

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES-CUT
ADV.(A/S)	: JOSÉ EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE.	: CGTB - CENTRAL GERAL DOS TRABALHADORES DO BRASIL
ADV.(A/S)	: RAPHAEL SODRE CITTADINO
AM. CURIAE.	: CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB
ADV.(A/S)	: ZILMARA DAVID DE ALENCAR
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT
ADV.(A/S)	: FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL- CNA
ADV.(A/S)	: RUDY MAIA FERRAZ E OUTRO(A/S)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. REGRAS SOBRE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE SOCIAL E DIREITO SOCIAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. MARGEM

ADI 5766 / DF

DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CRITÉRIOS DE RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação na capacidade econômica do beneficiário.

2. A ausência injustificada à audiência de julgamento frustra o exercício da jurisdição e acarreta prejuízos materiais para o órgão judiciário e para a parte reclamada, o que não se coaduna com deveres mínimos de boa-fé, cooperação e lealdade processual, mostrando-se proporcional a restrição do benefício de gratuidade de justiça nessa hipótese.

3. Ação Direta julgada parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria, acordam em julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nos termos do voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Redator para o acórdão, vencidos, em parte, os Ministros ROBERTO BARROSO (Relator), LUIZ FUX (Presidente), NUNES MARQUES e GILMAR MENDES. E acordam, por maioria, em julgar improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros EDSON FACHIN, RICARDO LEWANDOWSKI e ROSA WEBER.

Brasília, 20 de outubro de 2021.

ADI 5766 / DF

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente

09/05/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES-CUT
ADV.(A/S)	: JOSÉ EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE.	: CGTB - CENTRAL GERAL DOS TRABALHADORES DO BRASIL
ADV.(A/S)	: RAPHAEL SODRE CITTADINO
AM. CURIAE.	: CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB
ADV.(A/S)	: ZILMARA DAVID DE ALENCAR
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT
ADV.(A/S)	: FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL- CNA
ADV.(A/S)	: RUDY MAIA FERRAZ E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO:

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto o artigo 1º da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, que aprovou a “Reforma Trabalhista”, nos pontos em que altera ou insere disposições nos artigos 790-B, caput e e § 4º; 791-A, § 4º, e 844, § 2º, do Decreto-Lei 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho, CLT). É o seguinte o teor dos dispositivos:

ADI 5766 / DF

Art. 1º. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

[...]

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.” (NR)

[...]

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

[...]

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

[...]

“Art. 844.

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça

ADI 5766 / DF

gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.” (Grifou-se)

2. O requeinte alega que as normas impugnadas estabelecem restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade de justiça, por imporem aos seus destinatários: (i) o pagamento de honorários periciais e sucumbenciais, quando tiverem obtido em juízo, inclusive em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa; e o (ii) o pagamento de custas, caso tenham dado ensejo à extinção da ação, em virtude do não comparecimento à audiência, condicionando a propositura de nova ação a tal pagamento.

3. Defende que tais normas geram ônus desproporcionais para que cidadãos vulneráveis e desassistidos busquem o Judiciário, uma vez que: (i) impõem a utilização de recursos obtidos em processos trabalhistas para custeio de honorários, sem considerar o possível caráter alimentar de tais valores ou o comprometimento de necessidades essenciais do trabalhador; (ii) condicionam a propositura de nova ação ao pagamento de importância por quem sabidamente não dispõe de recursos, podendo constituir obstáculo definitivo de acesso ao Judiciário; (iii) produzem tratamento desigual e geram impacto desproporcional sobre os mais pobres, dado que a exigência de pagamento de honorários periciais e sucumbenciais com valores conquistados em outros processos limita-se a causas em curso na Justiça do Trabalho, não se estendendo à Justiça comum ou aos Juizados Especiais Cíveis.

4. Com fundamento nos supracitados argumentos e em vista do imediato comprometimento do direito de acesso dos trabalhadores ao Judiciário, o requerente pleiteia a suspensão cautelar dos dispositivos impugnados e, no mérito, sua declaração de inconstitucionalidade, por violação aos artigos 1º, III, incs. III e IV; 3º, incs. I e III; 5º, caput, incs. XXXV e LXXIV e §2º; e 7º a 9º da Constituição da República.

ADI 5766 / DF

5. Determinei a oitiva do Congresso Nacional, do Exmo. Sr. Presidente da República e do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União

6. O Congresso Nacional e a a Advocacia-Geral da União manifestaram-se pela constitucionalidade dos dispositivos normativos em análise, destacando que a gratuidade é custeada por recursos públicos escassos, devendo ter sua utilização otimizada.

7. Deferi o ingresso, a título de amici curiae, das seguintes entidades: Central Única dos Trabalhadores - CUT, Central Geral dos Trabalhadores do Brasil – CTGB, Central dos Sindicatos Brasileiros – CSB, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, Confederação Nacional do Transporte - CNT, Confederação da Agricultura e Pecuária no Brasil – CNA.

8. É o relatório.

09/05/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES-CUT
ADV.(A/S)	: JOSÉ EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE.	: CGTB - CENTRAL GERAL DOS TRABALHADORES DO BRASIL
ADV.(A/S)	: RAPHAEL SODRE CITTADINO
AM. CURIAE.	: CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB
ADV.(A/S)	: ZILMARA DAVID DE ALENCAR
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT
ADV.(A/S)	: FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL- CNA
ADV.(A/S)	: RUDY MAIA FERRAZ E OUTRO(A/S)

SUSPENSÃO DE JULGAMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, eu gostaria de fazer a seguinte ponderação a Vossa Excelência. Primeiro: eu ouvi coisas da tribuna que me impressionaram e sobre as quais eu gostaria de refletir. Segundo: mais de um Colega me pediu que indicasse adiamento, para que pudesse, igualmente, fazer uma reflexão. Então, se estiver bem para Vossa Excelência e para os Colegas,

ADI 5766 / DF

eu traria o meu voto na primeira hora amanhã, de modo que eu possa levar em conta as muitas colocações relevantes feitas da tribuna e algumas que me impressionaram. E mesmo o diálogo interno com os Colegas eu gostaria de levar em conta.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT

ADV.(A/S) : JOSÉ EYMARD LOGUERCIO (1441A/DF)

AM. CURIAE. : CGTB - CENTRAL GERAL DOS TRABALHADORES DO BRASIL

ADV.(A/S) : RAPHAEL SODRE CITTADINO (53229/DF, 19789/ES)

AM. CURIAE. : CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB

ADV.(A/S) : ZILMARA DAVID DE ALENCAR (38142/DF)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO
- ANAMATRA

ADV.(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO (07077DF/DF)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT

ADV.(A/S) : FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA (0031442/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL- CNA

ADV.(A/S) : RUDY MAIA FERRAZ (22940/DF) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, Procuradoria-Geral da República, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União; pelo *amicus curiae* Central Única dos Trabalhadores - CUT, o Dr. José Eymard Loguércio; pelo *amicus curiae* CGTB - Central Geral dos Trabalhadores do Brasil, o Dr. Raphael Sodré Cittadino; pelo *amicus curiae* Central dos Sindicatos Brasileiros - CSB, o Dr. Luis Antônio Camargo Melo; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curiae* Confederação Nacional do Transporte - CNT, o Dr. Flávio Henrique Unes Pereira; e, pelo *amicus curiae* Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA, o Dr. Rudy Maia Ferraz. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 9.5.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

10/05/2018**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Presidente, apenas para lembrar, estamos aqui debatendo a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766, que envolve alguns dispositivos da assim chamada "Reforma Trabalhista". Basicamente, os dispositivos que determinaram: 1) a cobrança de honorários de advogado e de honorários periciais, em caso de sucumbência; 2) a utilização de créditos havidos em outros processos para fazer face a tais honorários; e 3) a cobrança de custas judiciais aos empregados que derem causa ao arquivamento de suas ações por não comparecimento injustificado à audiência.

Presidente, o presente processo é uma demonstração cabal de que a vida pode ser vista de diferentes pontos de observação, como bem demonstraram as diferentes sustentações que foram levadas a efeito ontem. Aliás, todas elas de excelente qualidade e que evidenciaram, de uma forma muito visível, que é possível divergir-se, e divergir-se profundamente, de uma forma respeitosa, focada nos argumentos e sem nenhuma desqualificação de quem pensa diferente. De modo que eu cumprimento muito sinceramente os ilustres advogados que estiveram na tribuna e que proporcionaram um debate esclarecedor e de alto nível.

Ouvindo os advogados e mesmo conversando internamente com diferentes Colegas, eu pude perceber que as modificações introduzidas pela lei aqui discutida, bem como pela reforma trabalhista, de maneira geral, são vistas de uma maneira oposta. Há quem ache que houve um avanço e há quem ache, sinceramente, que houve um retrocesso. Isso porque as pessoas, na vida, avaliam os fenômenos de acordo com os seus pontos de observação, de acordo com as suas pré-compreensões. E é inevitável que seja assim, se o Direito tivesse um sentido único, unívoco e inequívoco, jamais haveria votos divergentes; para bem ou para mal, diferentes intérpretes interpretam os mesmos signos normativos

ADI 5766 / DF

atribuindo a eles sentido e alcance diversos. Assim é porque sempre foi.

E porque eu considero que a pré-compreensão do intérprete influencia o modo como ele dá sentido às normas jurídicas, penso que, em questões controvertidas e ideologicamente matizadas, como esta em julgamento, o intérprete tem o dever de declinar quais são as suas pré-compreensões, os valores e as motivações que informam a construção do sentido que ele está dando a uma determinada norma, que, evidentemente, como é o caso desta, comporta mais de uma interpretação.

Portanto eu gostaria de enunciar, logo de início, as minhas pré-compreensões acerca deste tema. Três delas são as seguintes: *primeira*, em uma sociedade desigual, um dos principais papéis do Estado é contribuir para a redução da desigualdade e para o enfrentamento da pobreza - esta é uma premissa importante do modo como vejo a vida e do modo como estarei interpretando esta matéria posta em julgamento; *segunda*, o enfrentamento da pobreza e a redução da desigualdade dependem do crescimento econômico e da distribuição justa de recursos; *terceira*, as diretrizes que pautam o raciocínio que a seguir vou desenvolver são as seguintes: qual dentre as interpretações possíveis facilita o crescimento com a expansão do mercado de trabalho; e qual dentre as interpretações possíveis produz a melhor alocação dos recursos sociais, porque isso é imprescindível para a distribuição de justiça e de riquezas.

Ainda neste capítulo inicial, depois de ter estabelecido que essas são as premissas interpretativas que irei adotar, eu gostaria de compartilhar três experiências ou três precedentes que marcam o modo como eu interpreto esta matéria que está sob julgamento.

A primeira delas foi um julgamento havido, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, envolvendo uma questão de Programa de Demissão Voluntária, o programa de demissão incentivada no Banco do Estado de Santa Catarina. Neste caso, em que eu mesmo fui o Relator, o que se discutia era a seguinte situação: houve um acordo coletivo celebrado entre os sindicatos patronais e os sindicatos dos empregados, a propósito de um Programa de Demissão Voluntária, de demissão incentivada no

ADI 5766 / DF

Banco do Estado de Santa Catarina. O acordo coletivo foi aprovado pelos sindicatos e aprovados em assembleia.

A adesão a este plano de demissão incentivada era facultativa. Uma senhora, uma trabalhadora aderiu voluntariamente ao plano. Ao aderir ao plano, ela recebeu oitenta meses de salário para se demitir em troca da oferta de quitação geral. Esse era o acordo. Você recebe oitenta meses de salário e dá uma quitação geral. Semanas depois de ter dado quitação geral, essa senhora entra em juízo, com base no artigo da CLT, e diz: eu quero mais; eu quero horas extras e outras vantagens a que eu acho que faço jus. Portanto, ela aderiu voluntariamente ao plano; ela recebeu os oitenta meses de salário; e ela propõe uma demanda, violando o compromisso que havia assumido mediante a quitação geral.

O Tribunal Superior do Trabalho deu ganho de causa à empregada. Disse que, além dos oitenta salários, ela também ainda podia receber as vantagens que postulava.

Eu manifestei-me contra isso, e o Plenário, unanimemente, aderiu a esse entendimento. Porque, embora o TST tenha achado que, naquele caso, estava fazendo bem àquela senhora, àquela trabalhadora, na verdade, estava destruindo um instituto que é valioso para os trabalhadores, que é o instituto do Programa de Demissão Voluntária ou Incentivada, que dá muitas vantagens para o trabalhador que, muitas vezes, inexoravelmente vai perder o seu trabalho.

Então, o que quero dizer, compartilhando essa primeira crença, essa primeira convicção, que considero importante, é que proteção fora da justa medida desprotege, além de infantilizar indivíduos que precisam ser autônomos e precisam ser responsáveis pelas decisões que tomam. Quem foca, por vezes, no proveito individual de uma pessoa não é capaz de atentar para o efeito sistêmico negativo que o excesso de protecionismo muitas vezes acarreta. Por isso, esse é um precedente que considero relevante e que tenho em mente na formulação da minha convicção neste caso.

Gostaria de compartilhar, ainda na mesma linha, Presidente, nesse capítulo introdutório, porque considero que essa é uma das questões

ADI 5766 / DF

mais interessantes e complexas que a Suprema Corte tem discutido desde que cheguei aqui.

O segundo precedente ou a segunda experiência, que gostaria de compartilhar, diz respeito à Lei de Locações. Por muitos anos, no Brasil, vigorou uma Lei de Locações da década de 70, que era altamente protetiva dos inquilinos e criava todo o tipo de embaraço para o proprietário, que não conseguia retomar o seu imóvel e, conseqüentemente, por força da Lei, ele era obrigado a renovar sucessivamente o contrato de locação mesmo que ele não quisesse mais.

O que aconteceu? Com o tempo, os proprietários foram progressivamente deixando de oferecer imóveis à locação, porque era quase impossível retomar o imóvel, salvo para uso próprio. As conseqüências foram a queda na oferta de imóveis para alugar e um aumento significativo no preço das locações, sobretudo residenciais.

Ainda seguindo a mesma lógica, em matéria de locação, em 1991, sobreveio uma lei nova que diz: depois de trinta meses de aluguel, o proprietário pode retomar o seu imóvel. Uma norma aparentemente menos protetiva do locatário. Qual foi a conseqüência dessa mudança normativa? Aumentou exponencialmente a oferta de imóveis para locação; e caiu significativamente o preço dos aluguéis. Portanto, nesse meu segundo exemplo, uma menor proteção legal produziu uma maior proteção real.

A terceira e última experiência que eu quero compartilhar é mais pessoal, mas considero muito relevante, porque mudou o modo como eu enfrento determinadas questões que envolvem economia e direitos econômicos e sociais no Brasil.

Em algum momento da década de 90, eu participei de uma comissão que foi apurar a situação do Banerj - Banco do Estado do Rio de Janeiro. Em poucos dias, no Banerj, todos nós da comissão verificamos que o Banerj era infelizmente um antro de perversão de dinheiro público malversado, de empréstimos irresponsáveis, de favorecimento aos amigos e de corrupção pura e simples. E, por conseguinte, era um caso típico brasileiro - que, aliás, se repete historicamente - de apropriação

ADI 5766 / DF

privada do espaço público, apropriação privada de uma empresa estatal. Desse modo, não tive, ali, nenhuma dúvida de qual era a melhor coisa a fazer com Banerj: de que era vendê-lo, tirá-lo das mãos de um Poder Público que o pervertia em proveito de uma elite extrativista que é a mesma de sempre. O Banco era utilizado para o desvio de dinheiro público para uma elite extrativista.

A despeito disso, a posição dos partidos de esquerda, naquele debate, era manter o Banerj estatizado. Logo, o dogma da estatização se colocava acima do fato real que era a apropriação privada do Banco. E, ali - considero isso importante de dizer, porque pauta o meu raciocínio -, eu aprendi a separar o que é ser de esquerda do que é ser progressista. Progressista é defender aquilo que produz o melhor resultado para as pessoas, para a sociedade e para o país; sem dogmas, sem superstições ou sem indiferença à realidade.

E, portanto, Presidente, este não é um debate entre esquerda e direita, e, sim, sobre o que é melhor para os trabalhadores, para sociedade e para o País. E quero deixar claro - e acho que falo por todos, mas certamente falo por mim - que ninguém aqui está do lado dos mais ricos ou do lado da injustiça; todo mundo aqui está querendo produzir a solução que seja capaz de melhor distribuir a justiça e de trazer melhores resultados para sociedade e para o País.

Nós estamos tratando de uma lei que foi a Lei da Reforma Trabalhista e um capítulo específico com tópicos processuais, na verdade, discutindo quem paga a conta em determinadas situações.

A intenção do legislador, inequívoca intenção do legislador foi a de enfrentar um problema que é a sobre utilização do Judiciário de uma maneira geral; da litigiosidade excessiva, de uma maneira geral, e, particularmente, na Justiça do Trabalho, que, de acordo com o "Justiça Em Números", do Conselho Nacional de Justiça, em volume já assinado pela Presidente Cármen Lúcia, concluiu que a Justiça do Trabalho, em 2015, finalizou o exercício com 5 milhões de processos em tramitação, tendo sido ajuizados, somente em 2015, 4 milhões de ações trabalhistas.

Segundo o relatório elaborado pelo Deputado Rogério Marinho,

ADI 5766 / DF

Relator da Reforma Trabalhista na Câmara dos Deputados, nos Estados Unidos, são 200 mil ações trabalhistas e, na França, 75 mil nesse mesmo período. Ainda no relatório, consta uma passagem do respeitado Professor José Márcio Camargo, em que ele declarou que a judicialização excessivamente ampla das relações do trabalho no Brasil trouxe como consequência a circunstância de que o custo do trabalho somente é conhecido depois do término do contrato de trabalho; na verdade, só é conhecido depois do término da reclamação trabalhista que invariavelmente se segue ao contrato de trabalho.

Portanto, não é como em toda parte do mundo, em que você avalia custo e risco no momento em que você contrata. Aqui você só consegue saber o custo da relação de trabalho alguns anos depois que ela acaba, quando se dá o desfecho da reclamação trabalhista.

Mas essa lógica equivocada e perversa da litigiosidade excessiva e da judicialização compulsiva traz uma consequência ainda pior: É que muitas vezes, como o litígio é inexorável, o empregador já não cumpre mesmo a sua obrigação. Ele fica esperando a reclamação trabalhista e aí, então, ele resolve em juízo, às vezes anos depois, ou às vezes por acordo em que ele fica com uma fatia a mais daquilo que ele deveria ter honrado desde a primeira hora.

Portanto, essa judicialização exacerbada, essa litigiosidade excessiva das relações de trabalho, prejudica o mercado de trabalho, os trabalhadores e os empreendedores corretos e honestos.

Eu cito ainda - e terminando essa introdução que considero importante para contextualizar o modo como acho que esse problema deve ser tratado - duas histórias que eu conheço de experiência própria. A primeira: duas pessoas fizeram concurso para titular de cartório de notas, mais ou menos na mesma época - são cargos agora providos mediante concurso, inclusive, por intervenção persistente do Supremo Tribunal Federal, pois conseguiu que os cartórios fossem providos por concurso -, e se tornaram titulares. Nos cartórios em que se empregavam parentes dos titulares anteriores, eles resolvem demitir a parentada e contratar gente nova. Um dos novos titulares cumpre todas as obrigações

ADI 5766 / DF

trabalhistas e paga tudo que tinha que pagar, como a vida deve ser. O outro não: mandou todo mundo embora e ficou esperando as reclamações trabalhistas. O que mandou todo mundo embora e que não tinha pago nada, diante das reclamações trabalhistas, fez bons acordos e resolveu o seu problema. O outro, que tinha pago tudo, também teve que fazer acordo e aí pagou mais uma fatia novamente. Portanto, é um sistema que, como acontece em outras áreas do Brasil, os espertos se dão melhor do que os bons. E é esse o país em relação ao qual eu acho que a gente precisa mudar de paradigmas.

Um segundo exemplo real, e que eu conheço os personagens: uma jovem que tinha uma posição relevante em uma instituição financeira recebeu uma oferta melhor para ir trabalhar em outro lugar. Comunicou ao banco, obteve tudo que tinha direito, todas as verbas rescisórias. Deixou a porta aberta, saiu feliz da vida. Essa jovem contava para mim que recebeu vinte ligações de escritórios que ofereciam a propositura de uma reclamação trabalhista. E ela dizia: "mas eu saí bem, eu estou satisfeita, eu recebi tudo que eu tinha direito". E, mesmo assim, a insistência persistia. E houve um caso de um escritório que ofereceu um milhão de reais para comprar a causa dela e poder litigar em nome dela.

Assim sendo, há evidentemente um problema na judicialização e na litigiosidade excessiva que se desenvolveram na sociedade brasileira e na Justiça do Trabalho, em particular.

De modo que considero não só legítimo como também desejável que o Congresso Nacional procure enfrentar esse problema, que, na verdade, atrasa o País, aumenta o custo do Brasil e nos mantém retidos como um país de renda média que não consegue furar o cerco por problemas que são relativamente fáceis de serem equacionados.

Eu fiz essa longa introdução, Presidente, porque considerei importante tratar este tema dentro do contexto de ser necessário desideologizar determinados debates, identificar onde está verdadeiramente o interesse público e onde está o interesse do País.

A questão discutida envolve o acesso à Justiça, que é previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, que tem a seguinte dicção: "XXXV

ADI 5766 / DF

- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Já vem de Constituições anteriores, mas houve, sob a Constituição de 1988, um avanço importante na compreensão do que seja o acesso à Justiça, e, por isso, o direito de todos de postularem em juízo qualquer interesse e veicularem qualquer pretensão que considerem legítima. Ao lado do direito de ação, ou do direito de acesso à Justiça, a Constituição de 1988 também contemplou, no seu inciso LXXIV do art. 5º, o seguinte: "LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Logo, a Constituição assegura o acesso à Justiça e assegura assistência jurídica integral aos hipossuficientes. Eu devo dizer que considero que o acesso à Justiça inclui também o direito a um processo justo, efetivo e a uma Justiça que funcione, que funcione em tempo razoável e de maneira eficiente.

E aqui nós chegamos ao contexto do excesso de litigiosidade. Penso que, não só na Justiça do Trabalho como também em múltiplas áreas, a judicialização da vida e o excesso de litigiosidade são marcas bem visíveis do Brasil contemporâneo, e o fenômeno é particularmente perceptível na Justiça do Trabalho, com aquelas 4 milhões de ações novas em 2015, e os números provisórios de 2016 são próximos a esse também. Nós somos recordistas mundiais nesta matéria.

Há três causas, tal como eu vejo, para essa judicialização excessiva em matéria trabalhista. A primeira, e grave, há muitos empregadores que descumprem as suas obrigações; a segunda, há muito ajuizamento de reclamações temerárias; e terceira, a legislação é complexa, e é muito difícil mesmo adimplir com tudo que ela prevê.

A primeira observação que eu gostaria de fazer nessa discussão - e é uma observação crítica - é que a reforma trabalhista, esta Lei que nós estamos discutindo aqui, só enfrentou o problema do excesso de judicialização por parte dos empregados. Não enfrentou nem a complexidade da legislação, nem os descumpridores contumazes da legislação trabalhista, e, sobre isso, eu vou falar brevemente ao final do

ADI 5766 / DF

meu voto. Seja como for, é disso que a Lei trata, é esta lei que nós estamos aqui apreciando, e é sobre isso que eu estou expondo ao longo do meu voto.

Nós temos um sistema anterior a esta lei, cuja estrutura dava excessivos incentivos à litigância. As pessoas, na vida, como regra, fazem escolhas racionais e se movem por incentivos e riscos. A mesma lógica se aplica aos litígios judiciais: se existe chance de algum proveito e nenhum risco de perda, o que se faz é dar-se um incentivo estatal à litigância fútil. Agora, se, no caso de uma litigância que gere insucesso, houver algum tipo de ônus, algum tipo de perda pequena que seja, o indivíduo fará uma avaliação mais séria e responsável antes de ajuizar a demanda.

Portanto, nós tínhamos um sistema em que havia todo um incentivo para demandar e nenhum ônus para conter esse demandismo. Logo, criar algum tipo de ônus, modesto como seja, para desincentivar a litigiosidade fútil, parece-me ser uma providência legítima para o legislador. Até porque - e acho muito importante isso -, no Brasil, passa extremamente despercebido, um país que descobriu responsabilidade fiscal há pouco tempo, e ainda não aprendeu a lição completamente; em matéria de responsabilidade fiscal, quem gasta repetidamente mais do que arrecada, endivida-se; quem se endivida precisa tomar empréstimos ou imprimir dinheiro. Portanto, a irresponsabilidade fiscal gera ou inflação ou aumento contínuo dos juros; duas consequências que penalizam gravemente as pessoas mais pobres.

Pois bem, em matéria de litigiosidade, é preciso atentar para o custo da litigância. Um processo judicial envolve os custos individuais, que são incorridos pelas partes; e envolve os custos sociais, que são incorridos pela sociedade. Os custos individuais incluem - e estão em discussão aqui - honorários; eventual pagamento da perícia; e as custas processuais. Esses são os custos individuais, os custos para as partes. Mas os custos sociais da litigiosidade envolvem: 1 - o custo da máquina judiciária como um todo; 2 - os problemas associados ao excesso de litigância.

Começo pelos custos da máquina judiciária - e aqui há um dado relevante que também influencia o modo como analiso essa questão:

ADI 5766 / DF

apenas 11% do custeio da Justiça é recuperado por meio da taxa judiciária, custas e emolumentos. Isso significa que cerca de 90% da atuação do Poder Judiciário são subsidiados pela sociedade, isto é, quem paga a fatia mais larga desse custo não são os litigantes, é a sociedade como um todo, em última análise, é o povo brasileiro. E, por conseguinte, o dinheiro que vai para o custeio do Judiciário - importante como seja o papel do Judiciário - é dinheiro que não vai para educação, é dinheiro que não vai para saúde, é dinheiro que não vai para o saneamento, é dinheiro que não vai para melhorar estradas. Governar, portanto, é administrar a alocação de recursos escassos; e porque assim é, eu penso que o Estado tem não só o poder como também o dever de administrar o nível de litigância para que ele permaneça em níveis razoáveis, porque isso interfere na quantidade de dinheiro necessária para se investir no Judiciário. Isso no que diz respeito ao custo da máquina.

Quanto ao excesso de litigiosidade e as suas consequências negativas, os custos não são só financeiros, o volume exponencial de processos tende a gerar também uma piora nos serviços prestados pela Justiça, acarretando congestionamento nos juízos e tribunais e perda de qualidade na prestação jurisdicional. A sobreutilização da Justiça prejudica, inclusive e sobretudo, os empregados, porque a morosidade favorece os maus empregadores que apostam na judicialização e na procrastinação do litígio trabalhista. E, aí, produz-se o que de fato ocorre, um mecanismo de seleção adversa: o litigante que tem razão e é correto acaba preferindo se abster de processar, dada a incerteza e a demora, e termina muitas vezes fazendo acordos menos vantajosos. Já o litigante aventureiro ou o empregador desleal se beneficiam, cada um, do seu modo, de um sistema que funciona, em última análise, mal, porque sobrecarregado. E também, aqui, cria-se um país no qual os espertos se dão melhor do que os bons.

Esse excesso de litigiosidade, no Brasil, fez com que nós nos acostumássemos com patamares muito ruins de prestação jurisdicional. Quando o processo dura três anos, a pessoa suspira aliviada, porque os processos frequentemente levam cinco, oito, dez, doze anos. É cena de

ADI 5766 / DF

terceiro mundismo explícito o modo como a prestação jurisdicional, hoje em dia, funciona no Brasil.

Esse demandismo excessivo produz um fenômeno que, em análise econômica do Direito, se denomina de "a tragédia dos comuns". Numa tradução literal e que melhor significaria a tragédia do uso do espaço público, ou dos bens públicos.

O conceito é explicitado por um exemplo clássico: imagine-se um pasto que pertença ao Estado, um pasto público, em que todos os criadores possam colocar as suas cabeças de gado, e, portanto, cada fazendeiro, cada criador de gado tenha as suas cabeças de gado neste pasto. Cada criador de gado, individualmente, tem interesse de colocar mais cabeças de gado no pasto para obter o maior lucro privado. O problema é que, se todos os criadores de gado colocarem o máximo de cabeças de gado que podem dentro daquele pasto, chegará um dia em que aquele pasto ficará destruído, será inteiramente consumido. Desse modo, quando se permite que cada pessoa, individualmente, utilize o espaço público para maximizar o seu interesse, o interesse privado prevalecerá sobre o interesse público e, em algum momento, o espaço público será consumido e destruído pelo interesse privado. A conclusão a que se chega desse exemplo está no livro "A tragédia dos Comuns" - Garrett Hardin: "Quando um bem comum é finito, permitir que cada indivíduo, em seu uso, persiga o próprio interesse, de forma ilimitada, implicará a ruína do bem, e, portanto, o prejuízo de todos."

Em suma, sem conter a sobrecarga gerada para o Judiciário, o próprio acesso à Justiça começa a ficar comprometido. O acesso à Justiça é comprometido pela negativa da possibilidade de ingresso e também é comprometido pela inexistência de filtros mínimos e de desincentivos mínimos para esse ingresso porque a demanda excessiva também impede um acesso à Justiça, pelo menos a uma Justiça que funcione com o mínimo grau de eficiência.

Os números da judicialização no Brasil são muito impressionantes - os números do Judiciário e da judicialização no Brasil de uma maneira geral. Em 2016, o Brasil gastou com a Justiça, com o sistema de Justiça,

ADI 5766 / DF

segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça, 85 bilhões e meio, 1,4% do PIB. Desse valor, tocou à Justiça do Trabalho 20% do orçamento.

Comparativamente com outros países, o gasto com o Judiciário no Brasil é muito mais elevado. Nesse mesmo ano - eu estou usando dados de 2012, porque é o último ano em que os relatórios são abrangentes -, o Brasil havia gasto 1,30% do PIB com o custeio da Justiça; a Espanha, 0,12%; os Estados Unidos e a Inglaterra, 0,14%; a Itália, 0,19%, Portugal, 0,28%; a Alemanha, 0,32%; e a Colômbia, 0,97% do PIB. E eu não estou aqui discutindo se é muito ou pouco, bom ou mau; estou apenas dizendo que é um percentual muito relevante e maior do que a média mundial.

A causa disso está nessa outra estatística que eu extraí da tese de doutoramento do Juiz Federal Erik Navarro Wolkart, chamada "Análise Econômica e Comportamental do Processo Civil", que é a seguinte: o estoque de processos nos diferentes países produz, como resultado, que, na Alemanha, haja uma média de aproximadamente um processo para cada 109 habitantes; na Espanha, um processo para cada 41 habitantes; na França, um para cada 37 habitantes; na Itália, um para cada 13,5 habitantes; no Brasil - também aqui somos recordistas mundiais -, um processo para cada 2,8 habitantes. Mais de uma, em cada três pessoas no Brasil, está em juízo, litigando, estatisticamente falando.

Retomando, mais uma vez, a premissa que considero importante no enfrentamento da judicialização é que não é só legítima, como necessária, em um país como o Brasil, em favor dos trabalhadores e da economia em geral, a adoção de políticas públicas que, sem comprometer o acesso à Justiça, procurem conter o excesso de litigiosidade que nos torna, indesejavelmente, campeões do mundo nessa matéria.

Passo a enfrentar agora, especificamente, as disposições legais que são debatidas aqui na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766. O primeiro tópico é: pagamento de honorários de advogado e de honorários periciais em caso de sucumbência. Vejamos o que diz o dispositivo relevante, que foi impugnado, art. 790-B da CLT, que foi acrescentado por esta lei nova. Diz o dispositivo:

ADI 5766 / DF

"Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita."

Logo, aqui se prevê o pagamento de honorários periciais pela parte sucumbente. E aí vem o § 4º: "Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo".

O que se previu aqui foi que, relativamente aos honorários de perícia, a parte sucumbente - mesmo que litigante da justiça gratuita - terá de pagar os honorários periciais se e somente se tiver obtido, neste ou em outro processo, créditos suficientes para arcar com esse ônus. Assim sendo, não há desembolso, ninguém tem que tirar do que já tem. Pode ter que vir a tirar daquilo que venha a eventualmente receber, se tiver formulado uma pretensão e essa pretensão tiver sido reconhecida pela Justiça como indevida, sendo que houve a atuação de um perito, que, na crença geral, seria paga pela União, mas que, em última análise, como a União vive do que arrecada, seria pago pela sociedade brasileira. Seria pago, pelo menos em 90%, pelo subsídio que todas as pessoas, inclusive as muito pobres, dão à litigiosidade perante o Poder Judiciário.

E também se previu, no dispositivo seguinte, o pagamento de honorários. Diz o § 4º do art. 791-A, também introduzido por esta lei aqui impugnada:

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

ADI 5766 / DF

Desse modo, em relação aos honorários de sucumbência, a parte vencida, ainda que beneficiária da justiça gratuita, não precisa pagar nada, salvo se, nos dois anos seguintes, deixar de ser hipossuficiente. Parece-me bastante razoável. Deixou de ser hipossuficiente, passou a ter recursos, acho que deve pagar efetivamente o que deve. Se permanecer hipossuficiente, não precisa pagar absolutamente nada, a menos que tenha ganho, naquele ou em outro processo, créditos suficientes para arcar com esse ônus. Portanto, de novo, aqui, não há necessidade de qualquer desembolso. Só vai pagar se tiver obtido algum ganho parcial naquela causa ou ganho em alguma outra causa. Ou seja, na prática, ou o sujeito vai ter deixado de ser pobre, ou ele não vai ter que pagar, porque, a menos que seja um litigante contumaz, o sujeito não tem três, quatro, cinco litígios correndo ao mesmo tempo. Eu penso, com as observações que vou fazer logo a seguir, que não há desproporcionalidade nesta previsão legal. Aqui proporcionalidade utilizada em sentido técnico: saber se a medida é adequada, saber se ela é excessiva e saber se o que se ganha com ela é mais vantajoso do que aquilo que se perde. Por que ela é adequada? Adequação significa uma relação racional entre o meio utilizado e o fim visado. Qual é o fim visado aqui? Diminuir a litigiosidade fútil. Qual é o meio empregado? Cria-se algum ônus para quem litiga e perde. Logo, o meio é claramente adequado. Quando você cria um ônus, você desincentiva um determinado comportamento.

A medida, claramente, não é excessiva, porque não interfere com o acesso à Justiça. O sujeito continua poder ingressar em juízo com sua reclamação trabalhista sem pagar nada; e, se ele continuar pobre e não ganhar nada, ele continua sem ter de pagar nada. Por conseguinte, claramente não é uma medida excessiva. Ela tem proporcionalidade em sentido estrito, porque concilia, de um lado, o interesse no acesso à Justiça e, de outro lado, o interesse legítimo da sociedade no uso equilibrado do Poder Judiciário.

Considero que a norma é proporcional, fazendo apenas as observações que se seguem: mesmo nesse contexto concebido pelo

ADI 5766 / DF

legislador, que considere razoável e proporcional, eu penso ser necessária a preservação das verbas alimentares e do mínimo existencial do trabalhador. E, logo, as cobranças sucumbenciais não podem incidir sobre valores imprescindíveis à subsistência do reclamante.

Para impedir que isso aconteça, eu estou interpretando esses dispositivos, que li anteriormente, conforme a Constituição, para estabelecer dois critérios limitadores: *primeiro*, o valor destinado ao pagamento de honorários de advogado e periciais não pode exceder 30% do valor líquido dos créditos recebidos; *segundo*, *somente* será possível utilizar para tal fim os créditos que excedam o teto de benefícios pagos pelo Regime Geral da Previdência Social, que atualmente é de R\$ 5.645,89.

Justifico, brevemente, cada um dos dois critérios que eu estou propondo: *primeiro*, a lei diz que os créditos obtidos em uma outra demanda podem ser utilizados para pagar os honorários de advogado e os honorários periciais. O que eu estou dizendo é que, desses créditos, somente 30% podem ser direcionados para esse pagamento; os outros 70% continuam a pertencer integralmente ao reclamante. Por qual razão eu estou utilizando o percentual de 30%? *Esse é o percentual que a legislação previdenciária prevê*. Em caso de pagamento de benefícios além do devido, quando o INSS paga benefício além do devido e ele tem o direito de se ressarcir do segurado, ele só pode descontar até 30%; os outros 70% têm que ir para o segurado; *segundo*, porque este é o critério que a legislação utiliza como o *máximo para fins de desconto de pagamento em caso de crédito consignado*. O sujeito tomou um empréstimo bancário e deu o seu salário ou sua aposentadoria em garantia: o máximo que pode ser descontado do salário ou da aposentadoria é 30%; o restante é considerado verba alimentar.

Desse modo, eu estou aqui aplicando o mesmo critério para os créditos que o reclamante, eventualmente, tenha ganho em uma outra demanda. Só 30% desses créditos podem ser direcionados para pagar honorários de sucumbência e honorários de perícia; os outros 70% podem ficar com ele.

ADI 5766 / DF

Quanto à justificativa para preservação de um valor mínimo de recebimento, ou seja, ele só começará a pagar custas pelo que receber acima de R\$5.645,89, como disse, *o teto do benefício da Previdência Social*, penso ser um critério justo, porque, *se consideramos que é possível um aposentado ou pensionista fazer face às suas necessidades essenciais, tendo este valor como máximo de benefício*, o beneficiário da justiça gratuita que tiver o mesmo valor assegurado terá indiscutivelmente sua dignidade preservada. Portanto, ele não pagará se receber até cinco mil e tal e, acima disso, pagará apenas 30% do que venha a receber.

Com estas formulações, Presidente, eu enfrentei dois dos três artigos questionados. O terceiro eu penso que seja bastante mais singelo e imaginaria que nem haja maior discussão sobre a sua constitucionalidade, mas, como nós todos sabemos, aqui no Plenário, nós nunca somos capazes de prever, com rigor, o que vai gerar discussão. É o art. 844, cujo § 2º diz o seguinte:

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

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda."

Portanto, o que fez esse dispositivo? Ele prevê que o reclamante que propôs uma ação e, na data da primeira audiência, não apareceu tem que justificar, em quinze dias, porque não apareceu. Se ele não justificar, tem que pagar as custas, que é uma condição para que ele proponha uma nova demanda.

E aí eu que gosto de trabalhar com pesquisa empírica e números para que a discussão não fique puramente retórica ou abstrata, verifiquei o seguinte: de acordo com estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Ipea, no ano de 2015, 22,6% das ações trabalhistas ajuizadas foram arquivadas ou pelo não comparecimento do reclamante ou pela inépcia da inicial no caso de procedimento sumaríssimo.

ADI 5766 / DF

Logo, para coibir esse mecanismo que mobiliza a máquina judiciária à toa, em vão - e sempre lembrando que nada é de graça e que alguém paga esse custo -, parece perfeitamente legítimo fazer o que faz a lei: exigir que quem faltou apresente uma justificativa. E, se não tiver justificativa e quiser demandar de novo, tem que recolher as custas do processo a cujo arquivamento deu causa. Aqui, quem é do ramo sabe, se o empregado tiver uma pretensão minimamente plausível, o advogado irá bancar.

A propósito, boa parte das regras aqui introduzidas se volta mesmo é contra o comportamento de maus Advogados e contra um estilo de litigância de má-fé que infelizmente não é incomum - e aqui fazendo a ressalva da multidão de Advogados trabalhistas, muitos meus amigos, que litigam eticamente, com grande proficiência e lealdade processual. Porém, nós todos sabemos que há aqui também uma grande quantidade de litigância oportunista, quando, não, de má-fé.

Eu caminho para o final do meu voto, Presidente, e aqui eu gostaria de fazer algumas reflexões finais que considero igualmente importantes numa matéria que envolve escolhas interpretativas, como essa. A primeira, a Justiça do Trabalho tem um bom desempenho comparada a outros ramos do Judiciário. Portanto, ninguém suponha que nada do eu esteja votando, aqui, seja contrário a direitos fundamentais dos trabalhadores e, muito menos, contrário à existência da Justiça do Trabalho. A Justiça do Trabalho tem um bom desempenho comparativo com outras áreas da Justiça.

E vejam alguns indicadores que destaquei: i) a taxa de congestionamento bruto da Justiça do Trabalho é inferior às da Justiça Federal e da Justiça Estadual; ii) o índice de atendimento à demanda é superior, na média, aos índices da Justiça Federal e da Justiça Estadual; iii) o custo médio por habitante é substancialmente inferior ao da Justiça Estadual.

E ainda há um outro item importante: a Justiça do Trabalho tem um percentual bem acima do das outras Justiças, de solução de litígio, por via de transação, por via de conciliação, o que é, igualmente, uma virtude

ADI 5766 / DF

que deve ser salientada na Justiça do Trabalho. Para deixar bem claro, ser a favor da redução da litigiosidade trabalhista, não significa ser contrário à Justiça do Trabalho. Justamente, ao contrário, é um esforço para torná-la mais ágil e mais eficiente.

E, aqui, Presidente, considero muito importante fazer uma observação final. No início deste voto, identifiquei três causas para o excesso da litigiosidade na Justiça do Trabalho, que tem quase 4 milhões de reclamações novas por ano. As causas eram: (i) empregadores que descumprem suas obrigações; (ii) empregados que ajuízam ações temerárias, e (iii) legislação complexa e difícil de cumprir, que é um problema que nós temos que enfrentar, e penso que as instituições ligadas à Justiça do Trabalho devem contribuir para esse debate.

Estive, recentemente, num evento internacional em que estava um importante dirigente de uma importante empresa brasileira, de boa reputação, e que disse, publicamente - depois me disse reservadamente -, que ele investe no seu *Compliance* Trabalhista; que a existência de reclamações trabalhistas contra a sua empresa traz um custo institucional alto que ele gostaria de evitar e que, não obstante gastar muito dinheiro com *Compliance* Trabalhista e se empenhar por cumprir tudo o que a legislação exige, ainda assim, tem milhares de reclamações trabalhistas. Portanto, há alguma coisa errada em um sistema em que, mesmo aquele que faz o máximo para cumprir a norma, não consegue. Assim sendo, acredito que a questão da complexidade precisar ser enfrentada.

Mas o que, aqui, gostaria de destacar é que o Legislativo só enfrentou o problema do reclamante, que muitas vezes demanda excessiva ou futilmente. Mas há outras problemas. E, aqui, penso que se também deveria cogitar não apenas de criar ônus que vão até o hipossuficiente como também criar ônus para os litigantes contumazes da Justiça do Trabalho, no polo reclamado, no polo do empregador.

E, aqui, segundo o Conselho Nacional de Justiça - é formidável, Presidente, podermos trabalhar com o CNJ em números e, portanto, não trabalhamos mais no escuro, hoje em dia sabemos o que está acontecendo -, dos 100 maiores litigantes, 82% são concentrados no setor público

ADI 5766 / DF

federal e estadual, nos bancos, no setor de telefonia e na indústria.

Por conseguinte, é muito provável que esses litigantes contumazes do lado do reclamado estejam também se beneficiando da litigiosidade excessiva e da judicialização e que, portanto, acabem preferindo pagar, algum tempo depois, quem sabe alguns anos depois, em juízo, do que cumprir, desde o momento devido, a obrigação que têm em relação aos seus empregados. Portanto, se 82% dos 100 maiores litigantes são sempre os mesmos, é porque há algum ganho também nesse litígio, ou então eles não conseguem evitar esse litígio. Seja como for, o legislador tem que enfrentar também esse problema, porque é muito fácil e barato enfrentar apenas o pólo do reclamante. A meu ver, há dois pólos aqui que se beneficiam desse modelo de judicialização, por isso é preciso pensar também um modo de onerar o reclamado que litiga contumaz e habitualmente. Qual é a lógica de todo o meu voto? O custo individual do litígio não pode ser menor do que o custo social. É basicamente isso que estou dizendo aqui, vale para o reclamante e vale para o reclamado, que, muitas vezes, prefere pagar em juízo depois de algum tempo de litigiosidade.

Presidente, passo a ler a ementa do meu voto, e aí encerrarei a minha exposição, que justifico ter sido longa, e tenho uma ementa analítica de duas páginas, porque esta é uma matéria que sofre de algum contágio, eu diria, ideológico, que procurei depurar para ver, no mundo real dos fatos e das estatísticas, o que é melhor efetivamente para o trabalhador, se é uma justiça sobreutilizada e morosa, ou se é uma justiça que dê incentivos a uma litigiosidade equilibrada, que seja capaz de prestar o melhor serviço a tempo e a hora. Digo eu:

As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta. O descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o volume de ações siga uma lógica contrária ao interesse público. A sobreutilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação jurisdicional, incentiva demandas

ADI 5766 / DF

oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais, vale dizer, afeta, em última análise, o próprio Direito Constitucional de acesso à Justiça.

Dessa forma, é constitucional a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da gratuidade de justiça como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros. A gratuidade continua a ser assegurada pela não cobrança antecipada de qualquer importância como condição para litigar. O pleito de parcelas indevidas ensejará, contudo, o custeio de honorários ao final, com utilização de créditos havidos no próprio feito ou em outros processos. Razoabilidade e proporcionalidade da exigência. Todavia, em resguardo de valores alimentares e do mínimo existencial, a utilização de créditos havidos em outros processos observará os seguintes critérios:

i) não exceder 30% do valor líquido recebido, por aplicação analógica das normas que dispõem sobre o desconto em verbas alimentares;

ii) não incidir sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social, atualmente R\$ 5.645,80.

Também é constitucional a cobrança de custas judiciais dos beneficiários da Justiça gratuita que derem ensejo ao arquivamento do feito em razão do não comparecimento injustificado à audiência. Respeito e consideração à Justiça e à sociedade, que a subsidia. Ônus que pode ser evitado pela apresentação de justificativa para a ausência.

Por fim, é igualmente constitucional o condicionamento da propositura de nova ação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do arquivamento, medida adequada a promover o objetivo de acesso responsável à Justiça.

E o meu dispositivo, portanto, é o seguinte: interpretação conforme a Constituição dos dispositivos impugnados para assentar como teses de julgamento:

1) O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários;

ADI 5766 / DF

2) a cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir:

I - sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais em sua integralidade;

II - sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias;

III - é legítima a cobrança de custas judiciais em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante sua prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.

Portanto, eu estou julgando o pedido procedente, em parte, para fazer a interpretação conforme a Constituição. E, apenas para constar, dois dos *amici curiae*, que eu não deferi, haviam entrado com agravo regimental que se encontram prejudicados.

10/05/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACESSO À JUSTIÇA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. MÍNIMO EXISTENCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

1. A Reforma Trabalhista assegurou o direito à gratuidade de justiça aos trabalhadores hipossuficientes, mas determinou: (i) a cobrança de honorários de advogado e de honorários periciais, em caso de sucumbência (CLT, arts. 791-A e 790-B); (ii) a utilização de créditos havidos em outros processos para fazer face a tais honorários (CLT, art. 791-A, §4º); (iii) a cobrança de custas judiciais aos empregados que derem causa ao arquivamento de suas ações por não comparecimento injustificado à audiência (CLT, art. 844, §2º).

2. As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigância que a sociedade comporta. O descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o nível de

ADI 5766 / DF

litigância siga uma lógica contrária ao interesse público. A sobreutilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade da Justiça. Vale dizer: afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à Justiça.

3. É constitucional a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da gratuidade de justiça, como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros. A gratuidade continua a ser assegurada pela não cobrança antecipada de qualquer importância como condição para litigar. O pleito de parcelas indevidas ensejará, contudo, o custeio de honorários ao final. Razoabilidade e proporcionalidade da exigência.

4. É constitucional a cobrança de custas judiciais dos beneficiários da justiça gratuita, quando derem ensejo ao arquivamento do feito, em virtude do não comparecimento injustificado à audiência. Respeito e consideração à Justiça e à sociedade que a subsidia. Ônus que pode ser evitado pela apresentação de justificativa para a ausência.

5. É constitucional o condicionamento da propositura de nova ação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do

ADI 5766 / DF

arquivamento. Medida adequada a promover o objetivo de acesso responsável à Justiça.

6. Ação julgada parcialmente procedente, de modo a conferir interpretação conforme a Constituição, para assentar como teses de julgamento: “1) O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários; 2) a cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais em sua integralidade; (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias; (iii) é legítima a cobrança de custas judiciais em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante sua prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento”.

I. DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA

1. O direito de acesso à justiça, na modalidade *acesso ao Judiciário*, encontra-se positivado no art. 5º, XXXV, CF/1988, que prevê que a “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”[1] Trata-se de garantia para a efetivação de direitos fundamentais, sem a qual a titularidade dos demais bens assegurados pela Constituição não faria sentido, uma vez que faltaria um instrumento

ADI 5766 / DF

apto a tutelar sua efetivação. Justamente por isso a Constituição confere gratuidade de justiça aos que comprovarem insuficiência de recursos, garantindo que a hipossuficiência não seja impeditiva da fruição de direitos (CF/1988, art. 5º, LXXIV). Um sistema que se pressupõe minimamente igualitário e justo não poderia trazer um rol extenso de direitos, como o fez a Constituição de 1988, e condicionar a efetividade desses direitos à situação econômica do postulante[2].

2. A garantia de acesso ao Judiciário tem, contudo, um conteúdo amplo. Significa não apenas a possibilidade de deflagrar a jurisdição, mas, ainda, *o direito a um processo justo e efetivo*: com prazos razoáveis, decisões sem dilações indevidas, julgados coerentes e não conflitantes e tratamento isonômico e imparcial entre os postulantes[3]. A possibilidade de provocar a justiça precisa ser exercida, portanto, com equilíbrio, de modo a não inviabilizar a prestação da justiça com qualidade[4]. Trata-se de duas faces do mesmo direito de acesso à justiça que precisam ser tratadas de forma harmônica.

3. O exercício abusivo do direito de deflagrar a jurisdição, a litigiosidade excessiva, a utilização do Judiciário como instrumento para a obtenção de acordos indevidos ou, ainda, para a procrastinação do cumprimento de obrigações implica o uso ilegítimo do Judiciário e a *sensação difusa de que a Justiça não funciona*. O volume desproporcional de processos compromete a celeridade, a coerência e a qualidade da prestação jurisdicional e importa em ônus desmedidos para a sociedade, à qual incumbe arcar com o custeio da máquina judiciária. A questão é ainda mais delicada no caso dos beneficiários do direito à gratuidade de justiça, pelas razões que se passa a expor.

II. A ESTRUTURA DE INCENTIVOS À LITIGÂNCIA

4. Em regra, as pessoas são agentes racionais. Ao decidirem como agir, adotam comportamentos que possam otimizar seus ganhos. Optam por um curso de ação, quando, em uma avaliação de custo-benefício, acreditam que uma providência lhes gerará um retorno

ADI 5766 / DF

positivo (*teoria das escolhas racionais*). E formulam suas estratégias de acordo com o comportamento esperado dos demais agentes com os quais interagirão (*teoria dos jogos*). Assim, se estimam que uma conduta pode lhes gerar proveito e jamais lhes gerará perda, sentem-se incentivadas a agir; se acreditam que determinada ação pode lhes gerar prejuízos ou ônus de alguma espécie, avaliam melhor a sua conveniência.

5. Essa lógica pode ser aplicada a qualquer comportamento humano, inclusive à decisão sobre propor uma demanda. Alguns fatores constantes interferem sobre essa decisão, a saber: (i) a ocorrência da violação a um direito (e possivelmente a sua gravidade); (ii) o valor que se espera ganhar com a demanda; (iii) o custo de processar, nele incluídos os riscos de sofrer perdas; (iv) a probabilidade de êxito[5].

6. Se o valor que se espera ganhar com a ação é baixo e o custo de acionar é alto, essas circunstâncias podem conter a parte e evitar a propositura de ações de pequeno valor, que talvez não justificassem a movimentação da máquina judiciária[6]. Se o custo de processar é alto e a parte terá, ainda, que arcar com os encargos de seu *ex adverso* ao final, em caso de insucesso, avaliará com cuidado suas reais perspectivas de êxito. Quando, todavia, o custo de litigar é baixo ou inexistente, as perspectivas reais de êxito são menos importantes. Valerá a pena “apostar” a sorte, se o prejuízo for irrelevante. Nessa situação, qualquer ação compensa para o indivíduo porque sempre pode gerar um ganho, ao passo que o risco de perda é ínfimo. *Em um quadro como esse, há um incentivo para litigar.*

7. Os custos envolvidos em um processo, por outro lado, não correspondem apenas ao custo individual do autor. Há, ao lado dos custos individuais, os *custos sociais* decorrentes da litigância. Esses custos sociais envolvem: (i) o custo da máquina Judiciária como um todo; e (ii) os problemas associados ao excesso de litigância. No que respeita ao custo social de manter a máquina Judiciária em funcionamento, é relevante observar que os valores cobrados a título de taxa judiciária, em regra, recuperam apenas uma porcentagem da despesa incorrida com o funcionamento do Judiciário. *No sistema brasileiro, apenas 11% do valor gasto com o custeio da Justiça é recuperado por meio da taxa[7].*

ADI 5766 / DF

8. O fato de que a maior porcentagem do custeio da máquina judiciária recai sobre a sociedade torna especialmente relevante o debate sobre o *nível de litigância que uma comunidade pode e deve incentivar* e sobre o nível ótimo de recursos que se deve alocar para essa atividade. Como é intuitivo, o *descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o nível de litigância siga a lógica do interesse privado e não a lógica pública*[8]. O particular ajuizará a ação sempre que disso lhe puder advir benefício, desde que não haja risco de perda ou custo individual relevante, independentemente do custo social em que esse comportamento implicar.

9. Mas o custo de manutenção da máquina judicial não é o único encargo social associado à sobreutilização do Judiciário, ou o mais importante. O baixo custo de propositura de ações *gera incentivos ao ajuizamento de demandas aventureiras*, aumentando o volume de casos que chegam ao Judiciário. O Judiciário tem, contudo, uma capacidade de prestação da tutela jurisdicional que é finita. A partir de determinado quantitativo precisará de mais recursos para continuar entregando o mesmo serviço. Entretanto, os recursos disponíveis para o Judiciário também são finitos.

10. Assim, o aumento do volume de casos tende a gerar uma piora do serviço, quer em virtude do *congestionamento* das diversas instâncias, quer por perda da *qualidade* na prestação jurisdicional. A perda de qualidade favorece o erro, enseja a produção de decisões contraditórias e gera a inobservância de precedentes, provocando o que alguns autores têm denominado *jurisprudência lotérica*[9].

11. A jurisprudência lotérica cria novo estímulo para o aumento de litigância. Como há decisões conflitantes em todos os sentidos, as partes não conseguem avaliar suas reais chances de êxito. Nessas condições, o litigante sério pode ser induzido a erro pelo viés de otimismo. Segundo estudos da economia comportamental, as pessoas tendem a hiperdimensionar suas expectativas quando não estão perfeitamente informadas[10]. O litigante oportunista, a seu turno, considera que, como sempre há chance de êxito e pequeno risco de perda,

ADI 5766 / DF

vale apenas tentar. Nesse quadro, por mecanismos distintos, perfis diversos de litigantes tendem a optar pelo ajuizamento de ações.

12. Além disso, não é apenas o sucesso ao final de uma demanda que pode representar um ganho: a postergação do cumprimento de uma obrigação também gera benefícios. Assim, quando a jurisprudência é oscilante, a demora na prestação do serviço é considerável e o risco de perda é baixo, vale a pena litigar, ao menos para adiar o cumprimento das obrigações.

13. Ao final, se produz um mecanismo perverso de *seleção adversa*. O litigante que tem razão acaba preferindo se abster de processar, dado o desgaste, a incerteza e o tempo de duração de uma demanda. Em consequência, cede a acordos talvez não muito vantajosos. O litigante oportunista recorre ao Judiciário porque o mau funcionamento o beneficia. Cria-se um ciclo vicioso por meio do qual o Judiciário se torna um instrumento de injustiça, presta um serviço de má qualidade e cai em descrédito.

14. A situação é conhecida na economia como *tragédia dos comuns* e tem por referência, dentre outras, a obra de Garrett Hardin. Hardin ilustra a tragédia dos comuns com o seguinte exemplo. Imagine-se que um pasto está livremente aberto a todos aqueles que possuam gado. É de se supor que todos os criadores terão interesse em manter tantas cabeças de gado quanto possível nessa área comum. Por algum tempo, a ocupação ilimitada do pasto por todos os interessados será possível. Entretanto, chegará um dia em que a quantidade de gado será tamanha que a própria existência do pasto será colocada em risco[11].

15. É que os criadores de gado, como seres racionais, sempre procurarão maximizar seus ganhos. Por isso, sempre se perguntarão sobre o benefício e sobre o custo de colocar novas cabeças de gado no pasto. Ocorre que, enquanto o criador percebe sozinho o lucro pela venda de cada cabeça de gado a mais, ele divide com todos os demais criadores os eventuais custos decorrentes de adicionar uma nova cabeça de gado ao pasto. Por outro lado, nada lhe garante que, se optasse por proteger o pasto e parasse de adicionar gado, os demais criadores teriam o mesmo

ADI 5766 / DF

comportamento, já que também eles têm mais benefícios do que custos ao acrescentar novas cabeças ao pasto. Todos os criadores seguirão, portanto, a mesma lógica de acréscimo de gado, mesmo que isso importe na destruição da área[12].

16. A conclusão de Hardin é de que, *quando um bem comum é finito, permitir que cada indivíduo, em seu uso, persiga o seu próprio interesse, de forma ilimitada, implicará a ruína do bem e, portanto, o prejuízo de todos.* Essa é a ideia que anima a concepção de tragédia dos comuns. Com base nessa concepção, o autor defende que *é preciso pensar arranjos sociais que provoquem comportamentos responsáveis nos indivíduos no que respeita ao uso de bens comuns*[13].

17. O direito é um mecanismo essencial para determinar arranjos sociais. O serviço prestado pelo Judiciário pode ser pensado como um bem/serviço comum. Trata-se de um serviço que pode ser acessado por todos. Foi o que quis a Constituição quando previu que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será excluída da apreciação judicial. Entretanto, o custo individual de acionar, correspondente ao valor pago como taxa judiciária e demais encargos, é inferior ao custo unitário do processo. Nos casos de gratuidade de justiça, a situação é ainda mais grave, já que o custo de litigar é inexistente.

18. Nessas condições, se o direito não estabelecer um arranjo qualquer pelo qual os efeitos negativos decorrentes da propositura excessiva de ações (*externalidade negativa*) seja *internalizado* no custo de quem litiga indevidamente, a consequência será a mesma da tragédia dos comuns: a sobreutilização do Judiciário até a sua destruição. A sobrecarga gerada sobre o Judiciário será tão grande que o próprio acesso à justiça estará comprometido. É preciso que se compreenda que *as normas processuais estabelecem estruturas de incentivos ou de desincentivos para a litigância* que interferem sobre a carga de trabalho enfrentada pelo Judiciário. Essa realidade precisa ser levada em conta na formulação dessas normas. Paradoxalmente, *excesso de acesso à justiça gera a denegação de acesso à justiça.* É nesse sentido que Shavell esclarece que *“em contextos em que indivíduos podem trazer ações temerárias”, “a inversão dos ônus*

ADI 5766 / DF

sucumbenciais poderia ser desejável porque desencorajaria ações de êxito improvável” [14].

19. De fato, o problema da sobreutilização do Judiciário e do comprometimento do acesso à justiça não é um problema hipotético de que se cogita apenas em tese. Trata-se de problema real, com o qual o Judiciário brasileiro se depara há décadas. Os números do Judiciário inequivocamente expressam esse problema. A título ilustrativo, em 2016, o Brasil gastou com a Justiça aproximadamente R\$ 85.401.791.679[15], correspondentes ao valor médio de R\$ 411,73 por habitante, e ao nada modesto percentual de 1,4% do produto interno bruto brasileiro (PIB). No mesmo ano, o orçamento da Justiça do Trabalho correspondeu a 20% do orçamento total do Judiciário. A despesa da Justiça do Trabalho equivaleu, ainda, a 51,17% da despesa da Justiça Federal[16].

Percentual do orçamento de cada Justiça x orçamento total do Judiciário[17]

Orgão/Ano	2012	2013	2014	2015	2016
Justiça Estadual	54,9%	55,2%	54,9%	56,4%	56,6%
Justiça do Trabalho	20,9%	21,3%	20,8%	20,8%	20%
Justiça Federal	12,6%	12,7	12,7	12,6%	12,4%
Justiça Eleitoral	6,9%	6,5%	7%	5,8%	6,2%
Justiça Militar Estadual	0,18%	0,18%	0,17	0,17%	0,16%
STJ	1,6%	1,6%	1,6%	1,7%	1,8%
TST	1,3%	1,2%	1,2%	1,1%	1,08%
TSE	0,9%	0,6%	0,9%	0,7%	1,02%
Justiça Militar da União	0,6%	0,6%	0,6%	0,7%	0,6%

20. Embora não se trate do ramo mais oneroso por habitante, é indiscutível que a Justiça do Trabalho consome um volume expressivo de recursos.

Despesa da Justiça por habitante[18]

Orgão/Ano	2012	2013	2014	2015	2016
Justiça Estadual	215,23	212,42	218,96	233,65	233,42
Justiça do Trabalho	82,38	82,28	82,71	85,83	82,72

ADI 5766 / DF

Justiça Federal	49,10	48,64	50,73	52,07	51,08
Justiça Eleitoral	28,33	25,47	27,64	23,85	25,38
Justiça Militar Estadual	1,97	1,84	1,82	1,85	1,83
Superiores	17,15	15,72	17,32	17,43	18,45
TOTAL	392,93	385,23	398,05	413,51	411,73

21. A título ilustrativo e para que se tenha um referencial comparativo que permita compreender o nível de hipertrofia do Judiciário brasileiro e o quanto tal hipertrofia onera a sociedade como um todo, procurei identificar os percentuais de gastos dos Judiciários de outros países com a Justiça, à luz dos respectivos PIBs. Os relatórios abrangentes do maior número de países datam do ano de 2012. Nesse ano, o Brasil gastou 1,30% de seu PIB com o custeio da Justiça[19]. No mesmo ano, a Espanha gastou 0,12% do PIB com o Judiciário[20]; os Estados Unidos da América e a Inglaterra gastaram 0,14% do PIB[21]; a Itália, 0,19% do PIB; Portugal, 0,28% do PIB; a Alemanha, 0,32% do PIB[22]; a Colômbia, 0,97% do PIB[23].

22. Em valioso trabalho sobre o tema, Erick Navarro Wolkart apresenta um levantamento comparativo sobre o estoque de processos em curso na Alemanha, na Espanha, na França, na Itália e no Brasil, indicando que a Alemanha apresenta a média de aproximadamente 1 processo para cada 109 habitantes; a Espanha apresenta 1 processo para cada 41 habitantes; a França, 1 processo para cada 37 habitantes; e a Itália, 1 processo para cada 13,5 habitantes. Enquanto isso, o Brasil - pasmem - registra a média de 1 processo para cada 2,8 habitantes[24].

23. No ano de 2016, a Justiça brasileira apresentou uma taxa de congestionamento[25] bruta média de 69,3% e um índice de atendimento médio à demanda[26] de 100,3%. Entretanto, o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, em 3,6%. Chegamos ao final do ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação[27]. A despeito do enorme número de processos julgados, continuamos a acumular estoque.

24. No mesmo ano, a carga de trabalho média de cada magistrado brasileiro correspondeu a 6.696 processos por ano, ao passo

ADI 5766 / DF

que a produtividade média foi de 1.749 processos baixados por magistrado por ano[28]. Trata-se, à toda evidência, de uma carga de processos absolutamente desproporcional, insustentável, que não pode resultar em um serviço de qualidade e que, por consequência, acaba por ensejar denegação de justiça.

25. Portanto, o Brasil precisa efetivamente tratar do problema da sobreutilização do Judiciário e desenvolver políticas públicas que reduzam a litigância.

III. A CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE HONORÁRIOS DE BENEFICIÁRIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

III.1. *A cobrança atende ao princípio da proporcionalidade*

26. A norma ora em exame constitui justamente uma tentativa de criar incentivos para evitar a propositura irresponsável de ações e, ao mesmo tempo, garantir o acesso à justiça dos hipossuficientes. O acesso à justiça é assegurado por meio da gratuidade e beneficia todos aqueles que não podem custear o processo sem prejuízo à sua subsistência. Entretanto, o postulante deve litigar de forma responsável. Deve pedir em juízo as verbas a que acredita razoavelmente fazer jus. Deve se abster de postular toda e qualquer verba possível, de modo a majorar artificialmente o quantum l*he* é devido para pressionar por acordos. Deve, acima de tudo, comparecer à audiência designada ou justificar sua ausência. Não pode deflagrar o Judiciário quando sabe que não tem direito. É com esse propósito justamente que a norma impugnada previu a obrigação de pagar custas para os postulantes que restarem sucumbentes ou que deixarem de comparecer injustificadamente perante a justiça.

27. O acesso à justiça não foi vedado ao hipossuficiente. O acesso continua viabilizado por meio da gratuidade. Não há necessidade de antecipação de qualquer valor. Entretanto, ao final, o reclamante pagará honorários pelas verbas que postulou indevidamente, observadas

ADI 5766 / DF

as demais condições que indicarei no próximo tópico do voto. Trata-se, indiscutivelmente, de medida que busca acomodar valores constitucionais igualmente relevantes: de um lado, o próprio acesso à Justiça e a entrega de um serviço judicial adequado, com qualidade e celeridade; de outro lado, a facilitação do acesso aos reconhecidamente pobres, por meio da gratuidade. O acesso deve ser consciente. E uma das formas de induzir tal comportamento é a cobrança de honorários sucumbenciais.

28. Não há, no caso, violação ao princípio da proporcionalidade. A medida é *adequada* à consecução do fim a que visa: a criação de incentivos a um nível adequado de litigância. É necessária porque, ao contrário do que afirma a Procuradoria, seu propósito não está na redução dos custos da União com a gratuidade, o que, no entendimento da PGR, poderia ser obtido com a majoração das taxas pagas pelos demais postulantes. O objetivo da cobrança de honorários, em caso de sucumbência, é desincentivar ações aventureiras, pedidos descabidos e, assim, trazer o volume de litigância para patamares suportáveis para a sociedade e para o Judiciário brasileiro. Esse objetivo não seria passível de obtenção com a providência sugerida pela PGR. Por fim, a medida não onera desproporcionalmente ou aniquila o direito à gratuidade ou o acesso ao Judiciário. Como demonstrado, o direito à gratuidade não foi suprimido, mas apenas acomodado a outros valores constitucionalmente relevantes, como o próprio direito de acesso ao Judiciário, à tutela judicial efetiva, celeridade e de qualidade.

29. Tampouco há violação ao princípio da igualdade. A gratuidade de justiça precisa ser usada com parcimônia. A cobrança de honorários de beneficiários da justiça gratuita deveria ser aplicada ao Judiciário como um todo, qualquer que seja o seu ramo. O fato de ainda não ter sido objeto de tratamento adequado em outras jurisdições não impede que se produza o tratamento adequado na Justiça do Trabalho. A ineficiência na alocação de recursos em alguns ramos do Judiciário não assegura a ineficiência da alocação em todos os demais. É a eficiência que deve ser tida como paradigma, não o inverso. Não se pode incentivar a

ADI 5766 / DF

litigância inconsequente.

III.2. A cobrança deve preservar o direito dos trabalhadores ao mínimo existencial

30. Algumas ressalvas merecem ser feitas, contudo. Como é de conhecimento geral, na Justiça do Trabalho, uma parte considerável das ações versa sobre importâncias remuneratórias que deveriam ter sido percebidas e que injustamente deixaram de sê-lo. Trata-se, portanto, de verbas alimentares devidas a pessoas reconhecidamente carentes, valores que se prestam a fazer face a necessidades essenciais à sua subsistência. Em razão dessa particularidade, pondera o requerente que a utilização de tal crédito implicaria sacrifício ao mínimo existencial e, portanto, violação à dignidade do trabalhador.

31. Como já tive a oportunidade de observar em obra doutrinária, o conceito de mínimo existencial[29], também designado mínimo social[30], corresponde ao direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente[31]. Trata-se de direito fundamental, ínsito ao direito à vida e à ideia de dignidade humana, que expressa a proteção de condições materiais mínimas, sem as quais o exercício dos demais direitos fundamentais, inclusive dos direitos da liberdade, constituiria mera ficção. De fato, não é possível a um cidadão exercer sua autonomia (pública ou privada), tampouco é possível falar em igualdade material quanto a indivíduos que não têm suas necessidades vitais atendidas[32].

32. Não há na doutrina uma compreensão pacífica acerca do conteúdo ou do alcance do mínimo existencial. Para alguns autores, o mínimo existencial constitui “o núcleo essencial” de todo e qualquer direito fundamental, seja ele um direito relacionado à liberdade, seja ele um direito de cunho prestacional. Haveria, nessa linha, a título ilustrativo, um mínimo a ser respeitado quanto ao direito à privacidade, à liberdade de expressão e de associação, tanto quanto à alimentação, à educação e à saúde. O mínimo existencial constituiria, por isso, uma parcela irredutível dos direitos fundamentais, correspondendo a uma

ADI 5766 / DF

regra, dos quais derivariam direitos definitivos e que, portanto, não se sujeita à ponderação[33]. Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos observa[34]:

“Uma fração do princípio da dignidade humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do ‘tudo ou nada’, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância: também a ponderação tem limites.”

33. Outros autores entendem que também o mínimo existencial (assim como a dignidade humana) se sujeita à ponderação. Para tais autores, nenhum direito teria conotação absoluta porque todo e qualquer direito se sujeita a limites fáticos que podem eventualmente se revelar intransponíveis, limites esses consubstanciados na reserva do possível[35]. Frise-se, contudo, que a restrição ao mínimo existencial, por meio de ponderação, para aqueles que a admitem, pressupõe condições absolutamente extraordinárias de impossibilidade fática de entrega da prestação e/ou de concorrência com direitos de equivalente relevância axiológica.

34. Não há tampouco, entre os autores, um consenso sobre as prestações que podem ser inseridas na concepção de mínimo existencial. Há aqueles que concebem o mínimo de maneira mais ampla, outros que o concebem de forma mais restritiva[36]. Trata-se, em verdade, de um conceito jurídico indeterminado, comportando, portanto, uma zona de certeza positiva, uma zona de certeza negativa e uma zona de incerteza[37]. Justamente por isso, não há plena convergência a respeito

ADI 5766 / DF

de sua abrangência e, em alguma medida, ela somente poderá ser determinada em definitivo diante de demandas concretas[38]. Algumas parcelas podem não compor o mínimo existencial para pessoas com determinadas condições materiais e constituir indiscutivelmente mínimo existencial para outras, em circunstâncias distintas[39]. Aferir a existência de um mínimo existencial pressupõe, por isso, que se avalie a noção *tendo em vista pessoas e necessidades reais*[40].

35. Ainda como observado pela doutrina, o mínimo existencial pode apresentar tanto uma *dimensão negativa* quanto uma *dimensão prestacional*[41]. A *dimensão negativa* protege as condições materiais básicas dos indivíduos contra a intervenção do Estado ou de terceiros (esses últimos em virtude da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas). Serve, a título ilustrativo, de fundamento para uma imunidade tributária implícita, uma vez que o Estado não pode, por meio da tributação, privar a pessoa das condições essenciais à sua subsistência[42]. Presta-se, ainda, a obstar a satisfação de créditos se disso resultar a condição de insolvência e de indignidade do devedor[43].

36. A dimensão prestacional do mínimo existencial liga-se à obrigatoriedade de o Estado prover parcelas mínimas de direitos cuja supressão possa comprometer uma dimensão essencial da vida digna do cidadão. Entre os direitos que podem ser reconduzidos a tal mínimo está o direito de acesso à justiça, na medida em que constitui direito instrumental à tutela de todos os demais direitos fundamentais[44].

37. Nessa linha, parece-me assistir razão à Procuradoria Geral da República, no que respeita à alegação de que a utilização de créditos *alimentares* de hipossuficientes, obtidos em outro processo, para fazer face a ônus sucumbenciais poderia implicar violação ao direito ao mínimo existencial. De fato, parece-me que tal violação ao mínimo se daria em uma dupla dimensão: (i) na dimensão negativa, quer no que respeita à tutela à *dignidade humana*; e (ii) na dimensão prestacional, no que respeita ao *direito de acesso ao Judiciário*.

38. No que respeita à *dignidade humana*, o mínimo existencial

ADI 5766 / DF

estaria sendo sacrificado em razão da supressão de importância voltada à satisfação das necessidades básicas do trabalhador. Não pode haver dúvida e nem seria possível sustentar com seriedade que alguém que preencha as condições de beneficiário da gratuidade de justiça, por não ser capaz de arcar com os ônus de litigar sem prejuízo da própria subsistência, possa ter verbas alimentares sacrificadas, sem prejuízo do núcleo essencial da sua dignidade.

39. Já no que se refere ao *direito de acesso ao Judiciário*, em condições de gratuidade, o direito ao mínimo estaria sendo violado por não se assegurar tal acesso *sem a assunção de riscos desproporcionais por quem é sabidamente hipossuficiente*. Toda ação, por melhor que seja o direito, tem um desfecho incerto. A justiça é um empreendimento humano e, portanto, falível. Nesse sentido, se a propositura de uma ação pudesse significar a perda de valores essenciais para fazer face à própria subsistência, estar-se-ia criando ônus desproporcional para postular em juízo. Tamanho encargo provavelmente ensejaria, na prática, o não acesso, não porque se acredita que a parcela é indevida, mas porque o risco de tamanha perda não pode ser assumido.

40. Para impedir que isso aconteça, eu estou interpretando esses dispositivos, que li anteriormente, conforme a Constituição, para estabelecer dois critérios limitadores: *primeiro*, o valor destinado ao pagamento de honorários de advogado e periciais não pode exceder 30% do valor líquido dos créditos recebidos; *segundo*, *somente* será possível utilizar para tal fim os créditos que excedam o teto de benefícios pagos pelo Regime Geral da Previdência Social, que atualmente é de R\$ 5.645,89.

41. Justifico, brevemente, cada um dos dois critérios que eu estou propondo: *primeiro*, a lei diz que os créditos obtidos em uma outra demanda podem ser utilizados para pagar os honorários de advogado e os honorários periciais. O que eu estou dizendo é que, desses créditos, somente 30% podem ser direcionados para esse pagamento; os outros 70% continuam a pertencer integralmente ao reclamante. Por qual razão eu estou utilizando o percentual de 30%? *Esse é o percentual que a legislação*

ADI 5766 / DF

previdenciária prevê. Em caso de pagamento de benefícios além do devido, quando o INSS paga benefício além do devido e ele tem o direito de se ressarcir do segurado, ele só pode descontar até 30%; os outros 70% têm que ir para o segurado; segundo, porque este é o critério que a legislação utiliza como o máximo para fins de desconto de pagamento em caso de crédito consignado. Se o trabalhador tomou um empréstimo bancário e deu o seu salário ou sua aposentadoria em garantia: o máximo que pode ser descontado do salário ou da aposentadoria é 30%; o restante é considerado verba alimentar.

42. Desse modo, eu estou aqui aplicando o mesmo critério para os créditos que o reclamante, eventualmente, tenha ganho em uma outra demanda. Só 30% desses créditos podem ser direcionados para pagar honorários de sucumbência e honorários de perícia; os outros 70% podem ficar com ele.

43. *Quanto à justificativa para preservação de um valor mínimo de recebimento, ou seja, ele só começará a pagar custas pelo que receber acima do teto do benefício da Previdência Social (R\$5.645,89 para o ano de 2018), penso ser um critério justo, porque, se consideramos que é possível um aposentado ou pensionista fazer face às suas necessidades essenciais, tendo este valor como máximo de benefício, o beneficiário da justiça gratuita que tiver o mesmo valor assegurado terá indiscutivelmente sua dignidade preservada. Portanto, ele não pagará se receber até aproximadamente cinco mil e seiscentos e, acima disso, pagará apenas 30% do que venha a receber.*

IV. CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE CUSTAS NA HIPÓTESE DE NÃO COMPARECIMENTO INJUSTIFICADO À AUDIÊNCIA**IV.1. Constitucionalidade da cobrança de custas judiciais em caso de ausência injustificada à audiência (CLT, art. 844, §2º)**

44. No que respeita à cobrança de custas ao autor que der causa ao arquivamento do processo por não comparecimento à audiência, é válido observar que tal cobrança, de acordo com a norma, só ocorrerá se a

ADI 5766 / DF

ausência não for justificada pelo postulante no prazo de 15 dias. Veja-se que bastará à parte apresentar a razão que a impediu de estar presente à audiência para evitar a cobrança - uma providência relativamente simples. Nessa linha, a fim de evitar prejuízos à parte que, por qualquer razão, não tinha conhecimento da audiência, o juiz deverá intimá-la pessoalmente, para apresentação da justificativa, informando, de modo expresso, as consequências da falta de justificativa. Com isso, abre-se à parte oportunidade ao contraditório e à ampla defesa e evita-se a penalização injusta.

45. O que não se pode aceitar é que o postulante, coberto pelo benefício da gratuidade de justiça e, portanto, subsidiado pela sociedade como um todo, acione o Judiciário, provoque trabalho, custos e sequer compareça à audiência. A decisão de ajuizar uma ação não pode ser banalizada. A parte precisa avaliar minimamente a relevância da questão em debate, a necessidade real de provocar a Justiça, a existência de alternativas para solucionar o problema. Uma vez feita a escolha de provocar o Judiciário, o assunto deve ser tratado com seriedade.

46. De acordo com estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, no ano de 2015, 22,6% das ações trabalhistas ajuizadas foram arquivadas[46]. A legislação contempla duas hipóteses expressas de arquivamento: (i) o não comparecimento do reclamante e (ii) a inépcia da inicial, no caso de procedimento sumaríssimo[47]. Ainda que não se tenha o número exato de cada qual, é de se imaginar que uma parte substancial dos arquivamentos ocorridos em 2015 - que alcançaram mais de 20% do total de ações propostas no ano como mencionado - resultou simplesmente do não comparecimento dos reclamantes. Trata-se de uma situação inaceitável, de desrespeito e de vulgarização do acesso à Justiça.

47. O problema, ao que parece, não é novo. Tanto é assim que o art. 732 da CLT já previa, em sua redação original, a perda do direito de reclamar, pelo prazo de 6 meses, em desfavor do reclamante que desse ensejo, por duas vezes consecutivas, ao arquivamento da ação, por não comparecimento à audiência. Ao que parece, contudo, essa providência tem sido insuficiente para conter a provocação inconsequente do Judiciário.

ADI 5766 / DF

48. No caso dos beneficiários da gratuidade da justiça, a situação é mais grave porque não são os próprios reclamantes que custeiam seu acesso à Justiça, mas sim a comunidade como um todo. Portanto, nada mais razoável do que estabelecer ônus econômico que possa conter esse tipo de comportamento. Assim que as partes se tornarem conscientes de que faltar à audiência gera custo, deixarão de propor ações que não considerem imprescindíveis. É o mínimo que se espera de quem litiga com recursos alheios.

49. Por outro lado, o art. 844, §2º, da CLT deve ser interpretado harmonicamente com o art. 791-A, §4º, *assentando-se que, passados 2 anos d o arquivamento, e mantida a condição de hipossuficiência, operar-se-á a decadência da obrigação de pagar custas*. O débito é transitório tanto quanto os demais ônus sucumbenciais que incidem sobre o beneficiário da gratuidade.

IV.2. Constitucionalidade do condicionamento da propositura de nova ação ao pagamento das custas judiciais referentes à ação arquivada (CLT, art. 844, §3º)

50. Uma última consideração deve ser tecida quanto ao art. 844, §3º, da CLT. O dispositivo prevê que o ajuizamento de nova ação pelo reclamante fica condicionado ao pagamento das mencionadas custas. Muito embora a Procuradoria Geral da República aluda à previsão em diversos trechos da sua argumentação como uma norma que agrava a restrição ao direito de acesso à justiça dos reclamantes, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo não foi postulada na inicial. Como é de conhecimento geral, nas ações diretas, a causa de pedir é aberta, mas o pedido não, de modo que é discutível a possibilidade de incluir a apreciação da constitucionalidade do art. 844, §3º, no objeto dessa ação. De todo modo, caso a Corte avance para considerar a questão, em razão de ter sido abordada na argumentação da PGR, entendo que o dispositivo é constitucional.

51. Nessa linha, vale reiterar que o art. 732, da CLT já previa a

ADI 5766 / DF

impossibilidade provisória de postular perante a Justiça do Trabalho, caso a parte desse ensejo a dois arquivamentos sucessivos, por ausência à audiência[48]. O dispositivo reforça a presunção de constitucionalidade do art. 822, §3º, CLT, que prevê, em termos semelhantes, a impossibilidade provisória de postular perante a Justiça, enquanto não forem pagas as custas da ação arquivada.

52. Por outro lado, não há que se falar em supressão absoluta do direito de acesso por parte do hipossuficiente na hipótese. A vedação de acesso é, em primeiro lugar, transitória. Além disso, a previsão atende a todos os critérios da proporcionalidade. A medida é adequada para evitar a propositura de ações de forma inconsequente. É necessária, tendo em vista que sanção menos gravosa, prevista no art. 732 da CLT, se mostrou insuficiente para tal fim. É proporcional em sentido estrito porque sacrifica minimamente o reclamante, já que apenas impede que deixe de comparecer à audiência injustificadamente, uma vez proposta a ação. Por outro lado, preservam-se a seriedade da gratuidade, o uso de recursos públicos e o respeito com que se deve lidar com o Judiciário.

V. RESSALVAS IMPORTANTES ACERCA DA ATUAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

53. Por fim, algumas ressalvas devem ser tecidas a respeito da reforma em exame nesta ação e da atuação da Justiça do Trabalho. É importante salientar, para que fique claro para o público em geral, que a Justiça do Trabalho tem um bom desempenho comparadamente a outros ramos do Judiciário com capilaridade semelhante. Apresentou, nos últimos 5 (cinco) anos: (i) uma taxa de congestionamento bruta inferior às taxas da Justiça Federal e da Justiça Estadual; (ii) um índice de atendimento à demanda superior aos índices de tais justiças (salvo no que respeita ao ano de 2016, em que seu índice de atendimento à demanda foi inferior ao da Justiça estadual exclusivamente); (iii) um custo médio por habitante substancialmente inferior ao custo médio por habitante da Justiça estadual, embora superior ao custo da Justiça federal.

ADI 5766 / DF

Taxa de congestionamento bruta

Orgão/Ano	2012	2013	2014	2015	2016
Justiça Estadual	73,9%	74,9%	74,2%	75,5%	75,3%
Justiça do Trabalho	51,1%	53%	52,1%	54,7%	56,2%
Justiça Federal	67,7%	69,2%	71,7%	71,6%	74,6%
Justiça Eleitoral	44,2%	20,7%	36,5%	40,4%	42,7%
Justiça Militar Estadual	42,8%	38,3%	37,4%	41,9%	39,1%
Superiores	53,3%	55,7%	56,3%	54,5%	55,7%

Índice de atendimento à demanda

Orgão/Ano	2012	2013	2014	2015	2016
Justiça Estadual	96,6%	94,6%	98,1%	103,4%	104,5%
Justiça do Trabalho	98%	100,1%	105,5%	104,9%	98,5%
Justiça Federal	124,4%	112,5%	91,3%	98,2%	89,9%
Justiça Eleitoral	55,5%	289,1%	128%	115,4%	60,5%
Justiça Militar Estadual	115%	114,4%	114,8%	101,7%	134,7%
Superiores	102,3%	91,1%	85,6%	108,8%	104,7%

54. Em 2016, foram ajuizadas 3.456.361 de novas ações da Justiça do Trabalho, ao passo que nos Juizados Especiais Cíveis estaduais foram propostas 4.993.425 de novas ações; e nos Juizados federais, 1.680.116 ações. Portanto, *nem o desempenho, nem o custo, nem o volume de novas ações indicam que a Justiça do Trabalho tenha um problema distinto ou mais grave que os demais ramos do Judiciário*. Esse fato, como já salientado, não impede que se tomem medidas voltadas à melhor utilização dos seus recursos, embora sugiram que, ressalvadas situações particulares, providências semelhantes deveriam ser tomadas quanto aos demais ramos.

55. Em segundo lugar, nota-se, pelo exame dos pareceres proferidos pela Comissão Especial da Câmara[49] e pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado[50] que o Legislativo concluiu que uma das causas do excesso de litigância na Justiça do Trabalho é o exercício abusivo do direito à gratuidade. A cobrança de honorários e das custas judiciais constituiu providência destinada a enfrentar justamente tal

ADI 5766 / DF

problema. Entretanto, *nenhum dos referidos pareceres apresenta qualquer dado que demonstre que o diagnóstico se firmou em um levantamento objetivo e técnico* acerca das causas do excesso de litigância. Ao contrário, tal diagnóstico parece repousar em uma espécie de senso comum.

56. Assim, ainda que, nessas circunstâncias, deva o Judiciário ser deferente à presunção de constitucionalidade das leis e ao juízo do legislador, a quem compete a escolha sobre as políticas públicas a serem adotadas, é, no mínimo, perturbadora a constatação de que alterações normativas tão relevantes foram efetuadas – aparentemente – sem um estudo aprofundado acerca das premissas que lhes servem de base.

57. Por fim, chama atenção a circunstância de não se ter tratado dos grandes devedores da Justiça do Trabalho no âmbito da reforma. Segundo relatório disponibilizado pelo CNJ, o setor público federal e estadual, os bancos, a indústria e o setor de telefonia representam 82% do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça do Trabalho[51].

58. Como é notório, os litigantes organizacionais têm uma posição de vantagem sobre os demais litigantes: (i) têm economias de escala na atuação em juízo (um mesmo advogado e uma mesma tese podem se prestar à defesa de muitos feitos); (ii) acumulam experiência com o planejamento do litígio e com a interação com os advogados; (iii) estabelecem relações com membros das instâncias decisórias, (iv) testam teses para aferir a expectativa de sucesso de casos futuros, (v) diluem os riscos de demandar por um maior número de casos[52] e (vi) são capazes de avaliar criticamente as informações recebidas de seus advogados e suas reais perspectivas de êxito.

59. No caso de grandes devedores, responsáveis por reiteradas demandas semelhantes, litigar e postergar o cumprimento de obrigações pode se mostrar eficiente do ponto de vista econômico, quando o prejuízo gerado pelo inadimplemento for inferior ao ganho que o inadimplemento possibilita no tempo. Nesse caso, a majoração dos ônus decorrentes da litigância por parte de grandes devedores poderia ser uma medida importante para promover a observância espontânea dos direitos dos

ADI 5766 / DF

trabalhadores e, assim, reduzir a litigância por parte de agentes responsáveis por uma grande massa de processos. A reforma não menciona, contudo, esses devedores.

60. Por outro lado, empregados hipossuficientes são demandantes individuais em condição de desvantagem. Não geram ações em massa. Sofrem com a assimetria de informações. Não são capazes de avaliar por conta própria suas reais perspectivas de êxito. Ficam ao sabor das incertezas do processo, da ambiguidade dos precedentes, da lealdade e da capacidade dos advogados. Veem-se pressionados pela delonga do processo e por suas necessidades econômicas. Se os economicamente fracos podem ser onerados pelo uso abusivo do direito de acionar, tal como pretendido pela reforma, providência análoga deveria ser buscada quanto aos grandes litigantes.

61. A oneração dos grandes litigantes organizacionais desincentivaria comportamentos de reiterado desrespeito a normas trabalhistas que provocam o ajuizamento de demandas em massa. O mero pagamento de custas e honorários não produz tal efeito. Há que se pensar, nesse caso, em ônus econômicos que possam ser efetivamente inibidores de comportamentos oportunistas por parte de tais postulantes. Ficam aqui, portanto, *de lege ferenda*, as presentes considerações, como apelo ao legislador, para que trate do tema que também poderá produzir importante impacto mitigador sobre o volume de casos que chegam à Justiça do Trabalho.

VI. CONCLUSÃO

62. Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a ação, de modo a conferir interpretação conforme a Constituição dos dispositivos impugnados para assentar como teses de julgamento:

1) O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários;

2) a cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir:

ADI 5766 / DF

i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais em sua integralidade;

ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias;

iii) é legítima a cobrança de custas judiciais em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante sua prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.

É como voto.

NOTAS:

[1] O acesso à justiça não se limita ao acesso ao Judiciário e pode se dar, ainda, por meio de mecanismos extrajudiciais de composição das controvérsias.

[2] Mauro Cappelletti; Bryant Garth. *Acesso à justiça*. 1988. p. 11-13.

[3] Marinoni diferencia o direito de acesso à justiça em sentido estrito dos direitos de adequação e de efetividade da tutela. Reconhece, contudo, que as três dimensões são abrangidas pelo art. 5º, XXXV, CF/1988. V. Sarlet, Marinoni e Mitidiero. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. 2017. p. 779 e ss.

[4] Rodolfo de Camargo Mancuso. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2015. p. 207-219. O autor observa, inclusive, que conclusões não realistas têm sido extraídas do direito de acesso à justiça, assinalando: “Setores conservadores têm se apegado, obstinadamente, a antigas acepções, mantendo a Jurisdição atrelada ao sentido estático de poder estatal, ao tempo em que impregnam o Acesso à Justiça de qualificativos exagerados e ufanistas, senão já utópicos, representados por vocábulos grandiloquentes, tais verdadeiras palavras de ordem, como ‘universalidade’, ‘indeclinabilidade’, ‘ubiquidade’ descurando-se que direitos têm custos, e, por isso, a juridicização assim estimulada leva ao gigantismo judiciário, que vai consumindo parcelas cada vez mais

ADI 5766 / DF

expressivas do orçamento público e criando áreas de atrito crescente com o Poder Executivo. Uma projeção dessa cultura demandista está na visão tradicional do processo judicial, visto como uma arena de combate (a ação, que lhe dava conteúdo, era vista como o próprio direito em pé de guerra, gerando um processo de perfil adversarial), tudo sob a perspectiva de uma judicialização generalizada, irrestrita e, a certos respeito, até banalizada (a chamada judicialização do cotidiano” (p. 350).

[5] Steven Shavell. *Foundations of Economic Analysis of Law*. [2004]. p. 390 e ss.; Cooter e Ullen. *Law and economics*. 6. ed. 2016. p. 382-430; Ivo Gico. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

[6] É importante ressaltar, contudo, que há situações em que, a despeito do valor diminuto, pode ser importante incentivar o ajuizamento de ações. A propositura de ações coletivas para combater lesões ao consumidor que, na perspectiva individual, não se justificaria, pode ser importante para alterar determinada cultura empresarial, objetivo que poderia justificar a criação de incentivos específicos à litigância pelo Estado. Assim como o direito pode buscar criar mecanismos que desincentivem o ajuizamento de ações, em um contexto de demandas excessivas. Pode igualmente optar por subsidiar a propositura de ações, quando entender que a demanda é insuficiente em determinada área. Steven Shavell. *Foundations of Economic Analysis of Law*. 2004. p. 397.

[7] Cálculo proporcional realizado a partir do valor total arrecadado em custas emolumento e eventuais taxas, no ano de 2016, em relação ao total de gastos do Poder Judiciário, conforme relatório do CNJ. Relatório Justiça em Números 2017 CNJ (ano-base 2016). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

[8] Steven Shavell. *Foundations of Economic Analysis of Law*. 2004. p. 391.

[9] CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos tribunais*, v. 90, n. 786, p. 108-128, abr. 2001; Lúcio Grassi Gouveia e Fábio Gabriel Breitenbach. Sistema de precedentes no novo Código de processo civil

ADI 5766 / DF

brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. In: Fred Didier (org.). *Precedentes*. 2015. p. 491-519.

[10] Cooter e Ullen. *Law and economics*. 6. ed. 2016. p. 382-430; Ivo Gico. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

[11] Garrett Hardin. The tragedy of the commons. *Science*. v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez.1968.

[12] Garrett Hardin. The tragedy of the commons. *Science*. v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez.1968.

[13] Garrett Hardin. The tragedy of the commons. *Science*. v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez.1968.

[14] Steven Shavell. *Foundations of Economic Analysis of Law*. 2004. p. 399.

[15] De acordo com o relatório do Conselho Nacional de Justiça, o valor total gasto pelo Judiciário em 2016 correspondeu a R\$ 84.846.934.555,00. Esse valor não inclui os gastos do STF. Por isso, acrescentamos a tal valor a importância de R\$ 554.857.124, correspondente aos gastos do STF no mesmo ano, disponibilizada no relatório do próprio tribunal. Informações disponíveis em: Relatório Justiça em Números 2017 CNJ (ano-base 2016).

[16] Relatório Justiça em Números 2017 CNJ (ano-base 2016).

[17] Relatório Justiça em Números 2017 CNJ (ano-base 2016).

[18] Relatório Justiça em Números 2017 CNJ (ano-base 2016).

[19] Relatório Justiça em Números 2013 CNJ (ano-base 2012)

Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em 10 abr. 2018.

[20] Relatório "European judicial systems – Edition 2014 (2012 data)".

Disponível em:
<https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

[21] Relatório "European judicial systems – Edition 2014 (2012 data)"; Relatório "Budget Service of all States in 2012". Disponível em:

ADI 5766 / DF

<http://www.ncsc.org/~media/Files/PDF/Information%20and%20Resources/Budget%20Resource%20Center/COSCA_Budget_Survey_all_states_2012.ashx>. Acesso em: 10 abr. 2018; eRelatório “2012 Year-End Report on the Federal Judiciary”. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2012year-endreport.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

[22] Relatório “European judicial systems – Edition 2014 (2012 data)”.

[23] Relatório “Boletín de Gasto del Sector Justicia en Colombia 2009 - 2012”. Disponível em: <<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/Bolet%C3%ADn%20gasto%20sectorial%202009-2012%20CEVC%20%2819-10-2015%29.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

[24] O autor esclarece: “Em 2014, éramos 204,2 milhões de habitantes com quase 72 milhões de processos. No mesmo ano, a Itália tinha 4,5 milhões de processos pendentes para 60,6 milhões de habitantes, enquanto a França tinha 1,8 milhões de processos para 66,33 milhões de habitantes e a Espanha estocava 1,14 milhões de processos para 46,77 milhões de habitantes. Já a Alemanha, o mais populoso desses países, com 80,98 milhões de habitantes, guardava um estoque de apenas 744,5 mil processos”. V. Erik Navarro Wolkart. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. UERJ. Rio de Janeiro, 2018.

[25] A *taxa de congestionamento bruta média* expressa a efetividade em um período, levando em conta o total de casos novos que ingressou, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base. Relatório Justiça em Números 2017 CNJ (ano-base 2016).

[26] O índice de atendimento à demanda expressa a relação entre o número de processos baixados e número de casos novos apresentados no mesmo período. Relatório Justiça em Números 2017 CNJ (ano-base 2016).

[27] Embora o *índice de atendimento à demanda* seja superior a 100%, a indicar que se arquivou um número de processos aproximadamente

ADI 5766 / DF

equivalente ao número dos novos processos que ingressaram, nem todos os processos arquivados estão concluídos. Consideram-se baixados os processos: Remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; arquivados definitivamente; em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução. Podem, ainda, existir situações em que autos já baixados retornam à tramitação sem figurar como caso novo. São os casos de sentenças anuladas na instância superior, de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de questões relativas à competência ou de devolução dos processos à instância inferior para aguardar julgamento em matéria de recursos repetitivos ou de repercussão geral. V. Relatório Justiça em Números 2017 CNJ (ano-base 2016).

[28] O *índice de produtividade* médio se refere ao quantitativo de processos baixados por ano por magistrado. Relatório Justiça em Números 2017 CNJ (ano-base 2016). Isso não significa que cada magistrado só julgou 1.749 processos em um ano, mas que apenas esse quantitativo foi baixado, pois após o julgamento em uma instância cabem diversos recursos para as instâncias superiores, de modo que o número de processos que se julga é muito maior do que o número de processos baixados em um ano.

[29] A expressão se popularizou a partir da obra de autores e cortes alemãs. V. Robert Alexy. *A theory of constitutional rights*. 2004. p. 290: “Difícilmente pode haver alguma dúvida de que o Tribunal Constitucional Federal pressupõe a existência de um direito constitucional ao mínimo existencial”.

[30] John Rawls. *Political liberalism*. 2005. p. 228 e ss.

[31] Jürgen Habermas. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. 1996. p. 123.

[32] Luís Roberto Barroso. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A Construção de um Conceito à Luz da Jurisprudência Mundial*. 2012. p. 84-85.

ADI 5766 / DF

[33] Ricardo Lobo Torres. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2010, p. 314-318. O autor reconhece, contudo, uma tendência na doutrina de anuir com a relativização da dignidade humana, em casos extremos, tendência que projetaria sua influência sobre a relativização do próprio mínimo existencial “em seus aspectos positivos e periféricos” (Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 322).

[34] Ana Paula de Barcellos. A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana. 2. ed. 2008. p. 282.

[35] Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 2015. p. 330-331; Daniel Sarmiento. *Dignidade humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2016. p. 226; Jane Reis Gonçalves Pereira. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade. *Quaestio Juris*, v. 8, n. 3, 2015, p. 2.080-2114.

[36] Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2015. p. 136-137.

[37] Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2009. p. 311-316.

[38] Jane Reis Gonçalves Pereira. Direitos sociais, Estado de Direito e desigualdade. *Quaestio Juris*, v. 8, n. 3, 2015, p. 2.080-2114.

[39] Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 2015. p. 329-331.

[40] Daniel Sarmiento. *Dignidade humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2016. p. 215.

[41] Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. 2015. p. 135.

[42] Ricardo Lobo Torres. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 314. Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos*

ADI 5766 / DF

fundamentais na perspectiva constitucional. 2015. p. 329.

[43] Daniel Sarmiento. *Dignidade humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2016. p. 222-224.

[44] Nesse sentido: Ana Paula de Barcellos. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade humana*. 2008. p. 288; Daniel Sarmiento. *Dignidade humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2016. p. 212. Sobre a dignidade da pessoa humana e a proteção ao mínimo em matéria processual, v., ainda, Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. 2015. p. 145-147.

[45] CPC/2015: Art. 833. "São impenhoráveis: [...]; IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º". CPC/1973: "Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: [...]; IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia".

[46] IPEA. André Gambier Campos. Conflitos laborais no Brasil: a Justiça do Trabalho e as alternativas de resolução. *Mercado de Trabalho*. v. 63, out. 2017, p. 68.

[47] CLT, arts. 844 e 852-B. Confira-se: "Art. 844 - **O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação**, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato"; "Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo: I - o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente; II - não se fará citação por edital, incumbindo ao autor a correta indicação do nome e endereço do reclamado; III - a apreciação da reclamação deverá ocorrer no prazo máximo de quinze dias do seu ajuizamento, podendo constar de pauta especial, se necessário, de acordo com o movimento judiciário da Junta de Conciliação e Julgamento. § 1º **O não atendimento, pelo reclamante, do**

ADI 5766 / DF

disposto nos incisos I e II deste artigo importará no arquivamento da reclamação e condenação ao pagamento de custas sobre o valor da causa" (grifou-se).

[48] CLT: "Art. 731 - Aquele que, tendo apresentado ao distribuidor reclamação verbal, não se apresentar, no prazo estabelecido no parágrafo único do art. 786, à Junta ou Juízo para fazê-lo tomar por termo, incorrerá na **pena de perda, pelo prazo de 6 (seis) meses, do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho**"; "Art. 732 - **Na mesma pena do artigo anterior incorrerá o reclamante que, por 2 (duas) vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata o art. 844**" (grifou-se).

[49] Relatório da Comissão Especial da Câmara. p. 67. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+67 87/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+67%2087/2016)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

[50] Parecer (SF) Nº 34, de 2017 da Comissão de Assuntos Econômicos, p. 59. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5326353&disposition=inline>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

[51] Relatório 100 Maiores Litigantes. 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images /pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em 10abr. 2018.

[52] Mauro Cappelletti; Bryant Garth. *Acesso à justiça*. 1988. p. 25.

10/05/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES-CUT
ADV.(A/S)	: JOSÉ EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE.	: CGTB - CENTRAL GERAL DOS TRABALHADORES DO BRASIL
ADV.(A/S)	: RAPHAEL SODRE CITTADINO
AM. CURIAE.	: CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB
ADV.(A/S)	: ZILMARA DAVID DE ALENCAR
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT
ADV.(A/S)	: FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL- CNA
ADV.(A/S)	: RUDY MAIA FERRAZ E OUTRO(A/S)

OBSERVAÇÃO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Antes de passar a palavra, gostaria apenas de enfatizar, Ministro Barroso, que Vossa Excelência citou agora, já na parte final, uma pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, levada a efeito pela Diretora do Departamento, que é a professora Tereza Sadek, onde constam litigantes mais frequentes nos órgãos judiciais brasileiros. E apenas enfatizar que, em face disso, e nós vamos comunicar aos ministros, que, no final deste mês, nós estamos já disponibilizando uma plataforma de mediação digital, exatamente para esses casos, especialmente em relação a litígios com bancos, para fazer

ADI 5766 / DF

com que pré-processualmente se possa ter soluções, de tal maneira que seja um caminho novo nesta possibilidade de formar consensos na sociedade de uma pacificação exatamente para que a gente supere esse tipo de dificuldade.

Dou essa notícia, que será evidentemente demonstrada para todos os senhores ministros. Mas, realmente os números são aqueles, atestando que, em alguns casos, trabalhistas especificamente, quanto a esses setores, há uma pesquisa que virá, agora, a público, demonstrando quais e como cada entidade recebe, na condição de reclamado, e a taxa de cada um, em termos do que ele consegue de êxito ou não.

###

10/05/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES-CUT
ADV.(A/S)	: JOSÉ EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE.	: CGTB - CENTRAL GERAL DOS TRABALHADORES DO BRASIL
ADV.(A/S)	: RAPHAEL SODRE CITTADINO
AM. CURIAE.	: CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB
ADV.(A/S)	: ZILMARA DAVID DE ALENCAR
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT
ADV.(A/S)	: FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL- CNA
ADV.(A/S)	: RUDY MAIA FERRAZ E OUTRO(A/S)

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, pela ordem e com anuência do Colegiado, eu queria primeiramente parabenizar o Ministro Luís Roberto Barroso, porquanto o seu voto está exatamente numa linha mais moderna da análise econômica do Direito, no sentido de que o sistema deve propiciar a litigância saudável e evitar demandas frívolas que são, digamos assim, na dicção da ementa,

ADI 5766 / DF

aventureiras. Entretanto, me chamou muita atenção o fato de que essa reforma densa se deu um prazo de *vacatio legis* muito curto. Então, o ambiente ainda é muito conturbado em termos de ideias. De sorte que, se o Colegiado me permitir, eu gostaria de pedir vista dos autos para trazê-lo num prazo razoável, conforme o tema exige.

10/05/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, da minha parte - votaria depois do Ministro Alexandre - não tenho e nem poderia ter nenhuma objeção ao pedido de vista. Mas, quem sabe, para propiciar o estudo que o ilustre Ministro Vitor fará, quiçá, e obviamente aí consultaria o eminente Ministro Alexandre que me antecede, um ponto de vista eventualmente diverso poderia contribuir no exame que será feito. E, aí, eu apresentaria o meu voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Indago ao Ministro Alexandre de Moraes se tem alguma objeção a que, então, o Ministro antecipe o voto de divergência apenas, como ele diz, para que o Ministro possa já examinar os dois pontos opostos.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Sem nenhum problema, eu aguardo a vista.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não. Então Vossa Excelência tem a palavra para antecipação com anuência do Ministro que votaria na sequência. E tenho certeza que o Ministro Fux entenderá que será, como ele disse, para fazer com que as ideias divergentes possam ser já objeto da análise de Vossa Excelência e de todos os outros Ministro.

10/05/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, cumprimento, antes de tudo, Vossa Excelência, o eminente Ministro-Relator, Ministro Roberto Barroso, por terem ambos aportado um tema que é da maior relevância a essa apreciação e que, aliás, justifica uma verticalização do estudo, tal como o eminente Ministro Luiz Fux vem já de indicar nesse horizonte.

Nessa contextualização da denominada legislação de reforma trabalhista, este Tribunal começa a ser chamado a se pronunciar sobre numerosos aspectos, alguns dos quais - permita-me registrar - estão sob nossa relatoria, mais de vinte ações diretas de inconstitucionalidade sobre um tema também específico em relação ao qual já indiquei à pauta para apreciação tão logo quanto possível.

Dito isso, Senhora Presidente, eu principio saudando as sustentações orais que seguiram o relatório, como sempre completo e percuciente do eminente Ministro-Relator, Ministro Luís Roberto Barroso. E comungo da percepção segundo premissa fixada pelo Ministro Barroso que há, no mesmo objeto, diversas formas de compreender esta circunstância, a partir de premissas e fundamentações tais como aquelas que Sua excelência traz à colação.

Eu faço, portanto, essa genuína saudação às diversas sustentações orais, e, como não poderia deixar de ser, ao voto que o Ministro Barroso traz à colação, desafiando a compreensão desta Corte quanto ao tema e com elementos, quer do ponto de vista do conhecimento, quer do ponto de vista da experiência, portanto, tanto da teoria, quanto da dimensão empírica, que levam uma reflexão indiscutivelmente sólida de Sua Excelência e que traz à colação.

Nada obstante, Senhora Presidente, faço uma reflexão em sentido diverso, e trago à colação para este Colegiado.

10/05/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL**VOTO VOGAL**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade contra dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas, inseridos pela Lei 13.467/2017, que mitigaram, em situações específicas que enumera, o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, da CRFB) e, conseqüentemente, o direito fundamental de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Nas razões da presente ação, subscrita pela Procuradoria-Geral da República, argumenta-se que os dispositivos impugnados (art. 790-B, caput e §4º; 791-A, §4º, e 844, §2º, da CLT), todos inseridos pela Lei 13.467/2017, no âmbito da reforma trabalhista, padecem de inconstitucionalidade material, pois impõem restrições inconstitucionais às garantias fundamentais de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV) e do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), afrontando também os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV), os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como de redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), além de afronta ao direito fundamental à isonomia (art. 5º, *caput*).

A ação submetida à análise desta Suprema Corte aduz a inconstitucionalidade de restrições impostas ao direito fundamental à gratuidade e, por conseqüência, ao acesso à Justiça, perante a jurisdição trabalhista. As situações em que as restrições foram impostas são as seguintes:

a) pagamento pela parte sucumbente no objeto da perícia de honorários periciais, no caso em que, mesmo sendo beneficiário da gratuidade, tenha obtido em juízo, em qualquer processo, créditos

ADI 5766 / DF

capazes de suportar a referida despesa;

b) pagamento pela parte sucumbente no feito de honorários de sucumbência, no caso em que, mesmo sendo beneficiário da gratuidade, tenha obtido em juízo, em qualquer processo, créditos capazes de suportar a referida despesa; e

c) pagamento de custas processuais, no caso em que, mesmo sendo beneficiário da gratuidade, não compareça à audiência sem motivo legalmente justificável.

Verifica-se, portanto, que o legislador ordinário, avaliou o âmbito de proteção do direito fundamental à gratuidade da Justiça, confrontou-o com outros bens jurídicos que reputou relevantes – notadamente a economia para os cofres da União e a eficiência da prestação jurisdicional – e impôs condições específicas e restrições para o seu exercício, por parte dos litigantes perante a Justiça do Trabalho.

A discussão dos presentes autos cinge-se a saber se tais restrições impostas afrontam, ou não, as normas constitucionais indigitadas, bem como se constituem restrições inconstitucionais aos próprios direitos fundamentais à gratuidade e ao acesso à Justiça. Para o debate, torna-se necessário partir da literalidade das garantias fundamentais em discussão:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

ADI 5766 / DF

A proteção constitucional ao acesso à Justiça e à gratuidade do serviços judiciários também encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente da Segunda Turma, que associa tais garantias ao direito de ter direitos, reafirmando que restrições indevidas a estas garantias institucionais podem converter as liberdades e demais direitos fundamentais por elas protegidos em proclamações inúteis e promessas vãs.

E M E N T A: DEFENSORIA PÚBLICA – DIREITO DAS PESSOAS NECESSITADAS AO ATENDIMENTO INTEGRAL, NA COMARCA EM QUE RESIDEM, PELA DEFENSORIA PÚBLICA – PRERROGATIVA FUNDAMENTAL COMPROMETIDA POR RAZÕES ADMINISTRATIVAS

QUE IMPÕEM, ÀS PESSOAS CARENTES, NO CASO, A NECESSIDADE DE CUSTOSO DESLOCAMENTO PARA COMARCA PRÓXIMA ONDE A DEFENSORIA PÚBLICA SE ACHA MAIS BEM ESTRUTURADA – ÔNUS FINANCEIRO, RESULTANTE DESSE DESLOCAMENTO, QUE NÃO PODE, NEM DEVE, SER SUPORTADO PELA POPULAÇÃO DESASSISTIDA – IMPRESCINDIBILIDADE DE O ESTADO PROVER A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL COM MELHOR ESTRUTURA ADMINISTRATIVA – MEDIDA QUE SE IMPÕE PARA CONFERIR EFETIVIDADE À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INSCRITA NO ART. 5º, INCISO LXXIV, DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO

ADI 5766 / DF

DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 763.667/CE; Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 13.12.2013)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – DEFENSORIA PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO

ADI 5766 / DF

SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – “THEMA DECIDENDUM” QUE SE RESTRINGE AO PLEITO DEDUZIDO NA INICIAL, CUJO OBJETO CONSISTE, UNICAMENTE, na “criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana” – RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE. (AI 598.212/PR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 24.04.2014)

ADI 5766 / DF

Em artigo doutrinário sobre o direito fundamental à gratuidade da Justiça no Brasil, Peter Messitte, jurista norte-americano, narra a história da assistência jurídica gratuita no Brasil, especialmente evidenciando a legislação e os programas relacionados a esse direito de inegável importância para o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (MESSITTE, Peter. Assistência Judiciária no Brasil: uma pequena história. In **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, p. 126-150.)

Desde a Constituição de 1934, o direito à gratuidade da justiça é reconhecido como um direito de âmbito constitucional, fazendo parte do regime de garantias e direitos essenciais para a vida política e social brasileira. Com exceção da Constituição de 1937, todos os textos constitucionais posteriores reconheceram a importância de tal prerrogativa aos hipossuficientes econômicos com a finalidade de garantir-lhes o pleno acesso à Justiça. (MESSITTE, Peter. Assistência Judiciária no Brasil: uma pequena história. In **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, p. 135-138.)

A Lei 1.060/1950 regulamentou o direito à gratuidade da Justiça no plano infraconstitucional, consolidando as diversas normas sobre assistência jurídica gratuita, em seu sentido mais amplo. Esta referida lei, que foi parcialmente substituída por disposições semelhantes do Código de Processo Civil de 2015, estabelece os requisitos essenciais para o pleno exercício do direito fundamental por ela regulamentado, tendo sido recepcionada pelas Constituições que lhe sucederam.

Não se pode deixar de ressaltar que a gratuidade da Justiça apresenta-se como um pressuposto para o exercício do direito fundamental ao acesso à Justiça. Nas clássicas lições de Mauro Cappelletti:

O movimento para acesso à Justiça é um movimento para a efetividade dos direitos sociais, ou seja, para a efetividade da igualdade. Nesta análise comparativa do movimento de acesso à Justiça, a investigação nos mostra três formas principais, três

ADI 5766 / DF

ramos principais que invadem número crescente de Estados contemporâneos. (...) (CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. Tupinambá Pinto de Azevedo. In **Revista do Ministério Público Nova Fase**, Porto Alegre, v. 1, n. 18, p. 8-26, 1985, p. 9)

Dos obstáculos, que comumente são indicados ao acesso à Justiça, os de ordem econômica costumam ser os primeiros e mais evidentes. Considerando que os custos da litigação perante o Poder Judiciário são muito altos, e que a jurisdição cível é bastante onerosa para os cidadãos em geral, verifica-se que há um afastamento significativo das classes economicamente mais frágeis do acesso à Justiça institucionalizada.

Ainda as lições de Mauro Cappelletti merecem ser aqui reproduzidas:

(...) O obstáculo causado pela pobreza, sobretudo. Pobreza econômica do indivíduo e ainda do grupo, e da população, com todas as trágicas consequências da pobreza econômica, a qual termina por ser, também, pobreza cultural, social e jurídica. Obstáculos, igualmente, resultantes da complexidade do sistema jurídico, da distância do governante em relação ao governado, dos abusos que exigem remédio jurisdicional, abusos individuais mas sempre mais abusos dos centros de poder econômico e político, no confronto de sujeitos que, amiúde, não dispõem de instrumentos válidos de proteção. Daí o fenômeno central dos estudos de sociologia e psicologia social, o fenômeno do sentimento de alienação do cidadão frente aos obstáculos institucionais e legais.(CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. Tupinambá Pinto de Azevedo. In **Revista do Ministério Público Nova Fase**, Porto Alegre, v. 1, n. 18, p. 8-26, 1985, p. 15)

Além da Constituição da República, o direito fundamental de acesso à Justiça também é protegido por normas internacionais, notadamente pelo artigo 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que assim

ADI 5766 / DF

dispõe:

Art. 8º Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as 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 contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Trata-se, indubitavelmente, de garantia fundamental cuja previsão em normas internacionais indica sua dúplice eficácia em nosso ordenamento jurídico-constitucional, a reforçar, de forma contundente, a proteção ao direito fundamental à gratuidade da Justiça.

É preciso reconhecer, também, a relação da gratuidade da Justiça e, conseqüentemente, do acesso à Justiça, com a isonomia. A desigualdade social gerada pelas dificuldades de acesso isonômico à educação, mercado de trabalho, saúde, dentre outros direitos de cunho econômico, social e cultural, impõe que seja reforçado o âmbito de proteção do direito que garante outros direitos, especialmente a isonomia.

A restrição, no âmbito trabalhista, das situações em que o trabalhador terá acesso aos benefícios da gratuidade da justiça, pode conter em si a aniquilação do único caminho de que dispõem esses cidadãos para verem garantidos seus direitos sociais trabalhistas.

A defesa em juízo de direitos fundamentais que não foram espontaneamente cumpridos ao longo da vigência dos respectivos contratos de trabalho, em muitas situações, depende da dispensa inicial e definitiva das custas do processo e despesas daí decorrentes, sob pena de não ser viável a defesa dos interesses legítimos dos trabalhadores.

E, nesse contexto, a Lei 13.467/2017 atualizou, no âmbito da chamada

ADI 5766 / DF

reforma trabalhista, o modelo de gratuidade da Justiça Laboral, impondo condições restritivas ao exercício desse direito por parte dos litigantes trabalhadores.

Ainda que sejam consideradas adequadas, necessárias e razoáveis as restrições impostas ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais à gratuidade e acesso à Justiça pelo legislador ordinário, duvidosa apresenta-se a sua constitucionalidade em concreto, ou seja, aquela aferida diante das diversas e possíveis situações da realidade, em que se vislumbra a consequência de esvaziamento do interesse dos trabalhadores, que na condição de hipossuficientes econômicos, não terão como demandar na Justiça Trabalhista, em virtude do receio de que suas demandas, ainda que vencedoras, retornem-lhes muito pouco do valor econômico efetivamente perseguido e, eventualmente, devido.

É preciso restabelecer a integralidade do direito fundamental de acesso gratuito à Justiça Trabalhista, especialmente pelo fato de que, sem a possibilidade do seu pleno exercício por parte dos trabalhadores, é muito provável que estes cidadãos não reúnam as condições mínimas necessárias para reivindicar seus direitos perante esta Justiça Especializada.

Assim sendo, impõe-se, nesse contexto, uma interpretação que garanta a máxima efetividade desse direito fundamental, sob pena de esvaziar-se, por meio de sucessivas restrições, ele próprio e todos os demais direitos por ele assegurados.

Quando se está a tratar de restrições legislativas impostas a garantias fundamentais, como é o caso do benefício da gratuidade da Justiça e, como consequência, do próprio acesso à Justiça, o risco de violação em cascata de direitos fundamentais é iminente e real, pois não se está a resguardar apenas o âmbito de proteção desses direitos fundamentais em si, mas de todo um sistema jurídico-constitucional de direitos

ADI 5766 / DF

fundamentais deles dependente.

Mesmo que os interesses contrapostos a justificar as restrições impostas pela legislação ora impugnada sejam assegurar uma maior responsabilidade e um maior compromisso com a litigância para a defesa dos direitos sociais trabalhistas, verifica-se, a partir de tais restrições, uma possibilidade real de negar-se direitos fundamentais dos trabalhadores pela imposição de barreiras que tornam inacessíveis os meios de reivindicação judicial de direitos, o que não se pode admitir no contexto de um Estado Democrático de Direito.

O desrespeito das relações contratuais, no ambiente laboral, exige por parte do legislador ordinário que sejam facilitados, e, não, dificultados, os meios legalmente reconhecidos para que os trabalhadores possam ver garantidos os seus direitos fundamentais de origem trabalhista.

O benefício da gratuidade da Justiça é uma dessas garantias fundamentais, cuja finalidade precípua foi, na linha das constituições brasileiras anteriores, dar máxima efetividade ao direito fundamental de acesso à Justiça por parte dos titulares de direitos fundamentais que não estejam em condições de arcar com os custos financeiros de uma demanda judicial.

O conteúdo mesmo do direito à gratuidade da Justiça, cujos requisitos essenciais para o seu exercício são aferidos, há décadas, na forma da legislação de regência (Lei 1.060/1950 e, atualmente, c/c Lei 13.105/2015), impõe-se, inclusive perante o legislador infraconstitucional, como um direito fundamental da parte que não tem recursos para custear uma demanda judicial. Nas lições de Nelson Nery Júnior:

“(...) Se a lei, atendendo ao preceito constitucional, permite o acesso do pobre à Justiça, como poderia fazer com que, na eventualidade de perder a ação, tivesse que arcar com

ADI 5766 / DF

os honorários advocatícios da parte contrária? Seria, a nosso juízo, vedar o acesso ao Judiciário por via transversa porque, pendente essa espada de Dâmocles sobre a cabeça do litigante pobre, jamais iria ele querer promover qualquer ação judicial para a garantia de um direito ameaçado ou violado. (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo : RT, 2013, p.127)

Importante ressaltar que não há inconstitucionalidade no *caput* do artigo 790-B da CLT, com a redação da Lei 13.467/2017, quando admite a possibilidade de imputação de responsabilidade ao trabalhador sucumbente, pois admitir a imputação é ato distinto de tornar imediatamente exigível tal obrigação do beneficiário da justiça gratuita. Se cessadas as condições que deu ao trabalhador o direito ao benefício da gratuidade da justiça, admite-se a cobrança das custas e despesas processuais.

Não se apresentam consentâneas com os princípios fundamentais da Constituição de 1988 as normas que autorizam a utilização de créditos, trabalhistas ou de outra natureza, obtidos em virtude do ajuizamento de um processo perante o Poder Judiciário, uma vez que este fato – sucesso em ação ajuizada perante o Poder Judiciário – não tem o condão de modificar, por si só, a condição de miserabilidade jurídica do trabalhador.

É importante consignar que a mera existência de créditos judiciais, obtidos em processos trabalhistas, ou de outra natureza, não é suficiente para afastar a situação de pobreza em que se encontrava a parte autora, no momento em que foram reconhecidas as condições para o exercício do seu direito fundamental à gratuidade da Justiça.

Ora, as normas impugnadas que impõem o pagamento de despesas processuais, independentemente da declaração oficial da perda da condição de hipossuficiência econômica, afrontam o próprio direito à gratuidade da Justiça e, conseqüentemente, o próprio direito ao acesso à

ADI 5766 / DF

Justiça.

Da mesma forma, importante afirmar que o benefício da gratuidade da Justiça não constitui isenção absoluta de custas e outras despesas processuais, mas, sim, desobrigação de pagá-las enquanto perdurar o estado de hipossuficiência econômica propulsor do reconhecimento e concessão das prerrogativas inerentes a este direito fundamental (art. 5º, LXXIV, da CRFB).

É certo que não se pode impedir o trabalhador, ainda que desidioso em outro processo trabalhista, quando comprovada a sua hipossuficiência econômica, de ajuizar outra demanda sem o pagamento das custas processuais.

O direito fundamental à gratuidade da Justiça, notadamente atrelado ao direito fundamental de acesso à Justiça, não admite restrições relacionadas à conduta do trabalhador em outro processo trabalhista, sob pena de esvaziamento de seu âmbito de proteção constitucional.

A conformação restritiva imposta pelas normas ora impugnadas afronta não apenas o próprio direito fundamental à gratuidade, mas também, ainda que de forma mediata, os direitos que esta garantia fundamental protege, o que se apresenta mais concreto com a invocação do direito fundamental ao acesso à Justiça e dos direitos sociais trabalhistas, eventualmente, desrespeitados nas relações contratuais respectivas.

O direito fundamental à gratuidade da Justiça encontra-se amparado em elementos fundamentais da identidade da Constituição de 1988, dentre eles aqueles que visam a conformar e concretizar os fundamentos da República relacionados à cidadania (art. 1º, II, da CRFB), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), bem como os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.

ADI 5766 / DF

3º, I, da CRFB) e de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CRFB).

Apresenta-se relevante, nesse contexto, aqui dizer, expressamente, que a gratuidade da Justiça, especialmente no âmbito da Justiça Laboral, concretiza uma paridade de condições, propiciando às partes em litígio as mesmas possibilidades e chances de atuarem e estarem sujeitas a uma igualdade de situações processuais. É a conformação específica do princípio da isonomia no âmbito do devido processo legal.

As limitações impostas pela Lei 13.467/2017 afrontam a consecução dos objetivos e desnaturam os fundamentos da Constituição da República de 1988, pois esvaziam direitos fundamentais essenciais dos trabalhadores, exatamente, no âmbito das garantias institucionais necessárias para que lhes seja franqueado o acesso à Justiça, propulsor da busca de seus direitos fundamentais sociais, especialmente os trabalhistas.

Assim sendo, o pedido da presente ação direta de inconstitucionalidade deve ser **jugado procedente** para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 790-B, *caput* e §4º; 791-A, §4º, e 844, §2º, da CLT, todos inseridos pela Lei 13.467/2017.

É como voto.

10/05/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu quero fazer uma brevíssima intervenção, de dois minutos, sobre um ponto de vista metodológico que me parece importante ser colocado antes do retorno das discussões, quando o eminente Ministro Luiz Fux trazer o seu voto.

Eu, com o devido respeito, Ministro Barroso, guardo profundas reservas quanto ao movimento Direito e Economia, que, nos Estados Unidos, chama-se *Law and Economics*. Lá, na nossa Universidade, na USP, existem profundas restrições a esse movimento, que se entende matizado, ideologicamente, com um matiz nitidamente conservador e de direita. Eu queria fazer alusão, em dois minutos, à conclusão de um belíssimo artigo de um professor e eminente pesquisador chamado Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - que é um livre docente pela USP e professor visitante de várias universidades estrangeiras, é um intelectual de proa do Brasil -, que diz o seguinte:

"O movimento *direito e economia* radica no utilitarismo de Jeremiah Bentham e mais recentemente no pragmatismo de Charles Sander Peirce, de Willilam James e de John Dewey. Identifica-se como herdeiro conceitual do realismo jurídico norte-americano, e conseqüentemente aproximar-se-ia do pensamento de Oliver Wendell Holmes Júnior, de Roscoe Pound, de Benjamin Natan Cardozo, de Karl Llewellyn, de Jerome Frank, de Louis Brandeis e de Thumann Arnold.

Essa relação também pode ser pensada a partir da tradição marxista, para a qual o direito reflete condições infraestruturais econômicas. O pensamento weberiano suscita algumas leituras, e o direito seria mecanismo para normatização da economia capitalista, com elementos de neutralidade e de objetividade.

Tema do presente artigo, e identificado com a direita norte-americana e com o neoliberalismo, o movimento *direito e economia* prevê

ADI 5766 / DF

que o direito deve ser lido a partir de princípios de valor, de utilidade e de eficiência. Para o movimento *direito e economia*, o direito deve se orientar para a maximização da riqueza" - e, obviamente, da receita, também, dos interessados.

Portanto, eu queria, desde logo, manifestar que, quando trazer o meu voto, eu o farei sob a perspectiva de premissas ideológicas distintas daquelas que foram veiculadas neste momento e que, penso eu, se basearam neste movimento que se chama *Law and Economics* - direito e economia.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, eu tenho o maior carinho e respeito pelo Ministro Lewandowski, mas há, com todas as vênias, um equívoco aqui. Assim, a aritmética não é nem de esquerda, nem de direita. A matemática é indiferente a escolhas ideológicas. Dois mais dois são quatro nos Estados Unidos, na China e na Venezuela. Se a conta não fechar, ela não fecha nem à esquerda nem à direita, portanto é uma questão de matemática. Não é uma opção ideológica. O utilitarismo ou pragmatismo, mesmo esse, pode ter um viés mais à esquerda ou mais à direita. Mas aqui, se o custo individual é menor do que o custo social, você incentiva um determinado comportamento. Não tem nada de ideológico nisso, é um fato.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, só para fazer uma observação. Eu respeito muito as ideias que vêm da escola de São Paulo, mas, na verdade, análise econômica do direito não é e não tem vinculação com direito e economia. O que tem vinculação com direito e economia hoje é o que nós estudamos: direito econômico e economia normativa, que hoje está toda regulada pelo direito à economia. A análise econômica do direito visa à análise do sistema jurídico, à luz de maior valor da economia, que é a eficiência. Então, por exemplo, em um ambiente de escassez, é preciso ter instrumentos que gerem eficiência da prestação judicial. É nesse contexto que a análise econômica procura verificar como é que a justiça pode ser mais eficiente e quais são as causas que evitam essa eficiência. Então, por exemplo, demandas frívolas, demandas que

ADI 5766 / DF

não representam uma litigância saudável e aventuras judiciais que abarrotam os tribunais são efetivamente conjuradas pela análise econômica do direito, que visa a tornar o direito eficiente. E se há algo hoje ineficiente, em quaisquer modos de ver, é o sistema de prestação de justiça que nós temos no Brasil. Então é a detecção de causas que levam a essa ineficiência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O que eu queria apenas ressaltar é o seguinte: certos princípios constitucionais, como o princípio da dignidade humana e os direitos e garantias da cidadania, não podem ser interpretados sob o prisma da eficiência e do utilitarismo, como faz essa escola muito famosa e de grande voga nos Estados Unidos, que é direito e economia ou *law and economics*. Não estou dizendo, necessariamente, que Sua Excelência, o nosso eminente constitucionalista, Luís Roberto Barroso, fundou-se neste movimento ou nessas ideias. Apenas digo isto: a hermenêutica jurídica tem que ter uma outra interpretação, um outro viés, um outro fundamento que não uma base simplesmente numerológica, de eficiência, de vantagem ou de aumento de riqueza. Era esse o ponto de vista que eu queria afirmar, do ponto de vista epistemológico, diríamos assim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, queria só fazer um registro. Acho que a questão – parece-me – não precisa ser vista na perspectiva de nenhuma teoria específica. Basta ler o texto constitucional, que, de vez em quando, é esquecido. A ideia da proteção judicial efetiva exige que a produção seja efetiva, mas que também não haja abuso do poder de litigar. Simples assim. Até porque aqui não há direito absoluto. Aqui, do que se cuida? Cuida-se, na verdade, de um modelo conformativo. É uma garantia institucional que precisa ir sendo modelada. Por isso que os Códigos e textos estão cheios de normas para evitar a litigância de má-fé e as práticas abusivas nesse campo. Não me parece que seja necessário buscar aqui ou acolá subsídios de doutrina econômica para isso. A própria legislação já contém elementos. E é natural que haja atualização nesse sentido. Para pegar um exemplo que é ferido aqui, nas normas, a ideia de que alguém pode pedir tudo e se não

ADI 5766 / DF

houver resposta, isso transita em julgado. É óbvio que isso não condiz com as boas práticas da litigância, quer dizer, é um modelo abusivo, deu muito lucro, muita gente ficou rica com isso. Claro que sim! Não os pobres dos trabalhadores, mas sobretudo os advogados. É disso que se cuida! É bom que um sistema seja pensado assim? É obviamente que não! Não é para isso! Esse discurso dos pobres, na verdade – vamos depois discutir –, também tem aspectos aqui de abuso na litigância por parte dos advogados, mas não é disso que se cuida! Vamos examinar isso, portanto, dentro desta realidade. A proteção judicial efetiva. Esse é o princípio!

Agora, eu gosto muito da noção *håberliana*, em que diz: nós temos que combinar a dose de utopia, que aparece, a *emotion*, como ele disse, senão a Constituição não avança, mais a dose de responsabilidade. Ele diz: nós temos que combinar os impulsos que vêm de Ernst Bloch, *Hoffnung Prinzip*, a ideia do princípio esperança, mais também de Jonas, princípio responsabilidade. Aqui, o que se pede é isso!

O problema da Justiça do Trabalho, mas de um sistema como um todo, nesse momento, em que nós estamos falando, tramitam pelos foros do Brasil cem milhões de ações. Tem algum perigo de dar certo uma coisa dessas? Obviamente que não! Não tem perigo de dar certo! Ainda que nós multiplicássemos por dois, por três, por quatro o número de juízes, não tem perigo de dar certo.

Nesse ponto, o Ministro Barroso, feriu, com razão, a questão da necessidade de racionalização desse sistema. Nós sabemos, por exemplo, que várias empresas, hoje, adotam a figura *Ombudsman* para fiscalizar as ações de massa, para seguir a jurisprudência.

Na Alemanha, não é incomum, por exemplo, que as empresas contratem ex-juízes, pessoas importantes, juristas importantes, como *Ombudsman*, da área de seguros, da área de bancos, para orientar, para não reincidir em falhas graves. Isto vale para todos! Porque a disfuncionalidade do sistema custa caro para o Estado em matéria mesmo de ineficiência.

Veja: a liberdade de litigar, sem responsabilidade, não causa benefício, muitas vezes, ao próprio litigante, e causa um imenso prejuízo

ADI 5766 / DF

a todos os cidadãos carentes de Justiça.

De modo que me parece, sem precisar discutir o tema à luz de teorias alienígenas, basta ver a doutrina da proteção judicial efetiva, a velha e boa dogmática do Direito Constitucional – é só disso que se cuida –, partindo da premissa agora levantada pelo Ministro Lewandowski – que, sem adiantar voto, vamos aguardar a vista do Ministro Luiz Fux –, eu queria também colocar as premissas que parto para analisar o tema.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro, Vossa Excelência me permite só um pequeno aparte? Já que estamos falando em números e em pragmatismo, consta do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça que, em 2015 - esse era um dado que eu traria no meu voto, mas não estarei com isso, com essa revelação, adiantando o meu voto - a Justiça do Trabalho pagou mais de 17 bilhões em direitos àqueles que ingressaram com ações trabalhistas. No mesmo ano, foram arrecadados aos cofres públicos quase 3 bilhões de custas, taxas, recolhimentos previdenciários, entre outros, ou seja, o equivalente a 16% de seu orçamento e de suas despesas em 2015, ou seja, em outras palavras, 17 bilhões de reais reingressaram na economia, produzindo riquezas e empregos. Apenas números por números, nós podemos confrontar dados contra dados.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT

ADV.(A/S) : JOSÉ EYMARD LOGUERCIO (1441A/DF)

AM. CURIAE. : CGTB - CENTRAL GERAL DOS TRABALHADORES DO BRASIL

ADV.(A/S) : RAPHAEL SODRE CITTADINO (53229/DF, 19789/ES)

AM. CURIAE. : CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB

ADV.(A/S) : ZILMARA DAVID DE ALENCAR (38142/DF)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA

ADV.(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO (07077DF/DF)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT

ADV.(A/S) : FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA (0031442/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL-CNA

ADV.(A/S) : RUDY MAIA FERRAZ (22940/DF) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, Procuradoria-Geral da República, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União; pelo *amicus curiae* Central Única dos Trabalhadores - CUT, o Dr. José Eymard Loguércio; pelo *amicus curiae* CGTB - Central Geral dos Trabalhadores do Brasil, o Dr. Raphael Sodré Cittadino; pelo *amicus curiae* Central dos Sindicatos Brasileiros - CSB, o Dr. Luis Antônio Camargo Melo; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curiae* Confederação Nacional do Transporte - CNT, o Dr. Flávio Henrique Unes Pereira; e, pelo *amicus curiae* Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA, o Dr. Rudy Maia Ferraz. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 9.5.2018.

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para assentar interpretação conforme a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses: "1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a

litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento, e após o voto do Ministro Edson Fachin, julgando integralmente procedente a ação, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, neste julgamento, e o Ministro Celso de Mello, justificadamente. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

14/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público Federal, senhores advogados, senhoras advogadas e demais presentes.

Ab initio, acolho o relatório bem elaborado pelo eminente Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. Por conseguinte, me reservo a rememorar somente o essencial para o deslinde da controvérsia jurídica em questão, com o objetivo de contextualizar brevemente o voto que venho a proferir.

I.

RELATÓRIO:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, cuja controvérsia jurídica cinge-se ao exame de constitucionalidade do artigo 1º da Lei 13.467/2017, doravante denominada “*Reforma Trabalhista*”, nos pontos em que insere disposições nos artigos 791-A, §4º, 790-B, *caput* e §4º e 844, §2º, do Decreto-lei 5.452/1943 (doravante, Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT), por suposta ofensa aos artigos 1º, incisos III e IV; 3º, incisos I e III; 5º, *caput*, incisos XXXV e LXXIV e §2º; 7º ao 9º, todos da CRFB/88. Os dispositivos impugnados possuem o seguinte teor:

CLT. Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. (Inserido pela Lei 13.467/2017) (...)

§4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a

ADI 5766 / DF

União responderá pelo encargo. (Inserido pela Lei 13.467/2017)

CLT. Art. 791-A. (...)

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (Inserido pela Lei 13.467/2017)

CLT. Art. 844. (...)

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

Em apertada síntese, a Procuradoria-Geral da República requer a declaração de inconstitucionalidade: **(i)** da expressão "*ainda que beneficiária da justiça gratuita*", constante do *caput* e do § 4º do art. 790-B da CLT; **(ii)** da expressão "*desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*" do § 4º do art. 791-A da CLT; e **(iii)** da expressão "*ainda que beneficiário da justiça gratuita*" do § 2º do art. 844 da CLT.

Segundo a requerente, a inconstitucionalidade material dos dispositivos legais adicionados pela "*Reforma Trabalhista*" diz respeito à violação ao direito de acesso à justiça, porquanto impõe restrições inconstitucionais "*à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos na Justiça do Trabalho*", de sorte que "*inviabiliza ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de*

ADI 5766 / DF

demanda trabalhista e impõe-lhe pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no processo, de natureza alimentar, em prejuízo do sustento próprio e do de sua família”.

Além disso, a PGR sustenta violação aos princípios da proporcionalidade *"ante a existência de meios menos gravosos a direitos fundamentais e igualmente eficazes para obter o resultado econômico pretendido, como a incorporação dos custos da gratuidade judiciária no valor da taxa judiciária"* e da proibição de excesso, configurando desvio de finalidade legislativa, eis que *"não pode o estado legislar abusivamente para lograr resultados que esvaziem o conteúdo de direitos fundamentais"*.

Na sessão de 10/5/2018, o Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, votou pela **PARCIAL PROCEDÊNCIA** da presente ação direta de inconstitucionalidade, para realizar **interpretação conforme** a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses:

“(1) O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários;

(2) A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias;

(3) É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento”.

Após o **voto divergente** do Ministro Luiz Edson Fachin, que julgou totalmente **PROCEDENTE** o pedido veiculado na presente ação, pedi vista dos autos para melhor refletir sobre a controvérsia *sub examine*.

ADI 5766 / DF

É o relatório.

II.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS:

Em apertada síntese, conforme exposto no relatório, a controvérsia *sub examine* cinge-se ao exame de **três medidas** acrescentadas à CLT pela Reforma Trabalhista no sentido de impor às partes recorrentes, sobretudo beneficiárias da gratuidade de justiça, as obrigações de:

(i) Suportar os honorários periciais decorrentes de sua eventual sucumbência na pretensão objeto de perícia (art. 790-B), no caso de ter obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar os honorários periciais (§ 4º);

(ii) Arcar com os honorários advocatícios sucumbenciais, (Art. 791-A) desde que tenha “*obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*” ou se, no prazo de até dois anos após o trânsito em julgado da decisão que constituiu o crédito advocatício, “*o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade*” (§ 4º);

(iii) Realizar o pagamento das custas processuais, caso tenha ensejado a extinção da ação, em virtude do seu não comparecimento à audiência, condicionando a propositura de nova ação trabalhista ao pagamento dessas custas (artigo 844, §2º e §3º).

Com a devida vênia às posições em sentido contrário, entendo que as alterações promovidas pela legislação ora impugnada estão em harmonia com a Constituição Federal, além de serem compatíveis com a atual essência da sistemática processual brasileira.

As alterações legislativas ora questionadas garantem a racionalização da litigiosidade judicial, por meio do acesso responsável à

ADI 5766 / DF

justiça. É dizer: realinhando **(a)** os incentivos privados de se ingressar em juízo com **(b)** o interesse coletivo no funcionamento eficiente da Justiça Trabalhista.

Deveras, não se pode olvidar que o acesso à justiça consiste em princípio constitucional estampado no artigo 5º, XXXV, da CRFB/88, o qual confere aos brasileiros e às brasileiras a prerrogativa de acessar a ordem jurídica justa, ajuizando demandas perante o Poder Judiciário a fim de que sejam apreciadas lesões ou ameaças de lesão aos seus direitos.

Ao lado da eficiência na Justiça brasileira e da isonomia processual, esse princípio constitucional se encontra ancorado na universalidade e na gratuidade, razão pela qual é necessário viabilizar aos mais necessitados todos os instrumentos necessários para efetivamente exercitarem o acesso à justiça com paridade de armas (Mauro Cappelletti e Bryan Garth. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 31 ss); SANTOS, Boaventura de Souza. *O Acesso à justiça*. In: AMB (org). *Justiça: promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, *passim*).

Consectariamente, é essencial a eliminação das **(i)** *barreiras econômicas*, das **(ii)** *barreiras sociais* e das **(iii)** *barreiras culturais* existentes, sobretudo na Justiça Trabalhista em que – muitas vezes – há assimetrias de poder político, econômico, social e jurídico entre as partes do processo. (FREITAS, Cláudio. *Noções Gerais de Direito e Formação Humanística para a Magistratura do Trabalho*. Curitiba: CRV, 2018, *passim*).

Com efeito, ainda que as características inerentes à Justiça laboral realmente demandem uma acesso mais amplo do que no caso da justiça convencional, é imprescindível que as disposições legais e os trâmites processuais dessa justiça especializada guardem harmonia com a sistemática processual brasileira e sua Teoria Geral. Trata-se de adotar o pensamento sistemático, na linha do consagrado jurista alemão Claus-

ADI 5766 / DF

Wilhelm Canaris:

“o sistema cumpre, sobretudo, em particular, duas tarefas na obtenção do Direito: ele contribui para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico, o que conduz a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes; e ele serve para a garantia e a realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, porquanto mostra as inconseqüências valorativas, proporcionando, com isso, o aperfeiçoamento do Direito, tanto pela delimitação de ameaçadoras contradições de valores, como pela determinação de lacunas”

(CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 4ª Edição, 2008, tradução de António Menezes Cordeiro, p. 283).

Nesse ponto, vale ressaltar que as medidas estão em consonância com as balizas do Código de Processo Civil de 2015, o qual - em seu artigo 98 – regulamenta o benefício da gratuidade de justiça, *in verbis*:

“Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei:

(...)

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações

ADI 5766 / DF

do beneficiário.

§ 4º A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.”

Em linha com as alterações legislativas ora impugnadas, extrai-se dos dispositivos processuais colacionados que o direito à gratuidade da justiça aos indivíduos com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios **NÃO** os exime:

(i) da responsabilidade *“pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência”*;

(ii) do dever de arcar, ao final, com as multas processuais que lhe sejam eventualmente impostas; tampouco

(iii) das obrigações decorrentes de sua sucumbência, por resultado desfavorável no litígio, restando sua exigibilidade em condições suspensiva, caso *“nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”*.

Ademais, **em segundo lugar**, as normas ora impugnadas concretizam os princípios constitucionais da isonomia e do devido processo legal, porquanto diferenciam duas situações fáticas muito distintas entre si:

Situação A: o reclamante trabalhista que dispõe de capacidade econômica para arcar com os custos financeiros do

ADI 5766 / DF

litígio – seja por motivo superveniente ou por crédito judicial existente;

Situação B: os reclamantes trabalhistas que efetivamente não podem pagar pelos honorários e pelas custas da justiça trabalhista sem prejudicar a sua própria subsistência, havendo hipossuficiência e carência de meios.

Deveras, a gratuidade de justiça não pode ser um fim em si mesmo. Ao revés, esse benefício processual se justifica por uma situação de fato. É dizer: consiste em medida que visa concretizar o acesso à justiça especificamente àqueles que se encontram em situação fático-jurídica de hipossuficiência, por representar verdadeiro óbice ao efetivo acesso à justiça.

Cessada a situação de carência ou descaracterizada a hipossuficiência, todavia, não há sentido em manter tal benefício, desaparecendo também a *ratio essendi* da gratuidade. Caso contrário, ter-se-ia isenção absoluta do pagamento de despesas processuais, desvinculada à situação socioeconômica do reclamante e/ou reclamado, em afronta ao princípio da isonomia.

É preciso salientar que a condição de hipossuficiência do trabalhador não se descaracteriza pelo simples fato de vencer parcialmente a demanda em que tramita a discussão acerca dos honorários ou vencer em outra. Não por outro motivo, os dispositivos legais impugnados prevem corretamente que o credor possui o ônus probatório de demonstrar que a situação de insuficiência de recursos, a qual justificou a concessão do benefício, supervenientemente deixou de existir, ensejando a capacidade da parte em arcar com as despesas sucumbenciais.

Em terceiro lugar, é oportuno perquirir as razões que motivaram a edição dos dispositivos legais ora questionados a fim de se extrair a sua racionalidade e os seus objetivos concretos.

ADI 5766 / DF

No que diz respeito ao **artigo 790-B, caput e §4º da CLT**, o parecer do **Deputado Federal Rogério Marinho** bem elucidou que a possibilidade de pagamento dos honorários periciais pela parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita, não é desarrazoada.

Pelo contrário, sendo certo que os honorários periciais detêm natureza jurídica alimentar (RE 146.318/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 13/12/1996; RE 406.846/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03/03/2005), o objetivo dessa alteração consiste apenas em restringir os pedidos de perícia totalmente descabíveis, de sorte que o trabalhador cuja reclamação for fundamentada permanecerá amparado pelo benefício, *“uma vez que, quando o pedido formulado é acolhido, é a parte sucumbente que arca com a despesa, normalmente, o empregador”*. Sendo assim, *“além de contribuir para a diminuição no número de ações trabalhistas, a medida [representa] uma redução das despesas do Poder Judiciário, que não mais terá que arcar com os honorários periciais”*, eis que:

“o perito que realizou a perícia não fica sem seus honorários, o que implica dizer que alguém a custeará. O fato é que, hoje, a União custeia, a título de honorários periciais, valores entre dez a vinte milhões de reais por ano, para cada um dos vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho, somente em relação a demandas julgadas improcedentes, ou seja, demandas em que se pleiteou o que não era devido. Na medida em que a parte tenha conhecimento de que terá que arcar com os custos da perícia, é de se esperar que a utilização sem critério desse instituto diminua sensivelmente”

No que se refere ao ônus relativo aos honorários sucumbenciais (**artigo 791-A, §4º da CLT**), o referido parecer corretamente consignou que, *in verbis*:

“A ausência histórica de um sistema de sucumbência no processo do trabalho estabeleceu um mecanismo de incentivos que resulta na mobilização improdutiva de recursos e na perda de

ADI 5766 / DF

eficiência da Justiça do Trabalho para atuar nas ações realmente necessárias.

A entrega da tutela jurisdicional consiste em dever do Estado, do qual decorre o direito de ação. Todavia trata-se de dever a ser equilibrado contra o impulso da demanda temerária.

Pretende-se com as alterações sugeridas inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho.

Além disso, o estabelecimento do sistema de sucumbência coaduna-se com o princípio da boa-fé processual e tira o processo do trabalho da sua ultrapassada posição administrativista, para aproximá-lo dos demais ramos processuais, onde vigora a teoria clássica da causalidade, segundo a qual quem é sucumbente deu causa ao processo indevidamente e deve arcar com os custos de tal conduta.”

Da análise dos excertos acima, transparece o objetivo da alteração legislativa no sentido de realinhar os incentivos privados para ajuizar reclamações trabalhistas em face do interesse da coletividade em prol da eficiência dos serviços judiciários dessa justiça especializada.

As mudanças legislativas ora impugnadas não pretendem obstar a efetivação de direitos trabalhistas, mas apenas desencorajar demandas frívolas e a litigância de má-fé, impedindo lides temerárias e a realização de perícias desnecessárias pelo simples fato de que a parte “não possui nada a perder” com tal pedido. Essas medidas, portanto, têm o condão de desobstruir o Poder Judiciário laboral e permitir um acesso à justiça responsável, porquanto compatível com outros princípios constitucionais, como a duração razoável do processo (FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 89).

Como é cediço, a litigância em juízo somente é socialmente desejável caso os seus custos sejam inferiores aos benefícios que a comunidade

ADI 5766 / DF

experimenta em termos de modificação de conduta pelos seus componentes. Entretanto, os incentivos privados para litigar são fundamentalmente divergentes dos incentivos sociais. Vale dizer: ao decidir se ajuizará ou não uma demanda, o indivíduo considera tão somente o valor da indenização pleiteada, a probabilidade de vitória e as custas processuais. Por essa razão, os interesses privados e sociais não estarão necessariamente alinhados no que diz respeito à utilização do sistema de justiça, de modo que a isenção indiscriminada do pagamento de custas pode fomentar o ajuizamento de ações frívolas. (Cf. Steven Shavell. *"The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System"*. In: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11 (1982), pp. 333-339; Louis Kaplow. *"Private versus Social Costs in Bringing Suit"*. In: *The Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 2 (1986), pp. 371-385; Kathryn E. Spier. *"A Note on the Divergence between the Private and the Social Motive to Settle under a Negligence Rule"*. In: *The Journal of Legal Studies*, vol. 26 (1997)).

Sem a obrigação de arcar com qualquer despesa da própria reclamação trabalhista, a decisão individual de demandar no juízo trabalhista passa a ser pautada exclusivamente pela perspectiva, ainda que remota, de obter alguma vantagem em juízo. Esse raciocínio termina por prejudicar a própria concretização do direito constitucional de acesso à Justiça. É que, enquanto o litigante que ajuíza demandas frívolas é beneficiado individualmente, o prejuízo recai sobre os demais trabalhadores que possuem demandas legítimas, porquanto enfrentarão tribunais excessivamente congestionados e, por conseguinte, mais lentos. Tudo isso vai na contramão da garantia de prestação jurisdicional em prazo razoável, estabelecida pelo artigo 5º, LXXVIII, da CRFB, uma vez que o congestionamento do Poder Judiciário laboral comprometerá não só a celeridade como a própria qualidade da prestação jurisdicional.

Diante dessas constatações, forçoso concordar com o eminente Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, no sentido da

ADI 5766 / DF

CONSTITUCIONALIDADE da cobrança de honorários sucumbenciais e periciais aos beneficiários da gratuidade de justiça. Isso porque *“normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta”*, exatamente para alinhar o *“custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância”* em prol do interesse público.

Deveras, as inovações introduzidas pelos artigos 790-B e 791-B da CLT preveem o pagamento de referidas parcelas apenas no caso de o reclamante vir a obter, posteriormente ao ajuizamento da demanda, recursos suficientes ao seu pagamento por outros meios. Evidentemente, nessa hipótese, o acesso à justiça já foi concretizado e a situação de completa ausência de recursos cessou. Não há porque, em tal situação, eximir-se o reclamante de arcar com os custos do serviço público do qual se utilizou, tendo em vista que as perícias são pagas pela União em caso de gratuidade de justiça, tampouco com a verba alimentar titularizada pelo profissional da advocacia em virtude do trabalho desempenhado na defesa.

Entretanto, a fim de resguardar os princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, entendo razoáveis as condicionantes interpretativas balizadas pelo eminente Relator em relação à utilização de créditos havidos em outros processos, a saber: **(1)** *“não exceder a 30% do valor líquido recebido”* e **(2)** *“não incidir sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social”*.

Por fim, quanto ao dispositivo relativo às consequências da ausência injustificada à audiência inaugural (**artigo 844, §2º da CLT**), o parecer legislativo também esclareceu que o escopo da reforma consistiu em corrigiu o anterior *“tratamento dado ao tema pela CLT”*, o qual incentivava *“o descaso da parte reclamante com o processo, sabedora de que poderá ajuizar ação mesmo se arquivada em mais duas oportunidades”*. Ocorre que esse descaso *“gera ônus para o Estado, que movimenta a estrutura do Judiciário para*

ADI 5766 / DF

realização dos atos próprios do processo, gera custos para a outra parte que comparece à audiência na data marcada, e caracteriza um claro tratamento não isonômico entre as partes”.

Novamente, em um primeiro momento, o reclamante teve seu acesso à justiça gratuita plenamente garantido pela legislação trabalhista. No entanto, na hipótese de deixar de comparecer à audiência sem sequer apresentar justificativa, é preciso compreender que tal conduta desperdiça recursos públicos - utilizados na movimentação da máquina judiciária - e demanda despesas privadas da parte adversa com a contratação de advogado e a juntada de provas testemunhais e/ou documentais. É fácil concluir que tal atitude demonstra profundo desrespeito à dignidade da justiça. Assim, é justo que - no caso de ingressar novamente em juízo - o reclamante ressarça a União pelas despesas da ação trabalhista inicial, que foi extinta por sua culpa exclusiva.

Não custa lembrar que, na seara processual civil, a ausência injustificada de qualquer das partes à audiência de conciliação é considerada exatamente um ato atentatório à dignidade da justiça sancionado com multa de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (artigo 334, §8º, do CPC).

Nesse diapasão, é constitucionalmente legítima a imposição de consequências negativas para o reclamante que não apresente justificativas legalmente plausíveis em relação ao seu não comparecimento à audiência trabalhista, para a qual tenha sido prévia e pessoalmente intimado. A cobrança de custas e o condicionamento da proposição de nova ação são medidas que prestigiam o princípio da cooperação (art. 6º do CPC), notadamente em respeito ao *ex adverso* e ao juízo envolvidos.

ADI 5766 / DF

III.
DISPOSITIVO:

Ex positis, voto pelo **CONHECIMENTO** da ação e, no mérito, julgo-a **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, nos termos propostos pelo eminente Ministro Relator.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT

ADV.(A/S) : JOSÉ EYMARD LOGUERCIO

AM. CURIAE. : CGTB - CENTRAL GERAL DOS TRABALHADORES DO BRASIL

ADV.(A/S) : RAPHAEL SODRE CITTADINO (53229/DF, 19789/ES,
435368/SP)

AM. CURIAE. : CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB

ADV.(A/S) : ZILMARA DAVID DE ALENCAR (38142/DF)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO
TRABALHO - ANAMATRA

ADV.(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO (07077DF/DF)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT

ADV.(A/S) : FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA (0031442/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL-
CNA

ADV.(A/S) : RUDY MAIA FERRAZ (22940/DF) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, Procuradoria-Geral da República, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União; pelo *amicus curiae* Central Única dos Trabalhadores - CUT, o Dr. José Eymard Loguércio; pelo *amicus curiae* CGTB - Central Geral dos Trabalhadores do Brasil, o Dr. Raphael Sodré Cittadino; pelo *amicus curiae* Central dos Sindicatos Brasileiros - CSB, o Dr. Luis Antônio Camargo Melo; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curiae* Confederação Nacional do Transporte - CNT, o Dr. Flávio Henrique Unes Pereira; e, pelo *amicus curiae* Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA, o Dr. Rudy Maia Ferraz. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 9.5.2018.

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para assentar interpretação conforme a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses: "1. O direito à

gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento, e após o voto do Ministro Edson Fachin, julgando integralmente procedente a ação, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, neste julgamento, e o Ministro Celso de Mello, justificadamente. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2018.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Luiz Fux (Presidente), que acompanhava o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta, o julgamento foi suspenso. Plenário, 14.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República, na qual são impugnados os seguintes dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nela inseridos pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

[...]

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

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

[...]

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a

ADI 5766 / DF

concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

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

[...]

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

O proponente aponta ofensa aos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da isonomia e da inafastabilidade da jurisdição, assim como às garantias do devido processo legal e da ampla defesa em sede administrativa ou judicial (CF, arts. 1º, III e IV, e 5º, *caput*, XXXV, LIV e LV). Alude aos objetivos fundamentais da República, revelados no art. 3º, I e III, da Constituição de 1988, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais. Ainda, afirma inobservado o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, e violados direitos individuais e sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, conforme reconhecidos nos arts. 7º, 8º e 9º da Lei Maior.

Vencido o itinerário processual, o eminente Relator, ministro Roberto Barroso, na sessão plenária de 10 de maio de 2018, proferiu voto no qual conheceu da ação para julgar procedente em parte o pedido, assentando a constitucionalidade dos dispositivos legais impugnados, mas dando a eles interpretação conforme à Constituição Federal. Na ocasião, Sua Excelência consignou as seguintes teses:

ADI 5766 / DF

1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.

O ministro Edson Fachin inaugurou divergência ao conhecer da ação para julgar procedente o pedido e, assim, declarar a inconstitucionalidade das disposições celetistas questionadas.

Depois de ter pedido vista antecipada, o ministro Luiz Fux, na sessão plenária de 14 outubro de 2021, proferiu voto secundando as razões antes explanadas pelo Relator, inclusive quanto à sugerida interpretação conforme.

Tal o contexto, passo ao voto.

Os princípios informadores do direito do trabalho, iluminando a edição e subsidiando a exegese das regras de proteção ao empregado, quer de caráter material, quer de natureza processual, alimentaram em larga medida o abuso do direito de litigar, fato que precedeu e justificou o surgimento dos dispositivos legais ora impugnados.

Não dirijo nenhuma crítica a tais princípios, em absoluto. Bem ao contrário, festejo-os por neles enxergar corpo principiológico imprescindível à concretização dos direitos sociais dos trabalhadores.

ADI 5766 / DF

Todavia, não posso deixar sem abono a reprovação que muitos expressam em relação aos excessos verificados com frequência nos tribunais trabalhistas. O litigante, em Juízo, deve fiar-se na verdade, e não em princípios que lhe possam servir de escudo a protegê-lo das consequências por litigância frívola.

As reformas em análise não foram motivadas pelo objetivo puro e simples de suprimir direitos dos trabalhadores. É nítido seu objetivo de coibir a litigância de má-fé, que tantos custos gera, especialmente ao Estado.

Seria difícil elencar exaustivamente todos os prejuízos, em especial financeiros, decorrentes de uma cultura baseada na litigância pela litigância, independente de sinceridade na causa de pedir. Mas talvez baste lembrar os gastos infligidos ao empregador, a fim de que não se torne revel, e ao Estado, mobilizado em sua estrutura para instrumentalizar um processo judicial que se sabe fadado ao insucesso.

Por tais razões, cabe reconhecer que velhos axiomas mereceram ser revisitados pela Reforma Trabalhista. Cumpre, então, perquirir se as alterações legislativas promovidas, ao vergarem tradicionais postulados, inovaram no ordenamento jurídico até o ponto de ferir o núcleo essencial de direitos fundamentais ou de afrontar a garantia do devido processo legal material.

Em síntese, a discussão gira em torno dos benefícios da justiça gratuita, reconhecidos nas lides trabalhistas ao empregado hipossuficiente.

A gratuidade de justiça permanece no ordenamento jurídico, óbvio, mas agora temperada por mecanismos legais tendentes a coibir a litigância de má-fé.

ADI 5766 / DF

Vale registrar que, em certo ponto, a legislação impugnada, se comparada com aquela constante do Código de Processo Civil, é mais generosa com a parte sucumbente beneficiária da justiça gratuita.

Pela legislação trabalhista, a parte poderá encontrar-se definitivamente liberada das obrigações sucumbenciais no curto prazo de dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão que as tenha certificado (CLT, art. 791-A, § 4º). Nos termos do Código de Processo Civil, seriam necessários cinco anos para sobrevir igual exoneração da dívida (CPC, art. 98, § 3º).

Sucumbindo o empregado, ainda que beneficiário da justiça gratuita, terá de arcar com os ônus processuais. Nisso se inclui a particular hipótese de perícia, ao sucumbir o requerente apenas no objeto que pretendia alcançar a partir de sua realização.

A responsabilização do empregado, todavia, só surgirá caso ele tenha colhido êxito financeiro suficiente para isso, no próprio processo ou em outro.

Portanto, constata-se, em primeiro lugar, ainda vigente o direito à gratuidade da justiça, até porque de outra forma seria improvável. Num segundo momento, constata-se que a superação de seus favores, de maneira a impor os ônus do processo ao sucumbente beneficiário, só tem azo nas hipóteses em que o trabalhador efetivamente disponha de recursos para o respectivo adimplemento.

Diante desse quadro, não consigo divisar afronta à cláusula do devido processo legal, em sua dimensão material, e muito menos suposta agressão ao núcleo essencial do direito à gratuidade da justiça.

Todavia, parece-me que, sendo de natureza trabalhista e em pequena

ADI 5766 / DF

monta os créditos alcançados em processo judicial, sua parcial ou integral utilização para pagamento dos ônus sucumbenciais poderá resultar no comprometimento do mínimo existencial, do trabalhador e de sua família, ao arrepio do postulado máximo da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Cogita-se, portanto, de situações nas quais a aplicação da literalidade da lei poderá resvalar em inconstitucionalidade.

Por isso reputo necessário apenas conferir interpretação conforme às disposições impugnadas, de sorte a evitar episódios contrastantes com as garantias mínimas do trabalhador e de sua família.

No particular, sinto-me tranquilo para não fazer qualquer acréscimo à proposta do eminente Relator, tamanha a acurácia da solução por ele encontrada.

Para Sua Excelência, e agora também para mim, o reclamante hipossuficiente deverá ser chamado a responder apenas com 30% de seus créditos salariais, na parte que exceda o teto do Regime Geral de Previdência Social, assim como com aqueles sem natureza alimentar, a exemplo de indenizações por danos morais.

Por último, entendo razoável, e por isso em consonância com o devido processo legal material, a responsabilização pelo pagamento de custas, imposta ao reclamante que, sem justificativa, deixe de comparecer a audiência designada.

Ora, uma vez marcada audiência, mobilizam-se o reclamado e o Estado-Juiz, com gastos a serem arcados por todo o conjunto da sociedade. Logo, seria desarrazoado permitir ao reclamante, sem qualquer ônus, deixar de comparecer à assentada, imotivadamente, com isso ocasionando desperdício de recursos públicos e frustrando as

ADI 5766 / DF

expectativas do Poder Judiciário e da parte contra a qual reclama.

Diante do exposto, com a vênia da ilustre divergência, conheço da ação para julgar procedente em parte o pedido e, assim, declarar a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, mas a alguns dando interpretação conforme, nos exatos termos propostos pelo Relator, ministro Roberto Barroso, a quem cumprimento pela exauriente análise da matéria.

É como voto.

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES-CUT
ADV.(A/S)	: JOSÉ EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE.	: CGTB - CENTRAL GERAL DOS TRABALHADORES DO BRASIL
ADV.(A/S)	: RAPHAEL SODRE CITTADINO
AM. CURIAE.	: CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB
ADV.(A/S)	: ZILMARA DAVID DE ALENCAR
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT
ADV.(A/S)	: FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL- CNA
ADV.(A/S)	: RUDY MAIA FERRAZ E OUTRO(A/S)

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Durante os debates orais, eu adiantei o meu ponto de vista no sentido de que a hermenêutica constitucional não pode subordinar-se a uma lógica consequencialista ou utilitarista.

Por isso, penso que não é possível justificar constitucionalmente a

ADI 5766 / DF

imposição de obstáculos ao direito fundamental de acesso à Justiça por parte do empregado de maneira a buscar, de alguma forma, a diminuição do número de processos trabalhistas em trâmite no País ou aliviar o ônus do Estado de arcar com despesas processuais – perícias, por exemplo - no caso da Justiça gratuita.

Se o número de processos entre nós é elevado, isso provavelmente reflete o elevado grau de inadimplemento de direitos trabalhistas pelos empregadores. Mesmo porque, ninguém entra na Justiça, seja comum, seja especializada - enfrentando todos os percalços que isso envolve - para buscar direitos sabidamente inexistentes.

Ademais, a legislação processual já contempla instrumentos adequados para coibir a propositura de ações temerárias e a litigância de má-fé, que – tenho certeza – vêm sendo competentemente manejados pelos zelosos juízes trabalhistas brasileiros, aos quais aproveito para prestar as minhas homenagens pelos relevantes serviços prestados ao País, especialmente à manutenção da paz social.

Pedindo vênias ao relator, Ministro Luis Roberto Barroso, voto no sentido de acompanhar integralmente a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, por também entender que os dispositivos impugnados nesta ação ferem de morte o direito fundamental de acesso à Justiça, notadamente por nulificarem, na prática, a gratuidade assegurada pelo texto constitucional aos desprovidos de recursos para o ingresso em juízo.

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Ministro Nunes Marques, só para afinarmos a conclusão. A declaração conforme é uma das modalidades de declaração de inconstitucionalidade, então julgamos parcialmente procedente, não foi?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Julgamos procedente, em parte, para dar interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Procedente, em parte, para dar interpretação conforme.

Vossa Excelência adere a essa conclusão, que é a conclusão do Relator e a minha? Procedente, em parte, para dar interpretação conforme à que Vossa Excelência aderiu agora. Ministro Nunes Marques, não estou ouvindo. Vossa Excelência acompanha integralmente o Relator e o voto que o seguiu, que é o meu? Julgamos procedente, em parte, para dar interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Perfeito. Muito obrigado, Ministro Nunes Marques!

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Boa tarde, Presidente! Cumprimento Vossa Excelência, Ministro LUIZ FUX, a nossa Vice-Presidente, Ministra ROSA WEBER, a Ministra CÁRMEN LÚCIA e os Ministros. Cumprimento também o Doutor Augusto Aras, Procurador-Geral da República, e os Advogados aqui presentes.

Trata-se de Ação Direta proposta pelo Procurador-Geral da República em face do art. 1º da Lei 13.467/2017, uma das normas pelas quais se instrumentalizou a chamada *Reforma Trabalhista*, no que altera a Consolidação das Leis do Trabalho, CLT, nos arts. 790-B, *caput* e § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2º, para tratar da gratuidade judiciária, impondo à parte reclamante, mesmo beneficiária do benefício legal, certos ônus, relacionados ao pagamento de honorários periciais e demais consectários da sucumbência.

Transcrevo o teor das normas impugnadas:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, **ainda que beneficiária da justiça gratuita**.

(...)

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, **ainda que em outro processo**, a União responderá pelo encargo.

(...)

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

ADI 5766 / DF

(...)

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

(...)

“Art. 844. (...)”

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

O Procurador-Geral questiona o que entende como tentativa de minorar a efetividade da Justiça do Trabalho e restringir direitos sociais dos trabalhadores. Argumenta que a imposição de ônus de sucumbência aos trabalhadores beneficiários de gratuidade de justiça – especialmente ao permitir o *“empenho de créditos trabalhistas para custear despesas processuais, sem condicioná-los a perda da condição de insuficiência econômica”* – atentaria contra os princípios constitucionais da isonomia, inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal, ampla defesa, acesso à Justiça, solidariedade social e proibição de excesso.

Iniciado o julgamento na sessão de 15/5/2018, foi proferido voto pelo Relator, Ministro ROBERTO BARROSO, em julga parcialmente procedente a Ação Direta, admitida a validade da imposição de ônus sucumbenciais aos jurisdicionados beneficiários de gratuidade de justiça, mas previsto um limitador para a incidência dos encargos sucumbenciais, para que não excedam 30% do valor recebido pelo trabalhador, e não incidam sobre valores de menor monta, inferiores ao teto do Regime

ADI 5766 / DF

Geral de Previdência Social – atualmente no importe de R\$ 6.433,57.

Além disso, o Ministro Relator condiciona a hipótese de pagamento de sucumbência em decorrência do não comparecimento à audiência de julgamento à prévia intimação do reclamante para apresentação de justificativa.

Transcrevo a enunciação de tese de julgamento proposta pelo Ministro Relator:

1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários.

2. A cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; (ii) sobre o percentual de até 30% incidente sobre o valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias.

3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante sua prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.

Naquela mesma assentada, o Ministro EDSON FACHIN proferiu voto divergente no qual julgava a Ação Direta integralmente procedente. Sua Excelência entende, na linha do que foi sustentado pelo Requerente, que o fato de o jurisdicionado beneficiário de gratuidade de justiça em dada reclamação trabalhista ser favorecido por créditos em relação processual diversa, esse fato não implicaria na alteração da “*condição de miserabilidade jurídica do trabalhador*”, não sendo suficiente, portanto, para afastar o benefício legal.

Na continuidade de julgamento (sessão de 14/10/2021), o Ministro LUIZ FUX apresentou voto-vista em que vota pela improcedência total da Ação Direta.

É o breve relatório.

ADI 5766 / DF

Presidente, adianto que adotarei uma posição intermediária entre o que o eminente Ministro Relator apontou e a divergência inaugurada pelo Ministro EDSON FACHIN.

As garantias fundamentais da inafastabilidade da jurisdição e do amplo, facilitado e célere acesso ao Poder Judiciário foram, sem dúvida, na Constituição de 1988 - art. 5º, LXXIV -, densificadas expressamente na previsão de que "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*". Assim, a assistência jurídica aos mais necessitados é contemplada em nosso ordenamento jurídico pela instituição de órgãos públicos voltados à prestação direta desse serviço, como as defensorias públicas, sendo que os sindicatos também exercem esse papel perante a Justiça Trabalhista. Além disso, confere-se ao jurisdicionado hipossuficiente o tratamento diferenciado (e mais benéfico) no tocante aos ônus e encargos financeiros decorrentes da eventualidade de buscar o socorro judicial para a tutela de direitos.

Obviamente, disso se extrai - nenhum dos votos proferidos proferidos até o momento disse o contrário - a obrigatoriedade de tratamento diferenciado para os jurisdicionados que se encontram em situação de vulnerabilidade econômica e social, o que é, eu diria, a regra mais frequente no contexto das lides trabalhistas.

Essa assistência judiciária ampla aos mais necessitados vem contemplada em nosso ordenamento jurídico não só pela instituição de órgãos públicos como a Defensoria Pública - voltada à prestação de serviços públicos -, mas também com tratamento diferenciado, com benefício - justo benefício - no tocante a ônus e encargos financeiros que decorrem do reconhecimento da justiça gratuita.

Isso existe não só na Justiça Trabalhista, como sabemos, mas também no âmbito da jurisdição comum. No âmbito da jurisdição comum, a Lei Federal 1.060/1950 disciplinou o tema da gratuidade judiciária, tratamento recentemente alterado pelo novo Código de Processo Civil. Reconhece-se ao hipossuficiente, condição afirmada pelo próprio beneficiário e tomada como presumivelmente verdadeira, a dispensa do pagamento de taxas judiciárias e honorários advocatícios e periciais.

ADI 5766 / DF

Frise-se que essa dispensa não é absoluta. A Lei contempla a possibilidade de que o beneficiário da gratuidade de justiça, caso venha a reunir recursos financeiros suficientes no lustro posterior ao fim do processo, caso sucumbente, seja chamado a arcar com os encargos inicialmente dispensados (art. 11, § 2º). Não se trata, portanto, de isenção absoluta ou definitiva dos encargos do processo, mas mera dispensa da antecipação do pagamento (RE 249.003-ED, Rel. Min EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 10/5/2016), nos casos em que a antecipação de pagamento possa acabar frustrando a possibilidade do hipossuficiente de recorrer à Justiça.

A partir desse desenho de conformação legislativa que o Congresso Nacional fez da previsão constitucional (art. 5º, LXXIV, da CF) da garantia da gratuidade aos que comprovarem insuficiência de recursos, a concessão de tratamento diferenciado somente se sustenta, por óbvio, quando permanece a situação de vulnerabilidade, hipótese essa que torna justa a concessão da assistência de quem dela necessite. Essa é a dinâmica, como disse, inclusive, da leitura do art. 98 do CPC.

O tratamento da gratuidade judiciária do processo civil também admite a responsabilização do beneficiário sucumbente pelo pagamento das despesas processuais, bem como admite, no caso concreto, a modulação dos benefícios concedidos à parte vulnerável, a fim de proporcionar tratamento benéfico à real necessidade do jurisdicionado.

Ou seja, deve ficar comprovado (e, aqui, acho importante, porque esse é o corte que farei também para a questão trabalhista) que aquela situação de vulnerabilidade não mais existe. Não algo matemático: era vulnerável, ganhou dois, tem de pagar um, então, fica com um, sem saber se o fato de ter recebido dois torna-o ou não vulnerável.

O que o ordenamento jurídico estabelece é que, uma vez comprovada a cessação da situação de vulnerabilidade, seria possível, mesmo na Justiça comum, nos termos art. 98, a modulação, a possibilidade de redução dos benefícios antecipadamente conhecidos.

Isso já existia no âmbito do processo judicial trabalhista. Mesmo antes da edição das normas agora impugnadas, a regulamentação no

ADI 5766 / DF

âmbito do processo judicial trabalhista convergia exatamente para essa disciplina da gratuidade, porque permitia, possibilitava, a representação do reclamante por seu sindicato. A Lei 5.584 previa o pagamento de honorários de sucumbência; definiu um patamar objetivo para a aferição da insuficiência de recursos, no caso, salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal referido no art. 14, § 1º, também da citada Lei 5.584; e estabelecia a isenção do pagamento de honorários periciais até a edição dessa nova lei, a da chamada Reforma Trabalhista, que teve o propósito (estamos julgando aqui diversas impugnações, diversos pontos diferentes dessa Reforma Trabalhista de 2017 - se obteve ou não, isso deverá ser analisado com o tempo), modernizar o tratamento dessa relação processual trabalhista e pretendeu alterar esse panorama.

Parece-me importante verificar aqui se essa alteração - uma vez verificada que toda a estrutura da gratuidade, garantida constitucionalmente, exige a hipossuficiência, mas também, e mais importante, a cessação dessa gratuidade exige comprovação do término da hipossuficiência - feita pela Reforma Trabalhista foi razoável, foi proporcional, foi adequada. Ou seja, se, apesar das alterações, mantém-se o pleno acesso ao Poder Judiciário; se, apesar das alterações, mantém-se a proteção ao hipossuficiente que tem direito constitucional à justiça gratuita; ou se, por outro lado, aquele que entra na ação hipossuficiente, ganha, e continua hipossuficiente, mesmo assim perde o que ganha de forma automática, sem se demonstrar a hipossuficiência. Como o próprio texto legal dispõe, somente se o beneficiário da justiça gratuita não obtiver em juízo créditos capazes de suportar a despesa - ainda que em outro processo - a União responderá pelo encargo.

É aquela questão que disse anteriormente, de conta matemática. Então, é hipossuficiente, os honorários periciais custaram cinco, ele ganhou dois, tem que pagar dois, fica devendo três. Mas, será que, ganhando dois, ele não se tornou ou não continuou sendo hipossuficiente? Essa é a questão. Vai demandar somente para pagar honorários periciais se o móvel da lei, se a razão da lei, foi impedir que pleiteie seu direito, parece-me um obstáculo contrário à previsão

ADI 5766 / DF

constitucional. As inovações promovidas pela lei, em sua maioria, trataram exatamente disso, de alterações desses importantíssimos pontos: majorar o marco objetivo para a aferição da insuficiência de recursos para o patamar de 40% do teto do RGPS - art. 790, § 3º, da Reforma Trabalhista -; permitir o parcelamento de honorários periciais e a responsabilização do beneficiário de gratuidade que vem, posteriormente, a gozar de insuficiência de recursos para arcar com os encargos da sucumbência. Deve ser analisado se esses pontos foram tratados com razoabilidade: o pagamento de honorários periciais, mesmo do beneficiário da gratuidade da Justiça; a responsabilização da parte beneficiária pelos encargos da sucumbência na hipótese em que favorecida por condenação em outro processo (aqui uma compensação processual, uma detração, se fosse no campo penal; "você ganhou esse, cuidado para não entrar com aquele, porque, se perder aquele, você perde o que você ganhou nesse" - se isso for entendido como um obstáculo a pleitear seus direitos, parece-me que fere a Constituição); e pagamento de custas em caso de ausência injustificada à audiência de julgamento.

Presidente, esse tema, como já tratado por todos os Ministros que me antecederam, realmente, é da maior sensibilidade; e a Corte já demonstrou isso em diversos julgamentos anteriores sobre a Reforma Trabalhista (ADI 5.794, Redator para o acórdão Vossa Excelência, Presidente; ADI 5.938, da qual fui Relator), em que vários pontos da reforma foram analisados. Trata-se, obviamente, não só naqueles como nesse caso específico, de legislação sensível para a fruição dos direitos sociais; uma legislação instrumental que pode ou não obstaculizar verdadeiramente - é o que todos desejamos - a efetiva fruição dos direitos sociais. Em que pese essa fruição não tornar a matéria imune à conformação do legislador - o legislador pode estabelecer, como sempre estabeleceu, requisitos, inclusive antes dessa legislação impugnada -, essa legislação deve ser razoável.

Nesse ponto, Presidente, já adianto que não entendo razoáveis os arts 790-B, § 4º, e 791-A, § 4º. Não entendo razoável a responsabilização nua e crua, sem análise se a hipossuficiência do beneficiário da justiça

ADI 5766 / DF

gratuita pelo pagamento de honorários periciais deixou ou não de existir, inclusive com créditos obtidos em outro processo. Da mesma forma, não entendo razoável e proporcional o pagamento de honorários de sucumbência pelo beneficiário da justiça gratuita, sem demonstrar-se que ele deixou de ser hipossuficiente, ou seja, essa compensação processual sem se verificar se a hipossuficiência permanece ou não.

A deferência de tratamento permitida pela Constituição se baseia exatamente nessa admissão de hipossuficiência. Simplesmente entender que, por ser vencedor em um outro processo ou nesse, pode pagar a perícia, e, só por ser vencedor no processo, já o torna suficiente, autossuficiente, seria uma presunção absoluta da lei que, no meu entendimento, fere a razoabilidade e o art. 5º, XXIV.

Os dois dispositivos, tanto o *caput* quanto os parágrafos, estão estabelecendo obstáculos à efetiva aplicação do art. 5º, LXXIV - repito:

"Art.5º

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;"

Uma eventual vitória judicial em outro ambiente processual não descaracteriza, por si só, a condição de hipossuficiência. Não há nenhuma razão para entender que o proveito econômico apurado no outro processo seja suficiente para alterar a condição econômica do jurisdicionado, em vista da infinidade de situações a se verificar em cada caso. Nessa hipótese em que se pretende utilizar o proveito de uma ação para arcar com a sucumbência de outro processo – uma “compensação” -, o resultado prático é mitigar a sua vitória e manter a sua condição de hipossuficiência.

Ora, onde está a prova de que cessou a hipossuficiência para afastar os benefícios da justiça gratuita? A forma como a lei estabeleceu a incidência de encargos quanto a honorários de perícia e da sucumbência - como bem destacado pelo Ministro EDSON FACHIN em seu voto divergente, e também no parecer da Procuradoria-Geral da República - feriu a razoabilidade e a proporcionalidade e estipulam restrições

ADI 5766 / DF

inconstitucionais, inclusive pela sua forma absoluta de aplicação da garantia da gratuidade judiciária aos que comprovam insuficiência de recurso.

Então, Presidente, entendo inconstitucionais os arts. 790-B, *caput* e o § 4º, 791-A, § 4º. Nesse aspecto, julgo procedente a ação por serem inconstitucionais.

Porém, não entendo inconstitucional - e aqui a minha primeira divergência com o eminente Ministro EDSON FACHIN - o dispositivo do art. 844, § 2º, da CLT: "*Art. 844 (...) § 2º - Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita...*" - e não entendo inconstitucional pelo finalzinho do artigo - "*... salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.*"

A previsão constante do art. 844, § 2º, da CLT, estabelece sanção para o jurisdicionado pela ausência injustificada à audiência de julgamento, comportamento que frustra o exercício da jurisdição e acarreta prejuízos materiais, tanto para o órgão judiciário quanto para a parte reclamada. Trata-se, portanto, de punir comportamento que não se coaduna com deveres mínimos de boa-fé, cooperação e lealdade processual.

Ou seja, a hipótese trata do jurisdicionado que, reconhecida a hipossuficiência e conferida a gratuidade, pleiteou o acesso à Justiça, e, no primeiro momento em que deve comparecer perante em juízo, simplesmente ignora essa obrigação e inviabiliza a continuidade da ação.

Observo que o CPC/2015 trata da ausência à audiência de conciliação, ato inaugural do rito ordinário, como ato atentatório à dignidade da jurisdição, sancionado com multa de até 2% da vantagem econômica perseguida na ação (art. 334, § 8º, do CPC), multa devida mesmo em caso de gratuidade (art. 98, § 4º, acima transcrito).

Assim, não há excesso legislativo ou desproporcionalidade na possibilidade de que o jurisdicionado da Justiça Trabalhista, de quem não se exigiu antecipação de despesas para o ingresso em juízo, seja posteriormente responsabilizado por despesas a que deu causa, nas

ADI 5766 / DF

hipóteses em que possuir condições financeiras para tanto, pois, nesse específico cenário, seria indevidamente favorecido por política pública financiada pela sociedade em prol daqueles mais necessitados.

A lei, na verdade, previu algo razoável, mais um requisito - por isso entendo não ser inconstitucional -, para o reconhecimento da gratuidade judiciária: não só a hipossuficiência, mas também a obrigação de o hipossuficiente comparecer a todos os atos processuais. Esse é um requisito, a meu ver, absolutamente razoável, pois trata de uma cooperação mínima para o exercício da jurisdição, no contexto em que o Estado se dispôs a tutelar o pleito do trabalhador sem exigência de custas iniciais. Veja-se que o dispositivo ainda estabelece que, no caso de não comparecimento, o trabalhador ainda dispõe de quinze dias para comprovar que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

Não há, a meu ver, nada de inconstitucional nesse dispositivo, porque estabelece, de forma razoável e justificada, um requisito adicional para o gozo da gratuidade: além da declaração de hipossuficiência, o compromisso de comparecimento, salvo obviamente quando houver motivos legalmente justificáveis.

Em vista do exposto, CONHEÇO da Ação Direta e, no mérito, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para declarar a inconstitucionalidade da expressão "*ainda que beneficiária da justiça gratuita*", constante do caput do art. 790-B; para declarar a inconstitucionalidade do § 4º do mesmo art. 790-B; declarar a inconstitucionalidade da expressão "*desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*", constante do § 4º do art. 791-A; para declarar constitucional o art. 844, § 2º, todos da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017.

É o voto.

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES-CUT
ADV.(A/S)	: JOSÉ EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE.	: CGTB - CENTRAL GERAL DOS TRABALHADORES DO BRASIL
ADV.(A/S)	: RAPHAEL SODRE CITTADINO
AM. CURIAE.	: CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB
ADV.(A/S)	: ZILMARA DAVID DE ALENCAR
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT
ADV.(A/S)	: FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL- CNA
ADV.(A/S)	: RUDY MAIA FERRAZ E OUTRO(A/S)

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Queria fazer uma pequena observação. Quando votei, Ministro Alexandre, levamos em consideração o § 4º, que diz o seguinte:

"§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a

ADI 5766 / DF

União responderá pelo encargo."

Então, na graduação, na modulação, os critérios estabelecidos no voto do Relator respondem a essa perplexidade para a qual Vossa Excelência chamou a atenção, no sentido de que ele entra beneficiário da justiça gratuita, mas pode sair abastado com outra demanda em valores que permitam-no pagar os honorários.

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, cumprimento o Ministro Alexandre de Moraes, o Ministro Kassio Nunes, cumprimento Vossa Excelência, Presidente, cumprimento a Ministra Cármen Lúcia, a Ministra Rosa Weber e os demais presentes.

Presidente, apenas retomando muito brevemente a lógica do meu voto, tenho um critério para quase tudo quando julgo: saber quem paga a conta. Acho que, para decidir se uma posição é justa ou não, em um país em que a redistribuição de renda é importante, saber quem paga a conta é elemento decisivo para uma decisão que tenha repercussão econômica.

No sistema brasileiro, a taxa judiciária cobre pouco mais de 10% do custo do Judiciário, portanto, de maneira geral, 90% do custo do Judiciário é arcado pela sociedade. Dizer que é arcado pela sociedade significa dizer que é arcado com tributos arrecadados. O Brasil, infelizmente, ainda é um país de muita pobreza, e, tragicamente, uma das principais fontes de arrecadação tributária, que responde por cerca de 50% da arrecadação, são os impostos sobre consumo, impostos que ricos e pobres pagam no mesmo percentual. Como há muito mais pobres que ricos, sempre alguma coisa está sendo paga pelo erário, pela sociedade, está sendo pago pelas pessoas mais pobres. Esse é um fato da vida.

O que me fez considerar legítima essa alternativa, proposta pela legislação, com a ressalva que fiz? É que algum pobre vai pagar essa conta. Pareceu-me mais razoável que fosse o pobre que tomou a iniciativa do litígio. Vossa Excelência observou e eu também considero que, em seu relato abstrato, os arts. 790-B, § 4º, e 791, § 4º, são inconstitucionais, tanto que fizemos a interpretação conforme a Constituição.

Qual foi a interpretação que propus e que Vossa Excelência acompanhou e, igualmente, o Ministro Kassio Nunes Marques? No tocante aos honorários periciais, o art. 790, § 4º, diz que o hipossuficiente só precisará pagar honorários periciais se, em outra ação, obtiver recursos

ADI 5766 / DF

suficientes para isso.

Disse eu, então: é preciso explicitar melhor, é preciso que, em outra ação, ele tenha recebido uma quantidade "x", da qual só 30% pode ser utilizado para pagamento dos honorários periciais. Setenta por cento da outra ação ficam para ele. Com um outro acréscimo: somente o que exceder o valor, que, na ocasião, era o teto da Previdência Social, R\$5.645,00, portanto aquilo que o reclamante obtiver a mais do que R\$5.645,00, pode-se descontar 30% e ele fica com 70%. O teto da Previdência Social marcaria o limite da hipossuficiência. Se ganha o teto da Previdência Social, acho que é possível considerar. No tocante aos honorários periciais, esse foi o critério de superação de caráter absoluto que afligiu o Ministro Alexandre. Não é caráter absoluto: ele tem que ter ganho mais do que cerca de R\$6.000,00 e só 30% do que ganhou a mais vai ser destinado a esse pagamento.

Fizemos a mesma coisa relativamente aos honorários de sucumbência, exatamente o mesmo critério: obter, em outro processo, essa quantidade de recursos. Ou seja, em nenhuma hipótese o hipossuficiente desembolsa o que já tem. Se vier a ganhar, 30% do que ganhar a mais do que o teto da Previdência se usa para saldar esse pagamento. Não há gratuidade, não existe gratuidade na vida.

Estamos definindo quem paga: se é o pobre que nem esteve em juízo ou se é o pobre que esteve em juízo e ganhou dinheiro. Acho que faz mais sentido que seja o pobre que esteve em juízo e ganhou dinheiro do que o pobre que não litigou e não teve nenhum proveito. Esse é o critério, um critério preocupado com o tema da justiça social, da redistribuição de renda e de quem paga a conta.

Além do mais, algum grau de desincentivo à litigiosidade trabalhista também é importante, porque também custa dinheiro e também quem paga o Judiciário são os pobres. Noventa por cento é pago pelo erário, e não é arrecadado pela taxa judiciária.

Fiz questão de dizer esses pontos porque não é uma insensibilidade social. É, digamos, uma sensibilidade social diferente, pela qual me parece legítima a opção feita pelo legislador nessa matéria, com o

ADI 5766 / DF

complemento que propus e que Vossa Excelência e o Ministro Kassio Nunes, para minha honra, acompanharam.

É esse o esclarecimento, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Efetivamente desincentivou a litigância frívola que havia na Justiça do Trabalho.

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Obrigado, Presidente. Só um comentário. Eu entendi as razões do eminente Ministro Barroso. É uma outra visão interessante também.

Aqui, parece-me que o importante também é lembrar que, por muitas e muitas vezes, o hipossuficiente, quando ele ingressa e demora a ganhar ou foi mandado embora, não foi reconhecido algum auxílio. Na verdade, quando ele ganha os seis mil, ele já está devendo doze e ainda vai ter que pagar três para perícia. O fato de ele ganhar seis mil - e essa é nossa divergência - não significa que ele deixou de ser hipossuficiente. Esse é o grande problema, porque o que a lei, com todas as vênias à posição do eminente Ministro Roberto Barroso, essa conta aritmética olha só a ação, não olha a condição do hipossuficiente. Por isso que me parece que a redação anterior - ao declarar inconstitucional, há reprimendação - seria mais condizente com a Constituição Federal.

Obrigado, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Pela proposta de Vossa Excelência, se ele ganhar duzentos mil também não precisa pagar.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ele nunca ganhará duzentos mil na Justiça do Trabalho.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Opa, espera aí, Vossa Excelência está enganado!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Se ele ganhar duzentos mil, aí ele não será mas hipossuficiente. É isso que eu...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Mas é isso que está escrito na norma.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A norma considera automaticamente que, pelo fato de ele ganhar, ele deixou de ser hipossuficiente.

Mas é só isso, Presidente.

ADI 5766 / DF

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - São leituras, são leituras.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Não são leituras, é o texto:

"§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade."

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, Ministro Barroso, não é essa a inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade é antes:

"§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa (...)."

Ou seja, se ele perdeu um processo, tinha que pagar três, ganhou no outro três, ele é obrigado a pagar. E aqui não há necessidade de demonstração de que deixou de ser hipossuficiente. Essa é a grande inconstitucionalidade, não a sequência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Sim, mas Vossa Excelência derrubou o dispositivo inteiro. Mas está bem.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, Senhores Ministros, a quem cumprimento na figura do Ministro-Relator, Ministro Roberto Barroso, Senhor Procurador-Geral da República, Senhores Advogados que assomaram à tribuna no início deste julgamento, Senhores Servidores.

Senhor Presidente, farei juntada de voto, mas, tal como já amplamente e mais de uma vez realçado, este é um tema da maior importância, portanto, apresento também meu cumprimento especial ao Ministro-Relator por ter minudenciado, com tanta profundidade e em um voto longo, do que se trata.

Entendo perfeitamente as razões que levaram tanto o Ministro-Relator quanto Vossa Excelência e o Ministro Nunes Marques, hoje, a levar em consideração a necessidade de se estabelecer uma razão de ser das coisas no que se refere à litigiosidade, especialmente na Justiça do Trabalho. Entretanto, Presidente, trago um voto, como disse - fiz, inclusive, agora, um quadro já incluindo o voto do Ministro-Relator em relação ao que tinha inicialmente concluído -, em que estou concluindo exatamente na linha do que acaba de ser exposto pelo Ministro Alexandre de Moraes.

As razões expostas inicialmente - também com enorme percuciência e a profundidade própria de todos os seus trabalhos - no voto divergente do Ministro Fachin me levam a declarar a inconstitucionalidade dos textos que se referem ao § 4º do 790-B e também ao § 4º do 791-A, em que pese compreender o que o Ministro Barroso acaba de anotar.

Cheguei, Ministro Barroso, a pensar na possibilidade de declarar a inconstitucionalidade apenas da expressão "*desde que não tenha obtido em juízo*", mas, na leitura que faço, o acesso à Justiça está assegurado na Constituição brasileira de uma forma mais ampla, na prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência

ADI 5766 / DF

de recursos - inciso LXXIV do art. 5º. Como vem de afirmar o Ministro Alexandre de Moraes, no realce que deu e que o Ministro Fachin já tinha exposto, passar a régua (para usar uma expressão que ontem usamos na Turma, não é, Ministro Alexandre?) significa deixar sem condições de se assegurar o dispositivo constitucional. Neste quadro fático e dramático que temos no Brasil, onde a pobreza não dá sequer o único alento que o pobre tem - ter acesso à Justiça para que possa fazer valer seus direitos -, realmente não me parece uma limitação válida, razoável e proporcional ao direito constitucional fundamental do acesso à Justiça. Diferentemente disso, quanto ao § 2º do art. 844, aí, sim, acho que a legitimidade da cobrança se faz constitucionalmente de maneira extremamente razoável.

Por essa razão, concludo meu voto exatamente no sentido dos termos postos pelo Ministro Alexandre de Moraes, divergindo em parte do Ministro Edson Fachin no que se refere ao dispositivo posto no § 2º do art. 844, porque ali se deu uma razão ou possibilidade de se justificar uma ausência que tenha motivação válida. Aqui, sim, estaríamos a falar, talvez, de um uso indevido - não sei se sempre seria um abuso, mas uma litigância excessiva, um uso indevido - desse direito importantíssimo do acesso à Justiça. Nos outros dois dispositivos, não; parece-me que o que há é uma inconstitucionalidade.

Peço todas as vênias ao eminente Ministro Roberto Barroso e estou realçando, tanto no que se refere a seu voto quanto à exposição feita nas intervenções que Sua Excelência fez para apresentar o que é o quadro brasileiro - é mesmo um quadro em que os cuidados são cada vez mais necessários para que os pobres não paguem cada vez mais pelo exercício de seus direitos -, mas aqui acho que houve um excesso do legislador em coartar a possibilidade ou os caminhos para que essas pessoas possam atender à Justiça.

Por essa razão, estou votando no sentido, mais uma vez insistindo, pedindo vênias tanto ao Ministro-Relator quanto ao Ministro Edson Fachin, de quem também divirjo em parte, para votar no sentido da parcial procedência, declarando válido apenas o § 2º do art. 844 e inválidos - portanto, inconstitucionais - o § 4º do art. 791-A e o § 4º do art.

ADI 5766 / DF

790-B, acompanhando, portanto, o voto do Ministro Alexandre de Moraes.

É como voto, Presidente.

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):

1. Ação de direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 1º da Lei n. 13.467/2017, nos pontos em que altera ou insere disposições no *caput* e no § 4º do art. 790-B, no § 4º do art. 791-A e no § 2º do art. 844, todos da Consolidação das Leis do Trabalho.

2. O autor afirma que *"para promover a denominada reforma trabalhista, com intensa desregulamentação da proteção social do trabalho, a Lei 13.467/2017 inseriu 96 disposições na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a maior parte delas com redução de direitos materiais dos trabalhadores"*.

Aduz que, *"com propósito desregulamentador e declarado objetivo de reduzir o número de demandas perante a Justiça do Trabalho, a legislação avançou sobre garantias processuais e viola direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade judiciária, como pressuposto de acesso à jurisdição trabalhista"*.

Sustenta que *"assim o fez ao alterar os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação, e autorizar uso de créditos trabalhistas auferidos em qualquer processo, pelo demandante beneficiário de justiça gratuita, para pagar honorários periciais e advocatícios de sucumbência"*.

Afirma que a *"mesma inconstitucionalidade cometeu ao inserir no § 2º do art. 844 da CLT previsão de condenação do beneficiário de justiça gratuita a pagamento de custas, quando der causa a arquivamento do processo por ausência à audiência inaugural, o que se agrava ante a previsão inserida no § 3º, que condiciona o ajuizamento de nova demanda ao pagamento das custas devidas no*

ADI 5766 / DF

processo anterior".

3. O Presidente da República afirma que *"a análise da matéria ora em debate não pode ser feita de uma maneira isolada, sem contextualização com as recentes alterações legislativas promovidas especialmente pelo Novo Código de Processo Civil que revogou alguns dispositivos da Lei nº 1.060/50, dando mais efetividade à questão da gratuidade processual".*

Defende, ainda, *"a estreita semelhança entre a norma contida no art. 98, do NCPC e as normas questionadas pelo autor. Nos dois casos, as regras limitadoras não invadem o núcleo de intangibilidade do direito fundamental à assistência judiciária gratuita".*

Conclui que *"as alterações introduzidas no processo trabalhista, pelas normas impugnadas, merecem ser analisadas considerando-se o propósito de buscar maior racionalidade às demandas judiciais decorrentes das relações de emprego, sem esquecer as salvaguardas necessárias à proteção do trabalhador".*

4. O Senado Federal manifesta-se pelo indeferimento da medida liminar e pela improcedência do pedido, asseverando que *"as alterações resistidas na ação direta, se compreendidas em seu contexto, que é a Constituição da República, se coadunam com todo o movimento de otimização do processo para garantia de uma segurança jurídica pós-moderna sob o prisma de instituições processuais tendentes a ser perfeitamente integradas com o regime de direitos materiais a que se referem".*

5. A Câmara dos Deputados defende que a presente lei não apresenta inconstitucionalidade ou restrição desproporcional.

6. A Advocacia-Geral da União pleiteia o indeferimento da medida cautelar:

"Processo do Trabalho. Lei nº 13.467/2017. Redação atribuída aos artigos 790-B, caput e § 4º; 791-A, § 4º; e 844, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Assistência jurídica a

ADI 5766 / DF

trabalhadores carentes de recursos para que possam suportar as despesas do processo sem prejuízo da subsistência própria ou de sua família. Exigibilidade, em relação aos assistidos, da obrigação de pagar honorários periciais e advocatícios, em caso de sucumbência. Possibilidade de alcance das verbas recebidas em demandas trabalhistas. Ausência de plausibilidade das alegações de violação aos postulados do acesso à justiça, do mínimo existencial da isonomia e da proporcionalidade. O direito fundamental de assistência judiciária assegurado aos financeiramente vulneráveis não impõe a gratuidade irrestrita de todas as despesas do processo. Validade da conformação legal de 'dispensa de adiantamento', com exigibilidade posterior, quando alterada a situação de precariedade de recursos. A concessão indiscriminada da gratuidade não constitui elemento do mínimo existencial, mas traço criticável da política pública de assistência. Maximização da efetividade do instituto, mediante modulação de sua incidência no caso concreto, de modo a evitar seu uso supérfluo. Exigibilidade de custas em caso de não comparecimento à audiência. Prevenção de litigância inconsequente. Manifestação pelo indeferimento da medida cautelar postulada."

7. O inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República garantiu amplo acesso à justiça ao estabelecer que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*.

Para André Ramos Tavares:

"Esse princípio é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância. O próprio princípio da legalidade, portanto, como já observado, requer que haja a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo órgão competente." (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 627).

A interpretação desse direito fundamental explicita a proibição de

ADI 5766 / DF

impor o Estado ao jurisdicionado óbice ao exercício do direito de ação. Aí se inclui a vedação de utilização das custas judiciais como meio de obstar o acesso à justiça.

Mais que proibir ao Estado a imposição de embaraços ao pleno acesso à justiça, a garantia prevista no inc. XXXV do art. 5º da Constituição impõe prestações estatais positivas possibilitadoras aos setores menos privilegiados da população o exercício desse direito, como a assistência judiciária integral e gratuita, estabelecida pela Constituição no inc. LXXIV de seu art. 5º:

“Art. 5º (...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

Luiz Guilherme Marinoni defende que,

“Para viabilizar o acesso à justiça, o Estado tem o dever de dar ao autor destituído de boa condição financeira advogado gratuito, assim como isentá-lo do pagamento de taxas judiciárias e de quaisquer custas e despesas processuais, inclusive aquelas necessárias à produção de provas.

O custo do processo pode impedir o cidadão de propor a ação, ainda que tenha convicção de que o seu direito foi violado ou está sendo ameaçado de violação. Isto significa que, por razões financeiras, expressiva parte dos brasileiros poderia ser obrigada a abrir mão dos seus direitos. Porém, é evidente que não adianta outorgar direitos e técnicas processuais adequadas e não permitir que o processo possa ser utilizado em razão de óbices econômicos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 5º, inciso XXXV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 361).

8. As normas sobre gratuidade da justiça foram estabelecidas antes da Constituição de 1988, pela Lei n. 1.060/1950, que determinava sua garantia a *“todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas*

ADI 5766 / DF

do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (parágrafo único do art. 2º da Lei n. 1.060/1950).

Entretanto, nos termos do art. 12 daquela Lei n. 1.060/1950 a parte beneficiada pela isenção de pagamento das custas ficaria obrigada a pagá-las se, nos cinco anos subsequentes à decisão final proferida na ação, se demonstrasse pudesse fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família:

“Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita”.

No julgamento dos embargos de declaração no recurso extraordinário n. 249.003 (Relator o Ministro Edson Fachin, DJe 10.5.2016), este Supremo Tribunal reconheceu a recepção do art. 12 da Lei n. 1.060/1950 pela Constituição de 1988:

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS E AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS INFRINGENTES. CONVERSÃO DO EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVOS INTERNOS. JULGAMENTO CONJUNTO. RECEPÇÃO DO ART. 12 DA LEI 1.060/50. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RECUPERAÇÃO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

1. De acordo com a jurisprudência do STF, as custas dos serviços forenses se dividem em taxa judiciária e custas em sentido estrito. Precedentes.

2. O art. 12 da Lei 1.060/50 foi recepcionada quanto às custas processuais em sentido estrito, porquanto se mostra razoável interpretar que em relação às custas não submetidas ao regime tributário, ao “isentar” o jurisdicionado beneficiário da justiça gratuita, o que ocorre é o estabelecimento, por força de lei, de uma condição suspensiva de exigibilidade.

3. Em relação à taxa judiciária, firma-se convicção no sentido da

ADI 5766 / DF

recepção material e formal do artigo 12 da Lei 1.060/50, porquanto o Poder Legislativo em sua relativa liberdade de conformação normativa apenas explicitou uma correlação fundamental entre as imunidades e o princípio da capacidade contributiva no Sistema Tributário brasileiro, visto que a finalidade da tributação é justamente a realização da igualdade.

4. Agravos regimentais providos, para fins de consignar a recepção do artigo 12 da Lei 1.060/50 e determinar aos juízos de liquidação e de execução que observem o benefício da assistência judiciária gratuita deferidos no curso da fase cognitiva.”

9. Parte da Lei n. 1.060/1950 foi revogada pelo Código de Processo Civil de 2015, que dedicou uma seção à gratuidade da justiça. Todavia, as normas do novo Código de Processo Civil não importaram na extinção daquela garantia, mantida a gratuidade do acesso ao sistema de justiça em seus pontos mais relevantes.

Pelas normas do novo Código de Processo Civil, titulariza o direito à gratuidade de justiça “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios” (art. 98).

Conforme disposto no art. 99 e seus parágrafos, a gratuidade da justiça é concedida mediante alegação de hipossuficiência da parte, cuja veracidade é presumida quando deduzida por pessoa natural, podendo o deferimento do benefício ser impugnado pela parte contrária (art. 100). O juiz poderá indeferir o pedido quando houver, no processo, elementos que evidenciem ausência dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade:

“Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

ADI 5766 / DF

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.”

Nos termos do § 1º do art. 98 do Código de Processo Civil, o benefício abrange as taxas ou custas judiciais e os honorários advocatícios e periciais, além de outros gastos inerentes ao processo:

“Art. 98. (...)

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.”

Contudo, os §§ 2º e 3º do art. 98 determinam que a gratuidade de justiça não afasta a responsabilidade do beneficiário pelos ônus

ADI 5766 / DF

sucumbenciais. Eles ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade pelo prazo de cinco anos, extinguindo-se após esse prazo se não se superar aquela circunstância, a dizer, se persistir a insuficiência de recursos que tenha justificado a concessão da gratuidade:

“Art. 98. (...)

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.”

Essa mesma disciplina se aplica também na hipótese de os honorários periciais forem de responsabilidade do beneficiário da justiça gratuita, quando vencido:

“Art. 95. (...)

§ 4º Na hipótese do § 3º, o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público, observando-se, caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário de gratuidade da justiça, o disposto no art. 98, § 2º.”

10. A Lei n. 13.467/2017, que alterou pontos da Consolidação das Leis do Trabalho, cuidou diferentemente da concessão da gratuidade da justiça e sua abrangência na Justiça do Trabalho. Ao dispor sobre o pagamento de honorários periciais, estabeleceu-se no *caput* do art. 790-B da Consolidação das Leis do Trabalho sejam eles assumidos pela parte sucumbente, ainda que beneficiária da justiça gratuita:

ADI 5766 / DF

“Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.” (grifo nosso).

O § 4º desse dispositivo apenas afasta essa obrigação em caso de não ter obtido o beneficiário da justiça gratuita em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa:

“Art. 790-B. (...)

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.”

O beneficiário da justiça gratuita também deve arcar com os honorários advocatícios sucumbenciais se obtiver em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar essa despesa, não se aplicando, nesse caso, a suspensão de exigibilidade daqueles valores. É o que dispõe o § 4º do art. 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Art. 791-A. (...)

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

O § 2º do art. 844 impõe ao reclamante que deixa de comparecer à audiência de julgamento a obrigação de pagar as custas processuais, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência se tenha dado por motivo legalmente justificável:

“Art. 844. (...)

ADI 5766 / DF

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

11. O legislador parece ter tratado a gratuidade da justiça de forma menos abrangente na Justiça do Trabalho do que na Justiça Comum como forma de desestimular os trabalhadores a ajuizarem ações trabalhistas.

Isso se deve à frequente alegação de se ter exacerbado, no Brasil, o número exacerbado de ações trabalhistas se comparado a outros Países. No relatório do Senado Federal do projeto de lei que deu origem à Lei n. 13.467/2017, elaborado pelo Senador Ricardo Ferraço, cita-se a estatística de ser o Brasil responsável por noventa e oito por cento das ações trabalhistas ajuizadas no mundo, conquanto tenha apenas três por cento da população mundial. A causa dessa disparidade é atribuída pelo Senador ao “*atual desenho do processo trabalhista*”.

Esse dado é contestado por alguns, tendo realçado, por exemplo, o professor da Universidade Federal Fluminense Cássio Casagrande em artigo publicado em 2017:

*“(...) se as quatro milhões de ações trabalhistas nacionais representam 98% do total mundial, e se todos os demais países do mundo reunidos têm somente 2% delas, restam apenas... 81 mil ações trabalhistas anuais! Em todo o planeta! (...) Já vimos acima que nos EUA as ações trabalhistas são contadas na casa do milhão – numa estimativa conservadora e desconsiderado o efeito multiplicador das class actions. E que, segundo o Professor da Universidade de Bremen Wolfgang Däubler, há 600 mil ações trabalhistas anuais somente na Alemanha. A Itália teria cerca de 300 mil ações laborais anuais de acordo com os próprios defensores da reforma. (...)” (CASAGRANDE, Cássio Luis. *Brasil, “campeão de ações trabalhistas”*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017>>.*

ADI 5766 / DF

Acesso em 26 abr. 2018.).

O início da vigência da Lei n. 13.467/2017 teve efeito imediato no número de ações trabalhistas ajuizadas, o que, ao menos em parte, deve ser atribuído às alterações sobre a abrangência da gratuidade da justiça aqui impugnada pelo Procurador-Geral da República.

Levantamento realizado pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) identificou *“uma queda de 92% no número de novos processos ajuizados na Justiça Trabalhista de São Paulo na comparação entre o período 01 a 10 de novembro e 11 a 20 de novembro – a reforma entrou em vigor em 11 de novembro”*¹.

Dados levantados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, comparando os três primeiros meses dos anos de 2017 e 2018, indicam queda de quarenta e sete por cento das ações trabalhistas ajuizadas².

12. Este tema é grave porque se poderia adotar o critério de conferir às partes os gastos com o processo (aí entendidas custas processuais, honorários periciais, ônus sucumbenciais, etc.) como forma de obstar o acesso à justiça ou desestimular o ajuizamento de ações judiciais.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth alertavam para o óbice ao pleno acesso à justiça representado pelo alto custo do processo judicial nos sistemas que atribuem ao vencido os ônus da sucumbência:

“O alto custo para as partes é particularmente óbvio sob o ‘Sistema Americano’, que não obriga o vencido a reembolsar ao vencedor os honorários despendidos com seu advogado. Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido os ônus da sucumbência.

1 Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/26000-caem-acoes-trabalhistas-apos-novas-regras-sobre-honorarios>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

2 Disponível em: <<http://www.amatra21.org.br/2017/noticias/1300/numero-de-novas-acoes-trabalhistas-cai-em-47-no-rn>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

ADI 5766 / DF

Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo – ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes. (...)” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 16-17).

13. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido da inconstitucionalidade do estabelecimento de custas processuais ou taxas judiciárias exorbitantes como forma de dificultar ou impedir o pleno acesso à justiça constitucionalmente assegurado.

No julgamento da representação 1.077 (Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 28.9.1984), este Supremo Tribunal assentou que *“se a taxa judiciária, por excessiva, criar obstáculo capaz de impossibilitar a muitos a obtenção de prestação jurisdicional, é ela inconstitucional, por ofensa ao disposto na parte inicial do § 4º do artigo 153 da Constituição”*³.

Sob a égide da Constituição de 1988, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal manteve esse mesmo entendimento (cf. ADI 1.651-MC, Relator o Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 11.9.1998; ADI 1.926-MC, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 10.9.1999; ADI 948, Relator o Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ 17.3.2000; ADI 1.772-MC, Relator o Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 8.9.2000), consubstanciando-se na Súmula n. 667 deste Supremo Tribunal: *“viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”*.

3 Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 1/1969: “Art. 153. (...) § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

ADI 5766 / DF

Para o Ministro Gilmar Mendes:

“(...) embora se aceite a ideia da tributação com o fim de assegurar a prestação do serviço jurisdicional (taxa judiciária), repudia-se a possibilidade de que estas alcancem valores que possam dificultar o próprio exercício do direito de proteção judicial efetiva.

Não se pode olvidar, ainda, que o texto constitucional assegura a assistência por advogado e também a assistência judicial gratuita para aqueles que não dispõem de condições financeiras. (...)” (MENDES, Gilmar Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 417).

14. Cabe anotar que a Justiça do Trabalho foi criada, em 1941, num contexto de consolidação dos direitos trabalhistas, tendo ela sido essencial em sua instrumentalização e efetivação.

Mantendo a tradição constitucionalista brasileira inaugurada pela Constituição de 1934, a Constituição de 1988 estabeleceu rol de direitos trabalhistas fundamentais nos quais se dispõem sobre salário mínimo, jornada semanal de trabalho, férias, hora extra, dentre outros, mantendo-se a previsão de ramo específico do Poder Judiciário para tratar das demandas instauradas sobre as relações de trabalho.

Na Justiça do Trabalho litiga o empregado, em geral ou em boa parte das vezes, hipossuficiente da relação de emprego, ao qual a Constituição e a lei conferem especial proteção para compensar essa disparidade. A proteção do trabalhador ocorre também no processo trabalhista, ainda que de forma mais temperada.

Segundo Mauro Schiavi:

“(...) o Processo do Trabalho tem característica protetiva ao litigante mais fraco, que é o trabalhador, mas sob o aspecto da relação jurídica processual (instrumental) a fim de assegurar-lhe algumas prerrogativas processuais para compensar eventuais entraves que enfrenta ao procurar a Justiça do Trabalho, devido à sua

ADI 5766 / DF

hipossuficiência econômica e, muitas vezes, à dificuldade em provar suas alegações, pois, via de regra, os documentos da relação de emprego ficam na posse do empregador. De outro lado, o processo do trabalho deve observar os princípios constitucionais do processo que asseguram equilíbrio aos litigantes. Por isso, denominamos essa intensidade protetiva do processo do trabalho de princípio da proteção temperada ao trabalhador.” (SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 125)

15. É incompatível com a Constituição da República que o tratamento da justiça gratuita na Justiça do Trabalho seja menos benéfico aos litigantes, em regra trabalhadores buscando verbas de natureza alimentar, que aquele conferido pelo legislador na Justiça Comum, onde não há, presunção de hipossuficiência de nenhuma das partes, salvo nas causas consumeristas.

Celso Antônio Bandeira de Mello, com apoio em lição de Pimenta Bueno, anota:

“(...) não podem ser colocadas em desvantagem pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva.

Deveras, a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento. Neste sentido se há de entender a precitada lição de Pimenta Bueno segundo a qual ‘qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania.’” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 42).

A natureza trabalhista da demanda não é critério de discrimen legítimo a justificar tratamento legislativo menos benéfico aos litigantes quanto à obtenção da justiça gratuita e sua abrangência, importando ofensa ao princípio da igualdade, pela impossibilidade de o legislador

ADI 5766 / DF

poder desigualar situação não reconhecida como diferenciada pelo sistema constitucional .

16. Deve, assim, ser reconhecida a inconstitucionalidade do *caput* e do § 4º do art. 790-B e do § 4º do art. 791-A, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ter o beneficiário da justiça gratuita , na Justiça do Trabalho, créditos suficientes para arcar com honorários periciais e advocatícios não significa, necessariamente, ter sido afastada sua condição de insuficiência de recursos.

Os honorários periciais e advocatícios podem ser arcados pelo vencido beneficiário da justiça gratuita, mas apenas se comprovado pelo credor que deixou de persistir a situação de insuficiência de recursos que tenha justificado a concessão da gratuidade de justiça.

Reputo constitucional, contudo, a disposição constante do § 2º do art. 844 da Consolidação das Leis do Trabalho, por entender razoável a atribuição do pagamento de custas à parte que não comparece à audiência, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

17. Pelo exposto, pedindo vênias aos que pensam diferente, acompanho o voto do Ministro Alexandre de Moraes, **julgando parcialmente procedente o pedido para reconhecer a inconstitucionalidade do *caput* e do § 4º do art. 790-B e do § 4º do art. 791-A, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho.**

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Se Vossa Excelência me permite, Presidente, apenas para responder ao eminente Ministro Ricardo Lewandowski, embora tenha sido uma pergunta retórica, porque Sua Excelência sabe, tão bem quanto eu, de direito do trabalho. O art. 732 da CLT é expresso no sentido de que o reclamante que, por duas vezes, faltar à audiência e der causa ao arquivamento da reclamação por não comparecimento, está sujeito à penalidade de perda do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho pelo prazo de seis meses. Já há penalidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - *É, mutatis mutantis*, parecido com a perempção do direito processual civil, só que são mais anos: deixar abandonar a causa por três meses.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Agradeço à Ministra Rosa Weber. Justamente Sua Excelência sublinha agora o ponto de vista que eu, modestamente, quis explicitar, no sentido de que a legislação processual e a legislação material já têm instrumentos adequados para punir aqueles que se recusam a atender o chamado da Justiça.

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL**VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhora Presidente, Ministra **Rosa Weber**; Senhora Ministra **Cármen Lúcia**; Ministros do Supremo Tribunal Federal, a partir de nosso Decano, Ministro **Gilmar**; Ministro Vice-Decano e meu professor **Ricardo Lewandowski**; querido Ministro Relator deste caso, Ministro **Roberto Barroso**; Senhor Procurador-Geral da República, Dr. Augusto Aras; Advogados que se manifestaram; Senhoras e Senhores.

A partir do voto do eminente Relator, Ministro **Roberto Barroso**, que procurou dar uma solução que se adequasse às questões relativas à disputa entre capital e trabalho; do voto do Ministro **Edson Fachin**, no entendimento de privilegiar a opção do autor da ação, no que foi acompanhado pelo Ministro **Ricardo Lewandowski**, e, a partir dos votos do Ministro **Alexandre de Moraes** e da Ministra **Cármen Lúcia**, que é um voto que coloca uma solução de meio termo entre as posições trazidas, seja pelo eminente Relator, em seu substancioso voto, seja pela divergência aberta pelo Ministro **Edson Fachin**, julgando totalmente procedente a ação, afastando os dispositivos legais relativos à Reforma Trabalhista no ponto que ora está sob análise.

Senhora Presidente, Senhoras e Senhores Ministros, eu voto no sentido de acompanhar o voto do Ministro **Alexandre de Moraes**, porque penso que trouxe uma solução adequada e, já também com o acompanhamento da Ministra **Cármen Lúcia**, no sentido de se chegar a uma solução que adéque aquilo que foi o propósito da Reforma Trabalhista. Mas também é um propósito nós termos um Poder Judiciário que dê acesso às pessoas mais pobres, às pessoas mais vulneráveis, às pessoas em maior dificuldade. Somos um país desigual, temos que reconhecer isso. Somos um país continental, e a Justiça está presente em todas as áreas e rincões deste imenso país.

Nós não podemos trazer para a Justiça do Trabalho a ideia do

ADI 5766 / DF

contrato civil, do contrato entre partes que tenham a mesma estatura, que tenham o mesmo conhecimento dos fatos. Nesse sentido, Senhora Presidente, temos que ter a percepção do sentimento social. Em um país em que hoje 25 mil pessoas moram nas ruas e nas praças de São Paulo, desempregadas e sem assistência, é fundamental que o Judiciário esteja presente, trazendo a justiça às pessoas que não têm acesso a ela.

Louvo o voto do eminente Ministro Relator, que, na sua concepção, traz uma proposição que está no mesmo sentido do que estou falando, não tenho dúvidas. Também louvo o voto do Ministro **Edson Fachin**, que foi acompanhado pelo Ministro **Ricardo Lewandowski**, julgando totalmente procedente a ação para afastar esses requisitos de acesso à Justiça.

Muito se diz que a Justiça brasileira custa caro. Custa caro, mas não há justiça no mundo que tenha a possibilidade de qualquer cidadão a ela ter acesso. Qualquer cidadão tem acesso ao Supremo Tribunal Federal, por meio seja da Defensoria Pública, seja da justiça gratuita. Como dizia o Ministro **Marco Aurélio**, o protocolo nunca estará fechado. O protocolo e o distribuidor da Suprema Corte do Judiciário brasileiro estão abertos para se fazer justiça aos cidadãos brasileiros e muito mais àqueles que são os mais desprotegidos, àqueles que não têm, muitas vezes, o mesmo nível de consciência das relações trabalhistas.

Por isso, fui e sou um defensor da Justiça do Trabalho contra todos aqueles que falam contra ela. A Justiça do Trabalho, infelizmente, digo, Ministra **Rosa**, Vossa Excelência que de lá é oriunda, é necessária. Nós não vivemos num mundo em que a Justiça do Trabalho seja prescindível. Nós vivemos num mundo em que a Justiça do Trabalho é imprescindível. Eu gostaria muito de tê-la ouvido antes, mas, infelizmente, nosso Presidente, Ministro **Luiz Fux**, em razão de compromissos outros, não pôde ficar aqui, presidindo. Eu gostaria muito de ouvi-la para, talvez, acompanhá-la. E imagino o voto de Vossa Excelência. Mas penso que o voto do Ministro **Alexandre de Moraes** trouxe uma solução que se adéqua à realidade, tendo em vista a necessidade de haver uma relação mais transparente, mais clara, entre o empregador e o empregado e uma

ADI 5766 / DF

relação protetiva.

Por isso, com a devida vênia do eminente Relator - e não tenho dúvida alguma de que o eminente Relator comunga dos mesmos propósitos nossos, Ministra **Rosa Weber**, Ministro **Edson Fachin** e todos que já votaram e os que vão votar -, penso que a solução, aqui, talvez, seja essa que propôs o Ministro **Alexandre de Moraes**, uma solução mediana que vai atender os propósitos da legislação do Congresso Nacional e da proteção aos mais vulneráveis.

Veja, Senhora Presidente, quando, ao se destinar 84 bilhões de reais para dar 400 reais por mês de auxílio, por 16 meses, às populações carentes, a Bolsa cai e o dólar sobe, estamos falando de quê? Que país, que nação nós queremos? Há 25 mil pessoas morando nas praças públicas do centro de São Paulo, só para citar a cidade de São Paulo.

Antes da pandemia, a relação da dívida pública com o PIB estava em mais de 90%. Hoje, caiu. E aí se tributa ao mercado o dogma do teto. Se tributa ao mercado a ideia de que se ultrapassará o teto se se der 400 reais para as pessoas que não têm condições de se alimentar. No mundo inteiro viralizou a imagem de quatro pessoas na lata de lixo, ou melhor, no caminhão de lixo.

Nós vamos impedir o acesso à Justiça garantido pela Constituição Brasileira?

Senhora Presidente, Senhoras e Senhores Ministros, nós temos e precisamos repensar determinados dogmas. E nós não podemos, em um país no qual a pandemia colocou tantas pessoas no desemprego - e aqui nós sabemos de todas as dificuldades reais e materiais -, nos esquecer do nosso compromisso maior, que é aquele que eu sempre reitero, Senhora Presidente, Ministra **Rosa Weber**, do art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

ADI 5766 / DF

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

E essa discriminação passa pela discriminação da pobreza. Que o acesso à Justiça seja para todos!

Em razão das circunstâncias, eu gostaria muito de acompanhar o voto do Ministro **Edson Fachin** e do Ministro, meu professor, **Ricardo Lewandowski**. Mas penso que o voto médio prevalecerá e acompanho o Ministro **Alexandre de Moraes**.

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, concede a palavra por um minuto?

Não quero convencer ninguém, já há uma maioria formada. Só queria deixar claro que não há nenhum risco de negativa de acesso à Justiça ao trabalhador aqui.

O que se prevê é que o trabalhador hipossuficiente pode ajuizar a sua reclamação trabalhista perante a Justiça do Trabalho sem ter que pagar custas, perícia ou honorários de sucumbência. Ele pode ajuizar sua ação. Se ele perder ação, ele continua não tendo que pagar nada, nem perícia, nem honorários de sucumbência, nem custas. Apenas se ele, em outra ação, ganhar um volume de recursos superior ao teto da Previdência, ele teria que gastar 30% do que ele ganhou para pagar os honorários do advogado da outra parte e para pagar a perícia. Portanto, o acesso à Justiça não é afetado aqui em nenhuma medida.

Eu respeito que se discorde da solução, como aparentemente será a posição da maioria, mas ninguém fica sem poder postular o seu direito perante o Poder Judiciário. Só vai ter que pagar alguma coisa se ganhar uma outra ação e, assim mesmo, acima de um determinado valor.

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL**VOTO - VOGAL**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOTO-VOGAL): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Procuradoria-Geral da República, em face dos arts. 790-B, *caput* e § 4º; 791-A, § 4º; e 844, §§ 2º e 3º, todos do Decreto-Lei 5.552, de 1º de maio de 1943 (CLT), com as alterações introduzidas pela Lei da Reforma Trabalhista de 2017 (Lei 13.467, de 13 de julho de 2017).

A PGR sustenta que os dispositivos apontados apresentam inconstitucionalidades materiais por imporem restrições inconstitucionais à garantia da gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho, em violação ao art. 1º, III e IV; art. 3º, I e III; art. 5º, *caput*, XXXV e LXXIV e § 2º; além dos arts. 7º a 9º, todos da Constituição Federal.

Afirma a requerente que o propósito da reforma foi o de reduzir o número de demandas na Justiça do Trabalho. E, para alcançar esse objetivo, a reforma avança sobre garantias processuais e viola direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade judiciária, como pressuposto de acesso à jurisdição trabalhista.

Destaca que:

“Assim o fez ao alterar os arts. 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação, e autorizar uso de créditos trabalhistas auferidos em qualquer processo, pelo demandante beneficiário de justiça gratuita, para pagar honorários periciais e advocatícios de sucumbência. Mesma inconstitucionalidade cometeu ao inserir no § 2º do art. 844 da CLT previsão de condenação do beneficiário de justiça gratuita a pagamento de custas, quando der causa a arquivamento do processo por ausência à audiência inaugural, o que se agrava ante a previsão inserida no § 3º, que condiciona o ajuizamento de nova demanda ao pagamento das custas devidas no processo

ADI 5766 / DF

anterior.

(...)

Na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram essas garantias de amplo e igualitário acesso a justiça, as normas impugnadas inviabilizam ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista e impõe-lhe pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no processo, de natureza alimentar, em prejuízo do sustento próprio e do de sua família.

(...)

Ao impor maior restrição à gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho, mesmo em comparação com a Justiça Comum, e ao desequilibrar a paridade de armas processuais entre os litigantes trabalhistas, as normas violam os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*), da ampla defesa (art. 5º, LV), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

(...)

INCONSTITUCIONALIDADE DE HONORÁRIOS PERICIAIS E ADVOCATÍCIOS CONTRA BENEFICIÁRIO DE JUSTIÇA GRATUITA

(...)

Acerca do direito a justiça gratuita à parte que comprovar insuficiência de recursos e de sua abrangência na Justiça do Trabalho, a legislação reformista não alterou substancialmente o cenário normativo. Inseriu mera substituição do patamar salarial para aferir o direito à gratuidade, antes fixado em múltiplos de salários mínimos (dois salários) e agora em percentual (40%) do teto de benefícios do RGPS.

Honorários periciais no processo do trabalho já eram devidos pela parte sucumbente na pretensão objeto de perícia, salvo se beneficiária da justiça gratuita, conforme texto anterior do art. 790-B, *caput*, da CLT, inserido pela Lei 10.537/2002. A redação da legislação impugnada passou a exigir pagamento de honorários periciais de sucumbência também dos beneficiários

ADI 5766 / DF

de justiça gratuita (*caput*).

(...)

Nesse aspecto reside inconstitucionalidade, que se espraia sobre o § 4º do dispositivo, por atribuir ao beneficiário de justiça gratuita o pagamento de honorários periciais de sucumbência sempre que obtiver créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo. A norma desconsidera a condição de insuficiência de recursos que justificou o benefício.

(...)

O mesmo ocorre com o § 4º do novo art. 791-A da CLT, inserido pela lei impugnada, relativamente aos honorários advocatícios de sucumbência. Por muito tempo a jurisprudência trabalhista entendeu-os indevidos, em face da capacidade postulatória das partes (CLT, art. 791),²² salvo na hipótese de assistência judiciária gratuita prestada por sindicato da categoria profissional. Nesse caso, a jurisprudência reconhecia devidos honorários em favor do sindicato, por força do art. 16 da Lei 5.584/1970, em percentual não superior a 15%, por aplicação do art. 11, § 1º, da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Firmou-se nesse sentido a súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho (Resolução 14/1985 do TST).

O novo art. 791-A da CLT ampliou a incidência de honorários advocatícios de sucumbência para todas as causas trabalhistas (*caput*), até em sucumbência recíproca, em caso de procedência parcial (§ 3º).

O § 4º do dispositivo impugnado, nos moldes do § 4º do art. 790-B (quanto aos honorários periciais), considera devidos honorários advocatícios de sucumbência por beneficiário de justiça gratuita, sempre que tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa. Também aqui a norma ignora a condição de insuficiência de recursos que deu causa ao benefício.

(...)

Nessas disposições reside a colisão com o art. 5º, LXXIV, da Constituição, ao impor a beneficiários de justiça gratuita

ADI 5766 / DF

pagamento de despesas processuais de sucumbência, até com empenho de créditos auferidos no mesmo ou em outro processo trabalhista, sem que esteja afastada a condição de pobreza que justificou o benefício.

O problema aqui reside em que o art. 791-A, § 4º, da CLT condiciona a própria suspensão de exigibilidade dos honorários advocatícios de sucumbência a inexistência de crédito trabalhista capaz de suportar a despesa. Contraditoriamente mais restritiva à concessão de gratuidade judiciária do que a norma processual civil, dispõe a norma reformista que a obrigação de custear honorários advocatícios de sucumbência ficará sob condição suspensiva de exigibilidade, 'desde que [o beneficiário de justiça gratuita] não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa'.

(...)

INCONSTITUCIONALIDADE DO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS POR BENEFICIÁRIO DE JUSTIÇA GRATUITA

Imposição de pagamento de custas por reclamante beneficiário de justiça gratuita em razão de arquivamento decorrente de ausência à audiência inicial (§ 2º), até como condição a propositura de nova demanda (§ 3º), ignora a condição de insuficiência de recursos que justificou o benefício, único pressuposto constitucional à configuração do direito, segundo o art. 5º, LXXIV, da Constituição.

(...)

Além de violar a norma de direito fundamental, a disposição afronta tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil, acima referidas, que garantem pleno acesso a justiça artigo 14 (item 1) do PIDCP e artigo 8 (item 1) do Pacto de São José da Costa Rica. Tais disposições, que gozam de reconhecido status de supra legalidade (CR, art. 5º, § 2º), são frontalmente contrariadas pela legislação ordinária.

(...)

A condenação em custas, até como condição para ajuizar

ADI 5766 / DF

nova demanda trabalhista, assumiria aspecto de sanção processual de natureza punitiva ao comportamento negligente do demandante.

(...)

Especificamente quanto à ausência do demandante à audiência inaugural, o art. 732 da CLT já institui impedimento temporário do direito de demandar perante a Justiça do Trabalho, por período de seis meses, àquele que, por duas vezes seguidas, der causa a arquivamento de demanda.

Possível caráter punitivo da medida em nada altera a carência de recursos que determinou o direito de acesso gratuito à jurisdição. Exigência de pagamento de custas como condição para aforar nova demanda trabalhista por trabalhador carecedor de recursos (CLT, art. 844, § 3º) constituirá obstáculo definitivo a novo acesso desse cidadão à Justiça do Trabalho.

GRATUIDADE JUDICIÁRIA AO TRABALHADOR POBRE COMO GARANTIA INERENTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Créditos trabalhistas auferidos em demandas trabalhistas propostas por trabalhadores pobres assumem, pois, inegável caráter de mínimo existencial, como núcleo irredutível do princípio da dignidade humana (CR, art. 1º, III). Teleologicamente, essas verbas trabalhistas, marcadas pelo caráter alimentar, não diferem das prestações estatais de direitos sociais voltadas à garantia de condições materiais mínimas de vida à população pobre, a que o STF confere natureza de mínimo existencial.

Elementos argumentativos dessa natureza, presentes na jurisprudência do STF e fundados na proteção da dignidade humana, conduzem à inafastável conclusão de que o direito a assistência judiciária gratuita (CR, art. 5º, LXXIV), prerrogativa básica essencial à viabilização de direitos fundamentais, constitui veículo de garantia do mínimo existencial e assume esse caráter extremo de direito irredutível.

Na Justiça do Trabalho, dada a ausência de serviço regular de assistência jurídica oferecida pelo estado, ao demandante

ADI 5766 / DF

pobre sempre restou socorrer-se da assistência gratuita legalmente atribuída a sindicatos, onde houver, segundo o art. 14 da Lei 5.584/1970, ou recorrer a advogado particular, mediante pagamento de honorários contratuais. Dessa forma, a garantia do art. 5º, LXXIV, da Constituição, na Justiça do Trabalho, restringe-se à prestação estatal da gratuidade de custas e despesas processuais.

Sem assistência judiciária pública, o trabalhador beneficiário de justiça gratuita sujeita-se a pagamento de honorários contratuais ao próprio advogado (onde não houver assistência judiciária sindical), calculados sobre as verbas trabalhistas deferidas, além de honorários advocatícios e periciais de sucumbência, incidentes sobre pedidos improcedentes (CLT, arts. 790-A e 791-A). Ao final dessa conta, será compelido a abrir mão de verbas laborais essenciais ao sustento próprio e ao de sua família, em franca violação ao mínimo existencial.

Por sua vez, a atividade pericial assume notada relevância social em demandas trabalhistas, porque voltada a apurar fatos relativos à saúde e segurança do trabalhador, obrigatória para caracterizar insalubridade e periculosidade (art. 195 da CLT) e indispensável em ações decorrentes de acidente ou doença laborais.

Em demanda promovida por beneficiário de justiça gratuita, a atividade pericial assume caráter de essencialidade, especialmente quando apure doença ou acidente de trabalho fatal ou que limite ou incapacite o laborista para atividade profissional, o que confere à verba indenizatória indispensabilidade à subsistência do trabalhador vitimado e de sua família.

(...)

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

As normas impugnadas violam o princípio constitucional da isonomia, tanto no plano institucional, ao criar restrições maiores à gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho do que na Comum, quanto no plano das garantias processuais, ao

ADI 5766 / DF

submeter o trabalhador carecedor de recursos a condição de profunda inferioridade de armas processuais, em face do empregador, para assumir os riscos da demanda trabalhista.

Conforme exposto, os arts. 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT, impõem ao beneficiário de justiça gratuita na Justiça do Trabalho pagamento de honorários periciais e advocatícios de sucumbência sempre que auferir créditos em qualquer processo. O art. 98, § 3º, do CPC de 2015, em idêntica situação, mantém sob condição suspensiva a exigibilidade dos honorários, somente passíveis de execução se, nos cinco anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade.

Quanto às custas processuais, o novo § 2º, especialmente quando combinado com o art. 844, § 3º, da CLT, inserido pela reforma, impõe ao beneficiário de justiça gratuita na Justiça do Trabalho o pagamento de custas, em caso de arquivamento do processo decorrente de sua falta à audiência, até como condição para ajuizar nova demanda. Já o art. 90 do CPC de 2015, ao tratar da extinção do processo sem julgamento de mérito, inclusive por desistência, atribui ao demandante desistente responsabilidade pelo pagamento de custas e despesas processuais (*caput*), proporcionalmente à parcela objeto da desistência (§ 1º), mas não imputa essa responsabilidade ao beneficiário de justiça gratuita nem condiciona novo acesso à justiça a pagamento das custas do processo anterior. Tal consequência também não se extrai dos arts. 98 a 102 do CPC, que tratam da gratuidade judiciária na Justiça Comum.

De forma similar ao processo do trabalho, nos juizados especiais a ausência do autor à audiência inicial (como às demais) implica extinção do processo, e cabe ao demandante pagar custas, salvo comprovada força maior (Lei 9.099/1995, art. 51). Mesmo aí, porém, não impõe a lei pagamento de custas a beneficiário de justiça gratuita nem condiciona ajuizamento de nova demanda a quitação de custas do processo anterior, como o art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT.

ADI 5766 / DF

(...)

ACESSO À JURISDIÇÃO TRABALHISTA COMO GARANTIA INSTITUCIONAL

A garantia de acesso à justiça é típico caso de direito fundamental cuja realização depende tanto de providências estatais de criação e conformação de órgãos judiciários (direito à organização), como de medidas normativas processuais destinadas a ordenar a fruição do direito (direito a procedimento).

Essas ponderações auxiliam a revelar a inconstitucionalidade das as normas impugnadas, ao instituírem obstáculo econômico ao acesso de demandantes pobres à Justiça do Trabalho, pois violam garantias institucionais inerentes à tutela de direitos sociais trabalhistas e à dimensão objetiva da proteção de direitos fundamentais.

VIOLAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO, VÍCIO DE FINALIDADE E ABUSO LEGISLATIVO

As medidas são inadequadas, pois não se prestam a inibir custos judiciários com demandas trabalhistas infundadas. Para esse fim, dispõe o sistema processual de meios de sanção à litigância de má fé, caracterizada por pretensão ou defesa judicial contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (CLT, art. 793-B, I) e pela alteração em juízo da verdade dos fatos (art. 793-B, II).

Em vez de inibir demanda infundada, a cobrança de custas e despesas processuais ao beneficiário de justiça gratuita enseja intimidação econômica ao demandante pobre, por temor de bloqueio de créditos alimentares essenciais à subsistência, auferidos no processo, para pagar honorários periciais e advocatícios de sucumbência (arts. 790-B e 791-A da CLT).

São desnecessárias, no sentido estrito do princípio da proporcionalidade, ante a existência de meios menos gravosos a direitos fundamentais e igualmente eficazes para obter o resultado econômico pretendido, como a incorporação dos custos da gratuidade judiciária no valor da taxa judiciária.

ADI 5766 / DF

As normas impugnadas veiculam forte caráter discriminatório, aos sacrificar mais intensamente os trabalhadores pobres, violando o princípio de solidariedade social que se infere do art. 3º, I e III, da Constituição, como objetivo fundamental da República”. (eDOC 1)

O relator, Min. Roberto Barroso, determinou a oitiva preliminar da Presidência da República, de ambas as Casas do Poder Legislativo Federal e da Advocacia-Geral da União, antes de apreciar a medida cautelar (eDOC 6).

A Presidência da República prestou informações, aduzindo a total compatibilidade dos dispositivos questionados com a Constituição, ao pontuar que, no que se refere à gratuidade judiciária e à assistência judiciária gratuita, a matéria deve ser vista de forma abrangente e não particularizada, ou seja, *“sem contextualização com as recentes alterações legislativas promovidas especialmente pelo Novo Código de Processo Civil que revogou alguns dispositivos da Lei n. 1.060/50, dando mais efetividade à questão da gratuidade processual”*, realizando a seguinte diferenciação:

“10. A assistência jurídica gratuita - prevista no inc. LXXIV, art. 5.º, da CF -compreende a consultoria, o auxílio extrajudicial' e a assistência judiciária a serem fornecidas pelo Estado àqueles que necessitem. Já a gratuidade de justiça é um instituto de menor abrangência, de natureza processual, que pode ser solicitado ao juiz da causa, importando na dispensa provisória das despesas processuais e condicionada à manutenção do estado de pobreza do postulante, podendo, inclusive, ser revogada a qualquer tempo.

11. Nesses termos é que o NCPC estabelece em seu art. 98 (i) limites e condições à concessão do benefício da gratuidade da justiça; (ii) a responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência e (iii) a condição suspensiva de exigibilidade das obrigações decorrentes da sucumbência pelo período de cinco anos.

ADI 5766 / DF

12. Observa-se, pois, a estreita semelhança entre a norma contida no art. 98, do NCPD e as normas questionadas pelo autor. Nos dois casos, as regras limitadoras não invadem o núcleo de intangibilidade do direito fundamental à assistência judiciária gratuita.

(...)

14. Como se pode observar, o beneficiário da justiça gratuita, ao contrário do que faz parecer o autor, não tem direito à isenção absoluta da condenação nas verbas sucumbenciais - seja nas causas cíveis ou trabalhistas -, mas apenas à suspensão do pagamento, enquanto durar a situação de pobreza.

(...)

16. Mostra-se claro, portanto, que as normas guerreadas apenas explicitaram que a condição imunizante é vinculada a uma situação de fato. a ser comprovada em juízo, qual seja, a insuficiência de recursos econômicos para promover uma ação, sem colocar em risco o próprio sustento e do núcleo familiar.

17. Por certo, a modulação do benefício da gratuidade da justiça em nada afeta o direito fundamental de acesso à justiça, previsto na Constituição Federal, daqueles que se socorrem à Justiça do Trabalho ou à Justiça Comum. Os direitos e deveres das partes são os mesmos em qualquer esfera.

18. Nesse sentido, não há que se vislumbrar qualquer incompatibilidade entre as normas questionadas e os princípios insculpidos na Constituição Federal não merecendo prosperar o pedido autoral". (eDOC 26)

Sobre os honorários sucumbenciais periciais e advocatícios, refere que *"não há qualquer inconstitucionalidade aparente, uma vez que a mudança proposta, em termos de perícia técnica, implicará em maior garantia da imparcialidade do perito judicial e, por certo, propiciará a diminuição de pedidos que se apresentem sem fundamentos razoáveis"*, haja vista que *"em nenhum momento ficou extinta a possibilidade de pagamento dos honorários periciais pela União"*, mas tão somente *"que, em havendo créditos a receber pela parte sucumbente, caberá a esta responder pelo pagamento das perícias que tenha*

ADI 5766 / DF

solicitado”.

Denota que, *“Sendo o sucumbente beneficiário da justiça gratuita, sem crédito para suportar as despesas, ficará sob condição suspensiva de exigibilidade pelo prazo de 2 anos, cabendo nesse prazo o credor provar que cessou a condição de insuficiência de recursos, momento em que a sentença será executada”*, de maneira que *“decorrido esse lapso temporal, sem prova da alteração da insuficiência de recursos, será extinta a obrigação”*.

Ao trazer informações sobre a tramitação da citada reforma trabalhista, relembra que:

“25. Como observado no Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, quando da apreciação do PL N° 38/2017, o qual resultou na Lei n° 13.467/2017, sabe-se que, na total ausência de percepção, por parte de quem ajuíza uma ação, da possibilidade de ter que arcar com os custos e riscos do processo, é certo que isso ocasionará uma proliferação de demandas judiciais, tendendo a uma sobrecarga do sistema. Não há uma avaliação do custo privado de ingressar com uma ação, frente aos custos sociais, implicando prejuízos para a sociedade como um todo. Nesse sentido, a norma proposta tende a evitar que o processo trabalhista seja usado para aventuras judiciais, mudando um desenho institucional que se mostrava prejudicial à sociedade.

(...)

26. Assim é que o pedido desmotivado de perícia deverá ser substituído pela análise real dos riscos de improcedência envolvidos, mudando-se a relação das partes com a prova pericial na seara trabalhista, especialmente quanto aos pedidos referentes às doenças ocupacionais e acidentes de trabalho.

27. Quanto ao pagamento das verbas honorárias tem-se que essas também passam a decorrer da sucumbência, representando um tratamento isonômico aos advogados que militam na seara trabalhista e em outras áreas.

28. E, do mesmo modo, implicam em uma maior responsabilidade na atuação desses profissionais, inibindo-se a prática de formulação de pedidos além daqueles que de direito

ADI 5766 / DF

ou sem relação de pertinência com o processo, uma vez que poderão trazer como consequência a condenação em honorários sucumbenciais recíprocos”. (eDOC 26)

Por fim, quanto ao pagamento das custas processuais em caso de ausência injustificada do reclamante à audiência, somente após a concessão do prazo de quinze dias para justificar seu não comparecimento, menciona que, caso houver a comprovação justificada daquela ausência, não haverá a abertura para aplicação da norma.

Promana que a regra *“prestigia a boa prática processual, inibindo-se a impetração de ações temerárias que obstaculizam o funcionamento da Justiça Laboral”*, além de estarem *“consentâneas com o princípio do devido processo legal, hoje considerado de forma mais ampla, como exigência de lealdade e boa-fé de todos os que de alguma forma participam do processo judicial”*. (eDOC 26)

O Senado Federal, após rememorar marcos constitucionais, sociológicos e culturais, pelo mundo e ao longo da história, no sentido da transformação do estado de bem-estar social e sua repercussão sobre o direito, registra que o processo judicial também necessitou de reformulação para atender à sua função social, diante das ondas de acesso à Justiça, destacando que:

“A partir de 1919, a Alemanha institui um sistema de remuneração de advogados que se dedicassem à assistência judicial para minimizar barreiras econômicas ao acesso dos pobres à jurisdição.

Esse movimento de inclusão, que pode ser observado em diversos países no mundo, é apontado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth (op. cit., pp. 31-49) como a primeira onda de acesso à Justiça.

No bojo da segunda onda (op. cit., pp. 49-56), rompeu-se com a noção individualista de interesse, que obstava o ajuizamento de ações por particulares em defesa de interesses difusos.

A Ação Popular, introduzida no Brasil pela Lei nº 4717 em 1965, e a *Clean Air Act* adotada nos Estados Unidos em 1970, são

ADI 5766 / DF

expressões desse movimento.

Por fim, a terceira se configuraria no aprofundamento mais sistemático instrumentalização do processo aos diferentes tipos de demanda, para evitarem-se pontos cegos e crises de adequação.

Nessa linha de desenvolvimento, emergiria no Brasil a Lei dos Juizados Especiais, editada em 1995 e, mais recentemente, as varas especializadas na persecução de violência contra a mulher.

Pois bem: o movimento de acesso à Justiça no Brasil precedeu o paradigma universal, com a ubiquidade da jurisdição trabalhista.

A Justiça do Trabalho, prevista no art. 122 da Constituição da República de 1934 e no art. 139 da Constituição da República 1937, foi organizada nos termos do Decreto-Lei nº 1.237 de 2 de maio de 1939 e instalada em 1941.

Os efeitos dessa nova jurisdição como instância de contenção dos conflitos entre capital e trabalho foram sobremaneira relevantes para a sociabilidade no Brasil, que foi apontada na academia como principal fator de inclusão política no país.

(...)

O que se afirma nos dispositivos é que poderá ser deduzido de eventuais créditos trabalhistas o valor dos honorários periciais do beneficiário da justiça gratuita desde que dos referidos créditos exsurja à parte até então hipossuficiente idônea capacidade pagamento.

(...)

Desse modo, ainda que o empregado a quem se deferira justiça gratuita ganhasse uma fortuna na ação trabalhista em questão ou em outro processo, a União, ou seja – a sociedade – teria que arcar com os custos da perícia.

Uma regra assim tão generosa poderia produzir o efeito externo de incentivar o pedido de perícias desnecessárias às custas do Erário, com potencial de obstruir o acesso ao benefício a quem realmente dele precisava.

ADI 5766 / DF

(...)

É preciso compreender, à luz da doutrina de Holmes e Sustain, que os recursos públicos são escassos e que, na medida em que sua alocação não for otimizada, sob imperativo do princípio da eficiência e da proporcionalidade, será impossível a universalização de direitos básicos.

A legislação trabalhista revogada, ao projetar um trabalhador subordinado, não apenas economicamente, mas também politicamente, proporciona benefícios paternalistas que têm o condão de 1) eternizar sua dependência e b) dar guarida a abusos de direitos, que não são admitidos em tempos de bonança e muito menos e tempos de crise ao mesmo tempo aguda e crônica, como a atual.

Portanto, basta ao cioso judiciário trabalhista interpretar a necessidade de justificar eventual ausência em ação trabalhista, inclusive de forma a admitir a justificativa a posteriori, para que se elida qualquer tese de inconstitucionalidade da disposição.

Assim, essa ação de inconstitucionalidade, além de incabível, é completamente prematura, e ainda acarreta o risco de produzir grave insegurança jurídica a abalar ainda mais os fundamentos da economia.

As alterações resistidas na ação direta, se compreendidas em seu contexto, que é a Constituição da República, se coadunam com o todo o movimento de otimização do processo para garantia de uma segurança jurídica pós-moderna sob o prisma de instituições processuais tendentes a ser perfeitamente integradas com o regime de direitos materiais a que se referem". (eDOC 28)

A Advogada-Geral da União, à época, manifestou-se pelo indeferimento da medida cautelar, em peça assim ementada:

“Processo do Trabalho, Lei nº 13.467/2017, Redação atribuída aos artigos 790-B, *caput* e § 4º; 791 -A, § 4º; e 844, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Assistência jurídica a trabalhadores carentes de recursos para que possam suportar as

ADI 5766 / DF

despesas do processo sem prejuízo da subsistência própria ou de sua família. Exigibilidade, em relação aos assistidos, da obrigação de pagar honorários periciais e advocatícios, em caso de sucumbência. Possibilidade de alcance das verbas recebidas em demandas trabalhistas. Ausência de plausibilidade das alegações de violação aos postulados do acesso à justiça, do mínimo existencial, da isonomia e da proporcionalidade. O direito fundamental de assistência judiciária assegurado aos financeiramente vulneráveis não impõe a gratuidade irrestrita de todas as despesas do processo. Validade da conformação legal de ‘dispensa de adiantamento’, com exigibilidade posterior, quando alterada a situação de precariedade de recursos. A concessão indiscriminada da gratuidade não constitui elemento do mínimo existencial, mas traço criticável da política pública de assistência. Maximização da efetividade do instituto, mediante modulação de sua incidência no caso concreto, de modo a evitar seu uso supérfluo. Exigibilidade de custas em caso de não comparecimento à audiência. Prevenção de litigância inconsequente. Manifestação pelo indeferimento da medida cautelar postulada”. (eDOC 31)

A Câmara dos Deputados apresentou sua manifestação pela compatibilidade de todos os dispositivos questionados, ao indicar que, durante o trâmite do projeto de lei que culminou com a aprovação da Reforma Trabalhista, houve a observância do devido processo legislativo e da participação da sociedade, com vinte e uma reuniões implementadas pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, nas quais *“foram realizadas audiências públicas e ouvidos os mais variados setores da sociedade civil”*. (eDOC 42)

No mérito, argui que:

“Nessa toada, ao sustentar o direito à gratuidade judiciária, imperioso contemplar outras garantias e princípios constitucionais significativos que refletem diretamente sobre as novas disposições da CLT, quais sejam: acesso à justiça, tutela

ADI 5766 / DF

jurisdicional efetiva, duração razoável do processo, lealdade processual, locupletamento ou enriquecimento sem causa e isonomia.

(...)

Vê-se, portanto, que a garantia da gratuidade da justiça não está atrelada ao mérito ou aos resultados da demanda. Nesse sentido, a previsão constitucional não assegura que o beneficiário da justiça gratuita ganhe a causa, muito menos o imuniza contra decisões desfavoráveis e suas consequências,

(...)

O cidadão necessitado economicamente, ao sofrer lesão ou ameaça de direito, deve ser beneficiado, atendendo-se a critérios razoáveis, com a isenção de pagamento das despesas inerentes ao processo judicial. O problema, contudo, é que não pode haver justiça gratuita para todos, nem se pode aplicar este benefício com critérios demasiado amplos ou restritivos, de tal maneira que resulte vulnerada a tutela judicial efetiva.

Ressalte-se que a tutela jurisdicional efetiva vai além da observância do devido processo constitucional, implicando ademais uma garantia de meios efetivos para a realização em concreto do direito material, de modo a proporcionar uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz.

Nesse sentido, a Reforma Trabalhista, ao contrário do que faz acreditar o Douto Procurador-Geral da República, não abole o direito à gratuidade judiciária, simplesmente harmoniza-o com outros direitos fundamentais – o da tutela jurisdicional efetiva e da lealdade processual – sem abrir mão de reafirmar um sistema processual justo, célere e seguro, destinado a alcançar um grau ótimo de justiça social e constitucional.

(...)

Ora, não se pode ignorar que o deferimento da assistência judiciária gratuita com isenção geral de custo e honorários cria um ambiente favorável ao ajuizamento de demandas temerárias. Afinal, a ausência de ônus ao litigante de má-fé estimula a apresentação de lides infundadas, em que o reclamante se aventura no Judiciário quase que ‘tentar tirar a

ADI 5766 / DF

sorte' ás custas do reclamado.

O regime anterior incentivava o oportunismo daqueles que ingressavam na seara judiciária na busca de um enriquecimento não justificado, em razão do afastamento dos riscos naturais de um processo, quais sejam: custas processuais, ônus de sucumbência, honorários periciais e advocatícios.

Em realidade, a completa gratuidade do sistema judicial incentiva o incremento de litígios a níveis socialmente inapropriados, já que as pessoas, isentas de riscos e gastos não contabilizam, no momento de decidir litigar, todos os custos envolvidos em juízo.

A defesa incondicional da gratuidade da justiça despreza, assim, a limitação de recursos do Estado, que o impede de garantir um efetivo, pleno e universal acesso à justiça.

Faltam normas que desestimulem o litigante de má-fé a movimentar a engrenagem estatal (uma vez que sobre ele não recaiam ônus), ou que estimulem o litigante de boa-fé a buscar um acordo extrajudicial". (eDOC 42)

Houve a admissão (eDOC 138), na condição de *amici curiae*, das seguintes entidades: Central Geral dos Trabalhadores do Brasil (CGTB - eDOC 33); Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra - eDOC 50); Central dos Sindicatos Brasileiros (CSB - eDOC 55); Central Única dos Trabalhadores (CUT - eDOC 59); Confederação Nacional do Transporte (CNT - eDOC 99); e Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA - eDOC 109).

Por outro lado, o relator indeferiu a participação das seguintes instituições: Central Brasileira do Setor de Serviços (CEBRASSE - eDOC 11); União Brasileira dos Agraristas Universitários (UBAU - EDOC 43); Confederação Nacional dos Trabalhadores em Edifícios e Condomínios (Conatec - eDOC 64); Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS - eDOC 73); Federação Interestadual dos Trabalhadores e Pesquisadores em Serviços de Telecomunicações (FITRATELP - eDOC 78); Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP - eDOC 92); Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria da Construção e do Mobiliário

ADI 5766 / DF

(Contricom – eDOC 104); Sindicato dos Trabalhadores do Ramo Químico/Petroleiro do Estado da Bahia (Sindiquímica – eDOC 120); Universidades Federais do Rio de Janeiro e de Juiz de Fora (eDOC 134).

O julgamento diretamente no mérito foi iniciado em 10.5.2018, oportunidade em que o Ministro Roberto Barroso apresentou voto pela procedência parcial dos pedidos, procedendo à interpretação conforme à Constituição das normas questionadas, assentando as seguintes teses:

“1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento”. (eDOC 192)

Na sequência, o Min. Edson Fachin abriu divergência para julgar totalmente procedente a presente ADI, ocorrendo pedido de vistas do Min. Luiz Fux (eDOC 192).

Resumidamente, consiste em saber se é constitucional a legislação determinar que ocorra: (i) o pagamento de honorários periciais e sucumbenciais, quando o reclamante – beneficiário da gratuidade judiciária e vencido – tiver obtido em juízo (em qualquer outro feito) recursos suficientes para pagar a despesa; (ii) o pagamento de custas, na situação em que o reclamante tiver dado ensejo à extinção da ação, em virtude não comparecimento à audiência; (iii) além de condicionar a propositura de nova demanda judicial à quitação das custas da outra ação, que foi extinta por sua desídia.

ADI 5766 / DF

1) Considerações iniciais

Discute-se, nesta ADI, o art. 1º da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017 (Lei da Reforma Trabalhista), nos pontos em que altera ou insere disposições nos arts. 790-B, *caput* e § 4º, 791-A, § 4º e 844, § 2º e 3º do Decreto-Lei 5.552, de 1º de maio de 1943 (CLT).

Eis os dispositivos questionados:

“Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

(...)

§ 4º. Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

(...)

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

(...)

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

Art. 844. *Omissis*.

(...)

ADI 5766 / DF

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

§ 3º. O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda”.

Em síntese, as normas ora combatidas estabelecem que:

i) a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita, a não ser nos casos em que “*não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo*”, casos nos quais a União responderá pelo encargo;

ii) serão devidos ao advogado, ainda que atue em causa própria, honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. Nos casos em que o vencido for beneficiário da justiça gratuita e não tiver obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, **as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar** que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário;

iii) haverá a condenação do reclamante ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, na hipótese de sua ausência injustificada à audiência inaugural. A presença de elementos que permitam concluir que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável deve ser apresentada no prazo de quinze dias; e

iv) que o pagamento dessas custas – do processo em que esteve o

ADI 5766 / DF

reclamante injustificadamente ausente na primeira audiência – é condição para a propositura de nova demanda.

Resumindo, a PGR requer a declaração da inconstitucionalidade das seguintes inovações introduzidas pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017:

- a) da expressão “*ainda que beneficiária da justiça gratuita*”, do *caput*, e do § 4º do art. 790-B da CLT;
- b) da expressão “*desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*” do § 4º do art. 791-A da CLT;
- c) da expressão “*ainda que beneficiário da justiça gratuita*” do § 2º do art. 844 da CLT.

Invoca-se a violação ao art. 1º, incisos III e IV; art. 3º, incisos I e III; art. 5º, *caput*, incisos XXXV e LXXIV, § 2º; e arts. 7º, I, 8º, III, e 9º da Constituição Federal, a seguir transcritos, respectivamente:

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

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

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

(...)

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

(...)

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos

ADI 5766 / DF

termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

(...)

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(...)

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

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

(...)

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

(...)

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

(...)

Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

O julgamento desta ação apresenta oportunidade ímpar para se

ADI 5766 / DF

debater a tentativa de resolução de um dos grandes gargalos do Poder Judiciário: o acionamento desmensurado da Justiça do Trabalho. Essa parte específica da Reforma Trabalhista, a meu ver, tem por escopo racionalizar a distribuição dos ônus do processo entre as partes litigantes e racionalizar a utilização dos já escassos recursos públicos.

Devemos lembrar das lições de Cass Sustein e Stephen Holmes, no livro *The Cost of Rights*, que:

“À verdade evidente de que os direitos dependem dos governos é preciso agregar um corolário lógico, rico em implicações: os direitos custam dinheiro. É impossível protegê-los ou exigi-los sem fundo ou apoio público. Isso é tão certo para os direitos antigos quanto para os direitos novos”. Como dizem: “Os direitos, em sentido legal, têm dentes. Portanto, são qualquer coisa menos inofensivos ou nocentes”. (SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos: por qué las liertad depende e los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 33 e 35)

Partindo dessa premissa, ao realizar um breve levantamento dos dados da Justiça do Trabalho, divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho, no Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2016, descobre-se a informação de que cada caso novo custou à Justiça do Trabalho a **quantia média** de R\$ 4.742,13 (quatro mil, setecentos e quarenta e dois reais e treze centavos).

Entre 2011 e 2016, o valor mais baixo foi de R\$ 3.951,18 (em 2012) e o mais alto foi de R\$ 4.907,80 (em 2015). Mas essa foi a média. Quando são analisados os Estados, isoladamente, a situação se agrava. Em Rondônia e no Acre, a despesa da Justiça do Trabalho com cada novo caso atingiu R\$ 8.205,04. Na Paraíba, esse valor atingiu R\$ 7.829,99.

Nesse mesmo documento, há a informação de que o total arrecadado pela Justiça do Trabalho com custas, emolumentos, previdência social, imposto de renda e multas foi de R\$ 3.276.651.454,37 (pouco mais de R\$ 3 bilhões), enquanto a despesa foi de R\$ 17.562.413.919,13 (mais de R\$ 17

ADI 5766 / DF

bilhões).

Se considerarmos apenas as custas e os emolumentos, ficará ainda mais evidente que “a conta não fecha”. Em 2016, por exemplo, a Justiça do Trabalho arrecadou R\$ 324.018,350,00 (pouco mais de R\$ 324 milhões) em custas e R\$ 5.905.575,00 (pouco mais de R\$ 5 milhões) em emolumentos. O total arrecadado foi de R\$ 329.923.925,00 (quase R\$ 330 milhões). Conseqüentemente, as custas e emolumentos arrecadados representam pouco mais de 1,87% do total da despesa.

Quem arca com os demais 98,13% ?

Toda a sociedade!

Em razão disso é fundamental que seja realizado um ajuste equilibrado, razoável e adequado para impedir o ajuizamento de demandas temerárias. É importante responsabilizar as aventuras jurídicas, sendo necessário afastar a ideia de que a Justiça do Trabalho é um lugar de apostas ou aventuras jurídicas.

O alto custo da Justiça do Trabalho, somado à permissividade dos magistrados com reclamantes que, de antemão, sabem não ter direitos e mesmo assim recorrem ao Judiciário, é que ensejam a quadra que ocasionou a reforma trabalhista de 2017.

Por oportuno, registre-se que sobressaem-se inúmeras sinalizações a respeito do quão positiva está sendo a reforma laboral no que se refere ao fato de que os honorários e os ônus sucumbenciais serem devidos por ambos os litigantes.

Houve relatos de redução significativa de novas ações, nos dois primeiros anos após a reforma, de cerca de 32% (Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/01/04/numero-de-novas-acoes-trabalhistas-cai-32percent-dois-anos-apos-reforma.ghtml>. Acesso em: 13.10.2021).

No ano de 2016, houve ajuizamento de **3.700.642** casos novos (Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/18640430/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250>. Acesso em: 13.10.2021), ao passo que, em 2017 (no período anterior à reforma), foram distribuídas **4.321.842** de novas demandas trabalhistas (Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

ADI 5766 / DF

content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf. Acesso em 13.10.2021)

No período após a reforma, em 2018, os novos feitos chegaram a **3.460.875** (Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em 13.10.2021, p. 84), enquanto que, **em 2019**, o número despencou para **2.570.708** (Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/RGJT+2020.pdf/a2c27563-1357-a3e7-6bce-e5d8b949aa5f?t=1624912269807>. Acesso em 13.10.2021)

Observou-se, também, sensível diminuição dos casos de captação irresponsável de clientela, naqueles casos em que se postulava o que o reclamante já havia recebido, ou, ainda, em que se postulava o que sequer está previsto na legislação.

Os mesmos casos que oneram a atividade econômica, obrigando os empregadores a contratarem advogados. Quando os empregadores conseguiam provar na Justiça trabalhista que estavam corretos, não percebiam qualquer dispêndio financeiro à parte que deu causa àqueles gastos.

É por isso que, assustadoramente, do total de ações trabalhistas sofridas por multinacionais, algo em torno de 90% delas tramitavam no Brasil.

Os resultados recentemente divulgados pelo CNJ, do Justiça em números 2021, mostram que, no ano passado, houve ajuizamento de 2.975.899 novas ações, ainda existindo 4.557.513 de casos pendentes. (Justiça em números 2021. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021, p. 52)

Consta naquele documento que, desde 2017, houve uma redução de novos casos distribuídos, resultado da reforma trabalhista de 2017:

“O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de

ADI 5766 / DF

fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. Em 2019, a redução foi ainda maior, com aproximadamente um milhão e meio de processos a menos em tramitação no Poder Judiciário. Em 2020, foi constatada na série histórica a maior redução do acervo de processos pendentes, com a redução de cerca de dois milhões de processos, confirmando a contínua tendência de baixa desde 2017.

(...)

Há de se destacar que a redução dos processos ingressados na Justiça do trabalho pode estar relacionada à reforma trabalhista aprovada em julho de 2017, tendo entrado em vigor em novembro de 2017". (Justiça em números 2021. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021, p. 102/103. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2021-cnj.pdf>. Acesso em: 13.10.2021, grifo nosso)

De outro lado, o mesmo relatório demonstra que as despesas da Justiça do Trabalho, no último ano, foram da órbita de quase R\$ 20 bilhões (mais precisamente, R\$ 19.884.433.028,00), havendo diminuição do custo do serviço público prestado *per capita*, como resultado da reforma trabalhista. Eis o dado:

"A maior redução do valor das despesas por habitante ocorreu na Justiça do trabalho, de R\$ 102,7 em 2019 para R\$ 94,49 em 2020, consistindo em -8%. na Justiça Federal, essa redução foi de 5% e na Justiça Estadual, de -4,5%". (Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2021, p. 77. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2021-cnj.pdf>. Acesso em: 13.10.2021)

Esse valor, proporcionalmente ao número de habitantes (R\$ 94,49), é o menor desde 2011 (à época no menor patamar até então registrado naquela Justiça especializada – R\$ 95,34, por habitante).

Apesar dessa diminuição do custo proporcional da Justiça do

ADI 5766 / DF

Trabalho, este ramo especializado continua sendo o que menos arrecada entre os três maiores da Justiça comparativamente às suas despesas: Federal (288%), Estadual (41%) e Trabalhista (19%), equivalente a R\$ 3.856.673.790.

É, também, hora de passarmos a considerar o litigante como alguém plenamente capaz de analisar os riscos que a vida lhe impõe e os ônus de suas escolhas.

Lembro que Hart, em uma de suas obras (*Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. New York: Oxford, 2009, p. 211) afirma haver as quatro concepções de responsabilidade: i) responsabilidade como capacidade (“*capacity-responsibility*”); ii) responsabilidade como causalidade (“*causal-responsibility*”); iii) responsabilidade como deveres decorrentes de um cargo ou função (“*role-responsibility*”); e iv) responsabilidade como sancionabilidade (“*liability-responsibility*”).

As duas primeiras são as que aqui nos interessam.

Na primeira, e adequando ao caso concreto, é considerado responsável aquele que está em condições de arcar com as consequências de seus atos. Na segunda acepção, responsável exprime o ser causador ou o provocador do ocorrido que deve assumir a posição de eticidade e lealdade processuais.

O beneficiário da justiça gratuita deve ser considerado responsável em ambas.

Não é razoável admitir-se que o risco do eventual insucesso da demanda trabalhista seja dividido apenas entre os empregadores e a sociedade.

O Judiciário está à disposição de todos para que dele façam uso responsável. Que dele se socorram quando houver verdadeira mácula a seus direitos e sem revanchismos ou querelas frívolas ou aventureiras.

1.1) Suspensão da exigibilidade dos honorários periciais e sucumbenciais até que o reclamante obtenha em juízo (em qualquer outro feito) recursos suficientes para pagar a despesa

ADI 5766 / DF

Vejam-se as normas questionadas quanto ao ponto:

“Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

(...)

§ 4º. Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”.

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

(...)

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

O custeio, ao final da demanda, dos honorários periciais e advocatícios inserem-se nos ônus sucumbenciais daqueles que saem vencidos em uma demanda judicial, independentemente de serem beneficiários da gratuidade judiciária. Essa é a regra do atual dos §§ 3º e 4º do art. 95 c/c art. 98, todos do CPC, a saber:

ADI 5766 / DF

“Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

(...)

§ 3º. Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;

II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

§ 4º. Na hipótese do § 3º, o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público, observando-se, caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário de gratuidade da justiça, o disposto no art. 98, § 2º .

(...)

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º. A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando

ADI 5766 / DF

empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

§ 2º. A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º. Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 4º. A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas". (grifo nosso)

Está claro que, no âmbito do CPC, o beneficiário da gratuidade

ADI 5766 / DF

judiciária, que saia vencido de determinado litígio judicial, obtém a benesse legal de ter a exigibilidade de sua dívida suspensa pelo prazo de cinco anos, apesar de ser responsabilizado e condenado ao pagamento de quantia líquida e certa.

O retorno daquela exigibilidade fica condicionado a evento futuro e incerto, qual seja, a modificação da situação financeira capaz de fazer frente à dívida, sem prejuízo de seu próprio sustento e em determinado prazo, o qual, caso ultrapassado, faz cessar a responsabilidade pela sua quitação.

Em outras palavras, caso termine perdedor de determinada demanda judicial, o beneficiário da justiça gratuita continua com a responsabilidade pelo pagamento de despesas processuais (§2º do art. 98 do CPC), tais como honorários advocatícios e periciais, deixando, todavia, de sê-lo caso haja o transcurso de prazo fixado na própria legislação (5 anos) **sem que ocorra alteração de sua situação financeira.**

Nesse sentido, citem-se julgados de ambas as Turmas desta Corte que refletiam esse posicionamento, desde a vigência da Lei 1.060/1950, a saber:

“Recurso extraordinário. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental. **Condenação aos ônus da sucumbência com relação a beneficiários da Justiça gratuita.** - Esta Corte já firmou o entendimento de que contra decisão monocrática como a ora recorrida não cabem embargos de declaração que, no entanto, devem ser conhecidos como agravo regimental. - Têm razão em parte os agravantes. - **Com efeito, sendo eles beneficiários da Justiça gratuita, devem eles ser condenados aos ônus da sucumbência, com a ressalva de que essa condenação se faz nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50 que, como decidido por esta Corte no RE 184.841, foi recebido pela atual Constituição por não ser incompatível com o artigo 5º, LXXIV, da Constituição.** Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, a que se dá provimento em parte”. (RE 338.453 ED, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira

ADI 5766 / DF

Turma, DJ 11.10.2002, grifo nosso)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REVISÃO GERAL ANUAL. DANOS MORAIS. HONORÁRIOS. JUSTIÇA GRATUITA. 1. A questão relativa a honorários sucumbenciais há de ser resolvida na execução do julgado, quando se discutirá se a ausência da condenação, base de cálculo erigida pelo juiz para fixação dos honorários advocatícios, restou ou não inexecutável. Precedentes. 2. Os beneficiários da Justiça gratuita devem ser condenados aos ônus da sucumbência, com a ressalva de que essa condenação se faz nos termos do artigo 12 da Lei 1.060/50 que, como decidido por esta Corte no RE 184.841, foi recebido pela atual Constituição por não ser incompatível com o artigo 5º, LXXIV, da Constituição. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido”. (RE 559.417 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 22.2.2008, grifo nosso)

Isso, evidentemente, também incluiu eventual imposição de multa processual, tal como se percebe do seguinte aresto:

“ ‘EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES’ - DECISÃO UNÂNIME DE TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CARÁTER LIMITATIVO DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 333 DO RISTF - ROL EXAUSTIVO - DESCABIMENTO, NA ESPÉCIE, DOS EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES - RECURSO ABSOLUTAMENTE INADEQUADO - ERRO GROSSEIRO - FUNGIBILIDADE RECURSAL - INAPLICABILIDADE - CARACTERIZAÇÃO DE INTUITO PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - MULTA - FUNÇÃO INIBITÓRIA - POSSIBILIDADE DE SUA IMPOSIÇÃO AO BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE - INCOGNOSCIBILIDADE DOS ‘EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES’, POR INADMISSÍVEIS, COM DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO IMEDIATA DOS AUTOS

ADI 5766 / DF

RESPECTIVOS. - Não cabem embargos infringentes contra decisão unânime de Turma do Supremo Tribunal Federal que tenha sido proferida em causa diversa daquelas enunciadas, taxativamente, em rol exaustivo ('*numerus clausus*'), no art. 333 do RISTF. Precedentes. - A ocorrência de erro grosseiro evidente não justifica a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes. Doutrina. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com a exigência de celeridade processual - constitui ato de litigância injustificável repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte, **ainda que beneficiária da gratuidade**, interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, **hipótese em que se legitimará, ainda, a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 18 do CPC - também incidente sobre o beneficiário da gratuidade - possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir a procrastinação processual e a obstar o exercício abusivo do direito de recorrer.** Precedentes". (AI 342.393 AgR-ED-EI, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 23.4.2010, grifo nosso)

Pois bem.

No caso da CLT, a norma é clara em asseverar que, "*Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar (...), ainda que em outro processo*", o valor dos honorários periciais, a União arcará com sua quitação, ou seja, se naquele mesmo processo ou em outro o litigante-beneficiário, apesar de vencido, não obteve o pagamento direto ou através de depósito judicial, pelo empregador, de quantia suficiente capaz de suportar a quitação, é que estará dispensado do pagamento do encargo sucumbencial pericial.

Em outras palavras, o pagamento dos honorários ocorrerá com créditos novos, e não com o patrimônio anterior do reclamante-beneficiário.

Pelo histórico intervencionista-protetivo da Justiça do Trabalho, é evidente que a interpretação que os magistrados trabalhistas farão dessa norma praticamente torna inócua qualquer análise de compatibilidade

ADI 5766 / DF

constitucional nesta Corte.

Nesta seara, basta afirmar que essa norma é mais benéfica do que a do CPC, o qual determina a suspensão da exigibilidade pelo prazo de cinco anos, ao passo que, na CLT, se naquela mesma demanda ou em outro processo, o trabalhador não ver a obter valores suficientes para arcar com a despesa pericial, a dívida estará extinta e será custeada pela União, com recursos arrecadados de toda a sociedade.

De outro lado, no caso dos honorários advocatícios, a norma questionada é praticamente idêntica ao regramento do CPC, discrepando tão somente do prazo de suspensão de exigibilidade da dívida (CPC – 5 anos; CLT – 2 anos).

A regra é que, vencido o beneficiário da justiça gratuita em determinada demanda trabalhista, ele seja condenado ao pagamento dos honorários advocatícios de que é titular o advogado da parte vencedora, mas dispensado de sua quitação caso reste ultrapassado o prazo de dois anos, sem que ocorra a alteração da situação fático-jurídica (hipossuficiência financeira) que tenha ensejado o deferimento do benefício.

Dito de outra forma: apesar de ser responsabilizado pelos honorários advocatícios da parte contrária, o beneficiário da gratuidade judiciária, vencido, obtém o beneplácito legal de ter, durante o prazo de dois anos, a exigibilidade daqueles suspensa e não ser obrigado a pagá-los se não houver adquirido condições financeiras, sem prejuízo de seu próprio sustento.

Com as devidas vênias, não antevejo qualquer incompatibilidade material com a Constituição Federal em instituir um sistema protetivo-legal que confere, em regra, a dispensa da quitação de despesas sucumbenciais em prazo razoável, transferindo ao responsável direto (União) ou ao credor (advogado) o ônus de comprovar que houve alteração na situação financeira do beneficiário da justiça gratuita, naquele processo ou em outro feito – no caso dos honorários periciais – ou de qualquer outra forma (judicial ou extrajudicial) – no caso de honorários advocatícios.

ADI 5766 / DF

Compreendo que tais medidas apresentam-se razoáveis, adequadas e proporcionais ao comutarem ônus e bônus em um sistema de responsabilidade e lealdade processuais, além da boa-fé que deve permear a conduta do beneficiário da gratuidade judiciária.

Isso porque, o combo da gratuidade ostenta os bônus, com a dispensa do pagamento de despesas processuais iniciais, no curso e no final da demanda, em caso de lograr-se vencedor, ou, acaso vencido, não detenha condições de quitar, apenas no fim do processo, as dívidas sucumbenciais com recursos conquistados naquele processo ou em outra demanda – no caso dos honorários periciais –, bem ainda de qualquer forma judicial ou extrajudicial – no caso dos honorários advocatícios.

De outro lado, o microsistema da gratuidade judiciária também permeia os ônus de demandar de forma ética e responsável, de sorte que, em caso de insucesso, impõe-se ser condenado ao pagamento das despesas sucumbenciais tão somente caso haja alteração dos requisitos que ensejaram a concessão daquela benesse naqueles ou em outros autos (honorários periciais) ou de qualquer forma judicial ou extrajudicial (honorários advocatícios), sem impor-lhe impor risco de sacrifício demasiado em detrimento dos recursos públicos federais (honorários periciais) ou do credor (honorários advocatícios).

Após o decurso desse prazo, a dívida estará extinta e não haverá mais responsabilidade pelo seu pagamento, inexistindo qualquer inconstitucionalidade, diante da identidade de tratamento entre o disposto no CPC e na CLT, à exceção do prazo menor (suspensão da exigibilidade de cinco para dois anos, que é mais benéfica ao litigante da seara trabalhista).

Todavia, após ouvir atentamente a posição do Min. Roberto Barroso e diante da possibilidade de existirem diversas interpretações do que se entenderia por obter “*créditos capazes de suportar*” a responsabilidade de pagamento dos honorários sucumbenciais, hei por bem aderir à posição do relator, procedendo à interpretação conforme à Constituição na linha de Sua Excelência.

ADI 5766 / DF

1.2) Quitação das custas processuais quando o reclamante tiver dado ensejo à extinção da ação, em virtude não comparecimento à audiência, além do condicionamento à propositura de nova demanda judicial à quitação da dívida da primeira ação trabalhista

O art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT está assim descrito:

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

Parágrafo único - Ocorrendo, entretanto, motivo relevante, poderá o presidente suspender o julgamento, designando nova audiência.

§ 1º. Ocorrendo motivo relevante, poderá o juiz suspender o julgamento, designando nova audiência.

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

§ 3º. O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda”. (grifo nosso)

Nada obstante, nesta ADI, apenas os §§2º e 3º do art. 844 da CLT estarem sendo questionados, é importante situar que a interpretação depreende-se do *caput* do próprio art. 844, o qual estipula as consequências processuais e materiais da ausência do reclamante à audiência no processo trabalhista.

Dito de outra forma: além de a ausência do reclamante à audiência, de forma injustificada, ocasionar o arquivamento da ação trabalhista, também ensejará a condenação ao pagamento das custas processuais, calculadas na forma do art. 789 da CLT, a saber:

“Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios

ADI 5766 / DF

coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, **as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento)**, observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e o máximo de quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, e serão calculadas:

(...)

II – quando houver extinção do processo, sem julgamento do mérito, ou julgado totalmente improcedente o pedido, **sobre o valor da causa**”. (grifo nosso)

Percebe-se que, mesmo ocorrendo a ausência da audiência, que enseje o arquivamento da reclamação trabalhista (extinção do feito sem julgamento de mérito), a norma ainda possibilita que seja apresentada justificativa legal para manutenção, ao beneficiário da justiça gratuita, da isenção do pagamento das custas, no importe de 2% do valor da causa.

Situando de outra forma: a lei permite que haja isenção das custas processuais ao beneficiário da justiça gratuita mas impõe uma condição: que aquele não cause o arquivamento do seu próprio processo por desídia ou desinteresse, sob pena de haver a perda do direito de isenção.

Na sequência, é importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência de que custas e emolumentos têm a natureza jurídica de taxa (ADI 1378 MC, Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 30.5.1997), estando, portanto, o produto de sua arrecadação afetado ao custeio de serviços públicos relacionados especificamente com as atividades dos serviços que remuneram.

Nesse sentido:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **TAXA JUDICIÁRIA. NATUREZA JURÍDICA: TRIBUTO DA ESPÉCIE TAXA.** PRECEDENTE DO STF. VALOR PROPORCIONAL AO CUSTO DA ATIVIDADE DO ESTADO. **Sobre o tema da natureza jurídica dessa exação, o Supremo**

ADI 5766 / DF

Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de se tratar de tributo da espécie taxa (Representação 1.077). Ela resulta da prestação de serviço público específico e divisível, cuja base de cálculo é o valor da atividade estatal deferida diretamente ao contribuinte. A taxa judiciária deve, pois, ser proporcional ao custo da atividade do Estado a que se vincula. E há de ter um limite, sob pena de inviabilizar, à vista do valor cobrado, o acesso de muitos à Justiça . Ação direta julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 2º e 5º do artigo 114 do Código Tributário de Goiás”. (ADI 948, Rel. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ 17.3.2000, grifo nosso)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. **TAXA JUDICIÁRIA e CUSTAS: NATUREZA JURÍDICA.** TAXA JUDICIÁRIA E CUSTAS : ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei Mineira nº 6.763, de 1975, art. 104, §§ 1º e 2º, com a redação do art., 1º da Lei Mineira nº 12.729, de 30.12.97. Tabela J referida no art. 104 da Lei Mineira nº 6.763/75, com a alteração da Lei Mineira nº 12.729/97. Tabelas de custas anexas à Lei Mineira nº 12.732, de 1997, que altera a Lei Mineira nº 12.427, de 1996. **I. - Taxa judiciária e custas: são espécies tributárias, classificando-se como taxas, resultando da prestação de serviço público específico e divisível e que têm como base de cálculo o valor da atividade estatal referida diretamente ao contribuinte,** pelo que deve ser proporcional ao custo da atividade do Estado a que está vinculada, devendo ter um limite, sob pena de inviabilizar o acesso de muitos à Justiça. Rep. 1.077-RJ, Moreira Alves, RTJ 112/34; ADIn 1.378-ES, Celso de Mello, DJ de 30.05.97; ADIn 948- GO, Rezek, Plen., 09.11.95. II. - Taxa judiciária do Estado de Minas Gerais: Lei Mineira nº 6.763, de 26.12.75, art. 104, § 1º e 2º, com a redação do art. 1º da Lei Mineira nº 12.729, de 30.12.97, e Tabela J referida no citado art. 104: arguição de inconstitucionalidade com pedido de suspensão cautelar. III. - Custas: Tabelas anexas à Lei Mineira 12.732, de 1997, que altera a Lei Mineira nº 12.427, de 27.12.96, que dispõe sobre as custas devidas ao Estado no âmbito da

ADI 5766 / DF

Justiça Estadual: arguição de inconstitucionalidade: itens I e II, Tabelas A e B e C e D. IV. - Necessidade da existência de limite que estabeleça a equivalência entre o valor da taxa e o custo real dos serviços, ou do proveito do contribuinte. Valores excessivos: possibilidade de inviabilização do acesso de muitos à Justiça, com ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito: C.F., art. 5º, XXXV . V. - Cautelar deferida”. (ADI 1772 MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 8.9.2000, grifo nosso)

Vê-se, pois, que esta Corte assentou que a taxa judiciária e as custas processuais são tributos inseridos na modalidade de taxa pela prestação de serviço público específico e divisível, que está prevista no art. 145, II, c/c § 2º, da CF, aplicando-se as disposições do Código Tributário Nacional.

Dessa forma, a cobrança deve ser diretamente proporcional ao custo da atividade colocada à disposição ou prestada pelo Estado, sob pena de inviabilizar o acesso à Justiça.

Nesses termos, dispõe o art. 176 do CTN:

“Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração”. (grifo nosso)

Isto é, a lei especificará as condições e requisitos exigidos para a concessão da isenção.

No caso debatido, tem-se que a lei estipulou condições para a fruição da isenção de tributo, na modalidade taxa judiciária.

Aquele que, ao simplesmente faltar à audiência, de forma injustificada, mesmo ciente da consequência de arquivamento do feito, acaba desistindo implicitamente da demanda e utilizando o serviço posto à sua disposição de forma irresponsável, diante da utilização do aparelho judiciário de forma irrefletida, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais, ainda que seja beneficiário da gratuidade judiciária.

ADI 5766 / DF

Calha mencionar que, em se tratando de norma isentiva de taxa tributária, sua interpretação deve ser realizada de forma estrita, em consonância com o art. 111, II, do CTN:

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção”.

De que se cuida, no ponto, a presente norma questionada? Se houver ausência do beneficiário da gratuidade judiciária, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 da CLT, “*salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável*”.

Ou seja, a atitude descompromissada de acionar o Poder Judiciário, obter a dispensa do pagamento da taxa judiciária e depois, desleixadamente (sem qualquer justificativa idônea), deixar de comparecer à audiência, dando ensejo à extinção anômala do processo, deve ter consequências na aplicação da norma isentiva tributária, por se tratar de condição da própria isenção, na forma do art. 176 do CTN.

Novamente interpretando a legislação da década de 50 do século passado (Lei 1060/1950), esta Corte teve oportunidade de registrar que persistia a obrigatoriedade de condenação, em relação às custas judiciais, do beneficiário da justiça gratuita em face da sucumbência processual. Eis a ementa do acórdão:

“Custas: condenação do beneficiário da justiça gratuita. O beneficiário da justiça gratuita, que sucumbe é condenado ao pagamento das custas, que, entretanto, só lhe serão exigidas, se até cinco anos contados da decisão final, puder satisfazê-las sem prejuízo do sustento próprio ou da família: incidência do art. 12 da L. 1.060/50, que não é incompatível com o art. 5º, LXXIV, da Constituição”. (RE 184.841, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 8.9.1995, grifo nosso)

ADI 5766 / DF

Nesse mesmo sentido, não me parece conter qualquer inconstitucionalidade na norma do § 3º do art. 844 da CLT, que estipula, como condição para a propositura de nova demanda, a realização do pagamento das custas do processo em que o reclamante esteve, injustificadamente, ausente na primeira audiência.

Não há afronta ao acesso à justiça, justamente porque já fora garantido ao reclamante o acesso ao Poder Judiciário, de forma gratuita. Se o beneficiário da justiça gratuita deixa de fazer uso dessa prestação jurisdicional, de modo injustificado, não há por que razão conceder-lhe nova gratuidade antes da quitação da primeira dívida, diante do não cumprimento dos requisitos legais isentivos. **O Poder Judiciário não pode ser lugar para aventuras sem consequências!**

A prestação jurisdicional tem um custo elevado demais para que seu tempo possa ser desperdiçado com ausências injustificadas, reflexo de lides irrefletidas ou temerárias, tendo em vista que, se aquela for justificada, não haverá a cobrança da taxa judiciária e, portanto, inexistente empecilho para o ajuizamento de nova demanda.

A prestação jurisdicional gratuita, como bem ressaltado por um dos advogados que subiu à tribuna, é para o reclamante pobre, e não para o irresponsável.

Todos devem zelar pelo dinheiro público. Os jovens, desde cedo, devem começar a aprender a lição.

Desde 2017, por exemplo, as normas que disciplinam o ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) passaram a prever que perderia o direito a isenção da taxa de inscrição no ano seguinte o candidato que não comparecesse às provas no ano anterior. Assim, em 2018, dos candidatos que receberam a isenção da taxa e não compareceram aos dias de prova, apenas 50% tiveram a isenção concedida novamente.

Segundo o Inep, a mudança na regra visa “evitar desperdícios de recursos públicos”. Segundo o órgão, nas últimas cinco edições do Enem, até 2018, as ausências dos inscritos isentos de taxa representa um prejuízo de R\$ 962 milhões aos cofres públicos. (Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/enem/2018/noticia/so-2-dos-que-faltaram->

ADI 5766 / DF

ao-enem-conseguiram-justificar-ausencia-e-receber-nova-isencao-da-taxa.shtml. Acesso em: 7.10.2021)

Da mesma forma, os pontos da reforma trabalhista aqui debatidos não querem limitar a concessão de direitos, mas garantir que aqueles que têm direito, continuem-no tendo, mas desde que o exerçam com responsabilidade.

É interessante, também, analisarem-se alguns dados do Relatório Justiça em Números (2017, relativo ao ano-base 2016), **que subsidiaram a Reforma Trabalhista**, permitindo um retrato da realidade que o Legislador se deparava naquele instante.

Nele, encontramos a tabela com os assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho. Percebe-se, assim, o percentual de processos que envolviam perícia, na Justiça do Trabalho.

Vejamos os dados dos assuntos mais demandados (do Total de Processos do Poder Judiciário):

Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias – 5.847.967 (11,51%)

Responsabilidade Civil do Empregador/Dano Moral – 833.466 (1,64%)

Remuneração, verbas indenizatórias Benefício/Salário/Diferença Salarial – 636.148 (1,25%)

Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego – 538.757 (1,06%)

Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional - 375.092 (0,75%)

Eis os dados do 2º Grau (do total de Processos do Poder Judiciário):

Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias – 717.983 (7,57%)

Responsabilidade Civil do Empregador/Dano Moral – 155.869

ADI 5766 / DF

(1,64%)

Remuneração, verbas indenizatórias Benefício/Salário/Diferença Salarial – 142.299 (1,50%)

Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego – 72.919 (0,77%)

Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional – 72.794 (0,77%)

Eis os dados do 1º Grau (do total de Processos do Poder Judiciário):

Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias – 5.129.984 (16,29%)

Responsabilidade Civil do Empregador/Dano Moral – 677.597 (2,15%)

Remuneração, verbas indenizatórias Benefício/Salário/Diferença Salarial – 493.849 (1,57%)

Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego – 465.838 (1,48%)

Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional – 302.298 (0,96%)

Parece-me, portanto, que os enunciados impugnados, neste tópico, não padecem de qualquer inconstitucionalidade. São, em verdade, uma legítima tentativa de racionalização de acesso justo à Justiça do Trabalho.

2)Voto

Ante o exposto, voto pela procedência, em parte, da presente ação direta de inconstitucionalidade, assentando a interpretação conforme à Constituição dos arts. 790-B, *caput* e § 4º; 791-A, § 4º, da CLT, na linha do voto do relator, e pela constitucionalidade do art. 844, §§ 2º e 3º, todos do Decreto-Lei 5.552, de 1º de maio de 1943 (CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas), com a redação conferida pelo art. 1º da Lei 13.467, de 13 de

ADI 5766 / DF

julho de 2017. É como voto

20/10/2021

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES-CUT
ADV.(A/S)	: JOSÉ EYMARD LOGUERCIO
AM. CURIAE.	: CGTB - CENTRAL GERAL DOS TRABALHADORES DO BRASIL
ADV.(A/S)	: RAPHAEL SODRE CITTADINO
AM. CURIAE.	: CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB
ADV.(A/S)	: ZILMARA DAVID DE ALENCAR
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA
ADV.(A/S)	: ALBERTO PAVIE RIBEIRO
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT
ADV.(A/S)	: FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL- CNA
ADV.(A/S)	: RUDY MAIA FERRAZ E OUTRO(A/S)

VOTO VOGAL

A Senhora Ministra Rosa Weber:

1. Rememoro brevemente. O eminente Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, em seu substancioso voto, proferido em 2018, partiu da premissa da análise econômica do direito para assentar a necessidade de incentivos, de natureza de *desincentivo econômico*, na contenção da litigância excessiva na Justiça do Trabalho. Concluiu que as limitações ao

ADI 5766 / DF

benefício de gratuidade da justiça, introduzidas pela denominada Reforma Trabalhista (operada na Lei nº 13.467/2017), são proporcionais e, portanto, constitucionais, com as ressalvas expressas na interpretação conforme consignada ao final de seu voto.

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, também ainda em 2018, inaugurou divergência, em antecipação de voto, à compreensão de que as limitações impostas pela lei acabam por subverter, ou esvaziar substancialmente, o direito de acesso à justiça, na medida em que reduzem o âmbito de sua proteção com a desestruturação da assistência judiciária gratuita. Reputou os preceitos contestados integralmente inconstitucionais, acolhendo os pedidos iniciais.

Na mesma deliberação, houve breve debate sobre o emprego da análise econômica do direito, mais especificamente da litigância, na apreciação do problema posto a julgamento, com manifestação dos Ministros Ricardo Lewandowski, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

Já o Ministro Luiz Fux, na sessão da última quinta-feira, acompanhou o voto do relator, destacando a necessidade de se fazer frente à litigância excessiva, também com referência à análise econômica do fenômeno, como premissa para a apreciação da validade constitucional dos dispositivos impugnados.

Premissas metodológicas: pela cautela necessária na interpretação constitucional

2. Já nesta assentada, o debate constitucional se enriqueceu com os votos sempre proficientes do (i) Ministro Nunes Marques, acompanhando o Relator, (ii) do Ministro Alexandre de Moraes, em instigante posição intermediária de procedência parcial, a reputar inconstitucionais os dispositivos impugnados, exceto o do art. 844, § 2º, da CLT, no que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia e pelo Ministro Dias Toffoli, (iii) do Ministro Ricardo Lewandowski, que julgou totalmente procedente a ação, acompanhando a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, e do (iv) Ministro Gilmar Mendes, que igualmente acompanhou o Relator

ADI 5766 / DF

Ministro Luís Roberto Barroso.

Assim ampliados as abordagens argumentativas e o leque de fundamentos expressados, entendo eu ser o caso de explicitar algumas premissas metodológicas para a adequada compreensão da controvérsia constitucional posta a julgamento, particularmente do meu voto.

Portanto, passo a expor brevemente **três premissas** que apontam, todas elas, para a necessidade de **cautela na análise da problemática relacionada à litigância ou litigiosidade excessiva e aos custos do exercício da prestação de tutela jurisdicional**, em cotejo com a solução eleita pelo Poder Legislativo por meio das previsões ora impugnadas, qual seja, a **adoção de desestímulos de cunho estritamente econômico, contrapostos ao acesso gratuito à justiça**.

2.1 Do uso do “direito comparado”

A **primeira cautela** necessária diz respeito ao **direito comparado**, ou à utilização de exemplos de outros países para encontrar respostas imediatas para os **nossos desafios**. Receio compreender o problema em pronta comparação com dados de países que **não apresentam a mesma realidade socioeconômica ou cultural, a mesma estrutura judicial, ou a mesma proteção constitucional do direito de acesso à justiça**. Mostra-se necessária, a meu juízo, a sua análise a partir de elementos fáticos e jurídicos da realidade brasileira, sem prejuízo de comparação mais próxima com países de realidade assemelhada.

Aliás, não há esquecer que os sistemas de justiça se imbricam intimamente com a cultura de cada sociedade, sendo ao mesmo tempo seu produto e conformando essa mesma realidade cultural (CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014).

A propósito, a fim de ilustrar essa problemática, trago decisão tomada pela Suprema Corte do Reino Unido, país da tradição *common law*, sobre a lei que, de modo semelhante, buscava reduzir a litigância em juízo por meio da imposição de custos no âmbito trabalhista.

ADI 5766 / DF

Em decisão de 26.7.2017, o ano da nossa dita Reforma Trabalhista, a Suprema Corte do Reino Unido declarou a inconstitucionalidade da Lei de Taxas, de 28.7.2013, que havia elevado significativamente o valor das custas devidas para acesso aos tribunais do trabalho (*employment tribunals* – Ets e *employment appeal tribunal* – EAT).¹ Assim como as alterações promovidas nas nossas normas procedimentais trabalhistas em relação ao benefício da justiça gratuita, a Lei de Taxas no Reino Unido estava calcada nas seguintes premissas: as taxas ajudariam a transferir parte do custo dos cidadãos em geral para os que realmente usam o sistema judiciário; e o mecanismo de preços poderia incentivar a resolução de demandas por acordos e desencorajar comportamento irracional do trabalhador, a evitar demandas desarrazoadas, ou na expressão do relator do projeto da nossa Reforma Trabalhista demandas frívolas.

Nessa perspectiva, os fundamentos da Suprema Corte do Reino Unido para declarar a inconstitucionalidade da Lei de Taxas (*Fees Order*) se alicerçam, principalmente, na função da justiça do trabalho de promover a concretização do direito dos trabalhadores, incluindo aqueles que possuem baixa remuneração, que perderam seus empregos ou têm dificuldade de encontrar nova posição no mercado de trabalho, e, por isso, encontram-se em situação de vulnerabilidade social. Destaco excerto da decisão, ilustrativo quanto ao ponto:

“Para que os tribunais desempenhem [seu] papel, o povo deve, em princípio, ter acesso livre de impedimentos a elas. Sem tal acesso, as leis são suscetíveis de se tornarem letra morta, o trabalho realizado pelo Parlamento pode ser tomado como sem valor e a eleição democrática dos Membros do Parlamento pode se tornar uma charada sem sentido. É por isso que o serviço público oferecido pelos tribunais não é meramente como qualquer outro.

(...)

1 [2017] UKSC5.On appeal from: [2015] EWCA Civ 935. UNISON (Appellant) v Lord Chancellor (Respondent).

ADI 5766 / DF

Mas o valor, para a sociedade, do direito de acesso aos tribunais não está confinado aos casos nos quais se decidem questões de importância geral. As pessoas e as empresas precisam saber, por um lado, que serão capazes de fazer valer os seus direitos se precisarem, e, por outro, que se eles falharem em cumprir com suas obrigações, provavelmente haverá uma ação contra eles. É esse conhecimento que sustenta as relações econômicas e sociais cotidianas. Assim é, não obstante a execução judicial do direito geralmente não seja necessária, e mesmo que a resolução de disputas por outros métodos seja frequentemente desejável.”

Desse modo, entendo que devemos investigar os contextos social e institucional subjacentes dos países colocados como referência na adoção dos precedentes estrangeiros referenciados, a fim de justificar de forma adequada esse diálogo entre cortes nacionais.

2.2 Do emprego de dados e estatísticas

A **segunda premissa** no sentido da necessidade de cautela diz respeito aos números, pois o que eles expressam é exatamente isto: **números**. Partindo desta vertente, não necessariamente me espanta, tomado isoladamente, o quantitativo de processos judiciais, como mencionado, por exemplo, em relação às quase quatro milhões de ações que teriam sido ajuizadas em 2016 na Justiça do Trabalho, o que seria o ápice dos registros anuais anteriores à Reforma Trabalhista.

Além de sermos um país de mais de 210 milhões de habitantes, é necessário apreciar esse número comparativamente com outros ramos judiciais nacionais e também tomá-lo contextualmente e de modo dialogado com elementos qualitativos. Nesse sentido, embora louváveis e necessárias, a propósito, as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça e dos próprios tribunais para diagnosticar quantitativamente a realidade judicial brasileira, é preciso notar que um número é apenas um dado que, por si só, não contribui à solução de determinado problema. Precisa ser interpretado e contextualizado, e a interpretação reclama o auxílio de

ADI 5766 / DF

outros dados concretos.

Lembro, a propósito, minha experiência de alguns meses como Inspetora do Trabalho – o cargo hoje é de auditor fiscal do trabalho -, por força de concurso público que fiz antes de ingressar na magistratura trabalhista, quando constatei pessoalmente em várias agências bancárias que os então registros individuais de ponto (prova pré-constituída por força de lei das jornadas de trabalho) não consignavam as horas extras trabalhadas que não eram pagas. Casos assim é que levaram o então Juiz do Trabalho gaúcho Ronaldo Lopes Leal, que veio a ser Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, um dos fundadores da ANAMATRA, a falar pioneiramente em lesão massiva de direitos e em ações coletivas para repará-los. O Ministro Ronaldo Leal, todos sabem, faleceu no último sábado e eu aproveitei para aqui reverenciá-lo.

Voltando ao tema, também é leitura possível que o número excessivo e absurdo de demandas resulte, ou tenha como uma de suas causas, o reiterado descumprimento da legislação trabalhista.

Acresço que tampouco me causa estranheza a constatação de grande número de pedidos de gratuidade na Justiça do Trabalho, porquanto esta é a realidade brasileira. Como destacarei adiante, a maioria dos trabalhadores recebe até 40% do teto do RGPS, que é o atual patamar da presunção absoluta de hipossuficiência de recursos para efeito do benefício prevista na CLT. Desta maioria estão excluídos, por óbvio, os milhões de desempregados deste Brasil de tantas desigualdades e misérias, e por todos sabido que, à falta de garantia genérica de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, (até hoje, não editada a lei complementar prevista no art. 7^a, I, da nossa Constituição, restrita tal proteção a alguns grupos, como o das gestantes), a Justiça do Trabalho é chamada de Justiça dos desempregados. De qualquer sorte, entendo eu, não se curará a enfermidade matando o doente, é dizer, fechando ao trabalhador as portas do Poder Judiciário.

2.3 Da necessidade de análise do contexto global do fenômeno da litigância excessiva

ADI 5766 / DF

A **terceira premissa metodológica** a exigir cautela na determinação de causas, nexos de causalidade, consequências e soluções na presente seara diz respeito à necessidade de olhar para a totalidade, para o todo, para ambos os lados da litigância e suas diferentes feições e reconhecer a insuficiência – ou a desproporcionalidade, como aqui colocado em debate – de (des)incentivos econômicos para o alcance de eficiência e efetividade na prestação jurisdicional.

Essa totalidade, aliás, não foi descuidada pelo eminente Ministro Relator, que mencionou, em seu voto, não apenas a litigância frívola que se procuraria combater, mas também a existência de descumprimento dos direitos trabalhistas pelos empregadores. E aqui há que lembrar dos **litigantes habituais, ou litigantes contumazes, como o fez Sua Excelência, os litigantes habituais ou litigantes contumazes**, que são a outra face da moeda do excesso de litigância. Também referida, com propriedade pelo Ministro Luís Roberto, a complexidade normativa, ao que se pode acrescer a falta de uniformidade ou unidade na interpretação da legislação pertinente.

Sem desconhecer a influência que o desenho processual tem no estímulo à litigiosidade, não se pode deixar de observar que nenhum aspecto institucional da arquitetura processual estimula mais a litigiosidade do que a **instabilidade decisória** e a **insegurança jurídica** decorrentes de decisões díspares sobre problemas jurídicos semelhantes, cuja raiz está na ausência de uma cultura jurídica brasileira de respeito aos precedentes.

Nessa tônica, parece-me deva ser levado em consideração o contexto mais amplo da litigância, para concluir pela proporcionalidade, ou não, da solução escolhida pelo Poder Legislativo, ou seja, para dizer **se a conformação da gratuidade da justiça, nos moldes ora normatizados, encontra amparo constitucional**.

Nessa linha, a análise econômica do processo ou da litigância há de verificar quais as demandas que abarrotam o sistema judicial e como é possível resolver esse excesso de litigância. Em outras palavras, desincentivar quem tem de ser desincentivado (tal como o próprio Estado

ADI 5766 / DF

ou quem viola em massa os direitos), sem se contentar com a imposição de ônus a pessoas já desprovidas de recursos.

3. Tudo isso sem esquecer os valores que a Constituição estabelece como estruturantes da República Federativa do Brasil e seus objetivos fundamentais (arts. 1º e 3º, CRFB). Dentro desse quadro normativo, a análise econômica pode auxiliar no diagnóstico, na compreensão e na resolução de problemas concretos, mas não determina a resposta adequada na interpretação constitucional.

Assim, na minha visão, a análise econômica pode atuar como relevante instrumental metodológico nessa empreitada, mas não é o único nem necessariamente, repito, o determinante.

Justificativa legislativa e o desenho institucional proposto para o controle do fenômeno da litigância excessiva

4. De início, relembro o contexto legislativo de aprovação da Reforma Trabalhista em 2017, quanto às matérias estruturantes desse ramo do direito. Fato que tem levado a questionamentos a respeito da qualidade da deliberação democrática, a partir dos resultados apresentados e sua correlação com os objetivos designados, ou mesmo do embasamento empírico tomado nas reformulações institucionais.

5. De acordo com o Relatório da Comissão Especial, responsável pela elaboração do Parecer de Juridicidade quanto ao Projeto de Lei n. 6.787 de 2016, do Poder Executivo, a alteração proposta no art. 790 da CLT, em exame nesta ação constitucional, insere-se em uma tríade de ações direcionadas à construção de um ambiente de segurança jurídica, consistentes em: *i)* “estimular a solução extrajudicial do conflito”; *ii)* “estabelecer um risco decorrente do ingresso com a ação”; e *iii)* “fortalecimento da negociação coletiva, conferindo maior eficácia às cláusulas que forem acordadas entre as partes”.

Mais especificamente quanto à alteração do art. 790 da CLT, o relatório descreve um cenário de excesso de demandas na Justiça do Trabalho, com dados disponibilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho, e identifica três causas para o problema, quais sejam: *i)* falta de

ADI 5766 / DF

onerosidade do ingresso da reclamação; *ii*) grande número de pedidos e ausência de sucumbência e *iii*) inadimplemento intencional do empregador, em maioria, decorrente do detalhamento da legislação trabalhista. Partindo dessa relação causal, o Relatório qualifica a “litigância sem risco” na Justiça do Trabalho como “litigância frívola”, contexto prático a justificar a adoção de técnicas voltadas ao controle da concessão do benefício da justiça gratuita.

Ao lado do fenômeno da excessiva litigância, o Relatório aponta, como consequência do detalhamento da legislação trabalhista, o incremento do ativismo judicial, materializado no tratamento decisório desigual para casos idênticos e semelhantes, cabendo, ao TST nessa dinâmica jurisdicional, uniformizar as decisões judiciais, por meio do uso de súmulas e outros enunciados de jurisprudência. Todavia, o TST, no exercício dessa função de atribuir unidade à interpretação do direito trabalhista, com vista à consecução da segurança jurídica, exorbitaria dos limites interpretativos para tomar decisões contrárias ao texto legal.

Frente a esse cenário descrito, o Relatório justifica as reformulações processuais no desenho institucional do acesso à Justiça do Trabalho, que foram de três ordens específicas, como aclarado na argumentação articulada na petição inicial.

A primeira, plasmada no art. 790-B, § 4º, afirma que a imputação de pagamento de honorários periciais sucumbenciais ao beneficiário de justiça gratuita objetivaria “restringir os pedidos de perícia sem fundamentação”, dado que, ao “contribuir para a diminuição no número de ações trabalhistas, a medida representará uma redução nas despesas do Poder Judiciário, que não mais terá que arcar com os honorários periciais”.

No mesmo sentido a segunda. De acordo com o Relatório apresentado, o art. 791-A, que atribui responsabilidade pelo pagamento de honorários advocatícios de sucumbência a beneficiário de justiça gratuita, visaria a “inibir o ajuizamento de demandas trabalhistas baseadas em direitos ou fatos inexistentes” e obter “imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho”, em convergência com o

ADI 5766 / DF

princípio da boa-fé objetiva. Em particular, a justificativa dessa modificação tenta subverter a lógica de incentivo de acesso à Justiça, bem como a perda de eficiência da Justiça do Trabalho, que não conseguiria operar de forma adequada, em razão da demanda excessiva.

Com relação ao §2º (combinado com o §3º) do art. 844, que regulamenta as consequências processuais pelo não comparecimento injustificado das partes na audiência, as medidas foram fundamentadas na finalidade de “inibir a demanda descompromissada”, a evitar o descaso, “que gera ônus para o Estado”. Mais uma vez, destaca-se a tônica do desincentivo à litigância descompromissada.

6. Em diálogo com a valoração das respostas e fatos legislativos, esclareço alguns pontos, apontando as convergências e divergências.

Não há dúvida, e, aqui, partilho da valoração dos fatos legislativos, de que o Poder Judiciário como um todo, e não apenas a Justiça do Trabalho, enfrenta o problema da litigância excessiva. Os índices de litigiosidade são de fato expressivos. Contudo, esse quadro é muito mais complexo e multifatorial do que o retratado no Parecer mencionado. E, bem vistas as coisas, é uma constante da história do Judiciário brasileiro. Vale dizer, esse é um fenômeno que sempre atormentou a prestação jurisdicional adequada e efetiva, bem como ocupou a agenda de pesquisa da academia brasileira, da perspectiva sociológica, política e jurídica.

Dirirjo, entretanto, da afirmação de que esse quadro da excessiva litigância tenha como causa a ineficiência da atuação da Justiça do Trabalho. Como demonstrarei na sequência, as estatísticas traduzem realidade distinta, em que há eficiência na prestação jurisdicional, seja em resolução de mérito, seja quanto à duração razoável, quando confrontada com a Justiça Comum.

Igualmente dirirjo do entendimento de que a desestruturação da assistência judiciária gratuita (e não a sua reformulação), elemento central do âmbito de proteção do direito de acesso à justiça, seja conduta processual suficiente e proporcional para a solução do problema.

Ao contrário, os fundamentos expostos no Relatório padecem de déficit de legitimidade constitucional, porque, a pretexto de perseguir

ADI 5766 / DF

resultado econômico e estímulos comportamentais de boa-fé processual, passíveis de alcance por meios alternativos e um sistema de responsabilidades, as medidas legais restringem a essência do direito fundamental dos cidadãos pobres, de acesso gratuito à Justiça do Trabalho em defesa de direitos laborais (art. 5º, LXXIV, CRFB).

No que concerne ao problema da insegurança jurídica, concordo com o diagnóstico do fenômeno, consubstanciado no quadro decisório muitas vezes desigual para a solução de problemas jurídicos semelhantes. O desenvolvimento judicial do direito, com efeito, deve ser conformado forte na racionalidade e na coerência decisória, com o objetivo de assegurar igualdade, previsibilidade e liberdade, valores caros ao Estado de Direito, em particular ao subprincípio da segurança jurídica. Isso significa dizer que a interpretação, depois da fase de maturação pelos órgãos jurisdicionais de primeiro e segundo graus, deve ser definida pela Corte Suprema vocacionada à formação de precedentes.

Portanto, a construção de um sistema de precedentes fortes é técnica necessária para consolidação de uma cultura de respeito ao Estado de Direito, cuja consequência centra-se justamente na alocação da previsibilidade e estabilidade normativas como premissa das pautas de condutas dos jurisdicionados e da sociedade em geral.

Noutros termos, o sistema de precedentes possibilitará a cultura de tomada de decisões baseadas na análise de custos e riscos de acesso ao Judiciário, porque se tem a previsibilidade da resposta jurisdicional como elemento da escolha do caminho e das consequências por parte dos atores sociais. Não por outra razão, esse sistema foi acolhido e objeto de disciplina legislativa e regimental, nas recentes reformas processuais pelas quais passaram tanto o processo civil (arts. 489, §1º, 926, 927, CPC) quanto o trabalhista (Instrução Normativa TST nº 39/2016 e art. 702, CLT, por exemplo). Assim como é objeto de constante debate por este Plenário, um dos atores responsáveis pela sua construção e consolidação.

7. Veja-se. O sistema de justiça multiportas deve ser incentivado, como caminho alternativo de acesso ao Judiciário para a solução das disputas sociais, e aqui entram as fórmulas da mediação e negociação.

ADI 5766 / DF

Mas esse sistema, e suas múltiplas portas de solução dos conflitos, não pode ser imposto a qualquer custo, inclusive, a custo dos direitos. Os números de eficiência não se sobrepõem à proteção dos direitos fundamentais, materiais e processuais.

Esse alerta foi um dos pontos de maior crítica do Professor Mauro Cappelletti, já tão bem abordado aqui nesta rodada deliberativa constitucional. Cappelletti, quando da análise da chamada terceira onda do movimento de acesso à justiça, que versou sobre a dimensão da efetividade deste direito, a partir da adoção de profundas reformas procedimentais, das instituições e profissões jurídicas, assinalou sua preocupação com a deturpação da finalidade do movimento de acesso à justiça enquanto política pública social direcionada à efetivação dos direitos. Em especial, com a sobreposição dos resultados eficientes nas respostas às disputas, por meio do uso de outro método de solução, como a mediação (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; TROCKER, Nicolò. *Acess to justice, variations and continuity of a world-wide movement. Journal of Comparative and International Private Law*, 1982, pp. 664-707).

8. Compartilho da compreensão de que a litigância descompromissada e baseada em comportamento de má-fé deve ser responsabilizada, com a aplicação das sanções cabíveis. Não se trata de questionar a validade dessas técnicas processuais, tampouco dos honorários de sucumbência, ambas necessárias para o aperfeiçoamento da proteção da lealdade e boa-fé processuais e das responsabilidades e custos. Trata-se, sim, de analisar a compatibilidade dessas figuras com a assistência judiciária gratuita. Se há alguma pertinência de lógica jurídica e, posteriormente, de proporcionalidade, entre a proteção do direito de acesso à justiça para os hipossuficientes (das perspectivas cultural, social e econômica) e a sua anulação na reivindicação de direitos trabalhistas.

9. Por fim, em referência à qualidade da deliberação legislativa, cumpre uma anotação, uma vez que o discurso foi premissa de votos antecedentes, como do Ministro Relator Luís Roberto Barroso e do Ministro Luiz Fux. Não desconheço a necessidade de estabelecer diálogo com o legislativo na atividade interpretativa, a fim de que a valoração dos

ADI 5766 / DF

fatos legislativos seja conhecida do Poder Judiciário e este possa, assim, bem compreender os limites de sua capacidade institucional.

Todavia, no caso, como premissa do meu voto, afirmei a insuficiência deliberativa da matéria no processo legislativo, o que reflete a assunção de falsas inferências sobre os dados e estatísticas e, por conseguinte, contribui para uma compreensão inadequada do fenômeno e suas soluções.

Nessa toada, o assinalado no prefácio de obra doutrinária coletiva, fruto de convênio entre o Ministério Público do Trabalho e o Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho da Unicamp:

Foi no apagar das luzes de 2016, em dezembro, que o Poder Executivo encaminhou à Câmara dos Deputados projeto de lei que tomou o registro PL 6786/2016. Apresentado inicialmente para alterar sete artigos da CLT e outros oito da Lei nº 6.019/1974 (Lei sobre Trabalho Temporário), tal projeto tramitou naquela Casa Legislativa de forma absurdamente acelerada, resultando em substitutivo que continha a modificação de mais de 100 (cem) artigos da CLT e mais de 200 (duzentos) dispositivos celetistas.

Necessário destacar, até para que se alcance o espírito da norma em questão, que, apesar de realizadas audiências públicas no âmbito da comissão especial parlamentar instituída para analisar o mencionado projeto de lei na Câmara, não há como se afirmar que houve o necessário debate em torno de tão significativa alteração legislativa. Isso porque foram objeto de alguma incipiente discussão, antes da aprovação do substitutivo, apenas os poucos artigos constantes da proposta original do Poder Executivo. O referido substitutivo, que aumentou e modificou o texto primitivo de forma superlativa, desfigurando completamente o projeto originalmente enviado, foi aprovado quase que instantaneamente, na Câmara dos Deputados, no dia 26 de abril de 2017, sem

ADI 5766 / DF

que se travasse qualquer discussão sobre o texto hipertrofiado.

Na sequência, identificado como PLC 38/2017, o substitutivo aprovado na Câmara foi submetido ao Senado Federal, Casa revisora por definição constitucional. Também carecendo de um mínimo debate sobre o seu conteúdo e sem qualquer alteração do texto recebido da Câmara dos Deputados, o referido PLC 38/2017 foi aprovado, em 11 de julho de 2017, na Casa Alta, e sancionado no dia 13 de julho, convertendo-se na Lei nº 13.467/2017 (LRT). (O trabalho pós-reforma trabalhista. Orgs. José Darin Krein; Marcelo Manzano; Marilane Oliveira Teixeira; Patrícia Rocha Lemos. São Paulo: Cesit – Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2021. p. 12-13)

No entanto, o objeto desta ação direta não reside na inadequação das soluções legislativas, porque não é motivo apto a justificar a inconstitucionalidade, mas antes na sua compatibilidade com o âmbito de proteção de um direito fundamental basilar na constelação do Estado de Direito. Com efeito, o exercício da jurisdição implica, não raras vezes, a adoção de respostas com as quais não concordamos, por razões de pré-compreensões, mas concordantes com a Constituição, e essas sim devem ser protegidas e afirmadas.

Regime de qualificação para gratuidade antes e depois da reforma e a realidade brasileira

10. O benefício da justiça gratuita no Direito Processual do Trabalho é regido pelo art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT, com nova redação conferida pela Lei nº 13.467/2017:

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

ADI 5766 / DF

(Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002)

[...]

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Esse dispositivo estabelece dois critérios de miserabilidade. O primeiro diz com **presunção legal absoluta** atualmente vinculada ao teto de benefícios do Regime Geral da Previdência Social, ou seja, perceber o trabalhador salário inferior ou igual a 40% do limite máximo (em 2017, 40% de R\$ 5.531,31 = R\$ 2.212,52; em 2021, 40% de R\$ 6.101,06 = 2.440,42). Em sua redação anterior, o art. 790 da CLT utilizava o dobro do salário mínimo como parâmetro (em 2017, R\$ 937,00 x 2 = R\$ 1.874,00; em 2021, R\$ 1.100,00 x 2 = R\$ 2.200,00).

O segundo se refere a **presunção relativa** de miserabilidade, regulada pelo § 4º inserido ao art. 790 da CLT pela Lei nº 13.467/2017, que repete o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, ao dispor que o benefício será concedido à parte que “comprovar insuficiência de recursos” para o pagamento das custas do processo.

Ainda, nos termos do art. 14 da Lei nº 5.584/1970, na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária referida pela então vigente Lei nº 1.060/1950, compete ao sindicato da categoria profissional a que pertence o trabalhador, responsável, portanto, pelo auxílio jurídico gratuito.

Anteriormente à alteração, nos moldes do art. 1º da Lei nº 7.115/1953 e do art. 4º da Lei nº 1.060/1950, para comprovar a miserabilidade jurídica, bastava a declaração firmada pela parte ou a afirmação do estado de pobreza pelo advogado (Súmula nº 463 do TST). Em consonância,

ADI 5766 / DF

conforme o próprio § 3º do art. 790 da CLT, na redação anterior, além da presunção absoluta no caso de renda de até dois salários mínimos, expressamente previa a possibilidade não quando se comprovasse insuficiência, mas quando se declarasse ausência de condições de arcar com as custas do processo.

Embora haja aumento do patamar da presunção legal absoluta de hipossuficiência econômica para fins de gratuidade da justiça, houve restrição no que concerne à sua concessão na outra hipótese, exigindo-se, ao menos textualmente, mais do que a mera declaração.

11. Ao lado desse quadro normativo, é de se anotar que a consideração de dados do primeiro trimestre de 2017, ao tempo da reforma (e pré-pandemia, portanto), leva à conclusão de que, dos diferentes grupos de trabalhadores brasileiros, apenas (i) servidores estatutários civis e militares e (ii) empregadores são majoritariamente remunerados acima do patamar de 40% do RGPS, sendo que os primeiros não têm suas disputas laborais apreciadas pela Justiça do Trabalho. Ou seja, a grande maioria é abrangida pelo novo teto.

Assim, segundo dados compilados em pesquisa publicada pelo Ipea:²

2 Cf. CAMPOS, André Gambier. Resolução dos conflitos laborais no Brasil: os papéis desempenhados pela Justiça do Trabalho. **Texto para discussão**. IPEA: Rio de Janeiro, janeiro de 2018, apêndice. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/180201_td_2362.pdf

ADI 5766 / DF

TABELA A.1
Distribuição de trabalhadores, de acordo com os limites de acesso à justiça gratuita, por posição na ocupação

Posição na ocupação (número)	Até R\$ 2.212,52	R\$ 2.212,53 ou +	Total
Empregado no setor privado com carteira	26.568.622	6.837.604	33.406.226
Empregado no setor privado sem carteira	9.274.416	860.266	10.134.682
Trabalhador doméstico com carteira	1.869.195	40.200	1.909.395
Trabalhador doméstico sem carteira	4.100.301	29.774	4.130.074
Empregado no setor público com carteira	649.197	430.691	1.079.888
Empregado no setor público sem carteira	1.472.313	355.185	1.827.498
Estatutário civil e militar	3.644.502	4.310.536	7.955.038
Empregador	1.414.571	2.713.468	4.128.039
Conta própria	18.271.353	3.840.817	22.112.170
Total	67.264.469	19.418.541	86.683.010
Posição na ocupação (% linha)	Até R\$ 2.212,52	R\$ 2.212,53 ou +	Total
Empregado no setor privado com carteira	79,5	20,5	100,0
Empregado no setor privado sem carteira	91,5	8,5	100,0
Trabalhador doméstico com carteira	97,9	2,1	100,0
Trabalhador doméstico sem carteira	99,3	0,7	100,0
Empregado no setor público com carteira	60,1	39,9	100,0
Empregado no setor público sem carteira	80,6	19,4	100,0
Estatutário civil e militar	45,8	54,2	100,0
Empregador	34,3	65,7	100,0
Conta própria	82,6	17,4	100,0
Total	77,6	22,4	100,0

Fonte: Microdados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Pnad-Contínua/IBGE), 1º trimestre de 2017. Elaboração do autor.
Obs.: Microdados ponderados com pós-estratificação, sem incorporação do desenho amostral da Pnad-Contínua/IBGE. Dados referentes apenas a trabalhadores remunerados, de todo o Brasil, em seus trabalhos principais da semana de referência. Note-se que conflitos laborais envolvendo estatutários civis e militares não são solucionados mediante reclamações à JT, mas, sim, por meio de ações na justiça comum – federal ou estadual (no caso dos civis) – ou na Justiça Militar (no caso dos militares).

Se considerado o tipo de atividade, não distante disso, apenas na “Administração Pública, defesa e seguridade social” há majoritariamente, ainda que com margem próxima, pessoas que ganham mais de 40% do teto do RGPS.³

3 Cf. CAMPOS, André Gambier. Resolução dos conflitos laborais no Brasil: os papéis desempenhados pela Justiça do Trabalho. **Texto para discussão**. IPEA: Rio de Janeiro, janeiro de 2018, apêndice. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/180201_td_2362.pdf

ADI 5766 / DF

TABELA A.2
Distribuição de trabalhadores, de acordo com os limites de acesso à justiça gratuita, por atividade econômica

Atividade (número)	Até R\$ 2.212,52	R\$ 2.212,53 ou +	Total
Agricultura, pecuária, produção florestal, pesca e aquicultura	6.754.850	722.447	7.477.297
Indústria geral	8.687.065	2.528.709	11.215.774
Construção	5.780.089	1.022.400	6.802.489
Comércio, reparo de veículos automotores	13.896.997	2.892.930	16.789.927
Transporte, armazenagem e correio	3.315.287	1.157.637	4.472.924
Alojamento e alimentação	4.211.582	536.969	4.748.551
Informação, comunicação, atividades financeiras, imobiliárias etc.	6.269.155	3.624.594	9.893.749
Administração pública, defesa e seguridade social	2.368.724	2.570.042	4.938.766
Educação, saúde humana e serviços sociais	6.507.718	3.586.541	10.094.259
Outros serviços	3.490.305	705.437	4.195.742
Serviços domésticos	5.969.495	69.974	6.039.469
Atividades mal definidas	13.202	861	14.063
Total	67.264.469	19.418.541	86.683.010
Atividade (% linha)	Até R\$ 2.212,52	R\$ 2.212,53 ou +	Total
Agricultura, pecuária, produção florestal, pesca e aquicultura	90,3	9,7	100,0
Indústria geral	77,5	22,5	100,0
Construção	85,0	15,0	100,0
Comércio, reparo de veículos automotores	82,8	17,2	100,0
Transporte, armazenagem e correio	74,1	25,9	100,0
Alojamento e alimentação	88,7	11,3	100,0
Informação, comunicação, atividades financeiras, imobiliárias etc.	63,4	36,6	100,0
Administração pública, defesa e seguridade social	48,0	52,0	100,0
Educação, saúde humana e serviços sociais	64,5	35,5	100,0
Outros serviços	83,2	16,8	100,0
Serviços domésticos	98,8	1,2	100,0
Atividades mal definidas	93,9	6,1	100,0
Total	77,6	22,4	100,0

Fonte: Microdados da Pnad-Contínua/IBGE, 1º trimestre de 2017.

Elaboração do autor.

Obs.: Microdados ponderados com pós-estratificação, sem incorporação do desenho amostral da Pnad-Contínua/IBGE. Dados referentes apenas a trabalhadores remunerados, de todo o Brasil, em seus trabalhos principais da semana de referência. Note-se que conflitos laborais envolvendo estatutários civis e militares (que correspondem a boa parte dos trabalhadores da administração pública) não são solucionados mediante reclamações à JT, mas, sim, por meio de ações na justiça comum – federal ou estadual (no caso dos civis) – ou na Justiça Militar (no caso dos militares).

Tal quadro fático denota a importância da gratuidade na Justiça do Trabalho e é, ainda, concretamente corroborado por constatação de pesquisa igualmente publicada pelo IPEA com base em dados de 2018: 90,1% dos trabalhadores das reclamações trabalhistas analisadas recebiam até o valor de R\$ 4 mil e, desse total, 62,5% percebiam até R\$ 1.996,00, ou seja, já são considerados absolutamente hipossuficientes para fins do benefício da gratuidade da justiça.⁴

12. A par disso, esse cenário é complementado pelo fato de que a

4 TOLLER, Ana Flávia de Moraes et al. Reforma trabalhista e suas implicações no acesso à justiça: uma perspectiva de pesquisa empírica em Direito. **Mercado de trabalho: conjuntura e análise**, 70. Brasília, setembro de 2020, p. 4 Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2330.pdf

ADI 5766 / DF

gratuidade da justiça não necessariamente vem acompanhada de assistência jurídica gratuita, no que diz respeito à assistência técnica em juízo.

Conforme destacado na inicial (doc. 01, p. 41-42), embora não haja restrição para atuação da Defensoria Pública da União no âmbito da Justiça do Trabalho (ao contrário, há previsão legal, art. 14 da Lei Complementar nº 80/1994), a realidade é a de que sua atuação é reduzida na seara trabalhista, sendo priorizada para outros campos.

Para ilustrar esse argumento, menciono aqui os dados divulgados pela Defensoria Pública da União acerca da sua organização e distribuição funcional,⁵ as quais informam que o que existe é um Projeto Piloto no Distrito Federal que prevê a atuação de cinco ofícios trabalhistas, além da sua atuação voltada para a área do trabalho escravo. Como exposto no relatório do Um Panorama da Atuação Defensoria Pública da União, publicado em 2020: *“Em novembro de 2010, foi implantado um projeto piloto na DPU do Distrito Federal que criou quatro ofícios trabalhistas para atender as demandas da população carente. Hoje, são cinco ofícios trabalhistas. Infelizmente, essa ação não pode ser expandida aos demais órgãos de atuação fora do Distrito Federal em virtude da falta de força de trabalho para operacionalizar a demanda”*.

Nesse sentido, e considerando que a *jus postulandi* praticamente não é exercido, os trabalhadores acabam sendo assistidos pelos sindicatos (art. 14 da Lei nº 5.584/1970) ou, com maior frequência, por advogados particulares, a arcarem na maioria dos casos com honorários contratuais, mesmo que somente ao final, na hipótese de recebem verbas no processo. Assim é que, em 2012, constatou-se, na amostra analisada, o percentual de 86,9% das reclamações com advogados na defesa dos trabalhadores, e apenas 9,1% deles eram de sindicatos da categoria.⁶ Já em 2018, esse

5 https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama_atuacao_DPU.pdf
6 Cf. CAMPOS, André Gambier. Justiça do Trabalho e produtividade no Brasil: checando hipóteses dos anos 1990 e 2000. **Texto para Discussão**. Rio de Janeiro, setembro de 2017, p. 86. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2330.pdf

ADI 5766 / DF

último percentual caiu para 8,5%.⁷

Dessa maneira, além de faticamente não haver o gasto da União no financiamento da assistência jurídica gratuita via Defensoria Pública no âmbito da Justiça do Trabalho, o beneficiário da gratuidade da justiça tem eventuais verbas, no mínimo no caso de procedência e efetivo pagamento, já reduzidas para arcar com honorários contratuais. É o estado de coisas atual.

Ainda, quanto à assistência jurídica gratuita por sindicato da categoria profissional, cabe agregar dois aspectos. O primeiro deles é a modificação operada pela Reforma Trabalhista consistente na retirada da homologação obrigatória, por sindicato ou Ministério do Trabalho, das rescisões do contrato de trabalho (revogação do art. 477, §§ 1º e 3ª, da CLT), de modo que não mais conta com o auxílio dessas instituições, em momento crítico da relação de trabalho, sendo a temática rescisória recorrente no acervo processual da Justiça do Trabalho. Tem então o trabalhador de estar assistido por advogado para saber de seus direitos e para, conforme seja o caso, celebrar acordo extrajudicial com o empregador e proceder à homologação judicial (art. 855-B e seguintes da CLT). Em consonância com esse cenário, a propósito, cresceu exponencialmente o número de ações homologatórias dos acordos extrajudiciais (entre novembro/2016 e novembro/2017, foram ajuizadas 2.356 ações homologatórias; entre abril/2019 e abril/2020, 58.677⁸).

O segundo aspecto a considerar é que também houve enfraquecimento financeiro dos sindicatos, afastando-se o chamado imposto sindical (ver redação conferida aos arts. 578 e seguintes da CLT, pela Lei nº 113.467/2017 e ADI 5794). Aqui, se uma conclusão é possível a

7 Cf. TOLLER, Ana Flávia de Moraes et al. Reforma trabalhista e suas implicações no acesso à justiça: uma perspectiva de pesquisa empírica em Direito. **Mercado de trabalho: conjuntura e análise**, 70. Brasília, setembro de 2020, p. 4 Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2330.pdf

8 BIAVASCHI, Magda Barros. A “Reforma” Trabalhista e as instituições públicas: impactos na judicialização dos conflitos. In: KREIN, José Dari et al. (org.). **O trabalho pós-Reforma Trabalhista (2017)**. São Paulo: CESIT – Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, 2021, 394-442, p. 413.

ADI 5766 / DF

partir do raciocínio econômico, é a de que são necessários recursos para que o sindicato preste a assistência judiciária gratuita aos trabalhadores, de modo que a existência de menos recursos significará tendência a ainda menor espaço para sua atuação na assistência ao trabalhador em juízo.

A Justiça do Trabalho no contexto da Justiça brasileira em geral

13. Em observância à cautela necessária preambularmente explicitada, a apreciação da solução empregada pelo legislador há de se dar à luz da realidade brasileira. Nesse sentido, para além do quadro fático-normativo da assistência judiciária, acima delineado, mostra-se pertinente contextualizar a Justiça do Trabalho no cenário geral da Justiça brasileira.

Ao final de seu voto, aliás, o Ministro Roberto Barroso pontuou que a Justiça de Trabalho apresenta “bom desempenho comparativo” em relação a outros ramos, com destaque para os seguintes aspectos, em cotejo com a Justiça Federal e a Justiça dos Estados e Distrito Federal: a) menor taxa de congestionamento bruto; b) maior índice de atendimento à demanda; c) custo médio inferior, ao menos em relação à Justiça Estadual; e d) maior índice de solução consensual.

14. De fato, os dados do Conselho Nacional de Justiça evidenciam que a Justiça do Trabalho está longe de ser palco do maior número de litígios. Em termos quantitativos, revelam que o ramo trabalhista possui o menor estoque de processos, bem como que o índice de atendimento da demanda (IAD, relação entre processos baixados e casos novos) é próximo ao da Justiça Estadual e superior ao da Justiça Federal. O índice de produtividade comparada (IPC-Jus), que considera a produção de cada ramo à luz do recursos disponíveis, por sua vez, é superior na Justiça do Trabalho, antes e depois da Reforma Trabalhista, mas ficou atrás em primeiro grau, em relação tanto à Justiça Estadual como à Justiça Federal, no **pós-reforma**.

Assim, conforme os relatórios **Justiça em Números** do CNJ publicados em 2017 (ano-base 2016) e 2020 (ano-base 2019):

ADI 5766 / DF

2016	Justiça brasileira (geral)	Justiça Estadual	Justiça do Trabalho	Justiça Federal
Porcentagem dos casos novos (ações de conhecimento e execução de título extrajudicial)	--	67,4%	14,5% (= 4.262.444)	13%
Porcentagem dos casos pendentes	--	79,2%	6,8% (= 5.394.420)	12,6%
Novos casos por 100.000 habitantes	12.906,6	8.788,1	1.721,2	1.669,9
IAD	100,3%	104,5%	98,5%	89,9%
Congestionamento bruto	73%	75,3%	56,2%	74,6%
Congestionamento líquido (sem processos temporariamente inativos)	69,3%	73,1%	47,7%	61,8%
IPC-Jus	--	82%, sendo: - 85% (1º grau) - 81% (2º grau)	90%, sendo: - 87% (1º grau) - 82% (2º grau)	66%, sendo: - 63% (1º grau) - 83% (2º grau)

2019	Justiça brasileira (geral)	Justiça Estadual	Justiça do Trabalho	Justiça Federal
Porcentagem dos casos novos	--	68,4%	11,7% (= 3.530.197)	17,2%
Porcentagem dos casos pendentes	--	79,4%	5,9% (= 4.533.771)	13,8%
Novos casos por 100.000 habitantes	12.211	8.653	1.301	1.869
IAD	117,1%	120,9%	118,6%	103%
Congestionamento bruto	68,5%	71%	52%	66,5%
Congestionamento líquido (sem processos temporariamente inativos)	64%	67,8%	42,6%	54,2%
IPC-Jus	--	85%, sendo: - 82% (1º grau)	87%, sendo: - 79% (1º grau)	79%, sendo: - 80% (1º grau)

ADI 5766 / DF

	- 74% (2º grau)	- 84% (2º grau)	- 71% (1º grau)
--	-----------------	-----------------	-----------------

Em sua vasta maioria, as demandas, consistentemente ao longo dos anos, envolvem parcelas relativas ao término do contrato de emprego, momento em que assumem caráter emergencial para o sustento do trabalhador e da sua família, principalmente daquele carente de recursos econômicos, até o seu reposicionamento no mercado de trabalho. Nesse contexto, a grande parte das reclamações ajuizadas na Justiça do Trabalho não o é por empregados, mas por desempregados. Os referidos relatórios Justiça em Números do CNJ dos anos de 2017 e 2020 confirmam essa realidade, ao constatarem a concentração dos casos novos em assuntos relativos à rescisão contratual.

15. Da mesma forma, a duração do trâmite dos feitos se distancia de ser dos mais morosos. Ao contrário, a prestação jurisdicional é de modo geral mais célere na Justiça do Trabalho. Nos termos dos relatórios Justiça em Números de 2017 e 2020:

2016	Justiça brasileira (geral)	Justiça Estadual (comum, sem juizado)	Justiça do Trabalho	Justiça Federal (comum, sem juizado)
Tempo médio para sentença				
Conhecimento	1 ano e 4 meses	2 anos e 1 mês	7 meses	2 anos
Execução	4 anos e 6 meses	5 anos e 4 meses	2 anos e 9 meses	6 anos e 8 meses
2º grau	9 meses	7 meses	4 meses	1 ano e 10 meses
Tempo médio para baixa				
Conhecimento	1 ano e 9 meses	3 anos e 1 mês	11 meses	3 anos e 4 meses
Execução	4 anos e 10 meses	5 anos e 9 meses, sendo: - 3 anos e 4 meses (judicial) - 6 anos e 4 meses (extrajudicial)	3 anos e 4 meses, sendo: - 3 anos e 3 meses (judicial) - 4 anos e 11 meses (extrajudicial)	6 anos e 5 meses, sendo: - 5 anos e 3 meses (judicial) - 6 anos e 11 meses (extrajudicial)
2º grau	8 meses	1 ano	8 meses	2 anos e 7 meses
Tempo médio dos processos pendentes				

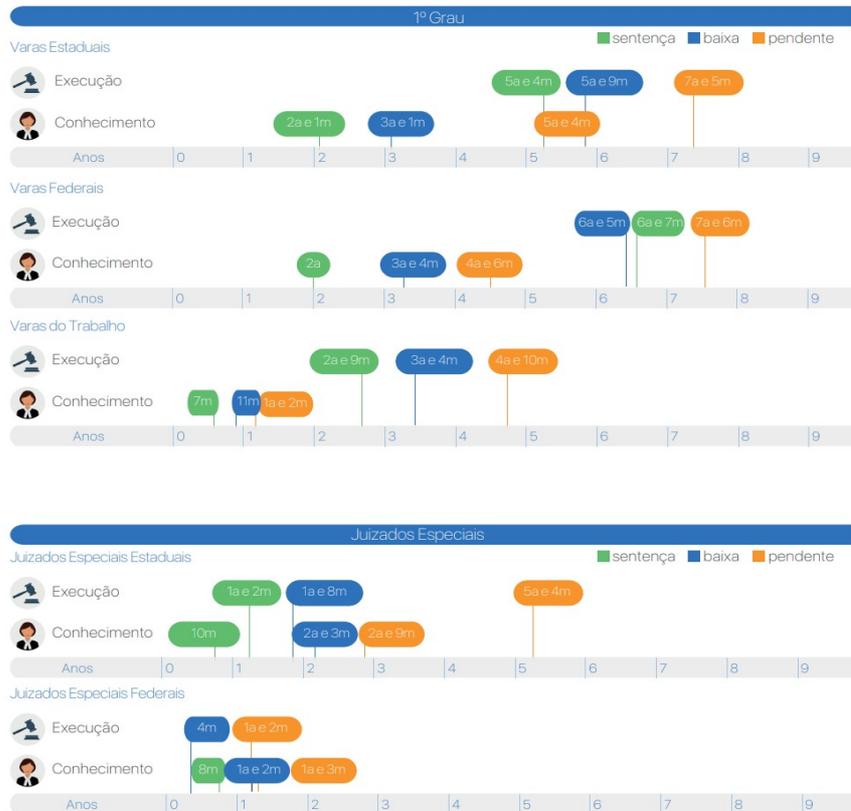
ADI 5766 / DF

Conhecimento	4 anos e 4 meses	5 anos e 4 meses	1 ano e 2 meses	4 anos e 6 meses
Execução	7 anos e 4 meses	7 anos e 6 meses	4 anos e 10 meses	7 anos e 7 meses
2º grau	2 anos e 5 meses	2 anos e 6 meses	8 meses	3 anos e 1 mês

2019	Justiça brasileira (geral)	Justiça Estadual (comum, sem juizado)	Justiça do Trabalho	Justiça Federal (comum, sem juizado)
Tempo médio para sentença				
Conhecimento	2 anos	2 anos e 5 meses	8 meses	1 anos e 7 meses
Execução	4 anos e 9 meses	4 anos e 9 meses	3 anos e 11 meses	7 anos e 10 meses
2º grau	10 meses	8 meses	5 meses	2 anos
Tempo médio para baixa				
Conhecimento	1 ano	3 anos e 7 meses	1 ano	2 anos e 10 meses
Execução	6 anos e 6 meses, sendo: - 2 anos e 5 meses (judicial) - 7 anos e 9 meses (extrajudicial)	7 anos, sendo: - 4 anos e 2 meses (judicial) - 7 anos e 7 meses (extrajudicial)	2 anos e 6 meses, sendo: - 2 anos e 5 meses (judicial) - 6 anos e 5 meses (extrajudicial)	8 anos e 3 meses, sendo: - 4 anos e 6 meses (judicial) - 9 anos e 2 meses (extrajudicial)
2º grau	10 meses	1 ano	10 meses	2 anos e 5 meses
Tempo médio dos processos pendentes				
Conhecimento	3 anos e 11 meses	4 anos e 2 meses	1 ano e 1 mês	3 anos e 9 meses
Execução	7 anos	6 anos e 11 meses	4 anos e 10 meses	8 anos e 4 meses
2º grau	2 anos e 1 mês	2 anos e 6 meses	1 ano	2 anos e 4 meses

Ainda, colaciono os diagramas do relatório de 2017 relativos ao primeiro grau, que bem ilustram a comparação acima, ao lado dos juizados especiais:

ADI 5766 / DF



É certo que processo de “duração razoável” não equivale a “processo rápido”, mas de tempo adequado para a prestação da atividade jurisdicional considerando as circunstâncias do caso concreto. Nessa linha, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, faz-se necessário conjugar diferentes aspectos para concluir pela violação ou não da garantia da duração razoável do processo, a saber, a complexidade do problema apresentado, a conduta processual das partes e do órgão julgador e o impacto que o tempo de tramitação pode ter sobre os indivíduos (assim, por exemplo, *Valle Jaramillo e outros vs. Colombia*, Sentença de 27 de novembro de 2008, parágrafo 155, e casos subsequentes, tal como *Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, Sentença de 04 de fevereiro de 2019, parágrafo 118).

Desse modo, a diferença na duração de cada processo, no mesmo ou nos diferentes ramos da Justiça brasileira, pode também significar os diferentes níveis de complexidade dos litígios, além dos demais fatores, mas, aos menos em termos quantitativos, as estatísticas acima indicam

ADI 5766 / DF

que a tramitação do processo na Justiça do Trabalho é relativamente célere.

16. Ademais, como apontado pelo Eminentíssimo Ministro Relator, a Justiça do Trabalho, de modo consistente, ainda que com certa flutuação ao longo dos anos, igualmente se destaca em comparação com a Justiça Federal e a Justiça Estadual na resolução consensual dos conflitos. Conforme dados do relatório Justiça em Número 2017, em 2016, a taxa de conciliação na Justiça brasileira foi de 11,9%, sendo 17% na fase de conhecimento e 5% na execução, com a seguinte distribuição: a) Justiça Estadual, 10,9%; b) Justiça do Trabalho, 25,8%, sendo 40% se só considerada a fase de conhecimento; e c) Justiça Federal, 4,4%. O relatório de 2020 vai na mesma linha, ao indicar os seguintes percentuais conciliatórios: a) Justiça Estadual, 11,3%; b) Justiça do Trabalho, 23,7%; e c) Justiça Federal, 10,6%.

17. Também se deve notar que, ainda em termos quantitativos e comparativos, a relação entre o número de pessoal (magistrados e servidores) e o número de processos, isto é, a carga de trabalho não era e não é a mais alta na Justiça do Trabalho. Conforme os relatórios do CNJ de 2017 e 2020 (anos-base 2016 e 2019):

2016	Justiça brasileira (geral)	Justiça Estadual	Justiça do Trabalho	Justiça Federal
Carga de trabalho por magistrado	6.696 (bruto) 5.918 (líquido)	7.364 (bruto) 6.775 (líquido)	3.071 (bruto) 2.606 (líquido)	8.448 (bruto) 5.721 (líquido)
IPM (Índice de produtividade dos magistrados; considera média de processos baixados)	1.749	1.773	1.248	2.065
Magistrados 100.000 habitantes	8,16	5,66	1,63	0,8
Carga de trabalho por servidor judiciário	533 (bruto) 472 (líquido)	610 (bruto) 561 (líquido)	335 (bruto) 284 (líquido)	640 (bruto) 433 (líquido)
IPS (Índice de produtividade dos servidores; considera média de processos baixados)	139	147	136	156

ADI 5766 / DF

2019	Justiça brasileira (geral)	Justiça Estadual	Justiça do Trabalho	Justiça Federal
Carga de trabalho por magistrado	6.962 (bruto) 6.115 (líquido)	7.715 (bruto) 6.981 (líquido)	2.927 (bruto) 2.497 (líquido)	9.107 (bruto) 6.745 (líquido)
IPM (Índice de produtividade dos magistrados)	2.107	2.171	1.264	2.945
Magistrados 100.000 habitantes	8,65	5,91	1,74	0,93
Carga de trabalho por servidor judiciário	579 (bruto) 508 (líquido)	646 (bruto) 585 (líquido)	339 (bruto) 289 (líquido)	792 (bruto) 586 (líquido)
IPS (Índice de produtividade dos servidores; considera média de processos baixados)	175	182	146	256

Ademais, em 2016, conforme relatório de 2017, a Justiça do Trabalho já apresentava custo médio mensal por magistrado mais baixo: a) Justiça brasileira, R\$ 47.703; b) Justiça Estadual, R\$ 49.093; c) Justiça do Trabalho, R\$ 38.819; d) Justiça Federal, R\$ 50.876; e) Justiça Militar, R\$ 53.784; f) Tribunais Superiores, R\$ 41.502; e g) Justiça Eleitoral, R\$ 8.782. Com relação a servidores, o cenário é um pouco diverso, mas inferior à Justiça Federal: a) Justiça brasileira, R\$ 13.670; b) Justiça Estadual, R\$ 11.694; c) Justiça do Trabalho, R\$ 17.989; d) Justiça Federal, 18.657; e) Justiça Militar Estadual, R\$ 12.646; f) Tribunais Superiores, R\$ 18.921; e g) Justiça Eleitoral, R\$ 12.946.

18. Os problemas da Justiça do Trabalho são comparativamente outros, quais sejam, a recorribilidade das decisões e, ainda que em menor intensidade, a execução, que não tem o mesmo grau de descongestionamento anual que os processos de conhecimento.

Assim, em 2016, conforme Justiça em Número 2017, a recorribilidade externa geral na Justiça brasileira era de 12,7%. Na Justiça Estadual, 8%. Na Justiça do Trabalho, 45,6%. Na Justiça Federal, 30,4%. O mesmo se diga em relação a 2019, conforme Justiça em Números 2020, em que a

ADI 5766 / DF

Justiça do Trabalho apresentou recorribilidade externa de 51,1%, sendo 57% para o segundo grau e de 41% para o Tribunal Superior do Trabalho. Em comparação, na Justiça Estadual o percentual foi de 6,9%. Na Federal, 19,5%.

Quanto à execução, cabe registrar que o problema de congestionamento é difuso no sistema de justiça. Na Justiça do Trabalho, a diferença que aparece de forma mais nítida é na comparação entre o congestionamento na fase cognitiva e na fase executiva, como, ilustrativamente, indicam os dados de 2020, em relação a 2019. Logra-se sentenciar feitos de modo consideravelmente mais célere do que satisfazer os créditos. No cotejo entre taxa de congestionamento nas fases de conhecimento e execução, em primeiro grau, tem-se, respectivamente: a) Justiça Estadual, 63% x 82%; b) Justiça do Trabalho, 35% x 73%; e c) Justiça Federal, 48% x 88%. A média nacional é de 52% x 82%.

Entretanto, em relação a esses aspectos, ao que tudo indica, não encontra guarida causal direta ou próxima com o excesso de litigância ou mais especificamente com a litigância frívola que se procura combater com a imposição de ônus ao beneficiário da litigância gratuita tal como nos preceitos em análise.

Certamente, o excesso de recursos também significa excesso de litigância nas instâncias superiores e que muitos podem ser manifestamente infundados, mas são um segundo momento em relação à inibição, em primeiro lugar, do **ajuizamento** de demandas que se procurou operar. Além disso, o sistema recursal tal como conformado e o funcionamento da justiça de modo mais amplo (por exemplo, com falta de uniformidade ou unidade na interpretação do direito) é que podem propiciar a interposição desenfreada de recursos.

Ademais, a questão da execução é problema geral da administração da justiça no Brasil, e mesmo assim é a execução mais eficiente no campo trabalhista, se tomado em consideração, como apontado nos dados acima, o tempo de tramitação do processo na fase de efetivação da decisão.

19. Teço, ainda, no ponto, algumas considerações sobre o quadro de gastos e arrecadação de cada um desses ramos, aspecto já ventilado no

ADI 5766 / DF**Plenário.**

As despesas totais do Poder Judiciário brasileiro, conforme o relatório do CNJ de 2017, estava no patamar de então R\$ 84,9 bilhões. Na Justiça Estadual, especificamente, tem-se: a) despesas, R\$ 48,1 bilhões (56,7%); b) custo por habitante, R\$ 233,42; e c) arrecadação, R\$ 16,7 bilhões (42,8%). Na Justiça do Trabalho: a) despesas, R\$ 17 bilhões (20,1%); b) custo por habitante, R\$ 82,72; e c) arrecadação, R\$ 3,4 bilhões (8,7%). Na Justiça Federal: a) despesas, R\$ 10.526.437.088 (12,4%); b) custo por habitante, R\$ 51,08; e c) arrecadação, R\$ 18,9 bilhões (48,4%).

Em relação ao mesmo período, dos quase 85 bilhões de despesas, o retorno de arrecadação foi de R\$ 39,04 bilhões (46%). Porém, veja-se que apenas 9,4 bilhões (24% da arrecadação diz respeito a custas, emolumentos, taxas etc. A maior parte (R\$ 22 bilhões = 56,2% do total da arrecadação) consiste em produto de execução fiscal, além de impostos *causa mortis* (R\$ 4,8 bilhões = 12,3%), execução previdenciária (R\$ 2,5 bilhões = 6,4%), sanções trabalhistas (R\$ 22,3 milhões = 0,1%) e imposto de renda (R\$ 410 milhões = 1,1%). A lógica se mantém, e, em 2020, conforme Justiça em Números 2021, dos R\$ 62,39 bilhões arrecadados, R\$ 40,2 bilhões corresponderam ao pagamento de créditos da Fazenda Pública por meio de execuções fiscais, ou seja, 64,4% daquela receita total.

Nesse cenário, é possível perceber que as execuções fiscais, ao mesmo tempo que são um dos grandes problemas do sistema de justiça brasileiro, ganham destaque no campo arrecadatório.

Por um lado, em consonância com o que indicam os tempos médios de duração dos processos executivos, são as execuções fiscais responsáveis pela elevada taxa de congestionamento. Assim, ainda conforme o relatório de 2017, representavam 75% do estoque das execuções, equivalendo a 38% dos casos pendentes, em congestionamento de 91%. Respectivamente, 53% do acervo total da Justiça Estadual, 42% do da Justiça do Trabalho e 49% do da Justiça Federal, mas com maior impacto na primeira e na última, pois a Justiça do Trabalho tinha apenas 0,34% do acervo das execuções fiscais da Justiça brasileira. Por outro lado, são também as grandes responsáveis pela arrecadação em comparação

ADI 5766 / DF

com os custos do funcionamento da máquina, a afastar a aparente situação de que os outros ramos consigam cobrir, de modo majoritário, as despesas próprias com base apenas nas receitas que dizem respeito, diretamente, ao serviço jurisdicional (taxas, emolumentos, etc.).

A ilustrar com os dados de 2020 (referido relatório de 2021), a maior arrecadação pela via das execuções fiscais foi a da Justiça Federal, que arrecadou mais do dobro de suas despesas. Angaricou 56,1% do total percebido pelo Judiciário, a significar R\$ 35 bilhões. Disso, porém, R\$ 34,9 bilhões resultaram das execuções fiscais, e não das despesas processuais propriamente ditas.

Ainda, é de se agregar a existência de custos ocultos nas execuções fiscais, na medida em que há valor mínimo para serem processadas (tal como, no âmbito federal, o patamar de R\$ 20 mil). Em outras palavras, há um custo social pelo não recebido em razão do custo do processo, o que é impactado mais ou menos conforme o grau de eficiência ou o valor que se considere incidir para processar cada execução fiscal.

Necessária diferenciação entre excesso de litígios, taxa de improcedência e litigância frívola e a problemática dos litigantes passivos habituais

20. Como se percebe dos dados acima expostos, comparativamente, portanto, a Justiça do Trabalho, enquanto instituição, apresenta o mais das vezes melhor cenário que os ramos não especializados (Justiça Federal e Justiça dos Estados), em termos de relação entre número de pessoal e número de processos, taxa de congestionamento, conciliação, tempo de tramitação até a sentença e, a depender, até mesmo execução.

Nesse sentido, considerando o excesso de litigância que foi o mote da introdução dos preceitos impugnados, bem assim de outras disposições, conforme referi no início do voto, transparece a necessidade de maior reflexão sobre alegada ineficiência, no contexto brasileiro, da Justiça do Trabalho, a demandar, até mesmo, como se supôs, a restrição da gratuidade da justiça.

Note-se: não estou a dizer que devemos “nivelar por baixo” a

ADI 5766 / DF

efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional, mas que a eficiência não deve simplesmente ter como referência cenários ideais, ou mesmo a situação de outros países; deve ser apreciada em seu contexto mais amplo e comparativamente às instituições congêneres.

Mais do que isso, no presente caso, o que parece devido é distinguir três situações, sem necessária correspondência ou nexo de causalidade entre elas: o excesso de litígios, a taxa de improcedência das pretensões buscadas em juízo e a litigância frívola.

Por um lado, o excesso de litígios pode ter e tem, como pontuado pelo Eminentíssimo Relator, diferentes causas, ao mesmo tempo que, é verdade, também é causa de outros problemas, no gerenciamento e atendimentos dos casos judiciais. Esse excesso, de todo modo, não tem relação automática, necessariamente significativa, ou de predominância com a litigância frívola. O cenário mais básico é aquele em que de fato ocorrem violações de massa, de devida inibição, cessação ou reparação, mas em número elevado.

Por outro lado, também é necessário distinguir a improcedência do pedido de litigância frívola, pois a rejeição da pretensão em juízo não quer dizer que a demanda seja evidentemente, ou que se trate sempre ou majoritariamente de mera aventura da parte autora.

Olhar apenas para o resultado de improcedência parece falacioso, justamente porque não se sabe, somente com base nessa informação, se tem como causa a temeridade ou pronta inviabilidade do pedido. Além de toda a complexidade que reveste a interpretação do direito e a valoração da prova, que não são ciências exatas, é possível que se trate de demandas não sabidamente infundadas desde o ajuizamento. Em poucas palavras: improcedência não é sinônimo de abuso de litigar.

E veja-se bem: quando a Constituição Federal enuncia que nenhuma “lesão ou ameaça de lesão” será excluída da apreciação judicial (art. 5º, XXXV), não estabelece que apenas o litigante que tem razão é que tem direito de ver a sua pretensão apreciada. Ao contrário, todas as pessoas, com ou sem razão, têm direito à tutela jurisdicional efetiva. No caso de procedência (ou então verossimilhança, na tutela provisória), incrementa-

ADI 5766 / DF

se o campo de abrangência desse direito, para também contemplar técnicas processuais que permita a adequada efetivação do provimento judicial.

Tampouco diz a Constituição Federal que apenas o litigante que tem razão é que tem direito à assistência jurídica gratuita, em sentido amplo, e assim à gratuidade da justiça. Diversamente, esse direito é assegurado a todas as pessoas “que comprovem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV), e o Estado não pode tirar com uma mão o que dá com a outra: como já enfatizado no Plenário, uma coisa coisa é a revogação da gratuidade por alteração das circunstâncias fáticas; outra, é autorizada cobrança de despesas processuais de quem ainda é beneficiário.

21. Problema que verifico é, exatamente, a questão da definição e identificação empírica da litigância temerária, frívola, aventureira; a quantidade de processos, ou mesmo o número total de improcedência, não é suficiente para diagnóstico adequado da questão. Do material submetido ao crivo do contraditório no processo, não encontro concreto delineamento dessa espécie de litigância nem sua clara vinculação com a assistência judiciária gratuita.

Mesmo na hipótese da perícia, em relação a que se menciona, no relatório da Comissão Especial de análise do projeto de lei, que a maioria dos recursos seria destinada a demandas com resultado de improcedência após a produção da prova pericial, não consigo vislumbrar, com a suficiente segurança, elementos que apontem para nítido caráter manifestamente infundado desses pedidos. Não entendo possível tal inferência a partir apenas de dados numéricos ao lado do total de gastos. O que se pretende é, a todo custo (ou melhor, às custas do beneficiário da gratuidade), diminuir o total de gastos da Justiça do Trabalho, justificando-se que há muita litigância sem fundamento, sem a apropriada demonstração empírica.

No mínimo, seria necessário saber quais de fato são as situações em que perícias são pleiteadas ou deferidas sem fundamento, bem assim o que significa “não ter fundamento”, considerando que a finalidade da prova é, justamente, possibilitar a formação da convicção judicial sobre a

ADI 5766 / DF

existência de fundamento, ou não, de dada alegação fática, antes de concluir que soluções econômico-financeiras são o mecanismo idôneo para combater o problema afirmado.

Cabe consignar, ademais, que, na Justiça do Trabalho, a realização de prova pericial assume especial relevância nos casos de saúde e segurança do trabalho, notadamente nos pedidos relativos a danos morais e materiais, acidente de trabalho, doença profissional, insalubridade ou periculosidade, cuja proteção possui estatura constitucional, nos termos dos arts. 7º, XXII e XXIII, e 196 da Constituição Federal.

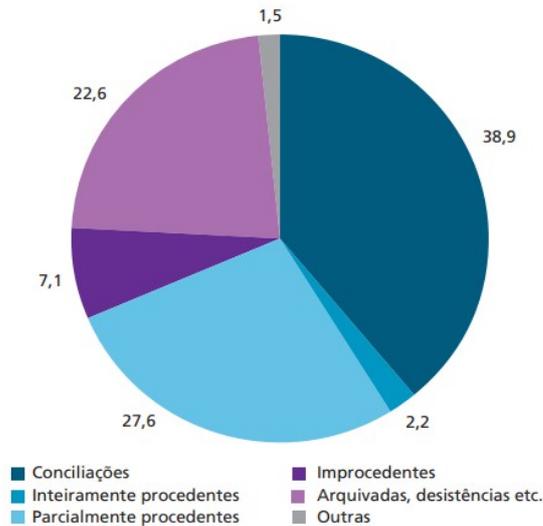
Com efeito, nos termos do art. 195 da CLT, § 2º, da CLT, arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, o juiz designará perito habilitado ou, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho. **A realização da prova pericial, portanto, não constitui faculdade da parte, mas obrigação imposta pela lei para se comprovar tais aspectos.**

22. Acresço que, conforme dados anteriores à Reforma Trabalhista, a Justiça do Trabalho em 2015 baixou 3,9 milhões de reclamatórios trabalhistas, correspondentes a 66,3% de seu acervo acumulado (demandas novas e processos remanescentes dos anos anteriores), sendo que a integral improcedência, o que se poderia cogitar para as demandas “das mais aventureiras”, representavam apenas 7,1% desse total, nos seguintes termos em primeiro grau:⁹

9 Cf. CAMPOS, André Gambier. Conflitos laborais no Brasil: a justiça do trabalho e as alternativas de resolução. Mercado de trabalho: conjuntura e análise, 63. Brasília: IPEA, outubro 2017, p. 68-69. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8129/1/bmt_63_conflitos.pdf

ADI 5766 / DF

GRÁFICO 3

Reclamações julgadas pela JT: primeiro grau (VTs) – resultados (2015)¹
(Em %)

Fonte: Brasil (2015a; 2015b; 2015c).
Elaboração do autor.
Nota: ¹ Fase de conhecimento.

Porém, como salientado, a improcedência total, ou a parcial procedência, não equivale à frivolidade da busca da tutela jurisdicional. Aliás, retomando o exemplo mencionado da decisão tomada pela Suprema Corte do Reino Unido, conforme se afirma na inicial (p. 67), a introdução das taxas não acarretou o decréscimo das demandas ajuizadas improcedentes, ao contrário.

23. Nesse cenário, muitas perguntas demandam resposta para que se possam acolher as inferências feitas pelo legislador, e para que as pesquisas possam de fato se colocar como pertinente instrumental metodológico.

A começar, quais são essas demandas frívolas que tanto abarrotam a Justiça do Trabalho? São repetitivas, fática ou juridicamente? Se existem e em grau considerável, por que continuam sendo reiteradamente ajuizadas? Do grande total anual de novas ações, quantas de fato são demandas frívolas? Não são suficientes, ou por que não são utilizadas e em que medida, as técnicas processuais previstas na legislação para lidar com causas e questões repetitivas? Poderiam ser coletivizadas?

Igualmente, é de se questionar: em face de quem são essas demandas ajuizadas na Justiça do Trabalho? Quem são os litigantes habituais

ADI 5766 / DF

passivos? Eles não são também responsáveis pelo grande número de novas ações? Por que continuam sendo propostas tantas ações em face dos mesmos litigantes? A litigância passiva contumaz também não é temerária? Por que esses litigantes não alteram a sua conduta em sendo supostamente tão fácil – ou excessivamente fácil – o acesso à Justiça do Trabalho?

A título ilustrativo, lembro os dados do Ranking dos 200 Maiores Litigantes, ranking este produzido pelo TST (casos novos no TST em 2020)¹⁰, entre os quais desponta a União. Destaco os dez primeiros:

1. PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS
2. BANCO DO BRASIL S.A.
3. BANCO BRADESCO S.A.
4. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E
TELÉGRAFOS - ECT
5. UNIÃO
6. ESTADO DO RIO DE JANEIRO
7. ITAÚ UNIBANCO S.A.
8. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
9. TELEFÔNICA BRASIL S.A.
10. BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

Acesso à justiça, pobreza e a desproporcionalidade da oneração do beneficiário da gratuidade da justiça

24. Antes eu disse que o direito à tutela jurisdicional e à assistência jurídica gratuita (e, assim, à gratuidade da justiça), previstos expressamente no texto constitucional, não se restringem ao litigante que tem razão. Ao contrário, são garantias conferidas à generalidade das pessoas que pretendem a tutela de seus direitos, tenha ou não fundamento, de modo que não se pode, por via transversa, sonegar o benefício da gratuidade, no caso de sucumbência, pela simples existência de recursos oriundos do mesmo ou de outro processo.

Noutra face do problema, também parece ilusório assumir que o

10

<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/ranking-das-partes>

ADI 5766 / DF

risco da sucumbência (e mais, aqui: o risco de concretamente responder pelas verbas de sucumbenciais, e não apenas ter-lhe imputada a responsabilidade por elas, i.e., sem exigibilidade enquanto perdura o estado fático autorizador da concessão da gratuidade) apenas inibe a litigância frívola. Igualmente aí se desconhece a própria natureza do direito, a imaginar-se tanto que seja simples a diferenciação entre litígios frívolos e ações que têm chances razoáveis de procedência e que os riscos da sucumbência possam ser razoavelmente assumidos pela parte (aqui, a parte pobre) na hipótese de dúvida legítima sobre o sucesso do pleito.

Não se pode esquecer, ainda, que o que é uma demanda de alta probabilidade de improcedência hoje, ou demanda temerária, poderá não sê-lo amanhã, justamente em razão da transformação do direito e dos direitos ao longo do tempo, além dos avanços da ciência. Retira-se, então, a possibilidade de a parte afetada questionar o *status quo*, ao ser afastada da jurisdição pelo risco da sucumbência; ou seja, apenas classes mais altas, ou no mínimo menos vulneráveis, poderiam assim “se aventurar” no reconhecimento de novos direitos, ou no questionamento de situações que vão de encontro a compreensões tradicionais.

Nesse sentido, ilustro com a citação de precedentes que este Plenário tem formado acerca do significado da tutela da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Notadamente no exercício da jurisdição constitucional a que vocacionado, têm situado o Supremo Tribunal Federal na vanguarda da concretização da ordem de direitos assegurados na Constituição Federal.

Essa Corte Suprema tem se mostrado sensível ao ideal de que o amplo acesso de indivíduos e grupos, titulares de direitos, ao Poder Judiciário constitui verdadeiro pressuposto da efetividade de todos os demais direitos assegurados na Lei Fundamental, vinculando-se assim, à própria força normativa da Constituição. É dizer, direito nenhum terá materialidade se não puder ser devidamente reivindicado.

Invocando, assim, os vetores hermenêuticos da igualdade e da dignidade da pessoa humana, esta Corte, no julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277 (Relator Ministro Ayres Britto, DJe 14.10.2011),

ADI 5766 / DF

reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e assegurou aos companheiros homoafetivos a possibilidade de reivindicarem todos direitos assegurados pela legislação civil aos casais heteroafetivos.

A dimensão material do princípio da igualdade foi adotada como fundamento central também da declaração de constitucionalidade do sistema de ação afirmativa (cota racial) adotado pela Universidade de Brasília – UnB, objeto da ADPF 186 (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 26.4.2012, DJe 20.10.2014).

Em decisão unânime, no julgamento da ADI 4275, o Plenário do STF reconheceu, em março de 2018, decorrer do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana o direito de indivíduos transgêneros à alteração do prenome e da indicação de gênero em documentos de registro civil, independentemente de realização de cirurgia de redesignação sexual. Decidiu-se, ainda, serem desnecessários, para tanto, autorização judicial ou laudos médicos e psicológicos.

No julgamento da ADI 3239, concluído em 08.02.2018, em que fui designada como redatora para o acórdão, o compromisso do Constituinte com a dignidade da pessoa humana e com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (arts. 1º, III, e 3º, I, da CF) deram a tônica do reconhecimento, por esta Corte, da concretude dos direitos garantidos no art. 68 do ADCT aos remanescentes das comunidades dos quilombos.

No julgamento da ADI 5617 (Relator Ministro Edson Fachin), em 15.3.2018, esta Corte reconheceu que o ideal de igualdade, na representação política das mulheres, somente será alcançado se efetivamente disponibilizados às candidatas os recursos materiais que lhes permitam participar da disputa por cargos eletivos em igualdade de condições com os demais candidatos, observado o princípio da proporcionalidade.

Estes são apenas alguns dos inúmeros exemplos a evidenciar que a compreensão do papel central ocupado pela garantia de acesso à jurisdição como condição para o reconhecimento de direitos subjetivos, tanto individuais quanto coletivos, tem norteado a atuação desta Corte. Penso que esse enfoque – assegurar o “direito a ter direitos” - não deve

ADI 5766 / DF

ser abandonado quando enfocada a proteção dos direitos de que é titular o trabalhador.

25. Como já mencionado neste Plenário e neste voto, em obra clássica, os Professores Cappelletti e Garth apresentam as “ondas” do acesso à justiça (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988). A primeira delas é, justamente, o suporte financeiro pelo Estado. Embora insuficiente esse passo para a concretização integral do acesso à justiça, é ele imprescindível para a tutela dos direitos de pessoas e grupos em situação de exclusão e vulnerabilidade.

Nessa perspectiva, a importância da assistência jurídica para o acesso à justiça já foi reconhecida em outras oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal, e aqui cabem as considerações que fiz no caso dos duodécimos da Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso (ADPF 504):

19. Acesso a Justiça: direito fundamental processual estruturante do Estado de Direito

Os direitos fundamentais processuais, percebidos e reconhecidos como categoria jurídica, representam não apenas um mínimo essencial para a defesa dos cidadãos frente a atuação do poder estatal, apresentado pelo Poder Judiciário, mas, antes, um conjunto permanente e imutável de direitos de um sistema civilizado de administração da justiça. (Mauro Cappelletti. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Comparative constitutional, international and social trends. Stanford Law Review, vol. 52, p. 652).

Todavia, a história da literatura jurídica e da prática jurisdicional demonstra que regras, instituições ou princípios não alcançam suas finalidades e razões subjacentes quando se lhes considera a relevância jurídica apenas no plano abstrato e positivo. As variáveis da realidade social, econômica, política e institucional devem igualmente ser levadas em consideração para a efetiva

ADI 5766 / DF

força normativa das regras, notadamente daquelas que envolvem direitos fundamentais processuais.

O significado jurídico dos direitos fundamentais processuais que compõem, em conjunto, a estrutura do *processo justo* exige do Estado- jurisdicional e do Estado- legislador atuação positiva na disposição de técnicas processuais adequadas e eficientes para a prestação da tutela jurisdicional, bem como de estruturas e instituições necessárias para a densificação normativa do acesso à justiça (MARINONI, Luiz Guilherme. 8 ed. *Teoria Geral do Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014).

Nesse sentido, José Gomes Canotilho, quanto ao conteúdo e normatividade do direito de acesso aos tribunais, afirma *“A centralidade da garantia do acesso ao direito da tutela jurisdicional efectiva tem razões que merecem ser explicitadas: (i) em primeiro lugar ela pressupõe um catálogo de direitos fundamentais, pois qualquer comunidade de direito é necessariamente uma comunidade de direitos; (ii) em segundo lugar, só uma protecção jurisdicional efectiva realiza a dimensão de juridicidade do poder, no seu sentido básico de proibição da autodefesa e de afirmação do monopólio estatal da coerção; (iii) em terceiro lugar, o recorte do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional como direito autónomo e específico permite fazer funcionar uma tutela dos direitos a vários níveis (...) O direito de acesso ao direito e à justiça é um direito complexo “marcado por normas”, pois nele se precipitam várias dimensões constitutivas a que correspondem outros tantos níveis de garantia.”* (*O direito de acesso à justiça constitucional*. Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa, 2011).

Por outras palavras, o reconhecimento de direitos, garantias e remédios processuais no plano abstrato e conceitual-positivo é insuficiente e inadequado para a realização da norma constitucional de acesso à justiça. Com mais razão ainda, quando se trata de norma

ADI 5766 / DF

constitucional estruturante do desenho institucional do Estado de Direito e da democracia (WALDRON, Jeremy. *The rule of law and the importance of procedure*. Nomos, vol. 50, 2011, p. 3-31). O direito de acesso aos tribunais é o instrumento à disposição de todo cidadão para defender-se em face da atuação de terceiros e do próprio Estado. Ou seja, é a técnica indispensável para a contestação pública e legítima das regras decisórias estatais, seja no campo administrativo, seja no judicial ou, mesmo, no legislativo.

O acesso à justiça deve ser reconhecido como um direito efetivo, e não uma mera perspectiva teórica e abstrata. É certo, contudo, que barreiras há a dificultar, quando não a obstaculizar, o acesso efetivo e adequado ao sistema de justiça geral. Essas barreiras consistem em problemas sociais, estruturais, econômicos e mesmo jurídicos, na medida em que o direito de acesso ao judiciário implica custos financeiros, culturais e sociais.

Melhor explicando, para o cidadão litigar e requerer a proteção do seu direito, necessita financiar o pagamento de três variáveis imprescindíveis na administração da justiça, como despesas do processo, custos judiciais e honorários de sucumbência, mais os honorários advocatícios contratados, que envolvem esfera privada. Ressalvam-se aqui os contextos específicos, por exemplo, juizados e gratuidade da justiça.

A ausência de condições materiais para a tutela dos direitos processuais acarreta, em essência, violação do direito de tratamento igualitário perante o Direito. Isso porque se, de um lado, o litigante que não possui condições econômicas de arcar com os custos do processo terá efetivos prejuízos no exercício do direito de acesso à justiça e, portanto, de proteção adequada ao direito material, de outro, o litigante adversário, com condições financeiras e técnicas, atuará com maior eficiência no processo. Tal situação configura desequilíbrio procedimental substantivo entre as partes, na sua atuação

ADI 5766 / DF

perante o Estado e contra o Estado ou terceiros.

A barreira social, por outro lado, consiste em elemento anterior para o adequado acesso à justiça e à dimensão normativa da comunidade política no qual inserido o cidadão. Esse elemento é o conhecimento prévio dos próprios direitos e do funcionamento do sistema de justiça, problema que se agrava, em maiores proporções, nas comunidades com índices de baixa escolaridade e rendimento financeiro (e cultural).

As questões sociais, culturais e econômicas devem ser reconhecidas como problema ou barreira a ser contornada para que o acesso à proteção judicial adequada e efetiva se desloque, do plano retórico abstrato, para o concreto das circunstâncias e necessidades da realidade.

A reivindicação dos direitos, notadamente das pessoas hipossuficientes do ponto de vista social e financeiro, é tarefa que compõe o direito de acesso à justiça, o qual é categorizado como o direito aos direitos, e o desenho da administração da justiça. Sem o adequado conhecimento dos direitos e sem estruturas e técnicas processuais adequadas, os direitos fundamentais individuais, coletivos ou sociais, são quimeras e abstrações, destituídas de significado jurídico e normativo (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective*. Buffalo Law Review, vol. 27, 181-292). Daí a necessidade de instituições e estruturas procedimentais que permitam o desenvolvimento de projetos de educação jurídica dos cidadãos sobre seus direitos.

A potencialidade da eficácia dos direitos deve ser traduzida em realidade para os cidadãos que não possuem condições sociais, técnicas, e econômicas de reivindicarem seus direitos, e mesmo de reivindicarem sua inclusão na institucionalidade estatal. O trabalho para tornar o direito das *pessoas comuns* verdadeiramente realizados se

ADI 5766 / DF

desdobra em duas dimensões, quais sejam, a assistência judiciária gratuita e a informação dos direitos. Ignorar essas facetas do acesso à justiça, por vezes, traz uma falsa percepção de normalidade institucional de proteção judicial, uma vez que, em alguns momentos, o problema não se coloca pelo simples fato da ausência de reivindicação dos direitos pelas *peessoas*. Ausência que opera em decorrência de um contexto de desconhecimento normativo.

Desse modo, quanto mais carente e mais distante uma comunidade se encontra do centro cultural e financeiro de um Estado, mais ela precisa de atuação da assistência judiciária em uma concepção abrangente (de significado jurídico e social do acesso), com estruturas adequadas para o fiel cumprimento desse dever.

Anoto, ademais, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mediante a apreciação dos distintos casos que chegaram ao seu conhecimento, já identificou a pobreza “como um fator de vulnerabilidade que aprofunda o impacto de violações de direitos humanos nas vítimas submetidas a esta condição” (cf. Sentença de 20/10/2016, Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, Voto Fundamentado do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, parágrafo 26 e seguintes).

Dessa forma, é possível reconhecer relação cíclica entre pobreza e falta de acesso à justiça. A condição de pobreza não somente é causa, mas também acentua o impacto da falta de acesso à justiça. A condição de pobreza significa falta de recursos para acesso próprio à justiça, ao mesmo tempo que a falta de acesso agrava a condição de pobreza, vulnerabilidade, marginalização e exclusão.

A propósito, também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a importância fundamental do acesso à justiça no combate à pobreza:

509. Nesse sentido, a Comissão compartilha o

ADI 5766 / DF

indicado pela ex Relatora das Nações Unidas para a Extrema Pobreza e os Direitos Humanos, ao indicar que o acesso à justiça é fundamental para fazer frente às principais causas da pobreza, da exclusão e da situação de vulnerabilidade. Faz-se necessário facilitar um recurso sensível, rápido, efetivo e econômico nas áreas administrativa e judicial, de maneira a garantir a efetividade dos programas e prestações dos direitos sociais das pessoas que vivem em situação de pobreza. (Relatório sobre pobreza e direitos humanos nas Américas, de 17/09/2017, p. 176)¹¹ Tradução livre.

26. Quanto à seara específica do direito do trabalho, cabe acrescentar que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa foram erigidos como pilares da República Federativa do Brasil, na expressa dicção do seu art. 1º, III e IV, da Constituição Federal, o que significa compreender que a efetiva proteção ao trabalho concretiza um meio de assegurar ao ser humano um patamar mínimo de dignidade: a defesa do direito do trabalho é indissociável da própria defesa dos direitos humanos. A esse respeito, a lição de Carmen Camino:

“(…) à luz do direito constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre em todos os demais Estados democráticos – em especial aqueles marcados pelas feridas de períodos

11 “509. En ese sentido, la Comisión comparte lo indicado por la ex Relatora de Naciones Unidas para la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, al indicar que el acceso a la justicia es fundamental para hacer frente a las principales causas de la pobreza, la exclusión y la situación de vulnerabilidad. Se hace necesario facilitar un recurso sencillo, rápido, efectivo y económico en sede administrativa y judicial, de manera que se garantice la efectividad de los programas y prestaciones de los derechos sociales a las personas que viven en situación de pobreza.”

ADI 5766 / DF

autoritários recentes, que ainda sangram –, o valor está explícito, informa toda a elaboração normativa do Estado e baliza conduta dos cidadãos.

Ora, uma adequada e presente leitura do direito do trabalho só nos leva a esse valor fundante. A igualdade, apontada como sua marca indelével, projeta-se da percepção da dignidade intrínseca ao trabalhador, pessoa humana. Sem esse colorido humanístico, a liberdade é um conceito vazio.

A desigualdade econômica, que deixa o empregado à mercê do empregador, é fator de profunda indignidade. A busca de compensação dessa desigualdade, de alcançar uma igualdade verdadeira, substancial, é a busca da realização da dignidade da pessoa humana.”¹²

Em sentido convergente Maurício Godinho Delgado:

“(…) o princípio da dignidade da pessoa humana traduz a ideia de que o valor central das sociedades, do Direito e do Estado contemporâneos é a pessoa humana, em sua singeleza, independentemente de seu status econômico, social ou intelectual. O princípio defende a centralidade da ordem juspositivista e social em torno do ser humano, subordinante dos demais princípios, regras, medidas e condutas práticas.

Trata-se do princípio maior do Direito Constitucional contemporâneo, espraiando-se, com grande intensidade, no que tange à valorização do trabalho.

(…)

A dignidade do ser humano fica lesada caso este se encontre privado de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser social, a pessoa humana tem assegurada por este princípio iluminador e normativo não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano comunitário circundante. (…)

(…) Na medida desta afirmação social é que desponta o direito

12 CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 3ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

ADI 5766 / DF

do trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego.”¹³

Não ignoro o intenso debate doutrinário sobre o princípio da dignidade da pessoa humana motivado pela amplitude do conceito. Possível, no entanto, admitir relativo consenso quanto a comportar, o núcleo do princípio da dignidade humana, como denominador comum dos conteúdos normativos sobre ele projetados, a ideia de mínimo existencial¹⁴, entendido como o “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa”¹⁵. Tal compreensão encontra ressonância na jurisprudência desta Casa, in *verbis*:

“A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, **acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos**, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).” (ARE 639337-AgR/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 23.8.2011, DJe 15.9.2011)

13 DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios constitucionais do trabalho. In Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Nº 8. Set-Out/2005.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

15 BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ADI 5766 / DF

A Constituição Federal consagra que a finalidade do desenvolvimento econômico não está divorciada do processo social.¹⁶ O art. 170, caput, da Lei Maior eleva a valorização do trabalho humano à condição de fundamento da ordem econômica pátria e os arts. 5º, XXIII, e 170, III, proclamam a função social da propriedade como fator de legitimação, sob a ótica dos direitos fundamentais, dos limites opostos à liberdade de contratar. Nesse quadro, inadmissível ter o progresso social como obstáculo ao desenvolvimento econômico quando ele constitui o seu próprio fim. Como pontuam Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, “desconhecer o status constitucional do segmento justrabalhista significa, em outra medida, esvaziar o próprio conteúdo social da Constituição de 1988”.¹⁷

Nesse aspecto, a Constituição brasileira tem a companhia de outros diplomas constitucionais mais ou menos contemporâneos como, v.g., as constituições Portuguesa de 1976 e Espanhola de 1978, e Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas.

Não restritas a declarar direitos assecuratórios da esfera de liberdade individual em face do Estado, as constituições contemporâneas atribuem ao Estado a missão de atuar positivamente no sentido de proporcionar à pessoa humana condições materiais para, no gozo dessas liberdades, exercer as suas capacidades na busca da realização pessoal. Sob esse prisma, a igualdade material traduz-se em liberdade, presente que as privações materiais afetam as possibilidades de efetivo exercício das próprias capacidades.

Nesse sentido, para além da discussão acerca do “custo social de postular em juízo” ou “do custo social da litigância”, no caso em que se

16 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

17 DELGADO, Mauricio Godinho & DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

ADI 5766 / DF

trata especificamente do beneficiário da justiça gratuita na Justiça do Trabalho, consideradas não somente a delicada relação entre empregados e empregadores decorrente do desequilíbrio de poderes, mas também e principalmente a condição de vulnerabilidade da maioria dos cidadãos trabalhadores que nela litigam, devem ser evitados os custos sociais da norma que impõe medidas econômicas restritivas à afirmação de direitos trabalhistas, principalmente na sociedade brasileira, cujo primeiro valor fundante, estatuído pela Constituição da República, logo em seu Preâmbulo, consiste em “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”.

27. Na Justiça do Trabalho, portanto, assume especial relevo, na concretização do princípio fundamental do acesso à jurisdição consagrado no art. 5º, XXXV, CRFB, uma garantia a ele conexas: a gratuidade judiciária aos que comprovarem insuficiência de recursos, prevista no art. 5º, LXXIV, CRFB.

Reduzir o conceito de gratuidade da justiça à ausência de cobrança antecipada é negar frontalmente o que assegura a Constituição da República sobre a assistência jurídica gratuita, ao dispor, claramente, que ela será **gratuita e integral**.

O **art. 790-B, caput e § 4º, da CLT** retira do Estado a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais e a deposita no titular do direito fundamental à assistência jurídica gratuita e integral, preservando uma espécie de responsabilidade subsidiária do Estado em uma hipótese extremamente restrita. Ao não assegurar assistência jurídica que seja, de fato, gratuita e integral, tal preceito nega vigência ao **art. 5º, LXXIV, da CF**.

Igualmente, ao transferir ao titular do direito fundamental à assistência jurídica a responsabilidade pelo pagamento dos **honorários advocatícios de sucumbência**, o **791-A da CLT** faz letra morta do **art. 5º, LXXIV, da CF**, que expressamente atribui ao Estado o dever de prestar assistência que seja **gratuita e integral**.

É que a mera consecução de crédito em montante matematicamente suficiente para cobrir determinada despesa processual em absoluto se

ADI 5766 / DF

confunde com a **eliminação da condição de pobreza** que justifica e, nos termos do **art. 5º, LXXIV, da CF**, impõe a concessão do benefício. Se essa condição não for afastada, o **Estado** não está autorizado pela Constituição a se eximir da obrigação de prestar assistência que seja, repito, **gratuita e integral**.

Em outras palavras, a Constituição, no **art. 5º, LXXIV**, proíbe a lei, ainda que com a melhor das intenções, de **sonegar assistência jurídica gratuita e integral a quem estiver em situação de insuficiência de recursos**. Somente se comprovada a superação da condição de vulnerabilidade econômica, poderá a gratuidade ser afastada pela legislação.

Além disso, a idiossincrática previsão da utilização de **créditos obtidos em outro processo** para o pagamento de **despesas processuais** relativas a **honorários periciais e honorários advocatícios de sucumbência** destoa dos **procedimentos ordinários de cobrança de dívidas**, traduzindo procedimento que beira o **confisco** e desconsidera a realidade de que, frequentemente, os créditos assim subtraídos do trabalhador hipossuficiente já poderão ter sido por ele empenhados. Creio que, em se tratando de jurisdicionado economicamente vulnerável, seria um truísmo afirmar que nenhum recurso por ele recebido “está sobrando”, no sentido de que não seria por ele destinado à própria subsistência ou de sua família.

Quanto ao **art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT**, que determina ao reclamante beneficiário da justiça gratuita o pagamento de custas processuais na hipótese de ausência injustificada à audiência, condicionando ao seu recolhimento a propositura de nova demanda, compete acrescentar que nos termos do **art. 732 da CLT**, o reclamante que por duas vezes causa o arquivamento da reclamação por não-comparecimento justificado, já está sujeito à penalidade de **perda do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho pelo prazo de seis meses**, enfrentando, com isso, inclusive os efeitos da **prescrição**.

28. Em síntese, por essas razões, entendo que os preceitos impugnados, na medida em que se referem às pessoas beneficiárias da

ADI 5766 / DF

gratuidade da justiça, não passam no teste da proporcionalidade, seja por não ter restado demonstrada a adequação da medida para combater a litigância frívola ou excessiva, como exposto em tópico próprio, seja por representar medida excessiva em relação à pessoa assistida, sobremaneira o trabalhador sem recursos, como consignado ao longo do voto.

Foi referido na tribuna, por amigo da corte, que não se pode igualar litigante pobre a litigante irresponsável, com o que se concorda, em consonância com a vedação da discriminação (art. 5º, *caput*, CRFB), mas tal premissa não serve à conclusão de que é lícita – ou constitucional – a atribuição do ônus posto pela lei, ou o visado desestímulo, a quem pouco já tem. Em vez de se tutelar a pessoa que está em situação de pobreza, coloca-se mais um peso a ser carregado por ela.

O que ocorre na gratuidade da justiça é que o afastamento do custo individual para atender ao interesse social da tutela das pessoas em situação de pobreza ou hipossuficiência econômica, em prol do acesso à justiça, por expressa previsão constitucional. Por definição, há custo social sem custo individual, porque a pessoa não pode com este arcar.

29. Um último argumento sobre o real significado e alcance do movimento do acesso à justiça, porquanto sua compreensão está atrelada a raciocínios e lógicas simplistas, quando não ingênuas. Os desenhos institucionais, procedimentais e as técnicas processuais pré-ordenadas na legislação não tratam de meros métodos formais de alocação e solução de disputas perante os tribunais. Mas, antes, de autêntica regulação do papel do Estado e da sua configuração, por meio dos tribunais, dos métodos de solução de disputas, e das políticas substantivas na implementação dos direitos fundamentais, na perspectiva do acesso à sua reivindicação.

O que isso quer dizer? Como afirmam, mais uma vez, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua introdução ao monumental projeto enciclopédico de direito comparado, “políticas públicas importantes estão em jogo nas decisões sobre quando encorajar as partes a litigar, como moldar suas reivindicações factuais e jurídicas e se promover uma resolução estritamente legal em oposição a um acordo negociado. O quanto a lei regula o comportamento social depende em grande parte de

ADI 5766 / DF

como a máquina da justiça é construída.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. Introdução - Políticas, tendências e ideias no processo civil. In: CAPPELLETTI, Mauro. Enciclopédia Internacional de Direito Comparado. Vol. XVI (civil procedimento). Tübingen: Mohr, 1987, p. 2).

Conclusão

30. Ante o exposto, acompanho a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, para reconhecer a inconstitucionalidade das normas questionadas, nos termos do pedido, com a devida vênias dos que entendem de forma diversa.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : CENTRAL UNICA DOS TRABALHADORES-CUT

ADV.(A/S) : JOSÉ EYMARD LOGUERCIO

AM. CURIAE. : CGTB - CENTRAL GERAL DOS TRABALHADORES DO BRASIL

ADV.(A/S) : RAPHAEL SODRE CITTADINO (53229/DF, 19789/ES, 435368/SP)

AM. CURIAE. : CENTRAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS - CSB

ADV.(A/S) : ZILMARA DAVID DE ALENCAR (38142/DF)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA

ADV.(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO (07077DF/DF)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT

ADV.(A/S) : FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA (0031442/DF) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL-CNA

ADV.(A/S) : RUDY MAIA FERRAZ (22940/DF) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela requerente, Procuradoria-Geral da República, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União; pelo *amicus curiae* Central Única dos Trabalhadores - CUT, o Dr. José Eymard Loguércio; pelo *amicus curiae* CGTB - Central Geral dos Trabalhadores do Brasil, o Dr. Raphael Sodré Cittadino; pelo *amicus curiae* Central dos Sindicatos Brasileiros - CSB, o Dr. Luis Antônio Camargo Melo; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo *amicus curiae* Confederação Nacional do Transporte - CNT, o Dr. Flávio Henrique Unes Pereira; e, pelo *amicus curiae* Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA, o Dr. Rudy Maia Ferraz. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 9.5.2018.

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para assentar interpretação conforme a

Constituição, consubstanciada nas seguintes teses: "1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento, e após o voto do Ministro Edson Fachin, julgando integralmente procedente a ação, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, neste julgamento, e o Ministro Celso de Mello, justificadamente. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2018.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Luiz Fux (Presidente), que acompanhava o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta, o julgamento foi suspenso. Plenário, 14.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, julgou improcedente a ação no tocante ao art. 844, § 2º, da CLT, declarando-o constitucional, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 20.10.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário