPC); e quando não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido (Art. 491, I, CPC).

Alguns exemplos trazidos por Castelo (2018, v. 2, p. 128-130) sobre situações do cotidiano trabalhista, em que não se poderia exigir do reclamante a liquidação de seus pleitos,

são bastante elucidativos: I) pedido de reintegração por dispensa discriminatória, o qual depende da prática de ato pelo réu⁶⁹; II) pedido de pensionamento vitalício, cuja extensão do dano não pode ser determinada de logo⁷⁰; III) pedido de adicional de periculosidade ou insalubridade, que depende da realização de perícia⁷¹; e IV) honorários advocatícios de sucumbência, que depende da procedência ou improcedência dos pedidos formulados⁷². A par dessas hipóteses, acrescentem-se os pedidos de pagamento da multa do art. 467 da CLT⁷³, cuja base de cálculo são as verbas rescisórias que se tornarem incontroversas e que não forem pagas na primeira audiência, e das multas de caráter processual⁷⁴, as quais independem de pedido da parte (DIAS *et al.*, 2018, p. 238).

Também os denominados pedidos “implícitos” não precisam de liquidação prévia, pois consideram-se compreendidos no pedido principal e devem constar da sentença independentemente de postulação específica da parte (Art. 322, § 1º, CPC). É o caso dos juros legais, da correção monetária e das verbas de sucumbência, inclusive honorários advocatícios.

Essas são as razões pelas quais não se pode exigir a prévia liquidação dos pedidos, devendo a indicação do valor de cada pleito se dar por estimativa. Nesse sentido, a Instrução Normativa n. 41/2018 do TST, que dispõe sobre a aplicação das normas da reforma trabalhista, prevê em seu artigo 12, § 2º, que “Para fim do que dispõe o art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil.” (BRASIL, 2018e).

⁶⁹ **Lei n. 9.029/1995.** Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais;

⁷⁰ **Código Civil.** Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

⁷¹ **CLT.** Art. 195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.

[...]

§ 2º - Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.

⁷² **CLT.** Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

⁷³ Art. 467. Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento.

⁷⁴ A título de exemplo citem-se as penalidades previstas nos arts. 77, § 2º, 81 e 774, parágrafo único, do CPC e art. 793-C da CLT, as quais podem ser impostas de ofício pelo juiz.

Em segundo lugar, existe certa controvérsia sobre a consequência jurídica do desatendimento dessa exigência. Pela literalidade da norma do § 3º do artigo 840 da CLT, a não indicação do valor dos pedidos implicaria inépcia da petição inicial, com a extinção do processo sem resolução do mérito e sem possibilidade de emenda à exordial. Trata-se, inclusive, de regra bastante semelhante ao disposto no art. 852-B, § 1º, da CLT, incluso na seção que cuida do procedimento sumaríssimo.

Novamente a discussão que se travou quando da edição da Lei n. 9.957/2000 volta à tona, atualizada pela superveniência do Código de Processo Civil de 2015. O valor da causa é um requisito da petição inicial no processo civil (Art. 319, V, CPC), cuja inobservância é considerada um vício sanável, devendo o juiz determinar a emenda da peça de ingresso (Art. 321, *caput*, CPC). Somente se não cumprida a determinação no prazo concedido é que se procederá ao indeferimento da petição inicial (Art. 321, parágrafo único, CPC).

O Tribunal Superior do Trabalho, ainda sob a égide do CPC/73, editou a Súmula n. 263, alterada em conformidade com o CPC de 2015, admitindo a emenda da petição inicial no processo do trabalho. Eis o seu teor:

SUM-263 PETIÇÃO INICIAL. INDEFERIMENTO. INSTRUÇÃO OBRIGATÓRIA DEFICIENTE. Salvo nas hipóteses do art. 330 do CPC de 2015 (art. 295 do CPC de 1973), o indeferimento da petição inicial, por encontrar-se desacompanhada de documento indispensável à propositura da ação ou não preencher outro requisito legal, somente é cabível se, após intimada para suprir a irregularidade em 15 (quinze) dias, mediante indicação precisa do que deve ser corrigido ou completado, a parte não o fizer (art. 321 do CPC de 2015).

Trata-se de entendimento jurisprudencial que, embora anterior à vigência da reforma trabalhista de 2017, foi atualizado com a edição do CPC de 2015, sendo posterior – portanto – à lei do procedimento sumaríssimo, que traz a mesma exigência de indicação de valor dos pedidos. Em outras palavras, o referido precedente deve continuar sendo aplicado, pois permanecem os mesmos motivos que justificavam sua incidência no passado.

Ademais, a possibilidade de emenda da petição inicial se impõe com maior razão em virtude da consagração legislativa de duas normas fundamentais do processo: o princípio da primazia do julgamento do mérito (Arts. 4º e 317, CPC/15) e o princípio da cooperação (Arts. 6º e 321, *caput*, CPC).

Com efeito, tendo em vista que as partes vão a juízo em busca de uma solução definitiva sobre a matéria de fundo do conflito, somente o julgamento do mérito poderá trazer a almejada paz social, devendo sempre ser priorizada a decisão de mérito, possibilitando-se às

partes, quando cabível, a correção dos vícios processuais. Daí se falar que a emenda à petição inicial se constitui em direito do autor.⁷⁵ Com razão J. A. de O. Silva, quando explica:

[...] com relação aos §§ 1º e 3º do art. 840 da CLT, outra não deve ser a interpretação. Com efeito, se o novo sistema processual brasileiro preconiza a *primazia da decisão de mérito*, não deve o juiz do trabalho, apenas com o intuito de “punir” o reclamante relapso, que se olvida da determinação de apresentar pedido “líquido”, extinguir o processo. (DIAS *et al.*, 2018, p. 238).

Outrossim, é reconhecido que o dever de cooperação se aplica ao juiz, na medida em que também se qualifica como sujeito do processo para fins do artigo 6º do CPC. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. (2015, v. 1, p. 558) explica o modo como este princípio se aplica na emenda da exordial: “O princípio da cooperação se revela em dois momentos: *dever de prevenção do juiz, que deve dar oportunidade de correção de defeito processual, e dever de esclarecimento, pois cabe ao juiz dizer precisamente qual foi o defeito que vislumbrou.*”

Qual seria, então, o motivo dessa alteração? Quanto à justificativa de que a indicação do valor é necessária para a apuração de honorários advocatícios de sucumbência, observa-se que a referida despesa é fixada primariamente sobre o valor que resultar da liquidação ou sobre o proveito econômico obtido, incidindo sobre o valor atualizado da causa exclusivamente na hipótese de não ser possível mensurar a utilidade econômica da ação (Art. 791-A, *caput*, CLT). Ademais, o processo comum também autoriza que o juiz fixe o valor dos honorários por apreciação equitativa, consoante Art. 85, § 8º, do CPC.

Quanto à determinação do rito a ser seguido (ordinário ou sumaríssimo), registre-se que já existia solução no ordenamento jurídico para o caso de omissão na indicação do valor da causa: o artigo 2º, *caput*, da Lei n. 5.584/70, o qual não foi revogado expressamente e prevê que o juiz fixará o valor da causa para a determinação da alçada, se este for indeterminado no pedido. Ademais, no caso de o valor da causa não corresponder ao conteúdo patrimonial discutido em juízo, o ordenamento igualmente já determinava que o juiz corrigisse, de ofício e por arbitramento, o valor indicado pelo autor (Art. 292, § 3º, do CPC).

De outra parte, o pressuposto em debate não trará nenhum benefício à celeridade processual, na medida em que não há exigência legal no sentido de que sejam discriminadas em contestação as verbas reconhecidas ou controvertidas. No mesmo sentido é a ausência de determinação de que a prolação de sentença judicial seja líquida. Não há como concluir,

⁷⁵ STJ (4. Turma). Recurso Especial 1143968/MG. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, DJe 01 jul. 2013.

portanto, que o requisito assegure a celeridade, pois uma vez apresentados esses cálculos não serão aproveitados na prática de atos posteriores.

O que se percebe, mais uma vez, é a preocupação do legislador em tornar o processo especial trabalhista mais formal e mais complicado que o processo comum, com exigências que não encontram qualquer razoabilidade nem se harmonizam com o restante do ordenamento jurídico. Ora, num ramo do Judiciário no qual, em tese, ainda se admite o *jus postulandi* das partes (Art. 791 da CLT), como seria possível ao reclamante ingressar sozinho com uma reclamação? Teria ele condições e conhecimento para, além de formular corretamente os pedidos, liquidá-los? Haveria alguma razão que justificasse antecipar a fase de liquidação para o momento da postulação em juízo?

Após sustentar as teses de inconstitucionalidades, de contrariedade à natureza das coisas e de inadequação dos critérios elegidos, Castelo (2018, v. 2, p. 120-121) conclui que o legislador acabou criando “de forma artificial e inexequível perversos obstáculos ao acesso à Justiça”, alterando a ordem natural do procedimento trabalhista, em afronta ao devido processo legal, ocasionando “insuportável entrave ao exercício do direito de ação”.

Ao que parece a consequência imediata dessa regulação normativa é dificultar o exercício do direito de ação, com o afastamento do trabalhador do Judiciário trabalhista. Haverá, evidentemente, um aumento nos custos de acionar a Justiça do Trabalho decorrente da liquidação dos pedidos, que restringirá o acesso dos mais necessitados, impedidos pela sua situação econômica de custear o atendimento desse pressuposto.

Outra finalidade que se evidencia é a inserção, desde o início, de um limite objetivo no valor dos pedidos formulados na petição inicial (princípio da adstrição), mesmo quando não seja possível liquidá-los nesse momento processual, por não haver como determinar as consequências do fato ou por não dispor o autor dos documentos necessários a essa apuração.

Desse modo, como as despesas processuais, em regra, são calculadas com base no valor da causa e o autor não disporia das condições necessárias para precisar de imediato o montante que lhe seria devido, a exigência funcionaria como um inibidor para a indicação de valores mais elevados. É que, em razão da incerteza do *quantum debeatur*, o reclamante mais prudente optaria por apresentar um valor um pouco mais baixo, que pudesse ocasionar uma despesa menor em caso de derrota, ainda que tivesse razoáveis chances de obter uma condenação um pouco mais alta se assim fosse postulado.

Cuida-se, por conseguinte, de mais um obstáculo trazido pela Lei n. 13.467/2017 imposto ao acesso do trabalhador ao Judiciário trabalhista, seja pela insegurança jurídica que a discussão acerca do alcance dessa norma causará, seja pela dificuldade inerente à eventual

liquidação dos pedidos ou mesmo sua impossibilidade, seja pelo custo adicional que o cumprimento da exigência implicará ao reclamante, seja pela tendência de apresentar valores mais modestos em face do temor de uma eventual condenação, uma vez que as principais despesas processuais serão calculadas sobre a quantia apontada para cada pedido.

3.5 Custas pelo arquivamento da reclamação trabalhista

O denominado arquivamento da reclamação nada mais é do que a extinção do processo, sem resolução do mérito, em razão da ausência do reclamante à audiência inicial ou única. Trata-se de concretização do princípio da proteção no processo do trabalho, na medida em que o tratamento dado ao réu é mais severo: sua ausência a essa mesma audiência acarreta revelia e confissão quanto à matéria de fato (Art. 844, *caput*, CLT). Trata-se de instituto que leva em consideração as maiores dificuldades que o trabalhador encontra para comparecer em juízo e procura isentá-lo das graves consequências da confissão ficta e dos custos com a extinção do processo, por meio de uma solução mais simples e sem necessidade de apresentação de justificativa formal (isso na redação original do artigo).

Naturalmente, não está imune a críticas, tendo pontuado J. A. R. de O. Silva (DIAS *et al.*, 2018, p. 241-242) que o instituto em comento “[...] era justificável quando a maioria dos trabalhadores vivia no meio rural e quando havia séria deficiência do transporte público urbano, o que dificultava o acesso do trabalhador ao fórum trabalhista.”

Com vistas a coibir eventuais excessos, o legislador previu uma penalidade de “perda, pelo prazo de 6 (seis) meses, do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho”, caso o reclamante desse causa ao arquivamento do feito por duas vezes seguidas (Art. 732, CLT). Esse regramento, entretanto, é insuficiente para inibir comportamentos abusivos dos reclamantes, inclusive a utilização estratégica do arquivamento. Como destacado no parecer legislativo, a norma incentiva a litigância descompromissada, pois o reclamante não precisa se esforçar para comparecer em juízo, sabendo que ainda dispõe de mais um arquivamento. Tal comportamento, ademais, gera externalidades para o Estado, com a movimentação da máquina judiciária e o desperdício de um espaço na pauta das audiências, e para a parte adversa, que tem que pagar advogado para realização daquele ato processual e deslocar pessoal para comparecer em juízo (BRASIL, 2017a, p. 74).

A Lei n. 13.467/2017, dessa forma, procurou exigir maior compromisso por parte do reclamante, impondo a obrigação de indicar o motivo pelo qual o autor deixou de comparecer ao ato processual. Eis a nova redação do dispositivo em comento:

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

[...]

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Inicialmente, há de se reconhecer que – de fato – vários motivos podem impedir o comparecimento do reclamante em juízo, razão pela qual a CLT lhe concede prazo de 15 dias para informar um motivo legalmente justificável. Todavia, a ausência injustificada à audiência – mobilizando desnecessariamente magistrado, servidores, preposto e advogado da parte adversa – constitui-se em verdadeiro *contempt of court*, isto é, em desrespeito à autoridade da justiça e em desprezo às responsabilidades processuais da parte. Em hipótese essencialmente idêntica, o CPC estabelece que o não comparecimento injustificado da parte à audiência de conciliação ou mediação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa (Art. 334, § 8º, CPC). Em se tratando de ato atentatório a dignidade da justiça, a concessão da justiça gratuita não afasta o dever de pagar a multa respectiva (Art. 98, § 4º, CPC).

Ainda de acordo com o processo comum, ao propor novamente a mesma ação, o autor deverá recolher as custas processuais e os honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (Art. 486, § 2º, CPC), sendo certo ainda que a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas mencionadas despesas processuais, as quais ficarão com a exigibilidade suspensa pelo prazo previsto em lei (Art. 98, § 2º, CPC).

Postas estas normas em perspectiva, constata-se que o enquadramento do reclamante que deixa de comparecer injustificadamente à audiência não é tão diferente assim do cenário estabelecido no processo comum. Neste caso, o descumprimento do dever processual é punível com multa por ato atentatório à dignidade da justiça, naquele a falta de compromisso da parte impõe a obrigação de recolher custas judiciais como pressupostos processual negativo para propositura da nova demanda. Em ambas as situações, esse pressuposto negativo também é exigido do beneficiário da justiça gratuita.

A doutrina é majoritariamente contrária ao dispositivo em comento, sustentando sua inconstitucionalidade sob os seguintes argumentos: a) desnecessidade, pois já havia punição para o reclamante descompromissado (suspensão do direito de ação por seis meses), b) desvio

de finalidade, pois imposição de custas não pode servir como punição; c) impedimento permanente ao exercício do direito de ação, pois a situação de miserabilidade econômica permaneceria e não haveria meios para efetuar o recolhimento; d) discrimen de acesso injustificado entre órgãos do Poder Judiciário, impondo obstáculos econômicos comparativamente mais severos à tutela de direitos trabalhistas; e e) comprometimento à garantia de paridade de armas, de modo que ao invés de a assimetria entre as partes ser equilibrada, haveria seu aprofundamento (DIAS *et al.*, 2018, p. 242; PARENTONI, 2018, p. 129).

Nesse mesmo sentido, o Enunciado n. 103 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, evento promovido pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, em outubro de 2017, reunindo mais de 600 juízes, procuradores e auditores fiscais do trabalho. Eis o teor desse verbete:

103. ACESSO À JUSTIÇA Acesso à justiça. Art, 844, § 2º e § 3º, da CLT. Inconstitucionalidade. Viola o princípio de acesso à justiça a exigência de cobrança de custas de processo arquivado como pressuposto de novo ajuizamento. O princípio do acesso à justiça é uma das razões da própria existência da justiça do trabalho, o que impede a aplicação dessas regras, inclusive sob pena de esvaziar o conceito de gratuidade da justiça. (ANAMATRA, 2018).

Entretanto, não se está estabelecendo um requisito geral de recolhimento prévio das custas do processo anteriormente arquivado para fins de ajuizamento de nova reclamação trabalhista. Apenas se está exigindo do reclamante responsabilidade na utilização do sistema de justiça, em observância dos deveres de cooperação e de lealdade processuais. Outrossim, o instituto em comento necessita da imposição de limites pela legislação, tanto é assim que a CLT, desde o início de sua vigência, prevê a suspensão do direito de ação por seis meses no caso de dois arquivamentos seguidos. Essa restrição temporária, todavia, é ineficiente por não produzir qualquer desincentivo financeiro ao reclamante, que após o decurso de um semestre poderá reclamar os mesmos valores. Nem mesmo correria prescrição nesse lapso, segundo entendimento doutrinário.

Some-se a isso o uso estratégico do arquivamento por parte de alguns reclamantes, que causa prejuízos ao Judiciário e à parte adversa, em afronta aos deveres de lealdade e boa-fé processuais. Com efeito, no período anterior à vigência da Lei n. 13.467/2017, o arquivamento da reclamação não importava custos para o reclamante, mas acarretava despesas para o reclamado, pois um empregado seria deslocado de sua função para funcionar como preposto em juízo. Além disso, os advogados geralmente cobram um valor a título de honorários

por cada audiência em que tiverem de representar uma empresa. Dessa forma, o reclamante poderia adotar um modelo de comportamento típico de ação de aborrecimento, promovendo o arquivamento como forma de causar prejuízo ao reclamado, na tentativa de forçar um acordo⁷⁶ quando do novo ajuizamento da ação.

Outro modo de operação do uso estratégico do arquivamento se desenvolve da seguinte forma: o empregado ingressa com sua reclamação trabalhista e formula diversos pedidos, muitos dos quais sabe que não teria chances de sair vitorioso. No dia marcado para a audiência inaugural, esse reclamante e seu advogado ficam aguardando o pregão no lado de fora da sala de sessões, enquanto observam a possível conduta do reclamado: a) no caso de o réu se apresentar ao juiz, o reclamante e seu patrono deixam de comparecer injustificadamente à audiência e posteriormente ingressam com outra demanda; ou b) na hipótese de o reclamado não comparecer, o reclamante e seu patrono se apresentam para o magistrado, correndo a reclamação à revelia.

Note-se que não havia nenhum desincentivo a esses possíveis comportamentos oportunistas do autor, que poderia se repetir mais uma vez e, passados seis meses, outra vez mais, até porque para significativa parcela da doutrina a prescrição deixaria de correr durante esse semestre. Agora, com os §§ 2º e 3º do artigo 844 da CLT, o reclamante terá que apresentar uma justificativa para sua ausência, sendo condenado ao pagamento de custas caso não o faça, com o recolhimento dessa despesa como condição para a propositura de nova demanda. A norma em comento não impede o exercício do direito de ação pelo reclamante, apenas exige uma explicação para sua ausência, desincentivando o uso irresponsável ou malicioso do sistema de justiça.

O dispositivo em análise teve sua constitucionalidade questionada pela Procuradoria-Geral da República, por meio da ADI 5766/DF, em cuja petição inicial sustentou-se que a regra em debate impunha restrições inconstitucionais à garantia de acesso à justiça e à gratuidade judiciária. Alegou-se, em síntese, que o pagamento de custas pelo beneficiário de justiça gratuita violaria a garantia inerente ao mínimo existencial, o princípio da isonomia, a garantia institucional de acesso à jurisdição trabalhista, a proporcionalidade e a proibição de excesso, além de se constituir em vício de finalidade e abuso legislativo.

⁷⁶ Os custos para o reclamado podem ser potencializados em certas hipóteses, como no caso de empregador que promova suas atividades fora do lugar do contrato de trabalho. Imagine-se uma construtora sediada em São Paulo (SP) que realize uma obra em Recife (PE), distante mais de 2.000 km da sede da empresa. As despesas com passagens aéreas e hospedagem dos prepostos seriam proibitivas.

Inegavelmente, a petição inicial está muito bem fundamentada e os argumentos adotados pelo Procurador-Geral da República são bastante sólidos, conforme se verá em seção infra, em que a discussão acerca da imposição de pagamento de honorários de sucumbência ao beneficiário da justiça gratuita será aprofundada. Ocorre que, em relação às custas pelo arquivamento injustificado da reclamação trabalhista, existe uma distinção essencial, que faz afastar a tese de inconstitucionalidade.

Como bem observado pela Advocacia-Geral da União, em parecer na defesa do texto impugnado, não há imposição peremptória de pagamento de custas ao reclamante em todas as vezes que ocorrer o arquivamento da reclamação. A regra prevista na norma é pela desnecessidade de pagamento das custas processuais, seja o autor beneficiário da justiça gratuita ou não, bastando-lhe cumprir com seus deveres de lealdade e boa-fé processuais, justificando o motivo pelo qual não pode comparecer à audiência. Nesse sentido, a Advocacia-Geral da União é enfática:

Não se trata, pois, a nova norma de sanção, nem possui desvio de finalidade legislativa, como afirma o autor. Ao contrário, prestigia a boa prática processual, inibindo-se a impetração de ações temerárias que obstaculizam o funcionamento da Justiça Laboral. (BRASIL, 2022b, p. 167).

O julgamento da mencionada ADI 5766/DF iniciou-se em 10 de maio de 2015, com a apresentação de dois votos em sentidos diametralmente opostos, o voto do Ministro Relator Luís Barroso e do voto vogal do Ministro Edson Fachin. Para este último julgador, o direito fundamental à gratuidade da justiça, como expressão do direito fundamental de acesso à justiça, “não admite restrições relacionadas à conduta do trabalhador em outro processo trabalhista, sob pena de esvaziamento de seu âmbito de proteção constitucional” (BRASIL, 2022b, p. 12). Por seu turno, ao analisar a manifestação do relator, Amorim (2019, p. 123) destaca que:

[...] o Min. Luís Roberto Barroso aduziu que o § 2º do art. 844, introduzido na CLT pela Reforma Trabalhista de 2017, revela-se razoável e proporcional, sendo legítima a cobrança de custas judiciais quando o pleiteante não comparece à audiência na Justiça do Trabalho. Isso se justifica, arguiu o Relator, porque o número de desistência nas reclamações trabalhistas se mostra alarmante, movimentando desnecessariamente o Poder Judiciário e ainda comprometendo a adequada prestação jurisdicional de quem realmente precisa. Contudo, o demandante deve ser intimado pessoalmente para quitar a aludida despesa, sob pena de nulidade do ato processual. Assim, o trabalhador terá a efetiva oportunidade de justificar sua ausência, conformando a referida Lei com a Constituição de 1988.

Perceba que, embora a Lei n. 13.467/2017 não faça menção à necessidade de intimação do reclamante, a tese proposta pelo Ministro Luís Barroso condiciona a legitimidade

da cobrança de custas pelo arquivamento da reclamação à “prévia intimação pessoal [do reclamante] para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento” (BRASIL, 2022b, p. 34). Trata-se de interpretação que guarda coerência com o sistema, em que se proíbe a decisão surpresa que seja desfavorável à parte (Art. 9º, CPC).

A referida ADI 5766/DF foi efetivamente apreciada em sessão plenária realizada no dia 20 de outubro 2022, quando os Ministros do STF acordaram, “por maioria, em julgar improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional [...]” (BRASIL, 2022b, p. 2). Ponderou-se que na Justiça do Trabalho não há exigência de adiantamento de custas pelo reclamante, de modo que sua posterior responsabilização pelas despesas a que deu causa corrobora a proporcionalidade e moderação do ato legislativo. Pontou-se que “nesse específico cenário, seria indevidamente favorecido por política pública financiada pela sociedade em prol daqueles mais necessitados” (BRASIL, 2022b, p. 124).

O Ministro Relator para acórdão Alexandre de Moraes ressaltou que a legislação “previu algo razoável, mais um requisito - por isso entendo não ser inconstitucional -, para o reconhecimento da gratuidade judiciária: não só a hipossuficiência, mas também a obrigação de o hipossuficiente comparecer a todos os atos processuais.” (ADI 5766/DF, Relator para acórdão: Min. Alexandre de Moraes, DJe de 03 maio 2022). Trata-se de um mínimo de cooperação do demandante com o exercício da jurisdição estatal e os custos sociais daí advindos.

Por conseguinte, pode-se concluir que o *Excelso Pretorio* reconheceu que o recolhimento prévio das custas processuais pode, excepcionalmente, ser considerado um requisito para a gratuidade judicial, como – aliás – ocorre com as multas processuais impostas. Em ambos os casos, essa obrigação não se trata de uma condição negativa geral para concessão da gratuidade da justiça, mas sim de requisito excepcionalíssimo que decorre de comportamento anterior que implica violação a deveres mínimos de cooperação, lealdade e boa-fé processual. Em outras palavras, essa norma validamente posta pelo legislador ordinário visa colocar um freio em comportamentos descompromissados ou abusivos.

3.6 Procedimento de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial

A atividade jurisdicional é, geralmente, compreendida como solução heterocompositiva de conflitos de interesse, mediante decisão proferida por terceiro imparcial, que substitui a vontade das partes (DIDIER JR., 2015, v. 1, p. 154 e 162). A par da jurisdição dita contenciosa, existe outra atividade exercida pelo Estado-juiz denominada de jurisdição

voluntária, entendida como tutela de interesses particulares, “mediante a concorrência da vontade do Estado como condição para: o nascimento, validade ou eficácia de certos atos da vida privada” (BEBBER, 2018, p. 978).

Todavia, é prevalecente em doutrina o entendimento no sentido de que a jurisdição voluntária não teria natureza jurisdicional, consistindo em administração pública de interesses privados. Ao apontar a impropriedade daquela expressão, esclarece Teixeira Filho (2018, p. 325): “não há, aqui, atividade jurisdicional (mas, administração pública de interesses privados), nem partes (mas, interessados), nem processo (mas, sim, mero procedimento), nem há voluntariedade, pois a instauração do procedimento depende de iniciativa do interessado”.

A Lei n. 13.467/2017 veio para generalizar o procedimento de jurisdição voluntária no processo do trabalho e afastar a celeuma existente em torno da possibilidade de homologação de autocomposição extrajudicial perante a Justiça do Trabalho. Eis a redação dos novos dispositivos incluídos na CLT:

CAPÍTULO III-A

DO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria.

Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação.

Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.

Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

Antes da edição da Reforma Trabalhista prevalecia em doutrina e jurisprudência entendimento no sentido de que não haveria previsão no rol de competência da Justiça do Trabalho para homologação de acordo extrajudicial. O Tribunal Superior do Trabalho, inclusive, chegou a se pronunciar nesse sentido em algumas oportunidades:

RECURSO DE REVISTA. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL – JUSTIÇA DO TRABALHO. EFEITOS. COISA JULGADA. Os artigos 652 e 831, da CLT, referem-se às decisões proferidas em juízo, após a tentativa frustrada de conciliação e à hipótese específica em que a primeira instância possui competência para exercer a atividade jurisdicional. Logo, é inviável a subsunção do comando desses dispositivos à hipótese dos autos, em que se analisam os efeitos de acordo

celebrado e homologado em jurisdição voluntária [...] (RR-1058-30.2010.5.18.0012, 6. Turma, Relator: Min. Aloysio Correa da Veiga, DEJT 27 abr. 2012).
ACORDO EXTRAJUDICIAL – HOMOLOGAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO – ART. 57 DA LEI Nº 9.099/95 – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - INDEVIDA – ART. 769 DA CLT. O art. 114 da Constituição Federal, combinado com os artigos 643/649 da CLT, ambos evidenciam que a jurisdição voluntária, qual seja, o exercício, pelo Juízo, da função administrativa de interesses privados, para sua validade, não foi atribuída à Justiça do Trabalho, motivo pelo qual refoge à sua competência homologar acordos extrajudiciais. [...] (AIRR-33340-67.2008.5.24.0031, 4. Turma, Relator: Min. Milton de Moura França, DEJT 06 maio 2011).

Por outro lado, para certa corrente de pensamento, a Justiça do Trabalho seria incompetente na hipótese, por conta da mudança na redação do *caput* do art. 114 da CF/88 e por causa dos termos em que redigido seu inciso IX, haja vista a inexistência de controvérsia decorrente da relação de trabalho⁷⁷. Seguindo essa linha de raciocínio, a Reforma Trabalhista seria inconstitucional quanto à previsão desse procedimento de jurisdição voluntária, pois a alteração promovida pela EC 45/2004:

[...] retirou a competência meramente conciliadora ou homologatória de acordos não litigiosos quando se alterou a redação do art. 114 da CF extirpando a menção da competência para “conciliar e julgar”, restando, apenas, a competência, exclusiva, contenciosa, ou seja, para “processar e julgar” o que não ocorre com no ato meramente homologatório de um acordo extrajudicial [...] (CASTELO, 2018, v. 2, p. 148).

Ocorre que a substituição da expressão “conciliar e julgar” constante da redação originária do art. 114 da CF/88 pela locução “processar e julgar” não tem o alcance de afastar a função conciliatória⁷⁸ da Justiça do Trabalho, até por se tratar de uma das características principais da jurisdição trabalhista, cujos feitos “serão sempre sujeitos à conciliação” (Art. 764, *caput*, CLT). O Constituinte derivado, em verdade, pretendeu harmonizar a redação do artigo em comento com outros dispositivos constitucionais que tratam da competência dos juízos e tribunais, além de esclarecer que nem todos os dissídios que tramitam na Justiça do Trabalho estarão sujeitos à conciliação após a ampliação de competência introduzida pela EC n. 45/2004. Lapidares as palavras de Melhado (2012, p. 196):

⁷⁷ A título de exemplo vide o seguinte acórdão do TST: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO AJUIZADA COM A ÚNICA FINALIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE CONTENCIOSO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Consoante o disposto no artigo 114, inciso IX, da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. Nesse contexto, conclui-se que a Justiça do Trabalho é incompetente para proceder a homologação de acordo extrajudicial, na medida em que, na hipótese, não há litígio oriundo de relação de trabalho. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR-63340-27.2006.5.04.0403, 2. Turma, Relator: Min. Vantuil Abdala, DEJT 13 out. 2008).

⁷⁸ Nesse sentido vide NASCIMENTO; NASCIMENTO (2014, p. 293); SCHIAVI (2012, p. 112).

A locução “conciliar e julgar” esteve em todos os textos constitucionais (a partir de 1946), mas na EC n. 45/2004 adotou-se outra forma: “competência à Justiça do Trabalho processar e julgar”. Essa opção não impede a conciliação e, por outro lado, observa diversos outros dispositivos da Constituição que tratam da competência de juízes e tribunais (vejam-se, entre outros, os arts. 102, 105, 108, 109, 124), e vem sendo empregada desde a primeira Constituição republicana de 1891.

De outra parte, a previsão de procedimento de jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho não se trata de uma novidade trazida apenas com a Lei n. 13.467/2017. Com efeito, já havia previsão de tutela judicial de interesses particulares: a) no procedimento judicial para comprovação das obrigações trabalhistas do empregador rural estabelecido no artigo 233 da CF/88; b) na assistência da Justiça do Trabalho no caso de pedido de demissão do empregado estável (artigo 500 da CLT); c) na expedição de alvará judicial para levantamento de valores não recebidos em vida pelo empregado falecido constantes das contas do FGTS e do Fundo PIS-PASEP (Art. 1º da Lei n. 6.858/1980); e d) na expedição de alvará judicial para liberação do FGTS e pagamento do seguro-desemprego, nos termos do Enunciado n. 63 da 1ª Jornada de direito material e processual na Justiça do Trabalho⁷⁹.

Ademais, antes mesmo da edição da Lei n. 13.467/2017, havia posição minoritária que sustentava a competência da Justiça do Trabalho para homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, com lastro no inciso VIII do art. 725 do CPC:

No nosso sentir, diante da EC n. 45/04 que disciplina a competência da Justiça do Trabalho para conhecer das controvérsias oriundas e decorrentes da relação de trabalho, parece-nos que a Justiça do Trabalho detém competência em razão da matéria para homologar acordo extrajudicial envolvendo matéria trabalhista. (SCHIAVI, 2016, p. 45).

Parcela da doutrina e da jurisprudência sustenta que esse procedimento seria compatível com os mais atuais princípios informadores da dinâmica das relações de trabalho, a saber: simplicidade, celeridade, intervenção mínima e redução da litigiosidade. Para esse segmento, as vantagens da adoção desse procedimento de jurisdição voluntária seriam: a celeridade no recebimento das verbas rescisórias em comparação com a duração média de um processo litigioso; a segurança jurídica trazida pela formação de título executivo judicial; a redução dos custos e dos riscos (para o empregado) de litigar introduzidos pela Lei n. 13.467/2017, sobretudo os relativos aos honorários de sucumbência; e a simplicidade do

⁷⁹ Enunciado n. 63. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. LIBERAÇÃO DO FGTS E PAGAMENTO DO SEGURO-DESEMPREGO. Compete à Justiça do Trabalho, em procedimento de jurisdição voluntária, apreciar pedido de expedição de alvará para liberação do FGTS e de ordem judicial para pagamento do seguro-desemprego, ainda que figurem como interessados os dependentes de ex-empregado falecido. (LEITE, 2017, p. 933).

procedimento, evitando-se os custos, riscos e a demora inerentes à instrução probatória da reclamação trabalhista (BRASIL, 2022c).

Outrossim, a finalidade formalmente indicada como justificativa para inclusão do procedimento em análise foi a redução da litigiosidade nas relações de trabalho e o estímulo a autocomposição extrajudicial. No parecer legislativo ficou assentado o seguinte:

Esperamos que, ao trazer expressamente para a lei a previsão de uma sistemática para homologar judicialmente as rescisões trabalhistas, conseguiremos a almejada segurança jurídica para esses instrumentos rescisórios, reduzindo, consequentemente, o número de ações trabalhistas e o custo judicial. (BRASIL, 2017a, p. 165)

Mais uma vez o legislador se valeu de meios inidôneos à concretização do programa finalístico da lei. Em primeiro lugar, os artigos 855-B a 855-E da CLT não estabeleceram incentivos econômicos à transação pré-litígio na medida em que permanece vedado ao empregado “livremente dispor de seus direitos trabalhistas, o que corresponde à manifesta limitação às possibilidades de transação extrajudicial” (ARAÚJO, 2019, p. 44). Outrossim, os referidos dispositivos legais não sistematizaram adequadamente o procedimento de jurisdição voluntária, deixando de estabelecer, por exemplo, “critérios legais ou específicos necessários para a homologação ou não do acordo” (CASTRO, 2018, p. 231).

Ademais, o fim da obrigatoriedade de homologação sindical da rescisão contratual dos empregados com mais de um ano de serviço (revogação dos §§ 1º, 3º e 7º do art. 477 da CLT pela Lei n. 13.467/2017), serviu como incentivador da litigiosidade trabalhista, pois a eficácia liberatória geral do recibo, firmado com a assistência do sindicato da categoria (cf. Súmula n. 330 do TST), deixa de ser a regra geral. Denota-se uma nítida aposta do legislador reformista em reduzir as atividades sindicais, seja com esta medida, seja com outras, como o fim da contribuição sindical compulsória, ampliando, por outro lado, a função negocial e reducionista de direitos das categorias profissionais, quanto potencializa na forma dos arts. 611-A e 611-B da CLT o conteúdo negociado sobre as condições mínimas de proteção social estabelecidas na legislação trabalhista.

Além disso, lança dúvidas no trabalhador acerca da correção das verbas rescisórias, calculadas exclusivamente pelo empregador. De fato, a homologação com a chancela sindical trazia certa segurança ao trabalhador, que poderia confiar na correção do cálculo das suas verbas rescisórias, verificado pelo seu sindicato de classe. Eventuais diferenças nesses valores, se houvessem, seriam decorrentes de reflexos oriundos de direitos sonogados no curso do contrato, mas não de equívoco na apuração das verbas rescisórias em si mesmas. Agora, sendo a

homologação sindical facultativa e onerosa, haverá uma natural procura por essa “homologação judicial das rescisões trabalhistas”, instrumentalizada por procedimento de jurisdição voluntária, com prolação de sentença, possibilidade de realização de audiência e de interposição de recursos. Em outras palavras, esse instituto não promoverá uma diminuição no número de novos processos, pois como explica Castro (2018, p. 231):

[...] a mencionada segurança jurídica buscada ao criar o procedimento da jurisdição voluntária só pode ser alcançada através da via judicial. Mesmo que empregado e empregador requeiram somente a homologação do acordo será necessário movimentar a máquina estatal para obter o pronunciamento judicial.

Ademais, em razão das consequências trazidas ao trabalhador, entre elas a impossibilidade de rediscutir os termos do acordo em juízo, espera-se a adoção de certas cautelas pelo magistrado antes de proferir a sentença homologatória. No caso de dúvida relevante quanto à validade do acordo, o juiz deverá designar audiência na qual ouvirá os interessados e obterá esclarecimentos. Essa medida assecuratória da lisura da autocomposição dependerá da disponibilidade da pauta de audiências, sempre muito congestionada nas Varas do Trabalho, demandará tempo que poderia ser utilizado para solução de outros processos e contribuirá com a morosidade da justiça.

Como visto em seção anterior, o Direito do Trabalho se vale do Princípio da Indisponibilidade para evitar que a parte mais frágil da relação contratual afaste, por meio da autonomia privada, as normas de proteção da legislação do trabalho. Conforme artigo 9º da CLT: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Entretanto, como todo princípio jurídico, a impossibilidade de disposição de direitos trabalhistas pelos trabalhadores não se reveste de caráter absoluto:

[...] os direitos individuais como os coletivos admitem a transação dentro de condições específicas, como por meio de negociação coletiva de trabalho (Art. 114, parágrafo 1º, CF), de mediação (Art. 11 da Lei 10.192/2001) e de conciliação extrajudicial (Arts. 625-A a 625-H da CLT, versando sobre as Comissões de Conciliação Prévia e Arts. 855-B e seguintes, versando sobre o acordo extrajudicial homologado judicialmente).

Fora destas hipóteses tem-se que as partes que desejem transacionar verbas trabalhistas terão de fazê-lo judicialmente, o que exige, portanto, o início de uma demanda. (ARAÚJO, 2019, p. 44-45).

Esse comprometimento da autonomia da vontade do empregado, decorrente da própria forma como a relação de emprego é estruturada, não é atenuado por meio do

procedimento em estudo. O fato de o trabalhador estar assistido por advogado não afasta a dependência econômica do empregador, fator que restringe sua plena autonomia privada. Ao contrário, o aumento dos custos esperados pelo trabalhador com o procedimento rescisório produz incentivos econômicos direcionados a aceitação de acordos em valores inferiores aos que prevaleceriam se não houvesse tais despesas⁸⁰.

Outrossim, diversamente do que ocorre com o Direito Civil, o acordo extrajudicial firmado exclusivamente pelos sujeitos da relação de emprego não produz seus plenos efeitos de forma automática. De forma bastante perspicaz, esclarece Bebbber (2018, p. 984 e 987) que “os efeitos do acordo extrajudicial permanecem latentes e somente são liberados com a homologação judicial”, de tal maneira que “qualquer uma das partes poderá se retratar, livremente desistindo do pedido de homologação do acordo” enquanto a petição de homologação de acordo não for apreciada. Em outras palavras, para que o negócio jurídico de disposição de direitos trabalhistas, celebrado exclusivamente entre os sujeitos do contrato de trabalho, possa produzir efeitos é necessária a integração da vontade dos contratantes perante o Estado-juiz, que ocorrerá “após a fiscalização dos requisitos legais para a obtenção do resultado almejado.” (DIDIER JR., 2015, v. 1, p. 186).

E quais seriam esses requisitos? Inicialmente aqueles previstos no artigo 104 do Código Civil para todo negócio jurídico, quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. A par desses requisitos gerais, o artigo 855-B da CLT estabelece outros específicos: petição conjunta, obrigatoriedade de representação das partes por advogado e impossibilidade de representação por advogado único.

Deve-se ter em vista, ainda, que a principiologia do Direito do Trabalho não admite a renúncia pura e simples de direitos garantidos pela legislação, de modo que o acordo extrajudicial passível de homologação deve corresponder a uma transação, que tenha por objeto direitos patrimoniais de caráter privado e que seja obtida mediante concessões recíprocas, consoante artigos 840 e 841 do Código Civil⁸¹. Além disso, exige-se a presença de elemento essencial à transação: “*dúvida razoável* sobre natureza (validade ou eficácia) da relação jurídica

⁸⁰ Trata-se de raciocínio desenvolvido por Araújo (2019, p. 53), ao tratar de acordos firmados no curso de um processo litigioso, e que se aplica perfeitamente à hipótese. Antes da vigência da Lei n. 13.467/2017, a assistência sindical no ato de homologação rescisória era gratuita, mas agora é onerosa. Outrossim, no procedimento em análise há despesas com custas do processo e com honorários advocatícios contratuais. Desse modo, a redução no valor da proposta de acordo se daria, em princípio, pela transferência desses novos custos ao trabalhador.

⁸¹ Nesse sentido é o item II do Enunciado 123 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: “II. O acordo extrajudicial só será homologado em juízo se estiverem presentes, em concreto, os requisitos previstos nos artigos 840 a 850 do Código Civil para a transação” (ANAMATRA, 2018).

ou de um direito (*res dubia*). Do contrário (sendo certo o direito), não será a hipótese de acordo, mas de renúncia, *em princípio* vedada pelo ordenamento jurídico (CLT, 9º)” (BEBBER, 2018, p. 982).

Os defensores da reforma trabalhistas asseveram que o exame da admissibilidade do acordo extrajudicial se limitaria aos requisitos extrínsecos de validade do negócio, não competindo ao magistrado pôr em xeque a vontade manifestada pelas partes (salvo vício de vontade na forma do art. 849 do CC⁸²) nem adentrar no mérito do que foi pactuado. Esse entendimento é o que tem prevalecido na 4ª Turma do TST, como se constata da ementa do seguinte precedente:

[...] 9. Nesse sentido, a conclusão acerca da invalidade, total ou parcial, do pacto extrajudicial, por impossibilidade de "renúncia" de direitos diz menos com a validação extrínseca do negócio jurídico do que com a razoabilidade intrínseca do acordo, cujo questionamento não cabe ao Judiciário nesse procedimento, pois lhe esvazia o sentido e estabelece limites e discussões não queridos pelos Requerentes ao ajuizar o procedimento. 10. Ora, estando presentes os requisitos gerais do negócio jurídico e os específicos preconizados pela lei trabalhista (CLT, art.855-B), não há de se questionar a vontade das Partes envolvidas e do mérito do acordado, notadamente quando a lei requer a presença de advogado para o empregado, rechaçando, nesta situação, o uso do *jus postulandi* do art.791 da CLT, como se depreende do art.855-B, § 1º, da CLT. 11. Assim sendo, é válido o termo de transação extrajudicial apresentado pelos Interessados, com quitação geral e irrestrita do contrato havido, nessas condições, que deve ser homologado. Recurso de revista provido. (RR-1001571-40.2018.5.02.0078, 4. Turma, Relator: Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 01 abr. 2022).

Com o devido respeito, a conclusão a que chegou o órgão fracionário não se sustenta por vários motivos. Em primeiro lugar, a autonomia privada do empregado encontra limites rígidos na legislação, admitindo-se a livre estipulação contratual apenas se não contrariar as disposições de proteção do trabalho (Art. 444, *caput*, CLT). Em segundo lugar, até mesmo a autonomia coletiva da vontade, marcada pela equivalência dos entes coletivos, possui um conteúdo mínimo de direitos inderrogável, exemplificativamente previsto no art. 611-B da CLT. Em terceiro lugar, se até mesmo em relação ao empregado regido pelo disposto no parágrafo único do art. 444 da CLT, impropriamente denominado empregado “hipersuficiente”, não se admite a estipulação de cláusulas contratuais que afrontem o disposto no art. 611-B da CLT, por maior razão não se cogita de acordo extrajudicial, firmado por trabalhador não enquadrado nessa figura jurídica, em que haja disposição sobre esse conteúdo mínimo de direitos inderrogáveis.

⁸² Art. 849. A transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa. Parágrafo único. A transação não se anula por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes.

Desse modo, constitui dever do juiz examinar os requisitos gerais e específicos de validade do negócio jurídico, adentrando no conteúdo do acordo extrajudicial que lhe foi submetido apenas para perquirir acerca da ocorrência ou não de vício de vontade, simulação, fraude ou lesividade excessiva em prejuízo do trabalhador. Diferentemente de uma conciliação realizada no âmbito de uma lide trabalhista, em que o juiz participa ativamente da construção do conteúdo mesmo da autocomposição, no procedimento de jurisdição voluntária o magistrado recebe um acordo extrajudicial fechado, para que proceda apenas a sua homologação. Não lhe é possível modificar nem adequar os termos da avença, apenas lhe compete homologar ou rejeitar integralmente o acordo.

A legislação prevê expressamente a possibilidade da negativa de homologação do acordo, consoante artigo 855-E, parágrafo único, da CLT, mantendo coerência com a jurisprudência sumulada do TST, no sentido de que “A homologação de acordo constitui faculdade do juiz” (Súmula n. 418). Afastada, portanto, a tese da existência de um direito subjetivo à homologação. Evidentemente que essa faculdade não se confunde com arbitrariedade, de modo que a negativa de homologação deve ser fundamentada nos termos do inciso IX do artigo 93 da CF/88⁸³. Não basta ao magistrado, portanto, invocar motivos genéricos que servem para qualquer decisão, tais como “rejeito a homologação porque ausentes os requisitos legais”. Incumbe-lhe indicar o iter percorrido para chegar a essa decisão, justificando-a a partir de argumentos jurídicos (GUNTHER, 2015).

Dito isso, conclui-se que a atividade do Juiz do Trabalho desenvolvida na jurisdição voluntária não se restringe a um mero agente chancelador de acordos extrajudiciais. Isso porque as normas inseridas no procedimento previsto nos artigos 855-B a 855-E da CLT:

[...] não criam a obrigação de o juízo homologar todo e qualquer acordo extrajudicial proposto pelas partes, notadamente quando não demonstrada a existência de concessões recíprocas ou, ainda, identificar vício de vontade ou ofensa ao ordenamento jurídico [...] Assim, não cabe ao Poder Judiciário tornar-se um mero "homologador" de acordos em que se identifica violação a dispositivos legais ou, ainda, vícios de consentimento das partes. (Ag-AIRR-10745-67.2018.5.15.0098, 5. Turma, Relator: Min. Breno Medeiros, DEJT 03 dez. 2021).

Assim, após analisar o acordo que lhe foi submetido, realizada ou não audiência, caberá ao magistrado prolatar sentença em um desses dois sentidos: homologando ou rejeitando a autocomposição extrajudicial. Há autores, todavia, que admitem a possibilidade de recusa

⁸³ Nesse sentido é o Enunciado n. 110 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: “110. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. ACORDO EXTRAJUDICIAL. RECUSA À HOMOLOGAÇÃO O juiz pode recusar a homologação do acordo, nos termos propostos, em decisão fundamentada.” (ANAMATRA, 2018).

parcial à homologação do acordo, a fim de adequar seu conteúdo às normas de ordem pública (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 353). Todavia, essa solução parece não se harmonizar com os atributos de unidade e indivisibilidade da transação, consoante dispõe o artigo 848 do Código Civil, segundo o qual, em regra, a nulidade de qualquer das cláusulas da transação implica a nulidade do negócio como um todo.

A jurisprudência do TST, inclusive, vem se firmando no sentido de que no procedimento de jurisdição voluntária caberia ao magistrado, tão-somente, homologar ou rejeitar integralmente o acordo, não sendo possível sua homologação parcial. Essa modulação de efeitos do negócio jurídico equivaleria à substituição da vontade das partes pelo juiz, o que não é admitido em sede de jurisdição voluntária. Em acórdão proferido pela 4ª Turma do TST, nos autos do RR-1001571-40.2018.5.02.0078, as possibilidades decisórias que estariam abertas ao órgão jurisdicional ficaram delineadas nos seguintes termos:

[...] a **ideia** que indelevelmente adere ao **acordo extrajudicial** é a de que, retirada uma das cláusulas que o compõem, a parte a quem ela favoreceria não faria o acordo. A **alternativa** que caberia ao **Judiciário**, portanto, seria a **homologação integral ou a rejeição** da proposta, se evitada de vícios. (BRASIL, 2022c).

Por outro lado, o sistema jurídico vigente abre outras possibilidades à homologação da extinção do contrato de trabalho, além daquela até aqui discutida, com produção de efeitos jurídicos distintos. A forma mais usual, mais simples e menos onerosa se dá por meio de instrumento de quitação das verbas rescisórias, firmado diretamente pelo empregado e empregador, com eficácia liberatória exclusivamente em relação aos valores consignados. Embora não mais obrigatória, a homologação do TRCT perante o sindicato profissional é facultada aos contratantes, o que proporciona maior segurança e garante “eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo”, nos termos da Súmula n. 330 do TST. Outrossim, os contratantes podem firmar acordo perante a Comissão de Conciliação Prévia (CCP), visando a homologação das verbas rescisórias, constituindo-se esse termo de conciliação em título executivo extrajudicial dotado eficácia liberatória geral, nos termos dos arts. 625-D e 625-E da CLT^{84 85}.

⁸⁴ Cumpre ressaltar que a jurisprudência dominante, cristalizada em período anterior à Reforma Trabalhista, posicionava-se pela nulidade do acordo firmado perante a CCP com a finalidade exclusiva de homologar a rescisão do contrato de trabalho. O entendimento era fundamentado nas funções legalmente atribuídas às CCPs, que não abrangiam a de órgão homologador da rescisão contratual (Art. 477, § 3º, CLT) e que se limitavam à composição de conflito de interesses trabalhistas (Art. 625-D, CLT), pressupondo a existência de lide.

⁸⁵ Todavia, com a vigência da Lei n. 13.467/2017, pôs-se um fim na obrigatoriedade de homologação sindical da rescisão (em face da revogação do § 1º do art. 477 da CLT), além de se estabelecer expressamente procedimento de jurisdição voluntária de homologação de transação extrajudicial, que possa versar exclusivamente sobre a

Do ponto de vista da análise de custo-benefício, a primeira modalidade não teria custo algum, enquanto que no acordo firmado perante a CCP e na homologação sindical haveria a cobrança de uma taxa (por força da revogação do § 7º do art. 477, CLT), geralmente um percentual não superior a 5%, calculado sobre o valor das verbas rescisórias. Por seu turno, a opção pelo procedimento de jurisdição voluntária revela-se como a escolha mais onerosa, pois haverá incidência de custas judiciais de 2% e pagamento de honorários advocatícios contratuais para dois profissionais distintos. Ora, se não há incentivos econômicos, o que justificaria a opção pela via do procedimento de jurisdição voluntária?

Formalmente, os fundamentos para a implementação da homologação de acordo extrajudicial, para o encerramento do contrato de trabalho perante a Justiça do Trabalho, têm como principal razão garantir segurança jurídica a certo tipo de acordo extrajudicial: aquele em que o empregado poderia dispor de direitos garantidos pela legislação de proteção ao trabalho, sendo dotado de eficácia geral liberatória, sem a necessidade de interveniência do sindicato ou do órgão de proteção das relações de trabalho. O legislador reformador, valendo-se mais uma vez da lógica de que para corrigir uma conduta reiteradamente reputada ilícita bastaria modificar a legislação (SOUSA, 2019, p. 136), acabou por legalizar a denominada “casadinha”, reclamação ajuizada pelas partes com o único objetivo de “obter a homologação de um acordo capaz de quitar todo o contrato de trabalho” (SILVA, H., 2017, p. 165).

Entretanto, para preservar a coerência do ordenamento jurídico, esse acordo não poderá contrariar preceitos de ordem pública, a exemplo da função social do contrato e dos princípios da probidade e boa-fé objetiva, consoante arts. 422 e 421 do Código Civil⁸⁶. De fato, em situações limítrofes como a presente é que o princípio da boa-fé objetiva permite exigir dos contratantes um comportamento ético, probo e leal, sempre pautado “com intuito de cooperar e não prejudicar a outra parte ou terceiros” (GUNTHER; BARACAT; COMAR, 2019, p. 112). Daí porque, com bastante sagacidade, observou Castelo (2018, v. 2, p. 149) que: “A conciliação extrajudicial se ética, responsavelmente e corretamente utilizada poderia trazer bons resultados e não se precisaria levar a homologação, já que os direitos estariam respeitados [...]”

extinção do contrato de trabalho e seus consectários. Em virtude dessas alterações legislativas, conclui-se que não mais subsiste nenhum dos impedimentos legais à celebração de acordo perante a CCP exclusivamente para homologação das verbas rescisórias. Ora, não mais existe órgão homologador de rescisão nem é mais vedada a homologação judicial sem lide.

⁸⁶ Essa é, aliás, a diretriz do Enunciado n. 123, itens I e III, aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, *in verbis*: “HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL I. A faculdade prevista no capítulo III-A do título X da CLT não alcança as matérias de ordem pública. [...] III. Não será homologado em juízo o acordo extrajudicial que imponha ao trabalhador condições meramente potestativas, ou que contrarie o dever geral de boa-fé objetiva (artigos 122 e 422 do Código Civil).” (ANAMATRA, 2018).

Conjuntamente com a possibilidade de disposição das normas de proteção do trabalho, outro efeito buscado pelo procedimento judicial de homologação de acordo extrajudicial é impossibilitar a posterior judicialização pelo trabalhador de questões relativas ao contrato de trabalho, o que se daria por meio da cláusula de quitação geral, ampla e irrestrita de todos os créditos decorrentes do contrato de trabalho. De fato, tem-se identificado como principal propósito dessa alteração legislativa pôr fim a dúvidas e a possibilidade de discussões mediante novos litígios trabalhistas, relativamente à extinção do contrato de trabalho objeto de acordo, como é possível perceber deste trecho da ementa de acórdão proferido pela 4ª Turma do TST, anteriormente citado neste trabalho, *in verbis*:

Da simples leitura dos novos comandos de lei, notadamente do art. 855-C da CLT, extrai-se a vocação prioritária dos acordos extrajudiciais para regular a rescisão contratual e, portanto, o fim da relação contratual de trabalho. Não fosse a possibilidade da quitação geral do contrato de trabalho com a chancela do Judiciário e o Capítulo III-A não teria sido acrescido ao Título X da CLT, que trata do Processo Judiciário do Trabalho. [...] Sem quitação geral, o empregador não proporia o acordo, nem se disporia a manter todas as vantagens nele contida. (BRASIL, 2022c).

Nada obstante os judiciosos argumentos em sentido contrário, a denominada “quitação ampla e irrestrita” do contrato de trabalho parece não possuir a extensão defendida por parcela significativa da doutrina e jurisprudência. Com efeito, tendo em vista a limitação do objeto da transação a direitos patrimoniais de caráter privado (art. 841, CC), “Não podem ser objeto de transação questões que envolvam matéria de ordem pública, nem direitos de que os transatores não possam dispor” (PEREIRA, 2007, p. 508). Isso significa que aqueles direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta, tais como normas de segurança e saúde do trabalhador, não estão abarcados pela quitação geral.

Ademais, o acordo homologado perante o juízo trabalhista não alcança questões que estão fora do contexto da relação de emprego, isto é, não pode produzir efeitos imunizantes sobre matéria estranha à competência da Justiça do Trabalho. A própria Reforma Trabalhista, como não poderia ser diferente, estabeleceu competência das Varas do Trabalho para “decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho” (Art. 652, “f”, CLT).

Outrossim, considerando a determinação constante do artigo 855-C da CLT, no sentido de que a homologação de acordo extrajudicial não prejudica o prazo para pagamento das verbas rescisórias nem a aplicação da multa moratória prevista no art. 477, § 8º, da CLT, concluir-se que a denominada “quitação geral” do contrato de trabalho também não alcança as referidas matérias.

Finalmente, a quitação irrestrita do contrato não abrange aquilo que se denomina de “direito futuro”, que não existe no momento da avença, mas que pode se manifestar posteriormente. Ora, a transação tem por finalidade extinguir obrigações, tornando “incontroversa a preexistente situação jurídica incerta e contestada” (PEREIRA, 2007, p. 510), de modo que não se admite “negócio jurídico condicional, isto é, submetido a acontecimentos projetados para o futuro, pois isso poderia acarretar o surgimento de novas discussões em substituição à original” (MATIELLO, 2007, p. 525).

Trata-se de questão bastante sensível, na medida em que alguns direitos trabalhistas somente se constituem após longo decurso de tempo, como é o caso do direito à reparação decorrente de doença ocupacional, que surge com a ciência inequívoca da incapacidade laboral (Súmula 278 do STJ). Nesses casos a quitação geral no término do contrato de trabalho equivaleria a renúncia a direito futuro, pois algumas enfermidades somente se manifestam vários anos após a exposição do empregado ao agente agressor à saúde, o que é vedado pelo ordenamento jurídico (Art. 840, CC c/c art. 9º, CLT). Nesse mesmo sentido, cite-se a jurisprudência do TRT da 6ª Região consolidada na Súmula 32, *in verbis*:

SÚMULA Nº 32 DOENÇA PROFISSIONAL. EMPREGADO EXPOSTO AO AMIANTO/ASBESTO. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. DIREITO FUTURO. RENÚNCIA. INVALIDADE. É inválida a transação extrajudicial, com o escopo de prevenir litígio decorrente do agravamento de saúde do ex-empregado resultante da exposição ao amianto/asbesto, que contenha cláusula de renúncia a direito futuro. Precedente IUJ – Processo 000274-49.2015.5.06.0000. (BRASIL, 2016b).

Outro motivo que torna atrativa a utilização desse procedimento, nada obstante o seu custo econômico mais elevado, é a indiscutibilidade proporcionada pela constituição de título executivo judicial, nos termos do art. 515, III, do CPC⁸⁷. Da conjugação dos artigos 855-E, parágrafo único, da CLT com o art. 724 do CPC, extrai-se que a sentença que nega homologação ao acordo é passível de recurso e de formação de coisa julgada. Quanto à sentença que homologa integralmente a autocomposição, também haveria formação de coisa julgada, sendo incabível a interposição de recurso por ausência de interesse. Aplica-se, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 831 da CLT, segundo o qual: “No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecurável, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas.”

⁸⁷ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

Por conseguinte, a sentença que homologa o acordo extrajudicial é irrecorrível para os transatores, sendo impugnável tão-somente por meio de ação rescisória, conforme *ratio* da Súmula n. 259 do TST⁸⁸. Cumpre destacar que a ação anulatória de “atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo”, a que alude o § 4º do art. 966 do CPC, tem como pressuposto negativo a existência de coisa julgada. Dessa forma, haja vista que a decisão que homologa acordo transita em julgado imediatamente, não seria o caso se ação anulatória, mas sim de ação rescisória, conforme explica Teixeira Filho (2018, p. 334):

Como a norma legal *sub examen* menciona o *trânsito em julgado* da sentença (pela qual o juiz se recusou a homologar o acordo extrajudicial), estará também aberta a via para a ação rescisória, desde que presentes quaisquer das causas previstas no art. 966 do CPC, em especial, a inserida no inciso V: “*violar manifestamente norma jurídica.*” Não seria o caso de ação anulatória (CPC, art. 966, § 4º), seja porque houve o trânsito em julgado, seja porque o tema se rege, *analogicamente*, pela Súmula n. 259 do TST [...]

Ademais, como a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza se trata de título executivo judicial, não é admitida ampla discussão na fase de cumprimento da sentença, cuja cognição é limitada. Com efeito, enquanto na execução de título extrajudicial (como seria o caso de um acordo firmado perante a CCP) é permitido ao executado alegar “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento” (art. 917, VI, CPC), na execução de título judicial (justamente a hipótese em discussão) a impugnação fica limitada exclusivamente às matérias disciplinadas no § 1º do artigo 884 da CLT (cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida) e no § 1º do artigo 525 do CPC⁸⁹, supletivamente aplicado ao processo do trabalho, que em geral são pertinentes a fatos posteriores à celebração do negócio jurídico homologado.

Por conseguinte, a instituição do procedimento em análise teve por finalidade legalizar a homologação de acordo extrajudicial, firmado exclusivamente pelos sujeitos da

⁸⁸ **SUM-259 TERMO DE CONCILIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA.** Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT.

⁸⁹ Art. 525.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;

V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

relação de emprego, que pudesse dispor sobre direitos trabalhistas. A par disso, buscou-se criar um título executivo judicial dotado de imutabilidade e cujo conteúdo estaria infenso a modificações por parte do magistrado, de modo que não haveria “espaço para que o Poder Judiciário examine o conteúdo da transação, a razoabilidade ou proporcionalidade dos direitos e deveres transacionados ou mesmo a extensão da quitação concedida” (RR-596-19.2018.5.06.0015, 5. Turma, Relator: Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 22 maio 2020).

Cuida-se de medida que incentiva a utilização da máquina judicial como órgão homologador de rescisão contratual, incrementando as chances de o empregador se valer desse acordo extrajudicial apenas para pagar verbas rescisórias incontroversas com cláusula de quitação geral e irrestrita do contrato de trabalho, o que demandará extrema cautela do órgão jurisdicional. Assim, não é factível que esse procedimento contribua para a redução da litigiosidade e para a diminuição da morosidade judicial, quando o magistrado necessita se cercar de cuidados antes de proceder à homologação do acordo, o que para Schiavi (2016, p. 45) significa “designar audiência, inteirar-se dos limites do litígio e ouvir sempre o trabalhador.”

Feitas essas considerações, cumpre registrar que as alterações mais impactantes promovidas pela Reforma Trabalhista foram, sem sombra de dúvida, àquelas relativas à justiça gratuita e aos honorários advocatícios de sucumbência, temas que serão objeto de discussão no próximo capítulo.

4 Algumas consequências processuais decorrentes da Reforma Trabalhista – Parte II

4.1 Justiça gratuita

Em consonância com o Projeto de Florença, a primeira onda de acesso à justiça consiste na implementação dos serviços de assistência jurídica para os pobres, com vistas a afastar os obstáculos de ordem econômica. No início, como pontuado por Cappelletti e Garth (2015, p. 32), esses serviços eram prestados de forma inadequada, por advogados particulares investidos de múnus honorífico, evidenciando que o “direito ao acesso foi reconhecido, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo.”

Antes de prosseguir, tendo em vista a utilização de expressões muito próximas, mas que não se confundem, cumpre fixar os conceitos principais sobre o tema e como esses termos serão entendidos neste trabalho. A **assistência jurídica** gratuita e integral é a figura mais ampla, que abrange a orientação jurídica por advogado em atividades extra e pré-processuais, como na elaboração de contrato ou no aconselhamento jurídico. Por seu turno, a **assistência judiciária** gratuita corresponde ao serviço gratuito de patrocínio judiciário para a defesa de posições jurídicas em juízo. O serviço de assistência gratuita depende da existência de uma estrutura providenciada pelo Estado, consistindo em um dever de organização (COSTA NETO, 2011, p. 115). O referido serviço pode ser executado por advogados servidores públicos ou por advogados particulares, a depender do modelo adotado.

Cumprir destacar que as Constituições de 1934 (Art. 113, n. 32), de 1946 (Art. 141, § 35) e de 1967 (Art. 150, § 32) asseguravam a “assistência judiciária”, ao passo que a Constituição de 1988 (Art. 5º, LXXIV) consagra o conceito mais amplo da “assistência jurídica integral e gratuita”. Já o benefício da **justiça gratuita** consistiria na dispensa de pagamento de despesas normalmente realizadas no processo, englobando isenções sobre taxas judiciárias e selos, emolumentos e custas, despesas com publicações, indenizações de testemunhas, honorários de advogado e de perito, exames de DNA nas ações de paternidade ou maternidade e depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício de da ampla defesa e do contraditório (Art. 3º da Lei n. 1.060/50 antes de sua revogação pela Lei n. 13.105/2015).

No Brasil, o diploma legal que veio reconhecer o serviço de assistência judiciária aos necessitados como um dever do Estado foi a Lei n. 1.060/1950. Na redação originária do § 1º de seu artigo 4º, a lei estabelecia que a parte requerente desse benefício deveria juntar à

petição inicial atestado de pobreza emitido pela autoridade policial ou pelo prefeito⁹⁰. Por seu turno, a Lei n. 5.584/1970⁹¹, que disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, estabelece nos §§ 1º e 2º do seu artigo 14 que a assistência judiciária gratuita é devida ao trabalhador que comprovar situação econômica precária, mediante atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência.

A partir da década de 1980 houve um movimento legislativo em direção à desburocratização do processo, sendo editadas a Lei n. 7.115/1983⁹² e a Lei n. 7.510/1986⁹³, as quais estabeleceram a presunção de veracidade da declaração de pobreza, firmada pelo próprio interessado. No mesmo sentido era a redação do § 3º do artigo 790 da CLT, incluído pela Lei n. 10.537/2002⁹⁴, dispositivo profundamente alterado pela Reforma Trabalhista.

Essa presunção relativa, conferida à declaração de insuficiência econômica subscrita por pessoa natural, foi mantida pelo artigo 99, § 3º, do novo Código de Processo Civil (CPC)⁹⁵. Importante dizer que o CPC incorporou ao seu texto – sem grandes modificações – essa temática disciplinada pelo artigo 4º da Lei n. 1.060/1950, o qual foi revogado. Por seu turno, o artigo 14 da Lei n. 5.584/1970 e a Lei n. 7.115/1983 ainda permanecem em vigor,

⁹⁰ Art. 4º A parte, que pretender gozar os benefícios da assistência judiciária, requererá ao Juiz competente lhes conceda, mencionando, na petição, o rendimento ou vencimento que percebe e os encargos próprios e os da família.

§ 1º - A petição será instruída por um atestado de que conste ser o requerente necessitado, não podendo pagar as despesas do processo. Este documento será expedido, isento de selos e emolumentos, pela autoridade policial ou pelo prefeito municipal.

⁹¹ Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.

⁹² Art. 1º - A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira.

Parágrafo único - O dispositivo neste artigo não se aplica para fins de prova em processo penal.

⁹³ **Lei n. 1.060/1950.** Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. (**Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986**).

§ 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais. (**Redação dada pela Lei nº 7.510, de 1986**).

⁹⁴ **CLT. Art. 790, § 3º** É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior 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. (**Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002**).

⁹⁵ **CPC/2015. Art. 99, § 3º** Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

integrando o ordenamento jurídico, mesmo após a vigência do novo CPC e da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

É com lastro nesse contexto histórico-legislativo que deve ser fixado o sentido e alcance do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Trata-se de dispositivo, cujo destinatário é o Estado, que consagra Direito Fundamental, incumbindo ao legislador densificar sua normatividade constitucional. Essa atividade do legislador ordinário, ademais, está condicionada pelo Princípio da Máxima Efetividade, de modo que a maneira como essa “comprovação” da insuficiência econômica se dará não pode representar um obstáculo que dificulte a fruição do próprio direito consagrado constitucionalmente.

Ora, ao estabelecer como um de seus objetivos fundamentais erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (Art. 3º, III, CF/88), o Estado brasileiro assumiu o compromisso de manter um sistema de justiça acessível à toda população carente de recursos e não apenas a uma minoria que dispõe de recursos financeiros para fazer frente a elevadas despesas processuais. Como explica Cichocki Neto (2009, p. 112):

[...] é ao Estado, através de sua função jurisdicional, que compete o poder-dever de recepcionar todos os litígios que ocorrem na ordem social, independentemente das qualidades ou condições pessoais dos litigantes: a existência de focos de desassistidos no seio social, jurídica e jurisdicionalmente, em virtude de carência econômica, erige-se em fator que obsta o acesso à justiça.

Nesse contexto é que a pessoa natural requerente da justiça gratuita está dispensada de produzir prova de sua insuficiência econômica, até porque essa exigência poderia levar a paradoxal situação de se indeferir o requerimento de pessoa, tão economicamente vulnerável, que não teria condições sequer de produzir prova documental dessa sua condição. Nesse sentido é que a jurisprudência do STJ vem reconhecendo a presunção relativa de veracidade da declaração, somente afastada mediante prova em sentido contrário, como se constata das seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. 1. Ação de execução de título extrajudicial. 2. A declaração de pobreza, com o intuito de obter os benefícios da assistência judiciária gratuita, goza de presunção relativa, admitindo, portanto, prova em contrário. Ademais, o pedido de assistência judiciária gratuita pode ser indeferido quando o magistrado tiver fundadas razões para crer que o requerente não se encontra no estado de miserabilidade declarado. Súmula 568/STJ. 3. Alterar o decidido no

acórdão impugnado, no que se refere à ausência dos requisitos a ensejar o deferimento do pedido de concessão do benefício da justiça gratuita, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1884300/SE, Relatora: Min. Nancy Andrighi, 3. Turma, DJe 27 nov. 2020).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. CRITÉRIO ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE. 1. É assente na jurisprudência do STJ que a simples declaração de hipossuficiência da pessoa natural, ainda que dotada de presunção iuris tantum, é suficiente ao deferimento do pedido de gratuidade de justiça quando não ilidida por outros elementos dos autos. 2. Esta Corte Superior rechaça a adoção única de critérios abstratos, como a aferição de renda inferior a cinco salários mínimos, por não representar fundadas razões para a denegação da gratuidade de justiça. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1940053/AL, Relator: Min. Gurgel de Faria, 1. Turma, DJe 21 out. 2021).

Por seu turno, o entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal, já sob a égide da atual Constituição Federal, pacificou-se no sentido de que a garantia prevista no inciso LXXIV do artigo 5º da Carta Magna é ampla e visa facilitar o acesso de todos à Justiça. Dessa forma, a simples declaração de pobreza, firmada pela parte requerente da gratuidade da justiça, é suficiente para a concessão do benefício legal, sendo dotada de presunção relativa de veracidade. Nesse sentido, os seguintes arestos:

CONSTITUCIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Lei 1.060, de 1950. C.F., art. 5º, LXXIV. I. - A garantia do art. 5º, LXXIV -- assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos -- não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro no espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV). II. - R.E. não conhecido. (RE 205029/RS, Relator: Min. Carlos Velloso, 2. Turma, DJ 07 mar. 1997).

Assistência Judiciária gratuita. Alegação de revogação do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50 pelo artigo 5º, LXXIV, da Constituição. Improcedência. - A atual Constituição, em seu artigo 5º, LXXIV, inclui, entre os direitos e garantias fundamentais, o da assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado aos que comprovarem a insuficiência de recursos. - Portanto, em face desse texto, não pode o Estado eximir-se desse dever desde que o interessado comprove a insuficiência de recursos, mas isso não impede que ele, por lei, e visando a facilitar o amplo acesso ao Poder Judiciário que é também direito fundamental (art. 5º, XXXV, da Carta Magna), conceda assistência judiciária gratuita -que, aliás, é menos ampla do que a assistência jurídica integral - mediante a presunção "iuris tantum" de pobreza decorrente da afirmação da parte de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. - Nesse sentido tem decidido a Segunda Turma (assim, a título exemplificativo, nos RRE 205.029 e 205.746). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 204305/PR, Relator: Min. Moreira Alves, 1. Turma, DJ 19 jun. 1998).

Entretanto, sob o argumento de que buscava concretizar o disposto no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição da República, bem como de que pretendia reduzir o excesso de litigiosidade na Justiça do Trabalho, o legislador reformista excluiu a presunção de

hipossuficiência econômica, decorrente da declaração subscrita pelo próprio requerente do benefício da justiça gratuita, conforme atual redação dos §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT, conferida pela Lei n. 13.467/2017:

Art. 790.
 § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
 § 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Como todo enunciado, esse novo texto normativo acaba por permitir mais de uma compreensão quanto ao seu sentido e alcance, demandando a utilização dos métodos clássicos de interpretação jurídica. A doutrina trabalhista tem se valido bastante do método histórico para a realização desta tarefa, o qual, embora tenha caráter suplementar, assume especial relevo diante da específica situação da Reforma Trabalhista: alteração legislativa relativamente recente, cujos contornos interpretativos ainda não estão completamente definidos pelos tribunais superiores, sendo dotada de trabalhos preparatórios hábeis a evidenciar a intenção do legislador.

E, como visto *infra*, o parecer do relator da Comissão Especial, proferido durante a tramitação do Projeto de Lei n. 6.787/2016 na Câmara dos Deputados, é contundente no sentido de que a ação legislativa visou excluir a presunção de insuficiência econômica e evitar que pessoas usufríssem do benefício da justiça gratuita mediante mero atestado de pobreza (BRASIL, 2017a). Nessa linha, em seus comentários à Reforma Trabalhista, após transcrever o referido parecer legislativo, o renomado processualista Teixeira Filho (2018, p. 122), conclui:

A norma [art. 790, § 4º, da CLT] cria, portanto, um ônus formal – e, consequentemente, uma dificuldade – para a pessoa que desejar ser beneficiária da justiça gratuita, ao substituir a sua informal declaração de próprio punho pela *comprovação* de insuficiência de recursos financeiros para o pagamento de custas processuais. Cumpre-nos destacar que CPC não exige essa comprovação, admitindo, por força de presunção, ser verdadeira a mera *alegação* feita por pessoa física.

[...]

Essa norma legal [Lei n. 7.115/83] não mais poderá incidir no processo do trabalho, pois a CLT passou a conter norma específica sobre o assunto (art. 790, § 4º). Assim sendo, como deverá ser feita a *prova* de que o autor não possui condições econômico-financeiras (“insuficiência de recursos”) para suportar as despesas processuais? Não poderia ser, por certo, mediante o “mero atestado de pobreza” a que se referiu, com desconfiança, o autor da Justificativa ao Projeto n. 6.787/2016, que reproduzimos em linhas anteriores. Mais um enigma legislativo para ser desvendado...

Entretanto, consoante ficou esclarecido na seção 2.2, a análise crítica realizada neste trabalho revelou a existência na superfície textual do parecer ao Projeto de Lei n. 6.787/2016 dos modos de operação da ideologia propostos por John B. Thompson, sendo o recurso mais empregado a legitimação, utilizada no texto para justificar a necessidade de tornar mais rigorosas as condições para concessão do benefício da justiça gratuita.

Outrossim, pode-se dizer que o fio condutor daquele discurso é o modo de operação da ideologia da dissimulação, de tal maneira que por meio de deslocamento, eufemização e tropo o locutor ocultou as relações de poder estabelecidas, de modo a desviar a atenção do verdadeiro intuito da lei: onerar os custos para o ingresso de ação trabalhista, para induzir os trabalhadores a renunciarem à luta pelos seus direitos, quando violados pelo empregador.

Por conseguinte, o relatório legislativo serviu apenas como simulacro, a induzir o intérprete a erro quanto à legitimidade das medidas propostas pelo legislador, devendo-se afastar a utilização do método histórico para fundamentar ou justificar qualquer forma de interpretação literal dos dispositivos legais em comento. Aliás, confinar o sentido da norma jurídica à denominada “vontade do legislador” é por um lado, enclausurar o caráter histórico do direito a um dado momento específico, como se a norma fosse uma decisão simples e acabada, e por outro lado, ignorar que o Parlamento se constitui em apenas um dos vários intérpretes de uma sociedade democrática, aberta e pluralista, onde todos aqueles que vivem a norma jurídica são, em certa medida, seus intérpretes (HÄBERLE, 2002, p. 13).

Ademais, é preciso registrar a existência de certa confusão entre norma jurídica e lei, ainda muito presente devido à forte influência do positivismo jurídico, quando na verdade o texto normativo é apenas um dado de entrada do processo de concretização (MÜLLER, 2007, p. 10-11). Em outras palavras, o texto dos dispositivos legais é um produto distinto do seu criador e também da própria norma jurídica, que é o resultado da interpretação desses dispositivos.

Desse modo, tendo em vista a necessidade de coerência e integridade do ordenamento jurídico, a interpretação a ser adotada no § 4º do artigo 790 da CLT deve ser aquela tradicionalmente conferida ao inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, de modo que o verbo “comprovar” compreenda todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive a presunção, que conta com expressa previsão no inciso IV do artigo 212 do Código Civil⁹⁶. Nesse contexto, deve-se continuar admitindo a declaração feita por pessoa natural como

⁹⁶ Embora não se ignore toda a celeuma em torno da incorreção do enquadramento da “presunção” como meio de prova, o fato é que o Código Civil assim a tipificou formalmente. Esse, portanto, é o tratamento legal da matéria. Denunciando a ocorrência de erro técnico do legislador, vide Didier Jr. (2015, v. 2, p. 69).

prova da hipossuficiência econômica em decorrência da presunção estabelecida na Lei n. 7.115/1983 e no § 3º do artigo 99 do CPC.

A questão foi trazida ao Tribunal Superior do Trabalho, que confirmou a tese jurídica consagrada no item I da Súmula n. 463 de sua jurisprudência dominante, no sentido de que “para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos”, reconhecendo a plena aplicação do verbete mesmo após a edição da Lei n. 13.467/2017. A fundamentação adotada pela Corte pode ser extraída, ilustrativamente, da seguinte ementa:

[...] a alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 13.467/2017 não fez incluir no texto consolidado a forma pela qual deve se dar a comprovação da insuficiência de recursos para fins da concessão do benefício. Assim, têm aplicação subsidiária e supletiva as disposições contidas na legislação processual civil. Conforme se extrai dos artigos 99, § 3º, do Código de Processo Civil e 1º da Lei n.º 7.115/1983, a declaração de hipossuficiência econômica firmada por pessoa natural ou por seu procurador regularmente constituído revela-se suficiente para fins de comprovação da incapacidade de suportar o pagamento das custas do processo. Conclui-se, portanto, que tem plena aplicação, mesmo após a edição da Lei n.º 13.467/2017, o entendimento consubstanciado no item I da Súmula n.º 463 do Tribunal Superior do Trabalho [...] (AIRR-10337-37.2019.5.03.0143, 6. Turma, Relator: Min. Lelio Bentes Correa, DEJT 18 jun. 2021).

Cumpre registrar que essa questão foi trazida ao STF pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), que ingressou com Ação Declaratória de Constitucionalidade, com pedido de liminar, em que assevera a constitucionalidade dos §§ 3º e 4º do art. 790 da CLT, denunciando a negativa de vigência desses dispositivos por juízes e tribunais trabalhistas. A CONSIF requereu, ainda, a invalidade do item I da Súmula n. 463 do TST. A referida ADC 80/DF foi distribuída em abril de 2022, Relator: Min. Edson Fachin, não havendo previsão de data para seu julgamento.

Por ora, a tese no sentido de que a Súmula n. 463 do TST ainda tem plena vigência é que tem prevalecido e já foi adotado em sete das oito Turmas do TST e em sua Seção de Dissídios Individuais, Subseção II, como se constata dos seguintes precedentes: Ag-ED-RR-843-20.2018.5.12.0019, 1. Turma, Relator: Min. Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 15 out. 2021; RRAg-20093-92.2019.5.04.0741, 2. Turma, Relatora: Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 17 dez. 2021; RR-1001623-93.2018.5.02.0059, 3. Turma, Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 21 ago. 2020; RR-667-15.2018.5.09.0669, 4. Turma, Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 19 jun. 2020; RR-47-20.2018.5.12.0022, 6. Turma, Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 14 fev. 2020; RR-1001553-95.2018.5.02.0085,

7. Turma, Relator: Min. Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 04 jun. 2021; AIRR-1685-87.2017.5.19.0003, 8. Turma, Relatora: Min. Dora Maria da Costa, DEJT 25 out. 2019 e RO-6310-53.2018.5.15.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator: Min. Evandro Pereira Valadão Lopes, DEJT 25 out. 2019.

Por conseguinte, há de se concordar que uma interpretação meramente literal e restritiva dos dispositivos legais trazidos pela reforma trabalhista referentes ao direito fundamental de acesso à justiça do trabalhador se revela incompatível com as garantias constitucionais da assistência jurídica integral e gratuita, inciso LXXIV do artigo 5º da CF/88, e também da inafastabilidade da jurisdição, inciso XXXV do artigo 5º da CF/88 (FERNANDES, 2019, p. 102; DELGADO; DELGADO, 2017, p. 325).

Outrossim, é importante destacar a condição de penúria em que os trabalhadores brasileiros se encontram ao procurar seus direitos no Judiciário Trabalhista e como essa situação se constitui em um difícil obstáculo de acesso à justiça. Conforme elucidado por Delgado e Delgado (2017, p. 49):

[...] parte significativa dos autores de ações trabalhistas no Brasil são trabalhadores desempregados que litigam contra seus ex-empregadores ou são trabalhadores com renda salarial relativamente modesta — ambos grupos assumindo, nessa medida, o papel de lídimos destinatários da justiça gratuita —, infere-se o dramático fechamento do acesso à justiça que apenas essa injustificável regra restritiva e discriminatória há de provocar no sistema judicial brasileiro.

De outra parte, o direito deve preservar as características de integridade e coerência, de modo que, se no processo comum, em que a igualdade entre os litigantes é pressuposta de saída, o acesso dos economicamente necessitados foi facilitado com a presunção de veracidade da alegação, por pessoa natural, de insuficiência de recursos; por maior razão é que no processo do trabalho, estruturado com base na correção da desigualdade de forças das partes, a apresentação de declaração pelo interessado deve bastar à comprovação de sua condição econômica.

4.2 Honorários advocatícios sucumbenciais

Voltando os olhos para os resultados do estudo empírico realizado no Judiciário de diversos países por Cappelletti e Garth deve-se insistir que, a carência econômica representa importante obstáculo ao efetivo acesso à justiça, de modo que a denominada 1ª onda de acesso consistia na implementação dos serviços de assistência jurídica para os pobres. Em

conformidade com as conclusões do Projeto de Florença, os honorários advocatícios se constituem na mais significativa despesa que as partes têm que suportar ao demandar em juízo (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 18).

A especialidade que sempre caracterizou o processo do trabalho se apresenta, principalmente, pela facilidade de acesso à justiça do trabalhador. Com efeito, as particularidades estruturais mais marcantes desse ramo do direito processual, antes da Reforma Trabalhista, podem ser assim resumidas: a) fixação da competência pelo lugar da prestação dos serviços, pois na época da edição da CLT esse era o local em que normalmente residia o empregado, enquanto no processo comum a regra de competência é o local do domicílio do réu; b) desnecessidade de adiantamento de custas para se ingressar com a reclamação; c) inexistência de sucumbência recíproca, de modo que se o empregador perdesse um único pedido arcaria com a totalidade das custas judiciais; d) facilidade na concessão da gratuidade de justiça, que poderia ser deferida de ofício; e e) previsão do *jus postulandi* das partes, que poderiam acompanhar as suas reclamações até o final.

Há de se pontuar, ainda, que no direito processual do trabalho não havia condenação em honorários advocatícios de sucumbência em desfavor do trabalhador. Somente nas hipóteses em que o reclamante estivesse assistido pelo sindicato profissional e não possuísse meios para demandar em juízo, sem prejuízo próprio ou de sua família, é que seriam cabíveis honorários assistenciais devidos pelo reclamado em favor do sindicato. Esse era o regramento previsto nos artigos 14 e 16 da Lei n. 5.584/1970, consoante interpretação consolidada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (Súmulas n. 219⁹⁷ e n. 329⁹⁸). Eis o teor desses dispositivos legais:

Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

[...]

Art 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

⁹⁷ **SUM-219 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. I** - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art.14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970) [...]

⁹⁸ **SUM-329 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988.** Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Essa facilidade de acesso, característica dos dissídios previstos na CLT, serviu de inspiração para o regramento dos Juizados Especiais Cíveis. A par das semelhanças, o regramento previsto na Lei n. 9.099/1995 possui algumas diferenças em relação à facilitação do acesso: i) exercício do *jus potulandi* pelas partes limitado às causas de valor até vinte salários-mínimos; ii) isenção de todos os custos de sucumbência em primeiro grau de jurisdição; iii) exigência de preparo compreendendo todas as despesas processuais dispensadas em primeiro grau de jurisdição, caso interposto de recurso da sentença; iv) imposição do pagamento de custas e honorários de advogado em segundo grau, ao recorrente vencido; e v) isenção das custas de execução, salvo em casos de litigância de má-fé, de improcedência dos embargos do devedor e de recurso improvido do devedor em sede de execução de sentença.

Oportuno destacar que no Reino Unido também houve uma “reforma” que encareceu os custos para demandar nos tribunais trabalhistas. Anteriormente não havia o pagamento de taxas nos tribunais trabalhistas, sendo essa modificação introduzida pelo Regulamento de taxas judiciárias (*the Fees Order*) de 2013, estando fundamentada na transferência de parte das despesas dos contribuintes para os usuários do sistema judicial, no incentivo de acordos preliminares e no desincentivo a comportamentos não razoáveis, como reivindicações sem fundamento consistente ou *vexatious claims* – ações sem base fática, levadas a juízo para causar aborrecimento ao réu (UK, 2017, p. 3). As demandas foram divididas em duas categorias: tipo A, com taxas totais de £390 (trezentas e noventa libras), e tipo B, com taxas totais de £1200 (mil e duzentas libras). Na apelação não há distinção entre tipos de ação, sendo a taxa única total de £1600 (mil e seiscentas libras) (UK, 2017, p.5-6).

A mencionada estrutura inclusiva de acesso à Justiça do Trabalho, que serviu de inspiração ao processo nos Juizados Especiais Cíveis, foi profundamente modificada pela Lei n. 13.467/2017, que acrescentou o art. 791-A à CLT. Posteriormente, o art. 16 da Lei n. 5.585/1970 foi revogado pela Lei n. 13.725/2018. Eis o teor do novel dispositivo da CLT:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará.

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

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

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

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

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

Da transcrição acima, identificam-se como principais alterações as seguintes: a) condenação em honorários advocatícios pela simples sucumbência, abandonando-se a antiga sistemática dos honorários assistenciais da Lei n. 5.584/1970 e Súmula n. 219 do TST; b) honorários fixados nos percentuais de 5% a 15%, em contraposição ao CPC, em que tais percentuais são de no mínimo 10% e no máximo 20%; c) previsão de honorários de sucumbência recíproca, em confronto com a regra geral de que não existe esse tipo de sucumbência no processo do trabalho⁹⁹; d) possibilidade de condenação em honorários advocatícios do beneficiário da justiça gratuita, autorizada a dedução dessa despesa dos valores obtidos em juízo, ainda que em outro processo, e) exigibilidade da despesa com honorários advocatícios do beneficiário da justiça gratuita sob condição suspensiva somente se não houver créditos obtidos em juízo capazes de suportá-la; e f) condenação em honorários sucumbenciais em sede de reconvenção.

Importante mencionar, ainda, a celeuma instaurada em torno da má-redação conferida ao dispositivo em análise. Com efeito, enquanto o artigo 85 do CPC estabelece que “A sentença condenará o vencido a pagar honorários”, o artigo 791-A da CLT dispõe que “serão devidos honorários de sucumbência [...] sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”, omitindo-se quanto aos casos em que não há condenação pecuniária: ações mandamentais, declaratórias, condenatórias julgadas improcedentes, entre outros.

Trata-se, conforme explanado por Castelo (2018, v. 2, p. 105-108), do mesmo vício contido na redação do artigo 20 do CPC de 1973, que estabelecia como base de cálculo dos honorários exclusivamente o valor da condenação, e que somente foi corrigido pela Lei n. 5.925/1973, que alterou a redação do seu § 4º, para fixar expressamente o cabimento de

⁹⁹ A pacífica interpretação conferida ao § 1º do art. 789 da CLT – “As custas serão pagas pelo vencido [...]” – é no sentido de que o reclamado deverá arcar com a integralidade do pagamento das custas processuais desde que saia derrotado em apenas uma das pretensões formuladas. Isso porque o legislador utilizou o termo “vencido” no singular, de modo que em todas as hipóteses de procedência parcial o reclamado sai necessariamente “vencido” em algum pedido. Desse modo, deverá responder pela integralidade das custas do processo.

honorários de sucumbência nas causas “em que não houver condenação”. No atual código também consta previsão explícita nesse sentido, no § 6º do art. 85 do CPC: “Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito”.

Dessa forma, consoante raciocínio desenvolvido por Castelo (2018, v. 2, p. 106-108), da literalidade do artigo 791-A da CLT decorreriam as seguintes conclusões: a) somente caberia condenação em honorários em favor do advogado do reclamante, pois não haveria específica autorização legal para imposição de honorários no caso de improcedência dos pedidos; b) não seria possível a aplicação do CPC, pois não se admitiria condenação por aplicação analógica, por força do disposto no § 2º do artigo 8º da CLT, que proíbe interpretação ampliativa e condenação sem previsão em lei; c) não haveria possibilidade de utilizar o valor da causa como base de cálculo, pois a improcedência da reclamação não se equipara à impossibilidade de mensuração do proveito econômico, que pressupõe sua verificação *in concreto*, pois a rejeição dos pedidos se constitui na própria inexistência de proveito econômico. Esse também é o entendimento esposado por Dias *et al.* (2018, p. 211):

Dito de outro modo, o tratamento normativo conferido pela CLT, ao não reproduzir fielmente o conjunto apresentado pelo CPC, aprovado pelo mesmo Congresso Nacional, não legitima a imputação de honorários advocatícios nos casos de improcedência ou extinção do processo sem resolução do mérito. Vale observar que, pela redação do art. 791-A da CLT, não foi completamente assimilado ao processo laboral o princípio da sucumbência, justamente pela inexistência de reprodução de comando similar ao do art. 85 do CPC. Por isso, e em razão das particularidades do processo do trabalho, o tema deve merecer interpretação restrita e estrita aos termos colocados no próprio texto enxertado.

Há de se reconhecer, de fato, que existe uma imperfeição na redação do dispositivo. Porém, a função do operador do direito nesses casos é justamente compreender o sentido e o alcance da norma e tentar sanar as falhas da legislação, mediante interpretação corretiva. Aliás, o próprio dispositivo em comento traz três parágrafos em que está pressuposta a possibilidade de cobrança de honorários de sucumbência dos trabalhadores: o § 3º prevê o arbitramento de honorários de sucumbência recíproca, o que pressupõe que ambas as partes foram vencidas e vencedoras; o § 4º trata de honorários de sucumbência devidos pelo beneficiário da justiça gratuita, autorizando a retenção dessa despesa sobre seus créditos, subentendendo-se a responsabilização do reclamante pela despesa; e § 5º ao estabelecer que são devidos honorários de sucumbência na reconvenção, englobou os casos de improcedência. Nesse sentido é a conclusão de H. Silva (2017, p. 142).

Portanto, ainda sem entrar na discussão acerca da inconstitucionalidade do art. 791-A da CLT, a interpretação que expressaria melhor a unidade e coerência do sistema jurídico é a que considera que o referido dispositivo impõe honorários de sucumbência à parte que sair vencida, quer se trate de reclamante, quer de reclamado.

Outrossim, nos casos em que ocorre extinção do processo sem resolução do mérito não há propriamente vencido, pois não há julgamento do mérito, de modo que o critério de sucumbência previsto no art. 791-A da CLT é insuficiente. Nessa hipótese, a lei deveria fixar um critério subsidiário para que pudesse incidir a condenação em honorários advocatícios, como o princípio da causalidade previsto no art. 90, *caput*, do CPC¹⁰⁰. Em face da lacuna normativa da CLT e tendo em vista as peculiaridades do processo do trabalho, deve-se adotar interpretação estrita. Assim, diante do silêncio eloquente da lei não devem incidir honorários advocatícios de sucumbência nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito, como por exemplo no arquivamento da reclamação trabalhista (Art. 844, *caput*, CLT).

Outra objeção que se levanta ao cabimento de honorários advocatícios de sucumbência seria a manutenção do *jus postulandi* das partes pela Reforma Trabalhista. Isso porque, segundo Castelo (2018, v. 2, p. 101), a responsabilização por essa despesa seria regida pelo princípio da causalidade, mas a representação da parte por advogado não seria obrigatória. Desse modo, como a parte vencida não teria dado causa à contratação do advogado da vencedora, não poderia ser responsabilizada por essa despesa.

Ocorre que, além da limitação do *jus postulandi* das partes pela jurisprudência consolidada do TST¹⁰¹ impedir que a própria parte possa acompanhar sua reclamação até o final (como autoriza o art. 791, *caput*, CLT), a condenação em honorários advocatícios tem como critério determinante o princípio da sucumbência, funcionando o princípio da causalidade apenas como critério residual. Consoante lição tradicional na doutrina processualista acerca dos honorários advocatícios sucumbenciais, o “fundamento dessa condenação é o fato *objetivo* da derrota e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva [...]” (CHIOVENDA *apud* BARBI, 2008, p. 134). Por outro lado, desde a edição da Lei n. 9.099/1995 (Art. 9º c/c Art. 55) é cabível

¹⁰⁰ Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

¹⁰¹ Súmula 425 do TST: “**JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE.** O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.”

a condenação em honorários de sucumbência nos Juizados Especiais Cíveis, v.g. em grau recursal, mesmo sendo admitido o *jus postulandi* das partes (DIAS *et al.*, 2018, p. 211).

Igualmente controversa foi a inserção dos honorários de sucumbência recíproca no processo do trabalho. A lição de longa data na doutrina processualista é no sentido de que havendo “procedência parcial da ação”, e desde que nenhum dos litigantes tenha sucumbido em parte mínima do pedido, os honorários serão recíproca e proporcionalmente distribuídos entre eles. Ao comentar o artigo 21 do código de processo civil anterior (art. 86 do CPC de 2015), Celso Agrícola Barbi (2008, p. 149) assim elucidou o tema:

A norma legal é simples e parte do princípio de que, quando o autor vencer apenas em parte, estará automaticamente vencido em parte, o mesmo se dando com o réu. Neste caso, cada um pagará despesas judiciais e honorários tendo em vista a parte em que foi vencido. Assim, se o autor que pede 100 é vencedor em 70, e perdedor em 30, deve pagar apenas 30% das despesas e dos honorários do advogado do réu. E este pagará 70% das despesas e de honorários de advogado do autor.

Foi em razão dessa constatação, aliás, que houve toda uma construção teórica acerca da sucumbência recíproca no caso de indenização por danos morais, a fim de evitar-se o paradoxo de os honorários sucumbenciais devidos pela vítima superarem o valor da indenização a ela devida e reconhecida. Consoante jurisprudência firmada no âmbito do STJ, a postulação de indenização por danos morais seria fixada na petição inicial em caráter estimativo, não podendo ser considerada para fins de fixação de sucumbência recíproca. Em realidade, não haveria sucumbência recíproca nessa hipótese, pois a indenização pleiteada fora deferida, mesmo que isso tenha se dado em valor substancialmente inferior ao indicado na exordial, de modo que a parte autora saiu vencedora na postulação principal. Nesse sentido, a Súmula n. 326 do STJ, que veio consolidar esse entendimento: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.”

Note-se que pela sistemática do atual CPC, que é idêntica à do código anterior, um pedido corresponde a uma ação. Daí porque, na explicação acima transcrita, o autor Celso A. Barbi tratou o tema como se houvesse apenas um pedido, nominando a hipótese de “procedência parcial da ação”. Ademais, o parágrafo único do artigo 86 do atual CPC fala em sucumbência de “parte mínima do pedido”, no singular. Desse modo, em um sistema estruturado tendo como padrão de postulação um pedido único e em que a formulação de mais de um pleito é a exceção, tanto que nominada de cumulação objetiva de ações, a única possibilidade de sucumbência recíproca seria justamente quando houvesse o deferimento parcial desse pedido, sendo essa despesa proporcionalmente distribuída entre os litigantes.

Note-se que o processo do trabalho nunca estabeleceu a sucumbência recíproca, sendo as custas judiciais integralmente pagas pelo vencido (Art. 789, § 1º, da CLT), ainda que tivesse decaído em parte mínima. O mencionado artigo não foi alterado pela Reforma Trabalhista, permanecendo a regra geral que não admite proporcionalidade no pagamento das despesas do processo. Por essa razão é que Dias *et al.* (2018, p. 214) asseveram que:

[...] a nova regra consolidada comete uma grave violação estrutural, porquanto se divorcia de uma diretriz principiológica das mais relevantes do processo do trabalho. Afinal, soa impraticável aplicar-se a regra da sucumbência recíproca em um tipo de processo que tem como matriz a possibilidade de cumulação objetiva, como regra. Como se sabe, no processo laboral, é muito raro haver apenas uma pretensão específica, sendo mais comum haver pedidos encadeados, em razão da sucessividade do trato que é típica do contrato de trabalho. Dessa forma, é conceitualmente inviável falar-se em “sucumbência recíproca”, pois se parte das pretensões deduzidas pelo reclamante foi acolhida, é evidente que quem sucumbiu foi o empregador.

Nada obstante essas ponderações, existe previsão expressa de cabimento desse instituto no processo do trabalho (art. 791-A, § 3º, CLT). Sua importação do processo civil, todavia, deveria sofrer adaptações quando da sua aplicação. Com efeito, no processo do trabalho a quase-totalidade das reclamações possui mais de um pedido, não sendo incomum reclamações com mais de vinte pedidos formulados em cumulação simples. Por conta disso, seria inviável cogitar-se em pagamento de honorários de sucumbência pela parcela não deferida de cada um dos pleitos, situação que poderia gerar um paradoxo: haveria forte tendência de o acessório, honorários de sucumbência recíproca calculados sobre aquilo que foi indeferido, ser superior ao valor principal reconhecido ao reclamante.

Dessa forma, em razão da pluralidade objetiva de demandas, deve-se considerar o valor dos pedidos indicados na petição inicial como meramente estimativo, conforme, aliás, foi sustentado na seção 3.4. Nessa esteira, ainda que o valor da condenação de determinado pleito seja inferior à quantia postulada, não haveria sucumbência recíproca em honorários. Esta somente se configuraria se por acaso alguns pedidos fossem julgados procedentes, enquanto outros fossem julgados improcedentes. Nesse mesmo sentido, o Enunciado n. 99 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela ANAMATRA:

99. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA O juízo arbitrar honorários de sucumbência recíproca (art. 791-A, par.3º, da CLT) apenas em caso de indeferimento total do pedido específico. O acolhimento do pedido, com quantificação inferior ao postulado, não caracteriza sucumbência parcial, pois a verba postulada restou acolhida. Quando o legislador mencionou “sucumbência parcial”, referiu-se ao acolhimento de parte dos pedidos formulados na petição inicial. (ANAMATRA, 2018).

Feitas estas primeiras observações acerca do conteúdo das alterações legislativas, cumpre investigar a compatibilidade dessas novas disposições com as normas de hierarquia superior. Isto é, examinar a validade da lei no plano interno (controle de constitucionalidade) e no plano externo (controle de convencionalidade). É preciso ter em mente, ainda, o efeito conjunto dessas modificações introduzidas pela reforma trabalhista. Consoante observação de Silva e Silva (2019, p. 283):

A “reforma trabalhista” foi fruto de um trabalho que se pode dizer, ao menos, muito estruturado sob a ótica de um projeto estratégico destinado a inibir o manejo de ações na Justiça do Trabalho e, nesse intento, vem obtendo um êxito expressivo, bastando ver-se a diminuição não apenas numérica mas também no valor das causas, desde o início da vigência da norma alteradora.

Nessa senda, a inclusão de honorários advocatícios de sucumbência acabou por retirar a identidade característica do processo do trabalho, afastando-o cada vez mais de seu desenho original de gratuidade do processo e facilidade de acesso ao trabalhador (SILVA, H., 2017, 140). E como o processo do trabalho não foi estruturado para condenação e cobrança de honorários sucumbenciais, para muitos autores este seria o início de seu fim. Porém, não há um consenso quanto à temática.

Para alguns, tais mudanças seriam até mesmo necessárias para preservação de outros princípios constitucionalmente consagrados, de modo que não haveria qualquer inconstitucionalidade nas alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, porquanto a estrutura processual precedente consistia em:

[...] um sistema que penalizava apenas o empregador com custos do processo e isentava quase que absolutamente o empregado das despesas processuais, fosse qual fosse sua condição, [o que] desafiava qualquer sistema democrático de distribuição da prestação jurisdicional. Não vemos, desta feita, como considerar que as alterações legais encarnam inconstitucionalidades que legitimem seu expurgo do sistema normativo. (SILVA; SILVA, 2019, p. 283).

Para outros, a falta de previsão de honorários de sucumbência seria uma reminiscência da velha estrutura processual trabalhista consolidada na década de 1940, a qual não encontraria fundamento na atual complexidade da sociedade brasileira. Após descrever o entendimento de longa data acerca da incompatibilidade do princípio da sucumbência no processo do trabalho e de sua prejudicialidade ao trabalhador, Teixeira Filho (2018, p. 135) explica que as mudanças ocorridas nos últimos anos tornaram insustentável a sistemática anterior, exigindo a imposição de uma responsabilidade postulatória:

A contar de determinado momento, a presença do advogado em juízo, como procurador da parte, começou a ocorrer com maior intensidade, de tal arte que, nos dias atuais, rareiam os casos em que a parte vai à Justiça do Trabalho sem a companhia desse profissional. Esse fato nos motivou a rever a nossa opinião a respeito do princípio da sucumbência [...] Usemos de franqueza: sob certo aspecto, a não aplicação do princípio civilista da sucumbência ao processo do trabalho fazia com que certos advogados se sentissem à vontade para formular pedidos a que o autor não fazia jus, pois não havia, nisso, risco de este pagar honorários advocatícios à parte contrária, desde que fosse vencedor no tocante a um ou a outro pedido – que não aqueles formulados de maneira temerária ou infundada [...] É razoável supor que essa norma legal fará abrandar a *abusividade postulatória*, que desde muito tempo constitui característica de muitas das iniciais trabalhistas.

Os argumentos são consistentes, mas deixam de focar o problema sob a perspectiva da causalidade: qual o motivo para que alguns advogados formulem pedidos em quantia superior ao que seus clientes fariam jus? A morosidade do sistema judiciário trabalhista, aliada à necessidade alimentar das verbas postuladas e à forte cultura do acordo imperante na justiça especializada, acaba promovendo a institucionalização de verdadeira renúncia generalizada de direitos trabalhistas. O historiador John French (2001, p. 19) relata que essa dificuldade já era sentida nas primeiras décadas de funcionamento da justiça especializada:

Ineficiência administrativa, tribunais superlotados e uma tendência para a “conciliação” frequentemente produziam o que pode ser denominado de “justiça com desconto”. Mesmo quando ganhava um caso legal, por exemplo, um trabalhador brasileiro era forçado a um acordo com seus patrões, obtendo um valor muito menor do que o inscrito em seus direitos legais, caso contrário teria de enfrentar atrasos intermináveis devido aos apelos da empresa – que algumas vezes se estendiam por até 12 anos. E durante aquele período, o dinheiro que o trabalhador havia ganho desapareceria porque, até o final dos anos 60, o montante eventualmente ganho não era corrigido monetariamente.

Essa denominada “justiça com desconto” é que induz no reclamante um comportamento socialmente indesejado, mas que representa a luta pela autopreservação de seus interesses: sabendo que terá que renunciar a direitos indisponíveis para concretizar um acordo em juízo, o reclamante pede o que não tem razão, para poder receber justamente o que teria direito. A solução do problema, portanto, não se dá apenas atacando o resultado visível indesejado, pois essa ação agravará o efeito perverso antes produzido: a “justiça com desconto” permanecerá, mas o trabalhador não terá como minorar suas perdas. Impõe-se combater as suas verdadeiras causas, aumentando a efetividade do direito material do trabalho, de modo a evitar que o descumprimento rotineiro da legislação do trabalho produza várias reclamações que

desaguem no poder judiciário, e impondo ao empregador – *de lege ferenda* – desincentivos econômicos à procrastinação do processo e à formulação de acordos por valores irrisórios¹⁰².

Também é importante lembrar que a mudança no paradigma do acesso à justiça não se trata de peculiaridade do direito brasileiro, como aliás já foi destacado na presente pesquisa, mas sim de imposição do mercado global, especialmente direcionada aos países periféricos, para fins de obtenção de empréstimos junto ao Banco Mundial. Sobre essa temática, Sidnei Machado (2019, p. 256) com argúcia frisou que:

[...] a reforma trabalhista de 2017 — a Lei 13.476, de 13 de julho de 2017 — se localiza nessa tendência global de reformas da jurisdição do trabalho, na medida em que adota os dois grandes vetores-chave de alteração da jurisdição: primeiro, modifica as condições de acesso à justiça, com a restrição da gratuidade e instituição de honorários de sucumbência, entre outras medidas e; segundo, busca neutralizar o controle da interpretação judicial, com a limitação na lei do papel interpretativo de juízes e tribunais do trabalho. Esses dois aspectos modificativos promovem uma inflexão profunda no modelo de base de amplo acesso à jurisdição do trabalho no Brasil, com o potencial para reconfigurar a judicialização do conflito do trabalho pelos tribunais do trabalho e deformar o sentido da Justiça do Trabalho.

Pois bem. Antes mesmo de se investigar as alegadas inconstitucionalidades da reforma trabalhista, é preciso verificar sua compatibilidade com as normas internacionais de proteção aos direitos humanos, especialmente com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). A essa compatibilidade entre normas internas e tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro é que se dá o nome de Controle de Convencionalidade, instituto baseado em três preceitos de direito internacional: a) princípio do *pacta sunt servanda*; b) proibição de se invocar direito interno para se eximir de obrigação internacional; e c) responsabilidade internacional do Estado por descumprimento das obrigações convencionais assumidas (VILLATORE *et al.*, 2018, p. 144).

Isso porque, de acordo com o artigo 2º da referida convenção internacional, os Estados Partes se comprometem a adotar as medidas legislativas necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades reconhecidos na CADH. Os contornos dessa obrigação de adequação dos atos normativos no plano interno ficaram bem delineados no julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) do Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile (OEA, 2015a, p. 40):

¹⁰² Essa possibilidade é estabelecida no Sistema de Michigan, em que as partes são incentivadas a formularem propostas conciliatórias no valor mais próximo possível ao que seria fixado em julgamento, inclusive com auxílio de peritos para apuração do montante exato dos danos. Se o autor discordar desse montante dos danos e a sentença fixar valor inferior a 110% dessa quantia, ele sofrerá uma penalidade pecuniária. Caso o réu não aceite as condições do acordo e a sentença estabeleça valor superior a 90% dessa quantia, o acionado é quem sairá penalizado (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 89).

Asimismo, la Corte ha determinado que un Estado que ha celebrado un tratado internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas, y que este principio recogido en el artículo 2 de la Convención establece la obligación general de los Estados Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella contenidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (*effet util*). Asimismo, este Tribunal ha entendido que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio lo cual implica que la norma o práctica violatoria de la Convención debe ser modificada, derogada, o anulada, o reformada, según corresponda, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.¹⁰³

As providências afirmativas e negativas a serem adotadas pelos Estados para adequação de suas normas internas podem até mesmo, segundo a jurisprudência da Corte IDH, atingir normas de hierarquia constitucional. Nesse sentido, o festejado autor Cançado Trindade (2003, v. 1, p. 555) indica julgamento proferido à época em que atuava como Juiz Presidente da mencionada Corte, *in verbis*:

Em sua histórica sentença de 05 de fevereiro de 2001, a Corte Interamericana determinou *inter alia* que o Estado demandado [Chile] deveria, dentro de um prazo razoável, modificar seu ordenamento jurídico interno (no caso, mediante a reforma de uma disposição constitucional), de modo a por um fim à censura prévia e permitir a exibição pública do filme "*A Última Tentação de Cristo*".

Não se ignora o entendimento firmado pelo STF no sentido de que a Declaração Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, possui *status* supralegal, hierarquicamente inferior à Constituição Federal¹⁰⁴. Todavia, também não se pode desprezar a força cogente das obrigações convencionais assumidas pelo Brasil, já que o Estado Parte poderá ser responsabilizado pelo descumprimento de suas obrigações

¹⁰³ Tradução livre do autor: "Da mesma forma, a Corte determinou que um Estado que tenha celebrado um tratado internacional deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas, e que este princípio contido no artigo 2º da Convenção estabelece a obrigação geral dos Estados Partes de adequar seu direito interno às disposições da mesma, a fim de garantir os direitos nela contidos, o que implica que as medidas de direito interno devem ser efetivas (*effet util*). Da mesma forma, este Tribunal tem entendido que tal adequação implica a adoção de medidas em duas vertentes, a saber: i) a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação das garantias previstas na Convenção ou que desconsiderem os direitos nela reconhecidos ou obstaculizem seu exercício, o que implica que a norma ou prática violadora da Convenção deva ser modificada, derogada, ou anulada, ou reformada, segundo o caso, e ii) a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observâncias das referidas garantias."

¹⁰⁴ Cf. decidido no RE 466343/SP, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 05 jun. 2009 (2009b).

internacionais, não sendo possível invocar como excludente de responsabilidade lei ou norma constitucional interna (CANÇADO TRINDADE, 2003, v. 1, p. 548-549).

Nesse sentido, em conformidade com artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (RODRIGUES JR., 2015). Ademais, como se cuida de disposições sobre a proteção da pessoa humana, é expressamente vedada a extinção ou a suspensão da execução de tratado, no todo ou em parte, em razão dessa violação substancial do tratado – art. 60, § 5º, da Convenção de Viena de 1969 (RODRIGUES JR., 2015).

Estabelecida essa premissa, tem-se que o Direito de Acesso à Justiça possui seu conteúdo fixado a partir da interpretação dos artigos 8.1 e 25.1 da CADH¹⁰⁵ em conjunto com o compromisso dos Estados Partes de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na CADH e de garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa, constante do seu artigo 1.1 (RODRIGUES JR., 2015). Trata-se de garantia expressamente prevista na Convenção e que não pode ser obstada pelos Estados Partes, seja por ação, seja por omissão. Segundo Guedes (2018, p. 55), uma das principais preocupações da Corte IDH relacionada à concretização da mencionada garantia se refere à:

[...] existência de barreiras econômicas que, na prática, imponham obstáculos à efetividade desse direito, impedindo a postulação judicial dos cidadãos mais vulneráveis perante os órgãos internos de cada Estado Parte. Um dos obstáculos mais frequentes diz respeito à impossibilidade de pagamento de um advogado, sendo certo que a jurisprudência da Corte exige sempre que o Estado Parte viabilize aos seus cidadãos, quando não possam arcar com o pagamento do advogado, mecanismo de assistência jurídica gratuita, preferencialmente a disponibilização de defensores públicos à população mais carente, que possa possibilitar seu acesso ao Judiciário local.

Ainda em relação às barreiras econômicas, a Corte IDH identificou em algumas normas e práticas estatais violações às garantias previstas na CADH, especialmente: a) a exigência do recolhimento de taxas em valores irrazoáveis como pressuposto para a admissão em juízo; b) a imposição de pagamento de taxas judiciais em valores exagerados para o acionante que sair derrotado na ação, o que incute o temor nos cidadãos de acionar o Judiciário

¹⁰⁵ Art. 8.1: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Art. 25.1 Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

como credor e sair como devedor de expressiva quantia; c) previsão apenas formal de acesso à justiça, sem a necessária remoção dos óbices econômicos para a concretização efetiva desse acesso; d) ausência de previsão de mecanismos compensatórios da desigualdade entre as partes, o que acaba trazendo para dentro do processo as condições de desvantagens e demais obstáculos não econômicos enfrentados pela parte hipossuficiente (GUEDES, 2018, p. 56).

Ora, ao invés de promover a remoção dos óbices de ordem econômica ao acesso à justiça, a Reforma Trabalhista foi declaradamente editada para ampliar os existentes e criar novos empecilhos. Não basta estabelecer formalmente a inafastabilidade da jurisdição, o Estado tem que garantir e proporcionar o efetivo acesso, pois conforme declaração da Corte no caso *Cantos vs Argentina* (OEA, 2002, p. 30), “También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales.”¹⁰⁶

Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) também reconhece o princípio da efetividade, Processo C-268/06 *Impact contra Minister for Agriculture and Food* e outros, segundo o qual os pressupostos processuais para o ajuizamento de ações “não devem tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade)” (UNIÃO EUROPEIA, 2008, p. I - 2551).

Desse modo, o tratamento mais severo dado à gratuidade judiciária em conjunto com a imposição de honorários de sucumbência tem o condão de causar verdadeiro temor ao trabalhador que busca a satisfação de seus direitos na Justiça do Trabalho. Acontece que o Tribunal, ainda no caso *Cantos vs Argentina* (OEA, 2002, p. 32), assentou ser aconselhável que o Estado “adopte el conjunto de medidas tendientes para que la tasa de justicia y el cobro de honorarios no se transformen en obstáculos para hacer efectivo los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en la Convención Americana”¹⁰⁷. Mas, como o reclamante, que na maioria dos casos está desempregado, teria condições de pagar o advogado da parte contrária, se não teria recursos sequer para custear seu próprio causídico?

O resultado é que, mesmo não sendo avesso a riscos, o reclamante acabará desistindo de recorrer ao Judiciário, sendo obrigado a renunciar a direitos humanos sociais indisponíveis. Contudo, nos termos dos argumentos exarados no emblemático caso *Cantos vs*

¹⁰⁶ Tradução livre do autor: “También se requer que quien participa del proceso pueda hacerlo sin el temor de verse obligado a pagar sumas desproporcionadas o excesivas por haber recurrido a los tribunales.”

¹⁰⁷ Tradução livre do autor: “adote o conjunto de medidas tendente para que a taxa de justiça e a cobrança de honorários não se transformem em obstáculos à efetivação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagradas na Convenção Interamericana”.

Argentina (OEA, 2002, p. 28) acerca do artigo 8.1 da CADH, os Estados não devem colocar barreiras ao acesso das pessoas aos órgãos judiciais, impondo custos ou outras restrições que não sejam razoavelmente justificadas. Naquela oportunidade, a Corte IDH ponderou que:

[...] si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho.¹⁰⁸ (OEA, 2002, p. 29).

Note-se que o Regulamento de taxas judiciárias do Reino Unido, *the Fees Order* de 2013, a que se aludiu anteriormente, teve sua licitude questionada sob o direito interno e sob o direito da União Europeia. A Suprema Corte do Reino Unido (UKSC) rechaçou a tese de que o Princípio da Efetividade somente seria violado se a taxa judicial fosse tão elevada a ponto de ser impossível o seu pagamento. Para a Corte (UK, 2017, p.36):

[...] the proportionality of the Fees Order in issue in the present proceedings is not determined solely by the affordability of the fees (although if they are unaffordable by some people, then the Order is unlawful under EU law in so far as it applies to claims based on rights derived from EU law). Proportionality also requires other factors to be considered, including the stage of the proceedings at which the fees must be paid, and whether non-payment may result in the claim's never being examined on its merits. They also include a factor which is of particular importance in the present case, namely whether the fees are proportionate in amount to the sums being claimed in the proceedings. [...] Given the conclusion that the fees imposed by the Fees Order are in practice unaffordable by some people, and that they are so high as in practice to prevent even people who can afford them from pursuing claims for small amounts and nonmonetary claims, it follows that the Fees Order imposes limitations on the exercise of EU rights which are disproportionate, and that it is therefore unlawful under EU law.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Tradução livre do autor: “[...] embora o direito de acesso à justiça não seja absoluto e, consequentemente, possa estar sujeito a algumas limitações discricionárias por parte do Estado, o certo é que estas devem guardar correspondência entre o meio empregado e o fim perseguido e, em definitivo, não podem implicar a negação mesma do referido direito.”

¹⁰⁹ Tradução livre do autor: “[...] a proporcionalidade do Regulamento de Custas em questão no presente processo não é determinada apenas pela acessibilidade das taxas (embora, se forem inacessíveis para algumas pessoas, então a Ordem é ilegal nos termos do direito da UE [União Europeia] na medida em que se aplica a reivindicações baseadas em direitos derivados do direito da UE). A proporcionalidade também exige que outros fatores sejam considerados, incluindo o estágio do processo em que as taxas devem ser pagas e se o não pagamento pode resultar em que o pedido nunca seja examinado quanto ao seu mérito. Incluem também um fator que se reveste de particular importância no caso em apreço, a saber, se as taxas são proporcionais aos montantes reclamados no processo. [...] Dada a conclusão de que as taxas impostas pelo regulamento são, na prática, inacessíveis para algumas pessoas, e que são tão elevadas que, na prática, impedem mesmo as pessoas que as podem pagar de reclamarem pequenos montantes e obrigações não pecuniárias, conclui-se que a o regulamento das custas impõe limitações ao exercício dos direitos da UE que são desproporcionadas e que, portanto, são ilegais ao abrigo do direito da UE.”

Não há, entretanto, nem racionalidade nem proporcionalidade entre os meios empregados e os fins visados pelo legislador reformista, servindo as normas referentes à gratuidade judiciária e aos honorários advocatícios de sucumbência como obstáculos intransponíveis à efetividade dos direitos sociais trabalhistas. Nesses termos, a possibilidade de se obter a proteção judicial seria praticamente simbólica.

De outra parte, a Reforma Trabalhista conferiu exatamente o mesmo tratamento ao reclamante e ao reclamado no pertinente aos honorários de sucumbência, omitindo-se, assim, de proporcionar uma estrutura compensatória mínima entre partes reconhecidamente desiguais. Pior, a norma estatuída no § 4º do artigo 791-A da CLT promove verdadeiro rebaixamento do cidadão trabalhador que procura a satisfação de seus direitos na Justiça do Trabalho, pois a gratuidade judiciária a ele conferida situa-se aquém daquela outorgada aos jurisdicionados dos demais segmentos do Judiciário.

Foi em situações assemelhadas a esta que a Corte IDH reconheceu que o efetivo acesso à justiça pressupõe que a parte tenha condições de defender adequadamente seus direitos, em posição de igualdade processual com a parte adversa, devendo estar presentes os elementos necessários para que exista o maior equilíbrio entre as partes – caso *Ruano Torres y otros Vs. El Salvador* (OEA, 2015b, p. 44-45). Desse modo, somente seria possível garantir o livre e pleno exercício do direito de acesso à justiça, na forma do art. 1.1 da CADH, mediante a adoção de providências afirmativas pelo Estado no sentido de compensar as desigualdades técnicas, econômicas e sociais verificadas. Nesse sentido, a Opinião Consultiva OC-16/1999, emitida pela Corte IDH por solicitação do México, expôs que:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.¹¹⁰ (OEA, 1999, p. 69).

¹¹⁰ Tradução livre do autor: “Para alcançar seus objetivos, o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados à justiça. É assim que se atende ao princípio da igualdade perante a lei e os tribunais e a correlativa proibição de discriminação. A presença de condições de real desigualdade exige a adoção de medidas compensatórias que contribuam para reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses. Se não existissem esses meios de compensação, amplamente reconhecidos em diversas vertentes do procedimento, difícilmente se poderia dizer que aqueles que se encontram em condição de desvantagem desfrutam de um verdadeiro acesso à justiça e se beneficiam do devido processo legal em igualdade de condições com quem não enfrenta essas desvantagens.”

Necessário, ainda, tecer alguns comentários acerca da responsabilidade internacional dos Estados pela observância dos Direitos Humanos. As obrigações internacionais de proteção dos Direitos Humanos vinculam conjuntamente os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pois assumidas pelo Estado. Desse modo, é o Judiciário nacional que fará a primeira verificação de compatibilidade entre o direito interno e a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo chamado a aplicar as normas do referido diploma internacional. Em outras palavras, “o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão [...]” (CANÇADO TRINDADE, 2003, v. 1, p. 552).

Existe, na verdade, um sistema de proteção multinível dos Direitos Humanos, com uma interpenetração entre a jurisdição nacional e a jurisdição internacional, sendo esta de caráter subsidiário. Daí decorre a sujeição dos atos internos do Estado, inclusive os de caráter jurisdicional, “à supervisão dos órgãos internacionais de proteção quando, no exame dos casos concretos, se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos.” (CANÇADO TRINDADE, 2003, v. 1, p. 554).

A essa fiscalização exercida pela Corte IDH dá-se o nome de controle de convencionalidade concentrado. Em face da submissão de todos os órgãos estatais à CADH, o Judiciário nacional está obrigado a “exercer um ‘controle [difuso] de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente, no contexto de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes” (OEA, 2010, p. 77), vinculando-se igualmente à interpretação desse tratado realizada pela “Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” – caso *Fernandes Ortega e outros Vs. México* (OEA, 2010, p. 78).

Dessa forma, há de se reconhecer a inconveniência da Reforma Trabalhista tendo em vista o dever dos Estados Membros de respeitar e garantir o livre e pleno exercício a toda pessoa dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção Interamericana (art. 1.1 da CADH), bem assim a previsão nos artigos 8 e 25 da CADH do direito de acesso à justiça e da garantia do devido processo legal, de modo que o legislador reformista deveria tomar medidas no sentido de concretizar esses princípios, harmonizando o ordenamento interno, e não de dificultar-lhes a incidência. Ademais, a Reforma Trabalhista afronta de forma escancarada a interpretação conferida pela Corte Interamericana das garantias judiciais e de proteção judicial,

compreendidas como deveres de remoção de obstáculos econômicos à concretização do acesso à justiça e de reconhecimento e resolução dos fatores de desigualdade real dos jurisdicionados.

Retornando o foco ao exame da compatibilidade dos honorários advocatícios de sucumbência com a Constituição, cumpre de logo esclarecer que a inconstitucionalidade se trata de “um problema de relação intrassistemática de normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme critérios de validade contidos nas normas constitucionais” (NEVES, 1988, p. 69-70). O controle de constitucionalidade visa restabelecer a unidade e harmonia do sistema jurídico, pressupondo a supremacia da constituição, ascendência hierárquica do texto constitucional sobre o ato normativo questionado, e a rigidez constitucional, existência de um procedimento de reforma constitucional diverso e mais dificultoso que o processo legislativo estrito senso (BARROSO, L., 2012, p. 23-24).

A alteração trazida pela Reforma Trabalhista recebeu diversas críticas da academia. Com efeito, longe de buscar a valorização do advogado trabalhista ou a litigância responsável por parte dos reclamantes, o que essa alteração realmente proporcionou foi um eficiente fator inibitório do acesso à justiça do trabalhador. Rocha e Marzinetti (2017, p. 21) criticam as modificações perpetradas:

Pensar na possibilidade do empregado/reclamante ser condenado ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, significa dizer para ele não questionar seus direitos trabalhistas judicialmente, afinal ele já é a parte hipossuficiente da relação jurídica e seu salário via de regra não lhe permite pagar nem o seu advogado, e muito menos o advogado da parte contrária no caso de ter seu pedido julgado improcedente.

Nesse contexto, há de se concordar que o “temor econômico de postulação legítima à Justiça do Trabalho enseja sacrifício desmedido ao direito de acesso à justiça do trabalhador” (FERNANDES, 2019, p. 76), representando, ainda, um perigo à credibilidade da Justiça do Trabalho como instituição constitucionalmente designada para resolver os conflitos decorrentes da relação entre capital e trabalho. Ora, qual o nível de confiança que o Judiciário Trabalhista poderia passar para o trabalhador quando é facilmente perceptível, como observado por (MOURA, 2019, p. 319), que o legislador reformista mais se preocupou com a proteção do crédito acessório dos advogados (cf. art. 791-A, § 4º, CLT) do que com o crédito principal dos trabalhadores?

Ademais, a introdução de honorários advocatícios de sucumbência de forma geral e indiscriminada impõe um risco financeiro desproporcional ao reclamante, desnecessário ao atingimento da finalidade de reduzir a litigância temerária e de induzir uma atuação mais responsável da parte autora e de seu advogado. Nesse contexto, há de se concordar com Baracat

(2019, p. 345) quando afirma que “As soluções almejadas pela previsão de honorários de sucumbência recíproca de forma ampla e irrestrita no processo do trabalho geraram entraves à efetivação de direitos sociais trabalhistas que demandam novas soluções hermenêuticas.”

Na verdade, a possibilidade de condenação do trabalhador em honorários de sucumbência, nos mesmos moldes do empregador, pode representar a um só tempo afronta às garantias constitucionais de inafastabilidade da jurisdição e da assistência jurídica integral e gratuita (Art. 5º, XXXV e LXXIV), bem assim ao Princípio Constitucional da Isonomia (Art. 5º, *caput* e inciso I). O tema relativo aos limites e alcance interpretativo do dever jurídico estatal de prestar assistência jurídica integral e gratuita foi amplamente discutido na seção anterior. Outrossim, o debate será retomado no capítulo 5, em que se verificará a existência ou não de relação de causalidade entre as facilidades de concessão da justiça gratuita e o aumento de litigância. Por tais motivos, serão investigados apenas os outros dois argumentos pela ocorrência de inconstitucionalidade.

Quanto à garantia de inafastabilidade da jurisdição, cumpre alertar que ela não é assegurada simplesmente com a instituição de um órgão estatal (Justiça do Trabalho) e com a formal previsão de um remédio jurídico (Reclamação Trabalhista). Esse remédio jurídico deve ser efetivo, no sentido de proteger o jurisdicionado contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou mesmo pela Convenção Interamericana. Outrossim, somente é possível falar em inafastabilidade da jurisdição se houver como o cidadão ter acesso aos órgãos judiciais. Daí a importância conferida ao acesso à justiça não só pela Constituição de 1988 (Art. 5º, XXXV), como também pela DUDH¹¹¹ (Art. 10), pelo PIDCP¹¹² (Art. 14) e pela CADH (Arts. 8.1 e 25.1).

Outrossim, em se tratando de direito humano, o acesso à justiça impõe ao Estado os deveres correlatos de proteção e de promoção. Em paralelo, considerando o caráter de Direito Social da legislação trabalhista, o Estado deve agir concretamente para tornar efetivo o Direito do Trabalho, no sentido de eliminar as barreiras econômicas encontradas pelos trabalhadores ao buscar a satisfação de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, a mera omissão estatal na promoção do acesso à justiça do trabalhador já se configuraria em violação à norma constitucional em razão da proteção insuficiente, o que ocorre quando o ente estatal descumpre

¹¹¹ Art. 10: Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

¹¹² Art. 14.1: Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com 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. [...]

seu dever de “adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p. 273).

No caso, o legislador reformista violou o princípio da proibição de excesso, na medida em que desrespeitou os limites de sua atividade regulamentadora e concretizadora, estabelecendo restrições a direitos fundamentais que extrapolam a sua competência funcional. Ora, o direito de acesso à justiça é considerado um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sua limitação desproporcional (como na hipótese) tem potencial para gerar mais violações a direitos fundamentais, na medida em que é por meio desse direito que se pode exigir a satisfação dos demais direitos fundamentais. Outrossim, já faz algum tempo que os direitos fundamentais deixaram de ser exercidos nos termos dispostos na lei, de modo que a liberdade de conformação do legislador cedeu espaço à proibição de editar ato legislativo contrário a direitos fundamentais.

Não se está defendendo que o acesso à justiça seja um direito absoluto, ao qual os outros interesses eventualmente conflitantes devam sempre se conformar, nem tampouco que seja insuscetível de sofrer limitações por parte do legislador ordinário. Ora, o que seriam os pressupostos processuais e os requisitos da petição inicial fixados na legislação senão limites ao exercício do direito de ação e de acesso à justiça? Ademais, tanto o STF¹¹³, quanto a Corte IDH¹¹⁴, já admitiram a possibilidade de limitação razoável do direito de acesso à jurisdição. O que se está defendendo é que o legislador ordinário, no exercício de sua função legiferante, ultrapassou os limites de sua função conformadora da Constituição e da Convenção Interamericana, ferindo o conteúdo essencial desse direito.

Em conformidade com o que foi sustentado ao longo deste estudo, a desigualdade de forças entre empregado e empregador exige um processo com uma estrutura compensadora, que possa garantir a paridade de armas entre os litigantes. Essa equiparação não se manifesta em todos os institutos processuais, todavia sempre esteve presente no acesso à justiça do trabalhador. Considerando que a despesa com honorários advocatícios é o principal obstáculo econômico que se coloca no acesso da classe que vive do trabalho, o dever estatal de proteção dos direitos humanos impõe uma medida afirmativa, no sentido de estabelecer um regramento

¹¹³ Cf. ADI 3995/DF, Relator: Min. Roberto Barroso, DJe 01 mar 2019, em que houve a fixação da seguinte tese jurídica: “É constitucional a fixação de depósito prévio como condição de procedibilidade da ação rescisória”. (BRASIL, 2019e)

¹¹⁴ Cf. fragmento anteriormente transcrito, caso *Cantos vs Argentina* (OEA, 2002, p. 29).

especial quanto à essa matéria. Nesse sentido, veja a Lei n. 9.099/1995 que estabelece isenção de honorários em primeiro grau de jurisdição.

Isso significa que o legislador ordinário violou o princípio constitucional da isonomia (Art. 5º, *caput* e inciso I) simplesmente porque conferiu o mesmo tratamento processual a partes com condições sociais, técnicas e econômicas tão díspares, mormente quando se trata da regulamentação da principal despesa oriunda do processo judicial. Nesse mesmo sentido, ao comentar o artigo 791-A da CLT, Rocha e Marzinetti (2017, p. 29) asseveram que “este artigo também viola o princípio da igualdade, vez que oferta o mesmo tratamento jurídico para pessoas que encontram-se em situações fáticas (bem) diferentes.”

A bem da verdade, o tratamento conferido ao cidadão trabalhador que precisa de subsídios estatais para ajuizar e prosseguir com uma demanda é substancialmente pior do que aquele conferido aos cidadãos que estão na mesma situação e procuram a Justiça Comum. É o que se passa, por exemplo, com o beneficiário da justiça gratuita. Com efeito, a norma estatuída no § 4º do artigo 791-A da CLT promove tratamento discriminatório entre o jurisdicionado da Justiça do Trabalho, que terá deduzido de seu crédito alimentar as despesas com honorários sucumbenciais, e o jurisdicionado na Justiça Comum, que não sofrerá qualquer desconto em seu crédito, mesmo que este não possua natureza alimentar.

Mas não é apenas esse dispositivo que introduziu tratamento discriminatório em desfavor do reclamante-trabalhador, pode-se citar ilustrativamente os §§ 3º e 4º do artigo 790, o § 4º do artigo 790-B e os §§ 1º e 3º do artigo 840, todos da CLT. Trata-se, na verdade, de verdadeira inversão de papéis entre a jurisdição especial e a jurisdição comum, pois:

Enquanto a jurisdição comum, historicamente patrimonialista e liberal, caminha no sentido de humanizar e socializar o seu sistema processual, para compatibilizá-lo com as ondas renovatórias de acesso à justiça, a Reforma Trabalhista, ainda que realizada na mesma legislatura, caminhou no sentido diametralmente oposto, partindo de um sistema de características eminentemente sociais e coletivas, para retroceder aos paradigmas do Estado Liberal, individual, desigual, antidemocrático, e incompatível com os ideais de cidadania, de justiça social, do valor social do trabalho e da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, característicos do neoconstitucionalismo, onde o compromisso com os valores constitucionais não é somente do Judiciário, mas de todos os Poderes, inclusive o Poder Legislativo. (SOUSA, 2019, p. 138).

A controvérsia acabou chegando ao STF. Foi apresentada pela Procuradoria-Geral da República a ADI 5766/DF, em que se questionou a constitucionalidade da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,” constante do § 4º do art. 791-A da CLT. Na referida ação direta não foi levantada a

inconstitucionalidade, em si, da condenação em honorários advocatícios de sucumbência na Justiça do Trabalho.

Em 10 de maio de 2015, foi iniciado o julgamento da mencionada ADI 5766/DF, com a antecipação ao voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, que sustentou ser “constitucional a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da gratuidade de justiça como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros” (BRASIL, 2022b, p. 30). O Ministro votou pela parcial procedência da ADI, para fixar tese no sentido de que “O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários” (BRASIL, 2022b, p. 30). Nota-se que o Ministro Luís Barroso procurou emplacar a mesma tese jurídica que se sagrou vencedora na ADI 3995/DF, da qual foi relator, cuja ementa é a seguinte:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL DO TRABALHO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DEPÓSITO PRÉVIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. ACESSO À JUSTIÇA E AMPLA DEFESA. PROPORCIONALIDADE. 1. As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta. A sobreutilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais. Afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à Justiça. 2. Dessa forma, é constitucional o depósito prévio no ajuizamento de ação rescisória como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos rescisórios aventureiros. Não há violação a direitos fundamentais, mas simples acomodação com outros valores constitucionalmente relevantes, como à tutela judicial efetiva, célere e de qualidade. 3. O depósito no percentual de 20% sobre o valor da causa não representa uma medida demasiadamente onerosa, guardando razoabilidade e proporcionalidade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: “É constitucional a fixação de depósito prévio como condição de procedibilidade da ação rescisória”. (ADI 3995/DF, Relator Min. Roberto Barroso, DJe 01 mar. 2019).

Nessa mesma assentada o Ministro Edson Fachin abriu divergência em relação ao relator, apresentando voto vogal no sentido da total procedência da Ação Direta. Em sua manifestação pontou que, mesmo sendo plausível sustentar a constitucionalidade em abstrato da reforma trabalhista, não se poderia afirmar o mesmo em relação a sua constitucionalidade em concreto, isto é, “diante das diversas e possíveis situações da realidade, em que se vislumbra a consequência de esvaziamento do interesse dos trabalhadores, que na condição de hipossuficientes econômicos, não terão como demandar na Justiça Trabalhista [...]” (BRASIL, 2022b, p. 77). Ainda de acordo com o voto vogal do eminente Ministro Edson Fachin, “A restrição, no âmbito trabalhista, das situações em que o trabalhador terá acesso aos

benefícios da gratuidade da justiça, pode conter em si a aniquilação do único caminho de que dispõem esses cidadãos para verem garantidos seus direitos sociais trabalhistas.” (BRASIL, 2022b, p. 76).

A referida ADI 5766/DF foi efetivamente apreciada em sessão plenária realizada no dia 20 de outubro 2022, quando o STF julgou “parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) [...]” (BRASIL, 2022b, p. 2). Ao final, acabou prevalecendo proposta apresentada pelo Ministro Alexandre de Moraes, segundo a qual as referidas normas introduzem obstáculo à efetivação do conteúdo normativo do dever estatal de prestar assistência jurídica integral e gratuita (Art. 5º, LXXIV, CF/88).

Após ressaltar a obrigatoriedade de tratamento diferenciado no acesso à jurisdição daqueles econômica e socialmente vulneráveis, o Ministro Relator para acórdão destacou que “toda a estrutura da gratuidade, garantida constitucionalmente, exige a hipossuficiência, mas também, e mais importante, **a cessação dessa gratuidade exige comprovação do término da hipossuficiência**” (BRASIL, 2022b, p. 120 – grifos acrescidos). Desse modo, prossegue, uma vitória em juízo não é razão para descaracterizar a condição de hipossuficiência, sendo irrazoável e desproporcional a responsabilização por honorários advocatícios ou periciais de sucumbência sem a efetiva demonstração de que o beneficiário da justiça gratuita deixou de ser hipossuficiente (BRASIL, 2022b, p. 122).

Ante o exposto, verifica-se que o *Excelso Pretorio* reconheceu que as restrições impostas pela Reforma Trabalhista ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais à gratuidade judiciária e ao acesso à justiça são inconstitucionais. Muito embora não se tenha questionado na referida ação direta a inconstitucionalidade, em si, da condenação em honorários advocatícios de sucumbência na Justiça do Trabalho, os argumentos encampados pelo Procurador-Geral da República e acolhidos pelo STF, que foram limitados aos casos de condenação de beneficiário da justiça gratuita, seriam perfeitamente extensíveis a todos os trabalhadores-reclamantes.

É que o encarecimento dos custos do processo decorrente da previsão de sucumbência em honorários, nas mais diversas situações da realidade concreta, também pode obstruir o único caminho que os trabalhadores teriam para fazer valer seus direitos fundamentais desrespeitados. Com efeito, ao procurar a Justiça do Trabalho para receber suas verbas rescisórias, o jurisdicionado encontra-se quase sempre desempregado. Nesse contexto, mal teria condições de pagar os honorários de seu próprio advogado, que dirá arcar com os honorários advocatícios da parte adversa, no caso de perder algum pedido.

Nesse diapasão, reafirma-se que a possibilidade de condenação do trabalhador em honorários de sucumbência representa afronta às garantias constitucionais de inafastabilidade da jurisdição e da assistência jurídica integral e gratuita (Art. 5º, XXXV e LXXIV), bem assim ao princípio constitucional da isonomia (Art. 5º, *caput* e inciso I).

Como visto ao longo deste capítulo, muito embora as mudanças mais visíveis sejam aquelas relativas ao endurecimento das regras da justiça gratuita e à fixação de honorários advocatícios de sucumbência, cada uma das alterações anteriormente analisadas repercutiu negativamente, ainda que em intensidade diferente, no acesso à justiça do trabalhador. Note-se, por exemplo, que a admissão da arbitragem retira da jurisdição trabalhista os empregados mais bem remunerados, enquanto os demais obstáculos de ordem econômica removem os trabalhadores mais pobres do Judiciário Trabalhista. Todas essas restrições foram imaginadas para atuarem em conjunto, de modo a afastar o trabalhador da jurisdição especial trabalhista e, conseqüentemente, da efetiva fruição de seus direitos sociais trabalhistas.

Nesse contexto, fica confirmado que as normas processuais da reforma, pertinentes ao acesso à justiça do trabalhador, são incompatíveis com o ordenamento jurídico, tanto no plano interno (cujo parâmetro é a CF/88), quanto no plano externo (cujo parâmetro é a CADH). Nada obstante isso, parte da doutrina apresenta uma interpretação pouco usual das normas jurídicas em conflito, atribuindo importante valor às consequências advindas dos efeitos legais positivos “imaginados” durante o processo legislativo. Para essa corrente de pensamento, o pleno acesso de todos à jurisdição estatal somente é alcançado mediante a restrição do acesso de alguns, os não merecedores da gratuidade da justiça.

Essa exegese consequencialista, todavia, somente se justificaria racionalmente no caso de demonstração da efetividade do modelo de controle da litigiosidade proposto. No próximo capítulo será testada a hipótese de que essa modificação legislativa teria efetivamente promovido uma redução da litigiosidade e do uso abusivo de reclamações na Justiça do Trabalho, utilizando-se para tal desiderato do método da análise econômica da litigância.

5 Análise Econômica da Litigância e a questão do acesso à Justiça do Trabalho

5.1 Modelo básico de litigância

A Análise Econômica parte do pressuposto de que o sujeito do processo é um agente maximizador de seus próprios benefícios, de modo que ele somente ingressará em juízo se o proveito econômico a ser obtido com o processo puder melhorar sua situação atual. Em outras palavras, o autor somente vai ajuizar uma ação se os custos privados do processo forem inferiores aos ganhos esperados. Assim, ainda que considere que sua demanda tenha alta probabilidade de ser acolhida, o sujeito racional jamais ingressará com uma ação se os custos forem superiores ao valor do proveito esperado. Dessa forma, é possível identificar um critério de racionalidade na litigância: “[...] o que leva um determinado indivíduo a colocar a sua questão em um Tribunal é sempre o resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios inerentes a essa decisão.” (PATRÍCIO, 2005, p. 14).

Com base nessa constatação é que os modelos de litigância foram desenvolvidos, merecendo destaque aquele elaborado por Steven Shavell, no qual os custos do litígio deixaram de ser considerados como um dado estático (a despesa realizada pela própria parte) e passaram a englobar os gastos decorrentes do resultado do processo, haja vista a possibilidade de a parte autora sair derrotada e ter de responder pelas despesas da parte contrária, o que não se verifica no sistema do tipo americano, mas ocorre nos sistemas processuais como o inglês e o brasileiro (ARLOTA; TEIXEIRA JÚNIOR, 2019, p. 378).

Para esse modelo de litigância, o autor somente ingressará com uma demanda se o **custo privado de litigar** for inferior ao valor esperado do processo (v.g., a compensação financeira do dano sofrido) multiplicado pela probabilidade de êxito da demanda. A construção teórica é assim explicada por Louis Kaplow e Steven Shavell (2002, p. 1722):

As a general matter, the plaintiff will sue when the cost of suit cp is less than the expected benefits from suit. The expected benefits from suit incorporate potential settlements and trial outcomes, but in this section we usually assume for simplicity that if suit is brought, the plaintiff obtains as a judgment a certain amount h equal to harm suffered. Thus the plaintiff will sue if and only if his litigation cost, cp , is less than h . (Obviously, if there is only a probability p of winning this amount, the plaintiff, if risk neutral, would sue if and only if $cp < ph$; and if the plaintiff is risk averse, he would be less likely to sue.)¹¹⁵

¹¹⁵ Tradução livre do autor: “De modo geral, o autor irá acionar quando o custo do processo cp for menor que os benefícios esperados com o processo. Os benefícios esperados do processo incorporam os possíveis acordos e resultados dos julgamentos, mas nessa seção nós usualmente assumimos por simplicidade que se o processo for instaurado, o acionante obtém com a sentença uma certa quantia h equivalente ao dano sofrido. Assim o

Além do citado custo privado para litigar, é de extrema importância incluir no modelo o **custo social do litígio**, conforme desenvolvido por Steven Shavell em seu inovador artigo *The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system* (1982). Com efeito, o potencial demandante leva em consideração apenas as suas despesas (custo privado), deixando de fora as despesas processuais que o demandado terá ao comparecer em juízo, bem assim os custos operacionais do Estado com a manutenção do sistema de justiça, que correspondem ao custo social do processo (SHAVELL, 1982, p. 333). Disso decorre que os custos privados da litigância serão necessariamente inferiores aos custos sociais de litigar.

Por outro lado, não existe uma necessária correlação entre os **incentivos privados e sociais da litigância**, sendo que a divergência entre eles tende a levar a um excesso de demandas não desejável socialmente ou a um nível de litigância inferior àquele apropriado. Oportuno transcrever a explicação de Shavell (1982, p. 334):

The private benefit of suit resides in the model in the payment that the plaintiff expects to receive from the defendant, but the social benefit of suit inheres in an effect on the behavior of potential defendants generally. There is no necessary connection between the private benefit of suit and this social benefit. [...] divergence between the social and the private benefits of suit may result either in a tendency toward too little litigation (countering the previous tendency due to the divergence between social and private costs) or toward too much litigation (reinforcing the previous tendency).¹¹⁶

Esse **benefício social** a que alude o autor vai além daquele processo específico que está em juízo, consistindo em uma externalidade positiva por ele denominada de efeito dissuasório (*deterrent effect*). A propósito pontua Wolkart (2019, p. 318):

“[...] a simples existência e funcionamento da Justiça gera o efeito de diminuição da prática de atos ilícitos. Essa é a primeira *externalidade positiva*, ainda que limitada por uma das *externalidades negativas*. A segunda externalidade positiva é a possibilidade de formação de precedentes obrigatórios ou vinculantes.”

A teoria da litigância foi construída tendo o efeito dissuasório no comportamento dos infratores como o principal escopo do sistema de processo, sendo apontado por Kaplow e

autor demandará se e somente se o custo de seu litígio, cp , for menor que h . (Obviamente, se houver apenas uma probabilidade p de ganhar esse valor, o autor, se for indiferente ao risco, ingressaria com um processo se e somente se $cp < ph$; e se o acionante for avesso ao risco, ele seria menos propenso a demandar.)”

¹¹⁶ Tradução livre do autor: “O benefício privado do processo reside, no modelo, no pagamento que o autor espera receber do réu, mas o benefício social do processo é inerente ao efeito sobre o comportamento da generalidade dos potenciais demandados. Não há uma conexão necessária entre o benefício privado do processo e este benefício social. [...] a divergência entre os benefícios social e privado do processo pode resultar igualmente em uma tendência a pouca litigância (contrariando a tendência anterior devido à divergência entre os custos sociais e privados) ou a muito litígio (reforçando a tendência anterior).”

Shavell (2002, p. 1723) como o principal filtro para o ajuizamento de demandas. Para os autores, um processo seria socialmente desejável apenas se os custos totais da litigância fossem inferiores aos benefícios produzidos por esse efeito dissuasório. Trata-se de premissa bastante pertinente, na medida em que a produção do *deterrent effect* aumenta o cumprimento espontâneo da legislação e, por consequência, atinge o escopo educativo do processo. Desse modo, haverá uma tendência a que esse efeito extraprocessual acabe criando uma consciência nos membros da sociedade acerca do conteúdo de seus direitos, deveres e responsabilidades, até que o “[...] cínico ‘vá buscar seus direitos’ que entre nós o devedor inadimplente e mal-intencionado lança sobre o seu credor [seja substituído pelo] [...] ameaçador *I sue you*, com que o titular de direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas.” (DINAMARCO, 2008, p. 192).

De fato, é inegável que o efeito dissuasório se constitui em benefício social a ser buscado pelo sistema processual brasileiro, ao promover o cumprimento espontâneo das obrigações por todos. Todavia, mostra-se problemática a aplicação, no direito brasileiro, da integralidade da teoria da litigância de Steven Shavell, especialmente considerando a efetividade dos direitos constitucionalmente consagrados (Art. 5º, §1º, CF/88) e a garantia de inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXXV, CF/88). Esse aspecto foi minuciosamente abordado por Jordão e Ademi (2007, p. 209):

Outra importante (e polêmica) conclusão da análise de Shavell diz respeito à menor conveniência social de determinados tipos de ações, em vista de seu menor potencial para gerar um acréscimo relevante no nível de coerção social – ou “deterrence”. O exemplo por ele próprio citado é o de ações relativas a acidentes de trânsito, uma vez que “os indivíduos possuem boas razões para não causar acidentes de automóvel além da vontade de evitar a responsabilização judicial” (lesões pessoais, multas de trânsito, penalidades criminais, etc). Esta observação sugere a possibilidade de implantação de políticas públicas que promovam uma “assimetria regulatória”, e desencorajem apenas algumas espécies de ações que não sejam “socialmente desejáveis” – que não se traduzam em medidas que coíbam a prática reiterada da atividade danosa. Note-se que o professor americano identifica neste fator coercitivo o grande objetivo social do processo, o que, conforme será visto adiante, é bastante questionável. Suas observações são bastante focadas numa espécie de efeito “amedrontador” que o processo desempenha, ao funcionar como um desestímulo a práticas danosas que já tenham sido previamente objeto de censura social.

Registre-se que o efeito dissuasório não é o único escopo do sistema processual, uma vez que a jurisdição possui um feixe de objetivos integrados: fazer cumprir a lei *in concreto*, pacificar com justiça, educar a sociedade quanto aos comportamentos admitidos em direito, afirmar a autoridade estatal, entre outros (DINAMARCO, 2008, p. 320). Assim, muito embora o efeito dissuasório no comportamento dos ofensores se constitua em inegável benefício

social, os outros escopos sociais, políticos e jurídicos do processo são igualmente importantes, sendo o *deterrent effect* insuficiente para, sozinho, direcionar o processo ao seu mais importante escopo que é pacificar os conflitos com justiça, alcançando uma ordem jurídica justa, consoante lição de Dinamarco (2008, p. 362).

Nada obstante, ainda quando produzido o efeito dissuasório, a utilização da máquina judiciária gera **externalidades negativas**. Ora, por se tratar de recurso comum, de utilização rival por natureza, o Judiciário tem sua capacidade operacional diminuída a cada novo processo ajuizado, o que ao final pode gerar sua sobreutilização. Outra externalidade negativa intimamente relacionada a esta é a insuficiência das taxas e das custas processuais para manter o funcionamento do aparelho judiciário, de modo que em todo processo judicial um percentual considerável das despesas administrativas é subsidiado por toda a sociedade (WOLKART, 2019, p. 318). Diferentemente do que pensa o senso comum, não é apenas o beneficiário da justiça gratuita que transfere para a sociedade os custos de demandar em juízo, na medida em que todos os jurisdicionados, mesmo as pessoas jurídicas hipersuficientes, a exemplo dos grandes litigantes da Justiça, têm parte de suas despesas com o processo custeadas pelo Estado.

Por vezes, há um descompasso entre o **incentivo privado de litigar** e o incentivo à litigância socialmente desejável. Quando o custo privado de demandar é muito baixo em comparação com o benefício esperado pelo possível autor, há uma tendência para o aumento da litigância além do limite que a sociedade comporta, o que leva a uma redução do benefício social advindo do processo. De outra parte, quando os custos de demandar são altos em comparação com o benefício individual que decorreria de eventual sucesso em juízo, haverá uma tendência para que o agente racional deixe de ajuizar sua demanda, muito embora essa litigiosidade fosse socialmente desejável, com vistas a adequar ao direito o comportamento do possível réu (FUX; BODART, 2019, p. 36; KAPLOW; SHAVELL, 2002, p. 1723).

Conforme racionalidade do modelo de litigância apresentado, o agente não deveria apresentar uma ação quando os custos do processo fossem superiores ao benefício privado esperado, o que se denomina de **demanda de valor esperado negativo** (FUX; BODART, 2019, p. 36). Por seu turno, esse tipo de demanda por ser dividido em: a) ações com reduzida probabilidade de êxito; e b) ações com boas chances de vitória. No primeiro grupo, a expectativa de sucesso é mínima ou inexistente, não justificando os custos sociais gerados por esse tipo de ação, sendo a conduta do autor equiparável à do litigante de má-fé. São chamadas de **demandas frívolas**, caracterizando-se como “um movimento que aproveita o alto subsídio estatal (conferido para todas as demandas) para buscar um suposto direito material que, de tão

remoto, nem de longe justifica gastos públicos ou privados (da defesa)” (WOLKART, 2019, p. 323). Evidencia-se uma conexão entre a litigiosidade frívola, os baixos custos privados para demandar e o alto custo social do litígio.

De outra parte, pode ocorrer de o possível demandante ter um bom direito, alicerçado em prova robusta, mas o benefício esperado com a ação ser tão pequeno que inviabiliza seu ajuizamento, muito embora o benefício social com o ingresso em juízo fosse relevante. Desse modo, o potencial réu não teria nenhum incentivo para mudar sua conduta contrária ao direito, na medida em que a ausência ou o reduzido número de demandas não seria suficiente para produzir o **efeito dissuasório** (*deterrent effect*).

A doutrina aponta como principais fatores que levam ao **excesso de processos** “[...] low legal expenses of plaintiffs, high legal expenses of defendants, high levels of loss, or low liability-induced reduction in expected losses net of prevention costs”¹¹⁷, ao passo que a **insuficiência de litigância** se verifica quando presente “[...] high legal expenses of plaintiff, low expenses of defendants, a low level of loss, a large reduction in net expected losses due to liability [...]”¹¹⁸ (SHAVELL, 1982, p. 336).

Em ambas as situações não há produção dos benefícios sociais inerentes à litigância. Para a resolução desse problema é necessária a realização de uma mudança marginal nos incentivos para litigar, o que se dará prioritariamente mediante intervenção do Estado-Legislator, na medida em que, como já reconheceu o plenário do STF: “As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta” (ADI 3995/DF, Relator: Min. Roberto Barroso, DJe 01 mar. 2019). Para definir esse limite, esse nível ótimo de litigância, é requerido do Estado “to determine optimal policy, however, requires it to determine the effects of suit on injurer behavior and weigh them against the social costs of suit.”¹¹⁹ (KAPLOW; SHAVELL, 2002, p. 1725).

Uma vez estabelecido esse ponto ótimo, as resoluções apresentadas pela análise econômica envolverão, de alguma forma, a facilitação ou a restrição do acesso ao Poder Judiciário. Fux e Bodart (2019, p. 41-42) apresentam importantes soluções acerca da questão:

¹¹⁷ Tradução livre do autor: “baixo custo de ajuizamento, alto custo de defesa, expressivos prejuízos produzidos pelo causador do dano ou baixa redução nas perdas líquidas esperadas com a responsabilidade em relação aos custos de prevenção”.

¹¹⁸ Tradução livre do autor: “alto custo para ajuizar uma ação, baixo custo para se defender em juízo, baixo prejuízo causado e grande redução nas perdas líquidas esperadas em relação à responsabilidade devida”.

¹¹⁹ Tradução livre do autor: “determinar os efeitos do processo no comportamento do causador do dano e pesá-los em relação aos custos sociais do processo”.

Havendo excesso de litigância, as seguintes políticas públicas podem ser adotadas para aliviar o problema: impor um limite de gastos em litigância; criar um tributo sobre a litigância; aumentar as custas judiciais; ou mesmo proibir o ajuizamento de ações judiciais sobre certas matérias. Por outro lado, se a litigância for socialmente insuficiente, os remédios regulatórios poderiam ser a diminuição das custas judiciais ou outra forma de subsídio para demandas.

Note-se que a principal forma de realizar essa modulação é por meio da redução ou majoração dos custos do processo, não apenas para o autor, mas para o réu também. Com efeito, caso a litigância socialmente relevante esteja em patamar muito reduzido, a intervenção estatal se daria no sentido de fornecer algum **subsídio de modo a incentivar** os possíveis autores a apresentar demandas, a exemplo da concessão da gratuidade de justiça, aumentando assim o nível de litigância.

Entretanto, no caso de conflitos de massa, existem situações em que o dano provocado por determinado agente econômico é muito pequeno em relação a cada um dos atingidos, mas o somatório produz um dano social considerável, como no caso de violação a direitos coletivos e individuais homogêneos (WOLKART, 2019, p. 319 e 321). Nessa hipótese, nem mesmo a concessão da gratuidade da justiça seria suficiente para incentivar o ajuizamento de ações. As possíveis formas de resolução dessa dificuldade, apresentadas pela doutrina, são a molecularização de conflitos, com produção de ganhos econômicos de escala daí advindos, e a imposição de danos punitivos ou outra forma de aumentar os custos de oportunidade do causador do dano, a fim de que modifique seu comportamento desviante.

Com efeito, os **conflitos de massa** surgidos na sociedade atual não são eficientemente resolvidos de modo fragmentado, por meio do ajuizamento de diversas demandas individuais. O nível de homogeneidade dessas demandas exige que elas sejam decididas molecularmente em substituição à atomização dos conflitos (WATANABE, 2019). O microsistema de tutela coletiva, que consiste na Lei n. 7.347/85 e no Código de Defesa do Consumidor (CDC), apresenta-se como bastante eficiente, ao concentrar todas as demandas em um único processo coletivo, caracterizando-se ainda “pela segurança jurídica e pela promoção da igualdade, externalidades positivas que decorrem de uma decisão homogênea para situações idênticas, evitando inclusive rediscussões futuras.” (WOLKART, 2019, p. 322).

Nada obstante, como muitas vezes a reparação individual a receber é insignificante, pode ocorrer de apenas poucas vítimas se habilitarem para liquidar e executar a sentença coletiva. A existência desse resíduo entre o valor do dano coletivamente causado e o que efetivamente foi reclamado em juízo reduz drasticamente o efeito dissuasório do processo. A legislação brasileira prevê, para esse caso, a existência de uma reparação fluída (*fluid recovery*),

na hipótese de não haver habilitação no processo coletivo de número de interessados compatível com a gravidade do dano causado (Art. 100, *caput*, do CDC). Trata-se de importante previsão legal, que assegura a produção de benefício social pelo processo.

A condenação em *punitive damages* igualmente seria uma forma de subsídio estatal, que produziria “incentivos suficientes ao ajuizamento de ações e a consequente mudança de comportamento daí decorrente”, se, e somente se, houvesse certa previsibilidade quanto a valor a ser arbitrado em juízo (WOLKART, 2019, p. 321). Oriundo do *Common Law*, o instituto corresponde a um remédio jurídico não direcionado à compensação da vítima, mas sim à punição do comportamento ilícito do autor do dano. Após indicar que a tradução literal do termo para o vernáculo – algo como danos punitivos – não seria uma denominação mais adequada, apontando como correta a expressão “condenação punitiva”, Nelson Rosenvald (2013, p. 143) explica que “Os *punitive damages* são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária. A finalidade do remédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira.”

Outra maneira indicada para equilibrar a litigiosidade abaixo de seu nível ótimo, seria “acompanhar o montante da compensação de um *valor residual de penalização* em sede de custos processuais, tendo por referência os custos médios suportados pelo Estado e também pela vítima.” (PATRÍCIO, 2005, p. 48).

Nada obstante o claro benefício social dessas medidas, a Justiça do Trabalho é refratária à concessão de indenizações que excedam a estrita reparação do dano, ainda que admissível analogicamente pela legislação comum. Com efeito, sob o ponto de vista da análise econômica, quitar o passivo trabalhista representa um custo de oportunidade para qualquer empregador, ficando mais nítida essa constatação quando se trata de banco ou instituição financeira, cuja “mercadoria comercializada” é o dinheiro. Nesse contexto, ao deixar de pagar direitos trabalhistas de seus empregados, os bancos e instituições financeiras – que figuram entre os maiores litigantes da Justiça do Trabalho – poderão emprestar a juros essa quantia sonegada de seus empregados. Uma forma eficaz de desincentivar essa prática seria impor condenação equivalente ao valor dos juros bancários cobrados sobre o montante das verbas trabalhistas reconhecidas em cada processo.

Esse raciocínio, além de contribuir para o efeito dissuasório, teria por fundamento jurídico a aplicação analógica do artigo 1.216 do Código Civil (CC), segundo o qual “O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé”. Desse modo, a posse de má-fé se daria sobre o valor das verbas trabalhistas sonegadas e os frutos

percebidos seriam os juros bancários auferidos sobre o respectivo valor, presumivelmente obtidos por meio de empréstimos concedidos a outros clientes.

Nada obstante a justeza do raciocínio em seus aspectos econômico e jurídico, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 445, valendo-se de uma interpretação estrita do artigo 1.216 do CC e deixando ao largo os argumentos econômicos envolvidos na questão. Eis o teor do citado verbete:

SUM-445 INADIMPLENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. FRUTOS. POSSE DE MÁ-FÉ. ART. 1.216 DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE AO DIREITO DO TRABALHO. A indenização por frutos percebidos pela posse de má-fé, prevista no art. 1.216 do Código Civil, por tratar-se de regra afeta a direitos reais, mostra-se incompatível com o Direito do Trabalho, não sendo devida no caso de inadimplemento de verbas trabalhistas.

De acordo com a AEL, o entendimento sumular acima apresenta pelo menos dois inconvenientes. Em primeiro lugar, o trabalhador deixa de ser integralmente ressarcido pelos prejuízos sofridos com o inadimplemento, considerando: a natureza salarial das verbas e as necessidades que deixaram de ser satisfeita; o custo associado à morosidade da cobrança no Judiciário, que gera a progressiva redução do valor presente do litígio; e a insuficiência da remuneração dos juros legais para neutralizar esse efeito indesejado, cujo índice é inferior à taxa de juros de equilíbrio (a taxa de juros de mercado).

Em segundo lugar, o verbete incentiva o patrão a continuar sonhando direitos trabalhistas de seus empregados em larga escala e garante aos empregadores a previsibilidade de cálculo no sentido de que a condenação punitiva é incabível nesses moldes. Mesmo que algum TRT defira esse tipo de postulação, haverá posterior reversão no âmbito do TST. Essas duas dificuldades serão tratadas adiante.

Já no que concerne ao **excesso de litigância**, a principal medida proposta para seu enfrentamento é a oneração das despesas para ingresso com uma demanda em juízo. Isso porque, parte-se do pressuposto de que a existência de custos reduzidos faz com que o eventual acionante tenha pouca consideração com a probabilidade de sucesso ou não da demanda, pois não incorrerá em custos significativos, ainda que saia derrotado. Em decorrência disso haveria um estímulo ao ajuizamento de demandas, inclusive as de natureza frívola, o que resultaria em aumento do nível de litigância¹²⁰, ultrapassado o patamar desejável, e com alto custo social.

¹²⁰ Outras consequências negativas também seriam geradas, como morosidade, encorajamento ao ingresso de mais demandas, desincentivo à mudança de comportamento do ofensor, etc.

Esse raciocínio se alinha ao pensamento do senso comum de que: de graça até injeção na testa¹²¹.

Nesse contexto, a **elevação das despesas para demandar** tornaria menos atrativa a procura pela jurisdição estatal e incentivaria um comportamento mais cooperativo das partes (WOLKART, 2019, p. 318), como a resolução autocompositiva da disputa pelos próprios litigantes ou por meio de outros métodos mais “adequados” de resolução de conflitos. O resultado seria uma diminuição geral dos custos sociais, que na concepção de Wolkart (2019, p. 308), consagraria o conjunto dos vários escopos da jurisdição e do processo:

Do ponto de vista da análise econômica, a existência do Poder Judiciário, de todo o sistema de justiça e do direito processual, tem um objetivo claro: diminuir custos sociais que, sem o oferecimento estatal da atividade jurisdicional, seriam muito maiores. [...] É sob essa ótica que, em nosso sentir, deve ser encarado o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nada obstante as considerações acima, não é possível entender que o conceito econômico da redução dos custos sociais sintetize os escopos da jurisdição, uma vez que a pluralidade de objetivos do processo abrange, necessariamente, vários campos do saber. Como bem destacado por Dinamarco (2008, p. 137):

Existe realmente um feixe de objetivos a serem alcançados mediante a atividade que se convencionou chamar jurisdicional e que se situam no campo propriamente jurídico (atuação da vontade do direito substancial), no campo social (pacificação com justiça; educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios) e no político (afirmação do poder estatal; participação democrática; preservação do valor liberdade [...])

De fato, a busca pela redução dos custos sociais do processo é importante, uma vez em que libera recursos orçamentários do Judiciário, o quais podem ser empregados em outros serviços essenciais, como saúde e educação. Todavia, esse não pode ser o principal escopo do processo, na medida em que a proteção dos direitos implica necessariamente a manutenção de um aparato estatal próprio, cuja ausência transformaria os direitos em promessas vazias, impondo custos significativos a toda a sociedade. Isso porque “os direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos nem garantidos sem financiamento e apoio públicos”, o que se dá normalmente “por meio de um sistema judiciário operante e dotado de recursos financeiros suficientes” (HOLMES; SUSTEIN, 2019, p. 5 e 8).

¹²¹ Esse, aliás, é o título de interessante estudo acerca da análise econômica da gratuidade de justiça, de autoria de Arake e Gico Jr. (2014, p. 166-178).

Isso significa que a diminuição dos custos com a manutenção e preservação dos direitos implica o consequente rebaixamento de seu sentido axiológico, o que pode se dar de algumas maneiras: a) diretamente, na forma de redução orçamentária de determinada instituição promotora de forte função social – como ocorreu com a Justiça do Trabalho, no ano de 2016¹²²; b) sub-repticiamente, com o enrijecimento dos requisitos para apresentar demanda em juízo, inclusive no pertinente ao ônus econômico – como aconteceu com a Reforma Trabalhista de 2017; e c) até mesmo com restrições impostas às condições para se tornar titular de direitos sociais consagrados – como tem ocorrido nas sucessivas reformas da Previdência Social (HOLMES; SUSTEIN, 2019, p. 15).

Desse modo, a busca pela minimização dessas despesas não deve realizar-se às custas da proteção conferida aos direitos fundamentais. Como destacam Holmes e Sustain (2019, p. 16-17), não se pode confundir o custo dos direitos com o seu valor axiológico:

[...] perguntar quanto custam os direitos não é o mesmo que perguntar o quanto eles valem. Mesmo que fôssemos capazes de calcular até o último centavo o quanto custaria garantir o direito de igual acesso à Justiça, digamos, num determinado ano fiscal, nem por isso saberíamos o quanto, enquanto país, devemos gastar com isso. Esta última questão depende de uma avaliação política e moral e não pode ser decidida pela simples contabilidade.

De outra parte, esse raciocínio pressupõe que a administração da justiça seja um serviço público como os demais, cuja prestação se dá no interesse exclusivo dos jurisdicionados e, por tal motivo, deve ser custeado apenas pelos usuários da justiça. Entretanto, conforme elucidativamente explanado pela Suprema Corte do Reino Unido, no julgamento acima referenciado, o livre acesso às Cortes é fundamental à manutenção do Estado de Direito, trazendo benefícios a toda sociedade e não apenas aos litigantes:

At the heart of the concept of the rule of law is the idea that society is governed by law. Parliament exists primarily in order to make laws for society in this country. [...] Courts exist in order to ensure that the laws made by Parliament, and the common law created by the courts themselves, are applied and enforced. That role includes ensuring that the executive branch of government carries out its functions in accordance with the law. In order for the courts to perform that role, people must in principle have unimpeded access to them. Without such access, laws are liable to become a dead

¹²² Consoante amplamente divulgado na mídia à época, a Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2016 promoveu cortes no orçamento da Justiça do Trabalho na ordem de 90% para despesas de investimento e de 24,9% para despesas de custeio. Ao julgar improcedente a Ação Direita de Inconstitucionalidade 5468/DF prosta em face dessa lei, o STF fixou a seguinte tese: “Salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da Administração Pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no artigo 166, parágrafos 3º e 4º, da Constituição Federal.” (ADI 5468/DF, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 02 ago. 2017).

letter, the work done by Parliament may be rendered nugatory, and the democratic election of Members of Parliament may become a meaningless charade. That is why the courts do not merely provide a public service like any other.¹²³ (UK, 2017, p. 20).

Nesse contexto, a redução de custos propugnada pela análise econômica encontra limites na noção de razoabilidade e nos valores consagrados constitucionalmente, tais como o exercício da cidadania, a proteção da dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos (Art. 1º, II, III, e Art. 3º, I, III e IV, da Constituição da República). A diminuição dos custos sociais, especialmente quando concretizada pelo aumento das despesas com a litigância, não deve constituir a prioridade do sistema processual nem se sobrepor a outros valores constitucionais. Nesse sentido, sustentam Jordão e Adami (2007, p. 214):

Não se discorda que o sistema processual deva ser voltado a minimizar os custos para a sociedade, mas essa não pode ser a única pauta para avaliar o número de processos na sociedade. Sob essa ótica, no Brasil, bastaria elevar abruptamente as taxas processuais, além de impor o sistema “americano”, pelo qual cada uma das partes arca com seus próprios custos. Isso seria o bastante para excluir boa parte da população do acesso judicial, e conseqüentemente reduzir os custos sociais, pois haveria um número menor de processos e maior recolhimento de taxas. Entretanto, esse cenário não se coaduna com as demais finalidades a serem perseguidas pelo Estado.

Numa situação como a imaginada pelos autores do fragmento acima, sustentar que a garantia de inafastabilidade da jurisdição estatal não estaria severamente comprometida é adotar posicionamento de total indiferença com a realidade dos jurisdicionados, como em conhecida frase proferida por Juiz irlandês do Século XIX: Na Inglaterra a Justiça está aberta para todos, assim como o Ritz Hotel¹²⁴. Será que é possível falar em benefício social do processo, quando grandes contingentes de trabalhadores são “incentivados” a deixar de utilizar

¹²³ Tradução livre do autor: “No centro do conceito de Estado de Direito está a ideia de que a sociedade é governada pela lei. O Parlamento existe principalmente para fazer leis para a sociedade neste país. [...] Os tribunais existem para garantir que as leis feitas pelo Parlamento e a lei comum criada pelos próprios tribunais sejam aplicadas e cumpridas. Esse papel inclui assegurar que o poder executivo do governo desempenhe suas funções de acordo com a lei. Para que os tribunais desempenhem esse papel, as pessoas devem, em princípio, ter acesso desimpedido a eles. Sem esse acesso, as leis correm o risco de se tornar letra morta, o trabalho feito pelo Parlamento pode se tornar inútil e a eleição democrática dos membros do Parlamento pode se tornar uma farsa sem sentido. É por isso que os tribunais não se limitam a prestar um serviço público como qualquer outro.”

¹²⁴ A contradição em que encerra esse enunciado é óbvia, na medida em que o Hotel Ritz de Londres (assim como, para ficar num exemplo brasileiro, o Hotel Copacabana Palace no Rio de Janeiro) está aberto para qualquer pessoa que disponha de bastante dinheiro para custear sua estadia. Esse detalhe omitido no enunciado original faz com que, embora abertos a todos, a condição necessária para a hospedagem nesses hotéis exclua uma massiva quantidade de pessoas. O mesmo ocorre quando as portas da Justiça se encontram formalmente abertas a todos, mas as despesas para ingressar com uma demanda afasta grande número de pessoas da possibilidade de fruição do serviço judiciário.

a justiça especializada trabalhista, para procurar resolver seus conflitos diretamente com seus empregadores ou buscar outra forma de solução privatística da controvérsia?

Traçadas as linhas gerais do modelo básico de litigância, pode-se passar à análise dessa e de outras questões específicas e das discussões mais controversas envolvendo à análise econômica do acesso à justiça.

5.2 Custos sociais do processo, teto de custas e filtros processuais

Como visto, uma característica importante dos custos sociais do processo é que o valor das taxas e custas processuais é insuficiente para a manutenção do sistema de justiça. Com efeito, de acordo o relatório Justiça em Números, no ano-base de 2020, somente a Justiça do Trabalho arrecadou a expressiva quantia de R\$ 3.856.673.790, correspondente aos recolhimentos com custas, emolumentos e eventuais taxas; à atividade de execução das contribuições previdenciária e das penalidades impostas pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho e à receita de imposto de renda. Nada obstante isso, o percentual de receitas em relação às despesas na Justiça do Trabalho foi na ordem de apenas 19%. (BRASIL, 2021a, p. 82-83). Isso significa que 81% das despesas para manutenção da Justiça do Trabalho foi transferida dos litigantes para toda a sociedade, independentemente de qualquer consideração acerca da situação econômica daqueles que ocupam os polos ativo e passivo do processo.

No sistema atualmente vigente na Justiça do Trabalho, existem as custas relativas ao processo de conhecimento (Art. 789 da CLT), que incidirão à base de 2% sobre o valor da condenação ou acordo, sobre o valor da causa ou sobre o valor que o juiz fixar; e as custas do processo de execução, devidas pela prática de cada ato processual listado nos incisos do art. 789-A da CLT. As custas do processo, ou melhor, da fase de conhecimento são as que respondem pelo maior volume da arrecadação, havendo uma relação diretamente proporcional entre o valor da causa ou da condenação e o valor dessa despesa processual. Assim, quanto maior o valor da condenação, maior será o valor cobrado a título de custas.

Ocorre que a Lei n. 13.467/2017 incluiu um **teto de custas** na Justiça do Trabalho correspondente a quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (Art. 789, *caput*, da CLT). Tendo em vista que o teto da previdência foi fixado para o ano de 2021 no valor de R\$ 6.433,57 e que o seu quádruplo (e limite máximo do valor das custas) corresponde a R\$ 25.734,28; a conclusão é que não haverá incidência de custas sobre o valor da condenação que ultrapassar R\$ 1.286.714,00.

Em outras palavras, nas condenações de alto valor aquela relação entre receita e despesa, que já é bastante deficitária, deixa de ser vinculativa a partir de certo montante. Desse modo, no pertinente à quantia que ultrapassa o teto de custas o processo judicial torna-se gratuito para o devedor-condenado e os custos passam a ser subsidiados por toda a sociedade (WOLKART, 2019, p. 328). Essa situação de injustificado aumento do custo social do processo, como observado com argúcia por WOLKART (2019, p. 329), acaba gerando um problema de distribuição de recursos, na medida em que “nada justificará a prestação de um serviço 100% subsidiado por tributos pagos por toda a sociedade” para amparar sociedades empresárias com capacidade financeira, a exemplo dos grandes litigantes.

Note-se que a preocupação com a definição de um teto se justificaria nos casos em que as custas processuais devem ser recolhidas quando da propositura da ação, uma vez que a exigência de altos valores pode representar um obstáculo ao acesso à justiça¹²⁵. Essa preocupação, entretanto, não deveria se verificar num ramo do Judiciário em que inexistiu imposição de custas iniciais, as quais somente são recolhidas após o trânsito em julgado da decisão ou no prazo recursal, se houver interposição de recurso (Art. 789, § 1º, CLT). Aliás, até mesmo a literalidade da Súmula n. 667 do STF contribuiria com o entendimento no sentido de que a necessidade de um limite máximo teria por finalidade principal assegurar o acesso à justiça em sentido estrito, compreendido como admissão em juízo. Eis o teor do citado verbete: “VIOLA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JURISDIÇÃO A TAXA JUDICIÁRIA CALCULADA SEM LIMITE SOBRE O VALOR DA CAUSA.”

Nada obstante isso, é assente na doutrina e jurisprudência que as custas processuais¹²⁶ ostentam a natureza jurídica de taxa (Art. 145, II, CF/88), incidente em razão da efetiva prestação de serviços públicos específicos e divisíveis. Em razão disso, devem guardar correlação lógica e proporcional com o custo real do serviço prestado. A pacífica jurisprudência do STF condiciona a validade da cobrança de custas judiciais à previsão de limite máximo de valor, como se extrai do seguinte precedente vinculante:

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 14.938/2003 DO ESTADO DE

¹²⁵ Essa é justamente a hipótese discutida pela Suprema Corte do Reino Unido, na Apelação EWCA Civ 935, em que se argumentou que o sacrifício imposto pelo Regulamento das custas (*the Order Fees*) de 2013, decorrente dos excessivos valores das taxas iniciais, como preço para o acesso do reclamante a seus direitos trabalhistas, não é razoável nem lícito, especialmente considerando que o problema não é restrito a situações excepcionais, sendo sistemático (UK, 2017).

¹²⁶ Considerando que as custas judiciais em sentido estrito e as taxas judiciárias possuem natureza tributária de taxa e que ambas decorrem da atividade judicial, não se mostra relevante para fins desse trabalho tecer maiores comentários estabelecendo uma distinção dessas espécies do gênero custas processuais ou judiciais em sentido amplo.

MINAS GERAIS. CUSTAS JUDICIAIS ATRELADAS AO VALOR DA CAUSA. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, CAPUT, XXXV e LIV; 24, IV; 99, §§ 1º a 5º; 102, III; 105, III; 145, II; 150, IV; e 155, I, a, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A jurisprudência pacífica firmada no âmbito deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL aponta a validade da utilização do valor da causa como critério hábil para definição do valor das taxas judiciárias, desde que sejam estabelecidos valores mínimos e máximos (Súmula 667 do SUPREMO; ADI 2.078, Min. GILMAR MENDES, DJe de 12/4/2011; ADI 3.826, Min. EROS GRAU, DJe de 19/8/2010; ADI 2.655, Min. ELLEN GRACIE, DJ de 26/3/2004; ADI 2.040-MC, Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 25/02/2000; ADI 2.696, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 13/03/2017; ADIs 5.720 e 5.470, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 27 e 29/11/2019; ADI 5.612, Rel. Min. EDSON FACHIN, julgado em 29/5/2020, pendente a publicação de acórdão; ADI 1.926, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 1º/6/2020; e ADI 6.330, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgada em 16/6/2020, pendente a publicação de acórdão. 2. No caso, os valores previstos na Lei impugnada não impedem o acesso à justiça, pois fixados em patamar razoável e proporcional. 3. Ação Direta julgada improcedente. (ADI 3124/MG, Relator para acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 22 set. 2020).

Seja como for, o legislador fixou esse teto com base em múltiplos do limite máximo de benefício do Regime Geral de Previdência, cuja atualização histórica sequer é suficiente para compensar a inflação. Desse modo, decorrido algum tempo, esse valor limite das custas judiciais estará defasado, demandando nova alteração legislativa. Melhor seria se a atualização desse teto ficasse a cargo do TST, como já ocorre periodicamente com o limite máximo dos depósitos recursais de que tratam os arts. 899 da CLT e 40 da Lei n. 8.177/1991.

Outrossim, como não há exigência de custas iniciais nem imposição de obstáculo ao acesso à jurisdição, esse limite máximo proposto para as custas processuais na Justiça do Trabalho deveria ser consideravelmente mais alto, o que contribuiria como desestímulo ao causador do dano. Mas não é isso que ocorre comparativamente com a Justiça Estadual Comum, em que esse valor das custas deve ser equilibrado com a garantia de acesso à jurisdição face à necessidade de recolhimento prévio. De acordo com estudo realizado pelo CNJ (2019a, p. 17), sete tribunais estaduais possuem custas máximas iguais ou superiores a R\$ 50.000,00: TJRO (R\$ 50.000,00), TJTO (R\$ 54.000,00), TJMT (R\$ 54.605,14), TJPB (R\$ 55.528,00), TJBA (R\$ 60.279,14), TJSP (R\$ 79.590,00) e TJGO R\$ (113.460,39). Além desses, mais três tribunais estaduais possuem teto de custas superior ao da Justiça do Trabalho: TJRG (R\$ 43.838,00), TJRJ (R\$ 38.160,18) e TJMS (R\$ 28.770,00). Esse limite, portanto, já nasceu defasado.

Cumpre pontuar que a questão da limitação do acesso por conta do valor das custas é geralmente examinada sob o ponto de vista da condição econômica do autor da ação. Entretanto, na Justiça do Trabalho é muito raro que uma demanda individual atinja esse patamar. É nas ações coletivas *lato sensu*, em que se verifica legitimidade extraordinária ou autônoma para postular em juízo, que existe probabilidade de o valor da causa ou da condenação superar R\$ 1.286.714,00. Trata-se de demandas de massa ajuizadas contra grandes empresas,

denunciadas por produzirem danos contra vários empregados – muitas vezes em quantidade indeterminável. É para essas companhias com alto valor de mercado que a imposição de um teto de custas funcionaria como mais um incentivo à manutenção desse comportamento destoante, externalizando custos para toda a sociedade.

De forma bastante crítica, Wolkart (2019, p. 438-442) dissecou a estrutura de incentivos à litigância que advém da forma como os custos do processo estão atualmente estabelecidos. Para o referido autor, o valor das custas processuais seria muito baixo, estimulando o ajuizamento de ações com baixa probabilidade de êxito. Além do mais, a previsão de teto máximo de custas ensejaria a concessão de gratuidade parcial automática aos mais ricos, produzindo sério problema de distribuição de recursos escassos. Outrossim, as custas processuais são adiantadas e recolhidas de uma só vez, logo no início do processo (no caso da Justiça Comum) ou no ato de interposição do recurso (no caso da Justiça do Trabalho), o que acaba prejudicando a possibilidade de autocomposição após essas fases processuais¹²⁷.

Em paralelo, ao tratar da estrutura de incentivos da fase de conhecimento do processo trabalhista, Araújo (2019, p. 43) aponta que a implementação do processo judicial eletrônico em todo o Judiciário Trabalhista possibilitaria a cobrança de custas de forma mais racional e efetiva, levando em conta todos os atos processuais praticados pela parte. A proposta permite a superação do problema apontado pelo autor: “O fato de que o valor das custas processuais independe dos atos praticados tende a aumentar a duração do processo e incentiva o exercício de atos protelatórios” (ARAÚJO, 2019, p. 43).

Wolkart (2019) propõe ainda, como lei a ser criada, a reformulação do sistema de gratuidade de justiça, a fim de racionalizar a concessão do benefício; a desvinculação parcial entre o pagamento de custas e sucumbência, de maneira que a parte discordante do acordo, oferecido em fase própria, seja penalizada quando a sentença lhe for menos favorável que o valor do acordo recusado; e a extinção das isenções às pessoas jurídicas de direito público.

Para falar a verdade, melhor seria – *de lege ferenda* – repartir as despesas com a litigância ao longo de todo o trâmite processual, encarecendo os custos privados daquela parte que fizer o procedimento avançar desnecessariamente para outras fases do processo, isto é, que protelar a marcha processual sem muitas chances de melhorar sua situação de sucumbência.

Disso decorre que a teoria sustentada pela AEL, da necessidade de aumento dos custos privados do processo, não implica necessariamente aumento dos custos de litigância para

¹²⁷ Sob a ótica da análise econômica, a razão de ser do acordo judicial é a possível economia de despesas futuras, que praticamente deixariam de existir após um dos litigantes haver realizado a maior parte de suas despesas processuais.

o autor, no primeiro grau de jurisdição. Esse acréscimo nas despesas poderia ser realizado ao longo do trâmite processual mediante filtros processuais, nos quais haveria a imposição de custos adicionais para se avançar para a fase seguinte do processo. Desse modo, sempre haveria espaço para possível resolução do conflito via acordo judicial.

A estruturação de incentivos por intermédio de filtros processuais tem a vantagem de propiciar uma melhor modulação dos custos privados. Trata-se de verdadeira sintonia fina, que permite a escolha de filtros mais rigorosos no início, que vão abrandando até o seu final; ou de filtros preliminares mais permissivos, que se tornam mais rígidos com o decorrer do trâmite processual (FUX; BODART, 2019, p. 119). A opção pelo segundo esquema autorizará o ajuizamento de maior quantidade de processos em comparação com o primeiro, sendo a referida escolha direcionada pela capacidade de litigância suportada pela sociedade. Sobre as razões para a escolha de um **filtro inicial brando**, as contribuições de Fux e Bodart (2019, p. 119) são muito perspicazes:

[...] decidir entre um filtro brando ou rigoroso depende de análise de diversos fatores, dentre eles: (i) qual a frequência de ocorrência de condutas nocivas e de benignas; (ii) qual o grau de prejuízo social causado por condutas nocivas; (iii) qual o grau de benefício social gerado por condutas benignas; e (iv) qual a magnitude dos custos de prosseguir para a fase seguinte. Um filtro processual brando é desejável quanto maior for a frequência de condutas nocivas em comparação com as benignas, bem assim quanto maiores os prejuízos causados pelas primeiras relativamente aos benefícios gerados pelas últimas.

Com a mesma argúcia, os referidos autores apresentaram as razões pelas quais se justifica a preferência pela escolha de um **filtro preliminar mais rigoroso**:

[...] filtros mais exigentes para acesso ao sistema de justiça são desejáveis nos casos em que outras medidas estatais (como o exercício do poder de polícia) ou mecanismos de mercado (como a reputação) já contribuem substancialmente para o efeito dissuasório. Esses fatores externos influenciam o benefício com desestímulo de condutas nocivas e o prejuízo com o desestímulo de condutas benignas caso a ação seja admitida a ingressar no sistema a partir de determinado sinal. (FUX; BODART, 2019, p. 119-120).

Há várias formas de estruturar os custos processuais de maneira multifásica, de modo que em a cada situação em que a parte tiver que se manifestar sobre os rumos do processo (nó decisório), seja oportunizada uma escolha entre encerrar sua tramitação (com um incentivo econômico) ou prosseguir para a fase seguinte (com aumento de despesas). Com apoio em uma concepção funcionalista do direito¹²⁸, essas decisões das partes seriam estruturadas com vistas

¹²⁸ Cf. Norberto Bobbio (2007).

a assegurar ora a função repressiva, ora a função promocional do direito. Assim, o comportamento processual das partes seria direcionado ao atingimento dos fins sociais do processo, por intermédio de técnicas de encorajamento ou desencorajamento de condutas.

Em exercício imaginativo, pode-se pensar na situação do acionante quando intimado para emendar a petição inicial, caso desistisse imediatamente da ação pagaria as custas processuais pela metade, mas se não cumprisse a diligência deveria pagar uma multa para desincentivar essa conduta. Outra hipótese seria a posição do réu que foi intimado da sentença de conhecimento, se cumprisse a obrigação de pronto, receberia um desconto no valor das despesas processuais. Dessa forma, o legislador selecionaria alguns nós decisórios e facultaria às partes escolher entre conciliar ou participar de outro meio consensual de solução de conflitos, desistir da ação, reconhecer a procedência do pedido, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação ou prosseguir com o processo

É bom lembrar que não há nenhuma novidade em relação ao que aqui se está propondo, na medida em que o CPC contém vários dispositivos que se utilizam das técnicas de encorajamento e desencorajamento. À guisa de exemplo, veja-se: a) o § 7º do art. 85, que isenta de honorários advocatícios o cumprimento de sentença que enseje a expedição de precatório quando não há impugnação pela fazenda pública; b) o § 3º do art. 90, que dispensa as partes do pagamento das custas remanescente em caso de transação antes da sentença; c) o § 1º do art. 523, que determina o acréscimo de multa de 10% no caso de não pagamento voluntário do valor do débito no prazo de 15 dias; e d) o § 4º do art. 90, que impõe a redução dos honorários advocatícios pela metade no caso de reconhecimento da procedência do pedido com o simultâneo cumprimento da prestação reconhecida.

Apresentados os custos sociais do processo e as principais controvérsias sobre a estruturação do sistema de despesas processuais brasileiro, inclusive com algumas soluções de *lege ferenda*, impõem-se analisar criticamente os meios alternativos à jurisdição, apontados como a panaceia da crise do Judiciário.

5.3 Meios “Adequados” de Solução de Conflitos

Como visto, o surgimento do Direito do Trabalho significou uma ruptura com o Direito Civil de ordem liberal, na medida em que a igualdade entre os contratantes deixou de ser pressuposta na relação contratual, para se tornar a aspiração ou finalidade da ordem jurídica trabalhista (ARIGÓN, 2003, p. 69 e 71). O reconhecimento da assimetria de forças entre as partes fez com que o Estado intervisse para nivelar os contratantes, estabelecendo uma

diferenciação entre os sujeitos da relação, instituindo uma proteção jurídica em favor do empregado e redistribuindo “vantagens e ônus, direitos e deveres [...] levando-se em conta as circunstâncias que põe a realidade” (ARIGÓN, 2003, p. 72).

Essa desigualdade de forças se transporta para o processo, tanto é assim que o processo do trabalho também possui regras inspiradas pelo princípio da proteção, norma oriunda do Direito Individual do Trabalho. Fruto do Princípio da Isonomia em sua vertente material, o Princípio da Proteção no processo decorre da observação fática de que a parte economicamente mais forte na relação de direito substancial também trará ao processo sua superioridade técnica, econômica e de poder. Note-se que nem mesmo no processo civil atual, seria admissível afastar a concretização dessa isonomia material, o princípio da paridade de armas, em face da denominada neutralidade do juiz. Isso porque tal atitude:

[...] longe de garantir a justiça, confirma e reflete no processo a supremacia financeira de uma parte sobre a outra e deve ser evitada num processo orientado pelo princípio da cooperação intersubjetiva que deve primar pela igualdade de armas. (GOUVEIA, 2000, p. 256).

Sob esse aspecto, parece no mínimo problemática a aplicação na Justiça do Trabalho da solução proposta pela AEL, de elevação das custas judiciais, com vistas a incentivar as partes a buscarem um acordo extrajudicial, diminuindo a quantidade de processos. Ora, além da latente assimetria de poderes inerente ao conflito entre capital e trabalho, o empregador exerce verdadeiro poder privado sem precedentes no direito comum. Trata-se do Poder Empregatício, por meio do qual “o empregador tem o poder de tutelar, por ato unilateral, o seu interesse, impondo ao empregado determinados resultados fático-jurídicos” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2015, p. 9). Em outras palavras, o empregador pode descontar salário em caso de falta, advertir ou suspender em caso de reiteração e até mesmo resolver o vínculo contratual por justa causa, sem necessidade da tutela estatal para satisfação desses seus interesses.

Isso não ocorre no tocante ao empregado, que precisa necessariamente se valer da jurisdição estatal para tutelar seus interesses, diante da violação de seus direitos pelo empregador. Como bem observado por Souto Maior e Severo (2015, p. 9):

Se os direitos trabalhistas são essencialmente direitos dos trabalhadores e se o processo serve à efetivação desses direitos, resta evidenciado que o processo do trabalho é muito mais facilmente visualizado como um instrumento a serviço da classe trabalhadora. Trata-se de um instrumento pelo qual os trabalhadores tentam fazer valer os direitos que entendem tenham sido suprimidos pelo empregador.

Em conformidade com os modelos de litigância, as partes ficariam mais propensas a uma composição negociada em virtude da restrição ao ajuizamento de ações. Mas qual o incentivo que o empregador teria para realizar um acordo extrajudicial, se a principal porta pela qual o empregado teria, de forma individual, para fazer valer seus direitos trabalhistas lhe foi fechada com a elevação das custas judiciais? Aqui os argumentos esposados pela Suprema Corte do Reino Unido, no caso em que se discutia o regulamento das taxas judiciais de 2013 (Apelação EWCA Civ 935), são inteiramente aplicáveis às modificações implementadas pela Reforma Trabalhista, pois não há como se cogitar de meios alternativos à solução de conflitos sem haver efetiva disponibilidade de acesso à jurisdição, *in verbis*:

It does not envisage that every case of a breach of those rights will result in a claim before an ET [Employment Tribunal]. But the possibility of claims being brought by employees whose rights are infringed must exist, if employment relationships are to be based on respect for those rights. Equally, although it is often desirable that claims arising out of alleged breaches of employment rights should be resolved by negotiation or mediation, those procedures can only work fairly and properly if they are backed up by the knowledge on both sides that a fair and just system of adjudication will be available if they fail. Otherwise, the party in the stronger bargaining position will always prevail. It is thus the claims which are brought before an ET [Employment Tribunal] which enable legislation to have the deterrent and other effects which Parliament intended, provide authoritative guidance as to its meaning and application, and underpin alternative methods of dispute resolution.¹²⁹ (UK, 2017, p. 21).

Por outro lado, na hipótese de realizar-se um acordo diretamente entre as partes contratantes, sem a intervenção de um terceiro, haveria uma justa composição do litígio ou a submissão pura e simples da parte mais frágil? A resposta a essa indagação pode ser encontrada na obra de Adam Smith (2014, p. 108), um dos pais fundadores da economia moderna, que já no Século XVIII constatou como a urgência em se (re)colocar no mercado de trabalho representava uma grande desvantagem de barganha para os trabalhadores em relação aos patrões:

¹²⁹ Tradução livre do autor: “Não prevê que todos os casos de violação desses direitos resultarão em uma reclamação perante um TT [Tribunal Trabalhista]. Mas deve existir a possibilidade de reclamações por parte de trabalhadores cujos direitos sejam violados, se as relações de trabalho devem basear-se no respeito desses direitos. Da mesma forma, embora muitas vezes seja desejável que as reclamações decorrentes de supostas violações dos direitos trabalhistas sejam resolvidas por negociação ou mediação, esses procedimentos só podem funcionar de forma justa e adequada se forem apoiados pelo conhecimento de ambas as partes de que um sistema justo e equitativo de adjudicação estará disponível se falharem. Caso contrário, a parte em posição mais forte de barganha sempre prevalecerá. São, portanto, os pedidos apresentados a um TT [Tribunal Trabalhista] que permitem que a legislação tenha os efeitos dissuasivos e outros que o Parlamento pretendia, que fornecem orientações autorizadas quanto ao seu significado e aplicação e que sustentam métodos alternativos de resolução de litígios.”

Um proprietário e arrendatário de terras, um mestre de fábricas e um negociante, ainda que não empreguem um só obreiro, todavia poderiam, em geral, viver um ano ou dois com os lucros adquiridos. Porém, a maior parte dos obreiros não subsistiria por si uma semana ou um mês, e raros seriam os que poderiam se manter sem emprego por um ano.

Do fragmento acima transcrito é possível verificar que a necessidade de sobrevivência acaba privando o trabalhador das mínimas condições para poder barganhar em uma negociação, a não ser que se tratasse de Sidarta¹³⁰, personagem da história escrita pelo vencedor do Prêmio Nobel de literatura Hermann Hesse. Todavia, diferentemente de Sidarta, a imensa maioria das pessoas que vive de sua força de trabalho não pode esperar nem jejuar e, por isso mesmo, não tem muito o que pensar, restando apenas aceitar o primeiro trabalho que se apresentar. Com efeito, as trágicas consequências advindas da pandemia da Covid-19, dentre as quais o empobrecimento da população em geral e o aumento do desemprego, demonstraram o quão atual se mostra a singela constatação feita pelo sociólogo Herbert de Souza (Betinho) e posta em evidência em campanha lançada na década de 1990, sintetizada no seguinte slogan “Quem tem fome tem pressa”.

Por seu turno, mesmo entre os estudiosos da análise da litigância, a preferência por soluções autocompositivas em detrimento de soluções adjudicadas não escapou de severas críticas, sendo taxada de técnica altamente problemática, pois parte de premissas bastante questionáveis: que a autocomposição deriva do consenso de ambas as partes e que produz economia de custos (FISS, 1984, p. 1075). De fato, a construção teórica no sentido de que o acordo daria melhores resultados que o julgamento adjudicado, por resultar de uma solução construída pelas próprias das partes, pressupõe uma igualdade de forças entre os contendores. Como visto, não é isso que se verifica da primazia da realidade, em que sobressaem entre as partes relevantes diferenças de conhecimento, poder e recursos, o que conduz à seguinte conclusão:

In these cases, the distribution of financial resources, or the ability of one party to pass along its costs, will invariably infect the bargaining process, and the settlement will

¹³⁰ O livro conta a história de Sidarta, um jovem indiano pertencente a mais alta casta sacerdotal (Brâmane), que abandona tudo para se tornar um Samana, asceta que vive para orar e meditar, livre dos prazeres e dos bens materiais. Após nova guinada em sua vida, Sidarta resolve viver “entre os homens tolos” e procura um rico comerciante em busca de trabalho, informando-o do que sabia fazer: pensar, esperar e jejuar. Indagado por aquele que futuramente lhe daria trabalho sobre para que servia o jejum, Sidarta lhe respondeu com bastante sabedoria: “— Para muita coisa, meu caro senhor. Para quem não tiver nada que comer, o jejum será a coisa mais inteligente que se possa fazer. Se, por exemplo, Sidarta não houvesse aprendido a suportar o jejum, estaria obrigado a aceitar hoje mesmo um serviço qualquer, seja na tua casa, seja em outro lugar, já que a fome o forçaria a fazê-lo. Assim, porém, Sidarta pode aguardar os acontecimentos com toda calma. Não sabe o que é impaciência. Para ele não existem situações embaraçosas. Sidarta pode agüentar por muito tempo o assédio da fome e ainda rir-se dela. É para isso, meu caro senhor, que serve o jejum.” (HESSE, 2020, p. 66).

be at odds with a conception of justice that seeks to make the wealth of the parties irrelevant.¹³¹ (FISS, 1984, p. 1076).

Embora admita a existência de raríssimas exceções a essa constatação, a análise empreendida por Fiss corrobora tudo o que fora dito até aqui, no sentido de que o conteúdo de eventual acordo é influenciado pela disparidade de recursos entre as partes, o que pode se verificar, ao menos, de três formas diferentes:

First, the poorer party may be less able to amass and analyze the information needed to predict the outcome of the litigation, and thus be disadvantaged in the bargaining process. Second, he may need the damages he seeks immediately and thus be induced to settle as a way of accelerating payment, even though he realizes he would get less now than he might if he awaited judgment. All plaintiffs want their damages immediately, but an indigent plaintiff may be exploited by a rich defendant because his need is so great that the defendant can force him to accept a sum that is less than the ordinary present value of the judgment. Third, the poorer party might be forced to settle because he does not have the resources to finance the litigation, to cover either his own projected expenses, such as his lawyer's time, or the expenses his opponent can impose through the manipulation of procedural mechanisms such as discovery. It might seem that settlement benefits the plaintiff by allowing him to avoid the costs of litigation, but this is not so. The defendant can anticipate the plaintiff's costs if the case were to be tried fully and decrease his offer by that amount. The indigent plaintiff is a victim of the costs of litigation even if he settles.¹³² (FISS, 1984, p. 1076).

Esse otimismo depositado nas vantagens da autocomposição dos litígios também é compartilhado pelos defensores dos denominados Métodos “Alternativos” de Resolução de Conflitos¹³³, designação posteriormente renomeada para Métodos “Adequados” de Resolução de Conflitos (MASC), dos quais se destacam a conciliação e a mediação. Para esses autores, que propugnam por um acesso à justiça “multiportas”, a reconciliação entre os contendores e a produção de soluções consensuais, ainda que induzidas ou sugeridas por terceiro, trazem

¹³¹ Tradução livre do autor: “Nesses casos, a distribuição de recursos financeiros, ou a capacidade de uma parte repassar seus custos, invariavelmente contagiara o processo de negociação, e o acordo estará em desconformidade com uma concepção de justiça que busca tornar a riqueza das partes irrelevante.”

¹³² Tradução livre do autor: “Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos capaz de reunir e analisar as informações necessárias para prever o resultado do litígio e, portanto, ficar em desvantagem no processo de barganha. Em segundo lugar, ele pode precisar dos danos que pleiteia imediatamente e, assim, ser induzido a fazer um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo sabendo que receberia menos agora do que receberia se aguardasse o julgamento. Todos os demandantes querem seus danos imediatamente, mas um demandante indigente pode ser explorado por um réu rico porque sua necessidade é tão grande que o réu pode forçá-lo a aceitar uma quantia menor do que o valor presente ordinário da sentença. Em terceiro lugar, a parte mais pobre pode ser obrigada a fazer um acordo porque não tem recursos para financiar o litígio, para cobrir suas próprias despesas projetadas, como o tempo de seu advogado, ou as despesas que seu oponente pode impor por meio da manipulação de mecanismos processuais como o ‘discovery’ do direito norte-americano. Pode parecer que o acordo beneficia o autor ao permitir que ele evite os custos do litígio, mas não é assim. O réu pode antecipar os custos do autor se o caso for julgado integralmente e diminuir sua oferta nesse valor. O demandante indigente é vítima dos custos do litígio, mesmo que resolva firmar um acordo.”

¹³³ A expressão vem do inglês, *Alternative Dispute Resolution*, cuja sigla é ADR.

benefícios mútuos às partes, fomentam a participação e o protagonismo, além de consagrarem o respeito à liberdade e o direito ao autorregramento (DIDIER JR., 2015, v. 1).

Ademais, um desses meios “alternativos” de resolução de conflitos apontados pela doutrina é arbitragem, método que diferentemente dos outros até então mencionados é heterocompositivo, tendo solução imposta por terceira pessoa (o árbitro). Nada obstante isso, trata-se de método considerado por muitos como “mais adequado” que a jurisdição estatal, na medida em que apresentaria, além de outras, as seguintes vantagens: a) o árbitro tem a confiança das partes, sendo escolhido livremente por elas; b) o procedimento arbitral é mais rápido, inclusive sem a previsão de recursos; c) o árbitro geralmente tem conhecimento técnico sobre objeto controvertido; e d) as partes podem dispor acerca da maneira como será resolvida a controvérsia, se mediante regras de direito ou não, bem assim, se for o caso, sobre quais regras de direito material serão aplicadas na arbitragem (CARMONA, 2009).

Os partidários dos MASC argumentam também que eventual aumento no valor das custas do Judiciário impulsionaria a procura por tais métodos, sem implicar negativa de acesso à justiça, na medida em que o conceito atual de *Multidoor Justice* extrapola a restrita noção de acesso à jurisdição estatal. Assim, desde que seja assegurado aos litigantes o acesso à ordem jurídica justa, não haveria problema que a solução de seus conflitos se desse por meios extrajudiciais.

Trata-se de atualização do conceito tradicional de acesso à justiça, antes limitado aos órgãos judiciários e que passou a integrar outros mecanismos de soluções de controvérsias, sendo institucionalizado como Política Judiciária Nacional, por meio da Resolução n. 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010. Importante destacar que, nos termos da referida resolução (BRASIL, 2010), é assegurado a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade (Art. 1º, *caput*), sendo este programa implementado por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras (Art. 5º). O tema foi bastante trabalhado por Kazuo Watanabe (2019, p. 82), autor que cunhou a expressão “acesso à ordem jurídica justa”, de quem se extrai o seguinte arremate:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, a uma ordem jurídica justa.

Uma característica que deve ser ressaltada, e que consta inclusive da Política institucionalizada pelo CNJ, é a necessidade de adequação desses meios extrajudiciais de

resolução de controvérsias: “Essa é a premissa que se deve ter em mente quando se pensa em meios consensuais de solução de conflitos: adequação da solução à natureza dos conflitos e às peculiaridades e condições especiais das pessoas envolvidas.” (WATANABE, 2019, p. 82).

Entretanto, como visto ao longo deste estudo, os métodos consensuais de solução de conflitos, realizados fora do judiciário trabalhista, tendem a se mostrar inadequadas às condições especiais dos trabalhadores. Em consequência do desequilíbrio verificado na relação antagônica entre capital e trabalho: “A desigualdade material reconhecida e de certo modo estimulada pelo Estado tem de ser em alguma medida ‘compensada’, minimizada, no âmbito processual, sob pena de comprometer o ‘caráter democrático’ do processo.” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2015, p. 5). Por esse motivo, a construção de uma solução costurada pelas partes se traduzirá em imposição do mais forte.

O mesmo se diga quanto ao instituto da arbitragem, disciplinado na Lei n. 9.307/1996, que pressupõe a igualdade formal entre as partes e a plena disponibilidade dos direitos patrimoniais objeto de litígio (Art. 1º, *caput*). Por esse motivo, em todo o procedimento regulado por essa lei não há qualquer instrumento de compensação entre as partes a fim de assegurar a paridade de armas, o que acaba equivalendo à postura de neutralidade do juiz, criticada por Lúcio Grassi Gouveia (2000), por reproduzir no processo – aqui incluído o procedimento arbitral – a superioridade de forças de uma parte (o empregador) sobre a outra (o empregado).

Por tais razões é que os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos não podem ser considerados como alternativa adequada à jurisdição trabalhista, especialmente quando artificialmente estimulados em virtude de restrições criadas pelo legislador ao acesso à jurisdição. De outra parte, a promoção desses meios com a finalidade primordial de diminuir a quantidade de processos judiciais é bastante criticável, pois acaba por descaracterizá-los. Como advertiu Watanabe (2019, p. 82):

[...] os meios consensuais de solução de conflitos não devem ser utilizados com o objetivo primordial de se solucionar a crise de morosidade da justiça, com a redução da quantidade de processos existentes no Judiciário, e sim como uma forma de dar às partes uma solução mais adequada e justa aos seus conflitos de interesses, propiciando-lhes uma forma mais ampla e correta de acesso à justiça.

Numa perspectiva mais crítica, é possível perceber que, em face da visível impossibilidade do sistema de justiça de dar efetividade ao processo judicial, as formas extrajudiciais de solução de conflitos passaram a ganhar evidência. Trata-se de fenômeno denominado de privatização da jurisdição, caracterizado pela delegação de poderes de solução

de conflitos a sujeitos privados, por imposição de organismos internacionais, tema elucidado com maestria por F. Barroso (2010a, p. 59):

[...] as organizações internacionais, como o Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e Nações Unidas, através de seus organismos, criam uma necessidade sofismável de reformas em um sentido único, com o afastamento do Estado de suas funções sociais, como é o caso evidente das formas extrajudiciais de solução de controvérsias, onde sujeitos, na sua maioria privados, irão lucrar com o que até então se dava sob o protagonismo do judiciário.

Esse protagonismo conferido aos MASC se faz em detrimento do valor justiça, tendo em vista as peculiaridades acima mencionadas referentes aos conflitos inerentes às relações de trabalho. A preocupação em melhorar os números da justiça, muitas vezes, encobre verdadeiro intento dissimulatório, como bem expôs F. Barroso (2010a, p. 61):

O fundamento, inclusive oficial, para a implementação dessas instâncias extrajudiciais [autocomposição, mediação, conciliação e arbitragem] de solução dos conflitos repousa no hipotético e, muitas vezes, falacioso fato de uma mais fácil e ágil forma de solução de controvérsias, uma maior celeridade, melhores serviços e diminuição de custos para o Estado, forma dinâmica e utilizada nos países mais avançados, entre tantos outros argumentos efetivamente de cunho não jurídico, parciais e que não devem ser aceitos como verdades absolutas pela sociedade.

Por conseguinte, pode-se afirmar que o acesso à justiça, antes de tudo, pressupõe a justa composição do conflito, quer isso se dê por meio de uma autocomposição ou de uma heterocomposição, quer isso ocorra dentro do Poder Judiciário ou em instância extrajudicial. Isso significa que, para que uma instância extrajudicial se torne um canal de condução à ordem jurídica justa, deve haver algum tipo de controle do atingimento de sua função social primordial: a pacificação dos conflitos com justiça. A propósito, as ponderações de Dinamarco (2008, p. 191) acerca da jurisdição se amoldam perfeitamente à hipótese:

Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderando o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor *justiça*. *Eliminar conflitos mediante critérios justos* – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.

Problematizadas as principais dificuldades inerentes à implementação dos meios extrajudiciais de resolução dos conflitos entre capital e trabalho, as lentes da análise voltam-se à solução jurisdicional, com a retomada da discussão travada no Capítulo 2 acerca da (in)existência de contribuição do benefício da justiça gratuita com a denominada tragédia do Judiciário, o que será objeto da próxima seção infra.

5.4 A Justiça gratuita e a (in)existência de relação com aumento de litigância

Para a maioria dos autores brasileiros que enfocam a análise econômica do direito¹³⁴, as soluções para o problema do acesso à justiça, propugnadas por Cappelletti e Garth na década de 1970, precisam de reformulações urgentes. Valendo-se da noção, mais ampla, de acesso à ordem jurídica justa, a doutrina passou a sustentar a necessidade de um acesso multiportas, desvinculado do conceito de monopólio estatal da jurisdição, e de celeridade na entrega da prestação jurisdicional. Nesse contexto, questiona-se inclusive a continuidade do projeto das três ondas de acesso à justiça, em época de crise numérica do Poder Judiciário. Essa temática relativa à alteração no conceito de acesso à justiça e suas repercussões, aliás, foi objeto de discussão no capítulo 2.

De fato, no período posterior à divulgação dos resultados do Projeto de Florença, verificou-se um aumento na procura pela jurisdição estatal. No caso do Brasil, ainda que tenha havido parcial implementação das duas primeiras ondas renovatórias de acesso à justiça, constatou-se uma explosão dos níveis de litigância a partir da década de 1990. Nesse contexto, tem-se sustentado que o atual modelo de acesso irrestrito ao Poder Judiciário constitui-se em importante “incentivo à sobreutilização dos serviços públicos adjudicatórios e a decorrente morosidade” (GICO JR., 2014, p. 192). Trata-se de fenômeno denominado de Paradoxo do Acesso à Justiça, segundo o qual “o livre e irrestrito acesso à justiça se tornou, em certa medida, um dos maiores problemas da efetividade do direito que antes buscou garantir.” (PIGNANELI, 2018, p. 32).

Acerca da primeira onda de acesso à justiça, pode-se dizer que o instituto inicialmente concebido para permitir que as pessoas pudessem efetivamente reivindicar seus direitos, mediante remoção dos principais obstáculos financeiros, passou a ser injustamente apontado como o vilão do sistema de justiça, sendo-lhe imputada a responsabilidade por: exacerbar os níveis de litigiosidade na sociedade; aumentar a morosidade do Judiciário; drenar os recursos público que poderiam ser utilizados em outras áreas; induzir a litigância frívola e prejudicar o acesso à justiça daqueles que realmente não podem arcar com as despesas do processo. Conforme sustentam Carneiro e Cademartori (2018, p. 42), existiria verdadeiro descompasso:

¹³⁴ Vide Pignaneli (2018); Mancuso (2018); Melman (2019); Gico Jr. (2014); Wolkart (2019); Marcellino Jr. (2014).

[...] entre o crescente aumento de demandas e da capacidade de absorção pelo Poder Judiciário. A propagação do amplo e acesso ilimitado ao Poder Judiciário é discrepante da sua realidade atual, resultando em um sistema ineficiente e no acesso à justiça apenas aparente. É necessário que ponderações sobre aspectos ligados à litigância sejam realizados para que se possa estabelecer mecanismos de freios e contrapesos.

Com base nesses argumentos, é que vem ganhando corpo a tese no sentido de que a melhor forma de garantir o acesso seria por meio do enrijecimento das regras para ajuizamento de novas demandas. Ademais, tem-se enfatizado o aspecto econômico da escassez de recursos, no sentido de que a continuidade de políticas públicas estaria vinculada à dotação orçamentária respectiva, de modo a adequar o acesso à justiça às dimensões físicas do Poder Judiciário (MARCELLINO JR., 2014, p.194).

Em realidade, o modelo de litigância largamente utilizado pela AEL confirma a relação inversamente proporcional entre os custos privados do processo e a quantidade de novas demandas. Conforme modelo acima explicado, uma ação somente será proposta quando o custo privado de litigar (C_{pr}^q) for inferior ao valor esperado do processo (d) – v.g., o *quantum* da reparação pelo dano sofrido – multiplicado pela probabilidade de êxito da demanda (p), nos termos da seguinte fórmula $C_{pr}^q < d \cdot p$ (PATRÍCIO, 2005, p. 46). Pela visualização da fórmula fica fácil perceber que quanto menor a probabilidade de êxito da demanda, menor o valor pecuniário esperado com o resultado do processo (reparação pleiteada multiplicada pelas chances de procedência). Desse modo, caso a probabilidade de sucesso seja muito baixa, o valor esperado ($d \cdot p$) tende a ser inferior ao custo privado de litigar (C_{pr}^q), de modo que os riscos com a provável derrota no processo acabam inibindo o ajuizamento da ação.

Todavia, como no caso da justiça gratuita esse custo privado é sempre zero ($C_{pr}^q=0$), com exceção de uma despesa ou outra com a preparação da causa (passagens de ônibus, xérox, etc.), a derrota em juízo não representaria qualquer risco ao demandante, ainda que a possibilidade de êxito de sua ação fosse apenas remota, pois nessa hipótese o valor esperado será sempre maior do que zero ($0 < d \cdot p$).

Assim, ajuizar uma demanda, mesmo que sem embasamento, representaria sempre um bom negócio para o acionante, sendo possível concluir que a concessão automática do benefício refletiria significativo incentivo à propositura de ação. E, como o sistema jurisdicional é um recurso de uso rival, é inegável que o ingresso de grande quantidade de novas ações aumenta o volume de trabalho, impactando negativamente na duração razoável do processo.

Essa situação, considerada em abstrato, poderia levar ao uso abusivo do direito de ação, haja vista que a ausência de custos de sucumbência, que serão subsidiados pela sociedade, também reduz os riscos do demandante a quase zero, alterando a condição fundamental de

litigância. Com riscos insignificantes, existiriam incentivos para o ajuizamento de demandas com pouquíssimas condições de êxito, as chamadas demandas frívolas (MARCELLINO JR., 2014, p. 214; WOLKART, 2019, p. 453). No limite extremo, haverá incentivos para instalação de verdadeira seleção adversa, em que “cada vez mais pessoas deixarão de usar o Judiciário para fazer valer seus direitos e cada vez mais pessoas passarão a usar o Judiciário para postergar ou anular suas obrigações.” (GICO JR., 2014, p. 180).

Especificamente quanto à Reforma Trabalhista de 2017, Araújo (2019, p. 94) sustenta que “Qualquer medida que aumente os custos apenas para o empregador, ou que reduza apenas os custos do empregado acaba correspondendo a um incentivo à formação de demandas frívolas”. Essa constatação revela um paradoxo, na medida em que a estrutura de custos facilitadora do acesso à justiça do trabalhador serviria – para essa corrente – como incentivo à formação de demandas frívolas. Entretanto, a fixação das despesas processuais sem considerar as condições desiguais de natureza técnica, econômica e de poder a que estão submetidos os sujeitos da relação processual acaba por incentivar o não cumprimento generalizado da legislação trabalhista, como estratégia empresarial¹³⁵. Em outras palavras, o maior custo para o empregado favorece impunidade e incentiva o descumprimento reiterado da CLT.

De outra parte, deve-se esclarecer que não há elementos suficientes para vincular o excesso de processo no Judiciário a uma generalização da litigância frívola. Aliás, nem ao menos é possível aferir que esse tipo de litigância seja prevalecente, na medida em que a existência de incentivos ao uso irresponsável do direito de ação não significa que a população efetivamente acione o sistema jurisdicional com essa finalidade. Até porque existem no Brasil barreiras sociais muito importantes ao acesso à justiça: o brasileiro, em geral, sequer tem condições de reconhecer os seus direitos, consoante discutido no capítulo anterior.

O exemplo dos Juizados Especiais Cíveis é sempre muito citado em doutrina, na medida em que estes órgãos foram imaginados para facilitar o acesso à Justiça, com gratuidade em primeiro grau e simplificação de procedimento. Esse acesso mais barato, simplificado e célere atraiu grande número de processos, não porque incentivasse a apresentação de demandas frívolas, mas sim porque se mostrou capaz de canalizar toda aquela litigiosidade contida, que não tinha espaço para se apresentar perante o Judiciário tradicional. Ao analisar a situação acima descrita, Gico Jr. (2014, p. 189) assim arrematou:

Ora, um serviço público cujo preço do uso é estabelecido, *a priori*, como zero e estruturado para ser mais rápido que seu concorrente, a justiça comum, obviamente

¹³⁵ O tema será retomado adiante.

atraiu uma grande quantidade de litigantes marginais que, gradativamente, foram elevando a taxa de congestionamento dos juizados, até que o novo ponto de equilíbrio entre morosidade e litigiosidade fosse alcançado.

Ademais, não se pode afirmar que a ampliação do acesso à justiça seria a grande responsável pela explosão de litigância, sem olhar também para fatores externos, especialmente as expressivas modificações estruturais ocorridas no Brasil no final dos anos 1980 e durante os anos 1990, a exemplo da redemocratização após 21 anos de estado de exceção, da constitucionalização do direito, da judicialização da vida, da privatização dos serviços públicos essenciais e da diminuição do Estado Social¹³⁶. Por outro lado, o problema principal da crise numérica do Judiciário, consoante anteriormente discutido, é a excessiva utilização do sistema de justiça por poucos litigantes habituais, que usufruem de um serviço subsidiado por toda a sociedade (já que a arrecadação do Judiciário não ultrapassa 20% de suas despesas de manutenção) e que se utilizam do sistema de forma estratégica, produzindo externalidades e maximizando seus interesses privados.

Existem ainda fatores internos e externos que exercem relevante influência sobre os níveis de litigância na sociedade, cuja análise é muitas vezes ignorada nas discussões acadêmicas, como a taxa de juros legais, os incentivos e desincentivos ao cumprimento espontâneo das obrigações, a efetividade da atividade fiscalizatória do Estado e a estrutura de oportunidades do devedor, temas que serão tratados a seguir.

5.5 Outros elementos que podem influenciar o nível de litigância do sistema

Um dado importante da regulação do mercado de trabalho, que muitas vezes não é levado em conta nos estudos jurídicos, é o grau de **efetividade da legislação de proteção** ao trabalho. O ordenamento jurídico pode ser formalmente rígido, mas bastante flexível na realidade dos fatos, em razão de sua fraca eficácia social. Ainda que a CLT, desde o início, pudesse ser taxada de detalhada, avançada e bem estruturada, essas qualidades se relacionam diretamente ao seu texto jurídico. Como adverte o historiador norte-americano John French (2001, p. 15):

[...] não é necessário muito para se perceber que o aparente conteúdo da lei poderia ser facilmente enfraquecido pelo seu não cumprimento e por interpretações jurídicas ou administrativas equivocadas. E, quando se examina o mundo do trabalho, rapidamente torna-se claro que, apesar de seu escopo amplo e inclusive, na prática a CLT era aplicada de forma muito irregular [...]

¹³⁶ Tais matérias fogem ao objeto da pesquisa. Sobre essa temática vide Sadek (2004).

A análise dogmática da norma jurídica, abstraída do exame de sua aplicabilidade no meio social, revela-se incompleta, consoante buscou-se demonstrar no capítulo 1. E a efetividade da norma trabalhista somente é garantida com a presença concreta de instituições coletivas que façam valer o conteúdo da norma positivada, de modo que:

[...] as instituições responsáveis pela operação do direito do trabalho (como a Justiça do Trabalho) e pela fiscalização de sua aplicação (como a Inspeção do Trabalho, os sindicatos, o Ministério Público e entidades da sociedade civil) são parte daquele mesmo processo pelo qual uma norma trabalhista deixa o papel e ganha “facticidade”, ou efetividade no mundo por ela regulado. (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 10).

Tanto isso é verdade que a Convenção n. 81 da OIT ([1947]) estabeleceu a obrigação dos Estados signatários de manter Sistema de Inspeção do Trabalho, como forma de “assegurar a aplicação das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão [...]” (Artigo 3º, I, “a”). Trata-se de obrigação alinhada com a principiologia dos Direitos Humanos Sociais, especialmente com o princípio do *minimum core obligatio* (satisfação do núcleo essencial mínimo de cada direito) e com os três deveres primordiais dos Estados quanto aos direitos humanos sociais (respeitar, proteger e implementar), conforme a precisa explanação de Piovesan (2010, p. 24):

Quanto à obrigação de respeitar, obsta ao Estado que viole tais direitos. No que tange à obrigação de proteger, cabe ao Estado evitar e impedir que terceiros (atores não estatais) violem esses direitos. Finalmente, a obrigação de implementar demanda do Estado a adoção de medidas voltadas à realização desses direitos.

Percebe-se, portanto, que sob a justificativa de se fazer a descrição de como é a Regulação do Trabalho no Brasil, os discursos favoráveis à flexibilização (legislativos, acadêmicos e judiciais) fundamentam-se numa análise exclusivamente do texto normativo, sem que exista qualquer preocupação em retratar a realidade social. Não há racionalidade nessa empreitada, na medida em que se sustenta a necessidade de mudança na realidade fática, descrição do mundo do ser, com base em construções abstratas prescritivas pertencentes ao mundo do dever ser (normas). Tal incoerência não passou despercebida por Cardoso e Lage:

Nesse quadro, denunciar a rigidez da legislação, como o faz a literatura econômica hegemônica no debate nacional, sem levar em conta o fato de que parte dela simplesmente não é cumprida, é cometer o sério equívoco de tomar o direito pelo mundo, a norma legal pelos fatos. (CARDOSO; LAGE, 2007, p. 10).

Nos termos da análise econômica, o empregador é um agente racional, que pondera os custos e benefícios advindos do cumprimento ou descumprimento das obrigações trabalhistas. Desse modo, a eficácia social da legislação de proteção ao trabalho depende da **estrutura de oportunidades** a que estão sujeitos os empregadores, representada por uma matriz, em que são relacionadas as variáveis “risco de ser apanhado e sofrer sanção” e “montante relativo da sanção”, cuja descrição consta do quadro abaixo:

Figura 1- Estrutura de oportunidades de cumprimento da legislação trabalhista

		Montante Relativo da Sanção	
		Alto	Baixo
Risco de ser apanhado e sofrer sanção	Alto	1. Cumprir	3. Não Cumprir
	Baixo	2. Não Cumprir	4. Não Cumprir

Fonte: CARDOSO; LAGE, 2005, p. 453.

Analisando a referida tabela, é possível perceber que o empregador racional somente se arriscará em descumprir a lei se o valor do direito sonegado for elevado a ponto de superar o montante da eventual sanção. Ademais, a existência de expressivo valor nominal da sanção, por si só, não é suficiente inibir o descumprimento da lei, uma vez que a possibilidade de ser punido exerce forte influência sobre o comportamento do empregador. Cardoso e Lage (2005, p. 454) apontam que a interação desses atributos produz quatro resultados-típicos diversos, dos quais em apenas um deles haverá incentivos apropriados ao cumprimento da lei:

1) o empregador cumpre a lei, porque a sanção é considerada alta o suficiente para tornar racional evitá-la, e o risco de ser pego e punido é também alto o suficiente para ser crível (digamos, significativamente superior a 50%); 2) o empregador não cumpre a lei porque, embora a sanção por não cumprir seja alta, a probabilidade de ser apanhado é muito baixa, por exemplo, significativamente inferior a 50%; 3) se o risco de ser pego é alto, mas a sanção é considerada pequena o bastante para tornar racional sofrê-la em lugar de incorrer nos custos trabalhistas, a lei não será cumprida; 4) finalmente, se a sanção for baixa e o risco de ser pego também, a lei tampouco será cumprida. (CARDOSO; LAGE, 2005, p. 454).

Assim, em conformidade com os dados apresentados no referido estudo, Cardoso e Lage (2005, p. 454) concluem que **comportamento estratégico** dominante no empresariado

brasileiro, em decorrência dos incentivos acima listados, é o descumprimento generalizado da legislação do trabalho.

Outro elemento que influi na litigiosidade é a existência de incentivos a continuar litigando no processo. Como visto, a distribuição de filtros ao longo do processo possibilita, a cada nó decisório, que as partes possam ponderar acerca da subsistência ou não de benefícios antes de prosseguir com a demanda para a próxima fase do processo. Traçando um comparativo com os custos privados para ajuizar uma ação, explica Patrício (2005, p. 51):

Aquilo que ficou dito quanto à necessidade (ou não) de recurso às instâncias jurisdicionais, aplica-se, *mutatis mutandis*, aos recursos judiciais. Aliás, o fenómeno do excesso de litigância é também, muitas vezes, o resultado de uma excessiva utilização dos recursos. Um dos factores maiores que justifica o recurso é o da correcção do erro. A esta luz, regular os custos do recurso poderia impedir os *recursos frívolos*.

Não é de hoje que a doutrina denuncia o excessivo número de oportunidades abertas para interposição de **recurso** e o quanto essa situação tem contribuído com a demora na solução das demandas submetidas ao Judiciário. Ao se debruçar sobre a matéria, explanou Sadek (2014, p.61):

Os defensores de alterações na legislação relativa ao número de recursos apontam que, na situação atual, um processo comum pode ser apreciado em quatro graus de jurisdição (primeiro grau, tribunal local, tribunais superiores e Supremo Tribunal Federal) até que se obtenha a decisão final, passível de ser executada. Dessa forma, sustentam, os processos podem ser eternizados. O diagnóstico e a proposta de redução nas possibilidades de recurso se apoiam em dados comparativos internacionais, evidenciando que o Brasil é o único país do mundo democrático em que um processo pode percorrer tão longo trajeto. Entre as 56 Supremas Cortes representadas na Comissão de Veneza, apenas no Brasil um processo individual tem tão ampla possibilidade.

A sistemática do processo do trabalho também favorece a multiplicidade de recursos, havendo três instâncias trabalhistas: Varas do Trabalho, TRTs e TST. Das decisões definitivas proferidas em cada uma delas, é cabível recurso para a instância seguinte. Entretanto, existe um complicador em relação ao Processo Comum, no qual das decisões dos Tribunais cabe recurso para o STJ, no caso de violação infraconstitucional, admitindo-se recurso diretamente ao STF, na hipótese de violação constitucional. Na sistemática do processo do trabalho, todavia, das decisões dos TRTs sobre matéria legal e/ou constitucional cabe recurso ao TST e, somente após o processo passar pela Corte Superior Trabalhista, é que será possível levar ao STF a discussão envolvendo matéria constitucional.

Em outras palavras, o longo caminho do primeiro grau até o STF é ainda mais extenso em face dessa peculiaridade da Justiça do Trabalho, o que não passou despercebido por Cardoso e Lage (2007, p. 104): “Esse é um dos principais problemas de desenho do processo de trabalho: superposição de instâncias e excesso de recursos”. De outra parte, como bem observado pelos referidos autores, a Carta Magna de 1988 promoveu uma ampla constitucionalização do Direito do Trabalho, o que consequentemente se refletiu numa maior possibilidade de interposição de Recurso Extraordinário em matéria trabalhista. Por conseguinte, a atual estrutura de incentivos na fase recursal parece extrapolar os níveis de litigiosidade suportados.

O mencionado problema que acomete a duração do processo e causa demora na entrega da prestação jurisdicional atinge o Judiciário como um todo, afigurando-se mais dramático na Justiça do Trabalho, em que se discute créditos de natureza eminentemente alimentar. Sob a ótica jurídica, trata-se de uma violação ao princípio constitucional da razoável duração do processo (Art. 5º, LXXVIII, CF/88); do ponto de vista econômico, a morosidade da justiça amplia os custos privados e sociais com o processo, influenciado em grande medida o comportamento das partes. Com efeito, o valor do benefício privado utilizado como parâmetro no ajuizamento da demanda não é estático, apresentando uma variação negativa em função da taxa de desconto do autor (decorrente de alguma necessidade) e do transcurso do tempo. Por conseguinte, consoante observação de Gico Jr. (2020, p. 231), “tanto a impaciência do autor¹³⁷ quanto a demora do Judiciário diminuem o valor do bem da vida e, portanto, o valor do direito que o autor deveria gozar após a prestação o serviço adjudicatório.”

Em outras palavras, quanto mais moroso for o processo, menor será o valor presente do litígio, situação que a um só tempo prejudica o credor e beneficia o devedor, dando ensejo ao surgimento de problemas de seleção adversa: “em que detentores legítimos de direitos são afastados do Judiciário, enquanto agentes não detentores de direitos são atraídos justamente por causa da morosidade judicial para postergar o adimplemento.” (GICO JR., 2020, p. 236).

A maneira apontada pela análise econômica para mitigar, ou até mesmo eliminar, essa seleção adversa é a incidência de **juros legais**. Todavia, para que possam produzir efeitos dissuasórios nos devedores, desestimulando-os a permanecer inadimplentes em face do aumento no custo do processo, a taxa dos juros legais deve ser a mais próxima daquela praticada no mercado, o que não se verifica no Brasil, onde os juros de mercado são altos e os juros legais

¹³⁷ Ou, acrescente-se, sua carência.

são comparativamente módicos. A diferença entre a utilização da taxa de juros legais prevista na legislação e da taxa de mercado foi ilustrativamente retratada por Gico Jr. (2020, p. 236):

Nessa hipótese [juros fixados pela legislação], a morosidade judicial continua a reduzir a probabilidade de litígio, mas em menor escala, supondo-se que a taxa de juros legais (r_j) seja menor que a taxa de juros de mercado (r_m), *i.e.*, $r_j < r_m$. Já se $r_j = r_m$, o valor em litígio será corrigido à taxa de mercado (presumindo-se que este seja o custo de oportunidade da parte), o que significa que não haverá custo associado à morosidade judicial, que deixa de ser relevante na determinação da probabilidade de ocorrer um litígio.

Antes de encerrar este capítulo afigura-se imperioso tecer algumas observações críticas acerca da metodologia empregada pela Análise Econômica da Litigância, bem assim de seu inegável caráter ideológico, que é ocultado sob o pálio da neutralidade científica.

Como visto no capítulo 1, os modelos econômicos são simplificações da realidade, em que alguns elementos são selecionados, destacados e isolados. Juntamente com as teorias, possibilitam a compreensão e a predição de determinado(s) fenômeno(s). Por conseguinte, a simplicidade com a qual são elaborados e a abstração de diversos aspectos da realidade fazem com que os modelos e teorias excluam deliberadamente do seu alcance determinadas características da economia. Nada obstante, Wolkart (2019, p. 137) sustenta que o método da Análise Econômica do Direito, cujo objetivo é a busca pela eficiência, poderia servir a qualquer ideologia, podendo ser utilizado “dentro de um ambiente marxista, neoliberal ou de qualquer outro”.

A afirmação acima consagra o entendimento de que a economia seria neutra aos fins, não havendo qualquer preocupação no sentido de que esses fins sejam virtuosos ou indignos (ROBBINS, 2012, p. 25). Seguindo por essa linha, a economia seria uma ciência pura e analítica. Esse tipo de racionalidade lembra muito a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, e o princípio da neutralidade ideológica da ciência do direito, padecendo das mesmas vicissitudes. Com efeito, as normas positivadas são respostas a problemas de ordem social, de modo que ao ignorar este “[...] núcleo de problemas la teoría jurídica tradicional ha cumplido una función ideológica al ocultar las connotaciones valorativas a través de un intento de aislacionismo jurídico.¹³⁸” (PÉREZ, 1996, p. 309).

Uma teoria pura da ciência, seja do direito ou da economia, acaba por deformar a realidade vivenciada, legitimando a estrutura social existente e preservando o *status quo* de quaisquer questionamentos. Como observado por Pérez (1996, p. 307), não existe saber neutro

¹³⁸ Tradução livre do autor: “[...] núcleo de problemas a teoria jurídica tradicional tem cumprido uma função ideológica ao ocultar as conotações valorativas por meio de uma tentativa de isolacionismo jurídico.”

nas ciências sociais, estando o pensamento científico intrinsecamente orientado a valores. Por conseguinte, a ênfase e a omissão de determinados aspectos da realidade representam uma escolha deliberadamente direcionada, em que os valores que orientam a solução do problema proposto são previamente selecionados no momento da confecção do modelo econômico.

Do ponto de vista da ciência econômica, há uma preocupação com a naturalização da economia, nos moldes de uma ciência dura. Essa é a razão das constantes comparações dos modelos de eficiência com fenômenos físicos, como a lei da gravidade e a lei dos gases, realizadas por economistas de escol, como Lionel Robbins (2012) e Milton Friedman (1981).

Ora, a forma como os economistas tentam equiparar a lei econômica às leis naturais acaba promovendo o afastamento de seu caráter histórico, de modo a retratar uma situação transitória como uma realidade permanente, natural, inevitável e inalterável. Nessa realidade criada pela economia, as decisões econômicas são tratadas como questões exclusivamente técnicas, que possuem apenas uma resposta e que são isentas de debate democrático, como observado com argúcia por Branco (2012, p. 243):

[...] o que esta retórica da economia naturalizada pretende veicular é a ideia de que as decisões no domínio da economia transcendem as pessoas e por consequência o debate democrático. De facto, o problema económico, ao colocar-se como um problema, natural, técnico, não carece de debate político. Não se discutem nem se aprovam as leis da dilatação dos corpos em assembleias eleitas por sufrágio popular, não se submetem a referendo as flutuações climáticas, as secas ou as cheias. Porque razão, então, se deverá debater a existência de fenómenos tão naturais como o nível do salário ou a desigualdade na distribuição do rendimento entre os cidadãos?

Dessa forma, ao excluir da construção do modelo teórico elementos ligados à equidade, à redistribuição de riqueza ou à justiça social – por serem considerados irrelevantes à elucidação do problema que se busca solucionar –, o economista já realizou uma escolha ideológica pela manutenção das desigualdades sociais e dos sistemas de poder e de dominação vigentes na sociedade. Não há teoria neutra a valores, como apregoam os economistas neoclássicos, pois os valores estão lá na base constitutiva do próprio modelo, representados pelas categorias econômicas isoladas em suas fórmulas e também por aquelas que foram providencialmente excluídas.

As teorias já estariam, em seu nascedouro, comprometidas com o pensamento da corrente prevalecente da ciência econômica, em que não sobra espaço para considerações acerca de equidade e de redistribuição de recursos. Há apenas o obscurecimento do caráter ideológico desses modelos, que de fato existe e que está a serviço da classe dominante.

Nesse sentido, é inegável que as regras processuais da reforma trabalhista não decorreram de escolhas exclusivamente técnicas, mas sim da influência do grupo de poder

hegemônico. A preocupação formalmente apresentada pelo legislador com o grande número de processos na Justiça do Trabalho se confunde com a mudança no conceito e na distribuição do acesso à justiça, que foi objeto de discussão no capítulo 2. Assim, mostra-se incompleto o estudo do direito processual sob o paradigma da neutralidade:

Em outras palavras, uma agenda de acesso à justiça que faça sentido no Brasil atual é aquela que analisa as escolhas políticas realizadas que, como tal, são influenciadas pelo contexto social e econômico em que estão inseridas, bem como pelo jogo de interesses travado no processo legislativo que culmina em regramentos de teor tanto substanciais quanto procedimentais. [...] O direito processual, que há muito tenta revestir-se de uma pretensa neutralidade técnica, certamente não está imune aos discursos políticos e econômicos dominantes e às influências dos atores do jogo da litigância. (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 157).

De outra parte, a principal teoria adotada na AEL foi construída no ambiente sociojurídico da América do Norte, em que as pessoas respeitam os precedentes do *common law*, em que a palavra dada em um contrato é efetivamente respeitada, em que muito dificilmente alguém pensaria em dizer “vá buscar seus direitos na justiça”, o que no Brasil é uma coisa repetida incessantemente. Nos Estados Unidos da América (EUA) os contratantes fazem de tudo para que o conflito não vá desembocar no Judiciário, valendo-se de outros meios eficazes de resolução de conflito, denominados de *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Foi nesse ambiente que a teoria da litigância foi pensada e que o *deterrent effect* foi concebido dependendo da “general impression that potential injurers have that they will be sued if they cause harm. Were the law only on the books, but never to result actually in suit, potential injurers would have nothing to fear.”¹³⁹ (SHAVELL, 2007, p. 920).

Por conseguinte, ao importar esse modelo econômico, que é uma criação histórica e social, deve-se ter o cuidado de fazer a devida ponderação acerca da aplicabilidade desse modelo à realidade brasileira e da necessidade ou não de alguma adaptação. Nesse sentido, alguns pontos delicados merecem uma reflexão: o nível de cumprimento espontâneo das obrigações contratuais no Brasil seria alto o suficiente a ponto de justificar uma restrição no acesso ao judiciário? As controvérsias envolvendo os direitos sociais trabalhistas poderiam ser adequadamente solucionados pelos MASC? A simples ameaça de ser processado seria suficiente para induzir a parte a aceitar uma forma de solução consensual do conflito?

Apontados os tópicos mais problemáticos quanto ao modelo econômico de litigância e tendo em consideração que não se pode ignorar o ponto de vista dos economistas,

¹³⁹ Tradução livre do autor: “impressão geral que os potenciais agressores têm de que serão processados se causarem danos. Se a lei estivesse apenas nos livros, mas nunca resultasse realmente em processo, os potenciais infratores não teriam nada a temer.”

mas sim “respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa” (CAPPELLETTI; GARTH 2015, p. 8), cumpre testar a hipótese de pesquisa, no sentido de que o legislador reformador se utilizou de modelos da análise econômica da litigância de forma incompleta e direcionada à restrição do acesso à justiça apenas de uma das partes: o trabalhador demandante.

6 Litigiosidade na Justiça do Trabalho e a Reforma Trabalhista

6.1 Situação no período anterior à Reforma Trabalhista

O excesso de demandas na Justiça do Trabalho, somado à flexibilidade na análise dos requisitos para concessão do benefício da justiça gratuita, foi apresentado formalmente como um dos motivos para a edição da Reforma Trabalhista no pertinente às disposições relativas à redistribuição dos custos do processo. De fato, conforme anteriormente explanado, no período posterior à divulgação dos resultados do Projeto de Florença, verificou-se um aumento na procura pela jurisdição estatal.

Dito isso, cabe traçar uma radiografia de como se encontrava a Justiça do Trabalho no momento em que houve a votação e aprovação do Projeto de Lei da Reforma Trabalhista, de modo a aferir se havia necessidade ou não do endurecimento das regras para ajuizamento de reclamações trabalhistas. É de relevante importância a delimitação do grau de litigiosidade na Justiça do Trabalho e sua comparação com outros ramos do Poder Judiciário, para fins de averiguar a existência de situação crítica ou destoante, que merecesse intervenção mais enérgica por parte do Legislador Ordinário.

Assim, a elaboração e implementação de uma reforma legislativa séria pressupõe o mínimo conhecimento da situação do Poder Judiciário como um todo, em comparação com o ramo cujas regras de acesso se pretende modificar, no caso a Justiça do Trabalho, de modo a possibilitar modificação legislativa que seja a mais efetiva possível, com adequada ponderação de todos os valores em jogo.

Para tanto, necessário se debruçar sobre as estatísticas fornecidas pelos órgãos oficiais, no caso o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho, com vistas a realizar uma análise comparativa entre os três segmentos do Poder Judiciário que possuem a maior estrutura e o maior acervo processual: Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho. A Justiça Eleitoral e a Justiça Militar foram excluídas dessa comparação, pois as diferenças estruturais desses dois ramos são tão relevantes que suplantam eventuais semelhanças com os demais segmentos do Judiciário.

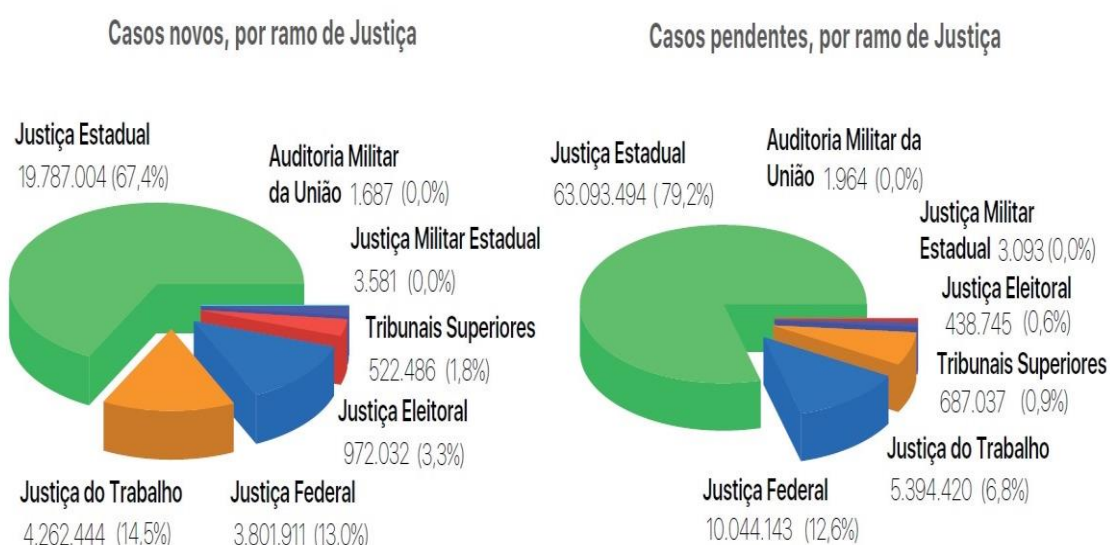
Para realização da presente pesquisa, foram utilizados o Relatório Justiça em Números, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, e os relatórios de movimentação processual elaborados pela Coordenadoria de Estatística do TST. O primeiro ponto da série histórica examinada foi o ano-base 2016, haja vista que a votação e aprovação do Projeto de Lei da Reforma Trabalhista se deu após a divulgação da estatística do referido ano-base e antes

da publicação dos resultados do ano-base 2017. Portanto, esse era o material de que dispunham os parlamentares, no período em que o projeto de lei da Reforma Trabalhista tramitou no Congresso Nacional, para aferir a situação da Justiça do Trabalho em específico e do Poder Judiciário como um todo.

Assim, tomando como referência o Relatório Justiça em Números, ano-base 2016, o Poder Judiciário terminou o ano com um estoque de 79,7 milhões de processos não solucionados, tendo recebido aproximadamente 29,4 milhões de processos e baixado praticamente o mesmo quantitativo que ingressou. Esse quadro resulta de um crescimento acumulado do acervo processual, que vem desde o ano de 2009, na ordem de 18,9 milhões de processos. A conclusão do CNJ, ao analisar os dados estatísticos, evidencia a gravidade da situação: “mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem o ingresso de novas demandas e mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar o estoque.” (BRASIL, 2017b, p. 67).

Ainda segundo o relatório justiça em números 2017, ano-base 2016, quando o Projeto de Lei n. 6.787/2016 estava em discussão no Congresso Nacional, dos cerca de 79,7 milhões de processos pendentes no Judiciário, 79,2% tramitavam na Justiça Estadual, 12,6% na Justiça Federal, 6,8% na Justiça Trabalhista e 1,4% nos demais segmentos juntos. No mesmo período ingressaram cerca de 29,4 milhões de novos processos, assim divididos: 67,4% Justiça Estadual; 13,0% Justiça Federal e 14,5 % na Justiça do Trabalho e 5,1% nos demais ramos, conforme representado a seguir (BRASIL, 2017b, p. 67 e 71):

Figura 2 - Casos novos e casos pendentes por ramo de Justiça



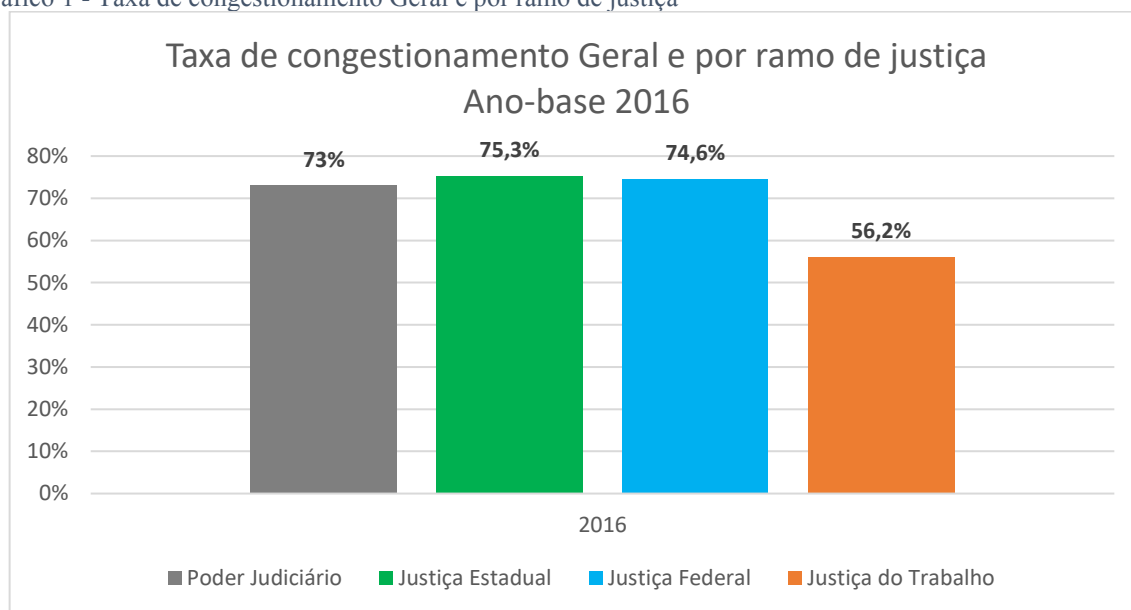
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017b).

A primeira observação a se fazer é que, diferentemente do que consta do parecer legislativo ao Projeto de Lei n. 6.787/2016, não é possível visualizar excesso de litigiosidade na Justiça do Trabalho que seja de alguma forma destoante em comparação com outros ramos, na medida em que o número de processos novos nesse segmento especializado do Judiciário (4.262.444) foi ligeiramente superior ao da Justiça Federal (3.801.911) e bastante inferior ao da Justiça Estadual (19.787.004). De outra parte, a Justiça do Trabalho apresentou o menor quantitativo de processos pendentes sem julgamento (5.394.420), sendo que a Justiça Federal tinha quase o dobro de processos nessa situação, enquanto a Justiça Estadual possuía cerca de 11 vezes mais processos pendentes (BRASIL, 2017b, p. 71).

Na verdade, esses dados revelam um desempenho comparativo superior da Justiça do Trabalho no pertinente à relação entre o volume de processos pendentes e o volume de processos novos: o estoque foi 3,2 vezes a demanda na Justiça Estadual, 2,6 vezes a demanda na Justiça Federal e 1,3 vezes a demanda na Justiça do Trabalho (BRASIL, 2017b, p. 67). Esse funcionamento relativamente melhor também se reflete na taxa de congestionamento, índice que “mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos.” (BRASIL, 2017b, p. 78).

Com efeito, enquanto a taxa de congestionamento do Poder Judiciário manteve-se acima de 70%, assim como a da Justiça Estadual (75,3%) e a da Justiça Federal (74,6%), a Justiça do Trabalho apresentou o menor índice entre esses três segmentos, com uma taxa de congestionamento de 56,2% (BRASIL, 2017b, p. 81), conforme gráfico a seguir:

Gráfico 1 - Taxa de congestionamento Geral e por ramo de justiça



Fonte: produção do próprio autor com base em dados do CNJ.

O Gráfico 1 desqualifica os argumentos lançados no parecer legislativo (BRASIL, 2017a, p. 22), no sentido de que os tribunais trabalhistas não conseguiriam suportar o exagerado número de processos por muito mais tempo, na medida em que a taxa de congestionamento da Justiça do Trabalho apurada no período foi significativamente inferior à média do Poder Judiciário no ano de 2016. Essa conclusão fica mais clara quando se verifica da Figura 2 que a Justiça do Trabalho foi responsável por 14,5% dos processos novos ingressados no Judiciário e por apenas 6,8% dos processos pendentes; ao passo que a Justiça Federal recebeu percentual similar de novos processos (13,0%), mas apresentou quase o dobro de processos pendentes (12,6%). Em outras palavras, mesmo com número de processos novos muito parecidos, a Justiça do Trabalho teve desempenho comparativamente superior ao da Justiça Federal nesses dois aspectos.

Outro dado importante que deveria ser considerado pelo legislador reformador é a taxa de recorribilidade em cada ramo do Poder Judiciário, na medida em que eventual correção do excesso de litigância deve se dar nas diversas fases do processo e não apenas na fase postulatória. Assim, uma taxa de recorribilidade alta pode indicar que a estrutura de incentivos e desincentivos à interposição de recursos precisa ser modificada, de modo a reduzir essa litigiosidade na 2ª instância e nos Tribunais Superiores.

Para os fins dessa pesquisa, o estudo recairá exclusivamente sobre a taxa de recorribilidade externa, na medida em que os recursos internos no primeiro grau de jurisdição, assim entendidos aqueles endereçados ao mesmo órgão prolator da decisão recorrida, possuem

natureza prioritariamente integrativa. Já no segundo grau de jurisdição, além daqueles de natureza integrativa, há previsão de recursos com a exclusiva finalidade de impugnar o mérito da decisão recorrida.

Dessa forma, com vistas a evitar distorções comparativas entre as instâncias judiciais (decorrente dessa diversidade de natureza dos recursos internos), é preferível examinar apenas o indicador que reflita a principal característica dos recursos, qual seja, provocar o reexame por instância superior da decisão impugnada, com o objetivo de corrigir erros judiciais (de julgamento ou de procedimento). Tal indicador corresponde a taxa de recorribilidade externa, a qual “reflete a proporção entre o número de recursos dirigidos a órgãos jurisdicionais de instância superior ou com competência revisora em relação ao órgão prolator da decisão e o número de decisões passíveis de recursos dessa natureza” (BRASIL, 2017a, p. 84).

Na aferição da taxa de recorribilidade externa estão incluídos os recursos de agravo de petição, agravo de instrumento, recurso ordinário, recurso de revista, apelação, recurso especial e recurso extraordinário. Considerando ainda o ano-base de 2016, a Justiça do Trabalho apresentou altas taxas de recorribilidade comparada aos demais ramos, quer em relação às Varas do Trabalho, que foi de 45%, quer no pertinente aos Tribunais Regional do Trabalho, que foi de 47%. Enquanto isso, a taxa de recorribilidade externa das Varas Estaduais foi de 6%; dos Tribunais de Justiça foi de 24%; das Varas Federais foi de 20% e dos Tribunais Regionais Federais foi de 22%. Somente nos Juizados Especiais Federais, cujo índice foi de 43%, é que a taxa de recorribilidade externa se aproximou do elevado patamar verificado na Justiça Trabalhista (BRASIL, 2017a, p. 85).

Cumprir pontuar, ainda, que no ano-base 2016 a Justiça do Trabalho arrecadou R\$ 3.413.676.642, correspondente aos recolhimentos com custas, emolumentos e eventuais taxas; à atividade de execução das contribuições previdenciária e das penalidades impostas pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho e à receita de imposto de renda. De outra parte, essa impressionante arrecadação cobriu apenas 20% das despesas dessa Justiça Especializada naquele ano (BRASIL, 2017a, p. 55-56). Isso significa que em todos os processos que tramitaram nesse ano, inclusive aqueles em que grandes empresas figuraram como sucumbentes, o Estado subsidiou 80% dos custos com a litigância.

Nesse contexto, apresentados os dados mais importantes e elaborado um panorama da situação do Judiciário, constata-se que a Justiça do Trabalho apresentava quantidade de novos casos compatível com outros ramos da Justiça (a exemplo da Justiça Federal), bem assim taxa de congestionamento significativamente inferior aos outros segmentos do Poder Judiciário

objeto de comparação. Por outro lado, o índice de recorribilidade externa da Justiça Trabalhista revelou-se consideravelmente superior ao dos demais ramos da Justiça objeto de análise.

Dessa forma, é lícito concluir pela desnecessidade da imposição de um controle de acesso ao judiciário trabalhista tão rígido quanto aquele instituído pela Lei n. 13.467/2017, até porque os indicadores do CNJ apontam que a Justiça do Trabalho está administrando seu acervo processual de uma forma melhor que a Justiça Estadual e a Justiça Federal, além de exibir quantitativo de novos processos em patamar semelhante ao da Justiça Federal.

Curiosamente, embora o índice de recorribilidade externa da Justiça Trabalhista tenha apresentado percentual notadamente superior ao dos outros ramos do Judiciário, o Legislador reformista não editou uma única regra no sentido de controlar a litigiosidade na fase recursal. Pelo contrário, consta da reforma a concessão de isenções e de subsídios parciais à interposição de recursos pelos empregadores (Artigo 899, §§ 9º e 10, CLT), normas que incentivam a litigiosidade recursal.

Fixado nesta seção o marco inicial comparativo destes três segmentos do Poder Judiciário – Justiça Estadual, Justiça Federal e Justiça do Trabalho, a próxima seção tentará identificar se as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista produziram os efeitos esperados pelo legislador. Também serão apontadas as melhoras ou pioras eventualmente verificadas na situação da Justiça do Trabalho relativamente aos demais segmentos do Judiciário estudados.

6.2 Resultados pós-Reforma Trabalhista

Como visto, a fórmula encontrada pelo legislador reformista para combater a propalada crise numérica na Justiça Trabalhista foi encarecer os custos de ajuizamento da ação, redistribuindo, em desfavor dos trabalhadores mais pobres, o ônus da litigância no processo do trabalho. E, segundo o modelo econômico proposto por S. Shavell, o aumento nos custos da litigância, implicará em uma diminuição do número de novos processos.

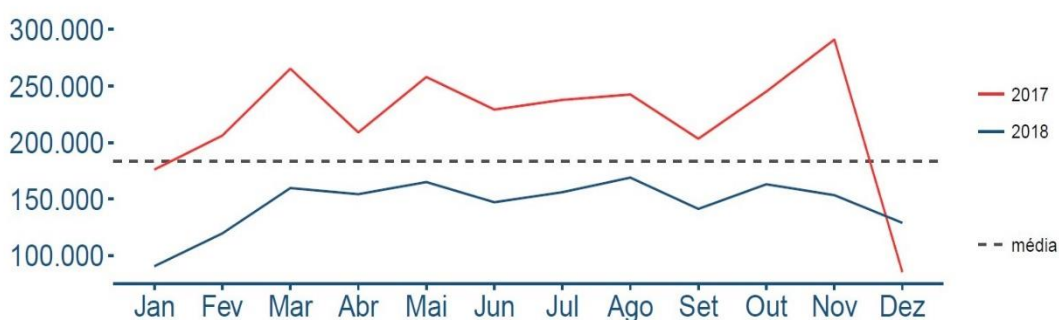
Confirmando as fórmulas matemáticas desse modelo teórico, a realidade aponta para uma grande redução no número de reclamações trabalhistas ajuizadas entre os anos de 2017 e 2018, o que coincidiu com a vigência da Lei n. 13.467/2017. Em outras palavras, o ano-base 2017 contém os últimos dados estatísticos antes que os efeitos da Reforma Trabalhista pudessem ser sentidos, o que ocorreu já no ano de 2018. Por esse motivo, o ano-base 2017 será utilizado neste trabalho como marco comparativo da situação do Poder Judiciário no período imediatamente anterior à Reforma Trabalhista.

Conforme Relatório da Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do Tribunal Superior do Trabalho, houve uma queda no número de novas ações recebidas pelas Varas do Trabalho, que correspondiam a 2.756.156 de processos no ano de 2016 e a 2.647.450 de processos do ano de 2017, passando a 1.748.074 de processos no ano de 2018. Trata-se de redução de 34% no quantitativo de novos processos recebidos, verificada sob a vigência da Lei da Reforma Trabalhista (BRASIL, 2017f, p. 5; BRASIL, 2018c, p. 2). O gráfico a seguir é ilustrativo, mostrando a curva ascendente durante a *vacatio legis*, a acentuada queda após a vigência da referida lei em novembro de 2017 e a manutenção dos novos e reduzidos patamares de litigância durante todo o ano seguinte:

Gráfico 2 - Processos recebidos mensalmente nas Varas do Trabalho 2017-2018

Mensalmente, em média, foram recebidos 183.176 processos entre 2017 e 2018.

	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez
2017	176.043	206.115	265.260	208.882	257.908	229.123	237.672	242.446	203.299	245.066	290.973	85.358
2018	90.572	119.623	159.684	154.316	165.026	147.173	156.047	168.926	141.266	163.066	153.420	128.955

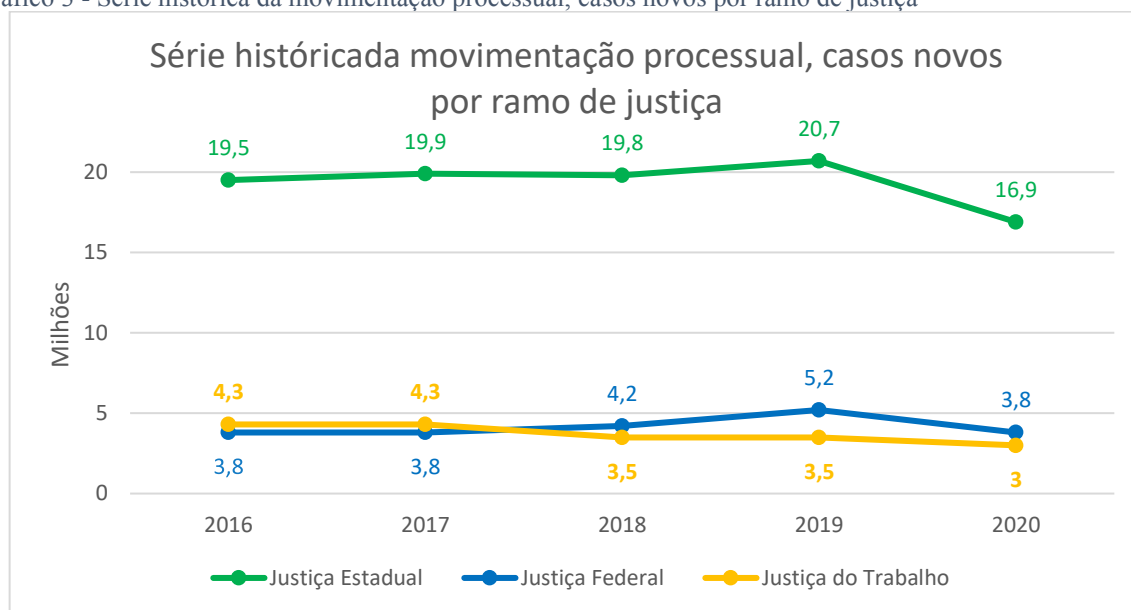


Processos recebidos mensalmente no 1º Grau, 2017-2018.

Fonte: Tribunal Superior do Trabalho (2018c, p. 2).

Prosseguindo com a série histórica, o número de novas ações nas Varas do Trabalho ficou em 1.819.491 no ano de 2019 e em 1.473.506 no ano de 2020 (BRASIL, 2019g, 2020h). Desse modo, a Lei n. 13.467/2017 impactou profundamente o número de novas reclamações distribuídas às Varas do Trabalho, o que representou uma redução média de 36,5% de novos processos nos três anos seguintes a reforma trabalhista. Levando em consideração a Justiça do Trabalho como um todo, a série histórica de movimentação processual, de novos processos por ramo do Judiciário, revela significativa retração de novos casos na Justiça Trabalhista em comparação com os outros segmentos, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 3 - Série histórica da movimentação processual, casos novos por ramo de justiça



Fonte: produção do próprio autor com base em dados do CNJ.

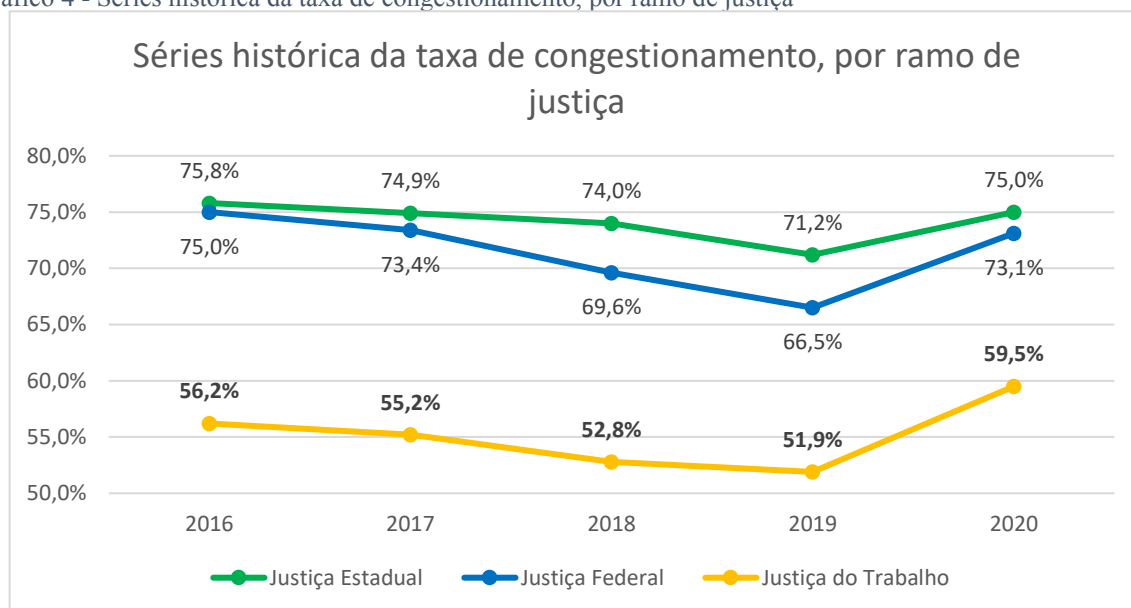
Quando da análise da nova estrutura de incentivos da Justiça do Trabalho, Victor Araújo (2019, p. 50) assinalou que as alterações legislativas que mais impactaram os denominados “pontos facilitadores da litigância” foram: “as mudanças que geram custos adicionais ao processo [...], a possibilidade de homologação de acordos extrajudiciais e a criação de limitações para concessão da justiça gratuita”. O autor defende que essas modificações estariam aptas a proporcionar “uma redução do número de novos litígios”, sendo “factível afirmar que a redução da litigiosidade observada decorreu da RT [Reforma Trabalhista]” (ARAÚJO, 2019, p. 50).

Especificamente quanto aos dados relativos ao ano de 2020, é preciso registrar o impacto da pandemia da Covid-19 na prestação da atividade jurisdicional, afetando de modo significativo diversos indicadores do Relatório Justiça em Números 2021, ano-base 2020. Ao explicar a baixa no quantitativo de novos processos no ano, por exemplo, o referido documento coloca a questão nos seguintes termos:

Durante o ano de 2020, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 25,8 milhões de processos e foram baixados 27,9 milhões, conforme Figura 53. Houve decréscimo dos casos novos em 14,5%, com redução dos casos solucionados em 20,8%. A demanda pelos serviços de justiça assim como o volume de processos baixados diminuíram em relação ao ano anterior. Além de 2019 ter apresentado o maior valor da série histórica, o número foi impactado pela pandemia covid-19. Se forem consideradas apenas as ações judiciais efetivamente ajuizadas pela primeira vez em 2020, sem computar os casos em grau de recurso e as execuções judiciais (que decorrem do término da fase de conhecimento ou do resultado do recurso), tem-se que **ingressaram 17,6 milhões ações originárias em 2020**, -12,5% do que no ano anterior. (BRASIL, 2021a, p. 103).

De fato, a movimentação dos processos recebidos nas Varas do Trabalho foi o indicador, dentre aqueles analisados nesta pesquisa, significativamente impactado pela reforma trabalhista. Com efeito, em relação aos três anos seguintes à reforma, a taxa de congestionamento bruto sofreu discreta alteração nos segmentos da Justiça Estadual (0,1%) e Federal (-0,3%), mantendo-se em patamares muito próximos àqueles de 2017. Já no tocante à Justiça do Trabalho, no comparativo entre os índices de 2017 e 2020 houve um aumento de 4,3% na referida taxa (BRASIL, 2018a, 2021a). Os dados estão assim sintetizados:

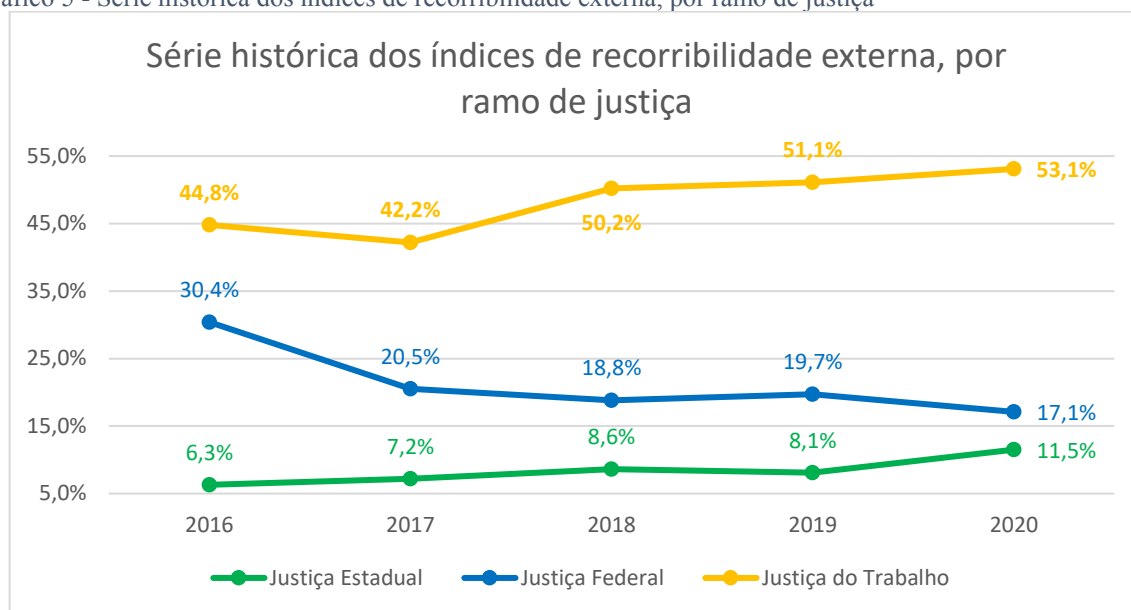
Gráfico 4 - Séries histórica da taxa de congestionamento, por ramo de justiça



Fonte: produção do próprio autor com base em dados do CNJ.

Já no tocante à taxa de recorribilidade externa, na comparação entre os anos de 2017 e 2020, a Justiça Estadual apresentou variação positiva de 4,3%, enquanto a Justiça Federal exibiu diminuição nesse indicador no percentual de -3,4%. A maior diferença exposta ficou com a Justiça do Trabalho (10,9%), cujo percentual ficou bem acima dos demais ramos, consoante ilustrado no gráfico a seguir:

Gráfico 5 - Série histórica dos índices de recorribilidade externa, por ramo de justiça



Fonte: produção do próprio autor com base em dados do CNJ.

O que se percebe de cara ao comparar esses três segmentos da justiça é uma redução persistente na quantidade de casos novos na Justiça do Trabalho (Gráfico 3) desde o ano de 2017, em contraste com os demais ramos, que registraram um crescimento desse indicador até a eclosão da pandemia do coronavírus em 2020, que fez o número de novos processos de todo o judiciário despencar.

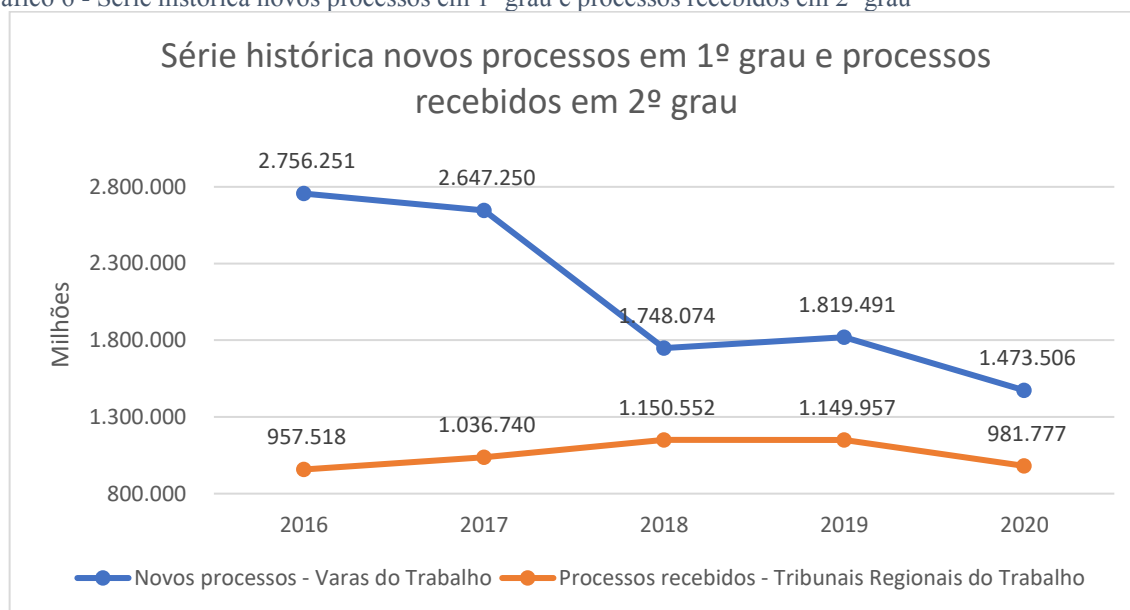
Nada obstante, essa diminuição do número de novas ações não teve como consequência a melhoria de desempenho da Justiça do Trabalho, uma vez que a taxa de congestionamento (Gráfico 4) subiu de 55,2% no ano de 2017 para 59,5% em 2020, enquanto nos outros ramos da justiça se manteve naqueles patamares de 2017.

No que tange à taxa de recorribilidade externa, observa-se a ocorrência de efeito contrário ao intentado pelo legislador reformista, que era o controle da litigância trabalhista. Com efeito, após a vigência da legislação em debate a proporção entre o número de recursos dirigidos à instância superior e o número de decisões passíveis de recurso (Gráfico 5) só vem aumentando. Oportuno destacar que esse indicador de recorribilidade externa era bem alto em relação aos demais ramos do Judiciário no início da série, mas o legislador reformista nada fez para incrementar os custos na fase recursal, ao reverso, concedeu isenção de depósito recursal aos empregadores em inúmeras situações. O resultado é que a discrepância que existia já em 2016 só fez piorar.

Apresentada a comparação entre esses três ramos do Poder do Judiciário, a análise se concentrará agora nos órgãos de 1º e 2º graus da Justiça do Trabalho, tudo considerando os três anos seguintes à reforma. Chama a atenção a discrepância entre o quantitativo de processos

recebidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho – assim compreendidos os casos novos, recursos internos e os recebidos para novo julgamento –, que teve um aumento médio de 5,5%, e a aquele verificado nas Varas do Trabalho, que teve uma redução média de 36,5%. Essa disparidade é melhor percebida visualmente com o gráfico a seguir:

Gráfico 6 - Série histórica novos processos em 1º grau e processos recebidos em 2º grau



Fonte: produção do próprio autor com base em dados da Coordenadoria de Estatística do TST.

O Gráfico 6 mostra como o quantitativo de processos novos nas Varas do Trabalho e nos Tribunais Regionais do Trabalho estava bem distante no início da série e como terminou muito próximo em ano de 2020. De fato, a diferença entre os processos novos nas Varas e nos TRTs era de quase um milhão e oitocentos mil processos em 2017 (1.798.733), mas terminou o ano de 2020 em menos de meio milhão (491.729). Essa redução na casa de 3,7 vezes a quantidade de novos processos evidencia que a queda do número de reclamações propiciada pela reforma trabalhista não foi acompanhada pela minoração de processos nos TRTs (BRASIL, 2017f, 2017g, 2018c, 2018d, 2019g, 2019h, 2020h, 2020i).

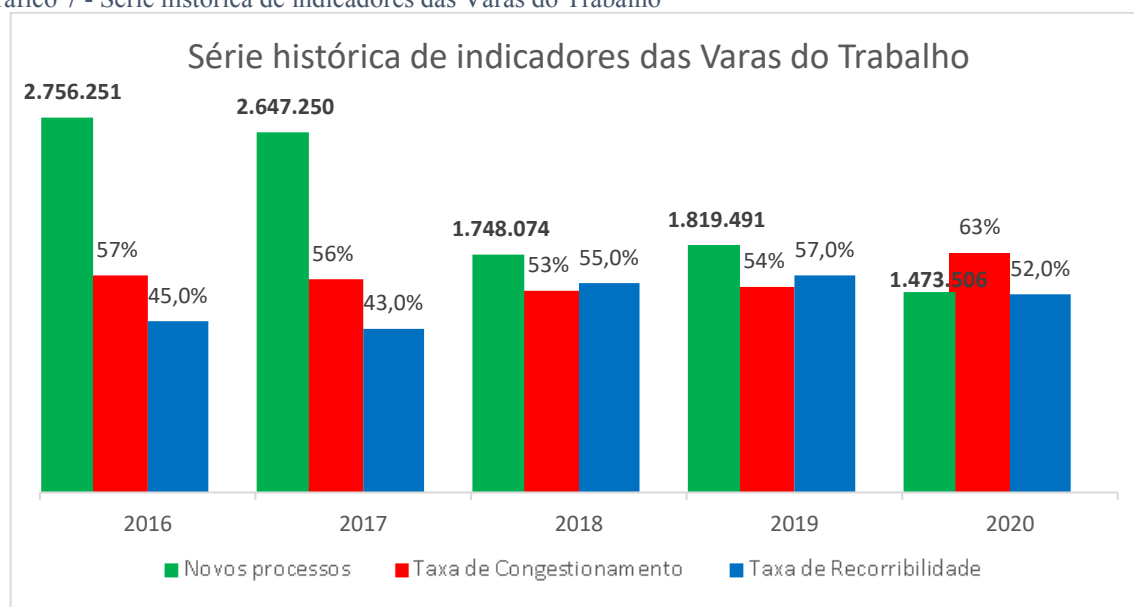
Trata-se, aliás, de indicativo de que a restrição de acesso à justiça, apenas em 1º grau, gerou uma limitação da litigância quanto às Varas do Trabalho e uma ampliação na litigância nos Tribunais Regionais do Trabalho, revelando uma contradição no modelo de combate à litigância excessiva utilizado pelo legislador reformador, que fracassou no segundo grau de jurisdição.

Na verdade, sequer é possível sustentar que esse modelo teria contribuído para reduzir a crise numérica em primeiro grau, na medida em que apenas o indicador “novos processos” foi impactado da maneira como pretendido pelo legislador da Reforma Trabalhista.

Cumpraressaltar, aliás, que a redução no número de novos processos é positiva até certo ponto, na medida em que uma queda muito volumosa pode representar um risco real de que as pessoas estão impedidas de trazer suas queixas ao Judiciário em face da desproporcionalidade dos custos de demandar, como observou a Suprema Corte do Reino Unido no já mencionado julgamento do recurso interposto da EWCA Civ 935 (UK, 2017, p. 28).

Por outro lado, enquanto o quantitativo de novas ações despencou abruptamente, as taxas de congestionamento bruto e de recorribilidade externa ao invés de seguirem essa queda, tiveram um aumento não previsto pelo legislador. O gráfico a seguir foi elaborado para englobar esses três indicadores simultaneamente, tornando mais fácil a comparação:

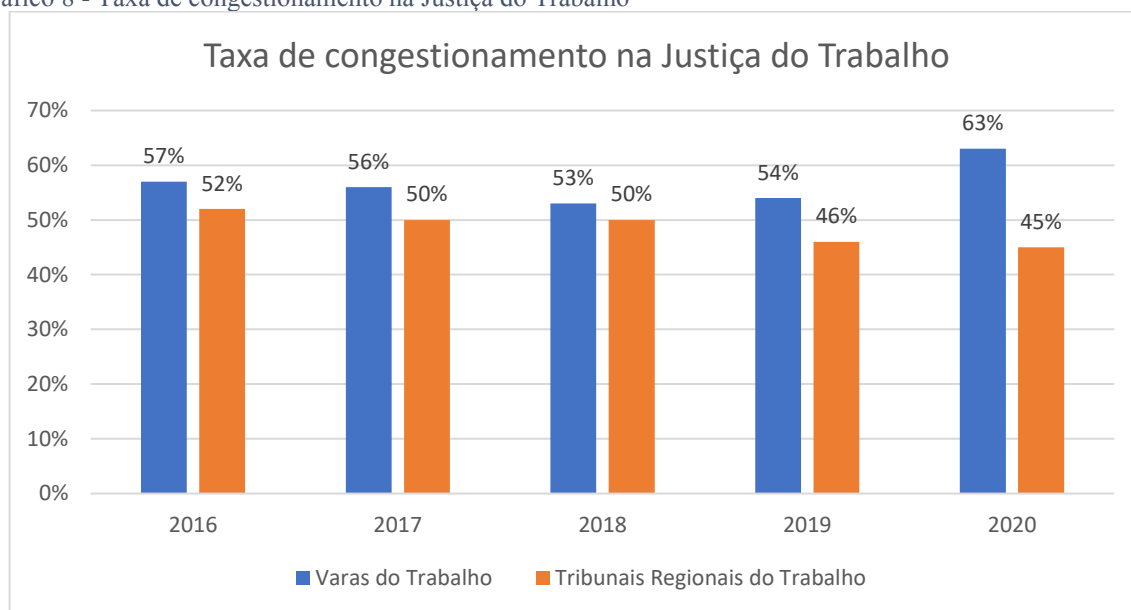
Gráfico 7 - Série histórica de indicadores das Varas do Trabalho



Fonte: produção do próprio autor com base em dados da Coordenadoria de Estatística do TST.

Percebe-se que, em comparação com o ano de 2017, somente a quantidade de novos processos diminuiu nas Varas do Trabalho nos três anos seguintes à Reforma Trabalhista, tendo a taxa de congestionamento subido 7% e a taxa de recorribilidade externa aumentado 9%. Em contrapartida, nos Tribunais Regionais do Trabalho a taxa de congestionamento teve uma queda de 5% entre os anos de 2017 e 2020, conforme ilustrado no gráfico a seguir:

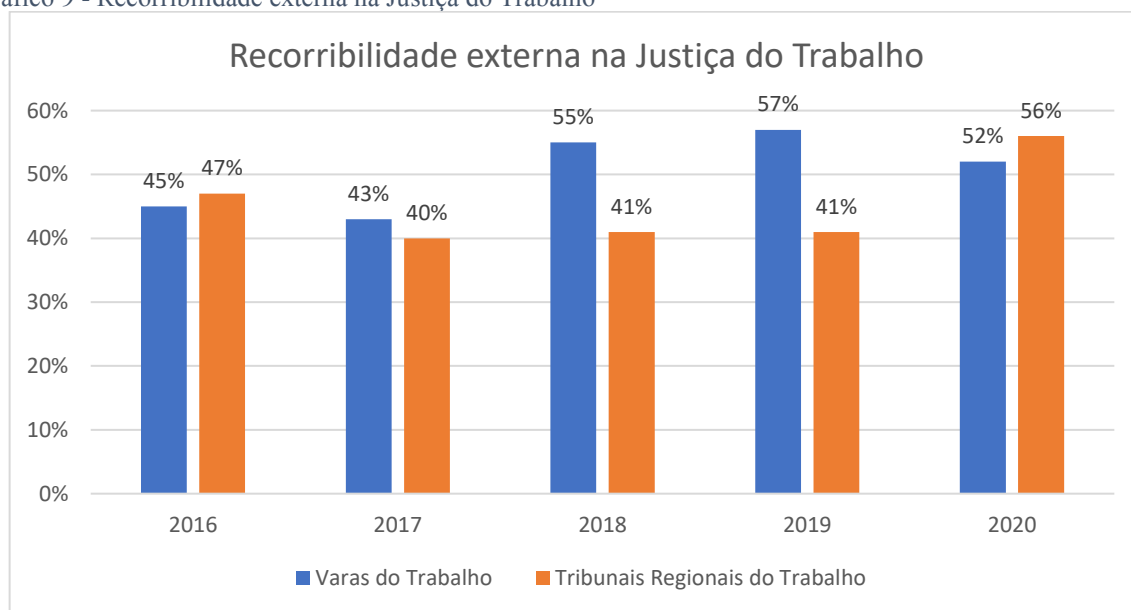
Gráfico 8 - Taxa de congestionamento na Justiça do Trabalho



Fonte: produção do próprio autor com base em dados da Coordenadoria de Estatística do TST.

Por seu turno, a taxa de recorribilidade externa aumentou 7% nos TRTs no mesmo período. Os efeitos práticos produzidos pela Reforma, quanto a essa temática foram bastante insatisfatórios. A taxa de recorribilidade, que no início da série era superior à dos outros ramos, não encolheu, pelo contrário ela se ampliou. No gráfico a seguir tem-se um comparativo entre as Varas do Trabalho e os TRTs quanto a esse indicador:

Gráfico 9 - Recorribilidade externa na Justiça do Trabalho



Fonte: produção do próprio autor com base em dados da Coordenadoria de Estatística do TST.

Os resultados estatísticos apresentados refutam a hipótese no sentido de que a Reforma Trabalhista teria efetivamente promovido uma redução da litigiosidade e do uso abusivo de reclamações. Embora tenha-se percebido o impacto no quantitativo de novas ações em 1º grau, não houve diminuição da taxa de congestionamento do Judiciário Trabalhista nem refreamento da proporção entre o número de recursos dirigidos à instância superior e o número de decisões passíveis de recurso.

Na verdade, a Lei n. 13.467/2017 acabou piorando as dificuldades já enfrentadas pelos órgãos da jurisdição trabalhista para lidar com seus estoques de processos, tendo em vista o constatado aumento no percentual dos processos represados sem julgamento. De outra parte, ao invés de resolver o já conhecido problema do excesso de recursos no Judiciário Trabalhista, a lei produziu o efeito contrário ao pretendido, isto é, incentivou o aumento da quantidade de recursos interpostos proporcionalmente à quantidade de decisões recorríveis proferidas.

6.3 Análise da atual estrutura de incentivos e desincentivos à litigância

Embora seja difícil mensurar o grau de cumprimento espontâneo das obrigações trabalhistas na sociedade, foi destacado anteriormente que o **comportamento estratégico** dominante no empresariado brasileiro é o descumprimento generalizado da legislação do trabalho.¹⁴⁰ A estrutura de oportunidades de cumprimento da legislação do trabalho, que decorre da relação entre as variáveis “risco de ser autuado pela fiscalização” e “valor da multa previsto”, sofreu influxos das modificações estruturais dos órgãos de fiscalização e das alterações legislativas subsequentes, aumentando ainda mais essa vantagem estratégica do empregador.

Com efeito, a atividade desenvolvida pelos agentes de fiscalização sempre foi regida prioritariamente pelo Princípio da Autuação Vinculada, segundo o qual a toda verificação em que se concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder a lavratura de auto de infração, sob pena de responsabilidade administrativa. Trata-se de princípio previsto no artigo 628 da CLT, de observância obrigatória pelos sistemas de inspeção do trabalho, nos termos da Convenção n. 81 da OIT (art. 17.1), ratificada pelo Brasil. A norma internacional, todavia, estabelece que “a legislação nacional poderá prever exceções nos casos em que uma advertência deva ser feita, a fim de remediar a situação ou de se tomarem medidas preventivas” (OIT, [1947]). Trata-se da chamada Dupla Visita, medida excetiva prevista na legislação brasileira.

¹⁴⁰ Uma análise aprofundada do tema pode ser vista em Cardoso e Lage (2005, 2007).

Ocorre que a Medida Provisória n. 905/2019, revogada pela Medida Provisória n. 955/2020 quando estava prestes a perder sua vigência, ampliou de tal maneira as exceções admitidas, que a regra da autuação vinculada passou a ser a exceção. A norma estabelecia um rol de observância obrigatória para a dupla visita (sob pena de nulidade do auto de infração), que incluía estabelecimento ou local de trabalho com até vinte trabalhadores (independentemente do porte da empresa e da atividade desenvolvida) e infrações a preceitos sobre segurança e saúde do trabalhador de gradação leve (art. 627, III e IV, CLT). Mas era no §2º do art. 627 da CLT que se revelava a verdadeira intenção de inversão de eixo, pois continha rol taxativo das situações em que o “benefício da dupla visita” não seria aplicado e em que seria permitida a autuação imediata das infrações encontradas pelo agente de inspeção.

A Medida Provisória foi revogada como dito, mas o Poder Executivo editou o Decreto n. 10.854, de 10 de novembro de 2021, que regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista e institui o Programa Permanente de Consolidação, Simplificação e Desburocratização de Normas Trabalhistas Infralegais. O regulamento procurou, por via transversa, reduzir a eficácia da inspeção do trabalho, inclusive impondo responsabilidade administrativa ao auditor fiscal que determinar o cumprimento de exigências com base em notas técnicas e outros atos administrativos infralegais (Art. 23).

Perceba que, embora tenha caído a redação do artigo 627 da CLT conferida pela MP n. 905/2019, a amplitude da modificação promovida pela consolidação das normas infralegais acabou, na prática, instituindo a dupla visita como regra nas fiscalizações, uma vez que na ocorrência de expedição de novos regulamentos ou instruções ministeriais será realizada apenas a instrução dos responsáveis (cf. atual redação do art. 627, “a”, CLT). Ora, como houve uma consolidação dos Decretos e também das Instruções Normativas do Ministério do Trabalho e Previdência (MTP) e tendo em vista a grande extensão dessas normas regulamentares, a fiscalização pertinente às matérias de que tratam esses normativos (virtualmente quase que todos os temas relevantes à relação de emprego) será realizada a fim de promover a instrução dos empregadores, ampliando demasiadamente as hipóteses de dupla visita.

Some-se a isso as constantes alterações na estrutura administrativa relacionada à inspeção do trabalho, que vão desde modificações na nomenclatura e estrutura interna do órgão estatal (Ministério do Trabalho, Ministério do Trabalho e Previdência, Ministério do Trabalho e Emprego), até mesmo ao rebaixamento da instituição em 2019, quando a inspeção do trabalho

se tornou uma Secretaria vinculada ao Ministério da Economia¹⁴¹. Em meados de 2021 a instituição retomou o status de Ministério, quando da criação do Ministério do Trabalho e Previdência. Ademais, o sucateamento da instituição é notório, não havendo investimentos adequados em manutenção da estrutura, muito menos na melhoria da qualidade do serviço.

No pertinente ao quantitativo de agentes da inspeção do trabalho, verifica-se uma gradativa redução do quadro nos últimos 10 anos na ordem de 35%, passando de 3.103 Auditores-Fiscais em atividade no ano de 2011 para apenas 2.014 agentes no ano de 2021, consoante pesquisa *online* realizada no Painel Estatístico de Pessoal do Ministério da Economia¹⁴². Outrossim, não existe previsão para admissão de mais servidores públicos, tendo em vista que o último concurso para preenchimento de vagas, ocorrido no ano de 2013, já perdeu sua validade há vários anos.

Dessa forma, o serviço de inspeção do trabalho no Brasil encontra-se defasado, não se adequando às obrigações constantes da Convenção n. 81 da OIT, em especial no pertinente à existência de número suficiente de auditores para permitir o exercício eficaz da fiscalização do trabalho e de meios materiais para execução desse serviço (Art. 10). Não havendo expectativas de mudanças positivas nesse quadro, mantém-se os baixos riscos de autuação pela inspeção do trabalho, o que se configura em um bom incentivo à manutenção do comportamento racional esperado dos empregadores: o descumprimento sistemático da legislação do trabalho.

No pertinente aos efeitos do tempo do processo sobre a litigiosidade, o modelo de litigância que contemple essa variável estabelece que a incidência de juros legais poderia até neutralizar o custo associado à morosidade, desincentivando o prolongamento da lide. Isto significa que, quanto maior a taxa de remuneração dos juros legais, maiores os incentivos para que o réu procure encerrar o processo. De outra parte, a deterioração do valor presente daquilo que é devido ao autor vai aumentar consideravelmente se a taxa de juros legais for muito módica. A taxa de juros de equilíbrio seria a taxa de juros cobrada no mercado, conforme modelo proposto por Gico Jr. (2020, p. 236).

¹⁴¹ Na verdade, as competências do extinto Ministério do Trabalho foram desmembradas em três partes e distribuídas entre o Ministério da Economia, o Ministério da Cidadania e o Ministério da Justiça e Segurança Pública.

¹⁴² BRASIL. Ministério da Economia. **Painel estatístico de pessoal**. Disponível em: <http://painel.pep.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=painelpep.qvw&lang=en-US&host=Local&anonymous=true>. Acesso em: 31 jan. 2022.

No Relatório 2 da Série o Judiciário destrinchado pelo ‘Big Data’ da Fundação Getúlio Vargas (FGV)¹⁴³, em que foram analisadas cerca de 130 mil decisões do TRT da 2ª Região, constatou-se que vale mais a pena para o empregador continuar litigando em vez de fazer um acordo, mesmo tendo baixas expectativas de vitória, incentivo que é potencializado no caso dos grandes litigantes (SALAMA; YEUNG; CARLOTTI, 2019, p. 2). No referido estudo, os autores dissecaram a estrutura de **custos de oportunidade** envolvendo as lides trabalhistas:

- Para os devedores – no geral, empregadores – a taxa de juros que corrige o débito trabalhista é mais baixa do que o seu custo de oportunidade. Vale mais a pena quitar outras dívidas, realizar investimentos ou consumir recursos do que quitar as dívidas trabalhistas.
- Inversamente, para os credores – no geral, empregados – essa mesma taxa de juros que corrige o débito trabalhista é mais alta do que o seu custo de oportunidade. É um bom investimento esperar a execução terminar. (SALAMA; YEUNG; CARLOTTI, 2019, p. 6)

O resultado do estudo acima apontado acaba por confirmar a intuição do senso comum, no sentido de que deixar para pagar o passivo trabalhista apenas em juízo, vários anos após o prazo de vencimento das obrigações, é bem mais vantajoso financeiramente do que cumprir tempestivamente com os encargos trabalhistas. Trata-se de um bom negócio, especialmente quando se está passando por uma forte crise econômica, como nesses tempos da pandemia da Covid-19: “O custo financeiro de todo seu procedimento (correção monetária e custos judiciais) é menos oneroso do que a obtenção de um simples financiamento diante das altas taxas de juros praticadas no Brasil.” (JORDÃO; ADAMI, 2007, p. 215).

Se para o empregador com dificuldades financeiras o processo judicial mostra-se vantajoso em relação ao cumprimento tempestivo das obrigações trabalhista, para as grandes sociedades empresárias esse ganho é milionário. A hipótese é detalhadamente explicada por Salama, Yeung e Carloti (2019, p. 6-7):

De acordo com o “Justiça em Números 2017”, o tempo de sentença na Justiça do Trabalho é de 2 anos e 9 meses, e o tempo da execução de 1º grau é de 4 anos e 10 meses. Por que o trabalhador está disposto a esperar por todo este tempo, e não aceitar – de imediato – um acordo?

A explicação pode residir no valor médio da condenação. Pelas análises aplicando o *text mining* às quase 130 mil ações do TRT-2, observamos que a condenação média encontrada foi de R\$28.493,54. A uma taxa de juros de 0,5% ao mês (equivalente a um bom rendimento da caderneta de poupança), vale a pena para o reclamante esperar judicialmente por 4 anos e 10 meses se o valor ofertado pela empresa através de uma

¹⁴³ O estudo foi realizado antes do julgamento da ADC 58 do STF, no entanto ainda permanece atual, em face da modulação de efeitos no julgamento.

proposta de acordo for de até R\$21.3403; somente nos casos em que a oferta da empresa for acima disso é que vale a pena aceitar o acordo instantaneamente.

Já para a reclamada, se em vez de oferecer imediatamente R\$ 21.340 num acordo, ela aplicar este dinheiro a uma taxa de juros mais alta, de suponhamos 1% ao mês (e é bastante razoável supor que grandes empresas tenham acesso a opções de investimento mais rentáveis que a poupança), ao final de 4 anos e 10 meses, esta aplicação terá rendido R\$ 38.006. Ou seja, a empresa reclamada pode pagar a condenação judicial e ainda lhe sobrarão R\$ 9.500. Um bom negócio.

Se bem que à primeira vista pode até parecer pouco dinheiro. E seria, mesmo, pouco dinheiro, não fosse pelo fato de as grandes empresas enfrentam milhares de processos na Justiça Trabalhista ao mesmo tempo. Quando levamos em conta a existência do litígio em massa, daí fica fácil ver como seguir litigando em vez de fazer acordo pode representar grandes economias. Por exemplo, este litígio meramente ilustrativo, em que se obtém economia de R\$ 9.500, representará nada menos do que R\$ 9,5 milhões se a empresa reclamada tiver 1000 ações em curso. E para grandes empresas, como vimos no Relatório 1, isso não é nada incomum.¹⁴⁴

Há de se fazer, contudo, uma pequena ressalva quanto à conclusão do estudo acima, de que seria melhor para o empregado esperar vários anos para receber seus haveres trabalhistas, como se fosse uma espécie de investimento, em virtude de a correção judicial das verbas trabalhistas render mais que a caderneta de poupança. Tal consideração, feita em abstrato, pressupõe uma capacidade financeira não condizente com a figura do trabalhador subordinado. Ora, trata-se de verbas de natureza salarial, necessárias à sobrevivência do trabalhador e de sua família, das quais, portanto, ele necessita com urgência. Como já foi dito alhures, poucos são os que podem viver sem salário por 1 (um) ano, que dirá por 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses, como pressuposto pelos referidos pesquisadores. Dessa forma, em concreto, poucos teriam condições de realizar esse “investimento” de longo prazo.

Cumprе registrar, também, que o referido estudo tomou por base a regulamentação legal da atualização dos débitos trabalhistas à época de sua elaboração, qual seja, correção monetária pela Taxa Referencial (TR) e juros de mora de 1% ao mês, aplicados *pro rata die*. Ocorre que, no julgamento conjunto das ADC 58, ADC 59, ADI 5.867 e ADI 6.021, realizado no dia 18 de dezembro de 2020, o STF ampliou o abismo entre o índice de correção do débito trabalhista e os custos de oportunidade do empregador, conforme ementa a seguir:

[...] 5. Confere-se interpretação conforme à Constituição ao art. 879, §7º, e ao art. 899, §4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467, de 2017, definindo-se que, até que

¹⁴⁴ A par da hipótese transcrita acima, os autores simularam um caso real com os dados obtidos do **Itaú**, apontado como um grande litigante no âmbito do TRT da 2ª Região. Considerando o valor de condenação médio do Banco Itaú de R\$ 121.784,00; o tempo de execução do processo de 4 anos e 10 meses; o valor de uma proposta de acordo considerada aceitável (no importe de R\$ 91.192,00) e a aplicação de uma taxa de juros de 1% ao mês sobre o valor dessa eventual proposta, o estudo apontou que ao final do período o investimento teria gerado um acréscimo de R\$40,6 mil além do valor necessário para quitar a condenação trabalhista. Desse modo, concluem os autores, como o Itaú possui 1.251 processos na base empírica utilizada, a recusa em realizar acordos e o prolongamento dos processos ao máximo teria gerado um saldo positivo para a sociedade empresária no impressionante montante de R\$ 50,8 milhões (SALAMA; YEUNG e CARLOTTI, 2019, p. 9).

sobrevenha solução legislativa, deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009), com a exegese conferida por esta Corte na ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947-RG (tema 810). 6. Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, *caput*, da Lei 8.177, de 1991). 7. Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, considerando que ela incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95; 84 da Lei 8.981/95; 39, § 4º, da Lei 9.250/95; 61, § 3º, da Lei 9.430/96; e 30 da Lei 10.522/02). A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria *bis in idem*. (ADC 58/DF, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 07 abr. 2021).

Com efeito, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, no ano de 2013, da utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária das dívidas do poder público; o TST gradativamente passou a determinar, em substituição a TR, a adoção do índice de correção monetária IPCA-E, solução reputada inconstitucional pelo STF, nos termos do acórdão acima referenciado, do qual se extrai o seguinte fragmento:

[...] 2. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, decidindo que a TR seria insuficiente para a atualização monetária das dívidas do Poder Público, pois sua utilização violaria o direito de propriedade. Em relação aos débitos de natureza tributária, a quantificação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança foi reputada ofensiva à isonomia, pela discriminação em detrimento da parte processual privada (ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e RE 870.947-RG – tema 810). 3. A indevida utilização do IPCA-E pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) tornou-se confusa ao ponto de se imaginar que, diante da inaplicabilidade da TR, o uso daquele índice seria a única consequência possível. A solução da Corte Superior Trabalhista, todavia, lastreia-se em uma indevida equiparação da natureza do crédito trabalhista com o crédito assumido em face da Fazenda Pública, o qual está submetido a regime jurídico próprio da Lei 9.494/1997, com as alterações promovidas pela Lei 11.960/2009. 4. A aplicação da TR na Justiça do Trabalho demanda análise específica, a partir das normas em vigor para a relação trabalhista. A partir da análise das repercussões econômicas da aplicação da lei, verifica-se que a TR se mostra inadequada, pelo menos no contexto da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), como índice de atualização dos débitos trabalhistas. (BRASIL, 2021d).

Antes mesmo desse paradigmático julgamento, o Legislador Reformista procurou restaurar o padrão de atualização anterior, mediante a inclusão do § 7º ao art. 879 da CLT, reiterando que a correção monetária se daria pela TR e não pelo IPCA-E. Cumpre ressaltar que

não houve qualquer modificação quanto ao dispositivo legal que cuidava dos juros de mora do débito trabalhista. Assim, embora não se possa creditar ao legislador reformista a drástica redução dos juros de mora incidentes sobre o débito trabalhista, em manifesto descompasso com a análise econômica do instituto, o fato é que tanto as modificações na legislação trabalhista, quanto a jurisprudência do STF têm caminhado juntas em direção à consagração de valores como a livre iniciativa, livre concorrência e preservação da empresa em detrimento da proteção do trabalhador.

À guisa de exemplo, vide a Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado e dá outras providências; bem assim a decisão do STF proferida na ADPF/DF 324 (Relator: Min. Roberto Barroso, DJe 06 set. 2019), de cuja ementa se extrai o seguinte fragmento:

2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade. 3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações. (BRASIL, 2019f).

A fim de ilustrar a diferença no valor de atualização entre a fórmula anterior e a fórmula atual, imagine-se a seguinte situação. Suponha um trabalhador que foi dispensado no início de novembro de 2017 e que tivesse um valor para receber, à época, de R\$ 10.000,00 em verbas rescisórias. Para simplificar, considere que a taxa TR do período foi zero¹⁴⁵, que o valor do débito foi atualizado até 30/11/2021 e que o empregado ingressou em juízo no mês da dispensa, de modo a não haver correção no período anterior ao ajuizamento. Considerando a hipótese narrada¹⁴⁶, o valor do débito trabalhista, após esse período de 4 anos, pode se apresentar das seguintes formas:

¹⁴⁵ Na verdade, a taxa referencial acumulada do período de 01/11/2017 a 30/11/2021 foi, de fato, igual a zero, conforme calculadora do cidadão do Banco Central, hospedada no *site* da referida autarquia. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Calculadora do cidadão: Correção de valores**. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADA0/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores>. Acesso em: 24 jan. 2022.

¹⁴⁶ Trata-se de questão de inegável caráter prático, uma vez que, dependendo dos termos fixados no título judicial, pode se configurar qualquer um dos três cenários propostos, consoante efeito modulatório estabelecido na supracitada decisão do STF, *in verbis*: “[...] 8. A fim de garantir segurança jurídica e isonomia na aplicação do novo entendimento, fixam-se os seguintes marcos para modulação dos efeitos da decisão: (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão, em ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória, todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii)

Tabela 1 – Três possíveis cenários de atualização dos créditos trabalhistas: TR + juros de 1 % a.m., IPCA-E + juros de 1% a.m. e taxa SELIC

Cenário 1	TR + 1% a.m.	Cenário 2	IPCA-E + 1% a.m.
Valor Principal	R\$ 10.000,00	Valor Principal	R\$ 10.000,00
Correção TR	0	Correção IPCA-E	R\$ 2.407,84
Juros 1% a.m. (48 meses)	R\$ 6.122,26	Juros 1% a.m. (48 meses)	R\$ 7.596,40
Valor Final	R\$ 16.122,26	Valor Final	R\$ 20.004,24

Cenário 3	Selic
Valor Principal	R\$ 10.000,00
Selic: correção + Juros (48 meses)	R\$ 2.138,14
Valor Final	R\$ 12.138,14

Fonte: produção do próprio autor.

Em relação ao Cenário 1, utilizou-se para apuração dos valores a fórmula de juros compostos $J = C \cdot [(1+i)^n - 1]$, onde J corresponde os juros apurados, C é o capital a ser corrigido, i é a taxa de juros (1% a.m. cf. art. 39, §1º, Lei n. 8.177/91) e n é o número de períodos de tempo (no caso 48 meses). No tocante ao Cenário 2, também foi utilizada a referida fórmula de juros, após a atualização do valor pela ferramenta online “calculadora do cidadão”, disponível no site do Banco Central do Brasil¹⁴⁷. Nesse contexto, seguiu-se a diretriz fixada na Súmula 200 do TST¹⁴⁸. No pertinente ao Cenário 3, apenas a ferramenta online “calculadora do cidadão” foi adotada.

É possível constatar que a nova modalidade de cálculo implementada pelo STF (taxa Selic) implicou uma redução de quase 3 (três) vezes no valor dos juros e correção monetária, num período de quatro anos de apuração, em comparação com a sistemática anterior

os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento, independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal, devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC. 9. Os parâmetros fixados neste julgamento aplicam-se aos processos, ainda que transitados em julgado, em que a sentença não tenha consignado manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais).” (BRASIL, 2021d).

¹⁴⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Calculadora do cidadão: Correção de valores**. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAOPublico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores>. Acesso em: 24 jan. 2022.

¹⁴⁸ **SUM-200 JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA**. Os juros de mora incidem sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente.

(juros de 1% a.m. + TR), e de quase 5 (cinco) vezes em comparação com a sistemática antes adotada pelo TST (juros de 1% a.m. + IPCA-E). Desse modo, os incentivos econômicos para o empregador sonegar direitos trabalhistas e prolongar ao máximo a duração do processo, que já eram bastante atrativos, foram multiplicados praticamente de três a cinco vezes, a depender do referencial considerado.

Por conseguinte, do ponto de vista da racionalidade econômica, não havia motivo para intervenção legislativa tão incisiva. A Justiça do Trabalho já apresentava a menor taxa de congestionamento em relação aos outros ramos estudados; a menor quantidade de processos em tramitação e o menor tempo de tramitação processual¹⁴⁹. De outra parte, as restrições à judicialização se concentraram na fase de conhecimento, no primeiro grau de jurisdição. Nada foi feito, todavia, para reduzir a taxa de recorribilidade externa, muito alta em comparação com os outros segmentos do Judiciário.

Ao analisar a atual estrutura de incentivos e desincentivos à litigância produzida pela Reforma Trabalhista, deve-se ter em conta a posição ocupada pelo Direito do Trabalho, de novo direito que confronta com o tradicional direito privado. Assim, pode-se considerar a reclamação trabalhista “como reação contra o *statu quo*, [de modo que] quanto mais prolongada for a lide, mais preservado serão os interesses estabelecidos” (SILVA, O., 2004, p. 68). Do mesmo modo, a desjudicialização do conflito trabalhista também contribui para a manutenção do *status quo* e, conseqüentemente, para a conservação dos interesses das classes dominantes. Não é surpresa, portanto, que a legislação não tenha atacado o problema da litigância em todas as frentes nem apresentado meios suficientes para resolvê-lo, concentrando-se apenas em dificultar a possibilidade de reação do trabalhador (via reclamação trabalhista) à consolidação do *status quo*.

Nesse aspecto, a Reforma Trabalhista muito se aproxima da alteração na taxa judicial promovida no Reino Unido pelo Regulamento (*The Fees Order*) de 2013, quando se estabeleceu para as causas de pequeno valor custas dos tribunais trabalhistas em patamar superior às dos tribunais da justiça comum (UK, 2017, p. 6). Não houve uma preocupação, tanto aqui como lá, com a unidade ou coerência do ordenamento jurídico, mas sim em tornar extremamente difícil o acesso aos tribunais trabalhista. Para tornar praticamente impossível o exercício dos direitos não é preciso que as taxas judiciais sejam fixadas em valores elevados a ponto de ser impossível o seu pagamento, como ficou assentado no supracitado julgamento da Suprema Corte do Reino Unido (UK, 2017, p. 30):

¹⁴⁹ Segundo dados do CNJ, no ano-base 2016 o tempo médio da sentença em 1º grau era de 3 anos e 2 meses na Justiça Estadual; de 4 anos e 2 meses na Justiça Federal e de 1 ano na Justiça do Trabalho (BRASIL, 2017b).

[...] it is not only where fees are unaffordable that they can prevent access to justice. They can equally have that effect if they render it futile or irrational to bring a claim. [...] Many claims which do seek a financial award are for modest amounts, as explained earlier. If, for example, fees of £390 have to be paid in order to pursue a claim worth £500 (such as the median award in claims for unlawful deductions from wages), no sensible person will pursue the claim unless he can be virtually certain that he will succeed in his claim, that the award will include the reimbursement of the fees, and that the award will be satisfied in full. If those conditions are not met, the fee will in reality prevent the claim from being pursued, whether or not it can be afforded. In practice, however, success can rarely be guaranteed.¹⁵⁰

Note-se que, muito embora a Lei n. 13.467/2017 seja socialmente eficaz (em termos de observância, aplicação, execução e uso), não conseguiu implementar a relação instrumental meio-fim entre texto normativo e programa finalístico da lei, tendo eficácia sem efetividade (NEVES, 2011, p. 48). Desse modo, não se confirmou a hipótese de que a Reforma Trabalhista teria efetivamente promovido uma redução da litigiosidade e do uso abusivo de reclamações trabalhistas, com a diminuição do congestionamento e da morosidade na Justiça do Trabalho. Outrossim, a legislação reformadora, em certos aspectos, pode-se enquadrar como antiefetiva, em face da evidenciada piora nos níveis de congestionamento da Justiça do Trabalho e de litigiosidade recursal.

¹⁵⁰ Tradução livre do autor: “[...] não é apenas quando as taxas são inacessíveis que elas podem impedir o acesso à justiça. Elas também podem ter esse efeito se tornarem fútil ou irracional apresentar uma demanda. [...] Muitas reivindicações em que se busca uma vantagem financeira são de valores modestos, conforme explicado anteriormente. Se, por exemplo, uma taxa de £390 (trezentas e noventa libras) tiver que ser paga para se ingressar com uma demanda no valor de £500 (como o valor médio das demandas por retenção ilegal de salário), nenhuma pessoa sensata prosseguirá com a reclamação a menos que possa estar virtualmente certa de que terá sucesso em sua reivindicação, que a sentença incluirá o reembolso das taxas e que a sentença será cumprida integralmente. Se essas condições não forem cumpridas, a taxa impedirá, em realidade, que a reclamação seja processada, independentemente de ser possível ou não ao autor pagar a taxa. Na prática, no entanto, o sucesso raramente pode ser garantido.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reforma Trabalhista introduzida pela Lei n. 13.467/2017 foi formalmente justificada na necessidade de modernização da legislação do trabalho, de incremento da competitividade no mercado internacional e de geração de empregos, no intuito de superação da crise econômica. Especificamente quanto às modificações processuais, o objetivo primordial da reforma foi a gestão do quantitativo de processos na Justiça do Trabalho, visando a diminuição da litigiosidade e do ajuizamento de demandas frívolas. No parecer produzido durante o processo legislativo, ficou assentado que as regras da CLT estimulavam o ingresso de novas ações em virtude da falta de onerosidade, sendo essa litigância sem risco que alimentava o excesso de demandas no seguimento do Judiciário Trabalhista.

A fim de alcançar esses objetivos formalmente declarados, o Legislador Reformador procurou prioritariamente encarecer os custos do ajuizamento da reclamação trabalhista, com o enrijecimento das regras de concessão da gratuidade da justiça e com a previsão de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais no processo do trabalho, inclusive para o beneficiário da justiça gratuita. A solução apresentada pelo Legislador foi objeto de análise deste trabalho sob dois enfoques diversos e complementares: de um lado sob a perspectiva dogmático-jurídica e de outro sob a ótica jurídico-econômica.

A partir desse contexto, duas hipóteses foram lançadas para testar as consequências das restrições ao acesso à justiça do trabalhador impostas pela reforma trabalhista. A primeira hipótese foi elaborada no sentido de que as normas processuais da reforma, de acordo com a dogmática jurídica, estariam em confronto com as garantias previstas na Constituição Federal e na Declaração Americana de Direitos Humanos que compõem o direito de acesso à justiça. A outra hipótese testada foi que essa modificação legislativa teria efetivamente promovido uma redução da litigiosidade e do uso abusivo de reclamações na Justiça do Trabalho, diminuindo consequentemente o congestionamento e a morosidade desse ramo do Judiciário.

A pesquisa fez um recorte dentre as alterações realizadas na estrutura característica do processo do trabalho, de modo a selecionar aquelas modificações que teriam potencial para restringir o acesso à justiça do trabalhador e que, portanto, poderiam apresentar alguma incompatibilidade com o ordenamento jurídico: novo procedimento de uniformização de jurisprudência na Justiça do Trabalho, introdução da arbitragem trabalhista, inclusão do termo de quitação anual, inserção de mais requisitos à petição inicial trabalhista, estipulação de custas pelo arquivamento da reclamação, criação de procedimento de jurisdição voluntária para

homologação de acordo extrajudicial; previsão de novos pressupostos para concessão da justiça gratuita e de honorários advocatícios sucumbenciais.

A nova sistemática da uniformização de jurisprudência veio para breçar uma característica verificada na Justiça do Trabalho, em que o direito sumular exerce a função de concretização dos deveres de proteção e promoção inerentes aos direitos humanos trabalhistas. Utilizando-se de argumento retórico quanto à necessidade de previsibilidade das decisões judiciais, o legislador estabeleceu requisitos tão rígidos para a elaboração de novas súmulas, que se tornou quase impossível a edição, a modificação ou o cancelamento desses verbetes no âmbito da Justiça do Trabalho. Constatou-se, ainda, que esse artifício foi adotado apenas para justificar substancial modificação do entendimento pacificado no âmbito do TST, na medida em que vários dispositivos da reforma trabalhista se constituem em verdadeira negativa desses entendimentos sumulados.

Desse modo, verificou-se que ao invés de servir para reduzir as incertezas jurídicas, o novo regramento impõe obstáculos intransponíveis à consolidação da jurisprudência dominante dos tribunais trabalhistas, prejudicando a segurança jurídica e a previsibilidade de suas decisões. Por conseguinte, evidenciou-se a ausência de racionalidade jurídica do novo procedimento de uniformização da jurisprudência trabalhista, que não tem aptidão para atingir a finalidade proposta durante o processo legislativo: incremento da segurança jurídica e redução da litigiosidade, segundo critérios objetivamente aceitos e testáveis.

A previsão da arbitragem trabalhista intentou pôr um fim na controvérsia quanto ao cabimento do instituto na seara trabalhista, trazendo uma presunção no sentido de que o empregado com salário superior a determinado valor não seria economicamente dependente do empregador, podendo negociar de igual para igual e firmar convenção de arbitragem.

Registrou-se que a cláusula de compromisso arbitral exclui a possibilidade de o empregado se valer da jurisdição trabalhista e simultaneamente autoriza a solução do litígio de acordo com as regras do direito livremente escolhidas pelas partes ou até mesmo por equidade. Esse compromisso pela arbitragem, firmado no curso do contrato de trabalho e sob influência da subordinação jurídica, impõe renúncia ao trabalhador das normas protetivas materiais e processuais do trabalho. Assim, detectou-se a incompatibilidade da arbitragem com os direitos trabalhistas, tratando-se de instituto apto a causar violações irreparáveis a direitos fundamentais dos trabalhadores, os quais ficariam impedidos de submeter seus conflitos à jurisdição especial trabalhista.

Outra alteração passível de causar prejuízo a direitos trabalhistas indisponíveis é o termo de quitação anual. Verificou-se a desnecessidade dessa previsão de um procedimento

sindical para quitação com eficácia liberatória geral no curso do contrato de trabalho, até mesmo em virtude do dever de documentação do empregador quanto ao contrato de trabalho do empregado. Note-se que já constitui obrigação do empregador firmar e conservar os documentos necessários à comprovação das obrigações contratuais. Detectou-se, assim, a tentativa de criação de um “recibo de pagamento categorizado”, que consistiria num meio de prova definitivo e incontestável de quitação de todas as parcelas trabalhistas decorrentes do contrato de emprego, cuja eficácia não poderia ser afastada pelo magistrado.

Observou-se que, diversamente da eficácia liberatória geral reconhecida pela legislação ou jurisprudência (que ocorre apenas no término da relação de emprego), o termo anual de quitação poder ser concedido pelo empregado no curso do contrato de trabalho, quando a autonomia da vontade se encontra comprometida pelo estado de subordinação. Desse modo, identificou-se que o referido dispositivo representa uma porta aberta para fraudes, funcionando como uma “regularização” anual de situações de descumprimento reiterado da legislação trabalhista e como um impedimento ao ajuizamento de reclamações sobre as prestações objeto do documento.

A inclusão de novos requisitos à petição inicial remonta à instituição do procedimento sumaríssimo no ano 2000, que estabeleceu a obrigatoriedade de liquidação do valor dos pedidos, agora estendida para o procedimento ordinário. Percebeu-se que uma vez apresentados esses cálculos junto com a petição inicial, eles não seriam aproveitados na prática de atos processuais posteriores, pois a exigência da liquidação de valores não foi estendida nem à contestação nem à sentença. Desse modo, o pressuposto em debate não trouxe nenhum benefício à celeridade processual.

Foi reconhecida, outrossim, como consequência principal dessa regulação normativa a dificuldade técnica adicional inerente à liquidação preliminar dos pedidos e o aumento nos custos de ingressar em juízo acarretado pelo cumprimento dessa exigência. Por conseguinte, deduziu-se que o efeito imediato dessa regulação normativa foi dificultar o exercício do direito de ação, com o afastamento do trabalhador do Judiciário Trabalhista.

Por outro lado, as custas cobradas pelo arquivamento da reclamação trabalhista afiguraram-se como um desincentivo razoável ao comportamento descompromissado do reclamante que falta à audiência injustificadamente. Trata-se de conduta indesejada que produz externalidades para o Estado, com a movimentação da máquina judiciária e o desperdício de um espaço na pauta das audiências, e para a parte adversa que tem que pagar advogado para realização daquele ato processual e deslocar pessoal para comparecer em juízo. Evidenciou-se, ainda, a possibilidade de uso estratégico do arquivamento por parte de alguns reclamantes, o

que, *a fortiori*, causa prejuízos ao Judiciário e à parte adversa, em afronta aos deveres de lealdade e boa-fé processuais.

Apontou-se que a reforma não estabeleceu um requisito geral de recolhimento prévio das custas do processo anteriormente arquivado, apenas impôs ao reclamante a apresentação de justificativa para sua ausência à audiência, havendo condenação ao pagamento de custas caso não o faça. Salientou-se que o dispositivo não impede o exercício do direito de ação, como aliás decidiu o STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade ao reconhecer que o recolhimento prévio das custas processuais pode, excepcionalmente, ser um requisito para a gratuidade judicial.

A instituição do procedimento de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial teve por finalidade formal a redução da litigiosidade nas relações de trabalho e o estímulo a autocomposição extrajudicial. Entretanto, constatou-se que essa medida incentiva a utilização do Poder Judiciário como órgão homologador de rescisão contratual e que se mostra inidônea à concretização do programa finalístico da lei, por pressupor a movimentação da máquina estatal judiciária.

Registrou-se, de modo geral, a falta de incentivos econômicos à adoção do procedimento, que se revelou como a escolha mais onerosa para homologação das verbas rescisórias. Apontou-se como seu principal objetivo legalizar a homologação de acordo extrajudicial, firmado exclusivamente pelos sujeitos da relação de emprego, que permitisse a disposição de direitos trabalhistas do empregado e que pudesse estabelecer validamente cláusula de quitação geral e irrestrita do contrato de trabalho.

Desse modo, em razão das consequências negativas trazidas ao trabalhador – especialmente a impossibilidade de rediscutir os termos do acordo no juízo contencioso, identificou-se como dever do magistrado examinar os requisitos gerais e específicos de validade do negócio jurídico, adentrando no conteúdo do acordo extrajudicial apenas para perquirir acerca da ocorrência ou não de vício de vontade, simulação, fraude ou lesividade excessiva em prejuízo do trabalhador. Ainda quanto a esse aspecto, percebeu-se a necessidade de adoção de certas cautelas pelo magistrado antes de proferir a sentença homologatória, cabendo-lhe em caso de dúvida relevante quanto à validade do acordo designar audiência para ouvir os interessados e obter esclarecimentos.

Nada obstante isso, os maiores obstáculos criados pela reforma ao acesso à justiça do trabalhador foram o enrijecimento dos critérios para concessão da justiça gratuita e a imposição de honorários advocatícios de sucumbência. Com efeito, a concessão do benefício da justiça gratuita inicialmente dependia da apresentação de atestado de pobreza fornecido por

autoridade, mas com o movimento de desburocratização do processo comum e do trabalho ocorrida na década de 1980, esse requisito foi substituído por declaração de pobreza, firmada pelo próprio interessado. A presunção de veracidade da referida declaração, inclusive, foi mantida pelo atual CPC.

Realizada neste trabalho a análise crítica do parecer ao Projeto de Lei n. 6.787/2016, em que a comprovação desse requisito foi justificada em face do excesso de litigância e de demandas abusivas, foi revelada na superfície textual do documento a existência dos modos de operação da ideologia propostos por Thompson. Por meio de estratégias típicas de construção simbólica, o legislador reformista se valeu da dissimulação, de modo a desviar a atenção do verdadeiro intuito da lei: onerar os custos para o ingresso de ação trabalhista, para induzir os trabalhadores a renunciarem à luta pelos seus direitos, quando violados pelo empregador.

Nesse sentido, a necessidade de comprovação da insuficiência econômica deve harmonizar-se com as características de integridade e coerência do sistema jurídico, de modo a não permitir que no processo comum – em que se presume a igualdade das partes – baste apenas a declaração de pobreza firmada por pessoa natural; enquanto no processo do trabalho – que seria estruturado com base na desigualdade de forças entre os litigantes – seja exigível produção de prova para demonstração dessa condição.

Realçou-se que a interpretação meramente literal e restritiva dos dispositivos se revela incompatível com a garantia constitucional da assistência jurídica integral e gratuita, de acordo com a interpretação tradicionalmente conferida ao inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal. Assim, propugnou-se por interpretação conforme a Constituição, para que essa comprovação compreenda todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive a presunção legal, de modo que a apresentação de declaração pelo interessado seja suficiente para concessão do benefício da justiça gratuita.

Quanto ao segundo obstáculo indicado, pontuou-se que o direito processual do trabalho não foi estruturado para condenação e cobrança de honorários advocatícios de sucumbência em desfavor do trabalhador. Investigou-se a compatibilidade dessa novidade legislativa com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), especialmente diante da obrigação dos Estados Partes de adotar as medidas legislativas necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades reconhecidos na CADH.

Registrou-se que, ao invés de promover a remoção dos óbices de ordem econômica ao acesso à justiça, a Reforma Trabalhista foi declaradamente editada para ampliar os existentes e criar novos. Reafirmou-se a obrigação do Poder Legislativo, dentro de sua competência, de

tomar medidas necessárias para conformar a ordem jurídica interna às disposições da CADH, segundo a interpretação conferida pela Corte Interamericana a esta convenção.

Assim, revelou-se que o Estado brasileiro incidiu em prática já identificada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como violadora do direito de acesso à justiça ao impor custos e restrição não razoavelmente justificados, ao deixar de prever mecanismos compensatórios da desigualdade entre as partes quanto à imposição de honorários de sucumbência e ao não remover os óbices econômicos para a concretização efetiva desse acesso à jurisdição estatal.

No plano do Direito interno, constatou-se que a introdução de honorários advocatícios de sucumbência de forma geral e indiscriminada impõe um risco financeiro desproporcional ao reclamante, desnecessário ao atingimento da finalidade – apontada no parecer legislativo – de reduzir a litigância temerária e de induzir uma atuação mais responsável da parte autora e de seu advogado. Verificou-se que a possibilidade de condenação do trabalhador nessa despesa, nos mesmos moldes do empregador, representou a um só tempo afronta às garantias constitucionais de inafastabilidade da jurisdição e da assistência jurídica integral e gratuita, bem assim ao Princípio Constitucional da Isonomia.

Pontuou-se que o Estado brasileiro assumiu o compromisso constitucional de manter um sistema de justiça acessível à toda população carente de recursos e não apenas a uma minoria, o que não se coaduna com o temor financeiro gerado no trabalhador que busca a satisfação de seus direitos na Justiça do Trabalho decorrente dos novos requisitos da gratuidade judiciária em conjunto com a imposição de honorários advocatícios de sucumbência.

Após análise realizada sob a ótica da dogmática-jurídica, concluiu-se pela confirmação da primeira hipótese de pesquisa, no sentido de que as normas processuais da reforma pertinentes ao acesso à justiça não são compatíveis com o ordenamento jurídico, tanto tendo por paradigma a Constituição Federal (inconstitucionalidade), quanto tomando por modelo a Convenção Americana de Direitos Humanos (inconvencionalidade). Propugnou-se como solução parcial uma construção hermenêutica para os novos requisitos da justiça gratuita de modo a proporcionar interpretação conforme a Constituição.

A fim de testar a segunda hipótese de pesquisa, adotou-se o método da análise econômica da litigância para descrever e explicar as consequências no acesso à justiça do trabalhador produzidas pela reforma trabalhista, em termos de incentivos e desincentivos ao comportamento de eventuais litigantes.

Adotou-se como modelo de litigância a construção teórica básica desenvolvida por Steven Shavell, segundo a qual o autor somente ingressará com uma demanda se o custo privado

de litigar for inferior ao valor esperado do processo multiplicado pela probabilidade de êxito da demanda. Ponderou-se o benefício social trazido pelo efeito dissuasório no comportamento dos ofensores, mas se ressaltou que esse *deterrent effect* seria insuficiente para, sozinho, direcionar o processo ao seu mais importante escopo que é pacificar os conflitos com justiça, alcançando uma ordem jurídica justa, consoante lição de Dinamarco.

Registrou-se que tanto o excesso de processos e quanto a insuficiência de litigância constituem-se em situações que aumentam os custos sociais do processo, cuja correção envolve a facilitação ou a restrição do acesso ao Poder Judiciário. Apontou-se que a diminuição dos custos sociais, especialmente quando concretizada pelo aumento das despesas com a litigância, não deveria constituir a prioridade do sistema processual nem se sobrepor a outros valores constitucionalmente consagrados.

Deitando os olhos nos dados estatísticos produzidos pelo CNJ e pelo TST, não foi possível visualizar a litigiosidade exagerada que foi denunciada nos debates legislativos precedentes à reforma, na medida em que o número de processos novos na Justiça do Trabalho no ano-base 2016 foi ligeiramente superior ao da Justiça Federal e bastante inferior ao da Justiça Estadual. Ao contrário, esses dados revelaram um desempenho comparativo superior da Justiça do Trabalho no pertinente à taxa de congestionamento, que foi de 56,2% nesse ramo, enquanto os índices da Justiça Estadual e Federal mostraram-se superiores a 74%.

Também se visualizou que a Justiça Trabalhista apresentou índice de recorribilidade externa em percentual notadamente superior ao dos outros ramos do Judiciário. Nada obstante isso, o legislador reformista não editou uma única regra no sentido de controlar a litigância na fase recursal, inserindo, pelo contrário, dispositivos com isenções e subsídios parciais à interposição de recursos pelos empregadores, normas que incentivam a litigiosidade recursal.

Os resultados apresentados após a vigência da Reforma Trabalhista confirmaram as fórmulas matemáticas do modelo teórico básico proposto por S. Shavell, havendo uma grande diminuição do número de novas ações nas Varas do Trabalho, a partir do ano seguinte à vigência da legislação, na ordem de 34%, redução que se manteve acima dos 30% nos três anos seguintes. Analisando a série histórica de movimentação processual de novos processos por ramo do Judiciário, observou-se significativa retração de novos casos na Justiça Trabalhista em comparação com os outros segmentos.

Aparentemente a segunda hipótese de pesquisa levantada estaria confirmada, caso esta análise se limitasse exclusivamente aos dados pertinentes aos novos processos ajuizados em primeiro grau. Isso, aliás, é o que os entusiastas da reforma vêm realçando em seus trabalhos

acadêmicos. De fato, dentre aqueles analisados nesta pesquisa, esse indicador foi o mais significativamente impactado pela reforma. A Justiça do Trabalho apresentou uma redução persistente na quantidade de casos novos, enquanto os demais ramos do Judiciário registraram um crescimento constante desse indicador até a eclosão da pandemia do coronavírus em 2020.

Entretanto, essa diminuição do número de novas ações não teve como consequência a melhoria no desempenho da Justiça do Trabalho, uma vez que a taxa de congestionamento aumentou desde então, enquanto nos outros ramos da justiça se manteve em patamares próximos aos de 2017. No pertinente à taxa de recorribilidade externa, constatou-se a ocorrência de efeito contrário ao pretendido pelo legislador reformista (controle da litigância), pois a proporção entre o número de recursos dirigidos à instância superior e o número de decisões passíveis de recurso, que já se mostrava bastante elevada, apresentou crescimento.

No comparativo entre os 1º e 2º graus da jurisdição trabalhista, percebeu-se que a diminuição de novos casos se concentrou exclusivamente nas Varas do Trabalho, pois a diferença no quantitativo de novos processos entre Varas do Trabalho e TRTs, que era de quase um milhão e oitocentos mil processos em 2017, findou o ano de 2020 em menos de meio milhão de causas. Trata-se, aliás, de indicativo de que a restrição de acesso à justiça gerou uma limitação da litigância quanto às Varas do Trabalho e uma ampliação nos Tribunais Regionais do Trabalho, revelando uma contradição no modelo de combate à litigiosidade excessiva utilizado pelo legislador reformador.

Em conformidade com os índices analisados, não é possível sustentar que esse modelo teria contribuído para reduzir a crise numérica em primeiro grau, na medida em que apenas o indicador “novos processos” foi impactado da maneira como pretendido pelo legislador. Com efeito, enquanto o quantitativo de novas ações despencou abruptamente, as taxas de congestionamento bruto e de recorribilidade externa ao invés de seguirem essa queda, tiveram um aumento não previsto pelo legislador.

Desse modo, conclui-se que os resultados estatísticos apresentados refutam a segunda hipótese de pesquisa, no sentido de que a reforma trabalhista teria efetivamente promovido uma redução da litigiosidade e do uso abusivo de reclamações, atingindo a finalidade de diminuição do congestionamento e da morosidade na Justiça do Trabalho.

Em realidade, verificou-se um acirramento das dificuldades já enfrentadas pelos órgãos da jurisdição trabalhista ao lidar com seus estoques de processos, tendo em vista o aumento no percentual dos processos represados sem julgamento. Outrossim, as regras que promoveram isenções e subsídios parciais à interposição de recursos pelos empregadores acabaram produzindo efeito contrário àquele que direcionou a reforma processual, isto é,

findaram por incentivar o aumento da quantidade de recursos interpostos proporcionalmente à quantidade de decisões recorríveis proferidas.

Em outras palavras, a Reforma Trabalhista de 2017 não conseguiu implementar a relação instrumental meio-fim entre texto normativo e programa finalístico da lei, caracterizando-se, quanto ao tema objeto da pesquisa, como uma legislação inefetiva. Aliás, em certos aspectos a legislação reformadora pode-se enquadrar como antiefetiva, em face da evidenciada piora nos níveis de congestionamento da Justiça do Trabalho e de litigiosidade recursal.

Por conseguinte, constatou-se que as inovações procedimentais promovidas contrariam a interpretação dogmática tradicionalmente conferida às garantias da inafastabilidade da jurisdição e da assistência jurídica gratuita e integral. Por outro lado, inferiu-se que a defesa de uma exegese consequencialista, nos moldes daquela sustentada pelos entusiastas da reforma trabalhista, dependeria da demonstração da efetividade do modelo de controle da litigiosidade. Contudo, os dados apresentados refutaram a eficiência da estrutura legislativa adotada, de modo que a restrição do acesso à justiça do trabalhador promovida pela reforma trabalhista não encontra sustentação nem sob a ótica da dogmática jurídica, nem sob o prisma da análise econômica.

REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George A. **The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism**. The Quarterly Journal of Economics, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago.1970. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0033-5533%28197008%2984%3A3%3C488%3ATMF%22QU%3E2.0.CO%3B2-6>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMORIM, Érica Ribeiro Guimarães. **As alterações processuais implementadas pela Lei nº 13.467/17 à Consolidação das Leis do Trabalho e o acesso à justiça**. Orientador Wilson Alves de Souza. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.
- ARAKE, Henrique; GICO JR, Ivo Teixeira. **De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça**. Economic Analysis of Law Review, v. 5, n. 1, p. 166-178, 2014. Disponível em: https://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/59/. Acesso em: 04 mar. 2020.
- ARAÚJO, Victor Bruno Rocha. **A estrutura de incentivos da fase de conhecimento do processo trabalhista revelada pela análise econômica do direito**. Orientador Ivo Teixeira Gico Júnior. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2019.
- ARIGÓN, Mario Garmendia. **Ordem pública e direito do trabalho**. Tradução Edilson Alkmim Cunha. Revisão técnica Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 2003.
- ARLOTA, Carolina Sales Cabral; TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. Steven Shavell. In: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Fadel (org.). **Análise econômica do direito: principais autores e estudos de casos**. Curitiba: CRV, 2019. p. 377-398.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araújo *et al.*, Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. **Direito Público**, [S.l.], v. 16, n. 88, p. 11-33, ago. 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3503>. Acesso em: 24 out. 2021.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Reforma Trabalhista - Enunciados Aprovados. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017)**. Brasília: ANAMATRA, 2018. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_sit_e.pdf. Acesso em: 11 fev. 2022.
- ÁVILA, Humberto. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 02 maio 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Calculadora do cidadão: Correção de valores**. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores>. Acesso em: 24 jan. 2022.

BARACAT, Eduardo Milléo. Honorários de sucumbência recíproca no processo do trabalho: solução ou entrave? *In*: MIESSA, Élisson (coord.). **Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 325-346.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **O particularismo do direito do trabalho**. Tradução Edilson Alkmim Cunha. Revisão técnica Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1996.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, 11 janeiro de 1973**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROSO, Fábio Túlio. Da prevalência do legislado sobre o negociado no direito do trabalho: panorama de uma reforma trabalhista judicial. *In*: BARROSO, Fábio Túlio. (Org.). **Direito e Processo do Trabalho em Tempos de Mudanças**. 1. ed. Recife: Nossa Livraria, 2016. v. 1. p. 15-49.

BARROSO, Fábio Túlio. **Direito flexível do trabalho: abordagens críticas**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2009.

BARROSO, Fábio Túlio. **Extrajudicialização dos conflitos de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010a.

BARROSO, Fábio Túlio. **Manual de direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010b.

BARROSO, Fábio Túlio. **Neocorporativismo e concertação social: análise político-jurídica das atuais relações coletivas de trabalho no Brasil**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010c.

BARROSO, Fábio Túlio. **Novo contrato de trabalho por prazo determinado**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Fábio Túlio. Potencialização da autonomia individual na Reforma trabalhista: restrições estruturais e constitucionais. *In*: MELO, Raimundo Simão; ROCHA, Cláudio Jannotti da (org.). **Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária**. São Paulo: LTr, 2017. p. 244-259.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEBBER, Júlio César. Reforma trabalhista: homologação de acordo extrajudicial. *In*: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (coord.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 977-990.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Revisão Técnica Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BRANCO, Manuel Couret. **Economia política dos direitos humanos: os direitos humanos na era dos mercados**. Lisboa: Edições Sílabo, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil [1988a]**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo. **Parecer do Relator n. 1/2017**. Brasília: Câmara dos Deputados, 12 abr. 2017 [2017a]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2129284>. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6.787, de 2016**. Brasília: Câmara dos Deputados, 23 dez. 2016 [2016a]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes 2010**. Brasília: CNJ, 2011 [2011a]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes 2011**. Brasília: CNJ, 2012 [2012a]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de pesquisas judiciárias. **Diagnósticos das custas processuais praticadas nos tribunais**. Brasília: CNJ, 2019 [2019a]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relatorio_custas_processuais_2019.pdf. Acesso em: 08 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017 [2017b]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2018 [2018a]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019: ano-base 2018**. Brasília: CNJ, 2019 [2019b]. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020 [2020a]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021: ano-base 2020**. Brasília: CNJ, 2021 [2021a]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffa2655.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 10.854, de 10 de novembro de 2021 [2021b]**. Regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista e institui o Programa Permanente de Consolidação, Simplificação e Desburocratização de Normas Trabalhistas Infralegais e o Prêmio Nacional Trabalhista, e altera o Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Decreto/D10854.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. **II Pacto republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Diário Oficial da União, 26 maio 2009 [2009a]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/outros/iipacto.htm. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000**. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110101.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 [2015a]**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017 [2017d]**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019,

de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970.** Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15584.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.858, de 24 de novembro de 1980.** Dispõe sobre o Pagamento, aos Dependentes ou Sucessores, de Valores Não Recebidos em Vida pelos Respective Titulares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16858.htm. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7.115, de 29 de agosto de 1983.** Dispõe sobre prova documental nos casos que indica e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17115.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.115%2C%20DE%2029,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=Par%C3%A1grafo%20%20C3%BA%20nico%20%20O%20dispositivo%20neste,de%20prova%20em%20processo%20penal. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995 [1995a].** Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm. Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. **Medida provisória n. 905, de 11 de novembro de 2019 [2019d].** Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, altera a legislação trabalhista, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%A9RIA%20N%C2%BA%20905%2C%20DE%2011%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202019&text=Institui%20o%20Contrato%20de%20Trabalho,trabalhista%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. **Painel estatístico de pessoal.** Disponível em: <http://painel.pep.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=painelpep.qvw&lang=en-US&host=Local&anonymous=true>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Interno em Recurso Especial 1940053/AL.** Relator: Min. Gurgel de Faria, DJe 21 out. 2021 [2021c]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101591694&dt_publicacao=21/10/2021. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno em Recurso Especial 1884300/SE**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, DJe 27 nov. 2020 [2020c]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001744881&dt_publicacao=27/11/2020. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1143968/MG**. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, DJe 01 jul. 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802841618&dt_publicacao=01/07/2013. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça** / organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília: STJ, 2020 [2020d].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **SÚMULAS ORGANIZADAS POR RAMOS DO DIREITO**. Brasília: STJ, 2022 [2022a]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/RamosDoDireito/Sumulas_com_capa_-_04_marco_2022.pdf. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 204305/PR**. Relator: Min. Moreira Alves, DJ 19 jun. 1998. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239260>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 136910/RS**. Relator: Min. Maurício Corrêa, DJ 22 set. 1995 [1995b]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=274708>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravos Regimentais em Recurso Extraordinário 895759/PE**. Relator: Min. Teori Zavascki, DJe 22 maio 2017 [2017c]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12923110>. Acesso em: 24 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário 205029/RS**. Relator: Min. Carlos Velloso, DJ 07 mar. 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239674>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 58/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe 07 abr. 2021 [2021d]. Disponível: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755516178>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5468/DF**. Relator: Luiz Fux, DJe 02 ago. 2017 [2017e]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13269137>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3995/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, DJe 01 mar. 2019 [2019e]. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749267870>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3124/MG**. Relator para acórdão: Min. Alexandre de Moraes, DJe 22 set. 2020 [2020e]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753886746>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5766/DF**. Relator para acórdão: Min. Alexandre de Moraes, DJe de 03 maio 2022 [2022b]. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760521561>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, DJe 06 set. 2019 [2019f]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 635546/MG**. Relator para acórdão: Min. Roberto Barroso, DJe 19 maio 2021 [2021e]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755892002>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 590415/SC**. Relator: Min. Roberto Barroso, DJe 29 maio 2015 [2015b]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590961>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 466343/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 05 jun. 2009 [2009b]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 04 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal** [recurso eletrônico]. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020 [2020f].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 667**. VIOLA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JURISDIÇÃO A TAXA JUDICIÁRIA CALCULADA SEM LIMITE SOBRE O VALOR DA CAUSA. Brasília: STF, [2003]. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. **Súmula n. 32**. DOENÇA PROFISSIONAL. EMPREGADO EXPOSTO AO AMIANTO/ASBESTO. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. DIREITO FUTURO. RENÚNCIA. INVALIDADE. É inválida a transação extrajudicial, com o escopo de prevenir litígio decorrente do agravamento de saúde do ex-empregado resultante da exposição ao amianto/asbesto, que contenha cláusula de

renúncia a direito futuro. Recife: TRT6, [2016b]. Disponível em: <https://www.trt6.jus.br/portal/jurisprudencia/temas-e-precedentes/14336>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2. Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 63340-27.2006.5.04.0403**. Relator: Min. Vantuil Abdala, DEJT 13 out. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/6b77fcbac91f100264b3e4f8f7599db>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 33340-67.2008.5.24.0031**. Relator: Min. Milton de Moura França, DEJT 06 maio 2011 [2011b]. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/54f9b009a2a7e848cd70d40fc5ff5dea>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). **Recurso de Revista 1001571-40.2018.5.02.0078**. Relator: Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 01 abr. 2022 [2022c]. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/747c870c40df5da29bc714040181748b>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5. Turma). **Agravo no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 10745-67.2018.5.15.0098**. Relator: Min. Breno Medeiros, DEJT 03 dez. 2021 [2021f]. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/c18a80d820cadeb4f7de0b19550f1d0>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5. Turma). **Recurso de Revista 596-19.2018.5.06.0015**. Relator: Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 22 mai. 2020 [2020g]. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/dc138ea367685a50acc76d3803299d13>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 10337-37.2019.5.03.0143**. Relator: Min. Lelio Bentes Correa, DEJT 18 jun. 2021 [2021g]. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/483f855448cce5eccc6a59ca7bd015a>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6. Turma). **Recurso de Revista 1058-30.2010.5.18.0012**. Relator: Min. Aloysio Correa da Veiga, DEJT 27 abr. 2012 [2012b]. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/7ad439d295a2b8ef5e0a35e7532c0832>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Movimentação Processual das Varas do Trabalho 2017**. Brasília: TST, 2017 [2017f].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Movimentação Processual das Varas do Trabalho 2018**. Brasília: TST, 2018 [2018c].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Movimentação Processual das Varas do Trabalho 2019**. Brasília: TST, 2019 [2019g].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Movimentação Processual das Varas do Trabalho 2020**. Brasília: TST, 2020 [2020h].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Movimentação Processual nos Tribunais Regionais do Trabalho 2016**. Brasília: TST, 2016 [2016d].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Movimentação Processual nos Tribunais Regionais do Trabalho 2017**. Brasília: TST, 2017 [2017g].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Movimentação Processual nos Tribunais Regionais do Trabalho 2018**. Brasília: TST, 2018 [2018d].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Movimentação Processual nos Tribunais Regionais do Trabalho 2019**. Brasília: TST, 2019 [2019h].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Movimentação Processual nos Tribunais Regionais do Trabalho 2020**. Brasília: TST, 2020 [2020i].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução Normativa n. 41 [editada pela Resolução n. 221, de 21 de junho de 2018]**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho: caderno judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 2503, p. 38-40, 25 jun. 2018 [2018e].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho**: aprovado pela Resolução Administrativa nº 1295/2008, com alterações dos Atos Regimentais nºs 1/2011, 2/2011, 3/2012, 4/2012, 5/2014, 6/2014, 7/2016 e 8/2016 e Emendas Regimentais nºs 1/2011, 2/2011, 3/2012, 4/2012, 5/2014, 6/2016 e 7/2016. Brasília: TST, 2016 [2016c].

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos** [recurso eletrônico]. Brasília: TST, 2016 [2016e].

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A crise da América Latina: consenso de Washington ou crise fiscal?** Pesquisa e Planejamento Econômico (PPE), Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 3-24, abr. 1991.

CALSAMIGILIA BLANCAFORT, Albert. **Eficiencia y Derecho**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 4, p. 267-287, nov. 1987. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-eficiencia-y-derecho>. Acesso em: 01 set. 2021.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3). p. 335-360.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

CARDOSO, Adalberto; LAGE, Telma. **A Inspeção do Trabalho no Brasil**. DADOS –Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 451-490, jul./set. 2005. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/218/21848301.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

CARDOSO, Adalberto; LAGE, Telma. **As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, Tatiana Bettiol; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Acesso à justiça aparente – a judicialização de conflitos sob uma perspectiva mais pragmática**. Revista Cidadania e Acesso à Justiça. Salvador: CONPEDI, v. 4, n. 1, p. 41- 56, Jan/Jun. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/4275>. Acesso em: 12 dez. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **Panorama geral da reforma trabalhista**. LTr: São Paulo, 2018, 2 v.

CASTRO, Aline Braga de. Processo de jurisdição voluntária: a homologação de acordo extrajudicial. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino (coord.). **Direito processual do trabalho: Constituição e reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2018. p. 230-236.

CHAVES, Luciano Athayde. Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). **Curso de processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 41-89.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. 1. ed. 6. tir. Curitiba: Juruá, 2009.

COASE, Ronald Coase. **O problema do custo social**. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. v. 3, n. 1, article 9. 2008. Disponível em: <https://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9>. Acesso em: 18 nov. 2021.

COLARES, Virgínia Soares Figueiredo Alves. **Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ): o caso Genelva e a (im)procedência da mudança de nome**. Revista Virtual de Estudos da

Linguagem - ReVEL, vol. 12, n. 23, p. 120-147, 2014. Disponível em: <http://www.revel.inf.br/pt/edicoes/?id=34>. Acesso em: 22 ago. 2020.

COLARES, Virginia Soares Figueiredo Alves; COSTA, Flora Oliveira da. **Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ): o caso do Projeto de Lei nº. 3.842/2012 e a tutela da dignidade do trabalhador**. Revista Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas, [S.l.], v. 18, n. 31, p. 31-48, ago. 2018. Disponível em: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2602. Acesso em: 6 mar. 2021.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. Tradução Eduardo L. Suárez. Tradução e revisão da nova edição María Teresa Franco González. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2016. *E-book*.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. **Acesso à justiça e carência econômica**. Orientador Paulo Henrique dos Santos Lucon. 357 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DAKOLIAS, Maria. Documento Técnico número 319 do Banco Mundial. **O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma**. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Washington DC: Banco Mundial, 1996. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/publicacoes/documentos-historicos/24400-documento-319-do-banco-mundial>. Acesso em: 17 jan. 2022.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO; Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 29-80.

DI BENEDETTO, Roberto. **Revendo mais de 70 anos em menos de 7 meses: a tramitação da reforma trabalhista do governo Temer**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 18, n. 2, p. 545-568, 31 ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.15238>. Acesso em: 13 dez. 2020.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* **Comentários à lei da reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 5 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DOING BUSINESS REPORT: Comparing Business Regulation in 190 Economies. Washington: Banco Mundial, 2004-2020. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/programs/business-enabling-environment/doing-business-legacy>. Acesso em: 05 fev. 2022.

FACHADA, Pedro; FIGUEIREDO, Luiz Fernando; LUNDBERG, Eduardo. Sistema judicial e mercado de crédito no Brasil. **Notas Técnicas do Banco Central do Brasil**, n. 35, p. 1-21, maio 2003.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Coordenadora da tradução, revisão técnica e prefácio Izabel Magalhães. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988.

FARIA, José Eduardo. Introdução. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 5-13.

FERNANDES, Marília Costa Barbosa. **O acesso à justiça do trabalhador diante das mudanças introduzidas pela reforma trabalhista a partir de 2017**. Orientador Francisco Gérson Marques de Lima. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

FISS, Owen M. **Against settlement**. The Yale Law Journal, v. 93, p. 1073-1090, 1984. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers. Acesso em: 28 dez. 2021.

FRENCH, John D. **Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros**. Tradução Paulo Fontes. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

FRIEDMAN, Milton. **A Metodologia da economia positiva**. Tradução Leonidas Hegenberg. Edições Multiplic, v. 1, n. 3, p. 163- 200, fev. 1981.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil & análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia>. Acesso em: 26 jan. 2022.

GABBAY, Daniela Monteiro. Litigância repetitiva e acesso à Justiça no Brasil: uma nova agenda de pesquisa. In: FERRAZ, Leslie Shérída (coord.). **Repensando o acesso à Justiça:**

estudos internacionais. Volume 1 – As ondas de Cappelletti no século XXI. Aracaju: Evocati, 2016. p. 86-107.

GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araújo. **Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa.** RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez. 2019.

GALANTER, Marc. **Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change.** Law & Society Review, Vol. 9, n. 1, p. 95-160, 1974. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3053023?seq=1>. Acesso em: 14 fev. 2020.

GICO JR., Ivo Teixeira. **A natureza econômica do direito e dos tribunais.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 3, p.12-39, 2019.

GICO JR., Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário.** RDA - Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Análise econômica do processo civil.** Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito.** Economic Analysis of Law Review, Brasília: Universa, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794/2034>. Acesso em: 28 abr. 2020.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. **O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil).** Revista da ESMape, Recife, v.5, n. 11, p. 247-273, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica).** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUEDES, Cintia Regina. O conteúdo do direito de acesso à justiça e do princípio do devido processo legal na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública Geral. **Cadernos estratégicos: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018. p. 51-67.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A fundamentação da sentença no novo CPC e sua repercussão no processo do trabalho. *In*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (org.). **Novo CPC: repercussões no processo do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 125-172.

GUNTHER, Luiz Eduardo; BARACAT, Eduardo Milleó; COMAR, Rodrigo Thomazinho. **Pós-positivismo e a sua relação com o princípio da boa-fé objetiva na formação do pensamento jurídico.** Revista Thesis Juris - RTJ, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 98-117, jan./jul. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/12818/6955>. Acesso em: 06 abr. 2022.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. Science, New Series, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 13 dec. 1968. Disponível em: <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243>. Acesso em: 30 dez. 2020.

HESSE, Herman. **Sidarta**. Tradução de Herbert Caro. 14. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2020.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Agência IBGE Notícias. **PNAD Educação 2019: Mais da metade das pessoas de 25 anos ou mais não completaram o ensino médio**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28285-pnad-educacao-2019-mais-da-metade-das-pessoas-de-25-anos-ou-mais-nao-completaram-o-ensino-medio>. Acesso em: 22 mar. 2022.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; ADAMI, Mateus Piva. Steven Shavell e o preço do processo: notas para uma análise econômica do direito processual. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 189-218.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic analysis of law. In: FELDSTEIN; AUERBACH (Ed.). **Handbook of Public Economics**, Elsevier, 2002. v. 3, p. 1661-1784. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/99_Economic_analysis_of_law.pdf. Acesso em: 24 abr. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOCH, Ingedore G. Villaça. **Argumentação e linguagem**. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

KOCH, Ingedore G. Villaça; ELIAS, Vanda Maria. **Escrever e argumentar**. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Contexto, 2020.

KRUGMAN, Paul R.; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Tradução Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **CLT organizada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Raciocínio Jurídico e Economia**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 137-170, 2004. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4110089/mod_resource/content/1/Lima%20Lopes%](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4110089/mod_resource/content/1/Lima%20Lopes%20)

2C%20Jos%C3%A9%20Reinaldo.%20Racioc%C3%ADnio%20jur%C3%ADico%20e%20economia.pdf. Acesso em: 24 abr. 2020.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Regla y compás, o metodologia para un trabajo jurídico sensato. *In*: COURTIS, Christian (Ed.). **Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación**. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 41-67.

LOPEZ, Manuel-Carlos Palomeque. **Direito do trabalho e ideologia**. Tradução António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.

MACHADO, Cecília. A regulação do mercado de trabalho no Brasil. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO; Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). **Direito e economia do trabalho**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020. p. 25-60.

MACHADO, Sidnei. **A judicialização do conflito do trabalho na reforma trabalhista brasileira de 2017**. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano. Campinas: Procuradoria Regional do Ministério Público do Trabalho da 15ª Região, v. 2, n. 1, p. 255-271, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.33239/rtdh.v2i1.34>. Acesso em: 29 nov. 2020.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, Izabel. **Introdução: a análise de discurso crítica**. DELTA, São Paulo, v. 21, p. 1-9, 2005. Número especial. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502005000300002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 20 mar. 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça condicionantes legítimas e ilegítimas**. Salvador: JusPodivm, 2018.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. Revisão técnica Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade**. Orientador Horácio Wanderlei Rodrigues. Coorientador Alexandre Moraes da Rosa. 300 f. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. **O movimento Law and Economics e a eficiência como critério de justiça: incompatibilidades entre direito, economia e democracia**. Unisul de Fato e de Direito: Revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. Palhoça: Editora Unisul, v. 1, n. 1, p. 93-102, 2010. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1037. Acesso em: 24 mar. 2020.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 3 v.

MARTÍNEZ PÉREZ, Leonardo Fábio. **Questões sociocientíficas na prática docente: ideologia, autonomia e formação de professores**. São Paulo: Editora UNESP, 2012. *E-book*. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MARX, Karl. **Salário, preço e lucro**. Tradução Eduardo Saló. Bauru: EDIPRO, 2004.

MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Código Civil comentado: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MELHADO, Reginaldo. Competência da Justiça do Trabalho. *In*: CHAVES, Luciano Athayde (org.). **Curso de processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 193-251.

MELMAN, Ana Carolina. **Análise econômica no processo civil brasileiro: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MENEZES, Mauro de Azevedo. **Constituição e reforma trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2003.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista do Serviço Público, [S. l.], v. 51, n. 2, p. 105-119, 2014. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328>. Acesso em: 26 jan. 2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

MOURA, Marcelo. Capacidade postulatória e honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho. *In*: MIESSA, Élisson (coord.). **Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 303-324.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. Tradução Dimitri Dimoulis *et al.* Revisão da tradução Rossana Ingrid Jansen dos Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOGAMI, Otto; PASSOS, Carlos Roberto Martins. **Princípios de economia**. 7. ed. rev. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à Economia Política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [Brasília]: ONU, 2008. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. [Brasília]: ONU, 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/8>. Acesso em: 16 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs Chile**. Sentença de 02 set. 2015 [2015a]. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_300_esp.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Cantos Vs. Argentina**. Sentença de 28 nov. 2002. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Fernández Ortega e outros Vs. México**. Sentença de 30 ago. 2010. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_por.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador**. Sentença de 05 out. 2015 [2015b]. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de outubro de 1999**. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Solicitante: Estado Unidos Mexicanos. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf. Acesso em: 23 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho e seu anexo (Declaração de Filadélfia)**. OIT. [Brasília]: OIT, 2015. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 04 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 81 – Inspeção do Trabalho na indústria e no comércio**. OIT. [Brasília]: OIT, [1947]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235131/lang--pt/index.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento**. OIT. [Brasília]: OIT, 1998. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_230648.pdf. Acesso em: 09 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho Decente**. OIT. [Brasília]: OIT, [2006]. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 16 abr. 2021.

PACHECO, Pedro Mercado. **La construcción teórica del análisis económico del derecho**. REGAP Revista galega de administración pública. Santiago de Compostela: Escola galega de administración pública, v. 1, n. 30, p. 15-43, jan./abr. 2002. Disponível em: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/issue/view/100/98>. Acesso em: 29 ago. 2021.

PARENTONI, Thaís de Souza. Custas processuais e depósito recursal: mudanças promovidas pela Lei n. 13.467/2017. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino (coord.). **Direito processual do trabalho: Constituição e reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2018. p. 126-133.

PARREIRA, Liziane.; BENACCHIO, Marcelo. **Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise económica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 3.

PÉREZ, José Luis Monereo. **Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

PESSOA, Leanne Araújo Holanda de Paula; SILVA, Alexandre Antônio Bruno da. **Reflexões sobre hermenêutica jurídica e enunciados de jurisprudência na reforma trabalhista**. Revista Paradigma. Ribeirão Preto: UNAERP, v. 28, n. 1, p. 218-237, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1228/1284>. Acesso em: 13 dez. 2020.

PIGNANELI, Guilherme da Costa Ferreira. **Mecanismos de controle de demandas desnecessárias e frívolas: uma análise econômica a partir do acesso à justiça**. Orientador Oksandro Gonçalves. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. Tradução Daniel Vieira. Revisão técnica Edgard Merlo e Julio Pires. 8. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (org.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 3-31.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução e revisão técnica Wagner D. Giglio. Tradução das atualizações Edilson Alkmim Cunha. 3. ed. fac-sim. São Paulo: LTr, 2015.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução Leonidas Hegenberg e Ocatanny Silveira da Mota. 9. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2001.

PORTO, Antônio J. Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 25-50.

POSNER, Richard A. **Some uses and abuses of economics in law**. The University of Chicago Law Review, v. 46, n. 2, p. 281-306, 1979.

ROBBINS, Lionel. **Um ensaio sobre a natureza e a importância da ciência econômica**. Tradução Rogério Galindo. Revisão técnica Pedro Garcia Duarte. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MARZINETTI, Miguel. **Os honorários advocatícios sucumbenciais na reforma trabalhista e o direito intertemporal**. Revista do TRT 10. Região. Brasília: Tribunal Regional do Trabalho da 10. Região, v. 21, n. 2, nov. 2017. p. 19-30. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/125410>. Acesso em: 12 fev. 2022.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. **Eficiência do acesso à justiça como fator de desenvolvimento econômico**. Orientadora Marcia Carla Pereira Ribeiro. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014.

RODRIGUES JR., Edson Beas (org.). **Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2015.

ROMITA, Arion Sayão. **Flexigurança: a reforma do mercado de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20. ed. 11. reimpr. São Paulo: Atlas, 2013.

RUIZ, María Luz Vega. El futuro del trabajo: ¿regular un derecho humano? El debate sobre la centralidad del ser en el trabajo. In: PÉREZ, José Luis Monereo; BARROSO, Fábio Túlio; HERAS, Horacio de las (Org.). **El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: desafíos para el trabajo decente**. Murcia: Laborum Ediciones, 2018. p. 11-25.

SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 55-66, mar./abr./maio 2014.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário: mudanças e reformas**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017. *E-book*.

SALAMA, Bruno Meyerhof; YEUNG, Luciana L; CARLOTTI, Danilo. **Quando Litigar Vale Mais a Pena do que Fazer Acordo: os grandes litigantes na Justiça Trabalhista**. FGV Working Paper – Série: O Judiciário Destrinchado pelo ‘Big Data’. Rio de Janeiro: FGV, 2019. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/143/. Acesso em: 04 mar. 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 27. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SANTANA, Bianca Quitéria de Moura; COLARES, Virgínia. Colonialidade e educação: uma análise crítica do discurso do voto vencido do julgamento da ADI 5357. In: GOMES, Angela Maria (org.). **Letras: semiótica, linguística e suas vertentes [recurso eletrônico]**. Ponta Grossa: Atena Editora, 2020. p. 33-49.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 21, p. 11-37, nov. 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014. *E-book*.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SCHIAVI, Mauro. **Nova leitura dos princípios do direito processual do trabalho**. Orientador Pedro Paulo Teixeira Manus. 223 f. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão Técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Litigation and the Legal Process: the basic theory of litigation. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 917-946.

SHAVELL, Steven. **The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system**. Journal of Legal Studies, Chicago, v. 11, p. 333-339, jun. 1982.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Paulo Henrique Tavares; SILVA, Juliana Coelho Tavares. Ao vencedor as batatas!: excuso acerca da concessão de honorários advocatícios sucumbenciais nas ações trabalhistas.

In: MIESSA, Élisson (coord.). **Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 275-287.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; HORN, Carlos Henrique. **O princípio da proteção e a regulação não-mercantil do mercado e das relações de trabalho**. Revista de Direito do Trabalho – RDT, São Paulo, v. 132, p. 184-205, out./dez. 2008.

SMITH, Adam. **A mão invisível**. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013. *E-book*.

SMITH, Adam. **Compêndio riqueza das nações**. Tradução Bento da Silva Lisboa. São Paulo: Hunter Books, 2014.

SMITH, James Edgar; BARROSO, Fábio Túlio. **A nova racionalidade da uniformização de jurisprudência na Justiça do Trabalho após a Reforma Trabalhista de 2017**. Revista Magister de Direito do Trabalho. Porto Alegre: Magister, v. 106, jan./fev. 2022. p. 94-119.

SOUSA, Leonardo Barbosa de. **O acesso à justiça no estado democrático de direito: a reforma trabalhista na contramão do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita**. Orientador Carlos Henrique Bezerra Leite. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho: e as ideias fora de lugar do novo CPC**. São Paulo: LTr, 2015.

SUDATTI, Ariani Bueno. **Dogmática jurídica e ideologia: o discurso ambiental sob as vozes de Mikhail Bakhtin**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SUPIOT, Alain. **O espírito da Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Tradução Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, 2 v.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. v. 1.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O procedimento sumaríssimo no processo do trabalho: comentários à lei n. 9.957/2000**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017 e pela medida provisória n. 808, de 14.11.2017**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

TEIXEIRA, Sergio Torres. **Instrumentalidade do modelo processual trabalhista e obstáculos à sua plena efetividade**. Revista do TRT 6. Região. Recife: Tribunal Regional do Trabalho da 6. Região, v. 17, n. 34, p. 138-163, 2007.

TEIXEIRA, Sergio Torres; BARROSO, Fábio Túlio. **Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilização laboral**. Revista do TST, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 57-69, jul./set. 2009. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/13662>. Acesso em: 03 abr. 2021.

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação em massa**. Tradução Carmen Grisci *et al.* Responsável pela tradução Pedrinho A. Guareschi. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Reforma trabalhista: pressa, atecnia e irresponsabilidade**. Revista do TRT 15. Região. Campinas: Tribunal Regional do Trabalho da 15. Região, n. 51, p. 61-68, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/125459>. Acesso em: 10 fev. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça (Grande Secção). **Impact contra Minister for Agriculture and Food e outros. Processo C-268/06**. Acórdão de 15 abr. 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0268>. Acesso em: 12 abr. 2022.

UNITED KINGDOM. Supreme Court. **R (on the application of UNISON) (Appellant) v Lord Chancellor (Respondent)**. [2017] UKSC 51. On appeal from [2015] EWCA Civ 935. Judgment date 26 Jul. 2017. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0233-judgment.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2022.

VILLATORE, Marco Antônio César *et al.* **Controle de convencionalidade: análise da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho e artigo 477-A da CLT**. Revista da AJURIS. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 45, n. 145, p. 141-164, dez. 2018. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/917>. Acesso em: 03 mar. 2022.

VILLATORE, Marco Antônio César; GUNTHER, Luiz Eduardo; PRIGOL, Natalia Munhoz Machado. **Direito individual do trabalho e a reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) à luz da Constituição de 1988**. Meritum, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, p. 149-171, 2018. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/6152>. Acesso em: 03 mar. 2022.

WATANABE, Kazou. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WODAK, Ruth. **Do que trata a ACD – um resumo de sua história, conceitos importantes e seus desenvolvimentos**. Linguagem em (Dis)curso, [S.l.], v. 4, p. 223-243, 2004. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/Linguagem_Discurso/article/view/297. Acesso em: 26 set. 2020.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.