

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO E JURISDIÇÃO

O CARÁTER DISSUASÓRIO (OU NÃO) DOS HONORÁRIOS
PERICIAIS, SUCUMBENCIAIS E DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA
“REFORMA TRABALHISTA”: UM ENFOQUE SOB O EIXO DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

DOUGLAS FÍLIPI MAFRA

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DIREITO E JURISDIÇÃO

O CARÁTER DISSUASÓRIO (OU NÃO) DOS HONORÁRIOS
PERICIAIS, SUCUMBENCIAIS E DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA
“REFORMA TRABALHISTA”: UM ENFOQUE SOB O EIXO DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

DOUGLAS FÍLIPI MAFRA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor José Everton da Silva

AGRADECIMENTOS

Ao coordenador do curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, professor Doutor Paulo Márcio Cruz, bem assim a todos os professores do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ.

Ao meu orientador, professor Doutor José Everton da Silva, pela orientação e condução do trabalho, pela paciência, pronto atendimento e incentivo em todas as oportunidades que precisei.

Aos meus amigos advogados Bruno André Schwinden Wöhlke e Gregory Pedro Vieira Staniszewski pelo auxílio com as demandas do meu escritório enquanto estive no período das pesquisas.

Um agradecimento especial a minha família por abraçar este projeto pessoal e, sobretudo, por compreender a minha ausência durante toda esta jornada científica.

DEDICATÓRIA

Àquelas que carinhosamente chamo de “minhas meninas”. A primeira, minha esposa, Lidianne Antunes dos Santos Mafra, que me transformou em um homem melhor. A segunda, minha filha, Laura Antunes Mafra, que me transformou em um homem ainda melhor.

“O essencial é invisível aos olhos.” (Antonie Saint-Exupéry em “O Pequeno Príncipe”)

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, novembro de 2021

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized 'D' followed by a horizontal stroke and a small loop.

Nome do Autor(a)
Mestrando(a): Douglas Fílipi Mafra

P Á G I N A D E A P R O V A Ç Ã O

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 13/12/2021, às 14 horas, o mestrando DOUGLAS FÍLIPI MAFRA fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título “O CARÁTER DISSUASÓRIO (OU NÃO) DOS HONORÁRIOS PERICIAIS, SUCUMBENCIAIS E DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA “REFORMA TRABALHISTA”: UM ENFOQUE SOB O EIXO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO”.

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor José Everton da Silva (UNIVALI) como presidente e orientador, Doutor Jorge Hector Morella Junior (PPGDMT/UNIVALI) como membro, Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI) como membro e Doutor Tarcísio Vilton Meneghetti (PPGDMT/UNIVALI) como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 13 de dezembro de 2021.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
ART	Artigo
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CC/2002	Código Civil de 2002
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CPC	Código de Processo Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

ROL DE CATEGORIAS

Ação trabalhista: mecanismo jurídico colocado à disposição dos empregados para fins de resolução das controvérsias oriundas da relação de emprego, a exemplo de remunerações, benefícios, descontos indevidos, entre outras questões, conforme: descrição própria do autor, grifo meu.

Acesso à justiça: a expressão é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos, conforme: CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 8.

Análise Econômica do Direito: ramificação da ciência econômica imersa quase que exclusivamente na seara da Microeconomia, que tem por desiderato promover a análise e avaliação do papel das normas jurídicas dentro do funcionamento dos mercados, bem assim o impacto destas sobre o comportamento dos atores econômicos por meio do mapeamento das consequências nas quantidades e nos preços praticados, conforme: COLOMA, German. Analisis economico del derecho privado y regulatório. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 12.

Caráter dissuasório: trata-se de peculiaridade de alguma ação ou feito capaz de fazer com que alguém mude de opinião ou desista de alguma coisa; dissuasivo, conforme: DICIO, Dicionário Português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/dissuasorio/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

Eficiência: corresponde à soma das utilidades individuais acrescidas em cada pessoa atingida pela norma, medidas assim pelo aumento do bem-estar individual e social, ou seja, pelo ganho utilitário marginal, produzido pela norma, conforme: WOLKART,

psicologia podem vencer a tragédia da justiça. Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda., 2020, edição do Kindle, posição 3826.

Hipossuficiente: pessoa de escassos recursos econômicos, de pobreza constatada, que deve ser auxiliada pelo Estado, incluindo a assistência jurídica, conforme: LUZ, Valdemar P. da. Manual do advogado. 13 ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1999, p. 610.

Honorários periciais: trata-se dos valores devidos para o perito responsável pela análise técnica de fatos específicos no processo, como por exemplo: análise de possível doença laboral, veracidade de documentos, verificação do ambiente de trabalho (insalubre ou periculoso), entre outros, conforme: REDAÇÃO. Quem paga os honorários advocatícios e periciais? EMPLOYER. Disponível em: <https://www.employer.com.br/blog/quem-paga-os-honorarios-advocaticios-e-periciais/>. Acesso em: 02 nov. 2021

Honorários sucumbenciais: os honorários de sucumbência são valores fixados para o advogado por imposição de Lei, e estão previstos no Código de Processo Civil e no Estatuto da OAB. São fixados pelo juiz da causa em benefício do advogado da parte vencedora do processo, mas não são todos os casos em que isso ocorre, conforme: KAGEYAMA, André. Honorários de sucumbência no novo CPC: o que um advogado deve saber. AURUM. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/honorarios-de-sucumbencia/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

Litigância de má-fé: a litigância de má-fé é o exercício de forma abusiva de direitos processuais. Ocorre quando uma das partes impõe, voluntariamente, empecilhos para atingir a finalidade da demanda (julgamento final do que está sendo discutido), conforme: BARTOLOMEO, Felipe. Tudo o que os advogados precisam saber sobre litigância de má-fé. AURUM. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/litigancia-de-ma-fe/>. Acesso em: 02 nov. 2021.

Teoria da Escolha Racional: é composta por três elementos: (a) a percepção do mundo pelo agente social, interpretando e valorando as diferentes circunstâncias; (b) a emergência de opções, as quais são sempre mensuráveis e estáveis, possibilitando a sua classificação; (c) a escolha racional feita pelos agentes (indivíduo) com base nas suas intenções, mesmo que variáveis, aumentando a sua utilidade, conforme: SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. *Análise econômica do direito ambiental: perspectivas interna e internacional*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. p. 128.

Teoria dos Jogos: preocupa-se com o modo como os indivíduos tomam decisões quando estão cientes de que suas ações afetam uns aos outros e quando cada indivíduo leva isso em conta. É a interação entre tomadores de decisões individuais, todos eles com um propósito em vista, cujas decisões têm implicações para outras pessoas, o que torna as decisões estratégicas diferentes de outras decisões, conforme: BIERMAN, Harold Scott.; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos jogos*. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, p. 4.

SUMÁRIO

RESUMO	XIII
RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA	15
INTRODUÇÃO	16
Capítulo 1	21
HONORÁRIOS PERICIAIS, SUCUMBENCIAIS E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO	21
1.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO	21
1.2 MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS COM O ADVENTO DA LEI Nº 13467/2017.....	25
1.2.1 Honorários periciais.....	25
1.2.2 Honorários de sucumbência.....	29
1.2.3 Litigância de má-fé.....	38
1.2.4 Quadro sinóptico.....	40
1.3 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5.766 PROPOSTA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	41
1.3.1 Do debate no Tribunal Superior do Trabalho.....	45
Capítulo 2	49
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	49
2.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO	49
2.2 CONCEITO.....	53
2.3 FUNDAMENTOS.....	56
2.3.1 Teoria da Escolha Racional.....	56
2.3.2 Eficiência.....	60
2.3.3 Maximização da riqueza.....	63

2.3.4 Custos de transação e externalidades.....	65
2.3.5 Dimensão positiva e normativa.....	68
2.3.6 Teoria dos Jogos.....	70
2.4 CIVIL LAW VERSUS COMMOW LAW.....	73
Capítulo 3	77
O CARÁTER DISSUASÓRIO (OU NÃO) DOS HONORÁRIOS PERICIAIS, SUCUMBENCIAIS E DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA REFORMA TRABALHISTA: UM ENFOQUE SOB O EIXO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	77
3.1 DO CARÁTER DISSUASÓRIO DA REFORMA TRABALHISTA	77
3.2 REFORMA TRABALHISTA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	84
3.3 DO ADVENTO DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5766.....	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	103
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	107

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Direito e Jurisdição, tendo por objeto a análise do caráter dissuasório (ou não) dos honorários periciais, sucumbenciais e da litigância de má-fé na “reforma trabalhista”. Possui por objetivo geral verificar se as alterações decorrentes dos honorários periciais, sucumbenciais e da litigância de má-fé no Direito Processual do Trabalho, implementadas pela Lei n.º 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”), possuem caráter dissuasório e, ainda, se foram produzidas sob as lentes da Análise Econômica do Direito. Como objetivo específico busca-se a) Compreender as modificações sofridas nos institutos dos honorários periciais, sucumbenciais e litigância de má-fé com a implementação da Lei n.º 13.467/2017; b) Tratar sobre a “Análise Econômica do Direito” e c) Verificar se os respectivos encargos processuais refletem na absorção dos princípios da “Análise Econômica do Direito”. Formulou-se os seguintes problemas: Problema 1: Os honorários periciais, sucumbenciais e a litigância de má-fé na “Reforma Trabalhista” possuem caráter dissuasório? E, Problema 2: Os honorários periciais, sucumbenciais e a litigância de má-fé na “Reforma Trabalhista” refletem a absorção dos métodos contidos na “Análise Econômica do Direito”? Para respondê-los elaborou-se as seguintes hipóteses: Hipótese 1: Entende-se que os honorários periciais, sucumbenciais e a litigância de má-fé presentes na “Reforma Trabalhista” possuem caráter dissuasório e Hipótese 2: Entende-se que os honorários periciais, sucumbenciais e a litigância de má-fé na “Reforma Trabalhista” refletem a absorção dos métodos contidos na “Análise Econômica do Direito”. Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹ será utilizado o Método Indutivo², na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano³, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica

¹ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 14 ed. rev., atual., e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

² “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 114.

³ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE,

indutiva.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Honorários Periciais. Honorários Sucumbenciais. Análise Econômica do Direito.

RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

This Dissertation is part of the Line of Research “Law and Jurisdiction”, and its object of analysis is whether or not expert fees, legal fees borne by the losing party, and bad-faith litigation have a dissuasive character in the “labor reform. Its general objective is to determine whether the changes arising from expert fees, legal fees borne by the losing party, and bad-faith litigation in Procedural Labor Law, implemented by Law no. 13.467/2017 (“Labor Reform”), have a deterrent nature, and whether they were produced under the lens of Economic Analysis of Law. The specific objectives are to a) understand the changes that have taken place in the institutes of expert fees, legal fees borne by the losing party, and bad-faith litigation with the implementation of Law no. 13.467/2017; b) study the “Economic Analysis of Law” and c) determine whether the respective procedural charges reflect the absorption of the principles of “Economic Analysis of Law”. The following problems were formulated: Problem 1: Do expert fees, legal fees borne by the losing party, and bad-faith litigation in the “Labor Reform” have a deterrent character? and Problem 2: Do the expert fees, legal fees borne by the losing party, and bad-faith litigation in the “Labor Reform” reflect the absorption of the methods contained in the “Economic Analysis of Law”? To answer these questions, the following hypotheses were proposed: Hypothesis 1: It is understood that expert fees, legal fees borne by the losing party, and bad-faith litigation present in the “Labor Reform” have a dissuasive character and Hypothesis 2: It is understood that expert fees, legal fees borne by the losing party, and bad-faith litigation in the “Labor Reform” reflect the absorption of the methods contained in the “Economic Analysis of Law”. As regards methodology, the Inductive Method was used in the Research Phase and the Cartesian method in the Data Processing phase. The Report of Results is in the form of a Monograph composed on an inductive logical basis.

Keywords: Labor Reform. Expert Fees. Legal Fees borne by the losing party. Economic Analysis of Law.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, tendo sido desenvolvida na linha de pesquisa Direito e Jurisdição, dentro da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI.

A pesquisa, intitulada de “O caráter dissuasório (ou não) dos honorários periciais, sucumbenciais e da litigância de má-fé na ‘Reforma Trabalhista’: um enfoque sob o eixo da Análise Econômica do Direito”, propõe verificar os possíveis efeitos das alterações advindas nos honorários periciais, sucumbenciais e na litigância de má-fé, por força da apelidada Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/2017), temáticas desde então tratadas, respectivamente, pelos artigos 790-B, 791-A e pela Seção IV-A, do Capítulo II, Título X, nominada por “Da Responsabilidade por Dano Processual”, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com efeito, embora a litigância de má-fé já fosse perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, dada a incidência da subsidiariedade do direito processual comum (art. 769 da CLT), o fato é que a sua modulação e incorporação à legislação própria, assim como os honorários periciais e sucumbenciais, compõem um pacote de medidas destinadas a estancar as chamadas lides temerárias.

Nessa inteligência, o presente trabalho se utiliza do viés da Análise Econômica do Direito para investigar a gênese e os reflexos destes encargos processuais. É que, conforme se sabe, Direito e Economia caminham juntos desde a segunda parte do século passado, sendo que, para muitos, esta junção constitui o fenômeno de maior relevo na literatura jurídica⁴.

⁴ Cuida-se do “mais influente movimento de pensamento jurídico no período pós-Segunda Guerra Mundial”. In: HARRIS, Ron. “The Uses of History in Law and Economics” in *Theoretical Inquiries in Law*, 4 *Theoretical Inq. L.* 659, 2003. Ver também: GHILARDI, Dóris. Afeto e economia: reflexões

Muito embora a disciplina de Direito e a disciplina de Economia apresentem significados bastantes divergentes⁵, na visão de Ivo Gico Júnior⁶, dialogam-se entre si, com o intuito de alargar a compreensão e o alcance do Direito, bem como para melhorar a evolução, a execução e a apreciação das normas jurídicas, máxime em relação às consequências. Neste viés, o entrelaçamento entre a Economia e o Direito auxilia os governantes, mas não só para lhes explicar os efeitos de uma política sobre a eficiência da utilização dos recursos disponíveis, senão também no que diz respeito à identificação dos efeitos sobre a distribuição dos gastos e da riqueza. É dizer, a Ciência Econômica proporciona ao Direito uma teoria que possibilita prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento dos agentes econômicos⁷.

Por esse galgar, acredita-se que, ainda que intuitivamente, o legislador fez uso do aparato teórico e empírico da Análise Econômica do Direito para dar vida aos novos preceitos legais, objetivando dar cabo as lides temerárias que assolam a Justiça do Trabalho. Em um dos seus primeiros julgados⁸ envolvendo dispositivos da reforma trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho pondera:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014, 13.105/2015 E 13.467/2017. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. AÇÃO AJUIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI

sobre o duplo discurso no direito de família e a aplicação da análise econômica. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2015, p. 09.

⁵ “Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade.” In: SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 09.

⁶ GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.

⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25. Título original: Law and Economics. A esse respeito, ver também: GONÇALVES, Jéssica. Análise econômica do direito: possibilidade motivacional para as decisões judiciais a partir da eficiência. 2014. Artigo científico (Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2014.

⁸ AIRR-2054-06.2017.5.11.0003, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 31/05/2019.

Nº 13.467/2017. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 791-A, § 4º, DA CLT. 1. A Reforma Trabalhista, implementada pela Lei nº 13.467/2017, sugere uma alteração de paradigma no direito material e processual do trabalho. No âmbito do processo do trabalho, a imposição pelo legislador de honorários sucumbenciais ao reclamante reflete a intenção de desestimular lides temerárias. É uma opção política. [...] – Grifo nosso.

Malgrado a (in)constitucionalidade dos artigos em epígrafe esteja sub judice no Tribunal Superior do Trabalho⁹ e no Supremo Tribunal Federal¹⁰, salta aos olhos o desiderato da mens legis, ainda que, em si, reflita opção política e potencialmente inconstitucional.

Dessa feita, justifica-se o presente trabalho frente à suspeita da natureza econômica desta opção política feita pelo legislador, o que, a propósito, será melhor revelado a partir da análise da existência ou não de resultados concretos.

Por conseguinte, formula-se dois problemas da seguinte forma:

Problema 1: Os honorários periciais, sucumbenciais e a litigância de má-fé na “Reforma Trabalhista” possuem caráter dissuasório?

Problema 2: Os honorários periciais, sucumbenciais e a litigância de má-fé na “Reforma Trabalhista” refletem a absorção dos métodos contidos na “Análise Econômica do Direito”?

E busca-se responder a partir das seguintes hipóteses:

Hipótese 1: Entende-se que os honorários periciais, sucumbenciais e a litigância de má-fé presentes na “Reforma Trabalhista” possuem caráter dissuasório.

Hipótese 2: Entende-se que os honorários periciais, sucumbenciais e a litigância de má-fé na “Reforma Trabalhista” refletem a absorção dos métodos

⁹ Arguição de Inconstitucionalidade n.º 10378-28.2018.5.03.0114.

¹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.766.

contidos na “Análise Econômica do Direito”.

Destaca-se como importantes variáveis da pesquisa, a pendência de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.766 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 10378-28.2018.5.03.0114 no Tribunal Superior do Trabalho, já que em ambos os casos a constitucionalidade dos novos dispositivos legais é colocada à prova.

Como objetivo geral a presente pesquisa busca verificar se as alterações decorrentes dos honorários periciais, sucumbenciais e da litigância de má-fé no Direito Processual do Trabalho, implementadas pela Lei n.º 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”), possuem caráter dissuasório e, ainda, se foram produzidas sob as lentes da Análise Econômica do Direito.

Como objetivos específicos busca-se a) Compreender as modificações sofridas nos institutos dos honorários periciais, sucumbenciais e litigância de má-fé com a implementação da Lei n.º 13.467/2017; b) Tratar sobre a “Análise Econômica do Direito” e c) Verificar se os respectivos encargos processuais refletem na absorção dos princípios da “Análise Econômica do Direito”.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹¹ foi utilizado o Método Indutivo¹², na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano¹³, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica indutiva.

¹¹ “(...) momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido (...)” PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

¹² “(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 114.

¹³ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. A monografia jurídica. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente¹⁴, da Categoria¹⁵, do Conceito Operacional¹⁶ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁷.

¹⁴ “(...) explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 69.

¹⁵ “(...) palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 41.

¹⁶ “(...) uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 58.

¹⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 217.

Capítulo 1

HONORÁRIOS PERICIAIS, SUCUMBENCIAIS E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

1.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

Como reza aquele conhecido brocardo: “Ninguém sabe para onde vai, se não sabe de onde veio”.

Assim, com o intuito de nortear o caminho pelo qual o presente trabalho trilhará, forçoso se faz realizar um sucinto relato histórico acerca dos motivos que potencialmente ensejaram a positivação da Reforma Trabalhista, que introduziu 97 alterações¹⁸ na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dentre elas e especificadamente no que toca ao objeto do presente estudo, as modificações em relação aos honorários periciais, sucumbenciais e a litigância de má-fé.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), positivada no ordenamento jurídico através do Decreto-Lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1943, posteriormente chancelada pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), tratou de garantir aos empregados, além do direito material propriamente dito, a efetividade na proteção e tutela de seus direitos através da garantia constitucional de acesso à justiça¹⁹ (art. 5º, inciso XXXV²⁰, da CRFB/88).

¹⁸ Alterando 54 dispositivos e incluindo outros 43.

¹⁹ SILVA afirma que “toda pessoa tem direito ao Acesso à Justiça e que este direito serve como base para instrumentalizar diversos aparatos que possuam o objeto de materializar os demais direitos através de um processo justo.” SILVA, Kaira Cristina da. O método processual pragmático nos juizados especiais federais para a consecução do acesso à justiça e a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, p. 46.

²⁰ “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

No campo das relações trabalhistas, nos ditames do art. 114²¹ da CRFB/88, compete à Justiça do Trabalho o processamento e julgamento de todos os litígios delas decorrentes, sendo historicamente garantido ao trabalhador que se considerar lesado o acesso facilitado ao Poder Judiciário para a resolução de seus conflitos.

A legislação constitucional e infraconstitucional sempre buscou garantir ao empregado hipossuficiente que ocupa o polo de reclamante nas ações levadas às Varas do Trabalho, materialmente e processualmente falando, inúmeras prerrogativas para salvaguardar o amplo acesso à justiça, em particular e porque pertinente ao objeto desta pesquisa, a gratuidade na realização da prova pericial, a inexistência de previsão legal para o pagamento de honorários sucumbenciais quando sucumbente na ação e a ausência de previsão específica na legislação própria quanto às penalidades impostas em caso de litigância de má-fé.

Convém mencionar que as facilitações supracitadas decorrem justamente do fato de que a escassez de recursos financeiros é um dos relevantes obstáculos do amplo acesso à justiça no Brasil, visto que as despesas processuais como um todo desestimulam o ingresso de ações judiciais e também de apresentação de defesas²², quando, respectivamente, há certa fragilidade ou solidez no direito invocado pela parte.

Ademais, não se pode olvidar que na esfera trabalhista a vigência do princípio da proteção ao trabalhador é intrínseca tanto no direito material, quanto

²¹ “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II as ações que envolvam exercício do direito de greve; III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.”

²² MATTOS, Fernando Pagani. Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009, p. 75-77.

no direito processual, privilegiando, assim, o empregado em desfavor do empregador que, em regra, possui vantagem jurídica perante aquele, conforme menciona Schmitz²³:

O Princípio da Proteção trata-se de critério fundamental a nortear o Direito do Trabalho, com escopo de contrapor uma desigualdade jurídica à desigualdade econômica que marca a relação de emprego, amparando o trabalhador, objetivando nivelar as desigualdades decorrentes do contrato de trabalho.

E também, nas palavras do professor Teixeira Filho²⁴:

[...] a lei deve subministrar ao trabalhador, quando em juízo, meios técnicos que lhe permitam demandar em igualdade de condições com o adversário. Dessa maneira, também no campo processual é indispensável a intervenção do Estado, a fim de propiciar ao trabalhador meios de promover a efetiva defesa dos seus direitos e interesses manifestados na causa.

À vista de todas essas garantias, no âmbito da Justiça do Trabalho o que se verificava era, de fato, a efetividade do acesso à justiça, tanto é verdade que o número de ações trabalhistas sofria ano a ano um aumento constante e desenfreado que, via de consequência, assoberbava as Varas do Trabalho.

A valer, de acordo com dados disponibilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), nos últimos 03 anos anteriores à reforma, o número de casos novos recebidos anualmente pelas Varas do Trabalho aumentava

²³ SCHMITZ, José Carlos. O trabalho e a dignidade humana: um exame do papel da legislação do trabalho brasileira à luz da política jurídica. Tese (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2014, p. 65.

²⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de direito processual do trabalho: processo de conhecimento – 1, Vol. I. São Paulo: LTr, 2009, p. 93/94.

progressivamente, a ver: em 2014 foram 2.365.547²⁵; em 2015 foram 2.615.299²⁶; e em 2016 foram 2.723.074²⁷.

Nesta época, muito se discutia acerca da utilização do processo judicial trabalhista para a promoção de verdadeiras aventuras judiciais, em que o reclamante, apostando em eventual desorganização do empregador e/ou erros judiciais, deduzia os mais variados pedidos em sua petição inicial e, ao fim da instrução processual, inclusive após a tomada de seu depoimento pessoal, verificava-se a cristalina improcedência de quase a integralidade deles. Reiterados, também, eram os casos de ações ajuizadas por empregados que, sem qualquer direito à tutela jurisdicional, buscavam apenas enriquecer-se às custas dos empregadores, criando uma verdadeira indústria da reclamação trabalhista.

Em que pese tal cenário tenha se evidenciado cada vez mais frequente no decorrer dos anos – talvez porque incentivado pela irrestrita concessão da gratuidade da justiça –, inexistiam na legislação trabalhista disposições específicas para desestimular o crescimento exponencial do ingresso de ações desta natureza que, ao fim e ao cabo, acabavam por onerar demasiadamente somente um dos sujeitos processuais da relação sub judice e, por ricochete, a própria a sociedade como um todo.

Foi neste contexto que surgiu a Reforma Trabalhista, com relevantes alterações em relação aos honorários periciais, aos honorários de sucumbência e a litigância de má-fé, os quais são tratados, respectivamente, pelos artigos 790-B,

²⁵ Total a Julgar, do Tribunal Superior do Trabalho in Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2014, p. 88. Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br/documents/955023/0/Resumo+Anal%C3%ADtico+e+Indicadores+2014.docx.pdf/72fafa57-7320-da50-0d1b-9c65faf53a91?t=1619828992566>>. Acesso em 14/09/2021.

²⁶ Casos Novos, do Tribunal Superior do Trabalho in Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2015, p. 41. Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br/documents/955023/0/Relatório+Geral+2015+Completo.pdf/fa32d14f-cd7d-1b34-8bab-27ef52b9cf35?t=1619828949896>>. Acesso em 14/09/2021.

²⁷ Casos Novos, do Tribunal Superior do Trabalho in Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016, p. 41. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/24374428/RGJT2016+Completo/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250>>. Acesso em: 14/09/2021.

791-A e pela Seção IV-A, do Capítulo II, do Título X, nominada “Da Responsabilidade por Dano Processual”.

1.2 MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS COM O ADVENTO DA LEI Nº. 13.467/2017

Uma vez esmiuçada a breve sinopse histórica supra, cumpre agora tecer algumas considerações acerca dos encargos processuais positivados pela Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/17), os quais possuem incidência imediata por força da máxima latina *tempus regit actum* e da teoria do isolamento dos atos processuais²⁸, subsumindo-se ao “conceito de riscos da demanda, que devem ser previamente avaliados pelos litigantes e assumidos no momento da propositura da ação (autor) ou do oferecimento da defesa (réu).”²⁹

1.2.1 Honorários periciais

No âmbito da Justiça do Trabalho a produção de prova pericial é de suma relevância ao processo, sendo comumente utilizada com o escopo de constatar a ocorrência de doença ocupacional ou mesmo a extensão da lesão nos casos de acidente de trabalho típico, a caracterização e classificação de insalubridade ou periculosidade no labor exercido pelo empregado (art. 195, caput, da CLT³⁰), dentre outras inúmeras finalidades.

E como o próprio nome remete, a elaboração desta prova é realizada pelo perito judicial, expert nomeado pelo juízo para desempenhar o papel de auxiliar da justiça, devendo obrigatoriamente empregar toda sua diligência a fim de colaborar para a formação da convicção por parte do magistrado acerca de matéria puramente técnica.

²⁸ “Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.” (Código de Processo Civil). Vide também arts. 1º, 5º, 6º e 7º, 8º, 9º e 10, da Instrução Normativa nº. 41/2018 do Tribunal Superior do Trabalho.

²⁹ TST, RR-1254-09.2017.5.13.0007, 7ª Turma, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 08/11/2019.

³⁰ “Art.195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.”

Teixeira Filho³¹ afirma que:

O perito é um auxiliar do juízo (CPC, art. 139) contribue (sic.), mediante compromisso, com sua cognição técnica para o descobrimento da verdade. E porque auxiliar o é, não substitui o juiz, em suas funções jurisdicionais. Supre-lhe, apenas, o desconhecimento ou a ciência imperfeita a respeito de certos fatos de natureza técnica ou científica.

Para remunerar o profissional que produzirá a prova técnica que auxiliará o juiz na tomada de sua decisão são devidos os honorários periciais, os quais constituem uma despesa processual que é fixada pelo juízo e suportada pelos litigantes em observância à regra processual a eles aplicável.

No âmbito da legislação trabalhista, mesmo em momento anterior à reforma trazida pela Lei n.º 13.467/17, o art. 790-B já previa que a “responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente da pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária da justiça gratuita.” – Grifo nosso.

Veja-se que, portanto, na antiga redação do art. 790-B o beneficiário da justiça gratuita ficaria isento da responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, ainda que fosse a parte sucumbente da pretensão, seguindo, assim, disposição muito similar à prevista no art. 95, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC), que assim dispõe:

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

³¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A prova no processo do trabalho. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 293.

respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

Entrementes, com o advento das modificações trazidas pela reforma, sobreveio a alteração ao art. 790-B da CLT, que passou a contar com a seguinte redação:

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.

§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.

§ 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. – Grifo nosso.

Com efeito, basta uma leitura da parte final do caput do dispositivo legal retro transcrito para se constatar que a grande inovação havida reside na singela substituição das palavras “salvo se” por “ainda que”, imputando à parte sucumbente da pretensão pericial, ainda que beneficiária da gratuidade da justiça, a responsabilidade de arcar com o pagamento dos honorários periciais, inclusive, de forma parcelada (vide § 2º, do art. 790-B).

Embora numa primeira percepção a redação do caput dê a entender que todos os beneficiários da justiça gratuita arcarão, quando sucumbentes, com as despesas periciais, extrai-se do § 4º do supradito dispositivo de lei que esta responsabilidade pelo pagamento está limitada aos créditos judiciais que eles porventura venham a receber naquela ou em outra demanda.

Trocando em miúdos, se o empregado sucumbente na pretensão objeto da perícia lograr êxito em receber verbas de natureza salarial (v.g. salários em atraso, adicional de insalubridade e periculosidade, horas extras) ou verbas de natureza indenizatória (v.g. danos morais, vale-transporte ou auxílio-alimentação) na própria ação ou em outra, os créditos por ele auferidos deverão ser destacados e direcionados ao pagamento dos honorários periciais.

Ao discorrer sobre a temática, Leite³² exemplifica que:

[...] se o reclamante formular na ação dez pedidos que não demandem perícia e um que exija a prova pericial, v. g., adicional de insalubridade, havendo indeferimento desde último pedido, será o reclamante condenado a pagar os honorários periciais, ainda que beneficiário da justiça gratuita (CLT, art. 790, § 3º). Neste caso, se ele obteve o benefício da justiça gratuita mas os demais créditos decorrentes da ação (ou em outros processos judiciais) foram superiores ao valor devido a título de honorários periciais, o trabalhador sucumbente no objeto da perícia será responsável pelo pagamento dessa despesa processual.

Neste particular, impende suscitar que na hipótese de o beneficiário da gratuidade da justiça não possuir créditos em juízo suficientes para o pagamento dos honorários periciais, ficará a cargo da União o pagamento destas despesas, consoante já era estipulado pela Súmula n.º 457³³ do TST, cuja redação não foi alterada ou revogada após a entrada em vigor da Lei n.º 13.467/17.

Assim, traçando um comparativo entre a legislação processual trabalhista (art. 790-B da CLT) para com a legislação processual civil (art. 95 do CPC), infere-se um tratamento distinto para os sujeitos processuais que litigam sob o manto da justiça gratuita, decerto o sendo nitidamente mais austera a norma cogente aplicável aos trabalhadores.

Isso porque na esfera do processo civil, ainda que possua créditos a receber, o sucumbente titular da benesse não responde imediatamente pelos custos dos honorários do expert, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade pelo prazo de 05 (cinco) anos, período durante o qual ficará sujeito à execução se o

³² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 960.

³³ “A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n.º 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.”

credor demonstrar que a insuficiência econômica deixou de existir (ex vi da inteligência dos arts. 95, § 4º³⁴ e 98, §§ 2º e 3º³⁵, do mesmo diploma legal).

À luz de todo o arrazoadado, inúmeros passaram a ser os questionamentos acerca da (in)constitucionalidade desta alteração em específico³⁶, já que, conforme acima delineado, a gratuidade da justiça no âmbito do Código do Processo Civil abrange as despesas periciais (art. 98, § 1º, do CPC) e isenta o seu beneficiário do pagamento, ao passo que a partir da Reforma Trabalhista o empregado, também beneficiário da justiça gratuita, pode vir a ter o seu crédito de natureza salarial retido para fins de pagamento de honorários periciais, a desaguar em potencial transgressão aos princípios da isonomia e intangibilidade salarial.

1.2.2 Honorários de sucumbência

Os honorários advocatícios de sucumbência são aqueles auferidos pelo advogado da parte vencedora da demanda judicial, cuja responsabilidade pelo pagamento recai ao vencido que, em razão de sua derrota, teria demandado sem efetivamente possuir direito à tutela jurisdicional. A bem da verdade, se trata de uma contraprestação econômica percebida pelo profissional liberal dotada de natureza alimentar.

³⁴ “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.”

³⁵ “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 do beneficiário.”

³⁶ Tendo sido proposta pela Procuradoria-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade n. 5.766.

Antes da Reforma Trabalhista, inexistia norma legal específica dentro da legislação trabalhista acerca da condenação do sucumbente ao pagamento de honorários sucumbenciais ao advogado da parte vencedora.

A propósito, prevalecia o entendimento esculpido pela Súmula n.º 219 do TST que, conjugando o teor do art. 11³⁷ da Lei n.º 1.060/50 para com os arts. 14³⁸ e 16³⁹, ambos da Lei n.º 5.584/70, limitava a imposição da condenação em honorários advocatícios ao reclamado na hipótese de o trabalhador ser assistido por sindicato de sua categoria profissional e comprovar o recebimento de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo próprio ou de sua família.

Ao explanar acerca da previsão de condenação ao pagamento de honorários conforme preceituado pela Súmula n.º 219 do TST, Bebber⁴⁰ diz que ela:

[...] não decorria, apenas, da sucumbência, devendo o trabalhador, concomitantemente, ser assistido pelo sindicato de sua categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permitiria demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Importa destacar que o entendimento retratado pelo verbete sumular supramencionado foi objeto de confirmação⁴¹ e alterações ao longo do tempo;

³⁷ “Art. 11. Os honorários de advogado e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciários serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário da assistência for vencedor da causa.”

³⁸ “Art. 14. Na justiça do trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei no 1.060 de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer ao trabalhador.”

³⁹ “Art. 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.”

⁴⁰ BEBBER, Júlio César. Honorários advocatícios sucumbenciais em demandas trabalhistas (após a inserção do art. 791-A à CLT). Revista do Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo: LexMagister, ano 84, n.º. 4, out/dez 2018, p. 82.

⁴¹ “Súmula n.º. 329 do TST. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n.º 219 do Tribunal Superior do Trabalho.”

neste último caso, especialmente para alargar as hipóteses de imposição da verba honorária, conforme se extrai da Súmula nº 219 do TST⁴².

Entretanto, foi somente com o advento da Lei n.º 13.467/17 que sobreveio uma das principais inovações na regra processual da Justiça do Trabalho: a condenação do vencido, como regra, ao pagamento de honorários sucumbenciais ao advogado da parte adversa, conforme nova previsão disciplinada no art. 791-A da CLT.

Anote-se que antes da edição do dispositivo de lei in quaestio a sucumbência era aplicada única e exclusivamente ao empregador, na medida em que ele nunca seria assistido pelo sindicato profissional, ou seja, havia uma clarividente desigualdade entre os sujeitos processuais, sendo certo que ao empregado nunca seria imputada tal condenação.

No entanto, considerando que a massiva maioria dos empregados constitui advogado particular para a proteção de seus interesses na Justiça do Trabalho – afastando a aplicação da Súmula n.º 219 mencionada nos parágrafos anteriores –, o profissional do direito da área trabalhista ficava limitado ao recebimento tão somente dos honorários contratuais que usualmente eram fixados em determinado percentual calculado sobre o proveito econômico obtido na demanda judicial, os chamados contratos convencionais com a cláusula quota litis.

⁴² “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015). I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305 da SBDI-I). II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90). V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º). VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.”

Tal limitação, repita-se, aplicava-se de igual modo aos advogados dos empregadores, ainda que, no mais das vezes, a contratação neste caso não se desse por um percentual, mas sim por um valor fixado de comum acordo, os chamados contratos convencionais pró-labore.

Dessa maneira, a partir da vigência da Lei n.º 13.467, em 11/11/2017, conforme pode se verificar da redação do art. 791-A, foi ampliado à Justiça do Trabalho a sistemática de condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em percentual variável de 5% a 15% sobre o valor que resultar da liquidação de sentença, do proveito econômico ou do valor atualizado da causa. E o vencido, diga-se, doravante pode ser um (empregado) ou outro (empregador).

Em interpretação sistêmica a respeito da supradita inovação, Souza Júnior, Souza, Maranhão e Azevedo Neto⁴³, doutrinam que

Em essência, a Lei n. 13.467/17 promove pelo menos duas novidades no processo do Trabalho: i) estabelece regramento celetista específico para o tema dos honorários advocatícios sucumbenciais no âmbito da Justiça do Trabalho; ii) generaliza a aplicação desse instituto a todas as causas submetidas à sua competência material. Em essência, a Lei n. 13.467/17, nesta seara, traz a implementação de um regime universal próprio de honorários advocatícios de sucumbência dentro da CLT a todas as causas submetidas à competência material da Justiça do Trabalho. Ou seja, a partir de agora, a CLT passa a ser fonte primária e indiscriminada de regência jurídica da incidência de honorários sucumbenciais na processualística laboral, pouco importando a específica natureza da relação jurídica que sirva como causa de pedir.

Gize-se que a inclusão da verba advocatícia sucumbencial representou uma incontestável valorização à advocacia trabalhista, mas ainda assim, segundo Macagnan⁴⁴, em comparação com a processualística civil houve certa discriminação, a saber:

⁴³ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto et al. Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/17. São Paulo: Rideel, 2017. p. 375-376.

⁴⁴ MACAGNAN, Fábio Rogério Del Arco. In.: MIESSA, Élisson (coord.). Honorários Advocatícios na Justiça do Trabalho. São Paulo: JusPODIVM, 2019, p. 64.

Assim, pontualmente sobre a temática dos honorários advocatícios, no âmbito trabalhista, por um lado, entendemos que a profissão do advogado foi valorizada, com a ampliação das hipóteses da sucumbência e por outro lado, deixou a desejar quanto à definição dos percentuais no mínimo de 5% e no máximo de 15% (CLT, art. 791- A), ao passo que no processo civil (art. 85 § 2º do CPC) o legislador estabeleceu percentuais maiores (mínimo de 10% e máximo de 20%), nos levando a crer num tratamento discriminatório ao advogado trabalhista, já que este em nada se distingue do advogado civilista. Além do que, as ações trabalhistas não são mais fáceis de serem elaboradas do que as ações cíveis, nem as pretensões nelas deduzidas são de menor importância do que as deduzidas nas petições cíveis.

Na lição de Teixeira Filho⁴⁵, a inclusão de tal encargo processual ocasiona uma quebra de paradigmas e representa um novo cenário que exigirá

[...] que o autor tenha o cuidado de não formular pedidos temerários e, de modo geral, que se desincumba do ônus da prova quanto aos fatos alegados na inicial, sob pena de vir a ser condenado a pagar honorários de advogado à parte contrária. É razoável supor que essa norma legal fará abrandar a abusividade postulatória, que desde muito tempo constitui característica de muitas iniciais trabalhistas. É necessário haver o que temos denominado de responsabilidade postulatória. Não se nega a existência do direito constitucional de invocar a tutela jurisdicional do Estado, a que se denomina de ação; com vistas a isso, entretanto, é necessário que haja bom-senso, comedimento, boa-fé, e não, excessos irresponsáveis.

Dessume-se, portanto, que apesar desta alteração legislativa representar uma indiscutível valorização à advocacia e à pessoa do advogado, ela também sobreveio para desestimular o ajuizamento de ações temerárias ou dotadas de pleitos consubstanciados em genuína aventura judicial.

Nada obstante seja louvável a implantação do regramento específico, emergiu certo debate acerca da insuficiência da redação normativa do art. 791-A da CLT, eis que, ao contrário do art. 85 do CPC, situações, as mais variadas, deixaram de ser disciplinadas.

⁴⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017 e pela medida provisória n. 808, de 14.11.2017. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 135.

Nesse sentido, Bebber⁴⁶ pondera que

A Lei nº 13.467/2017 não regulou de modo completo a responsabilidade e a exigibilidade do pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais. Nada dispõe a CLT, por exemplo, sobre: a) a base de incidência dos honorários na demanda de indenização por ato ilícito contra pessoa (CPC, art. 85, § 9º); b) a possibilidade de pagamento de honorários aos advogados públicos (CPC, art. 85, § 19); c) a possibilidade de o advogado requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio (CPC, art. 85, § 15); d) a solução para a omissão na fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na decisão (CPC, art. 85, § 18); e) a incidência de juros de mora (CPC, art. 85, § 16); f) a responsabilidade nas hipóteses de sucumbência mínima (CPC, art. 86, parágrafo único); g) a responsabilidade proporcional dos litisconsortes vencidos (CPC, art. 87); h) a responsabilidade pelo pagamento nas hipóteses de desistência, renúncia e reconhecimento do pedido (CPC, art. 90).

Somadas às hipóteses exemplificativas supra, pode-se mencionar, ainda, a ausência de previsão da fixação de honorários sucumbenciais nas demandas em que o proveito econômico for inestimável, irrisório ou em que o valor da causa for muito baixo, bem como nos casos de impugnação, embargos ou exceção de pré-executividade pelo executado. Não fosse o bastante, também inexistente previsão específica acerca do arbitramento de honorários recursais.

Desse modo, ante as nítidas lacunas existentes no texto vigente da CLT, mesmo após a recente Reforma Trabalhista, vê-se como necessária, embora

⁴⁶ BEBBER, Júlio César. Honorários advocatícios sucumbenciais em demandas trabalhistas (após a inserção do art. 791-A à CLT). REVISTA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. São Paulo: LexMagister, ano 84, nº. 4, out/dez 2018, p. 86.

questionada⁴⁷, a aplicação subsidiária da legislação processual civil vigente (ex vi da inteligência do art. 769 da CLT⁴⁸ e art. 15 do CPC⁴⁹).

Ademais, cabe ressaltar que o pagamento dos honorários de sucumbência será destinado, a teor do que dispõe o art. 791-A da CLT, ao advogado do vencedor, seja ele advogado em causa própria (art. 791-A, caput, da CLT), advogado empregado (art. 21 da Lei nº. 8.906/94), advogado público (arts. 85, §º 19 do CPC) ou advogado de parte assistida pelo sindicato de classe (art. 791-A, § 1º, da CLT).

De outro vértice, no que diz respeito à responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, tem-se que o art. 791-A da CLT atribuiu tal encargo à parte que foi vencida na pretensão objeto da demanda, salvo hipóteses outras, e aqui por construção doutrinária e jurisprudencial de longa data (em alguma extensão⁵⁰ positivada pelo art. 85, § 10⁵¹, do CPC), nas quais a verba honorária deverá ser suportada por aquele que deu causa à judicialização da demanda em observância ao princípio da causalidade que norteia o princípio da sucumbência.

⁴⁷ MIESSA afirma que em relação aos honorários nos recursos e na execução trabalhista: “A CLT, por sua vez, não versou sobre o tema, salvo no caso da reconvenção, em que o § 5º do art. 791-A fez referência expressa à possibilidade de condenação aos honorários. Disso resulta a seguinte indagação: aplica-se ao processo do trabalho o art. 85, § 1º, do CPC? Para uns a resposta será afirmativa, sob o argumento de que a CLT foi omissa quanto ao tema. Para outros, houve silêncio eloquente na CLT, impedindo a incidência do CPC no caso. Aliás, quando a CLT quis tratar do tema, o fez de forma expressa no § 5º do art. 791-A da CLT. A nosso juízo, deverá prevalecer a segunda corrente, seja porque o legislador prezou o princípio da simplicidade, facilitando a definição dos honorários advocatícios. Apenas previu os honorários na reconvenção, porque esta tem natureza de ação.” MIESSA, Élisson. *Processo do trabalho*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 337-338.

⁴⁸ “Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

⁴⁹ “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

⁵⁰ O preceito faz alusão exclusiva aos casos de perda superveniente de objeto, muito embora existam outras tantas como, a exemplo típico, os embargos de terceiro opostos por quem adquiriu determinado bem mas olvidou de promover a alteração cadastral. No caso, ainda que vencedor (logrando a liberação do bem), o embargante será responsável pelo pagamento dos honorários advocatícios. É a previsão da Súmula n.º 303 do STJ, segundo a qual: “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios”.

⁵¹ “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 10. Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.”

Veja-se que de acordo com o disposto no § 3º do art. 791-A da CLT, nas hipóteses de procedência parcial – em que autor e réu são vencedores e vencidos simultaneamente –, restou estabelecida a sucumbência recíproca, em que cada parte arcará com o pagamento proporcional dos honorários da parte adversa, observando-se a extensão dos pedidos que decaíram.

Nesse trilhar, colhe-se da doutrina de Lopes⁵²:

Quando existir no processo cúmulo simples de pedidos ou o bem da vida pretendido for passível de quantificação, com a possibilidade de ser concedido em quantidade menor do que a pedida, poderá haver sucumbência recíproca, situação na qual a causa do processo deve ser atribuída a ambas as partes. A aferição da ocorrência de sucumbência recíproca depende da análise do resultado final do processo, não dos sucessos e reverses ocorridos nos vários graus de jurisdição. [...] a inexistência de ‘compensação’ entre honorários em caso de sucumbência recíproca exige redobrada atenção ao se propor demanda em face de quem possivelmente não tenha condições financeiras de arcar com o pagamento da condenação. O autor não receberá o que lhe é devido e, se sucumbir em parte de seu pedido, terá de pagar honorários ao advogado do réu.

É de se notar que a sucumbência está ligada ao acolhimento do pedido e não necessariamente da sua respectiva valoração. Não haverá sucumbência recíproca na hipótese exemplificativa de o juiz sentenciante fixar valor indenizatório aquém daquele postulado na peça de ingresso pelo reclamante (v.g. Súmula n.º 326 do STJ).

Vale enfatizar, além disto, que nos casos de sucumbência recíproca, tal-qualmente já disposto na legislação processual civilista (art. 85, § 14º, do CPC), a parte final do § 3º do art. 791-A tratou de vedar a compensação entre os honorários sucumbenciais.

De mais a mais, conquanto a inclusão dos honorários advocatícios de sucumbência no processo trabalhista se mostre apropriada, junto a ela sobreveio outra questão polêmica muito similar àquela relacionada aos honorários periciais,

⁵² LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Comentários ao Código de Processo Civil: Das partes e dos procuradores. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 203.

qual seja, a previsão de que o trabalhador beneficiário da justiça gratuita também responderá pelo pagamento dos honorários sucumbenciais, abatendo-se tal encargo processual de eventuais créditos que tenha auferido em juízo.

Inexistindo créditos em favor do reclamante para suportar com o valor dos honorários sucumbenciais, a sua exigibilidade ficará suspensa pelo prazo de 02 (dois) anos subsequentes ao trânsito em julgado, período durante o qual o credor da verba honorária poderá, se demonstrada a modificação da situação econômica do beneficiário da gratuidade da justiça, promover a execução para sua cobrança em juízo.

E é justamente neste ponto que reside a notória polêmica envolta à inclusão dos honorários sucumbenciais no processo trabalhista, estando hodiernamente travada uma imensurável discussão acerca da constitucionalidade – ou não – desta previsão legal no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho⁵³ e do Supremo Tribunal Federal⁵⁴, sendo relevante transcrever trecho do parecer inicial apresentado pela Procuradoria-Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.766:

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”.

Ao enfrentar a temática, Molina⁵⁵ faz dura crítica e pontifica que:

Uma leitura apressada do art. 791-A, § 4º, da CLT, pode sugerir que os beneficiários da gratuidade, tendo recebido qualquer valor no processo, de qualquer natureza jurídica, poderiam ver o

⁵³ Arguição de inconstitucionalidade n.º 10378-28.2018.5.03.0114.

⁵⁴ Ação direta de inconstitucionalidade n.º 5.766.

⁵⁵ MOLINA, André Araújo. A gratuidade da justiça no contexto da reforma trabalhista. The gratuitousness of justice in the context of the labor reform. Revista de Direito do Trabalho, ano 45, vol. 197, jan/2019, p. 57-82.

montante penhorado para quitação dos honorários do advogado adversário. Porém, essa leitura seria inconstitucional e ilegal, na medida em que o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição, garante a justiça gratuita e integral aos necessitados, daí não se admitir que alguém alcançado pelo direito em evidência seja, ao mesmo tempo, constrangido a pagar as despesas do processo, enquanto se mantiver juridicamente pobre; é ilegal ainda, por violação do art. 98, § 1º, VI, do CPC, de aplicação supletiva ao processo do trabalho, impondo, então, ao jurista, que busque uma nova interpretação compatível com a Carta Maior.

Note-se que o cenário é consideravelmente delicado, tendo em vista que os honorários sucumbenciais possuem natureza alimentar e os créditos que porventura venham a pertencer ao reclamante, excepcionadas as verbas indenizatórias, também, a aguçar o conflito que se trava em meio a verbas reconhecidamente especialíssimas.

Então é que, a despeito da importância das modificações, a lei reformista ocasionou relevantes discussões que pendem de solução pelo Poder Judiciário, tão mais porque avançou significativamente a legislação processual ordinária, para se alçar como “fonte primária e indiscriminada de regência jurídica da incidência de honorários sucumbenciais na processualística laboral”⁵⁶.

1.2.3 Litigância de má-fé

A litigância de má-fé é caracterizada como um ato atentatório à dignidade da justiça praticado por um dos sujeitos da relação processual, extraíndo-se dos ensinamentos de Nery e Nery Júnior⁵⁷ que ela representa

[...] a intenção malévola de prejudicar, equiparada à culpa grave e ao erro grosseiro. O CPC 80 define casos objetivos de má-fé. É difícil de ser provada, podendo o juiz inferi-la das circunstâncias de fato e dos indícios existentes nos autos.

Sabe-se que a instauração de uma demanda judicial exsurge com uma única finalidade: sanar um litígio envolvendo duas ou mais partes processuais

⁵⁶ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto et al. Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/17. São Paulo: Rideel, 2017. p. 375-376.

⁵⁷ ANDRADE NERY, Rosa Maria de; NERY JÚNIOR, Nelson. Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 459.

que buscam a tutela jurisdicional do Estado-Juiz, a ele apresentando, cada qual, os seus fatos e fundamentos acerca da problemática.

Fixada esta premissa, eclode como necessária a observância da lealdade processual e boa-fé pelos litigantes e demais sujeitos da relação processual⁵⁸, viabilizando, dessa maneira, que o juízo aplique uma decisão justa dentro de um prazo razoável.

Por conta disso e antes mesmo da Reforma Trabalhista, era perfeitamente aplicável ao processo do trabalho por força da subsidiariedade do direito processual comum que viabilizava a utilização dos artigos 79 e seguintes do Capítulo II, da Seção II nominada “Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual” do Código de Processo Civil.

Deveras, tais disposições concernentes à responsabilidade por dano processual não possuíam incorporação própria na legislação trabalhista, o que somente veio a ocorrer com a inclusão na CLT do art. 793-A e seguintes na Seção IV-A, do Capítulo II, do Título X, nominada “Da Responsabilidade por Dano Processual”.

Em que pese o art. 793-A e seguintes reproduzam quase a integralidade do Código de Processo Civil, denota-se que ao incluir especificadamente este dispositivo legal na regra processual da Justiça do Trabalho o legislador buscou, de certa forma, amoldar o comportamento dos sujeitos processuais com o desiderato de evitar quaisquer dúvidas acerca da penalização – ou não – daquele que litigar de má-fé.

Neste particular, cumpre ressaltar que uma importante inovação da Lei n.º 13.467/17 em relação ao Código de Processo Civil, no que tange à litigância de má-fé, reside na disposição contida no art. 793-D, que atribui a possibilidade de

⁵⁸ Postulado, salta aos olhos, comezinho: “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.” (Código de Processo Civil).

condenação da testemunha que de forma intencional alterar a verdade dos fatos ou omiti-los com vistas a influir no julgamento da ação.

Dito isso, infere-se que esta novidade, embora deva ser vista com parcimônia, atentando-se às particularidades de subjetivismos que permeiam o direito, muito provavelmente influenciará o modo de agir de todos os sujeitos processuais – desde os reclamantes e seus procuradores às testemunhas –, impactando positivamente a Justiça do Trabalho e todos os jurisdicionados.

1.2.4 Quadro sinóptico

A lei reformista então, tal qual se viu pormenorizadamente dos subitens acima, pode ser sistematicamente compreendida a partir do quadro sinóptico que ora se traz à colação, veja-se:

Reforma Trabalhista	Previsão anterior da CLT	Correspondência da lei nova com o CPC/15
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. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita.	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 do beneficiário.
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	Sem correspondência.	Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo

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.		de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: 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. [...] § 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.
Art. 793-A. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente.	Sem correspondência.	Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Fonte: Do autor, 2019.

Extraí-se do cotejo analítico, naquilo que importa à presente pesquisa, o antes e o depois da Reforma Trabalhista, além de um comparativo com o disposto na legislação processual comum, de sorte a conduzir à substancialidade das mudanças com um viés didático.

1.3 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5.766 PROPOSTA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É de bom alvitre destacar que a Reforma Trabalhista, embora tenha sido saudada por inúmeros cidadãos e profissionais da área do direito, também causou perplexidade e descontentamento em inúmeros outros, tanto é verdade que em 25 de agosto de 2017 foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.766 pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria foi designada ao Ministro Roberto Barroso. Ainda

que em linhas anteriores se tenha feito pequenos comentários sobre ela, parece salutar um maior aprofundamento na temática.

Na supradita ADI, o Procurador-Geral da República signatário da peça, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, relativamente ao que toca o objeto do presente trabalho, arguiu a inconstitucionalidade dos arts. 790-B e 791-A, § 4º, ambos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), os quais estipulam, respectivamente, a possibilidade de pagamento dos honorários periciais e honorários advocatícios sucumbenciais, ainda que a parte incumbida de tal encargo seja beneficiária da gratuidade da justiça.

As normas trabalhistas anteriormente mencionadas, segundo consta na peça de ingresso da ADI acima mencionada, violam diversas regras constitucionais que visam garantir a gratuidade da justiça aos hipossuficientes e o acesso à justiça, notadamente os arts. 1º, incisos III e IV⁵⁹; 3º, incisos I e III⁶⁰; 5º, caput, inciso XXXV e LXXIV e § 2º⁶¹, todos da Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988.

No que diz respeito à transgressão ao texto constitucional pelos arts. 790-B e 791-A, § 4º, ambos da CLT, a fim de clarificar a abordagem levada a efeito na ação, cumpre transcrever a narrativa impressa pelo Procurador-Geral da República na peça ovo da supradita ADI:

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-

⁵⁹ “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;”

⁶⁰ “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;”

⁶¹ “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; [...] § 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.”

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 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 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 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.

[...]

As normas impugnadas confrontam e anulam essas condições conformadoras da insuficiência de recursos, pois permitem empenho de créditos trabalhistas para custear despesas processuais, sem condicioná-los a perda da condição de insuficiência econômica. Contrapondo as normas ordinárias delineadoras do direito fundamental (CR, art. 5º, LXXIV), os dispositivos impugnados esvaziam seu conteúdo e inviabilizam ao demandante pobre a assunção dos riscos da demanda. Padecem, por isso, de inconstitucionalidade material.

Mais à frente, ultrapassada a análise acerca da inconstitucionalidade das normas jurídicas, o chefe máximo do parquet expõe as suas razões acerca da constitucionalidade, tão somente, da suspensão da exigibilidade de tais encargos processuais enquanto perdurar a comprovada hipossuficiência financeira, asseverando que uma vez demonstrada a sua perda, tal qual o faz o Código de Processo Civil, a obrigação se torna exigível, a ver:

Relativamente a honorários periciais, dispõe o novo art. 790-B, § 4º, da CLT que a União somente responderá pela despesa caso o beneficiário de justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa, ainda que em outro processo.

Concessão de justiça gratuita implica reconhecimento de que o beneficiário não dispõe de recursos para pagar custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento e de sua família, na linha do art. 14, § 1º, da Lei 5.584/1970. Essa premissa se ancora nas garantias constitucionais de acesso à jurisdição e do mínimo material necessário à proteção da dignidade humana (CR, arts. 1º, III, e 5º, LXXIV). Por conseguinte, créditos trabalhistas auferidos por quem ostente tal condição não se sujeitam a pagamento de custas e despesas processuais, salvo se comprovada perda da condição. Relativamente aos honorários advocatícios de sucumbência, o novo art. 791-A da CLT, inserido pela legislação reformista, prevê suspensão de exigibilidade de seu pagamento, em favor do beneficiário de justiça gratuita, pelo prazo de dois anos, sob condição de cobrança se o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a gratuidade. Nessa suspensão de exigibilidade não reside inconstitucionalidade. Disposição idêntica encontra-se no art. 98, § 3º, do CPC de 2015, que disciplina a justiça gratuita relativamente à cobrança de despesas processuais decorrentes da sucumbência [...]

Na hipótese, a obrigação somente se torna exigível se no prazo da suspensão obrigacional o credor demonstrar perda da situação de insuficiência de recursos, o que se alinha ao art. 5º, LXXIV, da Constituição. Nesse sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário 249.003/RS. Reputou compatível com o art. 5º, LXXIV, da CR, o art. 12 da Lei 6.050/195029 e, por equivalência, o art. 98, § 3º, do CPC, que o derroga e substitui com idêntica disposição.

Por conseguinte, os pleitos de declaração de inconstitucionalidade deduzidos pela Procuradoria-Geral da República limitaram-se à expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita” prevista no art. 790-B da CLT e “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, ínsita no art. 791-A, § 4º, também da CLT.

Assim, no dia 10 de maio de 2018 foi iniciado o julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, com o Relator Ministro Roberto Barroso julgando parcialmente procedente a pretensão, de sorte a fixar, naquilo que importa ao estudo em epígrafe, as teses jurídicas aqui reproduzidas:

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.

Na sequência, o Ministro Edson Fachin abriu a divergência para julgar a procedência in totum dos pleitos vertidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo o julgamento sido suspenso após o pedido de vista antecipada dos autos por parte do Ministro Luiz Fux, que perdurou até o mês de junho do corrente ano, oportunidade em que os autos foram incluídos na pauta de julgamento do dia 07 de outubro de 2021, pelo o que se espera o seu regular processamento com a apresentação dos demais votos.

À vista do arrazoadado, conquanto o anseio externado pela Procuradoria-Geral da República encontre amparo na regra constitucional, verifica-se que o voto apresentado pelo Ministro Relator Roberto Barroso buscou balizar, justamente, o direito ao recebimento das verbas alimentares, seja por parte do reclamante devedor em virtude de sua sucumbência, seja por parte do profissional – advogado ou perito judicial – que pretende ser devidamente remunerado após o labor desempenhado.

Noutras palavras, com o voto proferido, o Ministro Relator procurou equacionar direitos fundamentais pertencentes à sujeitos que se encontram em posições diametralmente opostas na relação sub judice.

1.3.1 Do debate no Tribunal Superior do Trabalho

Lado outro e muito embora a palavra final seja do império do STF, a quem compete o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, o art. 791-A, § 4º, da CLT, é objeto da arguição de inconstitucionalidade n.º 10378-28.2018.5.03.0114 no âmbito do TST. O procedimento, que aguarda julgamento pelo seu órgão máximo dada a incidência da cláusula de reserva de plenário (art. 97⁶² da CRFB/88), foi deflagrado incidentalmente no bojo de um recurso de

⁶² “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

revista⁶³ a partir do voto da lavra do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, assim ementado:

RECURSO DE REVISTA. LEI 13.467/2017. RITO SUMARÍSSIMO. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 791-A, §4º DA CLT. [...] O benefício da justiça gratuita, nos casos em que a parte padece de insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo (art. 790, §4º, da CLT), tem como objetivo trazer efetividade e contorno normativo à garantia constitucional de acesso à justiça, na concepção de acesso a uma ordem jurídica justa, pois assim como o princípio da igualdade não se realiza apenas pela igualdade que se opera no plano formal, o princípio da inafastabilidade da jurisdição também não se confunde apenas com o direito de petição ao Poder Judiciário. Há de se interpretar tal princípio de forma a se garantir a igualdade efetiva, tratando-se com desigualdade aqueles que se encontram em posições desiguais. A norma infraconstitucional que disciplina a gratuidade deve veicular padrão normativo de acesso à justiça que proporcione a maior efetividade possível ao direito social em questão, tendo-se presente que o direito social reveste-se do atributo de direito humano e fundamental. Em rigor, o ordenamento jurídico, visto sob os prismas de unidade e coerência sistêmicas, associa o instituto da gratuidade, nas relações assimétricas de natureza processual (como na hipótese de processos trabalhistas), à premissa factual da vulnerabilidade de uma das partes para produzir prova, que é uma evidente consequência da debilidade da mesma parte na relação jurídica de direito material. A hipossuficiência econômica é apenas um dos claros indicativos, decerto o mais forte deles, da vulnerabilidade que se apresenta durante a relação laboral, vale dizer: da vulnerabilidade que inviabiliza, ou dificulta significativamente, o encargo de provar as ações ilícitas acaso suportadas. No Brasil, o resultado prático da atribuição de ônus financeiro, ainda que condicionado à obtenção de crédito (porventura salarial e alimentar) a quem está em condição de vulnerabilidade, não pode ser aquilatado somente com base na redução exponencial da quantidade de ações trabalhistas a partir da Lei n. 13.467/2017, o que pode expressar apenas a existência de demanda reprimida. O sítio virtual da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho revela, com números inquestionáveis, que a incerteza do trabalhador quanto à sua capacidade de produzir a prova do direito que entende violado, subsistindo após ganhar eficácia a Lei n. 13.467/2017, expressa-se no aumento dos tipos processuais que não geram honorários advocatícios, inclusive ações coletivas. Podemos verificar pelas estatísticas públicas constantes do site da Corregedoria Geral o incremento muito expressivo, por exemplo, do procedimento intitulado "Produção Antecipada de Prova", em que não há ônus sucumbencial. A gratuidade para a parte juridicamente vulnerável, está

⁶³ De mesmo número.

demonstrado, guarda íntima relação de compatibilidade com a potencial incapacidade de essa parte provar os atos ilícitos que entende haver sofrido. A partir da gratuidade judiciária e da distribuição equânime do ônus da prova, revela-se afinidade entre a sociedade igualitária e a justiça social, entre a desigualdade socioeconômica e a igualdade jurídico-formal, tudo a evidenciar que tais direitos ou garantias habitam os escaninhos dos direitos humanos e fundamentais. Por tal razão, a única interpretação possível para os dispositivos de lei sobre gratuidade judiciária é a interpretação sistêmica, aquela que confira maior efetividade ao direito constitucional de acesso à justiça como direito de acesso ao direito, sem ônus, atual ou futuro, em razão da inaptidão da parte vulnerável para provar fatos pretéritos. [...] Recurso de revista conhecido e provido, para suscitar ao Pleno do TST a inconstitucionalidade do art. 791-A, §4º da CLT.

Em que pese a densidade dos argumentos do Ministro proponente do incidente de arguição de inconstitucionalidade, sobretudo quando enfatiza o alcance da vulnerabilidade para além do seu eixo econômico, são copiosos os julgados oriundos de órgãos fracionários do Tribunal Superior do Trabalho, em que a constitucionalidade do artigo em voga não só é assegurada, como também objeto de elogios pelo colegiado judicante; à guisa de ilustração⁶⁴:

RECURSO DE REVISTA OBREIRO - CONDENAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS - COMPATIBILIDADE DO ART. 791-A, § 4º, DA CLT COM O ART. 5º, XXXV E LXXIV, DA CF - TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA - RECURSO NÃO CONHECIDO. [...] 3. Como é cediço, a reforma trabalhista, promovida pela Lei 13.467/17, ensejou diversas alterações no campo do Direito Processual do Trabalho, a fim de tornar o processo laboral mais racional, simplificado, célere e, principalmente, responsável, sendo essa última característica marcante, visando coibir as denominadas "aventuras judiciais", calcadas na facilidade de se acionar a Justiça, sem nenhum ônus ou responsabilização por postulações carentes de embasamento fático. 4. Nesse contexto foram inseridos os §§ 3º e 4º no art. 791-A da CLT pela Lei 13.467/17, responsabilizando-se a parte sucumbente, seja a autora ou a demandada, pelo pagamento dos honorários advocatícios, ainda que beneficiária da justiça gratuita, o que reflete a intenção do legislador de desestimular lides temerárias, conferindo tratamento isonômico aos litigantes. Tanto é que o § 5º do art. 791-A da CLT expressamente dispôs acerca do pagamento da verba honorária na reconvenção. Isso porque, apenas se tiver

⁶⁴ TST, RRAg-1001021-79.2019.5.02.0411, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 24/09/2021.

créditos judiciais a receber é que o empregado reclamante terá de arcar com os honorários se fizer jus à gratuidade da justiça, pois nesse caso já não poderá escudar-se em pretensa insuficiência econômica. 5. Percebe-se, portanto, que o art. 791-A, § 4º, da CLT não colide com o art. 5º, caput, XXXV e LXXIV, da CF, ao revés, busca preservar a jurisdição em sua essência, como instrumento responsável e consciente de tutela de direitos elementares do ser humano trabalhador, indispensáveis à sua sobrevivência e à da família. [...]. – Grifo nosso.

Como bem se vê, o que se sustenta é que a metodologia empregada pelo legislador não feriu, como querem fazer crer aqueles avessos à mudança, princípios constitucionais caríssimos (v.g. da isonomia, do livre acesso ao Judiciário e da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos), antes veio para preservar a jurisdição em sua essência e salvaguardar o processo como mecanismo de efetividade dos direitos elementares do ser humano trabalhador.

Seja como for, ainda que a caminhada em prol da convergência das decisões judiciais esteja longe do fim, com argumentos, os mais variados, a fomentar uma polarização entre retrocesso e avanço, um ponto de afinidade parece surgir em meio ao debate: o objetivo da mens legis de fulminar, de vez por todas, as demandas temerárias.

E é exatamente por esta fenda que o trabalho pretende, doravante, introduzir a Análise Econômica do Direito (AED) e com ela estabelecida, desvelar as razões pelas quais o comportamento humano dos trabalhadores foi imediatamente responsivo aos novos comandos legais. Aliás, não só que tenha sido responsivo. Que tenha sido possível prevê-lo como tal.

Capítulo 2

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

É cediço que Direito e Economia caminham juntos desde a segunda parte do século passado, trazendo à tona uma perspectiva interdisciplinar que rompeu as fronteiras da comunidade anglo-saxã para ganhar assento em todo o globo e exercer prestígio nos mais diversos ramos do Direito, naquilo que talvez se constitua o “mais influente movimento de pensamento jurídico no período pós-Segunda Guerra Mundial”⁶⁵.

Conclusões açodadas podem estabelecer uma barreira intransponível entre as disciplinas, levando a crer que a ciência do direito não possa ser desvelada a partir da ciência da economia, precisamente porque enquanto o Direito se ocupa em calorosamente distribuir justiça, a Economia se mantém gélida à procura de eficiência. Distinção que se ilustra nas palavras de Salama⁶⁶:

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade.

Essa dicotomia, reduzida a ideia de que “o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas”⁶⁷, enfraquece na era da modernidade até mais não existir na chamada pós-modernidade, momento em que,

⁶⁵ HARRIS, Ron. “The Uses of History in Law and Economics” in *Theoretical Inquiries in Law*, 4 *Theoretical Inq. L.* 659, 2003.

⁶⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. *Direito e Economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 09.

⁶⁷ Traduzido do autor STIGLER, George. “Law or Economics?”. *The Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2 out. 1992, p. 6.

apesar da constatação de que justiça e eficiência não encontrem necessariamente similitude conceitual ou prática, passa-se a entender que podem e devem dialogar entre si com o intuito de alargar a compreensão e o alcance do Direito⁶⁸.

E é nessa ambiência de coexistência harmônica das disciplinas que se avança à fusão, de maneira a dar vida aquilo que se convencionou chamar de “Análise Econômica do Direito” (AED), também amplamente difundida como “Teoria Econômica do Direito”.

A Análise Econômica do Direito, em sua concepção moderna, teve início em 1960, muito embora o consequencialismo que lhe serve como eixo remonte à momento anterior. Posner⁶⁹ assevera que, até aquele instante, a despeito da existência de alguns escritos de viés econômico concernentes ao Direito Tributário (Henry Simons), Direito Societário (Henry Manne), Direito Industrial (Arnold Plant), Direito de Contratos (Robert Hale), Direito Regulatório (Ronald Coase), a matéria genuinamente era sinônimo do Direito de Concorrência, “Anti-trust Law”. Continua o autor pontificando que foram os artigos de Guido Calabresi (“Some Thoughts on Risk Distribution and The Law Torts”) e Ronald Coase (“The Problem of Social Cost”) os efetivamente responsáveis pela moderna sistematização e rápida disseminação da AED para outras frentes do Direito não umbilicalmente afetas às relações econômicas.

Para Aragón⁷⁰, a AED deita raiz no artigo “The Problem of Social Cost”, precisamente pelas implicações relacionadas à formulação do famoso teorema de Coase, pelo qual se sublinha a importância das leis na existência dos custos de transação.

⁶⁸ GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.

⁶⁹ POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 55/56.

⁷⁰ ARAGÓN, Nuria de Querol. Análisis Económico del Derecho: teoría y aplicaciones. 2. ed. Madrid: Ediciones FIEC, 2009, p. 17.

Pinheiro e Saddi⁷¹ afirmam que o trabalho seminal de Coase foi determinante à superação das lentes paradigmáticas com as quais a ciência econômica encarava as transações humanas (comerciais e de troca), na medida em que passou a compreender que estas operações não são reguladas exclusivamente por um sistema de preços, mas também por contratos. São com estes últimos que se dá a interação entre a empresa e o mercado nas suas mais diversas atividades, num cenário em que a opção por uma ou outra alternativa de produção é determinado pelo custo de transação intrínseco a cada escolha.

Verdadeiramente, o que se percebe é que malgrado a historiografia canônica do movimento aponte como decisivo o clima acadêmico da Universidade de Chicago (Law and Economics) nos idos de 1940 e 1950, ou mesmo os artigos de Coase e Calabresi citados acima, autores, os mais variados, indicam origens distantes para o compasso do direito como objeto das ciências econômicas, mencionando, a exemplo, as obras de Cesare Beccaria, Adam Smith, David Ricardo, Thomas Maltus, Karl Marx e Jeremy Bentham⁷².

Seja como for, o fato é que a AED se desenvolve, ou se consolida como querem alguns, inicialmente nos Estados Unidos, mas rapidamente se expande em escala mundial, de sorte a consolidar-se uma das principais escolas jurídicas do final do século XX, sobretudo porque a sistematização de sua teoria tolera a sua natural desvinculação do common law, para autorizar sua aplicação também ao civil law.

⁷¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 13.

⁷² A calhar, cf. CABANELLAS, Guillermo. El análisis económico del derecho. evolución histórica, metas y instrumentos. In: KLUGER, Viviana (org.) (Ed.). Análisis Económico del Derecho. Buenos Aires: Heliasta, 2006.; PEARSON, Heath. Origins of Law and Economics: The economist's new science of law, 1830-1930. Cambridge: Cambridge University Press, 1997., BACKHAUS, Jürgen. The Elgar Companion to Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar, 1999., MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT B.; DE GEEST, G. (Eds.) (Ed.). Encyclopedia of Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Ed.). Direito e Economia: Textos Escolhidos. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9-57.

No dizer de Posner⁷³,

Economic analysis of law has outlasted legal realism, legal process, and every other field of the legal scholarship. It is probably the major breakthrough of the last two hundred years in legal scholarship.

No Brasil se verifica um crescimento substancial de programas de pós-graduação voltados à abordagem da Análise Econômica do Direito, inclusive e notadamente, em 2007 foi criada a Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE), que se autodefine como⁷⁴

uma associação civil sem fins lucrativos, de caráter científico, educativo, técnico, cultural e pluridisciplinar, criada para desenvolver a pesquisa e aprimorar a interdisciplinariedade entre as ciências do Direito e da Economia, bem como as que a elas se relacionem. Dedicar-se à difusão nos meios jurídicos e acadêmicos, da análise econômica do direito.

Decerto é que na atual conjuntura pós-modernidade, não é mais suficiente a elaboração de teorias jurídicas sofisticadas para equacionar as mais sensíveis e complexas frentes de abordagem do fenômeno da convivência humana, resultando por corolário que o novo paradigma do direito “deve ser mais dúctil e operacionalmente adequado para a produção dialética e democrática de um repertório de argumentos mais densos e legítimos”⁷⁵.

Logo, a proposta interdisciplinar que cerca a temática da Análise Econômica do Direito parece não constituir um mero avanço científico, mas antes a única forma idônea ao enfrentamento dos implexos e múltiplos desafios do mundo

⁷³ A análise econômica do direito sobreviveu ao realismo jurídico, ao processo legal e a todos os outros campos da bolsa de estudos jurídicos. É provavelmente o maior avanço dos últimos duzentos anos em estudos jurídicos (tradução nossa). POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 1973, p. 22.

⁷⁴ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA (ABDE). Institucional. Disponível em: <<https://abde.com.br/institucional>>. Acesso em: 08 de set/2021.

⁷⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 3(1): 75-83 janeiro-junho 2011. p. 80.

hodierno, posto que “o campo jurídico como disciplina autônoma morreu por necessidade própria”⁷⁶. Definitivamente não há mais espaço para autocentrismo.

2.2 CONCEITO

Em linhas gerais e sem prejuízo de outros campos de investigação, a ciência econômica se debruça em como “a sociedade administra seus recursos escassos” em um plexo de “atos combinados de milhões de famílias e empresas”, de modo que “a maneira como as pessoas tomam as decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam e como investem suas economias”, é do domínio científico dos economistas⁷⁷.

Assim é que, “a sociedade tem recursos limitados e, portanto, não pode produzir todos os bens e serviços que as pessoas desejam ter”⁷⁸, sendo que a Economia “é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos”⁷⁹.

Na reta razão, para muito além do senso comum, a ciência econômica não se limita ao exame da inflação, do desemprego, dos ciclos econômicos e de outros fenômenos macroeconômicos alheios às preocupações diárias do sistema legal⁸⁰, para bem se ocupar com todo e qualquer movimento que atinja à economia como um todo, aí incluída uma vasta gama de condutas humanas dentro e fora do mercado.

⁷⁶ ROEMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. Traducción de José Luiz Péres Hernández. 1º ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1994, p. 88.

⁷⁷ MANKIW, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 6ª ed. Norte – Americana por Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima; Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning. Título Original: Principles of economics.

⁷⁸ MANKIW, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 6ª ed. Norte – Americana por Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima; Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning. Título Original: Principles of economics, p. 04.

⁷⁹ ROBBINS, Lionel. An essay on the nature and significance of economic science. 2 ed. London: Macmillan, 1945, p. 81. Disponível em: <http://mises.org/sites/default/files/qjae12_4_5.pdf>. Acesso em 05 de set/2020.

⁸⁰ POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 25. Título original: Economic analysis of law.

A propósito, é forçoso convir que este olhar comportamental dos ensaios econômicos, por si só, contribui para o melhor aproveitamento da distribuição de justiça⁸¹, exatamente porque, ainda que o conceito de justiça guarde inegável carga de subjetividade, “em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício”⁸².

Dito isto, a par da simbiose entre Direito e Economia retratada nos articulados anteriores e agora bem definida a abrangência de estudo da ciência econômica, vai-se à conceituação da teórica da Análise Econômica do Direito.

No sítio eletrônico da Associação Brasileira de Direito e Economia é possível extrair, no espaço destinado à sua definição institucional, aquilo que reputam seja o conceito da teoria⁸³:

O Direito e Economia (Law and Economics) é um campo interdisciplinar de conhecimento, que aplica as ferramentas da Ciência Econômica a temas jurídicos e de políticas públicas. Buscando através da utilização de ferramentas tais como teoria dos preços, teoria dos jogos, econometria, teoria das externalidades e dos custos de transação, além de outras, tornar o sistema jurídico mais eficiente para que possa, dessa forma, conseguir alcançar os seus propósitos de justiça e equidade, desejados por todos e possibilitadores da paz social e do desenvolvimento.

Rosa e Aroso⁸⁴ assinalam que este modelo metodológico consiste em “aplicar os modelos e teorias da Ciência Econômica para a interpretação e aplicação do Direito”⁸⁵, para julgar, como expressa Posner, com um viés “além do

⁸¹ Fazendo uso das palavras de Keynes: “A Teoria Econômica não fornece um conjunto de conclusões assentadas imediatamente aplicáveis à política. Ela é um método ao invés de uma doutrina, um aparato da mente, uma técnica de raciocínio, que auxilia seu possuidor a chegar a conclusões corretas”. KEYNES, John Maynard. Introduction. Em *Supply and Demand*. With Introduction by J. M. Keynes, por Hubert D. Henderson. New York: Harcourt, Brace, 1922, p. 5.

⁸² GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>> Acesso em 14 de set/2021.

⁸³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA (ABDE). Institucional. Disponível em: <<https://abde.com.br/institucional>>. Acesso em 08 de set/2021.

⁸⁴ POSNER, Richard. Para além do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁸⁵ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a Law & Economics. 2 ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 59.

Direito”, em que a análise não se finda no exame da legislação e do fato em si, mas em um sistema integrado como um todo.

No pensar de Coloma⁸⁶, a Análise Econômica do Direito é uma ramificação da ciência econômica imersa quase que exclusivamente na seara da Microeconomia, que tem por desiderato promover a análise e avaliação do papel das normas jurídicas dentro do funcionamento dos mercados, bem assim o impacto destas sobre o comportamento dos atores econômicos por meio do mapeamento das consequências nas quantidades e nos preços praticados.

Para Marcelino Júnior⁸⁷ este paradigma

[...] objetiva a compreensão do universo jurídico, a partir de pressupostos e valores metajurídicos próprios da Economia, que podem ser manejados no momento da criação na norma jurídica e também no momento de sua verificabilidade, na hipótese de aplicação ao caso concreto. Assim, tem-se uma racionalidade econômico-jurídica que interage com o meio de modo a influenciar o âmbito jurídico, principalmente no que se refere à interpretação, considerando novos padrões econômicos-valorativos quando da apreciação de demandas judiciais.

Na definição de Gico Júnior⁸⁸:

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A análise econômica do direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

⁸⁶ COLOMA, German. Analisis economico del derecho privado y regulatório. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 12.

⁸⁷ MARCELINO JÚNIOR, Julio Cesar. Análise Econômica do acesso à Justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 65.

⁸⁸ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Análise Econômica do Processo Civil [recurso eletrônico] / Ivo Teixeira Gico Junior. Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2020, p. 28.

Noutras e derradeiras palavras, o conceito pode ser delineado como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos no julgamento da concepção, da forma, dos processos e dos impactos do Direito e das instituições legais para uma maior eficiência alocativa, com o fito de almejar o bem-estar dentro da moral⁸⁹.

2.3 FUNDAMENTOS

Como dito alhures, a Análise Econômica do Direito se vale de um repertório variado de instrumentais econômicos para auxílio no processo de criação e verificação das normas que, ao fim e ao cabo, como mais a frente se verá, acabam por emprestar ao Direito um componente de praticidade avesso à sua concepção ontológica.

O arsenal retórico conta com mecanismos principais de análise, vertidos em verdadeiros indexadores de eficiência (maximização da riqueza), como a superioridade e a otimização de Pareto, o teste de Kaldor-Hicks, o teorema de Coase, a teoria dos jogos e notadamente, como suprasumo, a teoria da escolha racional.

Essas particularidades e outras correlatas são objeto das linhas que se seguem.

2.3.1 Teoria da escolha racional

Dentre as várias influências que a ciência econômica exerce sobre a disciplina da Análise Econômica do Direito, certamente a racionalidade se afigura como um genuíno baluarte. A premissa da escolha racional tem origem na teoria econômica neoclássica e se edifica sobre a trípole que ora se apresenta⁹⁰:

- a) o valor dos bens e serviços está vinculado à utilidade dele para o consumidor; a satisfação associada ao consumo traduz sua utilidade;

⁸⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 89.

⁹⁰ MANKIW, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 6^a ed. Norte – Americana por Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima; Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning. Título Original: Principles of economics.

- b) o valor diminui paulatinamente com a aquisição de uma unidade extra, ou seja, a utilidade marginal do bem diminui com o aumento do seu consumo; lado outro, o valor do bem, portanto, está ligado a sua escassez;
- c) o indivíduo é maximizador de utilidade racional, quer dizer, busca a todo momento angariar o maior número possível de coisas que reputa úteis para si.

A lógica da teoria neoclássica se faz presente a maior parte do tempo e em qualquer lugar do mundo, por certo “quando o preço do trigo aumenta em relação ao do milho, os camponeses trocam o seu cultivo de milho pelo de trigo, quer vivam na China, na França, na Índia ou no Irã”⁹¹. Também o preço de um guarda-chuva aumenta substancialmente em meio a uma partida de futebol acaso sobrevenha uma chuva torrencial. Garrafas de água possuem um valor altíssimo em locais ermos, ainda assim não serão tão valiosas ao consumidor que, instantes antes, tenha se saciado à exaustão com várias delas.

Com efeito, a Teoria da Escolha Racional (TER) se estriba no chamado individualismo metodológico, para compreender o todo a partir do indivíduo singular e de suas respectivas interações. A valer, considerando a natureza utilitarista do indivíduo e a racionalidade própria deste *modus operandi*, tem-se que o seu agir está invariavelmente atrelado ao maior acúmulo de satisfação (bem-estar), obviamente considerado o universo de informações que lhe eram de conhecimento no momento da decisão.

Posner⁹² então adverte que

essa maximização racional não deve ser confundida com um cálculo consciente. A economia não é uma teoria da consciência. O comportamento é racional quando se conforma ao modelo de escolha racional, qualquer que seja o estado mental de quem escolhe.

⁹¹ FUKUYAMA, Francis. Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade. Tradução de Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996, p. 34. Título original: Trust. The social virtues & the creation of prosperity.

⁹² POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 26. Título original: Economic analysis of law.

É dizer, embora sejam contabilizadas à guisa de dados, as preferências e motivações são de somenos importância, justo porque “a teoria econômica é uma teoria sobre os meios empregados para alcançarem seus fins (comportamentos) e não sobre os fins que elas buscam (motivação)”⁹³.

Dito de outra forma, por Squeff⁹⁴:

Afinal, a racionalidade pode ser definida como aquilo que parece ser razoável e lógico, optando-se conscientemente por um determinado curso pela arte de ponderar. Em outras palavras, a TER utiliza-se de uma deliberação entre custos e benefícios externos ao indivíduo, descartando quaisquer escolas éticas ou morais, adotando uma perspectiva mais contida de racionalidade, a qual preza pela maximização da utilidade (pessoal/racional).

E esse isolamento, pelo qual os economistas elegem exclusivamente a ideia de “utilidade” sem descer aos pormenores da análise subjetiva das preferências/motivações pessoais, é absolutamente relevante, dado que uma infinidade de componentes giram em torno das escolhas individuais, sendo, a título de ilustração, que a “felicidade (ou miséria) de outra pessoa pode fazer parte de nossas satisfações”⁹⁵.

Uma vez constatada a ideia de que o indivíduo racional é utilitarista dentro e fora do mercado, maximizador do autointeresse, propenso a fazer escolhas mediante associações entre as opções disponíveis e os fins aspirados numa lógica que lhe assegure maior bem-estar, um consectário valioso exsurge: a responsividade do indivíduo a incentivos resulta na inferência coloraria de que a modulação destes pode exercer influência direta em suas opções.

⁹³ GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>> Acesso em 14 de set/2021.

⁹⁴ SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. Análise econômica do direito ambiental: perspectivas interna e internacional. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. p. 128/129.

⁹⁵ POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2 ed. México: FCE, 2007, p. 26. Título original: Economic analysis of law.

Aqui são decisivas as premissas microeconômicas, máxime quando se tem em mente que o “comportamento da economia reflete o comportamento das pessoas”⁹⁶:

- a) a concepção dos indivíduos como agentes racionais;
- b) a tomada de decisão exige a comparação entre os custos e os benefícios de possibilidades alternativas de ação;
- c) as pessoas reagem a incentivos;
- d) os mercados constituem a maneira mais eficiente de alocação dos recursos escassos;
- e) as instituições estatais podem melhorar os resultados dos mercados.

A teoria da escolha racional, portanto, acaba por concluir que os “seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições com que se defrontam. Incentivos e restrições que nem sempre possuem uma dimensão monetária”. Então, arremata Posner⁹⁷, “O ser racional é aquele que pondera a utilidade do crime e a desutilidade da punição”.

Nesse jogo de ideias, Salama destaca que⁹⁸:

o ponto é simplesmente o de que a premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, enquanto que o comportamento irracional é geralmente aleatório (ou seja randômico)

Por conseguinte, um dos axiomas da AED “é precisamente o de que as pessoas reagem a incentivos, e de que as normas fornecem às pessoas um quadro de incentivos inteiramente similar àquele que é veiculado pelos preços nos mercados tradicionais”⁹⁹, e por ele se enceta uma previsibilidade que pode ser manejada nos mais diversos aspectos sociais, a exemplo as políticas públicas, leis

⁹⁶ MANKIW, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 6ª ed. Norte – Americana por Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima; Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning. Título Original: Principles of economics.

⁹⁷ POSNER. Richard A. A economia da justiça, Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 12.

⁹⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/> Acesso em 10 de set/2021.

⁹⁹ ARAÚJO, Fernando. Análise Econômica do Direito: programa e guia de estudo. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 22.

e decisões judiciais, seja no sentido de modular o comportamento humano ou no desiderato de compreendê-lo.

De mais a mais, “negar a teoria da escolha racional significa assumir que o ser humano não possui preferências logicamente ordenadas”, premissa que, se estabilizada, implicaria em admitir a prevalência da atuação camicase, já que “cada indivíduo agiria sem nenhuma preocupação quanto à consequência de seus atos para o seu bem estar”¹⁰⁰.

2.3.2 Eficiência

Ao longo do caminhar histórico a economia fez uso das mais variadas visões de eficiência para melhor alocar os recursos sabidamente escassos, dentre elas as chamadas optimalidade de Pareto e a eficiência de Klador-Hicks.

Antes de se aprofundar nas diretrizes sobreditas, cabe enfatizar a importância da eficiência à luz da Análise Econômica do Direito, tal qual pondera Oliveira¹⁰¹:

Que se busca, através da Análise Econômica do Direito, seria a instituição de um Direito eficiente e que conduza à eficiência, enquanto valor econômico primordial. As normas preferíveis seriam, portanto, aquelas que melhor se enquadrassem nesse parâmetro. Igualmente, aos julgadores seria dada a função de compreender as consequências econômicas de suas decisões, atentando-se para a obtenção desse novo critério.

Vilfredo Pareto foi um cientista político, sociólogo e economista italiano, e em seu livro *Manual de Economia Política* concebeu a teorética que mais tarde seria universalmente conhecida por Eficiência de Pareto ou Optimalidade de Pareto, pela qual uma alteração eficiente é aquela em que ocorre o benefício para uma ou mais pessoas sem que ninguém seja prejudicado.

¹⁰⁰ FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 37.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Amando Flávio de. *O direito da concorrência e o poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 95.

O critério paretiano, contudo, sofre severas críticas já que, no mais das vezes, se não em todas – quando observada a imensidão de interações do arranjo social –, o aumento de bem-estar de um indivíduo passa necessariamente pela redução do outro, ao que leva à compreensão de que se trata de “uma metáfora ideal de impossível cumprimento prático pois não há a possibilidade de coordenar todas as ações, obter-se de todas as informações, realizar-se transações de custos zero ou sem externalidades e ainda”, como se não fosse o bastante, “controlar as decisões dos empresários”¹⁰².

Afora isso, o pensar relega ao nada qualquer perspectiva de distribuição de justiça quando posiciona a ausência de prejuízo como epicentro das decisões. Rodrigues exemplifica o ora ressaltado com a hipótese de duas pessoas que passam por necessidades alimentares num contexto em que se pode distribuir dois quilos de arroz. Acaso se dê toda a comida somente a uma pessoa, ter-se-ia por atendido a eficiência dentro do ótimo de Pareto, muito embora o proceder nem de longe represente uma situação justa¹⁰³.

Por força das críticas direcionadas ao trabalho de Vilfredo, a doutrina seguiu buscando mutações com o fito de aprimorar a optimalidade paretiana, com o que se destacam os esforços hermenêuticos dos economistas Nicholas Kaldor e John Hicks que resultaram no notoriamente conhecido Teorema de Kaldor-Hicks, também chamado de Superioridade de Pareto.

A valer, o modelo Kaldor-Hicks preceitua que a eficiência pode ser conservar incólume com um agir prejudicial, desde que, e tão somente se, o aumento de bem-estar de um agente em prejuízo do bem-estar de outro possa ser compensando, isto é, seja assegurado a este último a manutenção do nível de satisfação.

¹⁰² ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogo com a Law & Economics*. 2 ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 67.

¹⁰³ RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito - uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 27.

Uma mudança é eficiente, portanto, se o volume de benefícios experimentados é superior ao decréscimo sofrido pelos prejudicados, numa relação imediatamente proporcional entre vencedores e perdedores.

Então é que, na linha deste critério o implemento de alguma mudança perpassa pela quantificação daquilo que o sujeito está disposto a pagar para obter determinado benefício em contraponto com aquilo que o outro sujeito estaria disposto a pagar para não sofrer o sacrifício. Porventura o cotejo entre benefício supere o total dos custos, a mudança proposta deve ser realizada. A consecução da eficiência ocorre quando não exista mais possibilidades de introdução de nenhuma melhoria. Um mecanismo de compensação pelo qual as utilidades subjetivas são convertidas em valores monetários correspondentes aos interesses de cada agente econômico¹⁰⁴.

Cooter e Ulen assinalam que pela ótica de Kaldor-Hicks a eficiência desagua em um avanço da lógica de Pareto, fazendo com que eficiência e prejuízo coexistam, contanto que haja pactuação explícita e unânime dos agentes envolvidos e seja observada a necessária indenização aos perdedores em decorrência das alterações efetuadas¹⁰⁵.

Deveras, o paradigma paretiano tutela os prováveis perdedores, ao passo que o modelo Kaldor-Hicks tem como cerne a análise sob o prisma dos vencedores em uma determinada mudança¹⁰⁶.

A compensação ambiental, estribada no princípio do poluidor-pagador, por exemplo, encaixa-se perfeitamente à visão de eficiência vislumbrada por Kaldor-Hicks, mas não sobrevive ao escrutínio da lógica paretiana.

Enfim, a eficiência está tangenciada à obtenção dos melhores resultados com os mesmos recursos disponíveis ou, ainda, com a consecução dos

¹⁰⁴ RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito - uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 29.

¹⁰⁵ COOTER, Robert; Ulen, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 64.

¹⁰⁶ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 74.

mesmos resultados com um dispêndio inferior de recursos, e daí por diante as duas posições se prestam a defender diferentes eixos a título de lugar comum.

2.3.3 Maximização da riqueza

Nos idos da década de 1970, com especial ênfase à obra “The Economics of Justice” (1981), Posner propõe que a eficiência deve ser alçada a pedra angular para a formulação e interpretação do direito, sustentando o seu ideal eficientista ao argumento de que “o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização da riqueza da sociedade”, tão mais porque por este trilhar se “permite uma reconciliação entre utilidade, liberdade, e até mesmo igualdade, como princípios éticos que competem entre si”¹⁰⁷.

O autor conceitua a maximização da riqueza – expressão que utiliza como sinônimo de eficiência –, como sendo a potencialização do valor agregado de todos os bens e serviços, tenham ou não valor mercantil (vida, liberdade, dor, família). A incursão nos componentes imateriais envolvidos na transação serve “apenas para possibilitar uma comparação entre eles traduzindo-os numa unidade comum, o dinheiro”¹⁰⁸.

Já a sua noção de riqueza está atrelada ao conceito de valor econômico defendido por Alfred Marshall, para quem a determinação do valor decorre de um ponto de equilíbrio entre procura e oferta, ou seja, resulta daquilo que um indivíduo está disposto a pagar para a obtenção de um dado bem ou serviço ou, quando inverso, de posse do tal bem ou serviço, quanto exige para se desfazer dele de maneira voluntária.

Verifica-se, pois, que o valor está intrinsecamente ligado aquilo que o indivíduo está disposto a pagar e não efetivamente ao valor de mercado do bem¹⁰⁹,

¹⁰⁷ POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 115.

¹⁰⁸ POSNER, Richard A. *A economia da justiça*, Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 14.

¹⁰⁹ Posner exemplifica com uma hipótese de direito penal: “la demanda de aire y agua limpios, y por lo consiguiente los contornos de la doctrina de la molestia pueden variar según si la pregunta es formulada como si la víctima de la contaminación estaría dispuesta a ‘vender’ su ‘derecho’ a estar libre de polución por un precio que el contaminador estaría dispuesto a pagar, o como si la víctima

e a riqueza é “o valor total de todos os bens e serviços, econômicos e não econômicos, e está maximizada quando todos os bens e serviços, na medida em que seja possível, sejam atribuídos a seus usos mais rentáveis”¹¹⁰.

Os fins perseguidos por Posner são detalhados por Salama¹¹¹:

O que Posner propôs, portanto, é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Em síntese, a teoria é a seguinte: regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) são justas; regras interpretações que não a promovam são injustas. Isto leva à noção de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seja fundacional ao direito, no sentido de que proveja um critério ético decisivo.

Salama continua seu arrazoado assinalando que a teoria efficientista de Posner se situa no meio da deontologia Kantiana e o utilitarismo Benthamiano para, seletivamente, aproveitar da primeira a concepção consequencialista de moralidade/justiça e a noção de cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade, e da segunda, por sua vez, os conceitos de autonomia e consenso Kantiano. E então arrola os três aspectos da maximização da riqueza como condição de fundação ética para o direito, a saber¹¹²:

a) a de que todas as preferências podem ser traduzidas em termos monetários;

ofreciera ‘comprar’ el derecho a aire o agua limpios al contaminador a un precio que este último estaría dispuesto a aceptar. La demanda es una función de ingreso y riqueza, como también del precio. Un indigente puede que no sea capaz de pagar nada por estar libre de contaminación, mientras que una persona acaudalada puede que exija un precio astronómico para renunciar a su derecho (si es que éste sea su derecho) al aire y agua limpios”. POSNER, Richard. Maximización de la Riqueza y Tort Law: Una Investigación Filosófica. Disponível em: <<https://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>> Acesso em 07 de set/2021.

¹¹⁰ POSNER, Richard. Maximización de la Riqueza y Tort Law: Una Investigación Filosófica. Disponível em: <<https://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>> Acesso em 07 de set/2021.

¹¹¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Efficientismo na Obra de Richard Posner, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/> Acesso em 10 de set/2021.

¹¹² SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Efficientismo na Obra de Richard Posner, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/> Acesso em 10 de set/2021.

- b) a de que cada indivíduo é capaz de avaliar as consequências monetárias de suas interações econômicas; e
- c) a de que as preferências relevantes são aquelas registradas em mercado.

O critério efficientista de Posner, contudo, sofreu uma enxurrada de críticas – quiçá a mais densa delas promovida por Ronald Dworkin em seu artigo “Os Wealth a Value”, publicado no *Journal of legal Studies* em 1980 –, com as quais, não antes do exercício de uma hercúlea resistência, demoveu-se da teoria da maximização da riqueza para aliar-se a uma espécie de pragmatismo cotidiano, pelo qual se depreende uma visão ampla em que a “eficiência é então uma consideração; uma, dentre diversas outras”¹¹³.

Alfim, malgrado Posner tenha declinado da sua perspectiva de eficiência ao se convencer de que ela, em si, não equivale à justiça, é necessário perceber que as suas ponderações no âmbito da temática e sobretudo os debates que lhe seguem, são de vital importância ao aclararem a possibilidade de se colocar à prova o conteúdo decisório a partir do binômio custos versus benefícios.

2.3.4 Custos de transação e externalidades

Para além das compreensões tocante à racionalidade e eficiência, desponta com clareza solar que qualquer investigação econômica pressupõe a fixação das noções de custos de transação e externalidades, sendo certo que a “aplicacion más famosa del concepto de costo de oportunidade em el análisis económico del derecho es el teorema de Coase”¹¹⁴.

No preâmbulo de sua obra “O Problema do Custo Social” (1960), o economista britânico Ronald Coase sublinha que “a posição que sustento é a de

¹¹³ SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Efficientismo na Obra de Richard Posner, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/> Acesso em 10 de set/2021.

¹¹⁴ POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2013. p. 30.

que os aludidos cursos de ação são inapropriados, uma vez que conduzem a resultados que não são sempre, ou mesmo geralmente desejáveis”¹¹⁵.

Coase está preocupado em compreender a engenharia que subjaz o organismo social por lentes holísticas, para que se tenha dimensão da natureza recíproca do problema. Ele então aventa a seguinte situação hipotética: “A” causa um prejuízo a “B”, momento em que se pergunta (pelo costume) de qual forma se deve sancionar “A” e em qual intensidade. Entretanto, esta indagação, segundo o autor, é equivocada. Para ele, todo prejuízo é um prejuízo recíproco, pelo que, se a conduta de “A” for reprimida para compensar o dano a “B”, estar-se-ia causando um prejuízo a “A”. A questão central é, continua o autor, verificar se “A” poderia causar um prejuízo a “B” ou se “B” poderia causar um prejuízo a “A”, de modo a evitar, sempre, o maior dano.¹¹⁶ Somente desta forma, por meio da equação de custo (preço) e benefício, que seria possível revelar os interesses que (im)prescindem de intervenção estatal.

Como bem se vê, no ensaio do autor a escolha de determinado movimento social deve ser percebida sob a lógica bifrontal, isto é, assim como a adoção de determinado movimento social é potencialmente lesiva, também o é a não adoção dele, e daí porque o ponto nodal sê-lo-ia, sempre, cotejar os custos e benefícios da operação com vistas a evitar o maior dano.

Sucedem que a monetarização dos custos imateriais, circunstância que já assombrava a optimalidade de Pareto, a eficiência de Kador-Hicks e maximização da riqueza de Posner, é problemática que se não insuperável, muito a isto se avizinha, consoante observa Silva¹¹⁷:

¹¹⁵ COASE, Ronald H. O problema do custo social. *Journal of Law and Economics* (Outubro, 1960), p. 1. Disponível em: <[http://files.martinhobotelho.webnode.com.br/200000039-1d0b71e053/Coase Tradução Problema Custo Social.pdf](http://files.martinhobotelho.webnode.com.br/200000039-1d0b71e053/Coase%20Traducao%20Problema%20Custo%20Social.pdf)>. Acesso em: 21 de nov/2019.

¹¹⁶ COASE, Ronald H. O problema do custo social. *Journal of Law and Economics* (Outubro, 1960), p. 1. Disponível em: <<http://files.martinhobotelho.webnode.com.br/200000039-1d0b71e053/Coase Tradução Problema Custo Social.pdf>>. Acesso em: 21 de nov/2019.

¹¹⁷ SILVA, José Everton. A proteção do conhecimento tradicional associado sob a lógica da análise econômica do direito: uma questão constitucional baseada na dignidade da pessoa humana. Tese (Doutorando em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2015, p. 160.

A questão dos custos sociais, como de resto todo e qualquer custo dentro da lógica da AED é uma questão de valor, ou seja, no pensamento de Coase determinarmos o valor dos custos e dos ganhos com base nas informações (preços) advindas do mercado e com base nestas informações, escolhemos qual melhor opção é capaz de maximizar os benefícios.

A maior dificuldade neste quesito esta exatamente em valorar o quanto vale um bem de natureza não mercantil (o quanto vale a vida, tradição, história a honra etc...), descartando todas as objeções a monetarização da vida, quer de natureza filosófica ou moral, para os economistas esta monetarização é apenas a atribuição de um padrão mensurável, sem o que a medição dos custos de transação seria impossível, assim como a medição de qualquer grau de eficiência.

Feita a ressalva no que tange à dificuldade da conversão, tem-se que os custos da transação correspondem aos “custos que as partes incorrem no processo de efetivação de uma negociação”¹¹⁸, ou seja, todo e qualquer componente, de índole econômica ou não, que se encontra associado a uma transação, a exemplo as assimetrias informacionais, os custos de barganha, os custos legais, os custos de busca, etc.

Já uma externalidade aflora quando “uma ação provoca um impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por este impacto”¹¹⁹, sendo ela positiva (benefício externo) ou negativa (custos externos).

Nas palavras de Silva¹²⁰:

Resumidamente podemos entender a externalidade como todo resultado que altera uma situação anterior, sem que aquele que sofre o efeito da ação tenha incorrido para sua ocorrência de forma

¹¹⁸ MANKIW, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 6ª ed. Norte – Americana por Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima; Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning. Título Original: Principles of economics.

¹¹⁹ MANKIW, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 6ª ed. Norte – Americana por Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima; Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning. Título Original: Principles of economics.

¹²⁰ SILVA, José Everton. A proteção do conhecimento tradicional associado sob a lógica da análise econômica do direito: uma questão constitucional baseada na dignidade da pessoa humana. Tese (Doutorando em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2015, p. 160.

direita. E esta ocorrência será positiva se melhorar a situação em relação à situação anterior e negativa se a piorar.

A medição de qualquer grau de eficiência invariavelmente atravessa um juízo analítico entre os custos da transação e as eventuais externalidades, de maneira que o entendimento destas categorias é providência salutar para a compreensão da lógica em que se assenta a Análise Econômica do Direito.

2.3.5 Dimensão positiva e normativa

As dimensões positiva e normativa que constituem facetas da Análise Econômica do Direito como se verá doravante, foram importadas da economia, respectivamente da economia positiva e da economia normativa. Segundo Mankiw¹²¹ a análise positiva tenta descrever o mundo como ele realmente é; ao tempo que a análise normativa tenta prescrever como o mundo deveria ser.

Para Sztajn¹²², a economia positiva se volta à descrição de fatos passados, desempenhando uma função prospectiva com a qual busca, através de projeções, é possível antever como o ser humano se comportará quando estiver diante de fenômenos similares. Lado outro, a economia normativa analisa os fatos sociais, regras morais e princípios éticos das normas e instituições existentes, perquirindo meios de propiciar modificações que tragam um maior benefício para sociedade.

A importação desses achados técnicos é levada à risca para a AED.

Em Posner¹²³, o enfoque positivo (ou descritivo) aborda como o direito repercute sobre o campo fático, ou seja, como o comportamento dos agentes é influenciado pelas leis, enquanto que o normativo (ou prescritivo) se volta à análise de quais situações e de que forma os conceitos jurídicos se relacionam com os

¹²¹ MANKIW, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 6ª ed. Norte – Americana por Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima; Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning. Título Original: Principles of economics.

¹²² SZTAJN, Rachel. Direito e economia. Revista de Direito Mercantil, 144, outubro/dezembro de 2006, p. 222.

¹²³ POSNER, Richard. Fronteiras da Teoria do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 8.

conceitos de justiça e eficiência, maximizando tanto a satisfação e o bem-estar, quanto à riqueza.

Conforme definem Rosa e Linhares¹²⁴:

A Law and Economics procura analisar estes campos desde duas miradas: a) “positiva”: impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferidos em face de suas decisões e “bem-estar”, cujo critério é econômico de “maximização de riqueza”; e, b) “normativa”: quais as vantagens (ganhos) das normas jurídicas em face do “bem estar social”, cotejando-as com as consequências.

Significa dizer, “quando alguém investiga se A matou B, está realizando uma análise positiva (investiga um fato)”, mas “quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, está realizando uma análise normativa (investiga um valor)”¹²⁵.

Araújo aduz que, não por outro motivo, senão a ênfase na eficiência, que a Análise Econômica do Direito adotou as visões positiva e normativa com o intuito de se evitar a multiplicação de erros na atividade judicante, porquanto uma coisa é identificar o porquê de determinado comando judicial se mostrar eficiente, e outra, direcionar esforços no sentido de remodelar o funcionamento das instituições e o aperfeiçoamento da legislação, com a elaboração de medidas que aportem maiores benefícios¹²⁶.

E no dizer de Salama¹²⁷:

A AED, em grosseira síntese, tem fundamentalmente dois diferentes ângulos de estudo. O positivo, que trabalha com a tentativa de descrição da realidade, e o normativo, que vai além das descrições empíricas e passa a fazer julgamentos prescritivos. A AED positiva, então, esforça-se em mostrar como as normas

¹²⁴ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a Law & Economics. 2 ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 61.

¹²⁵ Gico Junior, Ivo Teixeira. Análise Econômica do Processo Civil [recurso eletrônico] / Ivo Teixeira Gico Junior. Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2020, p. 32.

¹²⁶ ARAÚJO, Fernando. Análise econômica do direito: programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008, p. 33.

¹²⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. Introdução. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). Análise Econômica do Direito Contratual: sucesso ou fracasso? São Paulo: Saraiva, 2010-A, p. 10.

jurídicas evoluíram de modo a agregar eficiência à sociedade, diminuindo o custo de transações e estimulando as relações econômicas. Já a AED normativa emitirá opiniões sobre a adequação ou não de determinadas regras jurídicas a fins últimos.

Para além, Cooter¹²⁸ acrescenta que o viés positivo se subdivide em outros níveis epistemológicos e dois deles merecem atenção neste trabalho. O primeiro, intitulado como explicativo, trata sobre a capacidade explicativa da teoria econômica. Esta interpretação sustenta que “a economia explica o direito, mas não chega a uma explicação completa” pois “não capta toda a realidade subjacente”, a reclamar a contribuição de outras áreas de conhecimento. E o segundo, intitulado de preditivo, diz que a Economia pode ser aplicada para antever as consequências das várias regras jurídicas. Esta interpretação busca identificar os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o desempenho dos atores sociais relevantes em cada caso. A interpretação preditiva procura modelar o desempenho humano para que seja possível ao interprete compreender os capazes efeitos que advirão como consequências das diferentes posturas legais.

À luz de todo o arrazoado e na certeza de que os agentes e instituições influenciam e são influenciados pelo terreno em que interagem, também que o Direito influencia e é influenciado pela Economia, as visões consequenciais que os níveis epistemológicos da AED fornecem são decisivas para o melhor aproveitamento do agir imediato e futuro.

2.3.6 Teoria dos jogos

Consta da literatura histórica que os maiores expoentes da Teoria dos Jogos foram John Von Neumann e John Forbes Nash Junior, o primeiro responsável pela criação da teórica e o segundo pelo seu aprimoramento, a relevância deste último, a propósito, rendera-lhe um prêmio Nobel de Economia.

Em 1928 Neumann demonstrou que todos os jogos finitos de soma zero com duas pessoas participando possuem uma solução funcional¹²⁹, enquanto

¹²⁸ COOTER, Robert. “Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books”. *UCLA Law Review*, v. 29, 1982, p. 1260.

¹²⁹ NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton: Princeton University Press, 1953. In: ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. *A Teoria dos*

que Nash publicou vários artigos de importância ao desenvolvimento do modelo, mas foi em “Equilibrium Points in Person Games e Non-Cooperative v Games” que logrou provar a existência de equilíbrio de estratégias mistas para jogos não cooperativos, dando nascedouro ao chamado Equilíbrio de Nash¹³⁰.

A teoria, em síntese, de caráter preponderantemente matemático, difere da teoria da escolha racional porque desloca o foco de incidência da racionalidade, atribuindo como lugar comum a possível reação alheia e não a razão individual do agente.

Posner¹³¹ diz que

Em algumas situações, [...] ao decidir como agir, o indivíduo racional irá considerar as possíveis reações alheias, ele irá, em outras palavras, agir estrategicamente. Esse é o domínio da Teoria do Jogos, a qual contrasta com a economia comportamental por ela assumir, ao menos de forma mais pura, um degrau de racionalidade ainda maior do que aquele ostentando pela economia ortodoxa.

Ela se aplica com o objetivo de perquirir os mecanismos que são utilizados quando uma ou mais pessoas tomam decisões, vislumbrando mapear o funcionamento da lógica da interação estratégica em situações de competição ou mesmo cooperação. É aplicável nos mais diversos segmentos, desde jogos de estratégia até ciências políticas e econômicas, por exemplo.

Invariavelmente a compreensão da teoria perpassa pela incursão na notória fábula nomeada de Dilema dos Prisioneiros, que ora se reproduzirá a partir da narrativa de Gregorin.

Jogos: Uma fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. v. 2. Brasília: GRupos de Pesquisa, 2003.

¹³⁰ ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: Uma fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa. p. 14 In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. v. 2. Brasília: GRupos de Pesquisa, 2003, p. 175-200.

¹³¹ In: SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. Análise econômica do direito ambiental: perspectivas interna e internacional. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 138.

Versa a hipótese acerca de dois prisioneiros (João e Pedro) que, acusados de crime, permanecem presos em celas separadas e incomunicáveis, aos quais são facultadas as seguintes alternativas¹³²:

- 1) se ambos ficarem calados, o que significa que João coopera com Pedro e Pedro coopera com João, cada um cumpre um ano de cadeia;
- 2) se ambos confessarem, ou seja, se João não cooperar com Pedro nem Pedro cooperar com João, os dois ficarão dois anos presos;
- 3) se somente João confessar, e Pedro ficar quieto – o que significa que João deserta e Pedro coopera – João, aquele que desertou, sai livre, enquanto Pedro, o que cooperou, fica cinco anos atrás das grades; mas
- 4) se João se calar e Pedro confessar, sendo que João coopera com Pedro e Pedro deserta de João, João é quem fica cinco anos na cadeia, enquanto Pedro ganha a liberdade.

Continua o autor aduzindo que o “pensamento matemático” que propõe a teoria desvela uma decisão binária, pela qual calar ou confessar correspondem, em todos os ângulos, a cooperar ou desertar (não cooperar). A decisão se guia por um feixe de racionalidade que, como quer a teoria, ignora interferências outras de cunho afetivo, moral ou religioso, para se limitar a conclusões lógicas-matemáticas que cada prisioneiro faz sobre a situação¹³³:

- A) À primeira vista, a opção mais interessante parece ser a cooperação recíproca, em que tanto João quanto Pedro se calam. Nesse caso, ambos ficariam somente um ano presos, porém...
- B) Se sou o João e penso que o Pedro vai ficar quieto, eu me saio melhor confessando (traíndo). Nesse caso, minha deserção (do João), aconteceria simultaneamente à cooperação de Pedro, o que leva ao melhor resultado possível para mim, que saio livre (mesmo que Pedro mofe cinco anos no presídio). Da mesma forma...
- C) Se me coloco no lugar do Pedro e penso que é o João quem vai ficar quieto, eu (Pedro) confesso e saio livre, ao passo que é ele (o João, que fica quieto) quem passa cinco anos na cadeia. Mas, por outro lado...
- D) Se eu (João ou Pedro, tanto faz) penso o oposto e acredito que o outro vai confessar, eu não posso ficar calado, pois, nesse

¹³² MARINHO, Raul. Prática na teoria-aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

¹³³ MARINHO, Raul. Prática na teoria-aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

caso, eu é que vou ficar cinco anos preso, enquanto o outro sai livre!

- E) Mais do que isso, se eu achar que meu comparsa pensa exatamente como eu, concluo que ele vai confessar, o que me leva a um beco sem saída. Na prática, eu só posso confessar! E é efetivamente isso o que acontece: os dois prisioneiros confessam e passam, ambos, dois anos presos. A isso, chama-se “equilíbrio de Nash”: a melhor decisão possível levando-se em conta a decisão que o outro deve tomar – o que revela o caráter interativo da teoria.

Dessume-se que o eixo de observação recai sobre a possível conduta do outro jogador e o equilíbrio proposto por Nash decorre da maximização da utilidade coletiva em detrimento das estratégias individuais, caracterizada na consecução da escolha em que todos saiam ganhando e as perdas, tanto quanto possível, sejam reduzidas.

A AED, argumenta Posner¹³⁴, alimenta-se da técnica de ter por referencial o comportamento do outro jogador para equacionar as diversas hipóteses em que o comportamento racional estratégico prepondera como, a título de ilustração, o combate ao monopólio.

2.4 CIVIL LAW VERSUS COMMOW LAW

Sabe-se que a Análise Econômica do Direito, como de resto também o acervo teórico que ela incorpora da economia, sofre toda a sorte de contingência, não só aquelas imanentes às novas teorias, mas sobretudo dos incrédulos a possibilidade de que ela empreste uma fórmula universal para dar respostas definitivas às problemáticas do organismo social.

Acontece que ela não oferece e nem quer fazê-lo, isto, nas palavras de Calabresi¹³⁵, beiraria ao “ridículo”; trata-se tão somente de afiançar que este fenômeno permeia o tecido da literatura jurídica e fatalmente contribui para a

¹³⁴ POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p.50-53.

¹³⁵ CALABRESI, Guido. “Thoughts on the Future of Economics” Journal of Legal Education v. 33, 1983, p. 363.

compreensão, análise e aplicação do Direito, viabilizando, na medida do possível, a maior quantidade de distribuição de bem-estar¹³⁶.

Passando ao largo das críticas deste jaez, há resistência, e aqui parece pertinente alguma consideração, no que tange à aplicabilidade da AED nos países que elegem o direito escrito (civil law), dada a circunstância da teoria ter por origem um país de direito consuetudinário (commow law). Não bastassem as diferentes tradições culturais e ordenamentos jurídicos, uma plêiade de mal-entendidos em torno das pretensões da AED¹³⁷ também dificulta a transposição da teoria.

O âmago da aversão se dá pela presença da eficiência como mote comum na commow law e na AED, o que desagua em uma aparente simetria não alcançável na civil law, mormente pelo protagonismo judicial exercido no primeiro modelo em contraponto à coadjuvância do segundo.

Contudo, a sistematização da teoria com o escoreito delineamento de seus elementares já parece ferir de morte o argumento, mas, ainda que assim não fosse, é de se notar que a suposta assimetria emprega o positivismo jurídico como lugar comum. E aí o equívoco.

Ora, a dogmática simplista de que ao legislador cabe a criação do direito e ao juiz a mera aplicação não se sustenta, decorrendo por corolário lógico a necessidade de interligação dos métodos legislativo e judicativo, do contrário: ou o julgador repete em concreto o legislador ou o legislador antecipa em abstrato o julgador.

¹³⁶ Em igual sentido, Forgionni: “Em conclusão, o operador do direito, ao se deparar com a AED e com seus postulados, não pode ser movido nem pela paranóia, nem pela mistificação: a relação entre o método juseconômico deve ser de complementaridade e não de substituição ou oposição. Na ausência da correta compreensão da AED, de duas, uma: ou será desprezado instrumental apto a dar consecução aos princípios de nosso ordenamento jurídico, ou – o que é pior – a AED será tomada como remédio apto a solucionar todos os males, reduzindo o papel do Direito à simples reafirmação e legitimação dos determinismos econômicos”. FORGIONNI, Paula. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação? Revista de Direito Mercantil, 139, julho/setembro de 2005, p. 256.

¹³⁷ ROEMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. Traducción de José Luiz Péres Hernández. 1º ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1994, p. 86.

É passada a hora de a metodologia jurídica adotar um modelo definitivamente pós-positivista, marcado por uma interpretação in concreto, pelo qual o juiz se vale de uma postura construtiva e interdisciplinar, atribuindo sentido ao enunciado legal, sem perder de vista as especificidades envoltas ao caso sub judice¹³⁸.

Wolkart¹³⁹ comenta a controvérsia e a aproxima com a realidade brasileira:

Um argumento comum seria a diferença entre os sistemas de civil law e common law. É comum o argumento de que o common law tende para a eficiência. A ideia é a de que as normas menos eficientes geram mais litigância e vão sendo excluídas do sistema. A maior liberdade criativa dos juízes de common law permitiria essa seleção positiva. Mas, hoje, a porosidade dos textos legislativos e o manejo dos princípios de direito vêm dando aos juízes do civil law poder criativo semelhante. Não obstante algumas vozes doutrinárias em sentido estridentemente contrário, esse é inclusive o caminho seguido pelo Brasil, pavimentado pelas virtudes do CPC/2015 no que diz respeito à obrigatoriedade do respeito aos precedentes. Por fim, fosse a dificuldade europeia com a AED uma questão de common law, então Reino Unido e os Estados Unidos teriam de estar em pé de igualdade nesse ponto, o que, evidentemente, não é o caso. De outro lado, Israel, país de tradição de civil law, possui desenvolvidíssima AED, inclusive exportando professores para universidades americanas.

Em suma, a aplicação da Análise Econômica do Direito em países de direito continental perpassa por duas inferências: a) a teórica é somente uma metodologia de auxílio sem absolutamente nenhuma intenção reducionista; e b) o seu arsenal científico abrangente, teórico e empírico, é perfeitamente aplicável no direito consuetudinário e escrito, tão mais quando o evoluir do caminhar da ciência jurídica desnatura os antigos antagonismos, outorgando ao Estado-Juiz quer num, ou noutro, o poder-dever de construção hermenêutica.

¹³⁸ Para maior aprofundamento: CASTANHERA NEVES, Antonio. Metodologia Jurídica Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

¹³⁹ WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda., 2020, edição do Kindle, posição 2765.

De posse dos fundamentos da AED, a pesquisa doravante se direciona à procura de pontos de afinidade entre a teoria em questão e as razões do legislador para edição dos preceitos legais objeto.

Capítulo 3

O CARÁTER DISSUASÓRIO (OU NÃO) DOS HONORÁRIOS PERICIAIS, SUCUMBENCIAIS E DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA “REFORMA TRABALHISTA”: UM ENFOQUE SOB O EIXO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A essa altura do trabalho, o desejo é que já se esteja ambientado no tocante aos pontos nodais da lei reformista e também sobre os contornos teóricos que cercam a chamada Análise Econômica do Direito. Mas, afinal, a introdução na legislação celetista dos honorários periciais, sucumbenciais e do instituto da litigância de má-fé teve por desiderato exercer uma função dissuasória? Se sim, teria o legislador feito uso do aparato teórico e empírico da AED? Os problemas em voga e outros apontamentos correlatos, passam a ser doravante desenvolvidos e, bem se espera, respondidos.

3.1 DO CARÁTER DISSUASÓRIO DA REFORMA TRABALHISTA

Não há absolutamente nenhuma dúvida de que a legislação trabalhista carecia de atualização, a menos que se quisesse ignorar o abismo entre a realidade vivida no Brasil de 1943 (promulgação da CLT) com aquela recente de 2017 (promulgação da reforma). A legislação precisa acompanhar o evoluir social, precisa ter o espírito de sua época, de seu tempo, aquilo que os filósofos alemães titulam de *zeitgeist*¹⁴⁰

A despeito da necessidade de mudança legislativa ser desejo praticamente uníssono, a verdade é que os debates sociais e congressistas acerca

¹⁴⁰ O termo *zeitgeist* surge dos estudos de Hegel sobre o progresso histórico da Razão humana, publicados em sua obra *Filosofia da História*, de 1837. Esse conjunto de elementos sociais são os formadores do chamado *zeitgeist* (traduzido como “espírito do tempo”), vertente filosófica criada pelo filósofo alemão Georg Hegel, conforme: DE SOUZA, Leonardo Gonçalves; DOS SANTOS PRADO, Gustavo. *Zeitgeist na Publicidade: análise da história econômica do Brasil e seu diálogo com os comerciais televisivos do Banco Itaú, de 1980 a 2009*. Revista *Thêma et Scientia*, v. 8, n. 2, p. 53-54, 2018.

das alterações passaram ao largo do consenso e, não rara às vezes, ratificaram a Lei de Godwin¹⁴¹. Sem a pretensão de se adentrar nesse vespeiro político que se tornou a Reforma Trabalhista, muito menos avaliar os seus (des)acertos, parece prudente uma única observação: ela certamente não logrou se modernizar o suficiente, senão, por exemplo, teria eliminado o art. 391 da CLT¹⁴², já que nos dias atuais beira ao absurdo imaginar-se a hipótese de justa causa pelo só fato da mulher empregada ter contraído matrimônio ou estar grávida.

Dito isso, o desígnio exclusivo deste subtópico é descortinar a mens legis que ensejou a criação dos honorários periciais, sucumbenciais e a litigância de má-fé, objeto, respectivamente, dos artigos 790-B, 791-A, 793-A e seguintes; e para tanto, faz-se o devido espelhamento dos preceitos em tela com o parecer emitido pela Comissão Especial criada na Câmara dos Deputados com o fito de dar opinião ao projeto de Lei n.º 6.787/2016 que, mais tarde, após o exaurimento do processo legislativo bicameral e a sanção presidencial, daria vida a lei reformista, a ver¹⁴³:

Art. 790-B

A redação vigente do art. 790-B prevê como responsabilidade da parte sucumbente o pagamento dos honorários periciais, “salvo se beneficiária da justiça gratuita”. Segundo Valentin Carrion, em seus comentários à CLT, esse dispositivo “coloca o juiz entre dois princípios: não obstaculizar a pretensão do reclamante, de um lado, e, de outro, não sucumbir ao abuso dos que pedem caprichosamente, sem se importar com o prejuízo alheio”. De fato, é superlativo o número de ações em que a parte requer a realização

¹⁴¹ Segundo a qual “À medida que uma discussão online se alonga, a probabilidade de surgir uma comparação envolvendo Adolf Hitler ou os nazistas tende a 100%.”

¹⁴² “Art. 391 - Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único - Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.”

¹⁴³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de Lei n.º. 6.787, de 2016, do Poder Executivo que “altera o decreto-lei n.º. 5.452, de 1º e maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n.º. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”, 2017, p. 68/69. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1548298&filename=SB_T+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 10 de out/2021.

de perícia sem fundamento, apenas por que não decorrerá, para ela, quaisquer ônus. No entanto 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. Cabe ressaltar que o objetivo dessa alteração é o de restringir os pedidos de perícia sem fundamentação, uma vez que, quando o pedido formulado é acolhido, é a parte sucumbente que arca com a despesa, normalmente, o empregador. Assim, a modificação sugerida não desampará o trabalhador cuja reclamação esteja fundamentada. Além de 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. – Grifo nosso.

Art. 791-A

A inclusão do art. 791-A na CLT tem por objeto disciplinar o pagamento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. O entendimento corrente no TST é o de que não são admissíveis os honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, nos termos da Súmula no 219, em face do jus postulandi, ou seja, o direito de as partes ajuizarem reclamação sem a assistência de advogado. 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 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. – Grifo nosso.

Art. 793-A

A legislação trabalhista é omissa quanto ao disciplinamento da litigância de má-fé, o que faz com que a Justiça do Trabalho tenha que se socorrer do CPC na aplicação desse instituto em sua área de abrangência. Ocorre que essa lacuna das leis do trabalho é prejudicial ao bom andamento do processo, uma vez que alguns

juízes se mostram refratários à aplicação da litigância de má-fé. Nesse contexto, estamos propondo, por intermédio do art. 793-A, a inclusão de dispositivos sobre a litigância de má-fé na própria CLT, utilizando como modelo os dispositivos sobre o tema do CPC. Essa alteração deve ser examinada em conjunto com outras proposituras deste Substitutivo, em especial, o disciplinamento dos honorários de sucumbência, visto que segue na mesma linha de ação de conferir segurança jurídica às relações trabalhistas. A ideia contida nesses dispositivos é a de impedir as ações temerárias, ou seja, aquelas reclamações ajuizadas ainda que sem fundamentação fática e legal, baseada apenas no fato de que não há ônus para as partes e para os advogados, contribuindo, ainda, para o congestionamento da Justiça do Trabalho. Temos que ter presente que essas ações prejudicam a coletividade, pois fazem com que a Justiça se utilize dos seus meios desnecessariamente, o que representa perda de tempo e de dinheiro, além de desviar a sua atenção das ações nas quais os trabalhadores precisam efetivamente de amparo. – Grifo nosso.

De notar que as razões sobreditas foram endossadas pelo Senado Federal quando da emissão do parecer pela sua Comissão de Assuntos Econômicos, destinado a avaliar o Projeto de Lei da Câmara n.º 38, de 2017 (inicialmente como Projeto de Lei n.º 7.787, de 2016 na origem). Na fração de interesse, a título de amostragem¹⁴⁴:

O disposto nos arts. 790, 790-B e 791-A da CLT, conforme o PCL, buscam dar racionalidade às demandas judiciais, reduzindo a quantidade de processos e tornando a Justiça Trabalhista mais célere. [...] Hoje essa exigência tão natural não existe na Justiça Trabalhista, estimulando o seu sobreuso. É essencial ressaltar que não existe Justiça gratuita: ela sempre será custeada por alguém, inclusive por contribuintes pobres. Outro desestímulo para evitar o uso espúrio e até mal-intencionado da Justiça do Trabalho é a previsão de que a União só responderá pelos encargos dos honorários periciais da parte sucumbente, ainda que beneficiária da justiça gratuita, caso ela “não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa (...) ainda que em outro processo”. [...] Ainda a fim de coibir que o processo trabalhista seja usado para “aventuras judiciais”, o PLC traz para o Direito do Trabalho algo que já existe em outros ramos do Direito: a previsão

¹⁴⁴ SENADO FEDERAL. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara n.º 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho, p. 59/60. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&ts=1630438069005&disposition=inline>>. Acesso em 10 de out/2021.

de que a parte que perder a demanda pague honorários de sucumbência. – Grifo nosso.

Da leitura atilada dos comentários em epígrafe, verifica-se que a criação dos dispositivos deita raiz em um ponto comum de afinidade, consubstanciado na enxurrada de demandas trabalhistas que aportam dia a dia na justiça laboral¹⁴⁵ e a constatação de que, assim o é, por força da inexistência de quaisquer ônus ao trabalhador.

Com os olhos voltados a esse vício social, o legislador está obstinado em gerar instrumentais de combate à problemática, ciente que, porventura logre êxito, restabelecerá os postulados da boa-fé processual, desonerará o erário e, mais que tudo, entregará maior efetividade aos jurisdicionados que realmente dela necessitam. A tarefa do legislador é inegavelmente árdua. Equacionar bens jurídicos é de uma sensibilidade ímpar.

Foi então que, permeando entre os primados constitucionais do acesso à justiça (inclusive e notadamente, sob o enfoque do abuso em seu exercício), da assistência judiciária gratuita e integral prestada pelo Estado, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o legislador acabou por optar em restaurar o equilíbrio processual entre os polos processuais, com a exclusão dos impulsos à litigância aventureira por meio da criação de um pacote de onerações processuais que convidam empregados e advogados irresponsáveis a repensar o modo de agir.

Abra-se parênteses para ressaltar que, apesar de a pesquisa se limitar ao estudo dos honorários periciais, sucumbenciais e o instituto da litigância

¹⁴⁵ A propósito: “O atual desenho do processo trabalhista, combinado com este ativismo, gera o inacreditável cenário atual. Segundo o Ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso, em declaração recente, o país é responsável por 98% das ações trabalhistas do planeta, tendo apenas 3% da população mundial. Todos os anos, produzimos mais ações judiciais na área do que a soma de outros países. Provoco uma reflexão: somos tão especiais assim? O mundo está errado?”. SENADO FEDERAL. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara n.º 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho, p. 55. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&ts=1630438069005&disposition=inline>>. Acesso em 10 de out/2021. – Grifo nosso.

de má-fé, outros artigos tiveram por origem semelhante justificativa legal, assim, à guisa de ilustração, a nova redação do § 3º em conjunto com a inclusão do § 4º ao art. 790¹⁴⁶, ao não mais se contentarem com a mera declaração de insuficiência de recursos para fins de concessão da justiça gratuita¹⁴⁷, ou também a adição dos §§ 2º e 3º ao art. 844¹⁴⁸, que não só obrigam o beneficiário da justiça gratuita ao pagamento das custas processuais no caso de arquivamento da ação por ausência injustificada, como também condicionam à prévia realização do pagamento ao ajuizamento de nova demanda.

Como bem se vê, pois, das palavras do próprio Poder Legislativo vertidas nos pareceres antes reproduzidos, a mens legis que deu azo à positivação dos artigos em exame é inequivocamente de caráter dissuasório. E como tal foi recepcionada pelo Poder Judiciário; veja-se, a título de ratificação, da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho¹⁴⁹:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014 13.467/2017. RITO SUMARÍSSIMO. 1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. POSSIBILIDADE. AÇÃO AJUIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA PARA FIXAR O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE SER COMPATÍVEL O DISPOSTO NO ART. 791-A, § 4º, DA CLT COM A CONSTITUIÇÃO

¹⁴⁶ “Art. 790. [...] § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

¹⁴⁷ “A Reforma Trabalhista modificou os requisitos para a concessão do benefício da gratuidade da justiça, exigindo-se, a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, não apenas a mera declaração ou afirmação que a parte não possui condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do seu sustento e da sua família, como também a efetiva comprovação da situação de insuficiência de recursos, nos termos do art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT”. TST, Ag-RRAg-1000093-14.2019.5.02.0061, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 20/08/2021.

¹⁴⁸ “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. § 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.”

¹⁴⁹ TST, AIRR-1001047-77.2019.5.02.0702, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 15/10/2021.

FEDERAL. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. [...] IV . Nos termos do art. 791-A, § 4º, da CLT, só será exigido do beneficiário da justiça gratuita o pagamento de honorários sucumbenciais caso ele tenha obtido, neste ou em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa. Do contrário, a obrigação ficará sob condição suspensiva de exigibilidade por 2 (dois) anos, extinguindo-se após o transcurso desse prazo. V. Ao impor o pagamento de honorários sucumbenciais ao beneficiário da justiça gratuita, o legislador restabeleceu o equilíbrio processual entre as partes litigantes, deixando claro o seu objetivo de responsabilizar as partes pelas escolhas processuais, bem como desestimular lides temerárias. VI. Sob esse enfoque, fixa-se o entendimento, no sentido de que, em se tratando de reclamação trabalhista ajuizada após a vigência da Lei nº 13.467/2017, como no presente caso, deve ser aplicado o disposto no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, sujeitando-se a parte reclamante à condenação em honorários de sucumbência, mesmo sendo beneficiária da gratuidade de justiça. – Grifo nosso.

Passando ao largo das discussões em torno da (in)constitucionalidade dos dispositivos legais em comento, o fato é que entre os magistrados, tanto os que perfilham da manutenção da lei reformista, quanto aqueles outros que são avessos a ela¹⁵⁰, não ressoam controvérsias acerca da natureza dissuasiva dos preceitos que expressam “a pretensão do legislador no sentido de restabelecer o equilíbrio processual e a isonomia entre as partes, a celeridade e a simplificação da prestação jurisdicional, promovendo, ainda, o desestímulo à litigância temerária”¹⁵¹.

Para além, em doutrina, inclusive como já demonstrado no capítulo primeiro, a percepção é a mesma. Franco Filho¹⁵², tratando do § 4º do art. 791-A da CLT, enfatiza que não há nenhuma negativa de acesso à justiça, bem pelo

¹⁵⁰ Tome-se, por exemplo, das palavras do voto divergente da lavra do Ministro Edson Fachin no bojo da ADI n.º 5.766, para o qual os dispositivos impugnados são inconstitucionais: “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 [...] 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 [...]”. – Grifo nosso.

¹⁵¹ TST, RR-10428-19.2020.5.15.0092, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 18/06/2021.

¹⁵² FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Honorários: gratuidade e discriminação. Revista de Direito do Trabalho, vol. 211, São Paulo, RT, maio-junho, 2020, p. 118.

contrário, o que se depreende

é a clara indicação de que não se deve usar a Justiça por mero capricho. Antes, era normal dizer ao trabalhador: reclame tudo, peça o que quiser. Se perder, não custa nada. Agora, é diferente: saiba muito bem o que quer porque, se perder, vai pagar pelo uso indevido de um dos poderes da República. – Grifo nosso.

De um modo geral, a doutrina tem chamado a atenção para aquilo que denominou de responsabilidade postulatória¹⁵³, consequência direta e imediata das modulações processuais¹⁵⁴ havidas.

À luz de todo o arrazoadado, de qualquer ângulo que se analise a essência dos artigos legais em exame, tem-se que o legislador, como de resto também a comunidade jurídica no seu todo, atribuem carga genuinamente dissuasória aos honorários periciais, sucumbenciais e o instituto da litigância de má-fé, os quais fazem parte de um feixe de medidas destinadas a dar cabo às demandas temerárias.

3.2 REFORMA TRABALHISTA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

É certo que a lei reformista trouxe encargos econômicos que se modulam ao conceito de riscos da ação, a exigir que os atores processuais cotejem com elevado rigor as suas incursões judiciais, sob pena de decaírem em suas pretensões e com isso arcarem com o custo pelo movimento da máquina judiciária.

¹⁵³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017 e pela medida provisória n. 808, de 14.11.2017. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 135.

¹⁵⁴ Aliás, numa análise mais apurada, verifica-se que os honorários agregam componentes materiais e processuais, a saber: "Os honorários advocatícios sucumbenciais caracterizam-se como elemento de despesa do processo (sentido amplo) e residem em área gris entre o ramo processual e material, fenômeno denominado por Chiovenda como instituto bifronte ou híbrido, que, consoante as palavras de Cândido Rangel Dinamarco, 'constitui ponte de passagem entre o direito e o processo, ou seja, o plano substancial e o processual' (Instituições do Direito Processual Civil, v.1, p. 107, 2017). Essa característica elementar advém do fato de que os honorários de sucumbência, ao mesmo tempo em que dependem do processo e se conectam primordialmente à prestação da tutela jurisdicional, geram consequências patrimoniais sobre a vida da parte sucumbente, devedora da obrigação judicialmente reconhecida, conferindo direito subjetivo de crédito ao advogado." TST, RR-404-09.2017.5.08.0131, 7ª Turma, Relator Ministro Evandro Pereira Valadao Lopes, DEJT 08/10/2021.

Para gerar benefícios sociais o sistema de justiça não pode se limitar à aplicação da lei, precisa, porque aplica ela, porque se faz presente, controlar a conduta humana. A intervenção estatal tem que ser responsiva a ponto de romper a coadjuvância na linha de racionalidade do indivíduo para alçar status decisivo, levando-o a uma ação esperada, do contrário naturalmente irá transferir os custos das externalidades geradas por seu proceder a terceiros, a calhar^{155 156}.

Os benefícios sociais da operação do sistema de justiça resultam do controle da conduta humana possibilitado pela existência de um mecanismo estatal responsável pela aplicação da lei. Assim, por exemplo, considere um potencial causador de dano que pode ou não fazer investimentos para reduzir a probabilidade de que a sua atividade gere um acidente. Se não houver o Judiciário para compensar as vítimas, aquele causador de dano não possui nenhum incentivo para ser cauteloso, pois não obterá qualquer benefício correspondente ao seu investimento em precauções. Noutras palavras, sem o sistema de justiça, o potencial causador de dano poderá transferir todos os custos das externalidades geradas pela sua atividade a terceiros.

Logo, a função primeira da jurisdição é a diminuição geral dos custos sociais¹⁵⁷. O problema é que os benefícios individuais daquele que ajuíza uma

¹⁵⁵ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Processo civil e análise econômica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 81/82.

¹⁵⁶ Na mesma linha Gico Júnior: “De uma forma geral, erros de adjudicação distorcem os incentivos dos agentes e criam situações socialmente indesejáveis. Assim, por exemplo, suponha que uma empresa automobilística possa reduzir o número de acidentes fatais em 10% apenas investindo em um projeto mais custoso do sistema de frenagem. No entanto, a utilização desse projeto mais custoso é imperceptível para o consumidor e, portanto, a sua adoção não necessariamente atrai mais compradores, apenas gera mais custos para a empresa. Em um cenário como esse, é de se esperar que a empresa não adote o referido projeto. Todavia, as regras jurídicas de responsabilidade civil fazem com que a empresa seja responsabilizada pelos eventuais danos decorrentes de sua conduta danosa e, assim, faz com que a empresa internalize os custos de sua decisão, incentivando-a a adotar o sistema de frenagem mais eficaz, apesar de mais custoso. Se o juiz deixar de aplicar as regras de responsabilidade civil e não impuser à empresa o pagamento da devida indenização, ou seja, se em função de um erro de adjudicação a empresa não for responsabilizada quando deveria ser, então ela provavelmente não investirá no nível socialmente desejado de precaução e mais acidentes ocorrerão, o que representa um custo social”. GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil* [recurso eletrônico] / Ivo Teixeira Gico Junior. Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2020, p. 66.

¹⁵⁷ No âmbito da Análise Econômica do Direito Posner foi o precursor desta assertiva, ao sustentar que “o objetivo do processo legal é concebido como sendo a minimização da soma de dois tipos de custos: ‘custos de erro’ (os custos sociais gerados quando um sistema judicial deixa de desempenhar as funções alocativas ou outras funções sociais atribuídas a ele) e ‘custos diretos’ (como tempo de advogados, juízes e litigantes) da operação do maquinário de resolução de controvérsia jurídico. Dentro desse arcabouço, as regras e outras características do sistema processual podem ser analisadas como esforços para maximizar a eficiência”. POSNER, Richard

ação, no mais das vezes, não guardam relação com os benefícios sociais que dela derivam, a resultar em uma assimetria pela qual uma gama enorme de demandas socialmente indesejáveis são levadas a efeito somente por serem benéficas aos seus autores, ao passo que, lado outro, um universo de ações socialmente desejáveis deixa de ser objeto de judicialização pela inexistência de incentivos suficientes a encorajar seus legitimados ativos. Eis o que Shavell, professor da Harvard Law School, pioneiramente destacou: há uma divergência fundamental entre o interesse público e o interesse privado na utilização do sistema de justiça¹⁵⁸. Resumidamente, Shavell¹⁵⁹ esclarece que:

[...] os incentivos individuais e os incentivos sociais para a demanda judicial são diferentes, levando, algumas vezes, ao ajuizamento de ações socialmente indesejáveis e outras vezes ao não ajuizamento de ações desejáveis.

Deveras, o que leva alguém a ajuizar uma ação? Para Wolkart¹⁶⁰

Certamente, ao menos uma avaliação superficial da utilidade de um provimento jurisdicional como forma de resolver algum tipo de patologia do direito, seguida de uma análise de custo-benefício entre os resultados esperados do processo e todos os seus custos financeiros e emocionais. – Grifo nosso.

O capítulo anterior registrou à exaustão que os indivíduos orientam suas escolhas, dentro e fora do mercado, pelo viés da racionalidade, direcionados pelo impulso de obter a melhor eficiência possível, o que autoriza deduzir que o ajuizamento da ação sempre será viável quando o resultado esperado for superior aos custos esperados¹⁶¹.

A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. The Journal of Legal Studies, Junho de 1973: 399/400.

¹⁵⁸ SHAVELL, Steven. The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System. Journal of Legal Studies, v. 26, n. 2, p. 575-612, jun. 1997.

¹⁵⁹ SHAVELL, Steven. Foundations of Economic Analysis of Law. Cambridge, MA; London: Belknap, 2004, p. 391.

¹⁶⁰ WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda., 2020, edição do Kindle, posição 9177.

¹⁶¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law & Economics. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012, p. 390.

Exatamente o que sustentam Fux e Bodart ao registrarem que o “indivíduo ajuíza uma ação sempre que o seu proveito pessoal líquido esperado for positivo”, observando, linhas à frente, a divergência entre os interesses públicos e privados, para alertar que para a sociedade “não é suficiente analisar apenas o proveito para o autor, sendo necessário perquirir sobre os ganhos sociais correspondentes à movimentação da máquina judiciária e aos outros custos associados à litigância”¹⁶².

Por conseguinte, o sistema de justiça encontra se apogeu tanto quanto consiga aproximar o interesse privado do interesse público, com o que traz eficácia à jurisdição na exata proporção em que reduz o custo social e maximiza o bem-estar de todos os indivíduos.

Não obstante a jurisdição esteja a serviço da redução do custo social, não se pode olvidar que o processo em si é um custo social. Aliás, como grifa Gico Júnior¹⁶³ “a ideia de que o processo constitui um custo social é simultaneamente simples e reveladora”, pois

Ela congrega em uma única expressão a ideia de que ainda que a proteção dos litigantes contra erros adjudicatórios seja algo socialmente desejável, tal proteção não vem sem custos. Se o erro adjudicatório gera um custo, os mecanismos de proteção contra ele (processo) também geram custos por si só, os custos de administração. Logo, na estruturação do sistema judicial e na escolha das regras processuais que regerão o sistema, é necessário ponderar ambos para minimizar o custo social do processo e é isso que todas as sociedades fazem – conscientemente ou não – quando elegem suas regras processuais. – Grifo nosso.

Ter-se-ia uma externalidade positiva se o processo judicial fosse exclusivamente arcado pelos litigantes, porquanto os demais integrantes da sociedade recolheriam os benefícios de um litígio em que não atuaram e nem tampouco custearam. A realidade da Justiça do Trabalho, contudo, caminha na

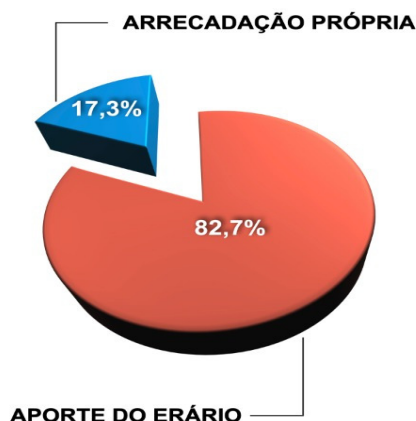
¹⁶² FUX, Luiz; BODART, Bruno. Processo civil e análise econômica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 83.

¹⁶³ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Análise Econômica do Processo Civil [recurso eletrônico] / Ivo Teixeira Gico Junior. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 69.

contramão desta lógica, ao que se diz por mera checagem dos números disponibilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho.

A valer, os dados do Relatório Geral do ano de 2020¹⁶⁴ apontam que a Justiça do Trabalho arrecadou por força da sua atividade judicante, aí incluídos impostos (IR e INSS), custas, emolumentos e multas, somente 17,3% da sua despesa orçamentária, a culminar em um déficit de 82,7%. O funcionamento da Justiça do Trabalho gera uma despesa ao erário equivalente a R\$ 99,28 para cada habitante do país, num cenário caótico em que cada caso novo custa a cifra de R\$ 8.177,83.

Veja-se a proporção supracitada em gráfico:



Fonte: Do autor, 2021.

O Estado subsidia cerca de quatro quintos de cada processo ou 80%, como se queira, o que permite concluir que os artigos legais estudados nesta pesquisa são partes de uma engenharia social que, definitivamente, incentiva a proliferação de litígios trabalhistas.

¹⁶⁴ Despesa, Arrecadação e Pagamentos, do Tribunal Superior do Trabalho in Relatório Geral da Justiça do Trabalho em 2020, pp. 5 e 33-37. Disponível em <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>>. Acesso em 10 de out/2021.

Significa dizer que, independentemente de eventuais valores devidos a título de honorários periciais, sucumbenciais e por conta da aplicação das penalidades inerentes aos litigantes de má-fé¹⁶⁵, as custas processuais cobradas na razão de 2%¹⁶⁶ estão, quase sempre, muito aquém do valor individual de cada processo e mesmo quando o superam, não o fazem suficientemente a restaurar o passivo deixado pela maioria dos litigantes. O quadro fica ainda mais dramático dada a quantidade expressiva de concessões do benefício da justiça gratuita e a inadimplência.

Isto é, a visão macro denuncia que a Justiça do Trabalho está muito longe de ser autossuficiente, de modo que a sua operabilidade é financiada quase que exclusivamente pelo erário, num contexto em que cada caso novo se traduz em uma externalidade negativa aos demais integrantes da sociedade não litigantes.

Certo é que o legislador reformista, conduzido pelo mote da erradicação das “aventuras judiciais” e ciente de que a solução do dilema perpassava por uma investigação holística da sua gênese, foi buscar abrigo nos fundamentos da Análise Econômica do Direito, como, inclusive e notadamente, textualmente fez constar o Senador Ricardo Ferraço, signatário do parecer produzido na respectiva casa legislativa e já mencionado linhas antes, a saber¹⁶⁷:

As inovações podem ser entendidas sob os ensinamentos a respeito da teoria do litígio feitos pelo professor Steven Shavell, da Escola de Direito de Harvard, na obra Fundamentos da Análise Econômica do Direito. Explica-se que o custo privado de ingressar com uma ação judicial, se inferior ao custo social de

¹⁶⁵ Ora aplicadas em favor dos cofres públicos, ora em favor da parte lesada.

¹⁶⁶ “Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios 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:” (CLT).

¹⁶⁷ SENADO FEDERAL. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara n.º 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho, p. 59/60. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&ts=1630438069005&disposition=inline>>. Acesso em 10 de out/2021.

ingressar com esta ação, pode levar a um nível de ações que, embora induzido por incentivos privados, é subótimo, danoso do ponto de vista social. A conclusão é simples: na ausência de riscos e custos percebidos para quem ingressa com uma ação, o sistema judicial tende a ser mal usado, tendendo à sobrecarga, à lentidão. O prejuízo é de toda a sociedade, que financia com tributos este sistema e que convive com a incerteza e insegurança jurídica que só a celeridade processual pode contornar. É isto que ocorre com a Justiça do Trabalho no Brasil. O mais perverso é que, neste caso, a incerteza resultante deste desenho penaliza justamente o nível de emprego. Por isso, são indispensáveis as previsões do PLC no 38, de 2017, para o processo trabalhista. Além de propor mecanismos que reduzirão sobremaneira o número de processos judiciais, o projeto traz dispositivos específicos que, ao entrarem em vigor, abrangerão milhões de processos em tramitação na Justiça do Trabalho há anos, permitindo assim que sejam solucionados rapidamente com o suporte do novo comando legal. [...] Percebe-se que estas medidas aproximam o custo privado de demandar o Judiciário com seus custos sociais, tornando a quantidade de processos mais racional. Ao mesmo tempo, é primordial ressaltar: não há qualquer custo em demandar a Justiça Trabalhista para aqueles que forem comprovadamente pobres. – Grifo nosso.

Com efeito, o legislador usou dos instrumentais incutidos na AED para diagnosticar o fenômeno em sua plenitude e sequencialmente para dar respostas a ele, na certeza de que “provavelmente ao se aumentar os benefícios derivados da escolha de uma certa ação, é possível antever que o agente facilmente a adotaria”, bem como, ao contrário, “se o que for aumentado forem as sanções e/ou os custos, a previsão é no sentido de que o agente deixe de agir de determinado modo”¹⁶⁸.

Gize-se que o Ministro Roberto Barroso, por ocasião de voto inaugural na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.766, bem se aproxima da mens legis subjacente à Reforma Trabalhista, chancelando que

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

¹⁶⁸ COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do Direito. In: TIMM, Luciano Benetti. Direito & Economia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 184-185.

congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais. Vale dizer: afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à Justiça. – Grifo nosso.

Não fosse o bastante os dizeres do legislador reformista aliados aqueles outros ditos pelo Relator da ação de controle concentrado de constitucionalidade que desafia os polêmicos preceitos legais, uma incursão pormenorizada em seus fundamentos resulta no reconhecimento de vários achados próprios da Análise Econômica do Direito.

Assim, por exemplo, quando o legislador está falando em custos e externalidades sua atenção está no teorema de Coase, já quando tenciona a adoção de mecanismos de combate ao número superlativo de demandas temerárias em contraponto com uma potencial mitigação do postulado constitucional de acesso à justiça, está se valendo do modelo de eficiência de Kaldor-Hicks para reconhecer que as possíveis perdas, se existirem, estão muito aquém dos benefícios da mudança.

Indo além, toda a lógica utilizada no processo legislativo de criação de (des)estímulos processuais tem base na teoria da escolha racional com as contribuições da teoria dos jogos, a reclamar que a escolha do trabalhador em litigar considere, em um só tempo, as suas condições processuais e a do empregador algoz. Ora, em abstração, o êxito do pedido judicial invariavelmente se condiciona à existência do direito, à existência de provas que lhe deem o aporte fático necessário e, mais do que tudo, à inexistência de capacidade da parte adversa de fazer prova “de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante”¹⁶⁹.

Verdadeiramente, se fosse possível reduzir a AED e a Reforma Trabalhista a uma só palavra, ambas seriam: eficiência. Não por mera coincidência,

¹⁶⁹ Art. 818, II, da CLT.

obviamente. Ademais, veja-se parte do voto divergente da lavra do Ministro Edson Fachin ¹⁷⁰:

[...] o legislador ordinário, avaliando 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 para o seu exercício por parte dos litigantes perante a Justiça do Trabalho. – Grifo nosso.

Mas se ainda agora não estiver claro de que o legislador forjou a Reforma Trabalhista pelas lentes da Análise Econômica do Direito, descrevendo o problema e prescrevendo à solução por meio do arsenal teórica e empírico que lhe sustenta, então um último componente reafirmador tem lugar: os números.

Com base nos dados disponibilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho o capítulo primeiro já demonstrou que no triênio anterior à reforma o número de casos novos crescia sistematicamente, entretanto, não por acaso, depois da vigência da recente legislação os indicadores sofreram uma derrocada abrupta e significativa.

Relativamente às demandas ajuizadas nas Varas do Trabalho, no ano de 2017¹⁷¹ (note-se que a lei reformista foi promulgada em 13/07/2017, com *vacatio legis* de cento e vinte dias¹⁷²) foram recebidos 2.630.842 casos novos, 3,4% a menos que em 2016; no ano de 2018¹⁷³ foram recebidos 1.730.703 casos novos, 34,2% a menos que em 2017; no ano de 2019¹⁷⁴ foram recebidos 1.823.440 casos

¹⁷⁰ Excerto do voto divergente da lavra do Ministro Edson Fachin no bojo da ADI n.º 5.766.

¹⁷¹ Casos Novos, do Tribunal Superior do Trabalho in Relatório Geral da Justiça do Trabalho em 2017, p. 41. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/24596628/RGJT+2017/d16792a3-0679-b37c-be21-bc01e9d6396e>>. Acesso em 10 de out/2021.

¹⁷² “Art. 6º Esta Lei entra em vigor após decorridos cento e vinte dias de sua publicação oficial”.

¹⁷³ Casos Novos, do Tribunal Superior do Trabalho in Relatório Geral da Justiça do Trabalho em 2018, p. 41. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/24641384/RGJT+2018/a351ac73-a2fb-3392-27f3-263c17e76517>>. Acesso em 10 de out/2021.

¹⁷⁴ Casos Novos, do Tribunal Superior do Trabalho in Relatório Geral da Justiça do Trabalho em 2019, p. 41. Disponível em

novos, 5,4% a mais que em 2018; e no ano de 2020¹⁷⁵ foram recebidos 1.463.481 casos novos, 19,7% a menos que em 2019.

A exceção do pequeno acréscimo do ano de 2019¹⁷⁶, o número de ações diminuiu vertiginosamente desde o advento da lei, com o ápice de 34% de queda no ano imediatamente seguinte às mudanças. E mais, traçando um panorama global entre o ano de 2017 (vigência da reforma) e o ano de 2020 (o último já contabilizado), tem-se, respectivamente, 2.630.842 e 1.463.481 casos novos, o que resulta em uma diferença de 1.167.361 ou, mais didaticamente, uma queda total de 44,37%.

A realidade averiguada acima pode ser ilustrada a partir do gráfico constante do último relatório¹⁷⁷:

<<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/26518944/RGJT+2019.pdf/f8c0ae2d-8247-b4d8-3479-2bbd1d821e4c?t=1593177429682>>. Acesso em 10 de out/2021.

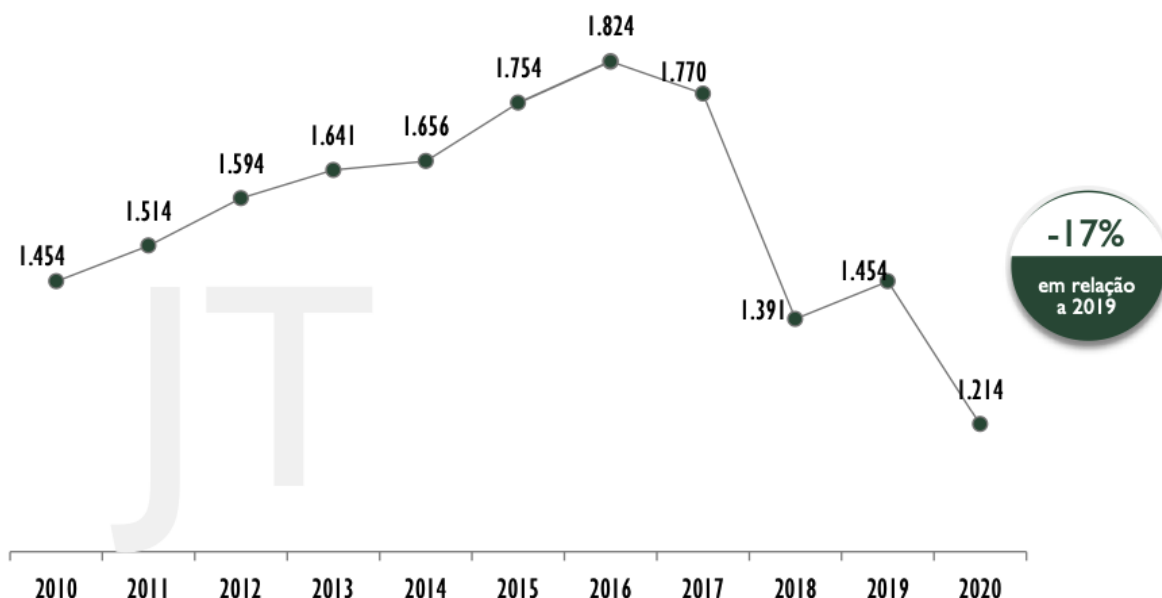
¹⁷⁵ Casos Novos, do Tribunal Superior do Trabalho in Relatório Geral da Justiça do Trabalho em 2020, p. 41. Disponível em <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>>. Acesso em 10 de out/2021.

¹⁷⁶ Quiçá por força do surgimento de diversos entendimentos que ou mitigavam a incidência das novas normas (como, por exemplo, a possibilidade de desconto dos honorários advocatícios e periciais somente dos créditos de natureza indenizatória, excluídos os de natureza salarial, na linha do que defendido pelo Ministro Barroso em seu voto na ADI 5.766), ou as declaravam inconstitucionais, tal qual se vê, a título de ilustração, do enunciado n.º 100 da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA.

¹⁷⁷ Casos Novos, do Tribunal Superior do Trabalho in Relatório Geral da Justiça do Trabalho em 2020, p. 44. Disponível em <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>>. Acesso em 10 de out/2021.

RELATÓRIO GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Figura 3.5. Casos Novos por 100.000 Habitantes na Justiça do Trabalho. 2010-2020.



Fonte: Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2020.

E nem mesmo a objetividade dos números é suficiente para captar na íntegra os efeitos da reforma. Muito embora seja possível mapear a quantidade de investidas judiciais, inexistente métrica idônea a aferir as pretensões temerárias que comumente eram cumuladas com pedidos legítimos.

Dito de outro modo, é razoável concluir que várias ações que aparecem no radar dos relatórios tenham, na contramão do que ordinariamente acontecia, pleiteado tão somente aquilo que efetivamente os trabalhadores faziam jus, deixando de lado possíveis aspirações outras de cunho aventureiro.

É evidente que a certificação da natureza temerária de um pedido judicial reclama o escrutínio único da atividade judicante, com todas as subjetividades hermenêuticas que a cercam, mas, ainda assim, um dado numérico parece endossar a ressalva aqui proposta: no ano de 2016¹⁷⁸ (último antes da

¹⁷⁸ Assuntos Mais Recorrentes entre os Casos Novos, do Tribunal Superior do Trabalho in Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016, p. 60. Disponível em

reforma) foram realizados 390 mil pedidos de indenização por danos morais, enquanto que no ano de 2020¹⁷⁹ somente 121 mil pleitos desta espécie foram judicializados, a representar uma diminuição abissal de 69%.

Basta uma análise de tais dados analíticos para aferir que desde então os reclamantes têm aguçado o senso crítico no juízo valorativo de seus direitos trabalhistas potencialmente violados, fazendo cálculos circunstanciais na mais genuína perspectiva matemática do perde e ganha.

A bem da verdade, o legislador sabia que a necessidade de modular o comportamento humano estava intimamente atrelada à circunstância de compreendê-lo, foi então que buscou na economia as razões pelas quais o ser humano toma suas decisões em um mundo de recursos escassos. E bebendo desta fonte colheu frutos imediatamente. Os números podem até não representar a realidade em seu todo, mas não mentem.

Conclui-se assim, a toda prova e sob qualquer perspectiva, que os honorários periciais, sucumbenciais e o instituto da litigância de má-fé foram concebidos a partir de pressupostos e valores metajurídicos próprios da economia, na esteira do que propõe a Análise Econômica do Direito. Não só o foram, entregaram ao legislador exatamente aquilo que vaticinaram.

3.3 DO ADVENTO DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 5.766

Às vésperas do encerramento deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal acabou julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.766, mencionada diversas vezes ao longo da pesquisa em função da sua proximidade

<<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/24374428/RGJT2016+Completo/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250>>. Acesso em 10 de out/2021.

¹⁷⁹ Assuntos Mais Recorrentes entre os Casos Novos, do Tribunal Superior do Trabalho in Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2020, p. 60. Disponível em <<https://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/RGJT+2020.pdf/a2c27563-1357-a3e7-6bce-e5d8b949aa5f?t=1624912269807>>. Acesso em 10 de out/2021.

com o tema objeto, inclusive esta possibilidade foi metodologicamente prevista à guisa de variável.

De largada, é preciso ficar claro que o advento do julgamento não desnatura em absoluto o trabalho e as suas respectivas conclusões, justo porque, a despeito de os artigos cerne da discussão judicial serem o fio condutor da pesquisa, a gênese dissuasória deles e a utilização do aparato teórico e empírico da Análise Econômica do Direito podem ser, como de fato foram, certificadas por fatos já consumados.

Ao tempo em que se escreve estas linhas não se tem acesso ao acórdão que resolveu o embate – cuja lavratura restou de incumbência do Ministro Alexandre de Moraes –, motivo pelo qual a reprodução do julgado se limita à ata que certificou a decisão, a ver:

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).

Observa-se que, ao declarar inconstitucionais os excertos positivados nos arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT¹⁸⁰, o STF entendeu não ser

¹⁸⁰ “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. [...] § 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.

possível a cobrança de honorários advocatícios e periciais dos beneficiários da justiça gratuita, retirando o ineditismo do legislador no particular para emparelhar os ditames da Consolidação das Leis do Trabalho com aqueles usualmente já conhecidos pela lei processual comum.

O supracitado argumentativo daqueles contrários à recente legislação deita raiz na ofensa às regras constitucionais que visam assegurar a gratuidade da justiça aos hipossuficientes e o acesso à justiça (arts. 1º, incisos III e IV; 3º, incisos I e III; 5º, caput, inciso XXXV e LXXIV e § 2º), levado a efeito através de uma retórica de que não se pode presumir o automático desaparecimento da condição de miserabilidade do litigante exclusivamente por ter obtido algum êxito em sua demanda judicial.

No segundo capítulo, quando se tratava do confronto entre civil law versus common law, já foi ponderada a necessidade de os juízes adotarem, de vez por todas, uma postura pós-positivista, pela qual a mera técnica de subsunção do fato à norma daria lugar a uma postura construtiva e interdisciplinar.

Em seu voto na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43 – emblemático julgamento acerca da (im)possibilidade de prisão após a 2ª instância criminal –, o Ministro Roberto Barroso fez constar:

Primeira linha de argumentação, não se trata aqui de interpretação gramatical ou literal de texto, como já pontuou o eminente Ministro Luiz Edson Fachin. Penso que é uma ilusão, quando não um equívoco puro, achar que nós estamos aqui discutindo atribuição de sentido a textos normativos ou a signos linguísticos. Já vai tempo que se superou a ideia de que a interpretação e a mera exegese de textos, uma atribuição abstrata de sentidos, uma mecânica subjunção de fatos às normas, sem que a realidade da vida e o interprete façam alguma diferença [...] A realidade é parte da normatividade do Direito. [...] E gostaria de dizer que respeitar direitos fundamentais faz parte da realização dos interesses da sociedade, não há antagonismo entre interesse da sociedade e respeito aos direitos fundamentais. – Grifo nosso.

Daí resulta que, nessa altura do evoluir social, “a realidade é parte da normatividade do Direito”, cabendo ao intérprete fazer valer a diretriz do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, segundo o qual “na

aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O estilo hermenêutico sobredito não deriva somente da inevitável mutação da metodologia jurídica, ele encontra eco no pensar do legislador, tanto que por meio da Lei n.º 13.655/18 foi acrescido, dentre outros, o seguinte preceito legal à LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. – Grifo nosso.

Em resumo: o Estado-Juiz não pode estar alheio à realidade, tampouco às consequências de sua decisão (note-se que a Análise Econômica do Direito tem por eixo o utilitarismo no seu viés consequencialista, tal qual quer a norma).

Feito o devido introito, tem-se que o aspecto consequencialista seria suficiente a comprovar o desacerto da decisão em voga, uma vez que o trabalho averiguou que o decrescimento das ações trabalhista tem nexos causal direto com o surgimento dos artigos então declarados inconstitucionais, sendo certo que doravante se restabelecerá o status quo ante.

O legislador ordinário condicionou os efeitos da sucumbência ao beneficiário da justiça gratuita à existência de créditos capazes de suportar o encargo, de maneira que passaram a coexistir, harmonicamente, acesso à justiça e responsabilidade postulatória.

Trocando em miúdos, durante a vigência dos dispositivos o trabalhador não saia prejudicado na hipótese de ver julgada improcedente a sua demanda¹⁸¹, mas respondia pelas postulações malfeitas ou mal calculadas quando se via diante à parcial procedência, assim na exata proporção de seus créditos.

¹⁸¹ Salvo se saísse da miserabilidade antes do término de período de suspensão do crédito, como rezava a parte final do § 4 do art. 791-A, mas esta é uma disposição conhecida da legislação ordinária comum e não é o foco da discussão.

É cediço que os “fins sociais” da norma e as “exigências do bem comum” perpassam por uma subjetividade única afeta à cada magistrado e suas respectivas percepções pessoais, como também que havendo tensão entre normas constitucionais se deve atentar para o método da ponderação que, por sua vez, tem por fortaleza a proporcionalidade.

Não obstante, definitivamente não parece razoável que o erário arque com cerca de 80% dos custos operacionais da Justiça do Trabalho, a ricochetear em R\$ 99,28 para cada habitante do país – replicando-se o número de 2020 reproduzido antes –, ao tempo que os litigantes aventureiros, carentes de qualquer das elementares éticas (uma espécie de institucionalização do errado), saem ilesos sob a justificativa de proteção constitucional.

Há divergência enorme entre o interesse público e o privado na utilização da máquina judiciária volta à cena, afetando toda a coletividade em prol da individualidade e, em última análise, o próprio postulado constitucional de acesso à justiça.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido como princípio do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), tem duas facetas: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”¹⁸². Este último está muito além de um direito formal, assegura ao indivíduo a obtenção de tutela tempestiva, efetiva e adequada.

Ora, os resultados não serão “individual e socialmente justos”, muito menos estar-se-á mais próximo do conceito de tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada. A ponderação entre os núcleos do preceito constitucional foi aplicada desproporcionalmente, com a sobrevalorização do primeiro (acesso propriamente dito).

¹⁸² CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 8.

De mais a mais, usa-se como paradigma a máxima da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores. Essa ramificação do metaprincípio da proteção se alimenta da retórica de que “o empregado está em desvantagem econômica, desconhece a integral dimensão dos seus direitos, corre o risco de ser coagido a renunciá-los e de que há normas trabalhistas de ordem pública [...] que o protegem de si mesmo”¹⁸³, para guindá-lo a uma posição de intangibilidade.

O discurso, entretanto, é literalmente destruído por Gomes¹⁸⁴:

[...] em 29.05.09, no julgamento do RR 795/2006-028-05-00.8, de relatoria do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, foi dito que: “A vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho”. Para que se tenha ideia de como o “sólido anteparo” esfarela-se rapidamente diante da primeira brisa de outono, menciono as transações realizadas aos borbotões na Justiça do Trabalho. Basta adentrar em quaisquer das salas de audiência espalhadas por este país continental para que partes, advogados e juízes sejam “flagrados” negociando valores para pôr termo ao conflito. A difamação, a agressão física, o assédio moral gerador de síndrome de burnout, o acidente que acarreta grave e definitiva deficiência física ou um grotesco dano estético, a discriminação racial, todas são questões aptas a serem discutidas, sopesadas e, se tudo correr bem, encerradas através da conciliação. Um acordo que, via de regra, se efetiva com o pagamento de valores em pecúnia e que possui cláusula de quitação geral quanto ao extinto contrato de trabalho. – Grifo nosso.

Deveras, a realidade relatada é de conhecimento público e notório, idônea a desmistificar que os tais direitos caríssimos são objeto de barganha em plena luz do dia e na própria estrutura estatal que, para muito além do incentivo, frequentemente utiliza toda sorte de métodos persuasivos (muitos dos quais, diga-

¹⁸³ GOMES, Fábio Rodrigues. O Novo Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, vol. 84, no 3, jul/set 2018, p. 126.

¹⁸⁴ GOMES, Fábio Rodrigues. O Novo Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, vol. 84, no 3, jul/set 2018, p. 127.

se, ilegais, v.g. o prejulgamento) para obter a conciliação¹⁸⁵, sob a deixa de atendimento à norma cogente¹⁸⁶.

Não se trata somente de ignorar a realidade, a decisão em exame beira à hipocrisia quando supostamente se rebela contra à transgressão ao princípio do acesso à justiça, mas faz ouvidos moucos ao cotidiano nada conservador das Varas do Trabalho.

Se mantidos fossem os preceitos ditos inconstitucionais, possivelmente se atingiriam níveis melhores de tempestividade, efetividade e adequação na tutela jurisdicional, com o racionamento das atividades processuais e a liberação dos magistrados à solução dos casos em que a máquina judiciária realmente precisa agir.

Enfim, na perspectiva da pesquisa a decisão do Supremo Tribunal Federal incide em erro ao supervalorizar o individual em detrimento do todo, com o afastamento dos interesses públicos e privados; ao equacionar os núcleos essenciais do princípio do acesso à justiça de forma desproporcional, reduzindo a padrões mínimos os ideais de tempestividade, efetividade e adequação na tutela jurisdicional; e, ao fim e ao cabo, ao ignorar a realidade por completo, julgando à margem dos fins sociais do Direito, das exigências do bem comum e, mais do que tudo, das consequências.

E não se pode esquecer que, dentro da dialética da economia do bem comum, o protecionismo não resolve a falta de empregos, verdadeiramente o

¹⁸⁵ E tudo potencializado pelo 'jeitinho brasileiro'. "A cultura do jeitinho foi diagnosticada há décadas por sociólogos e cientistas políticos brasileiros. [...] o jeitinho é uma das forças invisíveis que corrompem o comportamento cooperativo das partes e do juiz no processo. WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda., 2020, edição do Kindle, posição 14092.

¹⁸⁶ "Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação. § 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos". (CLT).

agrava¹⁸⁷. A flexibilidade precisa tomar assento ao lado das garantias amplas e estabelecer diálogos eficientes no todo e não na parte. O protecionismo desmedido do trabalhador é a sua autofagia.

Voltando-se à introdução deste subtópico, observa-se que o trabalho além de não ter sido desnaturado com o surgimento do julgamento em questão, também fornece elementos para um exercício de futurologia tocante aos efeitos deletérios da decisão.

Sem grandes digressões: o retrocesso é iminente e inevitável¹⁸⁸.

Quiçá a declaração de inconstitucionalidade tenha por pano de fundo aspectos outros que não os de cunho jurídico. Políticos? Porque não, afinal de contas a Justiça do Trabalho caminhava paulatinamente para sua extinção ou ao menos diminuição substancial. Seria um grito de sobrevivência? Ainda que seja pouco provável a confirmação de que convicções desta ou outra natureza tenham pesado na decisão, uma coisa é certa: a Análise Econômica do Direito com a lógica econômica que lhe subjaz, reforça sobremaneira a hipótese. Numa palavra: os números não fecham!

É a subversão de valores a pretexto da salvaguarda deles.

¹⁸⁷ TIROLE, J. Economics for the common good. Princeton, Nova Jersey: Princeton University Press, 2017.

¹⁸⁸ Se a inconstitucionalidade dos dispositivos é uma realidade, então, pragmaticamente, só resta apelar aos anseios do modelo de Constituição proposto pelo falecido, historiador e professor brasileiro, Capistrano de Abreu: “Art. 1º Todo brasileiro é obrigado a ter vergonha na cara. Art. 2º Revogam-se as disposições em contrário”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa que ora se finaliza, foram alcançadas conclusões que merecem assentamento e algumas considerações.

O Capítulo 1 se ocupou em pontuar as inovações legislativas oriundas da Reforma Trabalhista no que tange aos honorários sucumbenciais, periciais e a litigância de má-fé, inclusive municiando o estudo com um quadro comparativo com a legislação processual comum. Pôde-se inferir que o legislador buscou aperfeiçoar os institutos processuais em questão a fim de modular a norma à realidade contemporânea, tendo, é bom que se registre, agido com ineditismo ao positivar a possibilidade de o beneficiário da justiça gratuita ter seus créditos trabalhistas descontados para o pagamento dos possíveis efeitos da sucumbência.

Já no Capítulo 2 foi feita uma revisão bibliográfica da chamada Análise Econômica do Direito, com referencial em Posner, pela qual se trouxe um breve contexto histórico, seguido do conceito e dos fundamentos que embasam a teorética. A conclusão é que, embora ela não empreste uma fórmula universal para responder às problemáticas do organismo social, contribui significativamente para compreensão, análise e aplicação do Direito, auxiliando no melhor aproveitamento do bem-estar social com a maximização em sua distribuição.

No Capítulo 3, por sua vez, foi realizado o cotejo dos novos dispositivos legais com a mens legis que lhes deu vida, tendo-se dessumido que os honorários periciais, sucumbenciais e a litigância de má-fé compõem um pacote de medidas com escopo de pulverizar as chamadas demandas temerárias.

Verificou-se que, em verdade, há muito a Justiça do Trabalho sofria com pedidos absolutamente carentes de aporte fático-jurídico, circunstância que era substancialmente fomentada pela legislação do trabalho ao simplesmente silenciar quanto aos encargos processuais de responsabilidade do perdedor.

Para além do reconhecimento expresso do legislador quanto à natureza dissuasória, empós se analisar as dimensões e o alcance da Análise Econômica do Direito, comprovou-se que os preceitos legais que alicerçam o

trabalho foram concebidos à luz do referido modelo teórico, a resultar na confirmação das hipóteses levantadas aos problemas formulados.

Os números disponibilizados anualmente pelo Tribunal Superior do Trabalho contribuíram sobremaneira para o aclaramento da realidade da Justiça do Trabalho, desvelando o crescimento sistemático no ajuizamento de ações trabalhistas até o advento da Lei n.º 13.467/17, quando abruptamente começam a decrescer tal qual ansiava o legislador.

E os números ainda confirmam que a Justiça do Trabalho passa ao largo de ser autossuficiente, dependendo do aporte do erário em cerca de quatro quintos da sua despesa orçamentária. Significa dizer que, afora a ausência de encargos processuais até o advento da Reforma Trabalhista, o Estado repassa minimamente os custos da demanda judicial aos seus respectivos partícipes, fomentando deliberadamente uma política de incentivos à litigância.

É importante salientar que a pesquisa foi surpreendida com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.766 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se declarou a inconstitucionalidade dos inéditos fragmentos legais que autorizavam o abatimento dos créditos do beneficiário da justiça gratuita para o pagamento de eventuais encargos fruto da sucumbência.

Em incursão nesta nova realidade, concluiu-se que o advento do julgamento não desnatura em absoluto o trabalho e as suas respectivas conclusões, justo porque, a despeito de os artigos cerne da discussão judicial serem o fio condutor da pesquisa, a gênese dissuasória deles e a utilização do aparato teórico e empírico da Análise Econômica do Direito podem ser, como de fato foram, certificadas por fatos já consumados.

Mais que isso, além de não ter perdido seu objeto, a pesquisa fornece elementos para um exercício de futurologia tocante aos efeitos deletérios da decisão. À grosso modo, se o legislador logrou os fins perseguidos com a reforma, estancando a proliferação das aventuras judiciais como atestam os números, o provável lógico é que a realidade de outrora seja restabelecida com a nova realidade modulada pelo STF. E a AED uma vez mais poderá comprovar seu valor.

Alfim, o trabalho confrontou o mérito do julgamento sob a sua perspectiva de abordagem, tendo inferido que a decisão do Supremo Tribunal Federal incide em erro ao supervalorizar o individual em detrimento do todo, com o afastamento dos interesses públicos e privados; ao equacionar os núcleos essenciais do princípio do acesso à justiça de forma desproporcional, reduzindo a padrões mínimos os ideais de tempestividade, efetividade e adequação na tutela jurisdicional; e, ao fim e ao cabo, ao ignorar a realidade por completo, julgando à margem dos fins sociais do Direito, das exigências do bem comum e, mais do que tudo, das consequências.

O sentimento que fica, na linha baluarte desta pesquisa, é que se perdeu eficiência, qualquer que seja o lugar comum que se adote como prisma.

Ainda assim, é sempre bom registrar que não se teve intenção alguma de exaurir a questão, servindo a presente, tão somente, como singelo contributo à temática.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: Uma fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa. p. 14 In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. v. 2. Brasília: GRupos de Pesquisa, 2003.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de; NERY JÚNIOR, Nelson. Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ARAÚJO, Fernando. Análise Econômica do Direito: programa e guia de estudo. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

ARAGÓN, Nuria de Querol. Análisis Económico del Derecho: teoría y aplicaciones. 2. ed. Madrid: Ediciones FIEC, 2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA (ABDE). Institucional. Disponível em: <<https://abde.com.br/institucional>>. Acesso em: 08 de set/2021.

BEBBER, Júlio César. Honorários advocatícios sucumbenciais em demandas trabalhistas (após a inserção do art. 791-A à CLT). Revista do Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo: LexMagister, ano 84, nº. 4, out/dez 2018.

BIERMAN, Harold Scott.; FERNANDEZ, Luis. Teoria dos jogos. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011.

BRASIL. Arguição de inconstitucionalidade nº. 10378-28.2018.5.03.0114.

BRASIL. Ação direta de inconstitucionalidade nº. 5.766.

BRASIL. TST, RR-1254-09.2017.5.13.0007, 7ª Turma, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 08/11/2019.

BRASIL. TST, RRAg-1001021-79.2019.5.02.0411, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 24/09/2021.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. The Yale Law Journal, vol. 70, n. 4, 1961.

CALABRESI, Guido. "Thoughts on the Future of Economics" Journal of Legal Education v. 33, 1983.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de Lei nº. 6.787, de 2016, do Poder Executivo que "altera o decreto-lei nº. 5.452, de 1º e maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências", 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=15482>

98&filename=SBT+2+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 10 de out/2021.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CASTANHERA NEVES, Antonio. Metodologia Jurídica Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CALIENDO, Paulo. Direito tributário e análise econômica do direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

COASE, Ronald. The problem of social cost. The Journal of Law and Economics 3, p. 1-44, outubro de 1960.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. Journal of Law and Economics (Outubro, 1960), p. 1. Disponível em: <[http://files.martinhobotelho.webnode.com.br/200000039-1d0b71e053/Coase Tradução Problema Custo Social.pdf](http://files.martinhobotelho.webnode.com.br/200000039-1d0b71e053/Coase%20Traducao%20Problema%20Custo%20Social.pdf)>. Acesso em: 21 de nov/2019.

COLOMA, German. Analisis economico del derecho privado y regulatório. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law & Economics. 5ª ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2008.

COOTER, Robert; Ulen, Thomas. Direito e economia. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

COOTER, Robert. "Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books". UCLA Law Review, v. 29, 1982.

COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do Direito. In: TIMM, Luciano Benetti. Direito & Economia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 3(I): 75-83 janeiro-junho 2011.

DE SOUZA, Leonardo Gonçalves; DOS SANTOS PRADO, Gustavo. Zeitgeist na Publicidade: análise da história econômica do Brasil e seu diálogo com os comerciais televisivos do Banco Itaú, de 1980 a 2009. Revista Thêma et Scientia, v. 8, n. 2, p. 53-54, 2018.

ECKER, Gary. Crime and Punishment: an Economic Approach. Journal of Political Economy, vol. 76, p. 169-217, mar.-abr. 1968.

FORGIONNI, Paula. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação? Revista de Direito Mercantil, 139, julho/setembro de 2005.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Honorários: gratuidade e discriminação. Revista de Direito do Trabalho, vol. 211, São Paulo, RT, maio-junho, 2020.

FUKUYAMA, Francis. Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade. Tradução de Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996. Título original: Trust. The social virtues & the creation of property.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. Processo civil e análise econômica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GHILARDI, Dóris. Afeto e economia: reflexões sobre o duplo discurso no direito de família e a aplicação da análise econômica. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2015.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>> Acesso em 14 de set/2021.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Análise Econômica do Processo Civil [recurso eletrônico] / Ivo Teixeira Gico Junior. Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2020.

GOMES, Fábio Rodrigues. O Novo Direito do Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, vol. 84, no 3, jul/set 2018.

GONÇALVES, Jéssica. Análise econômica do direito: possibilidade motivacional para as decisões judiciais a partir da eficiência. 2014. Artigo científico (Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2014.

HARRIS, Ron. “The Uses of History in Law and Economics” in Theoretical Inquiries in Law, 4 Theoretical Inq. L. 659, 2003.

KEYNES, John Maynard. Introduction. Em Supply and Demand. With Introduction by J. M. Keynes, por Hubert D. Henderson. New York: Harcourt, Brace, 1922.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Comentários ao Código de Processo Civil: Das partes e dos procuradores. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUZ, Valdemar P. da. Manual do advogado. 13 ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1999.

MACAGNAN, Fábio Rogério Del Arco. In.: MIESSA, Élisson (coord.). Honorários Advocatícios na Justiça do Trabalho. São Paulo: JusPODIVM, 2019.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANKIW, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 6a ed. Norte – Americana por Allan Vidigal Hastings; Elisete Paes e Lima; Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning. Título Original: Principles of economics.

MARCELINO JÚNIOR, Julio Cesar. Análise Econômica do acesso à Justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARINHO, Raul. Prática na teoria-aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios. São Paulo: Saraiva, 2005.

MATTOS, Fernando Pagani. Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009.

MIESSA, Élisson. Processo do trabalho. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MOLINA, André Araújo. A gratuidade da justiça no contexto da reforma trabalhista. The gratuitousness of justice in the context of the labor reform. Revista de Direito do Trabalho, ano 45, vol. 197, jan/2019.

NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. Theory of Games and Economic Behavior. Princeton: Princeton University Press, 1953. In: ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: Uma fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. v. 2. Brasília: GRupos de Pesquisa, 2003.

OLIVEIRA, Amando Flávio de. O direito da concorrência e o poder judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard. Para além do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard. Maximización de la Riqueza y Tort Law: Uma Investigacion Filosófica. Disponível em: <<https://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>> Acesso em 07 de set/2021.

POSNER. Richard A. A economia da justiça, Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard. Fronteiras da Teoria do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. 9ª ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. The Journal of Legal Studies, Junho de 1973: 399/400.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROBBINS, Lionel. An essay on the nature and significance of economic science. 2 ed. London: Macmillan, 1945, p. 81. Disponível em: <http://mises.org/sites/default/files/qjae12_4_5.pdf>. Acesso em 05 de set/2020.

RODRIGUES, Vasco. Análise econômica do direito - uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

ROEMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. Traducción de José Luiz Péres Hernández. 1º ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1994.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a Law & Economics. 2 ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/> Acesso em 10 de set/2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Introdução. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). Análise Econômica do Direito Contratual: sucesso ou fracasso? São Paulo: Saraiva, 2010-A.

SCHMITZ, José Carlos. O trabalho e a dignidade humana: um exame do papel da legislação do trabalho brasileira à luz da política jurídica. Tese (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2014.

SHAVELL, Steven. The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System. Journal of Legal Studies, v. 26, n. 2, p. 575-612, jun. 1997.

SHAVELL, Steven. Foundations of Economic Analysis of Law. Cambridge, MA; London: Belknap, 2004.

SENADO FEDERAL. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara n.º 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&ts=1630438069005&disposition=inline>>. Acesso em 10 de out/2021.

SILVA, José Everton. A proteção do conhecimento tradicional associado sob a lógica da análise econômica do direito: uma questão constitucional baseada na dignidade da pessoa humana. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2015.

SILVA, Kaira Cristina da. O método processual pragmático nos juizados especiais federais para a consecução do acesso à justiça e a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Tese (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto et al. Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/17. São Paulo: Rideel, 2017.

SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. Análise econômica do direito ambiental: perspectivas interna e internacional. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016.

STIGLER, George. “Law or Economics?”. The Journal of Law and Economics, v. 35, n. 2 out. 1992.

SZTAJN, Rachel. Direito e economia. Revista de Direito Mercantil, 144, outubro/dezembro de 2006.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de direito processual do trabalho: processo de conhecimento – 1, Vol. I. São Paulo: LTr, 2009.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A prova no processo do trabalho. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017 e pela medida provisória n. 808, de 14.11.2017. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

TIROLE, J. Economics for the common good. Princeton, Nova Jersey: Princeton University Press, 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, in Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2014. Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br/documents/955023/0/Resumo+Anal%C3%ADtico+e+Indicadores+2014.docx.pdf/72fafa57-7320-da50-0d1b-9c65faf53a91?t=1619828992566>>. Acesso em 14/09/2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, in Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2015. Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br/documents/955023/0/Relatório+Geral+2015+Completo.pdf/f32d14f-cd7d-1b34-8bab-27ef52b9cf35?t=1619828949896>>. Acesso em 14/09/2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, in Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/24374428/RGJT2016+Completo/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250>>. Acesso em: 14/09/2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, in Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2017. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/24596628/RGJT+2017/d16792a3-0679-b37c-be21-bc01e9d6396e>>. Acesso em 10 de out/2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, in Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2018. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/24641384/RGJT+2018/a351ac73-a2fb-3392-27f3-263c17e76517>>. Acesso em 10 de out/2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, in Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2019. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/26518944/RGJT+2019.pdf/f8c0ae2d-8247-b4d8-3479-2bbd1d821e4c?t=1593177429682>>. Acesso em 10 de out/2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, in Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2020. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/RGJT+2020.pdf/a2c27563-1357-a3e7-6bce-e5d8b949aa5f?t=1624912269807>>. Acesso em 10 de out/2021.

WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda., 2020, edição do Kindle, posição 2765.