

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

Jéssica Gonçalves Grosman

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA JUSTIÇA GRATUITA PREVISTA NA LEI
13.467/2017: TENTATIVA DE RESTRIÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA DO
TRABALHO

Porto Alegre

2021

Jéssica Gonçalves Grosman

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA JUSTIÇA GRATUITA PREVISTA NA LEI
13.467/2017: TENTATIVA DE RESTRIÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA DO
TRABALHO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Direito
Econômico e do Trabalho da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como parte
dos requisitos para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Valdete Souto
Severo

Porto Alegre

2021

RESUMO

O trabalho objetivou verificar a constitucionalidade das alterações da gratuidade da justiça na Justiça do Trabalho, promovidas pela Lei nº 13.467/2017, visto se tratar de um direito-garantia fundamental, previsto no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, que tem por finalidade a promoção do acesso dos financeiramente hipossuficientes à justiça. Para isto, foi realizada pesquisa bibliográfica analisando as justificativas do legislador ordinário, as indicações do Banco Mundial para reforma dos Judiciários da América Latina e Caribe, bem como os votos proferidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. A partir da análise foi concluído que as justificativas do legislador ordinário, do Banco Mundial e, em parte, do Supremo Tribunal Federal convergiram para a restrição do direito fundamental tão somente com base na teoria dos custos do direito, com base na escassez ficta de recursos e na consequente decisão da Administração Pública em não-alocação de recursos para promoção de determinado direito fundamental, implicando restrição do acesso democrático à justiça.

Palavras-chave: Justiça Gratuita. Hipossuficiência financeira. Acesso à Tutela jurisdicional. Direito-garantia fundamental. Acesso democrático. Restrição.

ABSTRACT

The study aimed to verify the constitutionality of the alterations to the gratuitousness of justice in the Labor Court, promoted by Law No. 13.467/2017 as it is a fundamental guarantee right, provided for in item LXXIV of article 5 of the Federal Constitution, which aims to promote access to justice for the financially disadvantaged. For this, bibliographical research was carried out analyzing the justifications of the ordinary legislator, the indications of the World Bank to reform the Judiciary in Latin America and the Caribbean, as well as the votes cast in the Direct Action of Unconstitutionality nº 5766, judged by the Supreme Court. From the analysis, it was concluded that the justifications of the ordinary legislator, the World Bank, and, in part, the Federal Supreme Court converged to the restriction of the fundamental right only based on the theory of the costs of law, based on the fictitious scarcity of resources and in the consequent decision of the Public Administration not to allocate resources to promote a certain fundamental right, implying restriction of democratic access to justice.

Keywords: Free Justice. Financial low-income. Access to jurisdictional protection. Fundamental right-guarantee. Democratic access. Restriction.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ART – Artigo.

CF – Constituição Federal.

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

CPC – Código de Processo Civil.

MP – Medida Provisória.

PIB – Produto Interno Bruto.

PL – Projeto de Lei.

STF – Supremo Tribunal Federal.

TST – Tribunal Superior do Trabalho.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO.....	7
2.1 A disciplina jurídica da Justiça Gratuita na Justiça do Trabalho.....	12
2.2 As modificações da Justiça Gratuita.....	14
3 AS JUSTIFICATIVAS PARA AS MODIFICAÇÕES.....	17
3.1 As recomendações do Banco Mundial para a reforma do Poder Judiciário.....	18
3.2 Julgamento da ADI n. 5766.....	20
3.2.1 Análise do voto ministro Luís Roberto Barroso.....	24
3.2.2 Análise do voto ministro Luiz Fux.....	37
3.2.3 Análise dos demais votos proferidos na Sessão Plenária de 20/10/2021.....	46
4 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES LEGAIS: O DISCURSO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	53
4.1 A inconstitucionalidade do artigo 844, caput, e §2º, da CLT.....	59
5. CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

Buscamos trazer neste trabalho a trajetória que culminou nas modificações da gratuidade da justiça no âmbito da Justiça do Trabalho, previstas nos artigos 790-B, caput e §4º, 791-A, caput e §4º, e 844, §4º, da Consolidação das Leis do Trabalho, promovidas pela Lei nº 13.467/2017, bem como a sua (in)constitucionalidade, tendo em vista o seu aparente potencial devastador no acesso democrático à justiça.

Para tanto, em um primeiro momento, esboçamos a importância da promoção do acesso à Justiça do Trabalho, perquirindo as razões de existir do instituto, bem como a sua implementação no Brasil.

Em um segundo momento, analisamos as justificativas trazidas pelo legislador ordinário para alteração da gratuidade aos financeiramente hipossuficientes, bem como as recomendações do Banco Mundial para reformas nos Judiciários da América Latina e Caribe, contidas no Documento 319.

Em seguida, examinamos a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, proposta em 2017 pelo Procurador Geral da República, que arguia a inconstitucionalidade dos dispositivos da chamada Reforma Trabalhista que alteravam a gratuidade. Analisamos os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal e suas razões, que perpassaram desde suas percepções pessoais acerca dos problemas do judiciário e meios de enfrentá-los, até teorias jurídicas dos limites dos direitos fundamentais sociais.

A partir disto, restou claro que mesmo no âmbito da Corte maior brasileira, para justificar a ineficácia de direito ou garantia fundamental de segunda geração, previsto na Constituição Federal, bastam alguns argumentos não estritamente jurídicos – tampouco aferidos –, que objetivam a diminuição dos custos do judiciário a curto prazo, em detrimento de uma análise comprometida com as verdadeiras causas dos problemas e com o acesso democrático à justiça.

Assim, o trabalho tem por objetivo investigar a fundamentalidade do direito à assistência jurídica gratuita no âmbito da Justiça do Trabalho, aferindo a constitucionalidade das mudanças da Reforma Trabalhista, bem como a adequação do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766 pelo Supremo Tribunal Federal.

2 A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO

O problema do acesso à justiça e a sua efetivação é antigo, sem sequer ser possível estabelecer a sua origem com exatidão, havendo historiadores que indicam o Código de Hamurabi como o primeiro a constar a preocupação com o acesso à justiça aos oprimidos.¹ Todavia, apenas a preocupação nunca significou a sua efetivação, como demonstra a história.

Nos estados liberais do século XVIII e XIX, o acesso à justiça era promovido apenas para aqueles que pudessem enfrentar os custos da demanda, visto que o Estado se mantinha inerte em relação aos que não possuíam recursos. Com o reconhecimento do dever do Estado de realizar direitos sociais básicos, como direito à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança, viu-se a necessidade de atuação positiva, pois esses direitos não são efetivados sem acesso à justiça.²

Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na obra que resume a conclusão do Projeto Florença – projeto que, na década de 60, reuniu pesquisadores para coleta de dados e pesquisa sobre o acesso à justiça de diversos países –, indicaram os obstáculos a serem ultrapassados para se efetivar o acesso à justiça.³

As custas judiciais, em razão de ser o ônus de sucumbência ao vencido uma barreira, pois os litigantes não têm certeza da procedência da demanda, diante da própria incerteza dos processos; as custas nas pequenas causas, que podem ultrapassar o próprio valor da causa; o tempo de duração de um processo, visto que a demora para julgamento pressiona os financeiramente mais fracos a abandonarem suas causas, aceitando valores inferiores ao que teriam direito.⁴

Os autores salientam também a desigualdade entre as partes, pois pessoas ou organizações que possuem recursos financeiros têm vantagens para propor ou se defender em juízo, posto que podem pagar para litigar e podem utilizar argumentos de maneira mais efetiva. Ressaltam, também, a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou defesa, visto que recursos econômicos, diferença na educação e status social podem influenciar na própria aptidão de conhecer o direito, e ainda na

¹ ROCHA, Alexandre Lobão. *A garantia fundamental de acesso do pobre à justiça*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a.32 n. 128, p. 127- 137, out./dez. 1995.

² CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9 a 11.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

própria disposição psicológica para recorrer à justiça. A diferença entre os litigantes eventuais e habituais também é considerada pelos autores, visto que os litigantes habituais, com experiência em litígios, podem planejar melhor o litígio, traçando estratégias.⁵ Neste ponto, como exemplo atual, tem-se a própria estratégia das empresas Uber e 99 na Justiça do Trabalho brasileira, que realizam acordos quando visualizam a possibilidade de procedência da ação, a fim de que não se forme jurisprudência que reconheça vínculos empregatícios com os motoristas e as motoristas dos aplicativos.⁶

Indicam os autores o problema da tutela dos interesses difusos, aqueles direitos fragmentados ou coletivos, como, por exemplo, meio ambiente e proteção do consumidor, encontrando-se a problemática na própria organização das pessoas, em traçar estratégias em conjuntos. Além disso, a legitimidade para propor a ação também é vista como um problema, e, quando reconhecida na legislação, o prêmio, por ser pequeno, não suscita a busca pela tutela jurisdicional.⁷

Assim, advertem os autores que a interligação entre os obstáculos do acesso à justiça é um fator complicador, pois para a sua efetivação, não basta eliminar apenas um obstáculo.⁸

Pensando em soluções para a problemática, indicam a Primeira Onda como a assistência judiciária aos pobres, promovida nos países ocidentais com sistemas como o *Judicare*, advogados remunerados pelos cofres públicos, modelos combinados. A Segunda Onda, com a representação dos direitos difusos, com reforma da própria legislação a fim de possibilitar a legitimidade, mudança em relação à coisa julgada, às ações coletivas, advogados públicos para a função, Procurador Geral Privado, Técnica do Advogado Particular do Interesse Público; e a Terceira Onda, como um novo enfoque do acesso à justiça, concentrando-se nas instituições,

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 15-26.

⁶ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LEME, Ana Carolina Reis Paes. *Litigância manipulativa da jurisprudência e plataformas digitais de transporte: levantando o véu do procedimento conciliatório estratégico*. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v.10, n. 95, p. 24-44, jan. 2021. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/182394/2021_orsini_adriana_litigancia_manipulativa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19/09/2021.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988. p. 26-73.

⁸ *Ibid.*

mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para o processo e prevenção de conflitos.⁹

Verifica-se que o acesso à justiça foi discutido em razão da preocupação de efetivar o próprio princípio da igualdade, já previsto em 1789, no artigo 1º da Declaração do Homem e do Cidadão, em resposta à Revolução Francesa e, posteriormente, com um significado histórico já diferente deste, no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.¹⁰

O direito fundamental ao processo, decorrência lógica do próprio acesso à justiça, é previsto internacionalmente no artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹¹; no artigo XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948¹², no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

⁹ *Ibid.*

¹⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, p. 289-332, nov. 2017.

¹¹ O artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê *que todo o ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele*.

¹² O artigo XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem prevê *que toda a pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente*.

de 1950¹³; no artigo 14 – 1 do Pacto dos Direitos Civil e Políticos de 1966¹⁴; nos artigos 1º e 8º do Pacto São José da Costa Rica¹⁵ de 1969.¹⁶

O direito fundamental ao processo no âmbito da justiça juslaboral tem especial importância em face da própria razão de ser do direito do trabalho, que é a de efetivar a proteção do trabalho humano dos efeitos nocivos do sistema capitalista, reconhecendo a desigualdade entre empregado ou empregada e empregador ou empregadora, conferindo a quem trabalha a qualidade de sujeito de direitos.¹⁷

O princípio da proteção se justifica pela desigualdade inerente à relação de trabalho no sistema de organização social capitalista, em razão da venda de tempo de vida e força física por valor monetário.¹⁸

¹³ O artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê que *qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido a imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, de ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.*

¹⁴ O artigo 14 – 1 do Pacto dos Direitos Civil e Políticos de 1966 prevê que *toda as pessoas são iguais perante os Tribunais e 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. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tomar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.*

¹⁵ Os artigos 1º e 8º do Pacto São José da Costa Rica, preveem, respectivamente que *Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social; e Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

¹⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista.* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, p. 289-332, nov. 2017.

¹⁷ SEVERO, Valdete Souto. *Princípio da proteção.* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3633, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24690>. Acesso em: 2/10/2021.

¹⁸ *Ibid.*

Assim, através do princípio da proteção no direito do trabalho – que deve ser entendido como de fato o que está no princípio (razão de ser), sendo necessário a sua presença para conferir à regra a normatividade – protege-se a condição humana, reconhecida como um direito fundamental, este também criado para combater as consequências do sistema de organização social capitalista.¹⁹

Diante da desigualdade entre empregado/empregada e empregador/empregadora, que perdurará enquanto o capitalismo perdurar, as técnicas de proteção (pacificação social entre as classes) são a intervenção do Estado, por meio de edições de normas e providências para proteção do trabalhador e trabalhadora; negociação coletiva; e a autotutela, que se trata da defesa por meio de ação direta, por meio de greve e *lock-out*.²⁰

Assim, tem-se que as regras juslaborais, assim como a justiça do trabalho, destinam-se a racionalizar o sistema, garantindo a sua própria sobrevivência, pois ainda que almeje a proteção mínima dos trabalhadores e trabalhadoras, é uma instituição que colabora com a pacificação social no sistema capitalista.²¹

Nesse ínterim, além daqueles obstáculos ao acesso à justiça indicados por Cappelletti e Garth – sobretudo custos do processo e possibilidade das partes –, os trabalhadores e trabalhadoras enfrentam obstáculos em razão da sua própria condição, como o temor da despedida imotivada, impossibilitando a sua subsistência.

Assim, dada a importância do acesso à justiça e partindo do pressuposto já consagrado entre processualistas de que o processo existe a fim de tutelar os direitos, o direito fundamental ao processo foi previsto nos incisos XXXV e LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, que dispõem, respectivamente, que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*.²²

Aliado a isto, a Constituição Federal, no seu artigo 1º, incisos III e IV, ao prever que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da iniciativa

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 22-24.

²¹ *Ibid.* p. 35.

²² BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20/09/2021.

privada são os fundamentos da República Federativa do Brasil, e, no artigo 7º, os direitos mínimos que deverão ser assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros direitos que visem à melhoria da condição da classe trabalhadora, assegurou o direito fundamental ao acesso à justiça do trabalho.²³

2.1 A disciplina jurídica da Justiça Gratuita na Justiça do Trabalho

A fim de traçar a história da justiça gratuita na Justiça do Trabalho, faz-se necessária a distinção dos institutos que buscam promover o acesso à justiça. Dentre eles, estão a assistência judiciária gratuita, que engloba a isenção dos custos processuais e o patrocínio por advogado; a assistência jurídica gratuita, que engloba a isenção dos custos do processo e o patrocínio de advogado, tanto no âmbito extrajudicial como judicial, e a justiça gratuita, que especificamente é a isenção dos custos do processo. Portanto, a justiça gratuita é espécie e a assistência judiciária/jurídica gratuita é gênero.²⁴

Assim, neste trabalho, em que pese se reconheça a necessidade e importância da promoção da assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes financeiramente – tanto assistência por advogado, em âmbito extrajudicial e judicial, como isenção de custas – este trabalho tratará a respeito da Justiça Gratuita, entendida como isenção dos custos do processo.

Embora não se desconheça a anterioridade da experiência legislativa no âmbito do direito do trabalho²⁵, consideraremos como surgimento da Justiça do Trabalho no Brasil a década de 1930²⁶, e analisaremos o instituto da Justiça Gratuita a partir de então.

Porém, frisam-se, inicialmente, as primeiras discussões e previsões, ainda tímidas, que resultaram nesse direito fundamental. Em 1841, as Ordenações Filipinas passaram a vigorar no Brasil, prevendo a isenção dos feitos aos réus em processo

²³ *Ibid.*

²⁴ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. 1. Ed. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 79-80.

²⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Vamos falar séria e honestamente sobre a Reforma Trabalhista*. Comissão Temporária PL 6786/2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-6787-16-reforma-trabalhista/documentos/audiencias-publicas/prof-jorge-luiz-souto-maior>. Acesso em: 08/08/2021.

²⁶ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho I*. São Paulo: LTr, 2014. p. 31.

criminal e a nomeação de curador para os menores e os considerados “loucos”. Nesse sentido, foi importado também de Portugal que o patrocínio dos pobres em processos cíveis caberia aos advogados. Posteriormente, começaram a surgir no Brasil leis que isentavam réus em processos criminais até adquirir meios para o pagamento, e que isentavam litigantes pobres em processos cíveis, porém, foram de baixo alcance e revogadas.²⁷

Ainda com o entendimento de que a assistência jurídica aos pobres deveria ser prestada pelos advogados em razão de ser um dever moral, juristas, inspirados na discussão que acontecia em países como Bélgica, França, Holanda e Itália, passaram a debater a questão a nível nacional. Nesse sentido, Nabuco de Araújo, apoiado por abolicionistas, criou o Instituto dos Advogados do Rio para promoção da assistência judiciária aos indigentes. Assim, a assistência foi implementada a nível estadual, todavia, sem obrigatoriedade em todos os estados, tampouco uniformidade.²⁸

Em 1934, em decorrência de pressão da Ordem dos Advogados do Brasil, que defendia que a assistência judiciária deveria ser responsabilidade de todos, com utilização de recursos públicos, dada a sua importância, e não somente obrigação da classe de advogados, a assistência judiciária gratuita foi reconhecida na Constituição Federal, em seu art. 113, nº 32, localizado no Capítulo II Dos Direitos e Das Garantias Individuais. Nesse sentido, Peter Messitte ressalta que o reconhecimento do direito à assistência judiciária gratuita em nível constitucional indica que o princípio faz parte do “regime de garantias e direitos essenciais à vida política e social e da comunidade”, sendo difícil o seu possível esquecimento.²⁹

Ainda que a Constituição Federal de 1937 tenha silenciado a respeito da assistência judiciária gratuita, os estados passaram a criar serviços governamentais de assistência judiciária no Brasil, e as codificações passaram a prevê-la. A Consolidação das Leis do Trabalho disciplinou a assistência judiciária, a ser mantida pelos sindicatos, no artigo 514, b, com redação do Decreto Lei nº 8.987-A/46; a isenção de selo às reclamações, representações, requerimentos, atos e processos relativos à Justiça do Trabalho no artigo 782, com redação do Decreto Lei nº 5.452/43; e a faculdade aos presidentes dos tribunais do trabalho de conceder, de ofício, a

²⁷ MESSITTE PETER. *Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história*. Revista da Faculdade de Direito: Minas Gerais. n. 7. p. 126-150. out. 1967, p.126. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/707>. Acesso em: 10/08/2021.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

justiça gratuita, inclusive quanto ao traslado e instrumentos, àqueles que percebessem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou que provassem o seu estado de miserabilidade, no artigo 789, 9, com redação do Decreto Lei nº 5.452/43.³⁰

Com o fim do Estado Novo e a nova Constituição democrática, a assistência judiciária gratuita foi prevista no art. 141, §35.³¹

Em 1950, a assistência judiciária prevista nas várias legislações esparsas foi consolidada na Lei nº 1.060, que em seu artigo 2º previa a aplicação da lei para a justiça do trabalho, e em seu artigo 2º, parágrafo único, definia necessitados como aqueles cuja situação econômica não lhes permitisse pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo do seu sustento ou de sua família, bem como no artigo 3º previa a dimensão dessa isenção.³²

Posteriormente, em novo período ditatorial, em que pese a grave restrição aos direitos e garantias individuais, foi mantida a previsão da assistência judiciária gratuita na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Com a democratização e nova constituinte, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, ampliou o instituto da assistência judiciária gratuita, que passou a ser assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, passando a englobar a assistência de advogado também em âmbito extrajudicial.³³

2.2 As modificações da justiça gratuita

Até o advento da Lei 13.467/2017, a justiça gratuita era prevista no artigo 790, §3º, da CLT, diante da modificação realizada pela Lei 10.537/2002³⁴, bem como na Lei nº 1.060/1950³⁵. O artigo 790, §3º, da CLT, com redação da Lei 10.537/2002, previa a concessão, a requerimento ou de ofício, do benefício da justiça gratuita àqueles que percebessem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou que

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ ROCHA, Alexandre Lobão. *A garantia fundamental de acesso do pobre à justiça*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a.32 n.128, p. 127-137, out/dez. 1995. p 134- 135.

³⁴ BRASIL. Lei n. 10.537, de 27 de agosto de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10537.htm. Acesso em: 20/08/2021.

³⁵ BRASIL. Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm Acesso em: 20/08/2021.

declarassem, sob as penas da lei, a ausência de condições financeiras para o custeio sem prejuízo do seu sustento ou de sua família.

O artigo 790-A previa a isenção do pagamento das custas para os beneficiários da justiça gratuita, e o artigo 790-B previa a ausência de responsabilidade do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de honorários periciais, quando sucumbente.

A Lei 13.467/2017³⁶, a chamada reforma trabalhista, através dos artigos 790, §3º, 790- B, *caput*, e §4º, artigo 791-A, §4º, e artigo 844, §2º e 3º, modificou o instituto da justiça gratuita de forma a torná-la inaplicável ou insuficiente para o seu fim – promover o acesso à justiça –, conforme trataremos a seguir.

A primeira modificação, em que pese não seja objeto desse trabalho, foi na própria concessão da justiça gratuita, visto que o §3º do artigo 790 da CLT previu ser facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância a concessão, a requerimento ou de ofício, do benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que percebem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

É de ser ressaltado que o dispositivo, ao contrário da previsão anterior, não prevê a concessão de ofício àqueles que declarem, sob as penas da lei, a ausência de condições financeiras para o custeio dos custos do processo sem prejuízo do seu sustento ou de sua família.

Assim, tem-se que a nova previsão almejou restringir a possibilidade de concessão de ofício para aqueles que percebem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. O §4º do artigo 790 da CLT, por sua vez, prevê a concessão da justiça gratuita à parte que comprovar a insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

A CLT, em seu artigo 790-B, passou a dispor que a parte sucumbente do objeto da perícia é responsável pelos honorários do perito, ainda que beneficiária da justiça gratuita, e o §4º do dispositivo prevê que a União responderá pelo encargo apenas caso o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capaz de suportar a despesas, ainda que em outro processo.

³⁶ BRASIL, Lei n. 13.467, de Julho de 2017. Acessível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 21/08/2021.

Anteriormente à Lei 13.457/2017, sucumbente na perícia a parte beneficiária da justiça gratuita, em razão da isenção, a União arcava com a referida despesa, conforme Orientação Jurisprudencial n. 387 da SDI-I do C. TST.³⁷

O artigo 791-A da CLT passou a prever a sucumbência recíproca na Justiça do Trabalho, e em seu §4º dispôs que o beneficiário da justiça gratuita é responsável pelo pagamento dos honorários advocatícios caso tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, e que a sua sucumbência ficará sob condição suspensiva, podendo ser executada apenas se nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado o credor comprovar ter deixado de existir a insuficiência de recursos.

Por fim, o artigo 844, *caput*, da CLT, prevê que o não comparecimento da parte reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o §2º do referido dispositivo a condenação da parte reclamante ao pagamento de custas, ainda que beneficiária da justiça gratuita, salvo comprovação de que a ausência decorreu de motivo legalmente justificável. O §3 do mesmo diploma dispõe que o pagamento das custas prevista no §2º é condição para a propositura de nova demanda.

Conforme será demonstrado nos tópicos a seguir, é inegável a inconstitucionalidade das modificações do instituto da justiça gratuita implementadas pela Lei nº 13.467/2017, em razão de promover o fim do próprio instituto, afrontando a Constituição Federal, além de serem ilegítimas para os fins propostos pelos legisladores.

³⁷ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. 1. Ed. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 82.

3 AS JUSTIFICATIVAS DAS MODIFICAÇÕES

Na tramitação do Projeto de Lei que culminou na Lei nº 13.467/2017, a justificativa utilizada para as modificações foi, em suma, a necessidade da atualização da lei, além da inclusão dos trabalhadores informais no mercado formal, com a geração de mais empregos formais.³⁸

Especificamente quanto às modificações do acesso à justiça do trabalho, no Projeto de Lei nº 6787/2016 o relator Deputado Rogério Marinho referiu que em razão das lacunas e confusões da CLT, em sua redação antiga, o Brasil era o campeão de ajuizamento de ações trabalhistas em todo o mundo.

Como causa do ajuizamento excessivo de ações, o deputado indicou o descumprimento intencional da lei pelo empregador; detalhamento acentuado das obrigações trabalhistas; regras processuais que estimulam o ingresso de ações e interposição infundada de recursos.

Diante disto, o relator afirmou que o projeto buscava conter a excessiva busca pelo Judiciário, através do desestímulo ao ativismo judicial e criação de mecanismos para estímulo de soluções antes da chegada ao Poder Judiciário.

Foi proposta a previsão de um “risco” para quem ingressasse com a ação judicial, em razão de grande parte das ações se resolverem na primeira audiência, com acordo, sem qualquer custo para o litigante.³⁹

No ponto, quanto ao argumento de que “grande parte das ações se resolverem na primeira audiência em acordo, sem qualquer custo para o litigante”, é de ser ressaltado que as disposições a respeito da estimulação das conciliações buscam justamente esse objetivo. Além disso, a CLT, em seu artigo 789, §3º, já previa que na hipótese de realização de acordo, se de outra forma não convencionado, o pagamento das custas caberia em partes iguais aos litigantes. Portanto, a CLT contém previsão para a hipótese reclamada pelo deputado relator.

De pronto se denota que as justificativas para a imposição de um “risco” para frear a litigiosidade na Justiça do Trabalho, assim como toda a reforma, foram

³⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.787 de 2016 que altera o Decreto-Lei nº 5.452, Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019 para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre o trabalho temporária, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=PRL+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016. Acesso em: 01/09/2021.

³⁹ *Ibid.*

legitimadas por uma previsão futura de maior geração de empregos formais. Como se o direito ao acesso à justiça pudesse ser sacrificado por uma aposta neoliberal.

Da análise do Projeto de Lei se verifica que sequer foi feita qualquer distinção entre litigante beneficiário da justiça gratuita e litigante não beneficiário, visto que o objetivo era, de fato, impor esse “risco” a todos os reclamantes, mesmo que o risco seja contrário à própria assistência jurídica gratuita – dentro dela compreendida a justiça gratuita –, e acabe por extingui-la.

Também, os problemas indicados pelo relator mostraram-se vagos, como “detalhamento acentuados das obrigações” e “regras processuais que estimulam o ingresso de ações e interposição infundadas de recursos”.

Em uma simples reflexão acerca do termo “detalhamento acentuado das obrigações”, verifica-se que o projeto pretendia deixar as disposições da CLT menos detalhadas, o que coloca em xeque a segurança jurídica almejada pelo próprio projeto.

Sobre as “regras processuais que estimulam o ajuizamento de ações e recursos infundados”, o relator deixou de detalhar quais seriam, passando a impressão de que se trata da própria justiça gratuita, pois ela que foi excepcionada de forma a ser inexistente e inoperante.

3.1 As recomendações do Banco Mundial para reforma do Poder Judiciário

O Banco Mundial, organismo da ONU que tem por objetivo a facilitação da economia de mercado, por meio do Documento 319, de 1996, indicou reformas necessárias para o Poder Judiciário dos países da América Latina e do Caribe.

Em suas indicações, o Banco refere ser necessária a reforma para que o judiciário combata a ilegalidade, protegendo a propriedade privada e garantindo o cumprimento dos contratos. Entre os valores indicados pelo Banco para o aprimoramento do Poder Judiciário, estão a acessibilidade, previsibilidade das decisões, independência, eficiência, transparência, credibilidade, combate à corrupção, proteção da propriedade privada e acessibilidade por meio de métodos alternativos de resoluções de conflitos contratuais.⁴⁰

⁴⁰ BANCO MUNDIAL. Documento Técnico 319. *O setor judiciário na América e no Caribe elementos para reforma*. Maria Dakolias. Tradução Sandro Eduardo Sardá. 1996. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>. Acesso em: 03/09/2021.

Ana Paula Lucena Silva Candéas afirma que muitos dos valores indicados pelo Banco como transparência, eficiência, independência, acessibilidade, já estão incorporados no Judiciário brasileiro. No entanto, o Judiciário é resistente a alguns conceitos, como necessidade de previsibilidade das decisões judiciais e respeito aos contratos de forma absoluta e previsível.⁴¹

Refere a autora que há dois entendimentos acerca da “previsibilidade das decisões”. Para economistas, a previsibilidade é a garantia do cumprimento dos contratos, com decisões não-politizadas, a fim de promover a confiança dos investidores. Para juízes, a previsibilidade tem relação com a justiça, a partir dos valores do Estado Democrático de Direito.⁴²

Nesse sentido, também indica pesquisa realizada⁴³, a qual concluiu que a maioria dos magistrados brasileiros, sobretudo nas áreas consumerista, trabalhista e previdenciária, entendem ser possível o “desrespeito” de contratos quando necessário, para promoção da justiça social, não compactuando com o entendimento de respeito de contratos independentemente das repercussões sociais.⁴⁴ Por óbvio, tem-se que a resistência nessas áreas se dá pela sua própria natureza, por serem áreas que tratam de conflitos entre partes desiguais, nas quais o sujeito de um dos polos é vulnerável frente ao outro, não podendo opor suas condições na formação do contrato, gerando, por consequência, contratos com cláusulas abusivas.

Ressalta-se que a ideia central de acesso à justiça para o Banco Mundial é a proteção dos contratos e da propriedade privada, preocupando-se com a eficiência do judiciário no sentido de seu funcionamento como facilitador da expansão do mercado, e, conseqüentemente, da redução da pobreza. Assim, verifica-se que o discurso se refere à abertura para o mercado global, objetivando algo que sequer participa de forma direta da proposta, a redução da pobreza, como se esta fosse uma consequência certa da economia de mercado. Também é possível observar que o

⁴¹ CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. *Os Valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais*. Brasília: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 7, n. 13, 1º semestre de 2004, p. 21-43.

⁴² *Ibid.*

⁴³ IDESP. *A crise do Judiciário vista pelos Juízes*. Relatório de Pesquisa. 1994. Disponível em: http://angico.uspnet.usp.br/dcp/images/Super_Users/rarantes/judiciario_24012020_184254.pdf Acessado em 27/11/2021.

⁴⁴ CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. *Os Valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais*. Brasília: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 7, n. 13, 1º semestre de 2004, p. 21-43.

Banco atua em prol, pelo menos diretamente, de empresários e investidores, tentando equalizar os interesses dos pobres com os dos investidores.⁴⁵

Assim, é possível refletir que, considerando que as forças de mercado também promovem desigualdade e exclusão, não pode o Judiciário ser pautado apenas pelo compromisso com o desenvolvimento da economia de mercado, devendo atuar em prol da democracia, a fim de tentar frear os efeitos nocivos do capitalismo.⁴⁶

Portanto, resta evidente que os valores indicados pelo Banco Mundial aos Judiciários da América Latina e Caribe não devem ser aplicados, sob pena de não ser realizada a própria função jurisdicional, que não pode ser pautada apenas pela econômica de mercado.

3.2 Julgamento da ADI 5766

Diante das alterações dos artigos 790-B, *caput* e §4º, 791-A, §4º, e 844, §2º, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766 em razão da afronta ao artigo 1º, inciso III e IV, art. 3º, inciso I e II, art. 5º, *caput*, e XXXV e LXXIV e §2º, e artigos 7º e 9º da Constituição Federal da República.⁴⁷

Foi alegado que com o objetivo claro de diminuir a litigiosidade na Justiça do Trabalho, foram promovidas modificações que violaram o direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade judiciária, que é pressuposto do acesso à justiça do trabalho.

As normas impuseram os riscos das demandas trabalhistas aos hipossuficientes financeiramente, prejudicando a sua subsistência e de sua família, e, portanto, o mínimo existencial, ao contrário de todo o movimento de promoção de acesso à justiça, que é inerente a um Estado Democrático de Direito.

⁴⁵ PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. 2009. 178. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1267>. Acesso em: 18/08/2021.

⁴⁶ CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. *Os Valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais*. Brasília: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 7, n. 13, 1º semestre de 2004, p. 21-43.

⁴⁷ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Requerente: Procurador Geral da República. Relator: Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalista.pdf>. Acesso em: 01/10/2021.

Ademais, sustentou o Procurador Geral da República que as disposições são ainda mais graves na Justiça do Trabalho, que promove a prestação jurisdicional à grande massa trabalhadora, que busca seus direitos econômicos e sociais, a fim de garantir o mínimo existencial, que é um direito fundamental.

Também é referido que a restrição da assistência judiciária gratuita especificamente, e tão somente na Justiça do Trabalho, viola os princípios da isonomia, ampla defesa, devido processo legal e inafastabilidade da jurisdição, proporcionalidade, bem como implica desvio de finalidade legislativa.

A respeito do 790-B, *caput* e §4º, e art. 791-A, §4º, foi invocada a inconstitucionalidade da imposição do pagamento dos honorários de perito ao beneficiário da justiça gratuita quando “obtiver créditos capazes de suportar as despesas do *caput*, ainda que em outro processo”, visto que a norma desconsidera a insuficiência de recursos que justificou a própria concessão da gratuidade.

Por ser a assistência judiciária gratuita embasada na premissa de garantia constitucional de acesso à justiça e do mínimo necessário para a proteção da dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, inciso III, e art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, não podem os créditos de quem se enquadra nesta condição serem utilizados para o pagamento dessas despesas, sob pena de se retirar a gratuidade e, por consequência, a garantia do mínimo existencial.

Da mesma forma, os §§2º e 3º do art. 844 da CLT desconsideram a insuficiência de recursos que instituiu a assistência. Além disso, ambas as disposições, além de violarem a Constituição Federal, também violam os tratados dos quais o Brasil faz parte, como o Pacto de São José da Costa Rica.

Conforme depreende-se do relatório do projeto de lei, as normas tinham o objetivo claro de “desestimular uma litigância descompromissa”, sendo, portanto, uma punição. Todavia, ilegítima em razão da ausência de taxatividade e da intensidade da punição, que extingue o instituto de promoção do acesso à justiça aos hipossuficientes. Ademais, há previsão de condutas processuais puníveis nos artigos 793-B e 793-C da Lei 13.467/2017.

Pertinente à condicionante de pagamento das custas da demanda arquivada para ajuizar nova ação, o artigo 732 da CLT já previa impedimento temporário para demandar na Justiça do Trabalho para aquele que, no período de seis meses, desse causa por duas vezes seguidas a arquivamento de ações.

Ademais, os créditos trabalhistas possuem natureza alimentar, voltados à garantia de condições mínimas de vida à população pobre, não se distinguindo das prestações estatais, que almejam garantir o mínimo existencial, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. A Corte já reconheceu serem os direitos sociais direitos fundamentais de segunda geração, afastando, inclusive, o reiterado argumento de “reserva financeira do possível”, tão utilizado para negativa de fornecimento de medicamentos pelo Estado.

O STF também já reiterou que a assistência jurídica gratuita aos pobres é garantia do acesso ao direito de ter direitos, bem como de um mínimo existencial, quando do julgamento da ADI 2.903-7/PB que tratou sobre a implementação da Defensoria Pública.

Aduziu também o procurador que, na prática, no âmbito da Justiça do Trabalho, a assistência jurídica gratuita prestada pelo Estado se restringe à Justiça Gratuita (gratuidade de custas e despesas processuais), visto que em que pese o art. 14 da Lei Complementar 80/1994 disponha ser competência da Defensoria Pública da União prestar a assistência jurídica no âmbito da Justiça do Trabalho, somente é prestada em casos de trabalho escravo.

Assim, resta ao trabalhador e trabalhadora pobre procurar a assistência dos sindicatos, onde houver, ou advogado/advogada particular. Nesta hipótese, com o valor monetário advindo dos direitos trabalhistas inadimplidos, o trabalhador e trabalhadora pagará os honorários contratuais e, em razão da Lei 13.467/2017, caso sucumbente em parte, poderá pagar honorários periciais e honorários de advogado para a parte adversa, violando o mínimo existencial, em razão da ausência de prestação efetiva da assistência jurídica gratuita pelo Estado.

Quanto ao argumento de que o trabalhador/trabalhadora não é obrigado a arcar com advogada/advogado particular em razão do *jus postulandi*, o Procurador Geral da República afirma que há limitadores deste instituto, como ausência de conhecimento da parte das normas processuais e materiais, gerando dificuldades e a própria limitação do *jus postulandi* em recursos, ação rescisória, cautelar e mandado de segurança.

Por fim, afirma que a perícia no âmbito da justiça laboral é extremamente relevante, sobretudo por ser indispensável para avaliar a insalubridade e periculosidade, conforme art. 195 da CLT. Além disso, a perícia é necessária para

aferir violações da saúde e segurança dos trabalhadores e trabalhadoras, como a ocorrência de acidentes do trabalho e doenças laborais.

Indicou que as normas violam o princípio da isonomia, por desvirtuarem a gratuidade da justiça na Justiça do Trabalho em comparação com a Justiça Comum. Ressaltou que nos Juizados Especiais Cíveis, que muito se inspiraram na Justiça do Trabalho, sequer há condenação em honorários advocatícios e custas no primeiro grau, e no segundo é assegurado a gratuidade da justiça.

Também diz que em comparativo da Justiça em Números do CNJ, no ano de 2016, os Juizados Especiais Cíveis receberam o dobro de demandas que a Justiça do Trabalho, não havendo tentativa de atribuir “riscos” aos litigantes, sob pena de retirar a própria finalidade do Juizado, proporcionar o acesso à justiça.

Referiu que a imposição do risco ao beneficiário da gratuidade da justiça viola a paridade de armas.

Indicou que os dispositivos sob os argumentos de “restringir os pedidos de perícia sem fundamentação”, “inibir o ajuizamento de demandas trabalhistas baseadas em direitos ou fatos inexistentes”, e “promover a imediata redução de custos vinculados à justiça do trabalho” não servem ao fim que objetivam, enquadrando-se a conduta do legislador em abuso legislativo, quando legisla a fim de obter resultados econômicos que extinga direitos fundamentais.

Afastando o argumento dos legisladores de que “o Brasil é responsável por 98% (noventa e oito por cento) das demandas trabalhistas do planeta, tendo apenas 3% (três por cento) da população mundial”, o Procurador afirma que não há qualquer indicação de fonte da qual tenha sido tirada tal informação. Aduz que nos EUA havia 1,7 milhão de ações e que no ano de 2015 o Reino Unido teve drástica queda do número de ações trabalhistas. Porém, a sua Corte julgou inconstitucional a norma que havia imputado honorários de sucumbência aos trabalhadores, por não ser adequada para diminuir ações infundadas, violar o acesso à justiça e porque o direito ao acesso à justiça não poderia ficar adstrito apenas para pretensões vitoriosas.⁴⁸

Posteriormente, o relator ministro Barroso admitiu a liminar, decidindo que analisaria o pedido cautelar de suspensão dos dispositivos após manifestação do Presidente da República e do Advogado-Geral da União. Em seguida, admitiu instituições como *amicus curiae*. Foram realizadas sustentações orais e foi suspenso

⁴⁸ *Ibid.*

o julgamento. Em 10/05/2018, o julgamento foi retomado, com votos do relator Luís Roberto Barroso, que votou pela parcial procedência da ação direta de inconstitucionalidade, entendendo constitucionais os dispositivos, todavia, dando interpretação conforme a constituição, adotando limitadores de compensação, conforme exposto na análise do seu voto.⁴⁹

O ministro Edson Fachin, abrindo a divergência, votou pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade. Com pedido de vista do ministro Luiz Fux, foi suspenso novamente o julgamento. Retomado em 14/10/2021, o ministro julgou as disposições parcialmente inconstitucionais, nos termos do voto do relator.⁵⁰

Em 20/10/2021, os demais ministros votaram, de modo que foram declarados inconstitucionais os artigos 790-B, e §4º, art. 791-A, e §4º, com votos de Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Contudo, o art. 844, §2º, da CLT, que prevê a condenação do beneficiário ou beneficiária da justiça gratuita às custas processuais quando faltar injustificadamente à audiência inicial, foi julgado constitucional pelos ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Nunes Marques, Gilmar Mendes, Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.⁵¹

Assim, passamos a análise dos votos proferidos, sobretudo dos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, e, no outro sentido, o da ministra Rosa Weber. Além disso, por essencial, analisa-se a constitucionalidade, ao nosso ver equivocada, atribuída ao art. 844, §2º, da CLT.

3.2.1 Análise de discurso do ministro Luís Roberto Barroso

Na introdução, o Ministro referiu que há quem diga que a Lei 13.467/2017 foi um avanço, e há quem diga que foi um retrocesso, e que o intérprete pode dar sentido à norma conforme as suas pré-compreensões. Explicitou as suas: o Estado deve contribuir para a redução da desigualdade e redução da pobreza; a redução da pobreza e diminuição da desigualdade dependem do crescimento econômico e da

⁴⁹ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Relator: Luis Roberto Barroso. Acessível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312603112&ext=.pdf>. Acesso em: 21/10/2021.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

distribuição justa de recursos. Assim, buscou o julgamento que facilite essas necessidades, com o crescimento do mercado de trabalho e que melhor aloque os recursos sociais.⁵²

O ministro citou casos julgados por ele, bem como situações vivenciadas. O primeiro, de uma empregada que aderiu a um plano voluntário de demissão, com sindicato, momento no qual recebeu oitenta salários-mínimos, realizando a chamada “quitação geral”. Porém, semanas depois ajuizou reclamação trabalhista. Afirmou o ministro que entrou com a reclamação dizendo “eu quero mais, eu quero horas extras e outras vantagens”. A partir desse relato, aduziu que ela violou o compromisso realizado, e que o TST havia dado ganho de causa à reclamante, porém, no plenário do STF o julgamento foi reformado por unanimidade. Concluiu que em que pese o TST achasse que estava fazendo bem à trabalhadora, estava fazendo mal aos trabalhadores em geral, pois estava acabando com um instituto bom para os trabalhadores, que é o plano de demissão voluntária, que dá vantagens ao empregado e empregada que perder seu emprego. Diante disto, concluiu que a proteção fora da justa medida desprotege, além de infantilizar indivíduos que precisam ser autônomos e responsabilizados pelas decisões que tomam.

O segundo exemplo diz respeito à lei de locações de 1970, que segundo o Ministro, era extremamente protetiva ao inquilino, fazendo com que o locatário não conseguisse retomar o seu imóvel.

O terceiro caso tratava da atuação do Ministro na comissão que apurou a situação do BANERJ, em 1990.

Para ele, o legislador enfrentou um problema de sobreutilização do judiciário, de uma maneira geral, e especificamente na justiça do trabalho, citando relatório de Rogério Marinho, de comparativo entre números de processos nos Estados Unidos e na França. Referiu a indicação do professor Camargo, que afirma que o custo da relação de emprego só é visível após o término da reclamação trabalhista. Acerca desta constatação, o relator afirmou que a consequência é o descumprimento da legislação pelo empregador, pois já espera a reclamação trabalhista. Portanto, concluiu que a litigiosidade excessiva prejudica o mercado de emprego.

⁵² DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Sessão 10/05/2018. 1h53min28s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 01/08/2021.

Fechando a introdução, para explicar a motivação do seu voto, o ministro conta duas histórias. A primeira, de um empregador de cartório privado que despediu seus empregados e empregadas, e nada pagou, esperando as reclamações trabalhistas. Outro, que realizou os pagamentos. Todavia, após a reclamação trabalhista, teve de pagar mais uma “fatia”, enquanto o primeiro realizou bons acordos. Concluiu que o sistema é melhor para os mais espertos.

Por fim, narrou mais uma história real, de uma pessoa que conhecia. Tratava-se de uma jovem que detinha um emprego bom em um banco, em uma posição boa. Com nova proposta de emprego, pediu demissão e recebeu tudo o que tinha direito. Posteriormente à demissão, conta a personagem que recebeu cerca de vinte ligações de escritórios de advocacia oferecendo ajuizamento de reclamação trabalhista e que, inclusive, um escritório havia oferecido um milhão para “comprar” a causa dela, litigando em seu nome. Assim, destaca o problema da judicialização e litigiosidade excessiva, sendo legítimo e recomendável que o Congresso Nacional enfrente o problema. Justificou a longa introdução para despolitizar o debate, encontrando o verdadeiro interesse público.

Iniciou seu voto indicando que os incisos XXXV e LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal preveem o direito de ação ou o acesso à justiça. Em seguida, citou os dados da judicialização excessiva, referindo ser o Brasil recordista mundial neste quesito. Como causa, cita três motivos: descumprimento das obrigações pelo empregador; lides temerárias; legislação complexa, esta entendida como muito complexa a ponto de ser difícil adimplir tudo o que ela prevê. No ponto, ressalta que a Lei 13.467/2017 enfrentou apenas o problema das lides temerárias, não enfrentando o problema do descumprimento contumaz dos direitos, nem a complexidade da legislação.

Disse que o risco do ajuizamento de demandas é necessário, sob pena de ser incentivada a judicialização, sendo possível a criação de um ônus, menor que seja, para desincentivar a litigância fútil. Salaria que apenas 11% (onze por cento) do custo do judiciário é recuperado pelas custas e emolumentos, ou seja, 90% (noventa por cento) é subsidiado pela sociedade.

O ministro também advertiu que a litigiosidade excessiva acarreta a demora, que prejudica o empregado, pois o litigante que “tem razão” se abstém de ajuizar a ação, dada a incerteza e demora, fazendo acordo com menos vantagens. Enquanto o

litigante aventureiro e o empregador desleal se beneficiam de um sistema lento em razão de estar sobrecarregado.

Asseverou que no ano de 2016, o Brasil gastou 1,4% do PIB para custeio do judiciário. Citando Erik Navarro Wolkart, na sua obra intitulada “Análise econômica e comportamental do processo civil”, referiu que o Brasil é recordista em estoque de processos para número de pessoas, havendo 1 processo para cada 2,7 habitantes.

Especificamente a respeito do artigo 790-B da CLT, lembrou que o beneficiário da justiça não vai “retirar o dinheiro do próprio bolso” para custear os honorários, será apenas descontado caso tenha obtido crédito na ação ou em outra ação. Sobre o artigo 791-A, §4º, da CLT, também referiu que não há qualquer desembolso, que o beneficiário pagará apenas se tiver um ganho parcial na ação ou em outra, sendo proporcional e razoável na medida.

Em que pese ter entendido serem as normas adequadas, defendeu que devem ser resguardadas as verbas alimentares e o mínimo existencial do trabalhador, não podendo incidir a cobrança da sucumbência sobre valores imprescindíveis a sua subsistência. Assim, interpretou os artigos em conformidade com a Constituição para estabelecer dois critérios limitadores: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% (trinta por cento) do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias, que atualmente é de R\$5.645,89. Justificou o patamar de 30% (trinta por cento), por ser utilizado pela Previdência Social quando do desconto em razão de pagamento de benefício indevido, bem como por ser utilizado como percentual máximo para desconto em empréstimos consignados, a fim de manter o mínimo existencial do beneficiário e consumidor.

Quanto ao artigo 844, §2º, da Lei 13.467/2017, asseverou que o dispositivo pretende coibir ações arquivadas pelo não comparecimento da parte reclamante à primeira audiência. Informa que, segundo Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 22,6% das ações trabalhistas foram arquivadas pelo não comparecimento ou pela inépcia da inicial no ano de 2015. Ainda, sugeriu que se o advogado ou advogada perceber que a empregada ou empregado tem uma pretensão minimamente plausível, irá “banca” as custas.

Assim, decidiu ser constitucional a cobrança de custas judiciais às partes reclamantes que derem ensejo ao arquivamento do feito em razão do não

comparecimento injustificado à audiência. Também entendeu ser constitucional condicionar a propositura de nova demanda ao pagamento das custas da ação arquivada, sendo, todavia, necessária prévia intimação pessoal da parte reclamante para justificar a ausência à audiência. Lembrou que as disposições analisadas visam coibir comportamento de maus advogados e advogadas, que possuem um estilo de litigância de má-fé.

Contudo, também mencionou que reconhece que a justiça do trabalho tem um bom desempenho, destacando alguns indicadores. Aduziu que as disposições são um esforço para tornar a justiça do trabalho mais ágil e eficiente.

Por fim, ressaltou a dificuldade das empresas de cumprirem tudo o que a legislação complexa exige. Mencionou que possui contato com uma pessoa que faz *compliance* trabalhista e tenta cumprir toda a legislação, porém, mesmo assim, é reclamada em milhares de ações trabalhistas. Também pontuou que o legislador deve enfrentar os réus contumazes, que segundo o CNJ, na justiça comum estão em 82% (oitenta e dois por cento) das ações como poder público, bancos e empresas.⁵³

Acerca da introdução, que é importante para compreender as pré-compreensões do ministro, como referido por ele, chamamos atenção ao primeiro aspecto: os exemplos escolhidos.

Sobre o primeiro caso, destacamos a linguagem utilizada: “mais vantagens”, e não direitos. Além disso, é de ser observado que o tema do “acordo de quitação geral do contrato” é um tema amplamente discutido, por ser um acordo genérico, realizado entre partes desiguais, sendo plenamente razoável a discussão na justiça do trabalho, sobretudo após a revogação do §1º do art. 477 da CLT, que previa para validade da demissão a assistência do sindicato para empregados e empregadas com mais de um ano de serviço.

Em que pese o relator tente afastar qualquer razão política de sua decisão, tem-se que o apoliticismo da função jurisdicional já foi afastado, inicialmente, por cientistas políticos, que observaram os tribunais como subsistema do sistema político global, processando *inputs* externos, que se constituem de estímulos, pressões, exigências

⁵³ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Sessão 10/05/2018. 1h53min28s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 01/08/2021.

sociais e políticas, produzindo, a partir de uma conversão, *outputs*, que seriam as decisões portadoras de impacto social e político no subsistema.⁵⁴

Nesse sentido, Paulo Bonavides preleciona que o maior erro do jurista na interpretação da norma constitucional é separar o conteúdo político e ideológico da norma, e indica como melhor solução para a interpretação, o equilíbrio das suas faces política e jurídica.⁵⁵ Ainda, embora hoje a carga política das decisões e suas consequências sejam mais facilmente observadas em razão da diversidade cultural e ideológica, juízes do século XIX disso não se afastavam quando exprimiam em suas decisões os valores da classe dominante.⁵⁶

Quanto às consequências econômicas, embora não se negue que as decisões judiciais as promovam, não é a decisão do Supremo Tribunal Federal, tampouco a lei, que promoverão o crescimento econômico e, conseqüentemente, o mercado de trabalho e mais empregos. Logo, julgar a constitucionalidade com base apenas em previsão futura econômica, mormente quando os números pós-reforma trabalhista não indicam o objetivo almejado - mais empregos formais -, afasta-se da função de uma corte suprema, de aplicar a Constituição da República.⁵⁷

Os exemplos mencionados no voto sequer servem para justificar a limitação do acesso à justiça do trabalho – como se fosse justificável –, pois um se refere ao “acordo de quitação geral”, como já referido, plenamente discutível. Dois deles, lei de locações e privatização do BANERJ, referem-se às consequências que almejam os legisladores e o ministro. O quarto – empregadores de cartórios privados – de possíveis situações idênticas, sem qualquer comprovação da igualdade de situações, e que, além disso, entendendo o empregador ou empregadora que havia quitado com todas as obrigações trabalhistas, deveria ter aguardado o julgamento da lide. E, por fim, o da empregada bancária que sequer seria beneficiária da justiça gratuita.

⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. Ed. Edições Afrontamento: Porto, 1999, p. 150-151.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 459/464.

⁵⁶ LAZZARIN, Sonilde. *As razões sociológicas da expansão do poder judiciário no mundo contemporâneo*. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 10, n. 2, p. 191-212, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1928>. Acesso em: 22/10/2021.

⁵⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto. *Contra o revisionismo histórico e a supressão do acesso à Justiça do Trabalho: o caso da ADI 5766*. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/contra-o-revisionismo-historico-e-a-supressao-do-acesso-a-justica-do-trabalho-o-caso-da-adi-5766>. Acesso em: 10/10/2021.

Ainda, impõe-se salientar que a escolha dos exemplos muito diz, assim como a ausência de outros exemplos. Silenciou o ministro acerca das tantas outras ações – e situações de vida –, de graves violações de direito do trabalho. Na esteira do voto do ministro, para justificar a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, bastaria citar alguns exemplos de violações diárias de direitos de trabalhadores e trabalhadoras ou de acordos nos quais obtiveram menos créditos do que teriam direito.⁵⁸

Do restante do voto se depreende que o ministro tenta demonstrar que as disposições impugnadas são necessárias, a fim de frear a litigiosidade excessiva, acabando com a morosidade e altos custos para a sociedade. Posteriormente, traz argumentos com o objetivo de demonstrar que não vedam o acesso à justiça, sendo constitucionais.

A crise da administração da justiça em razão da discrepância entre procura real ou potencial da justiça e oferta da justiça pelo Estado não é um tema novo, sendo verificada no princípio do século XX, e, sobretudo, no pós-guerra.⁵⁹

Boaventura de Sousa Santos indica que o interesse da sociologia pelo estudo dos tribunais se deu em razão da crise da administração da justiça, da década de 70. O autor aduz que a crise na administração da justiça teve como causa a expansão dos direitos sociais, com a maior integração de pessoas no mercado de consumo, também causada pela integração das mulheres no mercado de trabalho, sobrevivendo novos conflitos como nas relações de trabalho, segurança social, habitação, consumo e família. Também afirma que foi agravada pelo período de recessão econômica da década de 70, em razão da redução dos recursos financeiros do Estado, e que se tornou visível também pelo interesse dos meios de comunicação e a vulnerabilidade política causada às elites dirigentes. Além do problema do acesso à justiça aos hipossuficientes, o autor indica como um dos maiores problemas a serem investigados pela sociologia dos tribunais, a lentidão da justiça, a partir da análise da média de duração dos processos.⁶⁰

A expansão de atuação do Judiciário – e, portanto, de litígios – se deve à pluralidade de necessidades de resolução de novos conflitos, decorrentes da demora

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 21, nov. 1986, p. 11-43.

⁶⁰ *Ibid.*

das respostas legislativas; dos novos direitos, e contraposta ineficácia do poder público de cumpri-los; mundialização da atividade econômica; associação de grupos⁶¹, evolução dos meios de informações, entre outros. A expansão do judiciário na justiça do trabalho pode ser observada, por exemplo, em razão da necessidade de resposta aos institutos criados que visam distorcer as relações de emprego e o reconhecimento de direitos trabalhistas, como a terceirização, pejotização e uberização.⁶²

Assim, verifica-se que o problema da crise na administração da justiça não é um tema novo e sua causa não é somente a vontade dos cidadãos de litigar.

No ponto, salienta-se que “litigiosidade excessiva” e “morosidade” são problemas distintos, embora possam estar conectados. Todavia, na Justiça do Trabalho, em que pese a taxa de litigiosidade seja alta, ainda assim, a morosidade é menor que na Justiça Comum, em razão das peculiaridades do procedimento desde a sua criação, como oralidade e simplicidade.

Em 1994, Ênio Galarça já apontava que a morosidade, ainda que fosse um problema com contornos já insuportáveis para a Justiça do Trabalho, não alcançava a morosidade da Justiça Comum Federal e Estadual.⁶³ E assim, se manteve o quadro histórico. No relatório da Justiça em Números, de 2020 (ano base de 2019), o tempo em média para prolação de sentença no processo de conhecimento na Justiça Comum Estadual foi de 3 anos e 7 meses, sendo no Juizado Especial, de 1 ano e 6 meses, na Justiça Federal, de 2 anos e 10 meses, no Juizado Especial, de 1 ano e 9 meses, enquanto na Justiça do Trabalho foi de 1 ano.⁶⁴

Quanto ao problema da complexidade da legislação sequer poderia ser levantado, porquanto o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶⁵ prevê que ninguém poderá se escusar de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

⁶¹ LAZZARIN, Sonilde Kugel. *As razões sociológicas da expansão do poder judiciário no mundo contemporâneo*. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 10, n. 2, p. 191-212, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1928>. Acesso em: 22/10/2021.

⁶² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto. *Contra o revisionismo histórico e a supressão do acesso à Justiça do Trabalho: o caso da ADI 5766*. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/contra-o-revisionismo-historico-e-a-supressao-do-acesso-a-justica-do-trabalho-o-caso-da-adi-5766>. Acesso em 23/05/2018>. Acesso em: 10/10/2021.

⁶³ LIMA, Enio Galarça. *O acesso à justiça do trabalho e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1994, p. 32

⁶⁴ BRASÍLIA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ, 2020. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*, p. 51-56. 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> p. 51-56. Acesso em: 03/10/2021.

⁶⁵ BRASIL. Decreto- Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 03/10/2021.

Ademais, o argumento serviria para as duas partes, se a legislação é de difícil compreensão para o empregador ou empregadora que então a descumpre, também o é para os empregados e empregadas hipossuficientes financeiramente, que sequer possuem auxílio jurídico de profissionais habilitados, a não ser que busquem para propor a ação judicial. Portanto, o ministro parece presumir a boa-fé do empregador e empregadora no descumprimento da legislação e a má-fé dos empregados e empregadas na postulação de seus direitos.

Ainda, os números do Relatório Geral da Justiça do Trabalho do ano de 2020 confirmam que o descumprimento da legislação pelo empregador e empregadora é a causa da litigiosidade excessiva, visto que 8,9% das ações foram julgadas procedentes, 27,0% foram julgadas procedentes em parte, e em 40,5% das ações foram realizadas conciliações.⁶⁶ Ou seja, no ano de 2020, na maioria das decisões foi reconhecido o descumprimento da legislação trabalhista.

Ressalta-se que, como indicado pelo ministro, nada fez o legislador a respeito deste problema, embora seja o maior deles.

A respeito das “lides temerárias”, tem-se que 9,5% das ações do ano de 2020 foram julgadas improcedentes, ou seja, a minoria.

Ainda assim, vislumbra-se dos discursos, tanto do legislador, quanto do ministro relator da ADI 5766, que consideram ocorrer “a lide temerária”, também nas ações julgadas parcialmente procedentes, em razão de pedidos “a mais”.

No ponto, inicialmente, sobreleva ressaltar que a escolha de atingir apenas o beneficiário da justiça gratuita que obtém a parcial procedência se dá pela facilidade de tomar seus créditos, por estarem ao alcance em razão da própria execução promovida pelo credor e credora.

No entanto, a parcial procedência não pode ser entendida como indicadora da “lide temerária”, porquanto se trata de uma consequência natural do processo em razão das partes não possuírem certeza dos seus direitos invocados. Portanto, a gratuidade da justiça não pode ser condicionada apenas àqueles que obtém a procedência integral ou improcedência integral.⁶⁷

⁶⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior do Trabalho. Relatório Demonstrativo. Justiça do Trabalho. p. 105. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/Relat%C3%B3rio+Demonstrativo+2020.pdf/b008ce47-e63f-3c7c-b938-4ff817737765?t=1624912295004>. Acesso em: 10/10/2021.

⁶⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto. *Contra o revisionismo histórico e a supressão do acesso à Justiça do Trabalho: o caso da ADI 5766*. Disponível em:

Ademais, é de ser ressaltada a dificuldade probatória, visto que o empregador ou empregadora é quem possui a maioria dos documentos do contrato de trabalho e também da empresa (condições nas quais o trabalho é realizado).⁶⁸ A prova testemunhal também é dificultada pois, praticamente, apenas pode ser prestada por outros empregados e empregadas que possuíam conhecimento acerca dos fatos, podendo haver receio da perda do emprego e pressões.⁶⁹

Ainda, antever o resultado dos pedidos submetidos à prova pericial – insalubridade, periculosidade, acidentes do trabalho e doenças do trabalho – também se mostra inviável. Imagine-se, sem acesso à documentação, que é produzida pelo empregador e empregadora, antever se o ruído, calor, umidade, estavam acima do limite legal, ou a que óleos e tipos de tintas o empregado e empregada foram expostos, ou ainda, se trata-se ou não de doença do trabalho.

Ademais, conforme asseverou a ministra Rosa Weber em seu voto, a prova pericial para caracterizar a insalubridade e periculosidade decorrem de imposição legal do art. 195 da CLT, não se tratando de faculdade da parte reclamante.⁷⁰

Nesse sentido, tem-se que a gratuidade da justiça se dá em razão da tentativa de promover a igualdade real das partes, tanto frente a sua insuficiência financeira, como quanto à dificuldade de produção de provas.⁷¹ Afinal, estão interligados o princípio da proteção – e seus decorrentes como *in dubio pro operário*, princípio da lei mais benéfica e primazia da realidade – e a gratuidade da justiça, visto que sem um deles não se promove o acesso à justiça ao trabalhador e trabalhadora hipossuficientes.

Assim, verifica-se que a parcial procedência de forma alguma indica “litigância fútil” ou “temerária”.

As modificações legais, na verdade, presumem má-fé generalizada.

<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/contra-o-revisionismo-historico-e-a-supressao-do-acesso-a-justica-do-trabalho-o-caso-da-adi-5766>. Acesso em: 10/10/2021.

⁶⁸ ROMAR, Carla Teresa Martins. *Gratuidade e Sucumbência sob a Perspectiva do Acesso à Justiça. Reforma Trabalhista em Perspectiva Desafios e Possibilidade*. Zélia Maria Cardoso Montal, Luciana Paula de Vaz Carvalho, org., 2. ed, São Paulo: LTr, 2018, p 183-189.

⁶⁹ SANTOS, Fábio Moreira. *Processo Constitucional e a reforma trabalhista*. Belo Horizonte: RTM, 2019, p.6.

⁷⁰ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Sessão 20/10/2021. 1h30min24s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=af-SjEPnc7k>. Acesso em: 01/08/2021.

⁷¹ DE CARVALHO, Augusto César Leite. ARRUDA, Kátia Magalhães. *Os honorários de Sucumbência na Reforma Trabalhista e a sua Repercussão no Acesso à Justiça do hipossuficiente*. Doutrina, Revista Magister de Direito do Trabalho, Ano XVI, nº 92, set/out 2019, p 5-19.

O objetivo de punição generalizada também do advogado e advogada da parte reclamante hipossuficiente fica evidente no momento que o ministro Luís Roberto Barroso refere que *as disposições analisadas visam coibir comportamento de maus advogados, que possuem um estilo de litigância de má-fé*, e que caso a ação seja arquivada pelo não comparecimento do reclamante à audiência, *o advogado que perceber que o empregado tem uma pretensão minimamente plausível irá bancar as custas*.⁷² Assim, também se busca alcançar, pela via transversa, sacrificando os direitos dos reclamantes, os advogados que supostamente “tem um estilo de litigiosidade de má-fé”. Ou seja, imputa-se aos empregados e empregadas pobres um problema que na maioria dos casos sequer existe e que, se tiver de ser de algum modo considerado e enfrentado, passa pela responsabilidade do próprio Estado, que não presta a assistência jurídica na Justiça do Trabalho.

A partir disto, constata-se que o Estado se omite do seu papel de resolver o problema das lides temerárias, conforme previsto em lei – identificando as condutas de má-fé e punindo-as –, passando a imputar este problema aos reclamantes hipossuficientes da justiça do trabalho em geral, em detrimento do direito à assistência jurídica gratuita, previsto no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal.⁷³

Ainda, a punição generalizada pela litigância “frívola” é *bis in idem*, visto que o art. 793-B da CLT elenca em seus incisos as hipóteses que configuram a litigância de má-fé: deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos, usar do processo para conseguir objetivo ilegal, opor resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, provocar incidente manifestamente infundado, interpor recurso com intuito manifestamente protelatório. Assim, o art. 793-C da CLT já prevê a condenação em multa para o litigante de má-fé.⁷⁴

Em interpretação conforme a Constituição o ministro aprovou, com ressalvas, a compensação matemática e automática entre créditos do trabalhador e trabalhadora e custos do processo, prevista nos dispositivos. Motivou sua decisão tendo em vista

⁷² DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Sessão 10/05/2018. 1h53min28s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 01/08/2021.

⁷³ ROMAR, Carla Teresa Martins. *Gratuidade e Sucumbência sob a Perspectiva do Acesso à Justiça. Reforma Trabalhista em Perspectiva Desafios e Possibilidade*. Zélia Maria Cardoso Montal, Luciana Paula de Vaz Carvalho (org.), 2ed, São Paulo: LTr, 2018, p 183-189.

⁷⁴ SILVA, Túlio Macedo Rosa e. COSTA, Márcio Fernandes Lima da. *Justiça gratuita e honorários advocatícios no processo do trabalho: uma questão de cidadania*. Rev. TST, São Paulo, vol. 87, no 2, abr/jun 2021, p. 202 – 222.

que o litigante beneficiário da justiça gratuita não “retiraria de seu bolso valor”, apenas seria retirado caso ganhasse, e com limitações a garantir o mínimo existencial. Por isso, concluiu que as disposições não vedariam o acesso à justiça.

A respeito do método de interpretação conforme a Constituição, em que pese reconhecesse o seu grande mérito de preservar a separação dos poderes, Paulo Bonavides alertava para o risco de em vez de interpretar a lei conforme a Constituição, interpretar a Constituição conforme a lei.⁷⁵ Nesse sentido, entendemos que assim procedeu o ministro relator ao interpretar o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, de acordo com os dispositivos da Lei 13.467/2017.

A assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos financeiros prevista nesse diploma tem como fim a promoção do acesso igualitário à justiça, sobretudo diante da barreira financeira que enfrentam os pobres. Nesse sentido, a legislação infraconstitucional previu os requisitos para a concessão do benefício, atualmente, previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas, no Código de Processo Civil⁷⁶ e na Lei 1.060/1950, naquilo em que não revogado.

Porém, ao prever que os beneficiários da gratuidade da justiça custearão aquilo que justamente o benefício abarca, as novas disposições desconsideram o próprio instituo. Deste modo, as disposições, embora expressamente assim não digam, extinguirão a justiça gratuita na Justiça do Trabalho.

Ainda que assim não fosse, embora tente garantir o mínimo existencial permitindo a utilização do crédito de natureza salarial somente naquilo em que for superior ao teto de Regime Geral da Previdência Social, bem como somente em 30% (trinta por cento) do que for superior, tais limitações contrariam a assistência jurídica gratuita prevista na Constituição Federal, como já dito, não encontram respaldo na lei e não garantem o mínimo existencial.

Isto porque o litigante pobre estaria apenas custeando a justiça, visto que até 30% (trinta por cento) do seu crédito será utilizado para custear honorários de perito e honorários de advogado da outra parte, caso sucumbente em parte, e 30% (trinta por cento) será utilizado para custear os honorários de seu advogado, pois, conforme informado pela ministra Rosa Weber em seu voto, pesquisa do Instituto de Pesquisa

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 517- 524.

⁷⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20/10/2021.

Econômica Aplicada - IPEA aponta que apenas 9,1% dos litigantes são patrocinados por advogados e advogadas dos sindicatos, sendo o restante representados por advogados e advogadas particulares.⁷⁷

As limitações conferidas pelo ministro relator, a fim de garantir o mínimo existencial, também não encontram respaldo em lei. O ministro se vale de analogia a partir do limitador para empréstimos consignados de 30% (trinta por cento), previsto no art. 45, §2º, da Lei 8.112/1990⁷⁸, e da restituição de até 30% (trinta por cento) do valor do benefício pago ao segurado decorrente de pagamentos indevidos, por erro administrativo material ou operacional, entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça.⁷⁹ Ainda assim, nesta hipótese, fica assegurada a possibilidade de comprovação de boa-fé objetiva do segurado, sobretudo se constatado que não era possível ao beneficiário constatar que o pagamento era indevido.

De tal modo, utiliza-se de limitadores de cobrança de valores de fato aproveitados, seja pelo consumidor que contratou empréstimo, seja pelo beneficiário que recebeu benefício indevidamente, ressalvadas as situações de boa-fé objetiva. A analogia é inadequada porquanto o beneficiário da justiça gratuita nada contratou ou recebeu que devesse pagar, apenas postulou seus direitos e exerceu seu direito de ação, através da assistência jurídica gratuita a ele concedida, prevista na Constituição Federal.

Ainda, os limitadores cominados pelo ministro também não resguardam o mínimo existencial, sobretudo tendo em vista que o crédito recebido ao final da demanda se refere a meses ou até anos de direitos inadimplidos.⁸⁰ A simples subtração matemática entre crédito obtido - referente a meses ou anos anteriores - e o devido não resguardará o mínimo existencial pretérito, que deixou de ser entregue ao trabalhador ou trabalhadora.

⁷⁷ IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Reforma trabalhista e suas implicações no acesso à justiça: uma perspectiva da pesquisa empírica em direito. Brasília: Ipea: Ministério do Trabalho, 2020. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10412/1/bmt_70_reforma_trabalhista.pdf. Acesso em: 23/10/2021.

⁷⁸ BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acessado em 25/10/2021.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 15/03/2021 Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15032021-Salvo-boa-fe--segurado-do-INSS-deve-devolver-pagamento-decorrente-de-erro-nao-vinculado-a-interpretacao-de-lei.aspx>. Acesso em: 25/10/2021.

⁸⁰ CARVALHO, Augusto César Leite de. ARRUDA, Kátia Magalhães. *Os honorários de Sucumbência na Reforma Trabalhista e a sua Repercussão no Acesso à Justiça do hipossuficiente*. Doutrina, Revista Magister de Direito do Trabalho, Ano XVI, nº 92, set-out 2019, p 5-19.

Ademais, a gratuidade da justiça é assegurada justamente para que o litigantes desprovidos de recursos tenham acesso à tutela jurisdicional efetiva, assegurada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, sem o sacrifício do direito alcançado. Caso contrário, sem o benefício, a tutela seria somente custeada, e não efetivada.

Por fim, é de ser ressaltado que a tutela jurisdicional não serve apenas para a promoção do mínimo existencial aos trabalhadores e trabalhadoras, e sim, da promoção de seus direitos, visto que o art. 1º da Constituição Federal, em seus incisos II, III, e IV, indica como fundamentos do Estado Democrático de Direito a cidadania, dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e os incisos do art. 7º elencam os direitos assegurados aos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

3.2.2 Análise do discurso do ministro Luiz Fux

O ministro acompanhou o voto do relator a fim de desincentivar as demandas frívolas ou aquela litigância de resultado negativo, quando a parte sabe que não vai ganhar. Informou acerca de pesquisa realizada, que indica que em países em que há gratuidade na justiça civil a litigância é muito elevada, falando-se até em efeitos aterrorizantes para diminuí-la.⁸¹

Consignou que os dispositivos são constitucionais em vários aspectos. Na perspectiva processual, que aponta a necessidade do processo do trabalho estar em consonância com a sistemática processual brasileira como um todo. Na perspectiva pragmática, pois em um contexto em que a quantidade de litígio em tramitação nos tribunais é cada vez maior, a análise econômica do litígio enseja a criação de mecanismos aptos a incentivar maior responsabilidade processual, a fim de salvaguardar o acesso à justiça.

Ponderou que não se pode analisar a questão sem a contextualização na conjuntura atual brasileira, tendo em vista que as disposições impugnadas se inserem em um sistema jurídico cujas normas, tanto quanto possível, não se excluem, senão se complementam. Assim, pontuou que duas questões devem ser analisadas: a harmonia das disposições com a Constituição Federal da República e com a

⁸¹ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Sessão 14/10/2021. 1h01min47s. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=BiJrPMelh_E Acesso em: 18/10/2021.

sistemática do Código de Processo Civil; em consideração à lógica do ordenamento, na qual o constituinte se transportou ao devido processo legal.

Afirmou que o sistema tem duas funções na obtenção do direito: contribuir para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico que conduz a interpretar, fazendo parte de um conjunto da ordem jurídica; e garantir a realização adequada valorativa e da unidade interior do direito, porquanto mostra as inconseqüências valorativas proporcionando o aperfeiçoamento do direito, tanto pela delimitação de ameaçadoras contradições de valores, como pela determinação de lacunas.

Trata-se de coadunar o processo trabalhista com os atuais esforços de maior eficiência da gestão judiciária e equidade na gratuidade da justiça, aspectos que buscam concretizar o efetivo acesso à justiça, como propunha Mauro Cappelletti. Nesse sentido, afirmou que o artigo 98 do Código de Processo Civil prevê que a responsabilidade do beneficiário da justiça gratuita não é afastada pela gratuidade. Lembrou que o §3º prevê a suspensão da exigibilidade enquanto não restar comprovada a superação da situação de hipossuficiência financeira, no prazo de cinco anos.

Concluiu que a concessão da gratuidade da justiça se deve a uma situação fática. Caso os sistemas processuais civis e trabalhistas não contemplassem, conseqüências distintas seriam mudanças necessárias face à mudança econômica da parte, por institucionalizar que desiguais fossem tratados como iguais, em manifesta afronta ao princípio da igualdade.

Ressaltou que o requerente faz uma leitura amplíssima do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, sendo impossível a fixação de qualquer encargo ao jurisdicionado, mesmo que passe a ter capacidade econômica para o custeio. Asseverou que além de não encontrar guarida na atual sistemática processual, o entendimento expansivo da Procuradoria Geral da República não encontra respaldo legal no ordenamento jurídico no qual o legislador originário transportou a norma do devido processo legal. Rememorou acerca do entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em alguns casos nos quais foram reconhecidos direitos básicos mesmo quando não previstos, por se tratarem de casos que promoviam a desigualdade. Destacou que as normas visaram justamente tratar desigualmente aquele que não possui condições econômicas para custear as despesas, daquele que passa a possuir condições econômicas para custeá-las. Ou seja, o entendimento

anterior promovia a desigualdade. Referiu que a gratuidade da justiça não constituiu fim em si mesma, mas se volta à melhor concretização do acesso à justiça.

Citou trecho do relatório do deputado Rogério Marinho, que refere que o gasto da União com perícias estava entre dez a vinte milhões por ano em cada um dos 23 (vinte e três) Tribunais Regionais do Trabalho em demandas julgadas improcedentes, ou seja, demandas nas quais algum pedido não era devido.

Trouxe o ministro a sua experiência como juiz de carreira indicando que em muitas ocasiões as partes requerem a produção da prova pericial com o intuito de protelar a fase de conhecimento do processo.

Mencionou trecho do relatório de Rogério Marinho que indica que “o trabalhador que possui razão no seu pedido não ficará desamparado”. E que a redução do abuso do direito de litigar promoverá a celeridade na resolução dos casos que merecem a análise do poder judiciário.⁸²

Quanto à condenação em custas em razão do arquivamento pela falta injustificada do reclamante à primeira audiência, e sua condicionante para a propositura de nova demanda, afirmou o ministro que não possui experiência na magistratura trabalhista, porém, em conversas com acadêmicos da área foi informado que muitos reclamantes deixavam de ir à primeira audiência, sem justificativa, visto que não era apresentada uma defesa consistente.

Asseverou que o objetivo da legislação não foi criar óbice ao acesso à justiça por parte dos trabalhadores que de fato possuem direito legítimos, senão daqueles que insistem em pleitear de forma irresponsável a realização de perícia ou ajuizar lides temerárias. As disposições vão ao encontro do acesso à justiça em um contexto de alta litigiosidade, no qual o judiciário não consegue assimilar, tampouco o Estado consegue assimilar o seu custo. As disposições são adequadas por dois motivos: mecanismos para incentivar maior responsabilidade processual e a análise econômica dos litígios.

Citou o professor Steven Shavell que indica que a litigância em juízo é socialmente desejável, caso os seus custos sejam inferiores aos benefícios que a própria comunidade experimenta em termos de modificação da conduta pelos seus componentes. Assim, quando um empregador adota medidas de segurança no ambiente de trabalho para evitar a futura condenação por acidentes que possam

⁸² *Ibid.*

surgir, o benefício social consiste no número de fatalidades evitadas pelo comportamento daquele empregador. Por outro lado, os incentivos privados para litigar são fundamentalmente divergentes dos incentivos sociais, ao decidir se ajuizará ou não uma demanda, o cidadão deve considerar o valor da indenização pleiteada, a probabilidade de vitória e as custas processuais.

Nesse aspecto, aludiu que no Código de Processo Civil há a possibilidade da ação de produção de prova antecipada, para apreciar os riscos de ajuizamento da demanda.

Ao permitir que pessoas economicamente capazes se beneficiem com a isenção de despesas processuais, o ordenamento jurídico cria o poderoso incentivo para o ajuizamento de demandas frívolas, cujos custos serão transmitidos para toda a coletividade por meio do sistema tributário. Recorda que recentemente a Corte discutiu a constitucionalidade de cortes orçamentários na Justiça do Trabalho, causados no contexto da grave crise fiscal enfrentada pelo país (ADI 5468), tendo constatado que a prodigalidade da gratuidade da justiça na justiça do trabalho causa um correspondente passivo, o qual impacta negativamente em relevantes valores constitucionais, como a educação, saúde e busca de pleno emprego.

Indicou que a decisão terá grande impacto na sociedade, e que o Supremo Tribunal Federal vem adotando decisões minimalistas, com vistas às consequências que dela advirão. Citou os professores da Análise econômica do direito, concluindo que a Corte tem o dever de lançar um olhar pragmático, para além de todos os fundamentos processuais e constitucionais apresentados.

Referiu acerca dos dados da Justiça em Números do CNJ da gestão de 2016, que aponta para o total de nove milhões de ações trabalhistas em 2015, bem como quatro milhões de ações novas ajuizadas todos os anos. Refere acerca do resultado do fórum da *Law and Economics*, de 2017, realizado em Oxford, que apontou que o Brasil, com somente 2% (dois por cento) da população mundial, gera mais ações trabalhistas que os restantes 98% (noventa e oito por cento) da população. Aduziu que o judiciário brasileiro custou, em 2016, 84 bilhões aos cofres públicos e arrecadou nove bilhões com taxas judiciárias e emolumentos cobrados dos litigantes.

Afirmou que após a reforma trabalhista, se verificou sensível diminuição no ingresso de ações na justiça do trabalho, sendo 48,3%. A diminuição de litígios reflete a racionalização das regras processuais trabalhistas, na linha das modernas

legislações processuais. Lembrou que nesse sentido também trabalham a multa por litigância de má-fé, a sucumbência recursal.

Aduziu que as disposições devem ser lidas em conformidade com a Constituição, no sentido no voto do ministro Luís Barroso. Por fim, disse que não há vedação ao acesso à justiça, pois os trabalhadores pagarão os custos apenas se possuírem créditos na ação ou em outra, bem como caso a situação financeira mude. Quanto à condicionante de pagamento das custas da ação arquivada pela falta injustificada à primeira audiência, referiu ser natural por acontecer em qualquer processo. O autor abandona a demanda, depois propõe de novo, já tendo movimentado todo o aparato judicial.

Como o ministro Luís Roberto Barroso, o presidente do Supremo Tribunal Federal entendeu serem as disposições constitucionais pela necessidade de diminuição da litigiosidade excessiva, morosidade do judiciário e custos para a população. Portanto, nesta esteira, os mesmos argumentos utilizados na análise do discurso de Luís Barroso aqui se inserem, não sendo novamente referidos.

Diante disto, analisa-se somente aquilo de novo indicado, que em suma são três pontos: a) os dispositivos invocados estão em harmonia com a Constituição Federal, bem como com o Código de Processo Civil; b) os custos da Justiça do Trabalho são superiores aos benefícios que a própria comunidade experimenta em termos de modificação da conduta pelo seus componentes, citando Steven Shavell; c) o resultado dos dispositivos foi a diminuição da litigiosidade na justiça do trabalho, ou seja, das lides temerárias, conforme Justiça em Números.

A Constituição Federal prevê a obrigação do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes. Como já preconizado, os dispositivos desconsideram a assistência jurídica gratuita, de forma que ela não será prestada a quem possuir algum crédito na Justiça do Trabalho.

Também discordamos quanto à assertiva do ministro de que as disposições devem estar em conformidade com o ordenamento jurídico – Código de Processo Civil –, diante do devido processo legal, pois o devido processo legal não impõe que as legislações gerais e especiais sejam iguais. Se assim fosse, não haveria razão de ser de legislações e justiças especiais.

No ponto, salienta-se que este trabalho não tinha por objetivo fazer comparações entre a gratuidade da justiça na Justiça do Trabalho e na Justiça Comum, porque se tratam de justiças distintas, com histórias de formação e

procedimentos diversos. Ademais, de nada adiantaria utilizar o argumento de igualar a disposição da CLT à gratuidade do Código de Processo Civil quando ele também pode ser modificado, sobretudo tendo em vista a Medida Provisória 1.045/2021, que visava também alterá-la, rejeitada pelo Senado.⁸³

Porém, entendendo o ministro Luiz Fux que as disposições se encontram em conformidade com o Código de Processo Civil, vale aqui elucidar que os novos dispositivos que preveem a justiça gratuita na CLT são piores aos que não possuem recursos em comparação ao Código de Processo Civil.

Isto de pronto já se observa pelos critérios para a concessão do benefício. Enquanto o CPC não fixa valor para a presunção da hipossuficiência financeira (art. 99, §§2º e 3º), a CLT dispõe que se presume a hipossuficiência financeira, podendo ser concedido o benefício, inclusive de ofício, para aqueles que percebam salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (art. 790, §3º).

O CPC dispõe que o beneficiário da gratuidade da justiça será condenado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, contudo, a sua exigibilidade é suspensa, e somente poderão ser executadas pelo prazo de cinco anos subsequentes ao trânsito em julgado, se o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade, extinguindo-se tal obrigação decorrido este prazo (art. 98, §§2º e 3º). Enquanto a CLT prevê que o beneficiário da justiça gratuita é responsável pelo pagamento de honorários da perícia, quando sucumbente no pedido, e que somente em caso de não ter percebido em juízo créditos capazes de suportar os honorários periciais, ainda que em outro processo, a União responderá pela obrigação (art. 790-B, §4º). Quanto aos honorários de sucumbência, a CLT também prevê que o beneficiário será condenado ao seu pagamento, e somente caso não tenha recebido créditos capazes de suportar a despesa em juízo, no processo ou em outro, a exigibilidade da obrigação será suspensa, sendo executada somente caso o credor demonstrar que deixou de existir, no prazo de dois anos após o trânsito em julgado, a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão (art. 791-A §4º).

⁸³ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Medida Provisória nº 1.045/2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/148214>. Acesso em: 23/10/2021.

Diante disto, verifica-se que a diferença entre os diplomas é que, antes da suspensão da exigibilidade, a CLT comanda que se realize a compensação entre os créditos obtidos, no processo ou em outro, e somente se não houver, a União arcará (honorários periciais) ou ocorrerá a suspensão da exigibilidade (honorários de advogado).

Do voto, se depreende que o ministro entende que os hipossuficientes da justiça comum são diferentes dos hipossuficientes da justiça do trabalho, pois afirma “caso os sistemas processuais civis e trabalhistas não contemplassem consequências distintas seriam necessárias mudanças face à mudança econômica da parte, por institucionalizar que desiguais fossem tratados como iguais, em manifesta afronta à concepção ao princípio da igualdade”.⁸⁴ Porém, na Justiça Comum, o beneficiário e beneficiária também buscam, através da tutela jurisdicional, créditos. Ora, caso uma pessoa pobre busque rever juros bancários abusivos na justiça comum, e também peça indenização por danos morais, obtendo a parcial procedência, não se retira dos créditos obtidos o valor da sucumbência, porque a tutela jurisdicional seria empregada para custear a ação, esvaziando-se a sua efetividade.

Assim, imperioso concluir que os créditos obtidos pelo trabalhador e trabalhadora beneficiários da justiça gratuita – a tutela – não podem ser utilizados, sob pena de esvaziar-se a tutela efetiva.

No sentido do voto do ministro, faz-se a análise se o art. 844, §2º e 3º da CLT harmonizam com as disposições do CPC.

O Código de Processo Civil, em seu art. 334, §8º, dispõe que o não comparecimento injustificado da parte autora ou ré à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, que será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. O art. 486 do mesmo diploma dispõe que o pronunciamento judicial que não resolver o mérito não obsta que a parte proponha nova ação, e seu §3º dispõe que se a parte autora, por três vezes, der causa a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra a parte ré, com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, contudo, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

⁸⁴ *Ibid.*

Por sua vez, o art. 732, combinado com o art. 731, da CLT, dispõe que a parte reclamante que, por duas vezes seguidas, der causa ao arquivamento pela ausência à audiência inaugural, incorrerá na pena de perda, pelo prazo de seis meses, do direito de reclamar perante à Justiça do Trabalho. Esse dispositivo, aliás, tem sido considerado contrário à Constituição, por parte da jurisprudência trabalhista, exatamente por impor restrição de acesso à justiça.

Além disso, o art. 844 dispõe que o não comparecimento da parte reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação e o não comparecimento da parte reclamada importa revelia. O §2º do art. 844, introduzido pela Lei 13.467/2017, prevê que a parte reclamante que não comparecer à audiência será condenada ao pagamento das custas, ainda que beneficiária da justiça gratuita, salvo se comprovar que a ausência ocorreu por motivo justificável no prazo de 15 dias. E o §3º dispõe que o pagamento das custas é condição para a propositura da nova demanda.

Observa-se que o CPC impõe a multa por ato atentatório à dignidade da justiça para faltantes à audiência de conciliação, seja autor, seja réu. Além disso, o art. 486, *caput*, garante que a sentença que não resolve o mérito – sentença de arquivamento – não obsta o ajuizamento de nova demanda.

Ainda, por não ser o pagamento da multa pressuposto processual, o seu inadimplemento não impossibilita a propositura de nova ação. Assim, para o litigante da justiça comum, é possível ajuizar nova ação mesmo quando falta injustificadamente à audiência, pois a multa a que fora condenado não é pressuposto processual para ajuizamento da nova ação.

O legislador da CLT, diferente do CPC, tratou de condenar somente a parte reclamante ao pagamento de custas, ao passo que tentou mitigar os efeitos da revelia à parte reclamada, conforme §4º, incisos I, II, III, IV, e §5º, do art. 844 da CLT.

Portanto, atribuiu-se aos litigantes hipossuficientes da justiça do trabalho tratamento mais gravoso, com imposição de pagamento de custas, sob pena de perda do direito de litigar na Justiça do Trabalho, correndo, inclusive, contra si a prescrição.

Aqui sobreleva ressaltar, na toada dos discursos dos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, que sequer há falar em “créditos” do litigante para custear as custas. Ou seja, não está só se vedando o acesso à tutela jurisdicional ao final adquirido (art. 790-B, §4º, e art. 791-A, §4º da CLT), mas o próprio acesso à apreciação jurisdicional.

Ainda, na comparação entre processo civil e processo trabalhista, quanto às peculiaridades das provas no processo do trabalho – acesso aos documentos do contrato de trabalho, documentos da empresa e provas técnicas –, aconselha o ministro que “caso tenha muita incerteza acerca do seu direito, o reclamante pode ajuizar uma ação de produção antecipada de prova”.⁸⁵

Nesse sentido, Kátia Magalhães Arruda e Augusto César Leite de Carvalho indicam o aumento no percentual de ações de “Produção Antecipada de Prova” na Justiça do Trabalho em 2.120,4%, se comparado ao ano anterior à reforma e o posterior, dada a insegurança de prever se conseguirá provar o alegado na reclamatória trabalhista, sob pena de perder créditos a que entende possuir direito.⁸⁶

Entretanto, o conselho do ministro é contrário à própria simplicidade, oralidade e celeridade que regem o processo do trabalho, que busca alcançar as verbas inadimplidas no contrato de trabalho. Ora, a necessidade de ajuizar uma ação antecipada implicará menos celeridade e eficiência, o que almeja o relator e presidente da Corte.

Em citação ao professor Steven Shavell, indicou que a litigância em juízo é socialmente desejável caso os seus custos sejam inferiores aos benefícios que a própria comunidade experimenta em termos de modificação da conduta pelos seus componentes, sugerindo que a Justiça do Trabalho custa mais do que arrecada.

No entanto, partindo da própria premissa do ministro, de que a litigância é desejável somente caso seus custos sejam inferiores aos benefícios para a comunidade, tem-se que a Justiça do Trabalho arrecada mais do que custa.⁸⁷ Nesse sentido, no ano de 2016 a despesa total da Justiça foi de cerca de 17 bilhões, enquanto arrecadou cerca de 3 bilhões em custas, emolumentos e tributos, e R\$24 bilhões de valores pagos aos reclamantes.⁸⁸

Por fim, quanto ao argumento de que os dados atuais indicam o acerto do legislador para a diminuição da litigiosidade, ressalta-se que, assim como indicado

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ CARVALHO, Augusto César Leite de. ARRUDA, Kátia Magalhães. *Os honorários de Sucumbência na Reforma Trabalhista e a sua Repercussão no Acesso à Justiça do hipossuficiente*. Doutrina, Revista Magister de Direito do Trabalho, Ano XVI, nº 92, set/out 2019, p 5-19.

⁸⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto. *Contra o revisionismo histórico e a supressão do acesso à Justiça do Trabalho: o caso da ADI 5766*. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/contra-o-revisionismo-historico-e-a-supressao-do-acesso-a-justica-do-trabalho-o-caso-da-adi-5766>. Acesso em 20/10/2021

⁸⁸ BRASILIA, DF. Tribunal Superior do Trabalho. Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/18640430/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250>. Acesso em: 21/10/2021.

pela ministra Rosa Weber na sessão, a diminuição do número de litígios, por si só, não representa um ganho, mormente quando não se investiga a sua causa.

3.2.3 Demais votos proferidos na Sessão Plenária de 20/10/2021

O ministro Kassio Nunes Marques, em suma, acompanhando o relator e o ministro Luiz Fux, destacou que as disposições impugnadas visam a coibir a litigância de má-fé, mantendo, ainda, a gratuidade da justiça. Aduziu que entende por razoável o disposto no art. 844, §2º, da CLT, visto que o judiciário e o reclamado se movimentam para realização da audiência inaugural, havendo custos.⁸⁹

Esse voto, ao nosso ver, cometeu o mesmo equívoco de considerar a restrição do acesso à justiça como punição à má-fé, presumindo a má-fé de todos os litigantes beneficiários da gratuidade da justiça. Nessa diapasão, também promove a restrição ao acesso à justiça do trabalho e o *bis in idem*.

O ministro Alexandre de Moraes entendeu serem inconstitucionais os artigos 790-B, §4º, e 791-A, §4º, da CLT, pois para que o beneficiário da gratuidade da justiça arque com os custos processuais deve ser comprovada a cessação da situação de vulnerabilidade financeira, como já existia no processo trabalhista e no civil. Frisou a necessidade de comprovação, que não basta cálculo matemático entre os créditos recebidos e perdidos, visto que promoverá situações nas quais os litigantes não terão acesso ao seu direito, apenas custearão honorários de perito e de advogado.

Todavia, abriu divergência com o voto do ministro Edson Fachin, entendendo constitucional o art. 844, §2º, da CLT. No ponto, fundamentou entender constitucional em razão do final da disposição “salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável”, por ser razoável a previsão da lei de mais um requisito para o reconhecimento da gratuidade judiciária.⁹⁰ Ou seja, para ser concedida a gratuidade, não é só necessária a hipossuficiência financeira, mas também a obrigação do hipossuficiente comparecer ao ato processual.

A ministra Cármen Lúcia, de acordo com o ministro Alexandre de Moraes, entendeu serem inconstitucionais os artigos 790-B, §4º, e art. 791-A, §4º. Afirmou que não se trataram as disposições de limitações razoáveis e proporcionais, visto que o

⁸⁹ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Sessão 20/10/2021. 1h07min23s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RNQVliLy8co>. Acesso em: 22/10/2021.

⁹⁰ *Ibid.*

inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal prevê a assistência jurídica integral e gratuita. Além disso, a limitação do acesso à justiça não se justifica em um país em que os índices de pobreza são altos como o Brasil. Todavia, entendeu constitucional o art. 844, §2º, por ser a medida razoável contra o uso indevido do direito importantíssimo que é o acesso à justiça.

O ministro Ricardo Lewandowski, assim como já havia referido após os debates orais, defendeu que a hermenêutica constitucional não se alinha a uma lógica consequencialista ou utilitarista. Disse que o acesso à justiça de nenhuma forma pode ser restringido para diminuir o número de processos em tramitação na justiça do trabalho, que indicam na verdade o inadimplemento do empregador e empregadora.

Referiu que ninguém entra na justiça, seja trabalhista ou comum, enfrentando todos os seus percalços, para pleitear direito sabidamente inexistente. Aduziu que o ordenamento brasileiro já possui previsão para solucionar o problema das lides temerárias e litigância de má-fé. Assim, acompanhou o voto do ministro Edson Fachin, primeira divergência.

Sobre a divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes, referiu o ministro que lhe impressionou, pois a ausência de uma parte em audiência é um direito da parte, que terá consequências processuais, como o arquivamento ou a revelia. Ressaltou, portanto, que o direito processual já prevê consequência para a ausência, não se tratando de má-fé, passível de punição.

Em resposta às consequências da falta do Reclamante à audiência, referiu a ministra Rosa Weber que a CLT, em seu art. 732, prevê que o reclamante que, por duas vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata o art. 844 incorrerá na pena de perda do direito de reclamar perante à justiça do trabalho pelo prazo de seis meses.⁹¹

O ministro Dias Toffoli acompanhou o ministro Alexandre de Moraes, por ser a solução mais adequada entre o voto do relator e a primeira divergência, adequando o propósito da reforma trabalhista com o acesso à justiça para as pessoas mais vulneráveis. Salientou que não se pode trazer para o processo do trabalho o contrato civil, realizado entre partes iguais.

⁹¹DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Sessão 2010/2021. 1h07min23s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RNQVliLy8co>. Acesso em: 22/10/2021.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, por entender que as disposições não limitam o acesso à justiça, o que se busca é um equilíbrio, tendo em vista a responsabilidade de todos em custear o sistema.

A ministra Rosa Weber votou pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade. Destacou três premissas necessárias para a análise da constitucionalidade dos dispositivos. A primeira é a impossibilidade de utilização do direito comparado ou de exemplo de outros países, para encontrar respostas imediatas para os nossos desafios, visto que não possuímos a mesma estrutura judicial, realidade econômica e previsão constitucional, devendo ser analisada e buscada a solução tendo em vista a realidade brasileira. Cita o exemplo da declaração de inconstitucionalidade da lei de taxas na Inglaterra. Diante disso, frisa ser necessária a análise do contexto social e institucional do país que é utilizado para a comparação.

A segunda premissa é a cautela quanto aos números, pois expressam números, não pessoas e vidas. Ademais, aduziu que somos um país de mais de 210 milhões de habitantes, e que os números devem ser comparados com os demais ramos dos tribunais nacionais, de forma qualitativa. Indicou que por mais louvável que seja a iniciativa do CNJ na realização dos quantitativos, os números são só um dado que, por si só, não contribui à solução do problema, devendo ser interpretado e contextualizado.

Consignou a sua experiência como inspetora do trabalho, anteriormente à magistratura do trabalho, indicando que em inspeções de bancos, verificava que os cartões pontos, prova pré-constituída por lei, não exprimiam a realidade, não consignando as horas extras, que, por sua vez, não eram pagas. Referiu que também é possível que uma das causas do número alto de demandas seja o reiterado descumprimento da legislação trabalhista.

Indicou que a Justiça do Trabalho é chamada de “justiça dos desempregados”, sendo que grande parte dos litigantes são hipossuficientes absolutos por perceberem até 40% (quarenta por cento) do Regime Geral da Previdência. Salientou ainda alto índice de desemprego e de desigualdade, bem como da realidade da falta da garantia de emprego, contra a despedida arbitrária, prevista no art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, até hoje não disciplinada por lei complementar. Disse que não se trata de uma doença matando o doente. Ou seja, não se promoverá o acesso à justiça fechando as portas do judiciário.

A terceira premissa metodológica diz respeito à necessidade de olhar para ambos os lados da litigância e suas diferentes feições, e reconhecer a insuficiência ou desproporcionalidade de desincentivos econômicos para o alcance de eficiência e efetividade na prestação jurisdicional. Advertiu serem outras as causas do aumento do número de processos, tais como os litigantes habituais e a complexidade da legislação, bem como a ausência de uniformidade na sua interpretação. Nesse sentido, entendeu ser necessário desincentivar quem precisa ser desincentivado, como o próprio Estado, ou quem viola em massa os direitos, e não aqueles que já são desprovidos de recursos. Concluiu que a análise econômica do direito pode ser utilizada para diagnosticar e resolver o problema, todavia não é o determinante.

Relembrou as justificativas e objetivos do relatório do projeto de lei que culminou na Lei 13.467/2017, bem como indicou que a litigiosidade excessiva é um problema de todo o judiciário brasileiro, não só da Justiça do Trabalho. Disse que a litigiosidade na justiça é um problema multifacetado, que o relatório do projeto não levou em consideração.

Ressaltou que a desestruturação da assistência judiciária gratuita – e não a sua reformulação –, elemento essencial para o acesso à justiça, padece de legitimidade constitucional, porque a pretexto de conseguir resultado econômico e estímulos comportamentais processual, passíveis de alcance por meios alternativos, restringe a essência do direito fundamental dos cidadão pobres do acesso à justiça, em violação ao art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal.

Aduziu que as disposições alcançariam resultados indesejados, como intimidação e restrição do pleno acesso à demanda trabalhista do trabalhador e trabalhadora hipossuficiente, em benefício de interesses econômicos, representados por grandes empregadores, que assumem a posição de litigantes habituais, e também responsáveis pela litigância excessiva.

Salientou que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade não reside na adequação das soluções legislativas, porque não são motivo apto a justificar a inconstitucionalidade, mas antes a sua compatibilidade com o âmbito de proteção de um direito fundamental basilar no Estado de Direito.

Lembrou não ser fornecida a assistência técnica por advogado na justiça do trabalho por meio da Defensoria Pública da União, não havendo custos para a União. Referiu que na maioria das vezes o litigante hipossuficiente arca com honorários contratuais, retirados do crédito que recebe.

Apontou pesquisas que indicam que apenas cerca de 9,1% dos litigantes são patrocinados por advogados e advogadas dos sindicatos, sendo o restante representados por advogados particulares. Além disso, constatou que em 2018 esse número caiu para 8,5%. Considerou como causa para essa diminuição duas modificações da CLT: a ausência de obrigatoriedade de acompanhamento do sindicato no momento da rescisão contratual, que impactou no acesso ao conhecimento dos direitos pelo trabalhador, bem como o enfraquecimento financeiro dos sindicatos com o afastamento da contribuição sindical.⁹²

A ministra ainda comparou os indicadores da justiça do trabalho com a justiça comum e a justiça federal, verificando que a justiça do trabalho possui a menor taxa de congestionamento bruto, maior índice de atendimento à demanda, custo médio inferior em relação à justiça estadual, e o maior índice de solução consensual.

Destacou que não se pode confundir improcedência de pedido com mera aventura da parte autora. Olhar apenas para o resultado da improcedência é falacioso, porque não se sabe, somente com base nessa informação, se tem como causa a temeridade ou a pronta inviabilidade do pedido. Além disso, a Constituição Federal não confere a gratuidade da justiça apenas àqueles que têm razão.

Disse não conseguir aferir apenas com o número de processos ajuizados e número de gastos com o judiciário, se tratarem de demandas frívolas.

Referiu acerca do ranking dos 200 maiores litigantes da justiça do trabalho, dado obtido no TST, de casos novos do ano de 2020, sendo os 10 primeiros: Petrobras, Banco do Brasil, Banco Bradesco, ECT, União, estado do Rio de Janeiro, Itaú Unibanco, Caixa Econômica Federal, Telefônica Brasil S.A, Banco Santander.

Disse que aquilo que hoje é considerado um pedido frívolo, em razão da transformação do direito, amanhã pode não ser. Assim, as disposições retiram até o direito da parte hipossuficiente de questionar o *status quo*, ao ser afastada da jurisdição em razão do risco da sucumbência, enquanto o litigante não vulnerável continuará possuindo o direito de manejar demandas “aventureiras”.

⁹² IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Reforma trabalhista e suas implicações no acesso à justiça: uma perspectiva da pesquisa empírica em direito. Brasília: Ipea: Ministério do Trabalho, 2020. ISSN 1676-0883. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10412/1/bmt_70_reforma_trabalhista.pdf. Acesso em: 23/10/2021.

Afirmou que as disposições retiram do Estado o dever de prestação da assistência jurídica gratuita e impõem aos próprios beneficiários, violando a Constituição Federal. O inciso LXXIV do art. 5º da Carta Fundamental proíbe o legislador ordinário, ainda que na melhor das intenções, de sonegar a assistência judiciária gratuita àqueles em situação de insuficiência de recursos. Diante disso, concluiu que as disposições impugnadas beiram o confisco.

A respeito do art. 844, §§2º e 3º, ressaltou novamente que a CLT já prevê penalidade para a falta do reclamante à audiência. Por fim, citando Mauro Cappelletti e Bryan Garth, alertou que políticas públicas importantes estão em jogo nas decisões sobre quando encorajar as partes a litigar, como moldar suas reivindicações factuais e jurídicas e como promover uma resolução estritamente legal em oposição a acordo negociado. Para Rosa, o quanto a lei regula o comportamento social depende em grande parte de como a máquina da justiça é construída.⁹³

É de ser pontuado que os votos dos ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e da ministra Rosa Weber, além de apontarem a evidente inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados na ADI, afastaram as justificativas para a tentativa de restrição da assistência jurídica integral e gratuita prevista na Constituição Federal.

Nesse sentido, com brilhantismo, destacou a ministra Rosa Weber, que a ação direta de inconstitucionalidade não reside na adequação ou não das soluções legislativas, visto que a adequação não transforma as disposições em normas constitucionais.

Ainda que os ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, e os demais que os acompanharam tenham buscado afastar o fato de que suas análises partiram de uma visão econômica do direito, esta constatação fica evidente em razão de todos os votos se centrarem na necessidade de diminuição de litígios e custos do judiciário.

Sobreleva ressaltar que essa análise, eminentemente econômica, vai ao encontro das indicações contidas no Documentos 319 do Banco Mundial, sobre a necessidade de diminuição dos custos do judiciário, sobretudo a partir dos meios alternativos de solução de conflitos, respeito aos contratos, respeito à propriedade privada, primando pela segurança jurídica.

⁹³ DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Sessão 20/10/2021. 1h30min24s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=af-SjEPnc7k>. Acesso em: 22/10/2021.

De forma manifesta também vão ao encontro dos valores indicados pelo Banco Mundial as disposições introduzidas na CLT pela Lei 13.467/2017, que têm por escopo vedar o acesso à justiça, mantendo o cumprimento dos contratos de trabalho, em prol de suposta segurança jurídica e de um mercado próspero para investimentos.

A influência desses valores também fica evidente a partir do intento contido no Projeto de Lei Complementar nº 17, resultado da conversão do texto da Medida Provisória nº 1.045/2021, rejeitado pelo Senado Federal, que tentava aprofundar as restrições no acesso à justiça promovidas pela Lei nº 13.467/2017 na Justiça do Trabalho, e as expandir para a Justiça Comum, Estadual e Federal, bem como para os Juizados Especiais.⁹⁴

Nesse sentido, as disposições rejeitadas pelo Senado previam que a insuficiência econômica que ensejaria a concessão da gratuidade da justiça seria provada pelo cadastro do requerente em programas assistenciais do governo. Ademais, previa as mesmas restrições à tutela jurisdicional – compensação entre créditos obtidos e custos do processo – na Justiça do Trabalho, na Justiça Estadual, Federal e nos Juizados Especiais, retirando a efetividade da tutela jurisdicional.⁹⁵

No contexto de tentativas expressas e sucessivas de impedir o acesso dos pobres à justiça, a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 790-B, §4º e art. 791-A, §4º, da CLT, realizada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI nº 5766, demonstra que a garantia de acesso à justiça não pode ser extinta para diminuição de custos e promoção do mercado. Como indicado por Petter Messitte, erigida a garantia de acesso à justiça ao status constitucional, dificilmente seria esquecida, justamente por ser a principal garantia em um Estado Democrático de Direito.⁹⁶

⁹⁴ SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Souto; CAMARANO, Alessandra; FELICIANO, Guilherme Guimarães. Resenha Trabalhista: “MP 1045 - mais um golpe contra a classe trabalhadora”.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QQGa3CqpcJQ>. Acesso em: 01/11/2021.

⁹⁵ SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Souto. *Contra a nova reforma trabalhista - Brasil em Construção*. Rede TVT. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ReNoLdvvbqoA>. Acesso em: 01/11/2021.

⁹⁶ MESSITTE PETER. *Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história*. Revista da Faculdade de Direito: Minas Gerais. n. 7. p. 126-150. out. 1967, p.126. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/707>. Acesso em: 10/08/2021.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES LEGAIS: O DISCURSO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O acesso à justiça, antes promovido apenas àqueles que possuíam recursos financeiros, a partir do conceito de igualdade abstrata do Estado Liberal, passa a ser promovido também àqueles que não possuem recursos, através do conceito de igualdade concreta no Estado Social.

Ingo Sarlet, sobre a justificativa e fundamentação dos direitos fundamentais afirma que *são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais e elementares ao ser humano*.⁹⁷

Acerca da igualdade concreta e necessidade de sua promoção Paulo Bonavides preleciona:

*[...] Noutra lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo.*⁹⁸

Nesse sentido, também advertiu que os direitos fundamentais se complementam com a introdução da dimensão social, pois a liberdade sem igualdade era um valor vulnerável, que promovia liberdade e igualdade abstratas.⁹⁹

Assim, a partir da necessidade de promoção da igualdade fática também no acesso à justiça, a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos foi galgada à condição de garantia fundamental.

Canotilho defende que em que pese as garantias tenham função assecuratória, também atuam como direitos, havendo autores que preferem a classificação “direito-garantia”.¹⁰⁰

José Afonso da Silva classifica como garantia constitucional individual o princípio da proteção judiciária, consubstanciado nos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da CF, e como primeira garantia constitucional social a assistência jurídica gratuita.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 411.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 15ª Edição, p. 188.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

Além disso, entende ser a segunda garantia constitucional social e a mais relevante a própria institucionalização da Justiça do Trabalho.¹⁰¹

Ingo Sarlet salienta que embora se utilize para melhor compreensão a divisão dos direitos fundamentais em três dimensões, tem-se que tal distinção não pode afastar a natureza complementar, cumulativa e indivisível dos direitos fundamentais. No ponto refere, inclusive, que a falta de linearidade das dimensões fica clara quando se observa que a Declaração da ONU de 1948, que continha todas as experiências da época, reconheceu direitos políticos (primeira dimensão) e direitos sociais (segunda dimensão). Além disso, frisa que até mesmo a diferenciação entre direito negativo (de primeira dimensão) e positivo ou prestacional (de segunda dimensão) não subsiste, porquanto há direitos fundamentais sociais que não demandam prestação do Estado, como o direito à sindicalização, greve e os direitos dos trabalhadores.¹⁰²

Para além da contribuição de Ingo Sarlet, verifica-se que a ideia de distinção entre direitos negativos e positivos em razão dos custos foi afastada. Na lição de Luís Fernando Sgarbossa, citando Holmes e Sunstein, essa distinção foi realizada em razão da pressuposição de que os direitos negativos não demandam custos, enquanto os direitos positivos demandam altos custos.¹⁰³

Os autores, a partir de dados dos Estados Unidos, demonstraram que os direitos negativos também demandam gastos pelo Poder Público, sobretudo para a promoção dos direitos de liberdade e propriedade. Assim, o autor concluiu que há uma seletividade de caráter ideológico quanto à efetivação dos direitos, visto que teorias como a reserva do possível, custo dos direitos, eficácia limitada, entre outras, são arguidas, ao longo da história, em detrimento da concretização dos direitos sociais, embora os direitos de primeira geração também demandem custos e não sofram as mesmas restrições. Aliado a isto, como já dito, os direitos das três dimensões são interdependentes e indivisíveis.¹⁰⁴

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 433-469.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. 6 e. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 403.

¹⁰³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *Apud* SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-Providência ao Mercado-Providência: Direito sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

Disponível em:

<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22/10/2021.

¹⁰⁴ *Ibid.*

Entretanto, mesmo com a constitucionalização, viu-se historicamente a resistência por parte dos países capitalistas ao reconhecimento da eficácia dos direitos sociais, sob o argumento de que a eficácia dependeria da disponibilidade de recursos.¹⁰⁵

Assim, a respeito do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e possibilidade de limites foram criadas as teorias “interna” e “externa”. Canotilho leciona que na teoria interna a limitação do direito fundamental é algo já previsto de antemão, enquanto a teoria externa propõe a posição jurídica *prima facie*, antes da limitação, e definitiva, após a limitação, dividindo o objeto do direito fundamental. Mesmo entendendo que esta teoria é mais apta para resolução de situação de conflitos entre direitos fundamentais, o autor adverte que as limitações da teoria externa devem observar também a teoria dos limites dos limites (a proteção do núcleo essencial do direito fundamental, a partir dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade e vedação ao retrocesso).¹⁰⁶

A partir das teorias, a doutrina admite a possibilidade de limite aos direitos quando há expressa previsão na Constituição ou em lei com fundamento na Constituição, em razão de reserva legal simples ou qualificada. Há autores que defendem também a possibilidade de limites aos direitos fundamentais quando há colisão entre direitos fundamentais. Todavia, diante de uma dessas situações deverá ser realizado o exame dos limites aos limites dos direitos fundamentais, sob pena de esvaziamento do direito.¹⁰⁷

Analisando a origem da chamada teoria da reserva do possível e suas mutações ao longo da história, Sgarbossa distingue a escassez real da escassez jurídica. A escassez real, ausência de recursos, implica limites aos direitos fundamentais, enquanto a escassez ficta ou jurídica, decisão política da Administração Pública de não-alocação para promoção do direito, implica restrições. Também defende que as restrições (a partir da escassez jurídica) dependem de previsão expressa ou reserva de lei restritiva no próprio texto constitucional. Aduz o autor que embora autores admitam a restrição aos direitos fundamentais quando em colisão com outros direitos fundamentais, admitir as restrições não autorizadas pelo texto

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 201.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 472-475.

constitucional possibilita a subversão da fundamentalidade do direito, permitindo que o legislador ordinário disponha dele livremente.¹⁰⁸

No caso em tela em que pese não ter sido arguida a reserva do possível, foi arguida uma de suas mutações, a teoria dos custos do direito. Observa-se a utilização desta teoria sobretudo quando o ministro Luís Barroso refere que nenhum direito é gratuito, havendo custos. Sgarbossa indica que a teoria se trata de uma mutação da teoria da reserva do possível, concebendo os custos do direito como constitutivo do direito fundamental. Ou seja, analisa-se primeiro o custo-benefício do direito, sendo devida a prestação quando constatada a eficiência.¹⁰⁹

Buscando a origem da reserva do possível no Tribunal Constitucional Alemão, o autor observa a modificação e, de certa forma, banalização da reserva do possível pela teoria dos custos do direito, que na origem se pautava na análise da proporcionalidade e razoabilidade, enquanto esta passa a uma retórica baseada apenas na análise de custo do direito em razão da escassez jurídica, que não pode ser entendida como equiparada a escassez real. Nesse sentido, transmutam-se todas as teorias restritivas dos direitos fundamentais, que se dizem baseadas em racionalidade e auto evidência (escassez real), enquanto baseadas na escassez jurídica.¹¹⁰

Assim, em resposta às teorias que restringem (a partir da escassez jurídica) os direitos fundamentais sociais, surgem as teorias que impõem limites às restrições, como a proibição do excesso, proibição da proteção deficiente, proteção do núcleo essencial, proibição ao retrocesso, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana, além das propostas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹¹¹

¹⁰⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-Providência ao Mercado-Providência: Direito sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p.171. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 23/10/2021.

¹⁰⁹ GALDINO, Gustavo. *Apud*. SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-Providência ao Mercado-Providência: Direito sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. Dissertação, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2019, p. 171.

¹¹⁰ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-Providência ao Mercado-Providência: Direito sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p.171. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 23/10/2021.

¹¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

Nas teorias da proibição do excesso, aplicada aos direitos de abstenção, e proibição da proteção deficiente, aplicadas aos direitos prestacionais, é analisada a limitação ao direito fundamental a partir do princípio da proporcionalidade, em seus três subprincípios.¹¹²

Assim, na proibição do excesso se analisa a adequação, devendo a medida restritiva ser adequada para os objetivos propostos; necessidade, devendo a medida restritiva ser necessária, não havendo outros meios menos prejudiciais para alcançar os objetivos; e proporcionalidade em sentido estrito, devendo haver a proporcionalidade da restrição com a fim almejado, não podendo objetivo ser menos importante que a restrição.¹¹³

Na proibição da proteção deficiente, a análise da adequação diz respeito à idoneidade das medidas utilizadas para a proteção do direito, se servem para tanto; a suficiência, que diz respeito a suficiência das medidas para uma mínima proteção; a proporcionalidade em sentido estrito entre a proporção dos recursos destinados a alcançar os direitos com os recursos para as outras áreas.¹¹⁴

A terceira limitação às restrições é a garantia do núcleo essencial do direito fundamental, definida por Canotilho como a garantia da parcela do conteúdo do direito, sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando de ser reconhecido como propriamente um direito fundamental.¹¹⁵

As demais limitações às restrições – proibição do retrocesso, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana – também conjugam, em síntese, a impossibilidade de restrição de um direito fundamental já prestado em sua essencialidade, também em seu parâmetro mínimo, e impossibilidade de violação da dignidade da pessoa humana.¹¹⁶

Nesse sentido, observa-se que a proibição do retrocesso é compatível com a própria ideia de condicionamento do cumprimento dos direitos fundamentais de segunda geração aos recursos econômicos, arguida historicamente.

Por fim, ressalta-se que também existem limitações às restrições dos direitos fundamentais a partir da leitura internacional dos Direitos Humanos, dentre eles o

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

princípio da progressividade, aplicação máxima dos recursos disponíveis e interdependência e da indivisibilidade dos direitos fundamentais.¹¹⁷

Assim, tem-se que as restrições ao direito fundamental da assistência jurídica integral e gratuita ansiadas pelo legislador ordinário são inconstitucionais.

Adotando-se a teoria interna, sequer seria possível a limitação do direito, porquanto não há reserva de lei. Aderindo-se a teoria externa, sequer há colisão entre direitos fundamentais. O que há na verdade é uma escolha de alocação de recursos, entendida por Sgarbossa como escassez ficta.

Ainda assim, até mesmo partindo de uma interpretação de que o direito fundamental ao acesso à justiça aos hipossuficientes estaria colidindo com outro direito fundamental, tem-se que a limitação não passaria pelo crivo dos limites às restrições. Esbarraria na proteção deficiente, visto que o esvaziamento da assistência jurídica gratuita não seria meio apto a garantir o bem protegido pelo direito fundamental – o acesso do hipossuficiente à tutela jurisdicional efetiva. Ademais, também esbarraria na garantia do núcleo essencial do direito, visto que as limitações alcançariam a própria definição e razão de ser do instituto, esvaziando a assistência, verificando-se acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI nº 5766.

Outrossim, frisa-se que a visão de acesso à justiça do legislador ordinário é individualista, em prejuízo do Estado Democrático de Direito e seus fundamentos, negando o mínimo reconhecimento da cidadania aos litigantes hipossuficientes. Isto porque o acesso à tutela jurisdicional na Justiça do Trabalho proporciona a distribuição e reposição de renda, reconhecendo dignidade aos trabalhadores e trabalhadoras, neste caso, hipossuficientes, em verdadeiro potencial transformador da realidade social desigual, promovida pelas externalidades negativas do capitalismo, objetivo contido no art. 3º da Constituição Federal.¹¹⁸

Portanto, a restrição do acesso à justiça, sob a justificativa de diminuição de litígios, custos e morosidade, vai de encontro ao projeto de organização social traçado na Constituição Federal de 1988 e, mesmo sob a perspectiva das teorias mais restritivas, não se sustenta. Assim, a luta histórica para a efetivação dos direitos

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *A Justiça do Trabalho como instrumento de Democracia*. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 11, N. 4, 2020, p. 2773-2801. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/50494.

sociais, que nascem natimortos em razão da reinvenção das teorias sucedidas da teoria da reserva do possível, deve ser constante.

Para além de impedir as tentativas sucessivas de restrição do acesso à justiça, devemos unir esforços para a promoção do acesso à justiça cada vez mais democrático, em cumprimento à ordem constitucional.

Assim, para uma nova política judiciária, Boaventura de Sousa Santos indica a democratização da justiça como a democratização da vida social, econômica e política, eliminando além dos obstáculos econômicos ao acesso, também os culturais e sociais. Nesse sentido, defende a criação de Serviço Nacional de Justiça, responsável pela realização de serviços jurídicos-sociais, garantidor do acesso à justiça.¹¹⁹ Além disso, também indica a necessidade de racionalização da divisão do trabalho, gestão de recursos de tempo e de capacidade técnica, recrutamento de magistrados com conhecimentos diversificados, como econômico, sociológico e político, ampliação de seus poderes, transformação dos operadores do direito por meio do próprio ensino jurídico, compreensão e resolução dos conflitos individuais como conflitos estruturais que dividem a sociedade.¹²⁰

Pertinente ao acesso democrático à Justiça do Trabalho, Valdete Souto Severo e Jorge Souto Maior defendem a ressignificação da sua função, *como espaço de cidadania, de revelação da dominação e de instrumento para garantir condições de vida que permitam pensar uma realidade para além do capital.*¹²¹

4.1 A inconstitucionalidade do artigo 844, caput, e §2º, da CLT

Em que pese acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal ao declarar os artigos 790-B, §4º, e 791-A, §4º da CLT inconstitucionais, em razão da restrição do direito fundamental da assistência jurídica integral e gratuita, passamos a tratar da equivocada constitucionalidade atribuída ao art. 844, §2º, da CLT.

Especificamente quanto a esse dispositivo, o ministro Barroso asseverou ser necessário mantê-lo, em razão do número alto de demandas arquivadas pelo não

¹¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 21, nov. 1986, p. 11-43, p. 28.

¹²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

¹²¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *A Justiça do Trabalho como instrumento de Democracia*. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 11, N. 4, 2020, p. 2773-2801. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/50494.

comparecimento da parte reclamante ou inépcia da inicial. Como solução, caso o advogado ou advogada constate se tratar de uma causa minimamente plausível “bancará” as custas. Luiz Fux aludiu em seu voto ser o art. 844, §2º, da CLT constitucional, pois é natural em qualquer processo. Disse que em conversas com professores da área foi informado que, em geral, o reclamante falta à audiência em razão das defesas inconsistentes.

Gilmar Mendes e Cármen Lúcia aduziram ser razoável, visto que o Judiciário e a parte reclamada se movimentam para realização da audiência inaugural, havendo custos, devendo ser inibidos os atos de uso indevido do acesso à justiça. Alexandre de Moraes entendeu ser constitucional em razão da parte final do §2º “salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável”, por ser razoável a previsão da lei de mais um requisito para o reconhecimento da gratuidade judiciária.

Ressalta-se que ao contrário do referido pelo ministro Alexandre de Moraes, não se trata de mais um requisito para o reconhecimento da gratuidade da justiça, e nem poderia ser, visto que a Constituição Federal não prevê a assistência jurídica integral e gratuita àqueles que não possuem recursos financeiros, condicionado ao comparecimento em todos os atos processuais. Assim, tem-se que tentou o ministro mascarar a restrição ao direito fundamental impondo mais um requisito não previsto na Constituição.

O ministro Luís Barroso, ao indicar a “solução” – pagamento das custas pelo advogado ou advogada da parte reclamante –, reconhece a restrição material ao acesso à justiça. Nesse sentido, indica solução contrária ao inciso LXXIV do art. 5º da Constituição, restringindo o direito fundamental.

Ainda, é de se espantar a anuência à restrição sem qualquer preocupação quanto à causa de faltas à audiência inaugural, sem qualquer pesquisa que almejasse outros meios menos gravosos para a solução do problema.

Nesse sentido, indicou o ministro Luiz Fux que, em conversas informais – que salientamos não ser um método científico hábil a indicar a causa –, obteve a informação de que, em geral, o Reclamante falta à audiência em razão da defesa insuficiente. Assim, optou o ministro, conscientemente, por punir a parte Reclamante que falta à audiência em razão do manifesto formalismo, que tornou a audiência mero procedimento burocrático.

Nesse sentido, em uma visão de acesso democrático à Justiça, e da devida função democrática da Justiça Gratuita, a audiência *deveria ser o local de fala das trabalhadoras e trabalhadores, em condição temporária de simetria com a empregadora ou empregador.*¹²² Todavia, a própria fala do ministro indica a realidade discrepante da prática da audiência engessada/burocrática, em detrimento da oralidade/simplicidade, que são caras ao processo do trabalho.

Ressalta-se que todos os ministros, ao assentir a restrição ao direito-garantia fundamental de assistência jurídica, sequer fundamentaram, indicando apenas ser uma medida “razoável” frente ao número de ações arquivadas na Justiça do Trabalho, em razão da falta injustificada à audiência.

Todavia, a restrição, fundada na teoria dos custos do direito, não passa pelo crivo dos limites às restrições dos direitos fundamentais, pois a medida não se mostra idônea para diminuir as faltas injustificadas, tampouco protege o núcleo essencial do direito fundamental, visto que o acesso à justiça não será promovido materialmente. Por fim, sequer foi debatido acerca da proporcionalidade dos recursos em comparação com a promoção de outros direitos fundamentais para justificar a restrição.

Observa-se que os ministros entenderam razoável a restrição ao direito fundamental à gratuidade da justiça, crendo que as vantagens superam a restrição do direito fundamental. Discordamos no ponto, visto que o acesso à justiça aos litigantes hipossuficientes será vedado – ou condicionado à caridade de advogados – para diminuição das ações arquivadas por falta à audiência, como se a dignidade da justiça ou custos do judiciário fossem superiores à garantia fundamental.

Assim, a decisão vai de encontro ao acesso democrático da justiça, restringindo o direito-garantia fundamental, impondo ao beneficiário e beneficiária hipossuficiente a caridade de advogados e advogadas, em descumprimento ao dever do Estado de prestar a assistência jurídica integral e gratuita.

¹²² MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *A Justiça do Trabalho como instrumento de Democracia*. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 11, N. 4, 2020, p. 2773-2801. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/50494.

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho, em razão da tentativa de restrições da gratuidade da justiça previstas na Lei 13.467/2017, buscamos traçar a história da assistência jurídica no Brasil, em cumprimento do princípio da igualdade no seu sentido de igualdade concreta, e não mais abstrata.

Nesse sentido, foram analisadas as justificativas do legislador ordinário para a restrição intentada ao direito fundamental, bem como as indicações do Banco Mundial para os Judiciários da América Latina e Caribe, que se mostraram compatíveis com a finalidade de promoção do mercado de investimento, afastando-se de qualquer comprometimento para com a diminuição das desigualdades sociais – a não ser pela aposta de consequência natural – ou com valores do Estado Democrático de Direito.

Também foram analisados os votos proferidos no julgamento da ADI nº 5766 pelo Supremo Tribunal Federal. Embora tenha sido declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos que compensaram créditos obtidos – tutela – dos trabalhadores e trabalhadoras com os custos do processo (honorários advocatícios e de perito), observou-se ainda, por parte da minoria, a concordância com a possibilidade de restrição do direito-garantia fundamental de acesso à tutela jurisdicional efetiva em razão da teoria dos custos do direito, que pode ser enquadrada como sucessora da teoria da reserva do possível, que intenta a ineficácia dos direitos fundamentais sociais historicamente, tentando o fazer natimorto.

Nesse sentido, a partir também do PL nº 17, conversão da Medida Provisória nº 1.045/2021, rejeitado pelo Senado, concluímos que os direitos sociais – por mais inegavelmente necessários ao Estado Democrático de Direito como o acesso igualitário e democrático à justiça – tendem a ser restringidos, tanto pela força política interna como externa, assim como pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, devendo haver constante vigília quanto a sua promoção, a fim de que se proteja uma sociedade livre, justa e solidária, em preferência à própria condição humana.

Por fim, a constitucionalidade do art. 844, §2º da CLT mostrou-se equivocada por restringir o direito-garantia fundamental social à assistência jurídica integral e gratuita, não passando pelo crivo das teorias dos limites às restrições dos direitos fundamentais sociais, como a proporcionalidade em seus três subprincípios (idoneidade, suficiência e proporcionalidade em sentido estrito). Assim, corroborando com a necessidade de constante vigília para cumprimento dos direitos fundamentais

de segunda geração, a constitucionalidade atribuída a este dispositivo remonta ao entendimento anterior a 1934, quando se entendia a assistência jurídica como dever moral – caridade – a ser promovido pelas advogadas e advogados, e não direito fundamental.

Portanto, depreende-se que as alterações da justiça gratuita promovidas pela Lei 13.467/2017 não servem aos objetivos almejados pelo legislador e em parte pelo Supremo Tribunal Federal – diminuir número de litigiosidade e custos –, porquanto sequer analisada as suas causas e possíveis consequências em razão da peculiaridade do processo trabalhista. Além disso, as modificações do instituto são inconstitucionais em razão de violação da fundamentalidade do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita, em prol tão somente de redução de custos e eficiência do poder Judiciário, valores que descolados da realidade social brasileira e da Constituição Federal promoverão a vedação ao acesso dos mais vulneráveis à justiça.

REFERÊNCIAS

BANCO MUNDIAL. Documento Técnico 319. *O setor judiciário na América e no Caribe elementos para reforma*. Maria Dakolias. Tradução Sandro Eduardo Sardá. 1996. Disponível em:

<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>. Acesso em: 03/09/2021

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 459/464.

BRASIL, Lei n. 13.467, de Julho de 2017. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 21/08/2021.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934*. Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 08/08/2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/09/2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.787 de 2016 que altera o Decreto-Lei nº 5.452, Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019 para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre o trabalho temporária, e dá outras providência. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=PRL+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016. Acesso em 01/09/2021.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20/10/2021.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Medida Provisória nº 1045/2021. Disponível

em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/148214>. Acesso em: 23/10/2021.

BRASIL. Decreto- Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 03/10/2021.

BRASIL. Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950 Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm Acessado em 20/08/2021.

BRASIL. Lei n. 10.537, de 27 de agosto de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10537.htm Acesso em 20/08/2021.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em 25/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 15/03/2021 Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15032021-Salvo-bona-fe--segurado-do-INSS-deve-devolver-pagamento-decorrente-de-erro-nao-vinculado-a-interpretacao-de-lei.aspx>. Acesso em 25/10/2021.

BRASÍLIA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ, 2020. Justiça em Números 2020: ano-base 2019, p. 51-56. 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 03/10/2021.

CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. *Os Valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais*. Brasília: Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 7, n. 13, 1º semestre de 2004, p. 21-43.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DE CARVALHO, Augusto César Leite. ARRUDA, Kátia Magalhães. *Os honorários de Sucumbência na Reforma Trabalhista e a sua Repercussão no Acesso à Justiça do hipossuficiente*. Doutrina, Revista Magister de Direito do Trabalho, Ano XVI, nº 92, set/out 2019, p 5-19.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Requerente: Procurador Geral da República. Relator: Luis Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalhistas.pdf>. Acesso em: 01/10/2021.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Sessão 10/05/2018. 1h53min28s. Disponível em :<https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>. Acesso em: 01/08/2021.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Sessão 14/10/2021. 1h01min47s. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=BiJrPMelh_E. Acesso em 18/10/2021.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior do Trabalho. Relatório Demonstrativo. Justiça do Trabalho. p. 105. Disponível em:

<https://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/Relat%C3%B3rio+Demonstrativo+2020.pdf/b008ce47-e63f-3c7c-b938-4ff817737765?t=1624912295004>. Acesso em: 10/10/2021.

IDESP. *A crise do Judiciário vista pelos Juízes*. Relatório de Pesquisa. 1994.

Disponível em:

http://angico.uspnet.usp.br/dcp/images/Super_Users/rarantes/judiciario_24012020_184254.pdf Acessado em 27/11/2021.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Reforma trabalhista e suas implicações no acesso à justiça: uma perspectiva da pesquisa empírica em direito. Brasília: Ipea: Ministério do Trabalho, 2020. Disponível em:

http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10412/1/bmt_70_reforma_trabalhista.pdf. Acessível: em 23/10/2021.

LAZZARIN, Sonilde. *As razões sociológicas da expansão do poder judiciário no mundo contemporâneo*. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 10, n. 2, p. 191-212, jul./dez. 2009. Disponível em

<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1928>. Acesso em 22/10/2021.

LIMA, Enio Galarça. *O acesso à justiça do trabalho e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1994, p. 32

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *A Justiça do Trabalho como instrumento de Democracia*. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 11, N. 4, 2020, p. 2773-2801. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/50494.

MESSITTE PETER. *Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história*. Revista da Faculdade de Direito: Minas Gerais. n. 7. p. 126-150. out. 1967, p.126. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/707>. Acesso em: 10/08/2021.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LEME, Ana Carolina Reis Paes. *Litigância manipulativa da jurisprudência e plataformas digitais de transporte: levantando o véu do procedimento conciliatório estratégico*. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v.10, n. 95, p. 24-44, jan. 2021. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/182394/2021_orsini_adriana_litigancia_manipulativa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19/09/2021.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. 2009. 178. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1267>. Acesso em: 18/08/2021.

ROCHA, Alexandre Lobão. *A garantia fundamental de acesso do pobre à justiça*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a.32 n. 128, p. 127- 137, out./dez. 1995.

ROMAR, Carla Teresa Martins. *Gratuidade e Sucumbência sob a Perspectiva do Acesso à Justiça. Reforma Trabalhista em Perspectiva Desafios e Possibilidade*. Zélia Maria Cardoso Montal, Luciana Paula de Vaz Carvalho, org., 2ed, São Paulo: LTr, 2018, p 183-189.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 21, nov. 1986, p. 11-43.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7.Ed. Edições Afrontamento: Porto, 1999, p. 150-151.

SANTOS, Fábio Moreira. *Processo Constitucional e a reforma trabalhista*. Belo Horizonte: RTM, 2019, p.6.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 411.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. 1. Ed. São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 79 e 80.

SEVERO, Valdete Souto. *Princípio da proteção*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3633, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24690>. Acesso em: 2/10/2021

SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Souto. *Contra a nova reforma trabalhista - Brasil em Construção*. Rede TVT. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ReNoLdvvbqoA>. Acesso em: 01/11/2021.

SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Souto; CAMARANO, Alessandra; FELICIANO, Guilherme Guimarães. Resenha Trabalhista: “MP 1045 - mais um golpe contra a classe trabalhadora”. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=QQGa3CqpcJQ>. Acesso em: 01/11/2021.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Do Estado-Providência ao Mercado-Providência: Direito sob a “reserva do possível” em tempos de globalização neoliberal*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18011/DISSERTACAO%20SGARBOSSA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10/10/2021.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 22-24.

SILVA, Túlio Macedo Rosa e. COSTA, Márcio Fernandes Lima da. *Justiça gratuita e honorários advocatícios no processo do trabalho: uma questão de cidadania*. Rev. TST, São Paulo, vol. 87, no 2, abr/jun 2021, p. 202 – 222.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto. *Contra o revisionismo histórico e a supressão do acesso à Justiça do Trabalho: o caso da ADI 5766*. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/contra-o-revisionismo-historico-e-a-supressao-do-acesso-a-justica-do-trabalho-o-caso-da-adi-5766>. Acesso em: 10/10/2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, p. 289-332, nov. 2017.