

**UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ELAINE MARY ROSSI DE OLIVEIRA

**O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA INTEGRANTE DO MÍNIMO
EXISTENCIAL NA TUTELA DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

**Rio de Janeiro
2019**

ELAINE MARY ROSSI DE OLIVEIRA

**O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA INTEGRANTE DO MÍNIMO
EXISTENCIAL NA TUTELA DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Estácio de Sá, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Humberto Dalla Bernadina de Pinho.

**Rio de Janeiro
2019**

ELAINE MARY ROSSI DE OLIVEIRA

**O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA INTEGRANTE DO MÍNIMO
EXISTENCIAL NA TUTELA DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Estácio de Sá, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Humberto Dalla Bernadina de Pinho.

Rio de Janeiro, _____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora

Doutor Humberto Dalla Bernadina de Pinho

*Orientador
Estácio de Sá*

Doutora Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva

*Examinadora
UNESA*

Doutora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

*Examinadora
UFRJ*

Nota: _____

Este trabalho é dedicado a todos os trabalhadores do País, com o propósito que possam ter sempre assegurado, de forma ampla e plena, o direito de acesso à justiça.

AGRADECIMENTOS

Gosto muito das palavras “caminho” e “caminhada” e seus significados, ou melhor, todos os significados que nelas eu vislumbro.

Caminho representa tempo e lugares onde a vida acontece, com várias paisagens, muitas inéditas, cada uma com sua beleza, com obstáculos e facilidades, com intempéries e bonança, enfim, com a dualidade que tudo governa.

Caminhada é o atuar, composto das ações praticadas no caminho, das etapas de concretização de objetivos traçados, cada um a seu tempo. É o realizar.

Me pergunto como o presente desafio teria sido transposto sem as pessoas que encontrei no meu caminho e que me ajudaram na caminhada?

Antes mesmo de concluir minha dissertação, e nos momentos de dúvidas, que foram muitos, pensava no apoio, sempre presente, de várias pessoas.

Honro meus pais, Avaldo e Eliseni, e registro minha imensa gratidão por todos os ensinamentos para a vida e pelas orientações para a escolha dos caminhos e por todos os esforços empreendidos para minha educação.

Guga, meu amor maduro, companheiro e amigo, de coração grandioso, sou muito grata e feliz por tê-lo encontrado no meu caminho. Com certeza, eu não teria ingressado no Mestrado sem seu incentivo. Nossas longas conversas foram determinantes para essa conquista tão valorosa.

À instituição na qual atuo há 24 anos, o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, que foi a minha escolhida para a jornada profissional, meus sinceros agradecimentos pela concessão da licença para meu aperfeiçoamento. Entrego esta dissertação como parte do compromisso que assumi com a magistratura.

Minha especial gratidão a cada um dos servidores da 4ª Vara do Trabalho de Taguatinga-DF, meus amigos queridos, pelo apoio para esta conquista e por cuidarem com tanta dedicação do nosso compromisso com o jurisdicionado. É uma alegria imensa trabalhar com vocês.

À querida amiga e colega Laura, obrigada pela prestatividade, sempre presente, pelo estímulo para que eu pudesse ter esse período de estudos.

Ianny, você é irmã do coração, sou muito grata à sua presença na minha vida. Como sempre, também nesta etapa do caminho você esteve do meu lado, quando eu mais precisei.

Na Pós-Graduação da UNESA encontrei professores vocacionados e apaixonados pelo magistério, além de atividades acadêmicas enriquecedoras, debates produtivos e grande

incentivo para pesquisa.

Meu agradecimento especial ao meu orientador Professor Humberto Dalla, por acreditar no caminho que escolhi e por nele me conduzir com competência e serenidade, compartilhando com generosidade seus conhecimentos.

Aos professores Fernanda Duarte e Rafael Iorio, minha gratidão por me mostrarem um mundo novo, repleto de possibilidades. Vocês me propiciaram experiências acadêmicas riquíssimas, que não serão esquecidas.

Outro agradecimento à professora Fernanda Duarte, por ter aceitado, com um sorriso, participar como examinadora na banca de defesa desta dissertação.

Professora Sayonara Grillo, muito me honra tê-la como examinadora. Obrigada por ter aceitado o convite e por dispor de parte de seu tempo nessa tarefa.

Giselle, Ana Paula, Cris Iorio, Gabriela e Cris Motta, vocês foram verdadeiros presentes que encontrei no caminho. Vocês não me deixaram solitária e ofereceram o que de melhor eu poderia receber – a amizade.

Essa caminhada foi um grande aprendizado e sou imensamente grata a todos que encontrei no caminho.

Que vocês tenham um bom caminho!

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

AIRR – Agravo de Instrumento em Recurso de Revista

AMATRA – Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

ARR – Recurso de Revista com Agravo

BACEN-JUD – sistema que interliga, via internet, a Justiça ao Banco Central e às instituições bancárias, para solicitação de informações e o envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional.

BNDT – Banco Nacional de Devedores Trabalhistas

c. – Colendo

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CR – Constituição da República

CSDPU – Conselho Superior da Defensoria Pública da União

CSJT – Conselho Superior da Justiça do Trabalho

DEJT – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho

DF – Distrito Federal

EC – Emenda Constitucional

ED – Embargos Declaratórios

EUA – Estados Unidos da América

FGV – Fundação Getúlio Vargas

IBOPE – Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística

ICJ – Índice de Confiança da Justiça

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social

MC – Medida Cautelar

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PE – Pernambuco

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PL – Projeto de Lei

PLC – Projeto de Lei Complementar

PR – Paraná

RE – Recurso Especial

RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados

RJ – Rio de Janeiro

RN – Rio Grande do Norte

RO – Recurso Ordinário

SC – Santa Catarina

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Serviço Único de Saúde

TJC – Programa Trabalho, Justiça e Cidadania

TST – Tribunal Superior do Trabalho

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

RESUMO

O acesso à justiça, direito fundamental de previsão constitucional expressa, integra as condições mínimas para uma vida digna, em decorrência também dos fundamentos adotados pela Constituição Federal. A teoria do mínimo existencial, de origem no direito alemão, mas com sustentação em princípios de relevância central em nosso ordenamento jurídico, como dignidade humana, cidadania e liberdade, fornece elementos consistentes para orientação quanto às garantias essenciais para proteção do acesso à justiça e para concessão dos benefícios da justiça gratuita. A partir de uma pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, esta privilegiando doutrinadores pátrios, seus estudos sobre a teoria do mínimo existencial e aplicação à nossa ordem jurídica, considerando as peculiaridades socioeconômicas e culturais de nossa sociedade, o objetivo é apresentar a magnitude da garantia do acesso à justiça na nossa ordem constitucional, direito que possibilita a proteção das condições mínimas para uma existência digna, o mais fundamental dos direitos, por ser forma de reivindicação dos demais direitos. O acesso à justiça é garantia de extrema relevância no universo do trabalho, porquanto direitos trabalhistas envolvem salário, que é sustento, que é alimento. Nesse contexto, o presente estudo analisa, por fim, alteração introduzida pela Lei 13.467/2017, que envolve a questão processual do acesso à justiça, ante a imposição de honorários de sucumbência aos beneficiários da justiça gratuita.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Mínimo existencial. Direitos trabalhistas. Assistência jurídica. Justiça gratuita.

ABSTRACT

Access to justice, a fundamental right of express constitutional provision, integrates the minimum conditions for a dignity life, as a result of the foundations adopted by the Constitution. The study of the theory of the existential minimum, of origin in German law, but based on principles of central importance in our legal system, such as human dignity, citizenship and freedom, provides consistent elements for guidance on the essential guarantees for protecting access to justice and for granting the benefits of free justice. Based on a jurisprudential and bibliographical research, this one privileges doctrinaire patricians, their studies on the theory of existential minimum and application to our legal order, considering the socioeconomic and cultural peculiarities of our society, the objective is to present the magnitude of the guarantee of access to justice in our constitutional order, a right that allows the protection of the minimum conditions for a dignified existence, the most fundamental of rights, as a form of claim of the others rights. Access to justice is a guarantee of extreme relevance in the world of work, because labor rights involve salary, which is sustenance, which is food. In this context, the present study analyzes, finally, a change introduced by Law 13467/2017, which involve the procedural question of access to justice, the benefits of free justice in the face of the imposition of succumbency.

Keywords: Access to justice. Existential minimum. Labor rights. Legal assistance. Free Justice.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS À JUDICIALIZAÇÃO | 15 |
| 2.1 SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS..... | 17 |
| 2.2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO - CAUSAS - POLÍTICAS JUDICIÁRIAS ADOTADAS FRENTE AO CRESCENTE NÚMERO DE DEMANDAS..... | 20 |
| 3 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL | 31 |
| 3.1 CONCEITO, FUNDAMENTOS E PREVISÃO CONSTITUCIONAL..... | 34 |
| 3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIBERDADE COMO PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL..... | 38 |
| 3.3 CONTEÚDO, ÂMBITO DE PROTEÇÃO E EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL..... | 41 |
| 3.4 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A VEDAÇÃO DE RETROCESSO..... | 47 |
| 3.5 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL..... | 51 |
| 4 O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA INTEGRANTE DO MÍNIMO EXISTENCIAL | 57 |
| 4.1 A CONSTITUIÇÃO E A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL - AS PECULIARIDADES DO PROCESSO TRABALHISTA..... | 59 |
| 4.2 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... | 65 |
| 4.3 O AMPLO SIGNIFICADO DA GARANTIA – EFICÁCIA JURÍDICA..... | 76 |
| 4.4 JUDICIALIZAÇÃO X OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA POR UMA VISÃO SOCIOLOGICA..... | 78 |
| 5 O ACESSO À JUSTIÇA, O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS NOVOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS | 86 |
| 5.1 CONCEITO AMPLIADO DE ACESSO À JUSTIÇA..... | 88 |
| 5.2 OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A PRESERVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS..... | 89 |
| 6 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA NA ÁREA TRABALHISTA | 92 |
| 6.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL NO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – APLICAÇÃO DA TEORIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS TRABALHISTAS..... | 94 |

| | |
|--|------------|
| 6.2 O PROCESSO LEGISLATIVO E AS MACRORREFORMAS PROCESSUAIS - A LEI 13.467/2017, OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E O ACESSO À JUSTIÇA..... | 98 |
| 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 108 |
| REFERÊNCIAS..... | 110 |

1 INTRODUÇÃO

Uma causa muito apontada para o fenômeno da judicialização no Brasil é o amplo e facilitado acesso à justiça, propiciador até mesmo de abusos na litigância.

O cenário desejável, resultado da grande pesquisa empreendida pelo Projeto Florença, nunca foi de estímulo à litigância, mas sim de empreender a “assistência judiciária para os pobres.” E, nesse sentido, caminhou a Constituição Federal 1988, assegurando “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV).

Trata-se de tema vasto, complexo, com várias feições e peculiaridades, cujo enfrentamento não compete somente ao Judiciário, devendo envolver vários seguimentos da sociedade e múltiplas ações.

O certo é que não se pode mais permanecer no ataque apenas aos efeitos. As causas devem ser identificadas, analisadas sob vários ângulos, em um esforço concentrado de toda a sociedade para, então, serem combatidas.

Diante da magnitude do tema, a proposta inicial de pesquisar sobre o excesso de demandas, causas e consequências, ganhou recorte no sentido de se investigar o que nosso sistema de garantias constitucionais protege quanto ao acesso justiça, delimitando ações que visam exclusivamente a redução do número de ações e que desrespeitem todo um arcabouço jurídico e que devem ser afastadas.

Essa é uma das propostas deste trabalho, uma pequena contribuição para a análise da questão da judicialização, identificando caminhos destoantes das premissas constitucionais, a serem evitados.

Os estudos ao longo do Mestrado trouxeram o contato com a teoria do mínimo existencial, nascida no direito alemão, que fornece valiosos elementos de orientação para o Estado e seus Poderes quanto aos contornos das garantias a serem asseguradas para uma existência humana digna.

Nesses contornos, a dissertação tem como objeto o estudo do acesso à justiça à luz da teoria do mínimo existencial, frente às garantias constitucionais.

O capítulo primeiro fornece um panorama da atual situação da judicialização, causas, providências que vem sendo adotadas, possíveis caminhos a serem percorridos.

No segundo capítulo são lançadas linhas gerais da teoria do mínimo existencial, passando pelo seu surgimento, conceitos e conteúdo, com foco na dignidade da pessoa humana e princípio da igualdade, aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, previsão, garantias constitucionais e incidência sobre direitos fundamentais sociais.

Outro capítulo destaca a relevância do acesso à justiça dentro dessa ordem de garantias, por se apresentar como uma garantia que precede as demais no contexto do mínimo existencial, na medida em que é o meio para assegurar o essencial para uma existência digna quando não propiciada ou mitigada.

O conteúdo pesquisado, de forma alguma, induz a fomento à judicialização. Ao contrário, a doutrina consultada traz elementos valiosos para atendimento ao mínimo que cada indivíduo necessita para preservação da sua dignidade, que passa inicialmente pelo papel das funções legislativa e executiva, tendo o judiciário como última instância para obtenção dessas prestações fundamentais, e nesse sentido se apresenta a importância do acesso à justiça como garantia integrante do mínimo existencial.

Ciente das cautelas e atenção necessárias quando se estuda uma teoria surgida em cultura social e jurídica totalmente diversas e sua introdução em outro contexto, principalmente diante das peculiaridades brasileiras, um país com intensa desigualdade social, destaca-se o fundamento no qual se firma o direito ao mínimo existencial, de grande relevância no mundo ocidental, que é a dignidade da pessoa humana. A teoria do mínimo existencial não contém princípio inerente a uma cultura específica. Seu conteúdo tem como centro questões afetas ao ser humano, muito embora as formas de aplicação sejam diversas diante das características de cada sociedade.

O estudo aborda o fenômeno da litigiosidade excessiva, com um apanhado das possíveis causas. Mas, em vez de somente apontar motivos para a grande procura do Judiciário e tentar visualizar eventuais soluções, coloca foco nos movimentos ou ações legislativas (ou de qualquer outra esfera dos Poderes constituídos) que visam frear a procura do Judiciário, não condizentes com as garantias constitucionais vigentes, seja por representarem retrocesso, seja por colocarem em risco a garantia da dignidade e o princípio da igualdade inseridos no mínimo existencial.

Considerando compreensão mais ampla de acesso à justiça, os métodos alternativos de resolução de conflitos são trazidos para o centro, como elementos que reforçam o conceito de dignidade da pessoa humana e se apresentam como possibilidade concreta e eficaz de pacificação, com empoderamento das partes envolvidas, com o cuidado constante de preservação das garantias processuais e constitucionais.

No meio do caminho, ou seja, no curso do mestrado, sobreveio a denominada “reforma trabalhista”, que introduziu dispositivo que opera significativa alteração no acesso à justiça. Um capítulo se dedica a essa análise, de preceitos da esfera processual somente e, em particular, a regulamentação dos honorários da sucumbência nas lides trabalhistas, até então

não aplicáveis em ações dessa natureza, análise que se faz diante da garantia do acesso à justiça e a vedação de retrocesso.

Assim, o acesso à justiça, ao mesmo tempo em que desejado de forma plena, posto que integra e legitima o sistema democrático; é garantia constitucional e forma asseguradora da dignidade humana que não pode ser mitigada; não deve, de igual forma, ser banalizado e nem mesmo tornar o Judiciário um gigante e único meio possível para solução de conflitos.

2 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS À JUDICIALIZAÇÃO

O constitucionalismo, como hoje praticado, tem como modelo o padrão estabelecido nos Estados Unidos nos últimos duzentos anos. Esse modelo considera a supremacia da Constituição, o controle de constitucionalidade, a supremacia judicial, e a ativa proteção dos direitos fundamentais (BARROSO, 2009).

O marco histórico jurisprudencial das três primeiras características encontra-se na decisão proferida em 1803 pela Suprema Corte americana, no caso *Marbury v. Madison*¹, apontada como a primeira decisão de controle de constitucionalidade.

O constitucionalismo democrático é o modelo predominante no século XX, sendo adotado não somente em países da América Latina, como da Europa, Ásia e África.

¹ “Historicamente, nos Estados Unidos da América do Norte, onde surgiu a ideia de Constituição, também pela primeira vez se teorizou de que caberia ao Judiciário a fiscalização da constituição. Um controle de constitucionalidade das leis, por via de exceção, surge pela vez primeira por meio da decisão do caso ‘*Marbury vs. Madison*’, no qual o juiz Marshall sustentou a tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária. A decisão do juiz declarou, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição Federal deveria ser tido como nulo, inválido e ineficaz (*null and void and of no effect*). O caso deu-se, resumidamente, da seguinte forma, segundo a narrativa de Woodrow Wilson e também de Carl Brent Swisher. Como revela Wilson, em 1800, o então presidente dos Estados Unidos, John Adams, do Partido Federalista, foi derrotado nas urnas por Thomas Jefferson, da oposição republicana. Antes de deixar o cargo, no início de março de 1801, o presidente Adams deu partida em um verdadeiro ‘trem da alegria’, nomeando seus correligionários para diversos cargos públicos, inclusive os vitalícios do Poder Judiciário, como foi o caso de seu Secretário de Estado, John Marshall para a Suprema Corte. Marshall, entretanto, permaneceu no cargo de secretário de estado até o último dia do mandato de Adams, tendo sido por este incumbido de distribuir os títulos de nomeação assinados pelo presidente a todos os indicados a cargos públicos. Marshall, contudo, não conseguiu desincumbir-se da tarefa a contento. William Marbury fora nomeado Juiz de Paz no Condado de Washington, Distrito Columbia. Ele, entretanto, foi um dos que não receberam o título de nomeação assinado pelo presidente Adams. O novo presidente, Thomas Jefferson, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse os títulos remanescentes do governo anterior. Entendia o presidente que a nomeação não estava completa, pois faltara a entrega da comissão, quando o ato se perfectibilizaria. Inconformado por não ter tomado posse, Marbury pediu a notificação de Madison para apresentar suas razões. Madison não respondeu e Marbury impetrou o *writ of mandamus* diretamente junto à Suprema Corte. Em vista da complexidade política do caso, a Suprema Corte não julgou o caso. Sua inércia causou indignação da imprensa, que influenciou a opinião pública. Em 1802, tanto na imprensa quanto no Congresso, a Suprema Corte foi violentamente atacada, aventando James Monroe, inclusive, a possibilidade de *impeachment* de seus juízes. A situação agravou-se quando o executivo expressou que uma decisão favorável a Marbury poderia ocasionar uma crise entre os poderes, insinuando que o executivo poderia não cumprir uma decisão do Judiciário. Para o Judiciário, por sua vez, indeferir simplesmente o pleito lhe traria um desgaste e um descrédito impensáveis, arranhando-lhe a posição de Poder independente. Em 1803, era presidente da Suprema Corte o Juiz John Marshall, exatamente o secretário de estado do presidente Adams que não entregara a Marbury seu título de nomeação. Apesar da situação ético-jurídica muito grave, tendo ele interesse pessoal no caso, Marshall decidiu: reconheceu, quanto ao mérito, o direito de Marbury de tomar posse no cargo, mas não concedeu a ordem de que fosse cumprida a decisão em face de uma preliminar: julgou inconstitucional o art. 13 da Lei Judiciária de 1789, que atribuía à Suprema Corte competência originária para expedir de *mandamus*. Argumentou Marshall que a Constituição fixara a competência da Suprema Corte e somente ela poderia estendê-la, sendo inconstitucional qualquer lei ordinária que o fizesse. ‘Reconheceu-se, assim, que a Corte poderia interferir nos textos legislativos contrários à Constituição, demonstrando que a interpretação das leis terá que ser in *harmony of the Constitution*.’ O modelo norte-americano foi aprimorado por outras decisões da Corte, mas a doutrina acabou ganhando espaço em outros Estados, que entenderam a importância de uma corte exercer a função de guardião do documento que organizava o Estado e trazia uma ‘declaração de direitos’” (TRVISAN; AMARAL, 2009).

Nos últimos cinquenta anos, e mais exatamente após a Segunda Guerra Mundial, houve grande mudança na forma de pensar e praticar o direito nos países que adotam o sistema jurídico do *civil law*. Surgiu então o modelo conhecido como “Estado constitucional de direito” ou “novo constitucionalismo”, que tem como principal característica a subordinação da lei à Constituição.

Esse texto regulador - a Constituição, passa a impor deveres e limites ao legislador e ao Administrador, atribuindo ao Judiciário o controle, com ampla competência para interpretar e invalidar normas jurídicas.

Segundo Barroso (2009), na linha desse novo constitucionalismo, o conhecimento convencional acerca da aplicação do direito constitucional foi subvertido por três grandes transformações no mundo romano-germânico, resultando no reconhecimento da forma normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação das normas constitucionais.

No Brasil, esse movimento somente se instalou com a abertura política, a transição da ditadura para a democracia, que tornou possível a aprovação da Constituição de 1988, resultante de dezoito meses de trabalho de uma Constituinte que teve ampla participação da sociedade civil, oprimida durante duas décadas de autoritarismo.

Nesse cenário democrático, com ampla participação popular e norteado pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, o texto final da Constituição resultou heterogêneo, tendo abarcado reivindicações diversas, de vários segmentos da sociedade, vislumbrando justiça social e a salvaguarda dos direitos fundamentais e sociais.

Neste momento denominado de “pós-positivismo”, no qual o protagonismo é da Constituição, houve um deslocamento da centralidade normativa.

A CF/88 introduziu várias regras de processo, de forma direta, fixando direitos e garantias processuais fundamentais e também ditando mecanismos de controle de constitucionalidade.

O primeiro dispositivo que revela a supremacia constitucional é o que diz respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça) consagrado no art. 5º, XXXV, da CF/1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

Encontra-se referido artigo no Título II, que trata dos Direitos e Garantias fundamentais, estando a garantia, portanto, elevada à condição de cláusula pétrea, consoante o disposto no art. 60, § 4º, IV.

Do direito ao acesso à ordem jurídica decorrem os demais regramentos constitucionais de garantias processuais, destacando-se o direito à ampla defesa e contraditório; duração razoável do processo; fundamentação e publicidade de todas as decisões; princípio da igualdade; juízo natural, além de outros.

2.1 SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais surgem da necessidade de inserção de direitos além do indivíduo, vislumbrando a própria sociedade.

Dentro de um quadro em que predominava a garantia dos direitos civis e políticos (individuais), a sociedade clama por um equilíbrio, buscando minimizar desigualdades, através da proteção pelo Estado.

A primeira necessidade que surgiu foi dos trabalhadores, que tinham uma relação capital x trabalho sem regulamentação, em total desrespeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Menciona Barretto (2013, p. 218), a natureza ética e universal dos direitos sociais advém do direito à igualdade. Esses direitos são considerados de segunda geração, porque surgidos em momento posterior aos direitos civis e políticos e de liberdades (de primeira geração).

A fundamentação ética dos direitos sociais passa por etapas, compreendendo paradigmas jurídicos no contexto histórico e características objetivas do sistema jurídico.

Cumprir abordar os fatos históricos que propiciaram a reivindicação de tais direitos.

Os direitos de primeira geração, aperfeiçoados no século XVIII com as primeiras Declarações de Direitos, foram decorrentes da necessidade de se estabelecer limites ao poder do Estado. Representam superação do absolutismo e estabelecimento do Estado Liberal de Direito. O valor que motivou o surgimento dos direitos de primeira geração foi a liberdade, mas em sua acepção negativa, que se traduz pela possibilidade do indivíduo agir sem ser impedido ou de não agir sem ser obrigado. Não se tratava, portanto, de uma liberdade sem restrições legais.

Os direitos humanos de primeira geração correspondem aos direitos de liberdade, compreendendo os direitos civis, políticos e as liberdades clássicas.

Os direitos humanos de segunda geração ou direitos de igualdade, são os direitos econômicos, sociais e culturais.

E os direitos de terceira geração tem como característica básica a titularidade coletiva, e são denominados direitos de solidariedade e fraternidade.

Parte da doutrina aponta ainda direitos de quarta geração, composta pelos direitos à democracia e à informação.²

Prossegue-se ainda com Barretto (2013, p. 219), na evolução histórica. A institucionalização dos direitos civis e políticos unicamente, assegurou a economia de livre mercado, sem interferência do Estado, mas gerou profundas desigualdades sociais. Observou-se então, que esse aparente Estado neutro, na verdade era benéfico apenas para uma classe, a dos detentores dos meios de produção. E até mesmo entre eles, com o passar do tempo, passou a existir favorecimento de alguns, tornando-os mais fortes que outros.

Houve prosperidade econômica, mas acompanhada de grande desigualdade de classes, restando especialmente prejudicados os trabalhadores.

Essas desigualdades fizeram surgir os direitos sociais, e como trabalho é alimento, tinham essas reivindicações da massa trabalhadora exata vinculação com a própria sobrevivência, condição inerente aos direitos humanos.

Nas palavras de Barretto (2013, p. 219), “Os direitos sociais vieram a servir como o instrumento político e jurídico que serviu à democratização do sistema econômico e social da sociedade liberal.”

Esses direitos humanos (sociais), considerados de segunda geração, impuseram nova significação para o conceito de liberdade, que passou a ter um *status positivus libertatis*, compreendendo exigências e postulações em face então do Estado Social de Direito (que substituiu o Estado Liberal), chamado a atuar garantindo a efetividade das liberdades clássicas, dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Importante que se destaque, a igualdade social devida pelo Estado Social de Direito não é meramente formal, mas sim material, competindo-lhe erradicar injustiças existentes na sociedade, na forma estabelecida pela lei.³

² A esse respeito, discorre Melo (2001, p. 63): “Ainda no que tange à evolução dos direitos fundamentais, é de se referir, apesar de não configurar unanimidade doutrinária, a tendência de se reconhecer uma quarta geração de direitos fundamentais. Paulo Bonavides, um dos defensores, na doutrina pátria, do surgimento desta nova geração de direitos, sustenta que a quarta geração surgiu como resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à última fase da institucionalização do Estado Social. Para Bonavides, esta ‘quarta geração’ é composta pelos direitos à democracia e à informação, assim como o direito ao pluralismo.”

³ “[...] o surgimento dos direitos sociais não suprimiu nem apagou as conquistas referentes aos direitos civis e políticos. Ao contrário, o que se observa é que no século XX, os direitos civis, políticos e sociais sofreram um processo de convergência, em virtude da maior democratização no exercício do poder, e passaram a constituir o núcleo da cidadania no Estado Democrático do Direito” (BARRETTO, 2013, p. 220).

Os direitos sociais formam uma nova categoria, na medida em que devem ser prestados através do Estado, mediante atuação de forma positiva para a garantia e proteção desses direitos.

A incorporação dos direitos sociais ao plano constitucional brasileiro se estabelece de forma relevante, pela primeira vez, na Constituição de 1934, na qual foram inseridos direitos políticos e garantias individuais.

Curiosamente, esse fato se deu na era Vargas (1930 a 1945), com destaque para o grande impulso conferido ao Direito do Trabalho, cuja legislação se desenvolveu em decorrência de políticas públicas implementadas. Nesse período, “houve o desenvolvimento de uma cultura política de vinculação entre a cidadania e os direitos sociais, com conseqüente mitigação dos direitos políticos, dado tratar-se de período de governo autoritário” (CAPLAN, 2008, p. 294).

Com a Constituição da República de 1946 é restabelecido o constitucionalismo social retirado pela Constituição de 1937, esta de natureza autoritária e intervencionista que, muito embora tenha mantido direitos sociais da Constituição anterior (1934), o faz como forma de controle da sociedade.

A CR/1946 traz uma grande conquista para os trabalhadores, que é a inclusão da Justiça do Trabalho como parte do Poder Judiciário.

O regime democrático foi desmontado com o golpe militar de 1964, servindo a Constituição de 1967 para garantir o regime militar autoritário.

Da Emenda Constitucional de outubro de 1969, decorre um “Constitucionalismo Social”, vigente em um período autoritário, mas com o propósito de uma transição de regime, período no qual os direitos sociais firmados não eram efetivos.

A Assembleia Constituinte que instituiu o Estado Democrático de Direito e promulgou a Constituição Federal de 1988, explicitou no seu preâmbulo o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

Os direitos sociais foram especificados no art. 6º do Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, sendo eles “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.”

O art. 60, em seu § 4º, estabelece quais dispositivos não podem ser objeto de Emenda Constitucional, estando elencados, no inciso IV, os direitos e garantias individuais, alçando-os assim à condição de valores supremos, as chamadas cláusulas pétreas.⁴

2.2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO - CAUSAS - POLÍTICAS JUDICIÁRIAS ADOTADAS FRENTE AO CRESCENTE NÚMERO DE DEMANDAS

Judicialização é uma expressão empregada para definir o endereçamento ao Judiciário de questões políticas, sociais e morais, não resolvidas pela sociedade e outras esferas de Poder (legislativo e Executivo). Abarca, portanto, as expressões ‘judicialização da vida’ e ‘judicialização da política’. Esse fenômeno, que é mundial, desencadeia alguns imbróglis, como crise na separação dos poderes, ativismo judicial e significativamente na sobrecarga do Judiciário.

São causas apontadas para a judicialização segundo Barroso (2012): a redemocratização promovida pela CF/1988, que fortaleceu o Poder Judiciário, expandiu a atuação do MP e da Defensoria Pública; a constitucionalização abrangente, tendência global e não somente na América Latina; e o amplo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, combinando aspectos dos sistemas americano e europeu, possibilitando os controles incidental ou difuso e o controle concentrado e franqueamento de legitimação a várias pessoas para a propositura das ações diretas.

O princípio da inafastabilidade está consagrado na CF/1988 (art. 5º, XXXV). E no Capítulo II da Carta Magna (arts. 6º a 11º), vários direitos sociais ganharam a garantia constitucional.

Logicamente, se houve aquisição de novos direitos, o aumento da litigiosidade é, em parte, daí resultante.

A Constituição analítica do Brasil, com extenso rol de direitos, denominada por Ulisses Guimarães como a “Constituição Cidadã”, muito festejada quando de sua

⁴ A posição adotada por Lobato (2006, p. 54) é: “O constituinte de 1987/1988, tendo em vista o rompimento que se dera com o Estado autoritário, viu a necessidade de dar maior ênfase aos direitos humanos; quis assim garantir ao cidadão brasileiro não só os limites de atuação do Estado, mas, e principalmente, exigir deste a proteção eficaz dos direitos suprimidos durante mais de duas décadas. Inseriu, dessa forma, a proteção dos direitos humanos como princípio fundamental da Constituição, ao prover o Título II – ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’ com cinco capítulos, apontando claramente a sua intenção de não somente estabelecer um constitucionalismo formal, como ocorrera nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967/1969, mas garantir aos cidadãos a efetiva proteção de seus direitos. A divisão fixada pela Constituição de 1988 demonstra claramente a intenção do legislador constituinte de conferir, aos direitos humanos fundamentais, a importância necessária para que pudesse efetivá-los e não apenas consagrá-los. A intenção, apesar de vezes em contrário, foi a de estabelecer, ao cidadão brasileiro, os direitos fundamentais como garantias inerentes à sua existência.”

promulgação e nos primeiros anos de vigência pela sua ampla proteção, passou a receber críticas na mesma proporção em que subia o número de ações, essas amparadas justamente, pelas garantias nela constantes.

Diante de um olhar histórico, pode-se avaliar que naquele momento, em que o Brasil se libertava das amarras de um regime militar autoritário, no qual a sociedade não podia se expressar e, considerando a dimensão continental do país, onde as desigualdades são intensas e as necessidades diversas, outro caminho não parecia ser mais adequado senão o que foi adotado, de resguardar o maior número possível de direitos dentro da Lei Maior.

Por um outro aspecto, a positivação de direitos tem um efeito relevante, didático, de fomentar a cultura de respeito aos princípios norteadores de uma sociedade mais igualitária.

O quadro que se instalou foi o da chegada de uma Constituição analítica, com amplo rol de direitos, em uma sociedade repleta de desigualdades e composta de relações complexas próprias da contemporaneidade.

Assim, o grande volume de processos pode ser explicado, seja pelo aumento das garantias constitucionais, seja por uma cultura da judicialização, resultante de uma conduta de atribuição ao Estado da obrigação de solução de todo e qualquer conflito, seja, por fim, pela reiterada inobservância de direitos, considerando uma lógica restrita.⁵

Apesar de todas as dificuldades resultantes, há um aspecto salutar no aumento do número de demandas, ou seja, encontra-se assegurada a garantia fundamental de acesso à justiça, um reflexo da democratização, isso se se considerar um conceito mínimo de acesso à justiça, pela visão exclusiva de acesso pela propositura da ação.

Mais algumas outras reflexões podem ser feitas, não de forma exaustiva, que não é o fim visado por este trabalho. Nesse sentido, é uma realidade, como abordado por Goretta (2017, p. 54) uma inequívoca e crescente incapacidade das partes de autocomposição, tornando o Judiciário o destino primário de todo e qualquer conflito:

⁵ A questão é colocada de forma mais abrangente por Cittadino (2004): “Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas – seja em países europeus ou latino-americanos – e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como ‘criminalização da responsabilidade política’; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular. Se considerarmos qualquer uma dessas chaves interpretativa, podemos compreender porque a expansão do poder judicial é vista como um reforço da lógica democrática. Com efeito, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como ‘judicialização da política’.”

[...] como superego de uma sociedade órfã do seu poder de tutela, e a conseqüente perda de autonomia de indivíduos que se socorrem de uma intervenção judicial sem prévio esgotamento das possibilidades de administração autônoma de um conflito [...].

A tudo isso pode-se acrescentar uma mudança no conceito de honestidade, no qual ser devedor nos dias de hoje não é mais tão vexatório como em tempos passados. Essa mudança ocorre considerando tanto as dificuldades econômicas do País e infelizmente a desenfreada realidade da corrupção. Ou seja, a litigiosidade em larga escala que se encontra operando é um fenômeno complexo, que tem causas diversas e remotas, que nascem no seio da sociedade.⁶

Trazendo a judicialização para o campo trabalhista, podem ser apontadas duas circunstâncias específicas que conduzem à excessiva procura do Judiciário: a) a condição menos favorável do trabalhador para negociação, seja quando se encontra dentro, seja fora da relação de emprego; b) a vontade do empregador de sempre preferir um acordo judicial, no qual obtém quitação geral do contrato.

Não obstante se possa considerar que o grande número de demandas seja uma garantia de acesso à justiça, essa circunstância representa, ao mesmo tempo, uma falsa ideia de cidadania, que as pessoas têm exaltado, em detrimento de auto ou heterocomposição, que empoderam as partes, reais detentoras da plena visualização dos fatos e da capacidade de resolução.

É inegável que o acesso à justiça é garantia fundamental do cidadão, essencial dentro do Estado Democrático de Direito e dele parte integrante, o que não justifica a sobrecarga da Justiça com toda e qualquer demanda, muitas delas resolvidas em poucos minutos dentro de uma sala de audiência, e com alto custo para a própria sociedade.

Importante destacar, não se está a “discriminar” ou “desqualificar” a importância de demandas. A pretensão é valorizar o acesso à justiça, que deve ser utilizado de forma consciente, após outras tentativas de resolução/composição, e não como primeiro e único meio de solução de conflitos.

⁶ “Logo, um fenômeno que simplesmente não pode ser tratado de forma reducionista, como um problema estrito do Judiciário. A litigiosidade expandida é um problema da sociedade, com intrincados laços políticos, sociológicos, históricos e raízes para bem além do jurídico; não é, portanto, um problema do ‘Judiciário’, nem debate de natureza estritamente jurídica, que possa ser resolvido por panaceias normativas ou medidas unilaterais e arbitrárias do Estado, tendentes a simplesmente acelerar a prestação jurisdicional – a ponto de quicá anulá-la em sua essência e finalidade, nos termos do que identificado adiante – e justificar o Judiciário perante a corrente e crescente demanda (inclusive midiática) por soluções urgentes” (OLIVEIRA JUNIOR; BAGGIO, 2008, p. 112-113).

Mancuso (2015, p. 65) faz considerações a esse respeito, no sentido de que essa procura imediata da solução adjudicada muitas vezes envolve conflitos “fora do ponto de maturação”, resultando em maior distanciamento e desentendimento entre as partes.⁷

A grande e indiscriminada procura do Judiciário acarreta em resultado oposto ao que se espera dele, que é a entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável e com qualidade.

Destaca ainda Mancuso (2015, p. 141), que o direito constitucional do acesso à justiça, tão bem trabalhado por Mauro Cappelletti, como resultado do Projeto Florença, tomou outras proporções e significados. O fim visado de um *acesso à justiça franco*, geral e incondicionado para aqueles que não dispõem de meios para suportar os custos, não pode ser confundido com um acesso facilitado.

Por outro lado, analisando a sempre crescente Judicialização, pode-se questionar: o que há é uma cultura demandista ou uma cultura de descumprimento de obrigações?

As estatísticas podem dar algumas respostas, que fazem concluir que as duas circunstâncias podem estar presentes.

Para análise, será utilizado o seguimento Justiça do Trabalho, porquanto é o ocupante do segundo lugar quanto ao número de ações no cenário nacional, atrás apenas das demandas da área de consumo.

Consultando o site do CNJ, os dados do Relatório Justiça em números revelam que a maioria das demandas trabalhistas tem como postulação parcelas rescisórias, aquelas que podem ser denominadas como verbas primárias ou essenciais, assim entendidas por se referirem ao trabalho já prestado e desse período resultantes, como salário, férias, 13º salário e FGTS.

⁷ “Não é de hoje, nem constitui fenômeno exclusivo de nossa experiência judiciária, o registro de uma tendência a supervalorizar a solução adjudicada estatal, em detrimento de outros modos ‘não oficiais’ de resolução de conflitos, como se aquela primeira fosse o ponto ótimo, o *modus judicandi* por excelência, e estes últimos devessem ficar relegados a um plano secundário, uma sorte de ‘vagão de segunda classe’ no comboio da distribuição da justiça. Ada Pellegrini Grinover observara, logo após a Lei 7.244/1984, que criara os primeiros Juizados Especiais (então ditos de Pequenas Causas): ‘Do conjunto de Estudos sobre a conciliação, pode-se concluir que, durante um longo período, os métodos informais de solução de conflitos foram considerados como próprios das sociedades primitivas e tribais, ao passo que o processo jurisdicional representou insuperável conquista da civilização.’ [...] a resolução suasória dos conflitos projeta ainda uma externalidade positiva, qual seja a de estimular a vera cidadania, que consiste na busca da solução da pendência entre os próprios interessados, ainda que com um auxílio externo, e, não, no vezo de entregar todo e qualquer conflito, iminente ou já instaurado, em mãos do Estado-Juiz, geralmente antes e fora do ponto de maturação. Essa cultura demandista representa um falacioso exercício de cidadania, na medida em que promove o afastamento entre as partes, acirra os ânimos, e estende o conflito a um ponto futuro indefinido, esgarçando o tecido social e sobrecarregando a justiça estatal de controvérsias que, antes e superiormente, poderiam e deveriam resolver-se em modo auto ou heterocompositivo” (MANCUSO, 2015, p. 63-65).

Praticamente metade das demandas não resultam de questões objeto de grande controvérsia ou que necessitem prova fática, como existência de vínculo, horas extras, adicionais de insalubridade ou periculosidade, somente para citar alguns objetos.

O Relatório 2016 da Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça – Ano base 2015, aponta os assuntos mais demandados na Primeira Instância da Justiça do Trabalho, sendo eles: 1 - Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias - 4.958.427 (49,47%); 2 - Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral - 704.345 (7,03%); 3 - Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário/Diferença Salarial - 539.047 (5,38%); 4 - Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego - 488.274 (4,87%); 5 - Férias/Indenização/Terço Constitucional - 300.835 (3,00%); 6 - Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional - 247.613 (2,47%); 7 - Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Décimo Terceiro Salário - 212.387 (2,12%); 8 - Rescisão do Contrato de Trabalho/Rescisão Indireta - 188.934 (1,88%) (BRASIL, 2016a).

Por fim, outra indagação que pode ser feita: a opção da sociedade pela judicialização em vez de qualquer outra forma de composição, representa confiança no Judiciário? Uma pesquisa é utilizada como auxílio para essa resposta.

Segundo o Relatório Índice de Confiança da Justiça (ICJ), da Fundação Getúlio Vargas – SP, do primeiro semestre de 2016, apenas 29% dos entrevistados disseram confiar no Judiciário.⁸

A crescente judicialização é composta por várias e complexas causas, formando um intrincado quadro, que exige providências diversas, incluindo mudança de cultura, desjudicialização, consciência legislativa, valorização das formas alternativas de composição, apenas para mencionar algumas.

Como resposta ao constante aumento de demandas, as ações mais adotadas têm sido a criação de novas leis e o aumento da estrutura Judiciária. Essas medidas têm apenas atenuado, mas não solucionado o problema. Isso porque elas não enfrentam as causas, focando em soluções imediatistas.

⁸ O referido Relatório contém dados interessantes: “Cerca de 76% dos entrevistados afirmam ser fácil desobedecer a lei no Brasil. Curiosamente, no gráfico anterior constatou-se que 74% responderam que devem seguir à lei mesmo discordando dela. Já no Gráfico 10, 81% dos entrevistados acreditam que as pessoas, sempre que possível, optam por dar um jeitinho para burlar a lei. Juntando-se ambas as evidências, tem-se a constatação de uma consciência coletiva do dever de seguir as leis ao mesmo tempo que no imaginário coletivo o cumprimento da lei é posto de lado.” Ainda: “Dentre os entrevistados, 92% afirmaram que buscariam o Judiciário para solucionar um problema decorrente das relações de consumo. Tal ocorrência é menor para os demais tipos de conflitos, mas, ainda assim, mais de 80% dos entrevistados disseram que, na hipótese de passarem por um dos conflitos listados, procurariam o Judiciário para resolver o problema. E o segundo motivo a levar os entrevistados a procurar a Justiça são os conflitos trabalhistas – 91%” (FGV-SP, 2016).

Apesar de serem salutares por não tornarem o quadro ainda mais grave e representarem respostas para a sociedade, devem ser repensadas.

A necessidade de se agigantar o Judiciário parece não ter fim e acaba por ser um processo que fomenta novas demandas, se assemelhando a uma bola de neve, o que metaforicamente é comparado, no jargão utilizado do ambiente judicial, à atividade de “enxugar gelo”.

Essa atuação evidencia dois lados: não há uma preocupação na identificação das causas da grande procura do Judiciário, sejam essas causas de cunho histórico-cultural, sejam resultantes de um efeito não tão remoto, como políticas econômicas ou ausência de atuação dos demais poderes nas suas competências; e, no outro lado, um temor de concorrência, perda de poder e do monopólio judicial, não se admitindo a possibilidade da valorosa colaboração que pode ser desempenhada por meios alternativos de resolução de conflitos.

O estudo do problema é iniciativa primordial para a descoberta de possibilidades de solução.

Buscando entendimento para a complexa questão, o Superior Tribunal de Justiça, em parceria com a FGV Projetos, realizou Seminário em maio de 2018 tendo como temática o “Acesso à Justiça: o custo do litígio no Brasil e o uso predatório do Sistema de Justiça”. Os organizadores do evento demonstraram a compreensão de que é necessário encontrar as causas do problema e combatê-las, sem prejuízo para a conquista do pleno acesso ao Judiciário. Muito embora os debates tenham se travado entre economistas, juristas e operadores do direito, sendo expostos os altos custos da litigiosidade exacerbada para o País, registrou-se a percepção de que não é possível tratar a Justiça só pelo viés econômico. Há bem maior a ser resguardado, que não tem preço, sendo a pretensão a conciliação entre o jurídico e o econômico.

Economia e Direito, são disciplinas com visões bem diferentes, mas que podem trazer uma para a outra, respostas e caminhos, com pontos de intercessão que não derrubem a segurança jurídica.

Várias diretrizes foram apontadas pelos economistas e juristas palestrantes, podendo ser mencionadas: medidas para evitar demandas frívolas e estimular autocomposição de conflitos; maior atuação das agências reguladoras; medidas de desestímulo à litigância temerária; postura mais ativa do Judiciário, atuando também na prevenção dos conflitos; racionalização do sistema de justiça mediante gerenciamento do processo (BRASIL, 2018).⁹

⁹ “Acesso à Justiça: o custo do litígio no Brasil e o uso predatório do Sistema de Justiça” - Foram palestrantes nesse Seminário: Aluisio Pessoa de Araújo, Antônio Carlos Marcato, Luciano Benetti Timm, Luciana Yeung, Erik Wolkart, Flavio Yarshell, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Kazuo Watanabe, Marcus Vinicius Onodera,

Considerando o “lugar de fala” do presente estudo, ou seja, o âmbito jurídico, as palavras do professor Flávio Yarshell são extremamente oportunas, no sentido de que não é possível pensar a justiça só pelo viés econômico; os escopos da jurisdição nem sempre têm um preço.¹⁰

Como menciona Friedman (2013), em artigo que procura avaliar o impacto da litigância na sociedade (especialmente em um sistema de *common law*): a litigância é indubitavelmente cara; é possível obter valores brutos de gastos de empresas e indivíduos com essa rubrica; não há informações precisas quanto à forma de apuração de despesas remotas e consecutivas; é mais difícil medir os efeitos indiretos da litigância.

Enfatiza ainda Friedman (2013), como as críticas de estudiosos e da opinião popular são direcionadas apenas para custos e pouco observam os benefícios implícitos:

Os benefícios, na verdade, são frequentemente bastante intangíveis e imensuráveis: justiça social, oportunidades estendidas a mulheres e minorias, expansão das liberdades civis, procedimentos justos dentro das instituições, limites ao governo.

Mudando um pouco o foco e percorrendo as medidas que vem sendo adotadas para combate à excessiva judicialização, a atuação legislativa ganha destaque.

Como “nomocracia” entende-se, nesse contexto, a prática de tentar resolver os problemas da sociedade com edição de normas.

Segundo Mancuso (2015), vivemos um momento de fúria legislativa, que embora represente uma resposta rápida para a sociedade, não é suficiente, por si só, para resolver e minimizar os litígios.

Aliás, a rapidez e intensividade na positivação de direitos tem causado imensa dificuldade aos operadores do Direito, principalmente ao Judiciário que tem a atribuição de interpretar os textos legais e aplicá-los. E tem gerado também insegurança, ante o enorme arcabouço legislativo.

Aludida rapidez revela, por outro lado, que a edição das normas não tem observado um processo de estudo e maturação das circunstâncias que as demandam, sendo editadas mais como remédio para combater a febre, sem saber qual sua causa e sem olhar as necessidades da coletividade.

Teresa Arruda Alvim, Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer, Fernando da Fonseca Gajardoni, Márcio Vieira Souto Costa Ferreira, Welder Queiroz dos Santos, Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa (BRASIL, 2018).

¹⁰ Palestras disponíveis em: <<https://www.youtube.com/watch?v=WmQ3LKsTtQo>>.

O Brasil está abarrotado de leis, promulgadas sem muita avaliação ou discussão, algumas sem necessidade e outras, muito comum, sem possibilidade de aplicação consistente (a lei que “não pega”).

Há uma inversão da ordem. A lei deveria ser pensada para duração razoável, com modificações pontuais, visando acompanhar as demandas sociais.¹¹

Certo é que sendo o nosso ordenamento jurídico filiado ao *civil law*, a norma legal é essencial para a fixação de direitos e obrigações. Mas a enormidade de leis existentes ou mesmo as constantes alterações não são produtivas, não sendo as reformas legislativas a forma de se alcançar a redução das demandas e a pacificação social (MANCUSO, 2015, p. 74).

Diante do quadro hoje existente da crise numérica que assola o Judiciário, não se pode discordar da necessidade premente de suprir as unidades judiciárias com servidores, juízes e estrutura mínima para responder à grande demanda, atendendo assim à sociedade. No entanto, a ação não pode se concentrar nessa única providência, nunca suficiente.

Se acompanharmos o crescimento do número de processos dos últimos vinte anos, a conclusão irrefutável é de que não há aumento de estrutura e orçamento razoável que possa atender adequadamente às demandas, a se considerar os aspectos de oferta de qualidade das decisões e produção quantitativa que não permita o acúmulo (ou seja, a resolução mensal ou anual de 101%) (BRASIL, 2016a).¹²

11 “A norma legal, ao contrário do que, ordinariamente, se passa com as ordens jurídicas menores, vocaciona-se para a duração e permanência, e é por isso mesmo que a nomogênese é um processo que se compõe de fases sucessivas, justamente para que a proposta possa ser debatida e apurada, inclusive permitindo avaliar se o tema precisa, mesmo ser legislado (situações ditas de norma necessitada), ou se, porventura, bastaria alteração na normação existente”(MANCUSO, 2015, p. 185).

12 “Com isto posto, podemos afirmar que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2015 com quase 74 milhões de processos em tramitação. Mesmo tendo baixado 1,2 milhão de processos a mais do que o quantitativo ingressado (índice de atendimento à demanda de 104%), o estoque aumentou em 1,9 milhão de processos (3%) em relação ao ano anterior. Tais resultados são basicamente um reflexo direto da Justiça Estadual, que abarca 80% dos processos pendentes. Destaca-se que, conforme o glossário da Resolução CNJ 76/2009, consideram-se baixados os processos: a) remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) arquivados definitivamente; d) em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução. Os casos pendentes, por sua vez, são todos aqueles que nunca receberam movimento de baixa, em cada uma das fases analisadas. Observe que podem existir situações em que autos já baixados retornam à tramitação sem figurar como caso novo. São os casos de sentenças anuladas na instância superior, de remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de declínio de competência ou de devolução dos processos para a instância inferior para aguardar julgamento dos recursos repetitivos ou em repercussão geral. Tais fatores ajudam a entender porque, apesar de se verificar um número de processos baixados quase sempre equivalente ao número de casos novos, o estoque de processos no Poder Judiciário (74 milhões) continua aumentando desde o ano de 2009, conforme demonstra o Gráfico 3.24. O crescimento acumulado deste período foi de 19,4%, ou seja, 9,6 milhões de processos a mais em relação àquele ano. Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque” (BRASIL, 2016a).

A resposta à sociedade pela lógica quantitativa não observa a raiz do problema e com certeza, compromete a qualidade ou o aprofundamento que muitos casos exigem.

Destinar muito do orçamento para a Justiça pode significar a redução de valores para outras atividades essenciais.

Citando o aforisma “já se viu sociedade que mudou a lei, mas ainda não se viu lei que mudou sociedade”, Mancuso (2015) aponta medidas salutaras para tratar o problema da judicialização, como a ampla divulgação de dados que denotem costumes ultrapassados, inócuos ou perniciosos a fim de possibilitar mudança de padrões da sociedade, e a atuação no CNJ no sentido de estimular e incentivar a conciliação, valorizando esses meios.

Trata-se de tentar fomentar nova cultura.

Nada é mais certo que a afirmação de que esse problema não pode ser depositado unicamente nas mãos do Judiciário, posto que é questão afeta a toda à sociedade.

Os métodos de heterocomposição são mencionados como grandes auxiliares para diminuição do número de demandas.

O alcance dessas medidas suplanta a mera solução do insatisfatório gigantismo do Judiciário. Mais que isso, a adoção pela sociedade de outros métodos de composição de seus conflitos representa mudança de cultura, um resgate da verdadeira cidadania, na qual as partes podem se empoderar, deixando de depositar nas mãos de outrem a solução de toda e qualquer demanda do cotidiano.

Nessa vertente se guiou o Conselho Nacional de Justiça ao editar a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.

A Arbitragem está prevista nas Leis 9.307/1996 e 13.129/2015 e no atual CPC (arts. 3º e 334). Indicada como uma das práticas de resolução de conflitos, a arbitragem encontra alguns obstáculos na esfera trabalhista.

A Lei 13.467/2017 introduziu o art. 507-A à CLT¹³, limitando a resolução de conflitos por arbitragem aos trabalhadores cuja remuneração seja superior ao limite máximo dos benefícios da Previdência Social e desde que com sua anuência.

Representa grande empecilho o alto custo, o que a torna inviável para o trabalhador da faixa salarial limite do referido artigo, já que os custos da arbitragem incluem taxa de registro, taxa de administração e honorários do especialista. Trata-se de método elitista, com acesso restrito.

¹³ “Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

O CPC 2015, em seu art. 149, introduz a presença do Mediador para a composição de demandas. Essa atuação está disciplinada na Seção V, do Capítulo III, que regulamenta as atividades dos Auxiliares da Justiça.

Cabe aqui uma distinção entre mediação e conciliação, muitas vezes tratadas como expressões sinônimas. Os mediadores não detêm conhecimento jurídico, sendo sua função auxiliar as partes no diálogo para solução do conflito (vide § 3º, do art. 165 do novo CPC).¹⁴

Uma mudança de conceito sugerida por Mancuso (2015), é no sentido de que o acesso à justiça seja vinculado à necessidade, evitando a utilização de forma trivial e banal. Para essa concretização, alguns filtros poderiam ser implantados, como já existentes em outros países, com a passagem por estágios antecedentes ao ajuizamento da demanda.

Devemos avaliar que, atualmente, o excesso de demandas representa comprometimento ao próprio acesso, ante a morosidade causada pelo grande volume de trabalho no Judiciário.¹⁵

De outra parte, muito embora a Justiça brasileira seja unitária, não há dispositivo legal conferindo a condição de monopólio dessa atuação ao Estado, do que resulta concluir, que a lei pode estabelecer outros meios de solução de conflitos.

Diante desse contexto, é perfeitamente compatível contar com o auxílio e colaboração de outros órgãos e de outros métodos de resolução de conflitos, “substituindo-se a cultura da sentença pela cultura da pacificação, na sugestiva expressão de Kazuo Watanabe” (MANCUSO, 2015, p. 410).

Nesse mesmo sentido, se expressam Nunes e Teixeira (2013, p. 13), enfatizando que o “acesso à ‘ordem jurídica justa’ pode se dar ainda que o acesso ao Judiciário não seja possível para todos”, lançando uma visão de acesso que vai além do ingresso apenas ao sistema de direitos assegurados, mas que privilegie a preservação das garantias institucionais.¹⁶

¹⁴ “Art. 165. [...] § 3. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

¹⁵ “Numa perspectiva de futuro, é de se assegurar que o próprio interesse de agir venha configurado a partir da demonstração do prévio esgotamento de outros meios preordenados à resolução da controvérsia (como hoje se passa na área desportiva: CF/1988, art. 217, e § 1º; ou, no caso do habeas data, se exige a prévia tentativa de obter os dados junto à instância competente: Lei 9.507/97, art. 8º, parágrafo único e incisos), ou então, que o conflito, por peculiaridades de matéria ou de pessoa, ou pela complexidade da crise jurídica, reclame efetiva passagem judiciária, o que colocaria a função judicial do Estado sob um registro subsidiário ou residual, em ordem a preservar o Judiciário e evitar sua banalização ou utilização desnecessária. Nesse sentido, não é demais lembrar que o interesse de agir, como condição da ação, reclama a utilidade e a necessidade do acesso à Justiça, donde se infere que, antes da apresentação da pretensão à contraparte, a rigor, não existe lide, na concepção carnelluttiana de conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida” (MANCUSO, 2015, p. 68).

¹⁶ “A noção de acesso à Justiça que se vem defendendo, transcende a ideia de reivindicação ao acesso a um sistema de direitos já dado. O que se pretende é expor à crítica os arranjos institucionais, o corporativismo, as

Essa linha de atuação foi adotada pelo CNJ e está contida na Resolução 125, de 29.11.2010, que voltado para uma gestão administrativa, atualiza o conceito de acesso à justiça,

O professor Kazuo Watanabe também enxerga a solução para a judicialização dessa forma, com o ataque às causas e não aos efeitos e diante de um conceito atualizado de acesso à justiça que vai além dos órgãos judicializados, com maior acesso à informação e orientação do pleno exercício da cidadania (BRASIL, 2018).

Muito se fala também em Democracia participativa e Justiça compartilhada.

O novo Código de Processo Civil traz clara a ideia de que a utilidade das decisões está diretamente ligada à pacificação. O art. 3º do CPC nos conduz a um conceito amplo de jurisdição, admitindo-se inclusive atos não praticados pelo Judiciário.

Trata-se de um dos objetivos sociais do processo, segundo Cândido Dinamarco, pacificar e educar (todos temos direito a uma jurisdição pacificadora).

Dentre os fenômenos inseridos na pacificação, encontra-se a desjudicialização, que nada mais é que a delegação de atividades burocráticas para outros seguimentos (como Tabelionatos, instituições bancárias, Tribunal de Contas, Tribunal de Arbitragem - homologação de divórcios e inventários, depósito de valor consignado em instituição bancária – CPC arts. 703 e 1071).

A desjudicialização exige autorização legal expressa, ausência de lide, ou seja, a preexistência de consenso, capacidade das partes e envolvimento de direito transacionável.

Outro grande auxiliar na redução do número de demandas é o processo coletivo.

Nesse sentido foi atento o novo diploma processual civil, em seu art. 139.¹⁷

O dispositivo acima evidencia o convencimento de que o processo coletivo:

[...] é um instrumento a serviço da pacificação social, na medida em que dá voz e voto a grandes massas de interesses que, de outro modo, ou ficariam desprovidas de um pronto e eficiente canal de expressão [...] ou se atomizariam em multifárias e repetitivas demandas individuais [...] (MANCUSO, 2015, p. 429).

construções dogmáticas, que falam em nome do ‘acesso’, mas que só viabilizam a sensação eventual de pertença a um sistema político rígido, cujo rol de incluídos e excluídos está pré-determinado. No ponto de entrelaçamento entre direitos fundamentais e democracia participativa, ter acesso à Justiça não corresponde a ter acesso aos direitos como bens ou como liberdades apenas, é possuir garantias (claro, materiais, mas, sobretudo institucionais) de não ‘estar à margem das dinâmicas propiciadoras de reconhecimento social’, e, nesse ponto, a atuação contra majoritária do Judiciário é insofismável” (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 78-79).

¹⁷ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]. X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5o da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.”

Essas demandas geralmente são resultantes de questões de grande envergadura, não solucionadas ou não observadas pelas instâncias políticas, que deságuam no Judiciário.

Os benefícios do processo coletivo vão muito além da colaboração para redução do número de demandas, como menciona Mancuso (2015, p. 432): confere ao Judiciário a participação no processo político, produzindo decisão com eficácia ampla, próxima à de um contexto legal; divide o peso político de questões de grande repercussão; possibilita a participação de várias pessoas físicas e jurídicas e interessados; promove a uniformização de decisões, evitando os resultados judiciais discrepantes.

Uma crítica que é feita sobre algumas soluções implementadas, por exemplo no caso do IRDR, concentra-se no fato de que trata-se apenas de medida de administração da isonomia decisória, não evitando a instauração das várias ações.

3 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A pobreza e a assistência social aos necessitados receberam tratamentos diversos ao longo da história, sendo sempre questões presentes na humanidade, em maior ou menor gravidade, dependendo da sociedade.

Assim se inicia o histórico sobre o surgimento dessa teoria, posto que “o problema do mínimo existencial se confunde com a questão da pobreza e tem importância muito grande na história da fiscalidade moderna” (TORRES, 2009, p. 3).

Inicialmente, competia à Igreja e aos ricos o amparo aos necessitados, passando em outra época essa incumbência a ser do Estado, com as ações de imunidade fiscal e prestação estatal positiva.

A busca por outra saída que não a caridade para amparo aos necessitados, foi discutida na revolução francesa, o que resultou no reconhecimento, na Constituição de 1793 daquele País, de direitos de socorros públicos aos necessitados (SARLET; ZOCKUN, 2016).

O *Poor Law Amendment Act*, de 1834, na Inglaterra, conhecido como Nova Lei dos Pobres, posto que substituiu várias outras, é um ato legislativo importante a esse respeito, instituindo um sistema nacional para lidar com a pobreza sob a responsabilidade do Governo, regulamentando a assistência social aos pobres mediante imunidade de taxas ou tributos.

Pode-se dizer que com a construção do constitucionalismo veio também a atribuição de responsabilidade do Estado no amparo à pobreza e auxílio aos excluídos socialmente (SARLET; ZOCKUN, 2016).

Segundo Torres (2009, p. 7):

No Estado Social Fiscal, correspondente à fase do Estado de Bem-estar Social ou Estado-Providência, a proteção ao mínimo existencial se faz por meio de mecanismos paternalistas e a respectiva ideologia se aproxima da concepção de justiça social.

Justiça, liberdade e dignidade humana são conceitos a serem utilizados para enfrentar o problema da pobreza.

Na contemporaneidade, o mínimo existencial é fomentado à luz da teoria dos direitos humanos e princípios constitucionais.

Conforme Bitencourt Neto (2010, p. 59), o reconhecimento constitucional de um direito fundamental a condições mínimas para uma vida digna se iniciou com as Constituições do México de 1917 e de Weimar (1919).

As garantias mínimas para uma existência digna são pauta constante de organismos internacionais. Os princípios concernentes ao mínimo existencial são encontrados em várias declarações: Declaração Universal dos Direitos do Homem (1949 – arts. XXV e XXVI); Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1986 (art. 1º); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (1996 – art. 2º); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San José da Costa Rica – 1960); a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000); e Declaração do Milênio das Nações Unidas (2000).

O marco jurisprudencial de reconhecimento de direitos mínimos se deu na Alemanha, no ano de 1975, com uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que afirmou a obrigação do Estado de assegurar condições mínimas para uma existência digna àqueles incapazes de prover a própria subsistência. Antes dessa decisão, outra, de 1951, do mesmo Tribunal, deu diretrizes para o que viria a ser estabelecido no sentido de que o descumprimento pelo legislador das ações do Estado Social, poderiam ensejar a invocação da proteção perante a jurisdição constitucional.¹⁸

¹⁸ “Para o problema dos direitos subjetivos a prestações são particularmente interessantes as decisões nas quais se faz menção não somente a um dever objeto do Estado – o que ocorreu com frequência –, mas também a direitos subjetivos a ações positivas. Três decisões devem necessariamente ser mencionadas: a decisão acerca da assistência social, de 1951; a primeira decisão sobre *numerus clausus*; e a decisão sobre a Lei Provisória sobre Ensino Superior Integrado na Baixa Saxônia. Na decisão sobre assistência social o tribunal manifestou-se, ao mesmo tempo, de forma cautelosa e ambígua. De início afirma-se que o art. 1º, § 1º, da Constituição alemã não obriga o Estado à proteção contra necessidades materiais e que o art. 2º, § 2º, 1, não outorga ao indivíduo um direito fundamental a uma assistência correspondente por meio do Estado. Logo após, contudo, o tribunal salienta que com isso não se pretende dizer ‘que o indivíduo não tem nenhum direito constitucionalmente garantido à assistência.’ Ainda que, em geral, ao dever do legislador de ‘realização do Estado Social’ não correspondam direitos subjetivos, se ‘o legislador se abstém arbitrariamente, isto é, sem razões objetivas, de realizar esse dever, daí poderia surgir para o indivíduo uma pretensão, assegurável, por meio de reclamação constitucional’. Um claro passo adiante foi dado pelo tribunal em uma decisão de 1975, na qual ele afirma ‘[c]laro que a assistência aos necessitados é um dos deveres inquestionáveis do Estado Social. Isso necessariamente inclui o auxílio social aos cidadãos que, em virtude de fragilidades físicas ou psíquicas, enfrentam obstáculos para o seu desenvolvimento pessoal e social, e não estão em condições de seu sustentar sozinhos. A comunidade estatal tem que lhes garantir no mínimo as condições básicas para uma existência humana digna [...]’. Se se consideram ambas as decisões em conjunto, não há dúvidas de que o Tribunal Constitucional Federal pressupõe um direito fundamental a um mínimo existencial. Nesse sentido, ele acompanha a jurisprudência reiterada do Tribunal Administrativo e a opinião majoritária na literatura jurídica. Diante disso, é possível afirmar que existe ao menos um direito fundamental social não-escrito, isto é, que se funda em uma norma atribuída por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental. Já se afirmou que ‘seria perder tempo querer iniciar uma polêmica dogmática a partir desse exemplo’. Se com isso se pretendeu dizer que o direito ao mínimo existencial é dogmaticamente desinteressante, então, não há como concordar com a afirmação. Não é nenhuma obviedade que, sob uma Constituição que não o garante expressamente, a existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial, em nível constitucional, seja maciçamente sustentada pela jurisprudência e pela doutrina. Contudo, seria uma conclusão equivocada inferir automaticamente outros direitos a prestações a partir desse exemplo. Embora a existência de um direito a prestação, corretamente atribuído a dispositivos constitucionais, implique a rejeição da tese segundo a qual não se pode atribuir nenhum direito a prestações a esses dispositivos, daí não decorre que a esses dispositivos possam ser atribuídos outros direitos a prestações” (ALEXY, 2008, p. 436-437).

As Constituições ao redor do mundo não registram explicitamente a garantia ao mínimo existencial, nem mesmo a Constituição alemã de Bonn (1949). No entanto, esse texto constitucional tem início com a exaltação do dever de respeito e proteção pelo poder público à dignidade da pessoa humana, qualificada como intangível. Registra ainda no seu artigo primeiro o reconhecimento do povo alemão à inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos da pessoa humana, como fundamento de toda a comunidade humana e da justiça no mundo.¹⁹

O regramento constitucional do mínimo existencial geralmente está contido em cláusulas abertas, em compromissos fixados de forma genérica, tendo como centro a dignidade da pessoa humana.

O surgimento da teoria considera, portanto, o contexto histórico no que diz respeito às formas de combate à miséria, as ações de assistência social e as regulamentações a esse respeito, envolvendo imunidade de tributos e sua redistribuição; a grande contribuição de Immanuel Kant em suas reflexões sobre a dignidade da pessoa humana; o reconhecimento jurisprudencial sobre o direito a um mínimo e as obrigações do Estado decorrentes; o reconhecimento nos textos constitucionais, mesmo que de forma genérica, das garantias fundamentais; os apontamentos de John Rawls e finalmente, toda a construção doutrinária feita por Robert Alexy, que concebeu a teoria, sendo o direito ao mínimo existencial reconhecido pela Corte Constitucional Federal da Alemanha em fevereiro de 2010, baseado na dignidade humana e no Estado Social, muito embora não haja, destaca-se mais uma vez, previsão expressa no texto constitucional daquele País (BRASIL, 2014).

O mínimo existencial, consagrado na Alemanha, é também chamado por J. Rawls de “mínimo social” (*social minimum*) e conhecido nos EUA como “direitos constitucionais mínimos”.

É importante deixar claro que dentro do conceito atual de mínimo existencial, o dever do Estado Democrático (titular de serviços públicos como saúde, transporte, educação, previdência), através de seus poderes e especialmente na figura do legislador democraticamente investido pelo voto popular, de suprir as pessoas carentes de condições mínimas para uma existência digna, passa ao largo do conceito de caridade ou mesmo de fornecimento de condições mínimas de sobrevivência, se situando no patamar de suprimento de garantias mínimas para uma existência com dignidade, que possibilite participação dos indivíduos na sociedade, com igualdade e liberdade.

¹⁹ A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha encontra-se disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

3.1 CONCEITO, FUNDAMENTOS E PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Feita a trajetória do surgimento da teoria e apontados seus pilares, às palavras de Torres (2009, p. 35), o precursor nos estudos da teoria do mínimo existencial no Brasil:

Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas.

O direito ao mínimo existencial, em síntese, é o núcleo essencial dos direitos fundamentais ancorado nos princípios da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito e na busca da felicidade. Após a reserva do mínimo existencial, que garante a igualdade de chances, é que se iniciam a ação da cidadania reivindicatória e o exercício da democracia deliberativa, aptos a assegurar os direitos sociais prestacionais em sua extensão máxima, sob a concessão do legislador e sem o controle contramajoritário do judiciário.

Ao explicitar o conceito de mínimo existencial e até mesmo a expressão, Torres (2009, p. 35-36) esclarece que é mínimo, porquanto esse direito mínimo deve ter o mesmo conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e ser a todos assegurado, indiscriminadamente. E é existencial, na medida em que deve compreender aqueles direitos que possibilitam a sobrevivência e condições iniciais de liberdade, muito embora não se confundam com o direito à vida.

Por não possuir conteúdo específico, sua identificação exige o entrelaçamento das noções de dignidade humana, liberdade, igualdade e justiça.

Referido Autor explicita os fundamentos, extensão e características do mínimo existencial, respectivamente: é uma proteção pré-constitucional e está ancorada na ética; se fundamenta na ideia de felicidade, nas condições iniciais para exercício da liberdade, nos princípios da igualdade e da dignidade humana; abrange todo direito em sua dimensão essencial, inalienável e existencial; a Constituição é sua fonte legitimadora.²⁰

O mínimo existencial possui dupla face, na medida em que está presente: em direitos subjetivos e objetivos; em direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais, desde que os

²⁰ E ainda Torres (2009, p. 25-27): “A Teoria do Mínimo Existencial é um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais. A criação de uma Teoria dos Direitos Fundamentais coincide com o desenvolvimento da Teoria da Justiça e se faz a partir da ‘virada kantiana’, isto é, do retorno do pensamento filosófico-jurídico às raízes lançadas por Kant. Nesse contexto são importantíssimas as obras de Rawls, que praticamente constituem a certidão de nascimento dessas ideias, e a de Alexy, que oferece a mais completa estruturação do pensar sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais. ‘Entre as mais relevantes características da Teoria do Mínimo Existencial, da mesma forma que acontece com a dos Direitos Fundamentais, encontram-se as de ser normativa, interpretativa, dogmática e vinculada à moral.’ [...] ‘É bem verdade que o mínimo existencial não necessita, para sua concretização, da *interpositio legislatoris*, pois tem na própria Constituição a sua fonte de legitimidade. Mas, com a complexidade da sociedade contemporânea, os direitos fundamentais podem se aperfeiçoar nas Constituições dos Estados-membros e na própria legislação, principalmente para a proteção positiva dos direitos da liberdade, neles incluído o mínimo existencial.’”

últimos sejam essenciais, mínimos e irreduzíveis; pode ser assegurado tanto na esfera do *status negativus* como no *status positivus libertatis*.

Na categoria “direitos fundamentais”, relaciona Torres (2009, p. 39) os direitos da liberdade, também denominados direitos humanos, direitos individuais ou ainda direitos naturais. E sobre a plena identificação do mínimo existencial com os direitos da liberdade, aponta as características comuns: são pré-constitucionais; apresentam-se como direito público subjetivo do cidadão; são exigíveis *erga omnes*; não se limitam àqueles especificados na Constituição Federal; podem ser conferidos na forma negativa (proteção – in incidência de tributos) e positiva (mediante entrega de prestações), dentre outras.

O tratamento conferido por Torres aos direitos fundamentais sociais no campo da teoria do Mínimo Existencial causa muitas discussões entre juristas brasileiros.

Para Torres (2009, p. 41), inseridos no mínimo existencial estão os direitos de liberdade, pondo-se a verificar “[...] em que medida os direitos sociais, correspondentes à cobertura dos riscos da existência, exibem a jusfundamentalidade que permita estender-lhes a lógica, a retórica e a eficácia dos direitos da liberdade.” Em tópico abaixo, essa temática será abordada.

O mínimo existencial não possui previsão constitucional expressa, antecede aos textos constitucionais, e se encontra entranhado nos seus princípios fundamentais. Nas palavras de Torres (2009, p. 13-14), carece de conteúdo específico, abrange qualquer direito essencial, inalienável e existencial, irradia-se para todos os ramos do direito dada a sua posição de centralidade.

A teoria do mínimo existencial se preocupa com a concretização do seu intento, ou seja, assegurar os direitos fundamentais aos por eles desamparados e depende de interpretação do agente (intérprete), o que a caracteriza como normativa, dogmática e interpretativa (TORRES, 2009, p. 26-27).

De tudo o que foi exposto, pode-se concluir que o conceito de mínimo existencial compreende os direitos mínimos essenciais para a preservação da dignidade humana, direitos inalienáveis e plenamente garantidos pela jurisdição, que possibilitem a cada ser humano o agir com liberdade e não ser tido como objeto, ser tratado como integrante da sociedade, sem desigualdades, recebendo justiça e solidariedade quando em condição de necessidade.

A Constituição brasileira de 1824, nos artigos 31, 32 e 179, garantia os socorros públicos e educação primária gratuita a todos os cidadãos.

A Constituição de 1934, em seu art. 170, introduziu ao ordenamento constitucional brasileiro a noção de dignidade, dispondo sobre a vinculação da ordem econômica à

valorização do trabalho humano para o fim de assegurar a todos uma existência digna (SARLET; ZOCKUN, 2016).

A CF/88 em seu art. 1º, destaca como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (inciso III), e no art. 3º elenca dentre seus objetivos fundamentais, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (incisos I e III).

Assim, muito embora tenha a teoria surgido no direito alemão, está entranhada em conceitos e garantias que nos são caros, enfrentando unicamente a gradação das necessidades de cada sociedade, a depender da evolução das garantias fundamentais.

É importante mencionar, há uma diferença substancial entre os textos constitucionais alemão e brasileiro no aspecto de identificação do direito ao mínimo existencial. A Constituição alemã não possui direitos sociais nominados ou expressamente identificados. A Lei Fundamental de Bonn, no seu título I, que trata dos Direitos Fundamentais, não os especifica, elencando de forma genérica algumas garantias.

A crítica que se faz à aplicação dessa teoria no ordenamento nacional reside na ampla especificação de direitos de nossa Constituição. No seu nascedouro a teoria se destinou a proteger conteúdo básico de direitos sociais não previstos na Constituição. A Constituição brasileira, ao contrário, é repleta de direitos sociais. O temor é que essa circunstância possa ensejar uma interpretação reducionista de eficácia dos direitos sociais (SARMENTO, 2016, p. 1657).

No entanto, como já se destacou, o mínimo existencial deve ter sua dimensão estabelecida de acordo com as necessidades de cada sociedade e, no Brasil, a grande quantidade de pobres e miseráveis exige uma interpretação mais ampla de imunidades e prestações a partir do conceito de mínimo para uma vida digna.

O Brasil, com sua constituição analítica, possui extenso rol de direitos sociais, dispostos dentro do título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (arts. 5º, 6º e 7º da CF/88).²¹ As regras constitucionais que destinam as receitas públicas para saúde, educação,

²¹ “Importa, agora, verificar se uma característica do sistema alemão de direitos fundamentais – não haver direitos sociais diretamente estatuídos – é pressuposto para a identificação do direito ao mínimo existencial, como direito adscrito, assim como são adscritos os direitos sociais reconhecidos pela jurisdição constitucional. A identificação do mesmo direito, com fundamento na jurisprudência e na doutrina alemãs, em Constituição que estatui diretamente direitos sociais a prestações parece, ao menos à primeira vista, não ser possível. Foram eleitas duas Constituições para esta análise: a portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988. A escolha se fundou principalmente em duas razões: a) a existência de generoso rol de direitos sociais diretamente estatuídos, como direitos fundamentais; b) as influências recíprocas do constitucionalismo luso-brasileiro, o que se verifica, no caso presente, pela inegável inspiração que foi a Constituição Portuguesa de 1976 na elaboração da Constituição brasileira de 1988. Tanto a Constituição portuguesa de 1976, como a brasileira de 1988, ao contrário da Lei Fundamental de Bonn, com base na qual primeiro se falou em um direito ao mínimo existencial, consagram amplo rol de direitos fundamentais, incluídos direitos sociais. Se o direito ao mínimo existencial foi inicialmente

amparo à pobreza e seguridade social (Lei de Diretrizes Orçamentárias), são também, inequivocamente, integrantes do arcabouço das condições para uma existência digna, assim como o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Emenda Constituição nº 31, de 14.12.2000.

Aliás, apenas adiantando um pouco dos argumentos de Torres (2009, p. 53) sobre a dimensão do mínimo existencial e as controvérsias diante do nosso ordenamento jurídico, uma de suas ponderações é de que, o fato da Constituição Brasileira ter posicionado os direitos Sociais dentro do Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, é circunstância que não deve gerar, por si só, a inclusão dos direitos sociais no âmbito dos direitos fundamentais.²²

É importante deixar claro quanto à dimensão jurídico-constitucional do mínimo existencial que, muito embora a garantia a esse mínimo não esteja explicitamente contida no texto constitucional brasileiro, e nem mesmo em demais Constituições, não significa, de forma alguma, que não esteja inserida nos ordenamentos jurídicos respectivos, desde que estejam fundados e plenamente investidos nos princípios que sustentam a teoria.

A doutrina alemã (País onde nasceu a teoria, que também não a tem registrada no texto constitucional), “[...]entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas” (SARLET, ZOCKUN, 2016).

Portanto, o direito às garantias mínimas para o viver com dignidade prescinde de previsão constitucional expressa, na medida em que é decorrência do contexto de princípios e demais garantias previstas nesse texto central, como já mencionado, em destaque para a proteção da vida, da liberdade e da dignidade humana.

3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIBERDADE COMO PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL

identificado com fundamento em princípios gerais, dada a ausência de direitos fundamentais sociais diretamente consagrados por disposições constitucionais, justifica-se seja perquirida a possibilidade de se encontrar o mesmo direito em Constituições que possuem inúmeras disposições jusfundamentais que consagram diretamente normas de direitos sociais a prestações” (BITENCOURT NETO, 2010, p. 58-59).

22 “A Constituição de 1988 abre, no Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, o capítulo II, que disciplina os direitos sociais (arts. 6º a 11), separando-os, entretanto, dos direitos individuais e coletivos, de que trata o Capítulo II (art. 5º); o só critério topográfico não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais, salvo no núcleo correspondente ao mínimo existencial. Por tudo isso reservamos a expressão direitos fundamentais sociais ao mínimo existencial [...]” (TORRES, 2009, p. 274).

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da justiça, da liberdade e da solidariedade se conectam e oferecem o suporte para o mínimo existencial, em especial o primeiro.

Segundo Torres (2009, p. 137), o mínimo existencial é regra jurídica (e não valor ou princípio), mas “[...] deixa-se impregnar pelos valores e princípios os mais relevantes, dos quais se torna condição essencial para sua concretização [...]”

Os valores e princípios jurídicos que norteiam o mínimo existencial, segundo a doutrina de referido Autor, baseados em Kant, Rawls, Dworkin e Alexy, são a liberdade, a justiça, a segurança, a solidariedade e a felicidade, como valores; e a dignidade humana, a cidadania, a democracia, como princípios fundamentais, todos contidos no art. 1º da CF/88.

Apointa ainda Torres (2009, p. 160-166) princípios estruturais, aqueles relativos aos aspectos político, econômico e social do Estado: princípio do federalismo, o princípio republicano e o princípio do Estado de Direito, este último com os formatos estabelecidos no decorrer dos tempos (Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito).

Por fim, cita os princípios que legitimam ou justificam os outros princípios constitucionais, destacando ponderação, razoabilidade e igualdade.

Na dignidade da pessoa humana concentra toda a razão e fundamento da teoria do mínimo existencial.

Um esclarecimento se faz necessário antes do desenvolvimento desse tópico. Não cuida esse trabalho da definição e diferenciação o que seja ‘princípio’ e ‘valor’ e mesmo de enquadramento de categoria jurídica para ‘dignidade humana’ e liberdade’. A esse respeito não haverá um aprofundamento. Dignidade humana e liberdade são apresentados como princípio e valor, respectivamente, na forma delineada por Torres (2009), sendo o ponto central a importância desses fundamentos para a teoria do mínimo existencial.

A filosofia fornece elementos imprescindíveis para a compreensão do que se tem hoje como conceito de dignidade humana, conceito esse resultante de culturas, costumes e doutrinas diversas.

Tema vasto, dignidade humana é objeto de estudo e aplicação nos campos filosófico, religioso e, por fim, jurídico e constitucional.

Segundo Rosen (2015, p. 31), “dignidade” originou-se como um conceito que denotava status social elevado e as honrarias e o tratamento respeitoso que se deviam àqueles que ocupavam tal posição.”

A relevante pesquisa feita por Rosen (2015, p. 32) menciona que Cícero, embora também tenha utilizado “dignidade” como “atribuição de um status elevado a indivíduos de determinada ordem social”, ampliou o seu sentido, e em seu texto *De Officiis* (44aC), “considera a dignidade que os seres humanos possuem pela razão única de serem humanos, e não animais.”

“Discurso sobre a dignidade do homem”, de Giovanni Picco Della Mirandola, de 1486, traz a primeira referência da expressão “dignidade humana”. Nesse texto, Picco empreende sentido mais amplo que o referido por Cícero, remetendo “dignidade” a “um atributo dos seres humanos em geral, ligado estreitamente à sua capacidade de autodeterminação” (ROSEN, 2015, p. 34).²³

Passando à concepção moderna da expressão “dignidade humana”, é essencial considerar o pensamento de Immanuel Kant, que muito influenciou a doutrina jurídica, trazendo conceito relevante para a teoria jurídica (ROSEN, 2015, p. 38). Para Kant, o ser humano não pode ser utilizado como um meio, por existir com um fim em si mesmo. A partir dessa premissa, encontram-se muitas outras, como o dever de respeito uns para com os outros; o valor insubstituível de cada pessoa; o valor inestimável da dignidade.

Definindo dignidade, Kant (2011, p. 82) a qualifica como tudo que não tem preço, para a qual não há equivalente, o que possui valor íntimo, o que não pode ser empregado como simples meio:

No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade (grifo do autor).

Barretto (2013, p. 71), analisando textos de Kant (*Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Doutrina da Virtude*), extrai o “núcleo da ideia Kantiana da dignidade humana, que se expressa através de sete conceitos interligados por uma cadeia argumentativa: ser racional, homo noumenon, personalidade, fim em si mesmo, moralidade, autonomia e liberdade.”

²³ “A ampliação do sentido de dignidade empreendida por Cícero – de posição de certos indivíduos em determinadas sociedades a lugar ocupado pelos seres humanos na ordem maior da realidade – é retomada na Renascença, com maior notoriedade na oração de Pico della Mirandola conhecida como *De Dignitate Hominis*. (Digo ‘conhecida como’ porque o título – como hoje está comprovado – foi dado à obra somente após a morte de Pico). Em sua oração, Pico promove uma descrição da natureza humana que, sob muitos aspectos, seria seminal para o autoconhecimento dos seres humanos no mundo moderno. A singularidade do homem, declara ele, reside precisamente no fato de não se limitarem os seres humanos a preencher um papel predeterminado; ao contrário, o homem escolhe seu próprio destino, porquanto Deus lhe deu a capacidade de moldar-se a si mesmo de acordo como uma série de possibilidades não disponíveis a outras criaturas. A oração de Pico parece abrir um caminho relativamente claro para o uso da dignidade que encontramos nos documentos modernos sobre direitos humanos. ‘Dignidade’ deixa de denotar o status elevado de algumas pessoas de uma sociedade em particular para tornar-se um atributo dos seres humanos em geral, ligado estreitamente à sua capacidade de autodeterminação” (ROSEN, 2015, p. 34).

Para Kant, a definição de dignidade integra racionalidade, autonomia e liberdade.²⁴

Com essa definição Kantiana, já entramos na abordagem de liberdade. Como destacado, segundo Torres (2009), liberdade e dignidade humana são valor e princípio, respectivamente, extremamente relevantes no contexto do mínimo existencial.

Muito haveria para refletir sobre dignidade e liberdade. Tentar abordar toda a dimensão desses conceitos é tarefa improvável.

Para Maurer (In: SARLET, 2013, p. 132), o conceito de liberdade une e separa, ao mesmo tempo, os filósofos. Mas liberdade, autonomia e dignidade formam uma trilogia inseparável, já delineada por Kant, para quem a pessoa é dotada de dignidade porque é autônoma e livre.

Nos auxiliando na compreensão dos conceitos filosóficos através dos tempos, resume Maurer (In: SARLET, 2013, p. 135) que, mesmo utilizando premissas opostas, as filosofias associam liberdade e dignidade: “O respeito à dignidade da pessoa humana traduz-se pelo respeito à liberdade humana.” E faz a diferenciação da dimensão de ambas: “A dignidade exige pois, a liberdade; mas a liberdade não é toda a dignidade.”

Voltando a Kant, se observa de suas construções filosóficas que liberdade não se resume à simples determinação da vontade, mas sim o fazer pela razão a todos aplicada, à qual chega o indivíduo pela lei moral.²⁵

Mais uma vez buscando o auxílio de Maurer (In: SARLET, 2013, p. 133) nessa compreensão:

O princípio da autonomia é fundamental em Kant para compreender a sua concepção de dignidade. Para ele, o homem é autônomo quando seus atos são estão em conformidade com a lei moral. Ora, esta é universal. O homem age de forma livre quando obedece à razão, e não à sua razão.

O estudo da teoria do mínimo existencial tem suporte na dignidade humana e na liberdade, sendo esse contexto que se pretende abordar.

²⁴ E conclui Barretto (2013, p. 73): “O conceito da liberdade é chave no pensamento kantiano e com ele se pode chegar à definição de dignidade humana. Kant considera que o homem como pertencente ao mundo inteligível somente pode considerar o exercício de sua vontade sob o signo da liberdade, independente, portanto, das causas determinantes do mundo sensível. Escreve Kant: ‘Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres *racionais* como a lei natural está na base de todos os fenômenos’. Dessa forma Kant chega à definição de dignidade como sendo o resultado de uma sequência que se inicia em considerar pessoa como ser racional para se chegar definir a pessoa como ser dotado de autonomia na liberdade. A dignidade humana para Kant consiste, assim, na faculdade que tem a pessoa de estabelecer leis universais de comportamento as quais ela própria deve submeter-se.”

²⁵ “[...] que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão autonomia, isto é, a propriedade da vontade de ser lei para si mesma? Não basta que atribuamos liberdade à nossa vontade, seja por que razão for, se não tivermos também razão suficiente para a atribuirmos a todos os seres racionais” (KANT, 2011, p. 100-102).

Como menciona Sarlet (2015, p. 126), já é pacífico que “[...] a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa [...].”

Ao tratar dos valores e princípios jurídicos da regra jurídica que é o mínimo existencial, destaca Torres (2009, p. 139) o princípio da liberdade fática, que tem uma característica incomum, por ser ao mesmo tempo um valor e um dado existencial.

Por fim, conectando mínimo existencial, dignidade e liberdade, destaca Torres (2009, p. 140-141) que o mínimo existencial inclui direitos de liberdade no que diz respeito às condições iniciais e materiais para seu exercício. “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade.”

Para tanto, cita exemplo da liberdade de expressão, que somente pode ser exercida pelo cidadão que teve assegurado o direito à educação, que é garantia integrante do mínimo existencial.

Para o exercício da liberdade, as condições para uma vida digna devem estar asseguradas.

3.3 CONTEÚDO, ÂMBITO DE PROTEÇÃO E EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O conteúdo do mínimo existencial é variável, a depender de cada sociedade e de suas necessidades. Não é, portanto, “[...] uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país” (SCAFF, 2005).

O mínimo existencial muito embora tenha uma perspectiva única, tem o seu conteúdo adaptável a cada sociedade, posto que as necessidades desta é que o definem. E mesmo dentro de uma mesma sociedade pode haver controvérsia sobre o âmbito de proteção, como veremos a seguir.

Nas palavras de Barcellos (2011, p. 247), em um Estado que “se pretende” democrático e liberal, o conteúdo do mínimo existencial:

[...] corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física - a sobrevivência e manutenção do corpo - mas também espiritual e intelectual [...].

Na sociedade brasileira, com suas peculiaridades, mencionando-se aqui as que mais se relacionam e influenciam na definição do conteúdo do mínimo existencial, que são a grande

desigualdade social e a inclusão, no âmbito constitucional, de um extenso rol de direitos sociais como integrantes dos direitos e garantias fundamentais, se apresenta ainda mais complexo delimitar os direitos essenciais para uma existência digna e sua dimensão.

As promessas e as esperanças surgidas com a “Constituição Cidadã” (como denominada por Ulisses Guimarães) foram muitas. A população de miseráveis é grande, demandando maior atuação estatal na implementação e efetivação dos direitos essenciais.

A controvérsia na doutrina brasileira a respeito do conteúdo do mínimo existencial é marcante.

Muito embora haja concordância no sentido de que as garantias do mínimo existencial não se restringem à sobrevivência física (a um mínimo vital), abarcando também, condições socioculturais que asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social, não há consenso na doutrina sobre os direitos que integram rol atinente a esse mínimo existencial e nem mesmo sobre a amplitude desses direitos.

Dois direitos, que são saúde e educação fundamental, têm aceitação geral como plenamente inseridos no contexto do mínimo existencial.

Como exemplo de indefinição da amplitude de algumas garantias, encontra-se o direito à educação, que muito embora amplamente reconhecido pelos juristas consultados no curso do presente estudo como parte do mínimo existencial, alguns entendem que apenas o ensino fundamental é essencial para assegurar a vida digna e outros consideram a garantia a demais níveis de ensino.

Na visão de Torres (2009, p. 241-243), o precursor nos estudos da teoria, os direitos integrantes do mínimo existencial são aqueles das esferas dos *status negativus* e *positivus libertatis*, ambas pertinentes à liberdade.

A atuação do Estado, ao assegurar condições mínimas para uma existência digna aos necessitados, pode ocorrer em um contexto negativo, que representa uma posição de defesa do indivíduo para que não lhe sejam retirados direitos e, no aspecto positivo, no qual compete ao Estado prover o indivíduo com determinadas prestações materiais.

No campo do mínimo existencial o *status negativus* se dá pelas imunidades fiscais, que em algumas culturas jurídicas se apresenta na forma de isenções. Essas imunidades, que se traduzem em uma proteção negativa, ou seja, direito de não incidência de tributos, consoante referido Autor, podem ser implícitas ou explícitas. “Os direitos fundamentais de *status negativus*, carecem da proteção estatal positiva” (TORRES, 2009, p. 241).

Como imunidades explícitas no texto constitucional, Torres menciona a dispensa de custas processuais, emolumentos e taxas para obtenção de certidões para os hipossuficientes

(CF, art. 5º, incisos XXXIV, LXXIII, LXXII); as imunidades das instituições de educação e de assistência social quanto a impostos, contribuição previdenciária (CF, art. 150, VI, “c” e art. 195, § 7º); a imunidade do imposto territorial rural sobre pequenas glebas (CF, art. 153, § 4º, II); o direito ao atendimento pelo sistema público de saúde pelo SUS (Lei 6.080/90); a gratuidade do ensino público (CF, art. 206, IV); e assistência social (CF, art. 203).

No *status positivus libertatis*, estão as garantias do mínimo existencial que exigem prestações, uma atuação positiva do Estado para assegurar as liberdades, através dos serviços públicos. Para Torres (2009) integram essa posição os direitos à seguridade social, que abrange saúde, à previdência social e à assistência social (CF, art. 165, º 5º, inciso III); à educação (CF, arts. 205, 206 e 208); à moradia (CF, art. 6º); e à assistência jurídica (CF, art. 5º, inciso LXXIV).

Algumas garantias estão contidos dentro dos dois *status*, na medida em que podem se dar nas atuações positiva e negativa do Estado, sendo um exemplo o direito à assistência jurídica às pessoas carentes, conferida na esfera negativa pela imunidade tributária e na esfera positiva pela assistência pela Defensoria Pública.

Ou seja, Torres (2009, p. 274) tem uma visão de que o direito a um mínimo existencial garante ao cidadão prestações mínimas que não se confundem com os Direitos Sociais em geral. Para o Autor, a interpretação do mínimo existencial deve procurar o equilíbrio entre os direitos fundamentais e os sociais, para que nem direitos econômicos e sociais e nem direitos humanos sejam enfraquecidos. Sua crítica se concentra na inclusão de direitos sociais, mesmo que não fundamentais, no rol daqueles integrantes do mínimo existencial, muitas vezes pela utilização apenas do “critério topográfico”.

Torres (2009, p. 43-54) relaciona as três principais teses em torno das relações entre direitos fundamentais e direitos sociais: da simbiose entre ambos/ou do primado dos direitos sociais; da indivisibilidade dos direitos humanos, que abrangeria os direitos fundamentais e os sociais; e da redução jusfundamentalista dos direitos sociais ao mínimo existencial.

A primeira tese, do primado dos direitos sociais, defendida pelos socialistas e pelos socialdemocratas, esteve em voga na década de 70 do século passado e caiu em desuso. Se sustentava nas afirmações de que os direitos sociais são fundamentais sociais; são plenamente justificáveis e interpretados de acordo com os princípios aplicáveis à interpretação constitucional.

A segunda tese, da indivisibilidade dos direitos humanos, que considera os direitos sociais como extensão dos direitos da liberdade ou de uma geração especial mas com as

mesmas características dos direitos de 1ª geração, segundo o Autor, chega à utopia e gera impasse para obtenção da eficácia almejada.

Por fim, a terceira tese é adotada por Torres (2009, p. 53):

A saída para a afirmação dos direitos sociais tem sido, nas últimas décadas: a) a redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade; b) a otimização da parte que sobrepõe os mínimos sociais na via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania. O equilíbrio entre os dois aspectos – de liberdade e de justiça – passa pela maximização do mínimo existencial e pela minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade.

Interessa-nos aqui o exame do mínimo existencial, que se inclui no rol dos direitos fundamentais, protege contra as constringências do Estado e de terceiros, carece de prestações positivas e é plenamente garantido pela jurisdição independentemente da reserva orçamentária, pois goza também de garantias institucionais. Insista-se em que o mínimo existencial pode exibir o *status negativus*, que impede generalizadamente a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos, e o *status positivus libertatis*, que postula a entrega de prestações estatais positivas a quem se encontra abaixo de certo nível de pobreza.

Dessa forma, no que diz respeito aos direitos sociais (*status positivus socialis*), Torres (2009, p. 80-81) os posiciona dentre aqueles que não são obrigatórios, por não se constituírem em direito público subjetivo; por derivarem da ideia de justiça e não de liberdades; por estarem sujeitos à “reserva do possível”, condicionados à verificação da situação econômica do Estado. Concluindo, admite a fundamentalidade dos direitos sociais apenas no contexto das exigências do mínimo existencial, defendendo que “os direitos sociais máximos” devem ser reivindicados pelo exercício da cidadania.²⁶

Assim é que, embora Torres (2009, p. 42) não especifique quais sejam os direitos fundamentais sociais que admite como integrantes do mínimo existencial, reconhece sua existência em uma dimensão mínima, apontando para aqueles que representam riscos à existência: “Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade.”

A posição de Torres não é acompanhada por Bitencourt Neto, Sarlet e Zockun. Barcellos com ela concorda em parte, distinguindo-se quanto aos pressupostos.

²⁶ “Em síntese, a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais sobre os direitos de liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima” (TORRES, 2009, p. 80-81).

Sarlet e Zockun (2016) lançam o maior leque de direitos como integrantes do mínimo existencial, mencionando, de forma não exaustiva, saúde, moradia, educação, alimentação, renda mínima, serviços básicos de saneamento, transporte, energia elétrica e fornecimento de água e ainda, direitos essenciais inerentes ao trabalho.²⁷

Para Sarlet (2015, p. 138-139), há um consenso na doutrina, que se embasa nas lições de Alexy e Canotilho, pela:

[...] plena justiciabilidade da dimensão negativa (defensiva) dos direitos sociais em geral e da possibilidade de se exigir em Juízo pelo menos a satisfação daquelas prestações vinculadas ao mínimo existencial, de tal sorte que também nesta esfera a dignidade da pessoa humana (notadamente quando conectada com o direito à vida) assuma a condição de metacrítério para as soluções tomadas no caso concreto, o que, de resto, acabou sendo objeto de conhecimento pelo nosso Supremo Tribunal Federal em diversas searas, destacando-se os direitos à saúde, à educação, mas também no caso de assistência e da previdência social, bem como na esfera da proteção do ambiente.

Barcellos (2011) apresenta rol reduzido, concentrando os direitos integrantes do mínimo existencial em educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça.

Bittencourt Neto (2010) relaciona direitos à alimentação, moradia, ensino fundamental, saúde básica, vestuário e acesso à justiça.

Importante mencionar as considerações de Scaff (2005), que em contraponto à doutrina de Torres (mas sem a pretensão de invalidá-la) e se amparando nas razões de Alexy, indica os pontos de contato entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais nos países periféricos, afirmando que nesses países:

[...] onde a situação socioeconômica acarreta amplas desigualdades sociais, como déficits de condição econômica para grande parte da população, há de haver estreita vinculação entre a teoria do mínimo existencial (*status positivus libertatis*) e os direitos fundamentais sociais.

Para tanto, Scaff (2005) inverte a ordem de prioridades estabelecida por Torres, apontando que a garantia de alguns direitos sociais são determinantes para o exercício das liberdades.

²⁷ Sarlet e Zockun (2016) se posicionam no sentido de que: “[...] o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Nesse sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável.”

Consoante já ressaltado, o mínimo existencial, muito embora de conceito e fundamentos únicos, assume conteúdo e dimensão em conformidade com cada sociedade e suas necessidades.

Segundo Scaff (2005), quanto melhores as condições econômicas de um País, mais abrangentes serão as garantias propiciadas à população. E paradoxalmente, quanto maiores as deficiências e a desigualdade social de um País, mais numerosas serão as necessidades de obtenção de direitos fundamentais sociais, para possibilitar o exercício das liberdades jurídicas. Nesses países o conceito de mínimo existencial deve ser ampliado, para que a liberdade possa ser exercida.²⁸

Assim, em nossa ordem jurídica e social, a teoria do mínimo existencial demanda maiores definições sobre sua abrangência e conteúdo. A deliberação a esse respeito se apresenta de grande importância não só para fins de cumprimento de garantias constitucionais (muitas delas não efetivadas) e possibilitar maior segurança e confiança, como também para melhor direcionamento de orçamento e elaboração de políticas públicas, cumprindo, assim, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de assegurar uma sociedade justa, solidária e igualitária (art. 3º da CF).

Concordando com Sarlet e Zockun (2016), muito embora pareça ser impossível estabelecer um rol de direitos e o núcleo essencial desses direitos que integram o mínimo social em nossa ordem social, pode-se empreender esforços para relacionar direitos já consagrados dentro desse contexto.²⁹

3.4 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A VEDAÇÃO DE RETROCESSO

²⁸ “Nesse sentido, é imperioso notar que o conceito de mínimo existencial ancorado no primado da liberdade, deve possuir maior amplitude naqueles países que se encontram na periferia do capitalismo. Afinal, só pode exercer com plenitude a liberdade, mesmo no âmbito do mínimo existencial, quem possuir capacidade para exercê-la. E para que seja possível este exercício de liberdade jurídica é necessário assegurar a liberdade real (Alexy), ou a possibilidade de exercer suas capacidades (Amartya), através de direitos fundamentais sociais” (SCAFF, 2005).

²⁹ “Por derradeiro, situando-nos, ainda, na esfera da compreensão da fundamentação jurídico-constitucional e do conteúdo de um direito (garantia) ao mínimo existencial, importa sublinhar a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas (direitos subjetivos) negativos e positivos correspondentes ao mínimo existencial, o que evidentemente não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluírem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial, lembrando que no caso brasileiro os direitos sociais, ainda mais considerando a inserção dos direitos à moradia, à alimentação e ao transporte, em termos gerais cobrem os aspectos usualmente reconduzidos a um mínimo existencial, o que, mais uma vez, comprova que a noção de mínimo existencial exige um tratamento diferenciado de lugar para lugar, especialmente quando se trata de ordens constitucionais com ou sem direitos fundamentais sociais” (SARLET; ZOCKUN, 2016).

A construção do direito tem como um de seus propósitos o estabelecimento de segurança através de um conjunto de normas que possa tornar a vida em sociedade possível dentro do respeito uns aos outros e igualdade de tratamento, com um mínimo de estabilidade nas relações jurídicas.

O estabelecimento dessa segurança, por sua vez, envolve regras e princípios, para guiar os Poderes Executivo e Legislativo nas suas ações.

Como ressalta Sarlet (2005, p. 2), muito embora a mutabilidade seja o estado normal das coisas, um Estado de Direito deve manter um mínimo de invariabilidade em suas diretrizes jurídicas, para que tudo possa funcionar de forma eficaz, para que possa haver uma coordenação no agir.

Falar de vedação ou proibição de retrocesso exige a compreensão da abrangência do conceito de segurança jurídica e esta, por sua vez, somente se faz diante de eficácia e efetividade e da confiança.

Nas palavras de Sarlet (2005, p. 2), “[...] para o cidadão, a possibilidade de confiar na eficácia e, acima de tudo, na efetividade dos direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica já integra, de certo modo, um direito à segurança.”

No âmbito internacional, sem uma pesquisa aprofundada, pode-se dizer que as Constituições registram um direito geral à segurança, mas não trazem referência específica e expressa sobre a extensão ou âmbito desse direito à segurança, já que pode envolver várias faces, como direito à segurança jurídica, segurança social, segurança pessoal, segurança pública, apenas para citar alguns exemplos.

Pactos Internacionais, para além de uma referência expressa geral, reconhecem o direito à segurança jurídica, em especial na esfera penal, destacando-se o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.³⁰

Sarlet (2005, p. 4) assegura que o direito à segurança jurídica é um direito fundamental dentro de um autêntico Estado de Direito, tendo assumido na doutrina “[...] status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.” E assim prossegue: “[...] para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.”

³⁰ “Artigo 11 da Declaração da ONU: 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso” (DUDH, 1948).

A Constituição Brasileira contempla o direito à segurança jurídica em vários dispositivos, muito embora essa expressão não tenha sido mencionada.

O art. 5º, no *caput*, assegura a todos o direito à segurança (de forma geral). Vários incisos desse artigo se referem a direitos correspondentes à segurança jurídica, sendo mencionadas neste momento as garantias: de ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (II); do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (XXXVI); da ampla defesa e do contraditório (LV), apenas para mencionar alguns, posto que várias são as garantias de segurança jurídica na ordem constitucional brasileira.

Segurança jurídica no nosso ordenamento jurídico é princípio e direito fundamental.

Essa introdução é feita posto que, no âmbito da proibição de retrocesso, além de ser de extrema relevância a noção de dignidade humana em sua interligação com o mínimo existencial, assumem destaque os significados de segurança jurídica e proteção da confiança (SARLET, 2005, p. 22).

A dignidade humana está entrelaçada à segurança jurídica. A última garante aquela, diante da confiança nas Instituições, no Estado e no Direito.

O princípio da vedação de retrocesso, por sua vez, se alimenta e é alimentado pelos princípios da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos.

Uma forte referência de proibição de regressividade encontra-se no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) no estabelecimento do compromisso de progressividade, constante do artigo 2.1.³¹

Nas palavras de Canotilho (2003, p. 339):

[...] o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de “direitos prestacionais de propriedade”, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada “justiça social”. [...] A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas antisociais.

³¹ Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 – “Artigo 2.º 1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos económico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas” (BRASIL, 1992).

As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o *núcleo essencial* dos direitos sociais (grifo do autor).

Em uma linguagem figurada, pode-se dizer que esse princípio é um guia para o caminhar sempre em frente e um limitador de recuos que possam causar involuções, ou perda das conquistas obtidas no âmbito do progresso humano.

Na conceituação de Courtis (2006, p. 20-21):

La prohibición de regresividad puede ser entendida, em este contexto, como una veda a las normas y medidas estatales que, por debilitar o retraer el nivel de protección otorgado, reinstauran obstáculos para la satisfacción de sus necesidades básicas, o, en términos más amplios, hacen renacer obstáculos de carácter económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas, e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos em la organización política, económica y social de un país. En este sentido, la prohibición de regresividad opera como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte de los poderes políticos, del mandato del Estado social – o bien de las cláusulas de pactos internacionales de derechos humanos que imponen al Estado obligaciones em materia social.

Existem dois âmbitos de incidência de regressividade, que podem ocorrer nas políticas públicas e nas normas jurídicas (COURTIS, 2006, p. 3-4).

Tratando de normas jurídicas, âmbito mais próximo do tema abordado, a identificação de retrocesso se faz comparando a nova norma com a anterior, avaliando se a modificação, supressão ou substituição, retira, limita ou restringe direitos ou benefícios já concedidos (COURTIS, 2006, p. 4).

Esse princípio se aplica não só aos direitos sociais, como a todos os direitos fundamentais, sendo incontestável que a garantia do acesso à justiça, na forma instituída na CF/88, está abarcada pela proteção de proibição de retrocesso (CF, art. 60, inciso IV, do § 4º).

No entanto, é na esfera social que ocorre grande parte das celeumas quanto a retrocesso, razão pela qual mais enfoque se dá a esse âmbito.

Envolve também, a vedação de retrocesso, todas as esferas de atuação do Estado, ou seja, as vias administrativa governamental, judiciária e legislativa.

Além dos fundamentos já expostos, nos quais se sustenta a proibição de retrocesso, Courtis (2006, p. 22-37) indica alguns elementos para aplicação do princípio. O primeiro é a razoabilidade, além da racionalidade, no sentido de que novas regulamentações não podem piorar situação propiciada pelas regras vigentes. A seguir, aponta a inversão do ônus probatório que passa a ser do Estado, assumindo o encargo de comprovar a estrita necessidade da nova medida adotada com demonstração: “a) la existencia de un interés estatal calificado;

b) el carácter imperioso de la medida y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho em cuestión.” A esse respeito, menciona até mesmo a presunção de invalidade das medidas regressivas.

Ainda cuidando dos elementos disponíveis para se aplicar a vedação de retrocesso discorre Courtis (2006, p. 42) sobre os critérios para identificar a regressividade de uma norma em matéria de direito social. Aponta a adoção do critério comparativo, verificando-se se a norma questionada é menos favorável que a norma anterior, podendo recorrer, por analogia com diretrizes utilizadas no direito laboral, consistentes na norma mais favorável ao trabalhador e, em caso de conflito de textos normativos diversos, sugere que o intérprete se socorra das teorias do conglobamento (olha o corpo normativo como um todo) e da acumulação.

Feitas essas considerações, é importante destacar o consenso na doutrina de que o princípio de vedação de retrocesso não pode ser aplicado de forma absoluta ou ser inflexível diante de vários fatores, podendo ser mencionados, de forma não exaustiva: superveniência de crise econômica; problemas de arrecadação de recursos; eventual e impróprio engessamento da atuação legislativa.

Algumas mudanças exigidas por necessidade da sociedade não podem ser ignoradas, sob pena de também ofenderem a segurança jurídica.

Mas ao mesmo tempo em que é destacada pelos doutrinadores a necessidade de flexibilidade na aplicação do princípio da vedação de retrocesso, para possibilitar um agir do Legislativo de acordo com as mudanças, complexidade e necessidades da sociedade, duas contrapartidas são estabelecidas: a primeira, consiste no dever de não deixar instalar uma inefetividade do direito social por motivo de vácuo normativo que inviabilize o seu exercício, em outras palavras, o legislador tem o dever de regulamentar os direitos sociais, tornando possível a concretização da prestação; e a segunda, a movimentação do legislador deve visar a promoção do progresso social, sendo vedada a abolição arbitrária, sem fundamento ou sem compensação respectiva, de conquistas estabelecidas (SARLET, 2009, p. 136).³²

³² Ainda sobre flexibilidade de normas x vedação de retrocesso, as considerações de Bitencourt Neto (2010, p. 162-163): “Ao regime de progressividade corresponde também a vedação de retrocesso desproporcional na efetivação dos direitos sociais. As dimensões de eficácia dos direitos fundamentais que dependem de intervenção legislativa, em especial as posições ativas prestacionais que decorrem dos direitos sociais, uma vez viabilizadas pelo legislador, não podem ser objeto de nova intervenção que signifique desproporcional restrição ou restituição da omissão legislativa inconstitucional. É o que se costuma chamar de proibição de retrocesso social arbitrário, que, se não significa absoluta vedação de marcha atrás ou de modificação da regulação legislativa do direito fundamental, proíbe seja reinstalado o vazio normativo que inviabilize o exercício de dimensões de eficácia do direito social.”

Canotilho (2003, p. 339-340) orienta sobre as diretrizes para aplicação do princípio, de forma a não radicalizar ou flexibilizar em demasia. A resposta está na atenção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o que é reforçado por Sarlet (2005, p. 19).

Exatamente nesse contexto encontra-se o equilíbrio para aplicação do princípio da vedação de retrocesso social, ou seja, na preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, em conjugação com a solução mais atenta à proteção da dignidade humana (SARLET, 2005, p. 20).

Pode-se acrescentar que essa flexibilidade do legislador na alteração, supressão ou redução de direitos sociais está sujeita não só à manutenção do núcleo essencial desses direitos, como também a uma justificação consistente e/ou compensação de garantias (SARLET, 2005, p. 20).

Em linhas gerais, o que se pretende demonstrar é que, no âmbito do mínimo existencial, as normas devem se revestir de proteção e segurança, não só no sentido de serem positivadas e efetivadas, mas também de serem resguardadas de nefastas supressões.

Ao longo das exposições feitas nesse trabalho, é impossível não notar como os princípios se entrelaçam, sendo a dignidade da pessoa humana invocada em vários momentos, posto que é o próprio centro e objeto das garantias mínimas, ou seja, daquelas que propiciam uma existência saudável, e, portanto, o núcleo duro sobre o qual não se deve admitir supressão ou retrocesso.

3.5 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

A expressão “reserva do possível”, foi cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão na histórica decisão - BVERFG 33, 303 (NUMERUS CLAUSUS), de julho de 1972, que trata da regulamentação de admissão de estudantes no ensino superior, mais precisamente no curso de Medicina, em determinadas localidades, em razão do limitado número de vagas.

Restou decidido naquele julgado que o direito subjetivo do cidadão é o de ter assegurada uma vaga no sistema de ensino considerando os critérios de isonomia já estabelecidos, bem como o dever do Estado de atuar no aumento do número de vagas, observando a demanda do setor.

O Tribunal Alemão avaliou sob vários ângulos a solicitação de candidatos habilitados de ampliação do número de vagas nas Universidades, considerando: o princípio geral da igualdade e o princípio do Estado Social do direito de cada candidato de admissão no ensino superior; as limitações absolutas de admissão diante do exaurimento da capacidade total do

ensino; o direito à livre escolha do local de formação, desde que comprovada pelo candidato a qualificação necessária para o curso pretendido; a atenta atuação do Estado no sentido de providenciar expansão do número de vagas no sistema de ensino dentro de prazo razoável para tanto.

A expressão “reserva do possível”, nos fundamentos da referida decisão, vem seguida do sentido em que foi empregada, ou seja, “de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.”³³

Analisando o tema, Torres (2009, p. 105-106) elucida que “reserva do possível” não é um princípio jurídico e não é limite dos limites, sendo um método aplicável no direito alemão aos direitos sociais, que não são abarcados pelos direitos fundamentais. Na sua compreensão, os direitos sociais, para serem implementados, estão sujeitos à reserva do possível, ou seja, “[...] depende de reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho das despesas por parte da Administração.” E a reserva do possível não se aplica às garantias integrantes do mínimo existencial, ou seja, àquelas relativas à liberdade, nos seus *status positivus e negativus*.

33 Transcrição do trecho da decisão na qual surge a expressão, com negrito ora lançado: “Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a **reserva do possível**, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros. Junto a tais decisões, os órgãos estatais competentes deverão se orientar, de um lado, pelas reconhecíveis tendências de demanda por vagas no ensino superior, pois uma orientação exclusiva por investigações de necessidade, de qualquer forma difíceis de serem realizadas, poderia provocar direcionamento profissional e exame de necessidade não permitidos, e na qual restaria reduzido o significado da livre autodeterminação enquanto elemento constitutivo de um ordenamento de liberdade. Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social. Como o Tribunal Constitucional Federal repetidas vezes enfatizou em relação ao direito fundamental da liberdade geral de ação [...], a Grundgesetz decidiu a tensão indivíduo-coletividade na acepção de dependência da e vinculação com a coletividade da pessoa (*Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit*); o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. Não se pode, portanto, proibir ao legislador que ele também se oriente pela necessidade urgente de pessoal nas diferentes profissões, contanto que não seja possível cobrir demanda individual e necessidade social geral por meio da orientação estudantil [oferecida a estudantes e candidatos nas universidades]” (SCHWABE, 2005, p. 663-664).

Essa não é a interpretação de Sarlet e Figueiredo (2008), que entendem aplicável a reserva do possível também em face de direitos fundamentais.

Dos fundamentos constantes da decisão *numerus clausus*, pode-se extrair que reserva do possível, na forma delineada pelo direito alemão, é limite aplicável para a concessão de direitos sociais, sob a análise de três vertentes: i) a primeira, com uma avaliação do lado fático (dimensão fática) quanto à disponibilidade de recursos; ii) a segunda, a dimensão jurídica, que avalia a distribuição de recursos diante das várias necessidades; iii) e a terceira, focando na proporcionalidade e razoabilidade da pretensão, no sentido de se averiguar o que é razoável o indivíduo exigir da sociedade.

Para Torres (2009, p. 109-110) houve total “desinterpretação” da reserva do possível no Brasil, que a compreende unicamente como disponibilidade financeira’ e em extrapolação, por aplicação também em direitos fundamentais, feita não só por doutrinadores como pelo Supremo Tribunal Federal, citando decisão do Ministro Celso de Mello proferida na Ação Declaratória de Preceito Fundamental nº 45.³⁴

Referida concepção, na compreensão do Autor, enfraquece os direitos fundamentais, na medida em que tanto a doutrina quanto o Judiciário, passaram a sujeitá-los a essa condição.

Entendimento mais próximo do que é esposto por Torres consta da fundamentação do Recurso Especial nº 1.185.474 – SC, que teve como Relator o Ministro Humberto Martins, privilegiando os direitos fundamentais e a não invocação em face deles, da reserva do possível.³⁵

34 Para Torres (2009, p. 108-110): “O Supremo Tribunal Federal, em despacho do Min. Celso de Mello, proferido em caráter doutrinário, pois a ação declaratória de preceito fundamental já estava prejudicada, confundiu direitos sociais com os fundamentais, deu à reserva do possível interpretação extensiva e abrangente, para torná-la suscetível de aplicação pelo Judiciário, e abusou da imprecisão terminológica, utilizando a expressão ‘disponibilidade financeira’ para suprir assim a falta de verba orçamentária como a de dinheiro.”

35 Transcrição de parte da fundamentação da referida decisão: “DA RESERVA DO POSSÍVEL - De início, é de se deixar claro que a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. Tanto é assim que a doutrina e jurisprudência germânica, conscientes da existência de limitações financeiras, elaboraram a teoria da ‘reserva do possível’ (*Der Vorbehalt des Möglichen*), segundo a qual os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado. Na verdade, a tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est [...]*). Não se pode exigir da ação humana a feitura de algo impossível. O problema central é que as limitações orçamentárias vão de encontro à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente aqueles que, em regra, realizam-se com a implementação de prestações positivas pelo Estado. É justamente nesse ponto, da efetividade, que surge o principal desafio em matéria de direitos sociais, pois, sendo eminentemente prestacionais, demandam um conjunto de medidas positivas por parte do Poder Público, e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral. Assim, é necessário buscar uma conciliação entre a existência de limitações fáticas e a imperiosidade de efetivação dos direitos fundamentais. Por esse motivo, é necessário analisar o que seja a reserva do possível, qual o seu alcance e em que condições a tese pode ser alegada. Nesta tarefa, recorro-me ao direito germânico para constatar que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao buscar desenvolver a noção da ‘reserva do possível’, firmou o entendimento de que esta apresenta, pelo menos, uma dimensão triplíce: a) uma dimensão fática, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) uma dimensão jurídica, que

Há que se ressaltar também, que reserva do possível, no foco apenas de disponibilidade financeira, passou a ser argumento utilizado genericamente em defesas de entes públicos, recebendo provimento jurisdicional no sentido de que referida alegação deve ser acompanhada de provas.³⁶

Na Alemanha, reserva do possível está mais ligada a ponderação, ao passo que no Brasil, seus contornos restaram estabelecidos pela disponibilidade financeira.

guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias; e c) por fim, na perspectiva de um eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação, ou seja, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Feitas essas considerações, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez, que deve ser analisada com mais proficuidade. A escassez é ‘sinônimo’ de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

DA PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - A pergunta que se deve fazer neste momento é: o administrador público possui, em todos os casos, carta branca para escolher as prioridades, ou seja, para decidir quais valores serão contemplados e, conseqüentemente, quais serão postergados em face da escassez dos recursos públicos? Tal pergunta deve ser respondida com cautela. A regra é que, por atribuição constitucional, cabe ao Poder Executivo definir os programas de governo que serão tratados com prioridade; boa parte deles, referendados pela vontade manifestada nas urnas. Todavia, há um núcleo de direitos que não pode, em hipótese alguma, ser preterido, pois constitui o objetivo e fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito. O termo ‘em hipótese alguma’ frisa que nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Explica-se. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da ‘democracia’ para extinguir a Democracia. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. A não priorização de direitos essenciais implica o destrato da vida humana como um fim em si mesmo, ofende, às claras, o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal reforça esse entendimento ao declarar, em seu art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, a Carta Cidadã de 1988 escolhe, ela própria, algumas prioridades que devem ser respeitadas pelo Poder Constituído. Assim, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana, dentre os quais os relacionados às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais como a educação e a saúde, não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

DO MÍNIMO EXISTENCIAL - A argumentação até aqui apresentada expõe a existência de duas questões que precisam ser conciliadas. De um lado, tem-se o real problema da ausência de recursos orçamentário; do outro, a necessidade de realização dos Direitos Fundamentais. Entrincheirado nesse imbróglio, o Tribunal Constitucional Federal Alemão desenvolveu a tese do ‘mínimo existencial’, segundo a qual, a impossibilidade de concretização de todos os direitos sociais não impede que as pessoas possam pleitear, no mínimo, o acesso a condições mínimas para uma vida digna. A tese não deixa de ser uma decorrência do reconhecimento da reserva do possível. Por não haver recursos para tudo, é que se deve garantir, ao menos, o suficiente para que se possa viver com dignidade. Esse mínimo existencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade do Poder Público. Somente depois de atendido é que se abre a possibilidade para a efetivação de outros gastos, não entendidos, num juízo de razoabilidade, como essenciais. Por esse motivo, pelo menos a priori, a teoria da reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial. Esse foi o entendimento adotado por esta Turma no julgamento do REsp 1.041.197/MS, de minha relatoria, cuja ementa se transcreve: ‘ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS –

Na forma criada, segundo Torres (2009, p. 105), reserva do possível não se aplica às garantias integrantes do Mínimo Existencial, até mesmo porque ao legislador não é conferida discricionariedade administrativa quando se trata de direitos dessa grandeza.

Não obstante os princípios básicos do mínimo existencial integrem a cultura jurídica ocidental, sendo a dignidade humana, igualdade e liberdade valores de alta relevância para o Brasil, a aplicação da teoria sofre alterações em cada sociedade. Já foi ressaltado no subtítulo anterior, há divergências entre os doutrinadores brasileiros sobre os direitos integrantes do mínimo existencial.

DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional. 2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico. 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.’ (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.8.2009, DJe 16.9.2009, grifei.) Feitas essas considerações, analisa-se, no caso concreto, o direito objeto do litígio está incluído no rol daqueles cuja observância é imprescindível para a existência digna. Antes, mais uma consideração. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. Não deixar alguém morrer de fome é, certamente, o primeiro passo, mas não é, nem de longe, o suficiente para fazê-lo viver com dignidade. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também Documento: 964063 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 29/04/2010 Página 1 5 de 22 Superior Tribunal de Justiça as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na ‘vida social.’ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9277920&num_registro=20100486284&data=20100429&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 10 nov. 2018

36 Esse posicionamento consta da decisão acima, da Relatoria do Min. Humberto Martins do STJ e também em decisões do Min. Celso de Mello.

Talvez até mesmo em consequência dessas divergências, há também discordância (tanto na doutrina quanto na jurisprudência) da forma de aplicação da reserva do possível, ora estendendo-a a direitos fundamentais (por incluir por vezes os direitos sociais como integrantes do mínimo existencial), ora compreendendo essa reserva apenas no aspecto de disponibilidade financeira.

Tratando da garantia do acesso à justiça como integrante do mínimo para uma existência digna, a conclusão que se adota é de que não está sujeita à reserva do possível, seja porque direito fundamental (que diz respeito às liberdades); seja porque seu alcance não se dá apenas a indivíduos isolados, envolvendo regras que se aplicam àqueles que não dispõem de condições para arcar com despesas do processo, como definido legalmente.

4 O ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA INTEGRANTE DO MÍNIMO EXISTENCIAL

No texto constitucional o acesso à justiça está assegurado no art. 5º, incisos XXXIV e XXXV, no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais e Capítulo I, dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Trata-se de garantia constitucional, não havendo discussão quanto ao seu pertencimento à categoria dos direitos fundamentais.

A vinculação do nosso ordenamento jurídico à teoria do mínimo existencial está evidenciada, primeiramente, nos compromissos elencados no preâmbulo da Constituição, nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e liberdade nela expressos, bem como nos objetivos de erradicação da pobreza e redução de desigualdades.

Muitos outros dispositivos já citados refletem essa conformidade com as garantias mínimas, como o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza e as disposições sobre Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), contidas no art. 165 da CF, apenas para mencionar algumas.

No contexto do mínimo existencial o acesso à justiça ganha especial relevância, a se considerar que é instrumento valioso para a garantia de direitos. Trata-se de direito fundamental que obteve grande amparo constitucional, estando assegurado de forma ampla, dado a sua importância muito bem vislumbrada pelo legislador Constituinte.

Em artigo analisando os vínculos entre acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde, Ventura et al. (2010) ressalta a essencialidade de o Estado democrático propiciar condições para reivindicação de direitos pela via judicial, nos casos de lesão ou ameaça, e a imprescindibilidade da concessão da justiça gratuita para os necessitados, por representar a “própria viabilidade” do exercício do direito violado.³⁷

Na fundamentação do Min. Celso de Mello, constante do voto do acórdão da ADPF 45-9, o pleno acesso à justiça representa “o direito a ter direito”.

De acordo com Greco (2012, p. 3), “A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria também um direito fundamental, cuja ampla eficácia é preciso assegurar.”

Muito embora quando se fala de mínimo existencial a primeira vinculação que surge seja dos direitos a uma renda mínima para sobrevivência, atendimento à saúde e educação

³⁷ “Assim, a assistência jurídica gratuita oferecida pelas Defensorias Públicas dos estados constitui, tal qual o direito à saúde, um direito fundamental do cidadão e um dever do Estado previstos constitucionalmente, e representa uma das conquistas no acesso da população ao Judiciário” (VENTURA et al., 2010).

fundamental, não se pode desconsiderar que o acesso à justiça é o meio pelo qual esses direitos podem ser obtidos ou efetivados.

Cappelletti e Garth (1988, p. 12) asseveram:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Nessa mesma linha, se posiciona Pinho (2017): “Através da ‘ordem jurídica justa’, é que os indivíduos podem obter todos os demais direitos fundamentais.”³⁸

O acesso à justiça torna efetivos e reais os preceitos de igualdade e liberdade integrantes do mínimo existencial. É instrumento assegurado da dignidade.

Nas palavras de Moraes (In: GRINOVER et al., 1988, p. 241), “O processo existe, fundamentalmente, como instrumento de liberdade e de defesa dos direitos essenciais do homem.”

A positivação dos direitos não é suficiente para sua efetivação, sendo necessário um meio coercitivo para a concretização. Assim, os direitos integrantes do mínimo existencial reclamam outro para que não se tornem letra morta, sendo esse direito o acesso à justiça, garantia imprescindível, que deve ser assegurado pelo Estado.

Pode-se afirmar que mínimo existencial, acesso à justiça e direitos fundamentais são peças centrais de um quebra cabeças, elementos que se encaixam e se retroalimentam, ou seja, o acesso à justiça é uma das formas de se assegurar o mínimo existencial, integrado por direitos fundamentais, sendo que o próprio acesso é também um direito fundamental.

Bitencourt Neto (2010, p. 133) explicita de forma clara a posição do acesso à justiça no contexto do mínimo existencial:

[...] falhando o dever de prevenção, ou, dito de outro modo, violando o Estado o dever de assegurar meios para que todos tenham um mínimo de recursos para que a dignidade e cada um não seja desrespeitada, tem o indivíduo o direito de investir judicialmente contra o Poder Público – pelos meios previstos no sistema processual vigente, ou pelo uso de qualquer deles por analogia, já que o acesso à Justiça é parte relevante do direito ao mínimo para uma existência digna. Tal direito de demandar judicialmente o Estado nascerá quando, por algum motivo – falta de alimento, moradia, ensino básico, algum problema de saúde, entre outros – a dignidade da existência esteja em risco de não merecer o respeito a ela devido.

³⁸ “Portanto, sendo o mais básico dos direitos humanos, parece inegável que a contemporaneidade assume o compromisso de caminhar rumo à efetivação deste direito, proporcionando a todos, como os recorda Bedaque, ‘o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado’” (PINHO, 2017).

As poucas diretrizes traçadas para definição do núcleo dos direitos integrantes do mínimo existencial ou demais preocupações com carência de cientificidade da teoria em nosso ordenamento jurídico, especificamente no que diz respeito à delimitação de conteúdo e aplicabilidade, são circunstâncias que não afetam substancialmente o entendimento quanto à inclusão do acesso à justiça no referido rol.

Na medida em que a apreciação de lesão ou ameaça a direito não pode ser excluída de apreciação pelo Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), o direito que precede aos demais é, incontestavelmente, o acesso à Justiça, também assegurado constitucionalmente de forma gratuita pela assistência jurídica integral àqueles que não disponham de recursos (CF, art. 5º, LXXIV). Essa garantia não oferece maiores complicações ou surpresas orçamentárias ao se utilizar o critério de igualdade na oferta, ou seja, não se trata de algo que represente variado ou imprevisível custo a ponto de não se poder conceder a todos os que necessitem da garantia, isso se tratando apenas de custos e despesas do processo junto ao Judiciário.

A se considerar as despesas com honorários advocatícios, a dificuldade financeira deve ser suprida pela atuação da Defensoria Pública, e os embaraços seriam de ordem temporal e deficiência de pessoal frente ao volume de demandas, que podem ser analisadas diante de prioridades regularmente estabelecidas. Essa garantia não é de âmbito meramente individual, mas coletivo, já que um mesmo defensor atende a vários necessitados.

A partir desse contexto, seguem os desdobramentos.

4.1 A CONSTITUIÇÃO E A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL - AS PECULIARIDADES DO PROCESSO TRABALHISTA

Assistência jurídica integral e gratuita é garantia contida na Carta Constitucional de 1988, que abrange assistência judiciária e justiça gratuita e pode ser definida “[...] como direito fundamental ao acesso a um profissional do direito legalmente habilitado para fins de orientação sobre seus direitos e, inclusive, o patrocínio de eventual direito perante o Poder Judiciário” (CUNHA, 2016, p. 26).

Em um breve histórico sobre assistência judiciária nos remete a um passado longínquo, ao Código de Hamurabi, que estabelecia limite às cobranças dos serviços feitos para os pobres (MESSITTE, 1967). Na Roma antiga, a lei exigia do pobre em processo judiciário somente a caução que ele pudesse arcar e colocava à sua disposição um advogado, para assisti-lo. Na França esse amparo é registrado na legislação a partir do século XIII, com a

garantia de que um advogado fosse encarregado *ex-officio* da defesa de indigentes, viúvas, e dos órfãos.

As Ordenações Filipinas, promulgadas em Portugal em 1603, apenas continham disposições isentando o réu criminal pobre do pagamento de custas, até que adquirisse condições de suportá-las.

Passando para o contexto histórico brasileiro, relata Messitte (1967, p. 127-128) que as Ordenações Filipinas “[...] foram os primeiros traços do desenvolvimento da assistência judiciária no Brasil.” A disposição nela constante que isentava o réu criminal pobre de pagamento de custas até que tivesse condições para tanto, aqui entrou em vigor em 1841. Uma praxe portuguesa também passou a ser adotada, a do patrocínio de causas por advogados para os pobres que o solicitassem.

As primeiras leis brasileiras começaram a surgir a partir daquela data e algumas delas estabeleceram a isenção de custas para os que não tinham condições de pagá-las.

Nabuco de Araújo, que foi Ministro da Justiça e em 1870 Presidente do Instituto da Ordem dos Advogados, atento e preocupado com essa relevante questão, introduziu o assunto naquele instituto, propondo um programa que foi aceito e criado de “assistência judiciária aos indigentes nas causas cíveis e criminais, dando consultas e encarregando a defesa dos seus direitos a alguns membros do Conselho ou Instituto” (MESSITTE, 1967).

Segundo relatos de Messitte (1967), provenientes de sua pesquisa, Nabuco contava com o apoio dos abolicionistas, que viam na medida uma forma de amparo para os escravos a serem libertados.

Assim, a primeira Lei brasileira a dispor sobre justiça – Decreto 1.030 de 1890, autorizava o Ministro da Justiça a organizar uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres, tanto na esfera penal como na cível. Foi a consagração da assistência judiciária por um órgão governamental no Brasil (MESSITTE, 1967). Mas o primeiro serviço de assistência judiciária somente foi criado em 1897, no Rio de Janeiro (Decreto nº 2.457 de 8 de fevereiro de 1897), dispondo o patrocínio de causas para autores e réus, nas esferas cível e criminal; definindo pobreza; isentando custas, com a previsão de revogação do benefício por justo motivo em qualquer fase da ação e o direito de impugnação da condição de miserabilidade pela parte contrária mediante provas.

Esse modelo passou a ser adotado por outros Estados nos anos seguintes.

Em 1930, foi criada a Ordem dos Advogados, acontecimento que trouxe destaque para a assistência judiciária. A partir dessa organização, os advogados passaram a ter a inscrição

obrigatória, e o Regulamento editado reconheceu o dever do advogado de prestar patrocínio gratuito aos necessitados, sob pena de multa.

Nesse movimento, o primeiro regramento constitucional a respeito da concessão de assistência judiciária aos necessitados no Brasil veio em 1934, em todas as esferas processuais – penal, civil, trabalhista e militar, isentando o necessitado do pagamento de custas processuais e garantindo-lhe o patrocínio de advogado de forma gratuita.

A Constituição de 1937, no entanto, nada dispôs a esse respeito. Mas a importância dessa garantia não restou esquecida pelo Código de Processo Civil, promulgado em 1939, que conferia ao necessitado o benefício mediante postulação ao Juiz e comprovação mediante atestado de pobreza.

A Constituição democrática de 1946 restabeleceu o benefício, mas sem estabelecer a forma de sua concessão, o que levou vários estados a regulamentarem a assistência judiciária.

A Lei Federal 1.060 de 1950 consolidou as disposições legais sobre assistência judiciária, reproduzindo as normas do Código de Processo Civil de 1939. Com alterações implementadas no período de 1986 a 1989, o direito à postulação da gratuidade de justiça deixou de exigir a comprovação de atestado de pobreza, sendo suficiente simples afirmação de ausência de condições de arcar com as custas e honorários do processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o benefício, assegurando a “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

O histórico acima demonstra como a garantia é importante em nossa organização social e jurídica, tendo sido, até mesmo, tema de vanguarda no âmbito Constitucional.

Na tutela de direitos trabalhistas essa garantia é de extrema relevância, posto que salário é sustento.

Para propiciar o amplo acesso à justiça assegurado pela Constituição Federal, a legislação trabalhista contém regras próprias, garantidoras de benefícios da assistência jurídica a todos os trabalhadores sem condições de arcar com os custos respectivos (CLT, art. 790, § 3º).

Em recente alteração legislativa (Lei 13.467/2017), com vigência a partir de 11 de novembro de 2017, as regras pertinentes à justiça gratuita sofreram mudanças, envolvendo forma de concessão, critérios e abrangência desses benefícios.

O texto original da CLT – Decreto 5.452, de 1º de maio de 1943, nada mencionava a respeito de justiça gratuita. Ao contrário, determinava, no art. 789, o pagamento das custas

pelo vencido e, na hipótese de acordo, rateio pelas partes, se outra forma não fosse por elas convencionado.

A garantia da justiça gratuita encontrava-se em leis esparsas (códigos e leis estaduais). Tinha previsão na Constituição de 1934, abolida da Constituição de 1937, mas não mais deixou de constar das Constituições do País a partir de 1946.

O art. 789 da CLT foi alterado em 1946, pelo Decreto-lei nº 8.737, que introduziu o § 7º, facultando a concessão da justiça gratuita de ofício no caso de miserabilidade.³⁹

A lei específica e geral, de nº 1.060, foi editada em 1950, disciplinando as normas para concessão da justiça gratuita e fixando sua abrangência. Essa lei foi recepcionada pela CF/1988, que assegura a assistência jurídica integral e gratuita, como um dever do Estado, àqueles que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).

É importante ressaltar, o processo trabalhista sempre adotou a abrangência contida na Lei 1.060/50 quanto aos benefícios da justiça gratuita, que abarca conceitos de assistência jurídica.

Um instituto de extrema relevância previsto no art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho é o *jus postulandi*, ou seja, o ingresso em Juízo sem necessidade de um advogado, visando assegurar o acesso à justiça sem custo de verba honorária.⁴⁰

Outras disposições legais específicas do processo trabalhista, que asseguram a assistência judiciária ao trabalhador e retiram obstáculos financeiros para o acesso à justiça, estão contidas na Lei 5.584/70.⁴¹

Não obstante mantido o instituto do *jus postulandi*, cuidou o legislador de possibilitar ao empregado a assistência por advogados dos sindicatos, mesmo não se tratando de trabalhador sindicalizado, com honorários em favor do sindicato, pagos pela parte Acionada/empregador, no caso de sua sucumbência. Prevê ainda esta lei, que na ausência de sindicato na localidade, essa assistência se dê por promotores públicos ou defensoria pública.

39 “§ 7º É facultado aos presidentes dos tribunais do trabalho conceder ex-ofício o benefício da Justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou provarem o seu estado de miserabilidade.”

40 “Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

41 “Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador. § 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. § 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas. § 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado.”

Consoante disposto na Lei 7.115/83, presume-se verdadeira a declaração firmada pelo próprio interessado ou procurador com poderes específicos, destinada a fazer prova de pobreza (miserabilidade). E assim vinha sendo concebido no processo trabalhista, cabendo à outra parte demonstrar inconsistência da declaração firmada.

Algumas mudanças foram introduzidas pelo novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016 e revogou dispositivos da Lei 1.060/50, a saber: os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17.

De forma geral, as regras contidas no novo CPC não representaram retrocesso às garantias anteriormente vigentes quanto ao acesso à justiça.

Controvérsias existentes quanto à possibilidade desses benefícios se estenderem à pessoa jurídica restaram dirimidas. Muito embora a Constituição não faça alusão expressa à categoria de beneficiários, o CPC/2015 elencou nos destinatários do direito a pessoa natural ou jurídica (vide art. 98, *caput*).

No que diz respeito aos honorários de sucumbência, duas mudanças significativas foram trazidas pelo novo CPC: a indicação da natureza alimentar da verba devida ao advogado da parte vencedora da causa; e a impossibilidade de compensação desses honorários, no caso de sucumbência recíproca.

A Lei 13.467/2017, ao alterar os artigos 789 a 791 da CLT, adotou muitas das disposições contidas no CPC/2015 a respeito de despesas processuais e honorários advocatícios.

É importante ressaltar, por força do disposto no art. 769 da CLT, nos casos de omissão e quando não houver incompatibilidade, o direito processual comum é fonte subsidiária do processo trabalhista.

Assim, as regras sobre justiça gratuita que vigoram no processo trabalhista a partir de 11 de novembro de 2017, tem os seguintes contornos:

a) no art. 789, *caput*, da CLT foi introduzido um teto para o valor das custas na fase de conhecimento, antes não existente, equivalente ao quádruplo do limite máximo dos benefícios da previdência social (em 2017 o teto da previdência é de R\$ 5.531,31, que em quádruplo resulta em R\$ 22.125,24);

b) no § 3º do art. 790 foi fixado novo valor para presunção de miserabilidade, sendo indicado 40% do teto de contribuição previdenciária, que corresponde a R\$ 2.212,52, em 2017, a ser aferida mediante provas constantes dos autos, sendo, nesse caso, desnecessária a apresentação de declaração de miserabilidade e podendo o benefício ser concedido inclusive de ofício;

c) foi acrescentado o § 4º no art. 790, cujo texto é o seguinte: “O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.” Na medida em que o texto legal aprovado não fez exclusão quanto à possibilidade dessa comprovação ser feita pela declaração de miserabilidade firmada pelo trabalhador; considerando que o novo CPC tem regras claras a respeito, admitindo referida declaração para concessão, salvo prova em contrário.⁴² E por fim, considerando a especificidade do demandante trabalhista (na grande maioria desempregados), a aplicação subsidiária do texto processual civil e a garantia constitucional contida no art. 5º, LXXIV, de que o Estado deve prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, o entendimento compatível com o arcabouço legal, é de que os benefícios da justiça gratuita podem ser solicitados pela pessoa natural mediante declaração de miserabilidade, somente podendo ser indeferidos pelo Juiz, se comprovado pela parte adversa condição diversa daquela declarada;

d) foram acrescentados parágrafos no art. 790-B da CLT, estabelecendo que os honorários periciais ficam a cargo da parte sucumbente, mesmo que beneficiária da justiça gratuita, somente sendo transferida a despesa para a União quando o beneficiário não tenha obtido crédito em qualquer processo judicial, capaz de suportar referido ônus;

e) a grande e substancial inovação encontra-se nas disposições introduzidas através do também novo art. 791-A, que trouxe para o processo trabalhista os honorários de sucumbência em favor do advogado da parte vencedora, nas lides de natureza especificamente empregatícia. Esclareço, com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho promovida pela EC 45/2004, as demandas envolvendo relação de trabalho (não empregatícia), já recebiam o regramento contido no CPC sobre honorários advocatícios. Disciplinou ainda o dispositivo mencionado, a incidência de honorários de sucumbência na hipótese de procedência parcial, vedando a compensação entre os honorários, na mesma forma prevista no novo CPC. E, por fim, estabeleceu a condição suspensiva de exigibilidade pelo prazo de dois anos para o vencido beneficiário da justiça gratuita, ao cabo do qual, se o credor não comprovar que deixou de existir a condição de insuficiência de recursos, extingue-se a obrigação.

Estão mantidos os institutos do *jus postulandi* e da assistência judiciária pelo sindicato do obreiro, regras específicas não revogadas.

42 “CPC, Art. 99, § 2º. O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos. § 3º. Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.”

Outra particularidade do processo trabalhista se encontra na inexistência de cobrança de custas na fase inicial do processo, mas somente ao final ou por ocasião da interposição de recurso (CLT, art. 789).

No que se refere aos benefícios da justiça gratuita, no conceito limitante às despesas processuais, o acesso à justiça procurou ser observado pelo legislador, não tendo ocorrido mudanças relevantes.

No entanto, uma circunstância, específica das relações de emprego, torna os honorários advocatícios de sucumbência um encargo prejudicial para o demandante empregado e um obstáculo ao acesso à justiça.

O contrato de emprego envolve diversos direitos/verbas, o que faz da reclamatória trabalhista uma demanda que geralmente abriga pleitos variados.

Na medida em que a sucumbência parcial (aqui entendida como pertinente a cada pedido em si) fica sujeita a honorários advocatícios, será comum a ocorrência de procedência parcial na qual o empregado tenha todo seu crédito comprometido com honorários da outra parte.

4.2 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como ressaltado anteriormente, o pioneiro a discorrer sobre mínimo existencial na doutrina brasileira foi Ricardo Lobo Torres, tendo lançado em data pouco posterior à Constituição de 1988 o primeiro estudo a esse respeito.

Desde então, alguns juristas brasileiros, vislumbrando a grande contribuição da teoria para tratar questões de políticas públicas, leis orçamentárias e demandas individuais ou coletivas envolvendo requerimento de cumprimento de direitos essenciais pelo Estado, tem se dedicado a esse estudo.

Os fundamentos que envolvem a teoria podem ser valorosos para todos os poderes da República, especialmente para os envolvidos na elaboração e efetivação de políticas públicas, responsáveis por cumprir os compromissos constitucionais, o que pressupõe sintonia entre investimentos e gastos públicos.

Tem sido importante também na esfera da jurisdição constitucional, na apreciação de questões envolvendo direitos fundamentais.

Definir as diretrizes de aplicação dessa teoria é de extrema relevância, na medida em que muitas das necessidades básicas dos brasileiros encontram-se pendentes de proteção e

efetivação. País de “modernidade tardia”, o Brasil sequer garante a seus cidadãos direitos sociais básicos e essenciais, como atendimento gratuito à saúde, saneamento básico e educação fundamental, previstos na Constituição de 1988.

Um tema que muito invoca os fundamentos dessa teoria na jurisdição constitucional é políticas públicas do sistema de saúde. Outros temas recorrentes na busca desse amparo são pleitos de condições dignas no sistema carcerário e a inserção no sistema de ensino, especialmente no que diz respeito a vagas junto a creches e pré-escolas.⁴³

Com a utilização dos termos de busca “mínimo existencial” e “acesso à justiça” junto ao site do Supremo Tribunal Federal foram encontradas decisões que, muito embora tenham como destaque “Defensoria Pública”, se referem à garantia do acesso à justiça, considerando as finalidades dessa instituição, conforme previsto no art. 134 da Constituição Federal (cujo *caput* tem a redação atual conferida pela Emenda Constitucional de nº 80/2014).⁴⁴

A garantia da justiça gratuita aos que não possuem meios para suportar os custos de um processo é o que possibilita a própria postulação dos direitos integrantes do mínimo existencial, fazendo com que o direito de acesso seja uma garantia que também integra o mínimo, se situando em posição relevante.

Aos mais pobres e necessitados dos amparos materiais do Estado se torna imprescindível essa garantia (acesso à justiça).

Muito embora de natureza procedimentalista e não substantivista, a garantia do pleno acesso à justiça assegurada na Constituição pela disposição da prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, é plenamente compatível com o contexto do mínimo existencial.

O que se propõe neste título é apontar, de forma não muito aprofundada, as questões fáticas que mais invocam a aplicação da teoria do mínimo existencial no âmbito da jurisdição constitucional e a identificação de decisões que envolvam a relação entre acesso à justiça e mínimo existencial, visando abstrair o conteúdo e dimensão que se tem dado à teoria, e suas consequências jurídicas.

Este é o recorte metodológico feito, sendo buscadas decisões prolatadas desde 2000, marco inicial da abordagem da tese do mínimo existencial no STF, e até outubro de 2018.

⁴³ Pesquisa feita nas decisões do STF, no endereço eletrônico oficial: <<http://portal.stf.jus.br/>>.

⁴⁴ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

A primeira decisão do Judiciário brasileiro a mencionar a expressão “mínimo existencial” e que se tornou referência, é da lavra do Ministro Celso de Mello.⁴⁵ Na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 45 (ADPF 45-9), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) argumentou que o veto presidencial incidente sobre o § 2º do art. 55 da proposta de lei que se converteu no nº 10.707/2003 (LDO), desrespeitava preceito fundamental da garantia de recursos financeiros mínimos para aplicação em ações e serviços públicos, como previsto na EC 29/2000.

Naquela decisão, não obstante a Ação tenha sido extinta em decorrência do restabelecimento do texto vetado em outro projeto de Lei remetido ao Congresso pelo Presidente da República (Lei 10777/2003), o Ministro Relator abordou questões de extrema relevância, até então não enfrentadas pelo Judiciário brasileiro - a teoria do “mínimo existencial” e a cláusula “reserva do possível”.

A decisão ainda tratou de tema delicado, qual seja, a legitimidade do Poder Judiciário para intervir na atuação de outro Poder, no que diz respeito ao atendimento a políticas públicas, nas hipóteses em que esse agir se encontre em desconformidade com a Constituição.

Muitas outras decisões do STF fazem referência ao voto do Min. Celso de Melo.

Utilizando como termos de pesquisa as expressões “mínimo existencial” e “acesso à justiça”, foram encontrados no sítio do STF 8 acórdãos, 180 decisões monocráticas, 18 decisões da Presidência e 14 documentos no Informativo.

Restringindo a pesquisa aos oito acórdãos, as questões objeto de apreciação foram:

a) Terceirização no âmbito da Administração Pública e responsabilidade decorrente pela Administração Pública, tratando-se do Recurso Extraordinário 760.931-DF apresentado pela União, que teve como Relatora a Ministra Rosa Weber e Relator Designado o Ministro Luiz Fux (cujo voto vencedor é no sentido de que a administração pública não é responsável automaticamente pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços por ela contratadas, mas apenas quando houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização da regularidade dos contratos). A expressão mínimo existencial está

⁴⁵ ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial – “Reserva do Possível” (Transcrições). ADPF 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

contida na indexação do voto da Min. Rosa Weber – julgamento em 26.4.2017 pelo Tribunal Pleno;

b) Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários e possível indenização, recebendo o Recurso Extraordinário apresentado por um particular em face do Estado do Mato Grosso do Sul o nº 580.252, tendo como Relator o Ministro Teori Zavascki e Relator designado para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. A expressão mínimo existencial está contida na indexação do voto do Min. Celso de Mello - julgamento em 16.2.2017 pelo Tribunal Pleno;

c) Superlotação em sistema penitenciário nacional e integridade física e moral de custodiado, tratando-se de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 347 apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio. A expressão mínimo existencial encontra-se na indexação dos votos dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello - julgado em 9.9.2015 pelo Tribunal Pleno;

d) Implantação de Defensoria Pública para assegurar às populações carentes o direito de reivindicar direitos, tratando-se do AI 598.212 ED que tem como Embargante o Estado do Paraná-PR, Relator o Ministro Celso de Mello, sendo julgado pela Segunda Turma em 25.3.2014. A expressão mínimo existencial consta da ementa do acórdão;

e) Direito das pessoas necessitadas ao atendimento integral pela Defensoria Pública na comarca onde residem, tratando-se do RE 763.667 AgR que tem como Agravante o Estado do Ceará, sendo Relator o Ministro Celso de Mello - julgado em 22.10.2013 pela Segunda Turma. A expressão mínimo existencial consta da ementa do acórdão;

f) Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente, nos termos do art. 203, V da CF e LOAS, tratando-se do Recurso Extraordinário nº 567.985 apresentado pelo INSS, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio e Relator designado para o Acórdão o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18.4.2013 pelo Tribunal Pleno. A expressão mínimo existencial consta da indexação do voto vencido do Ministro Marco Aurélio;

g) Solicitação de vaga para criança de até cinco anos em creche e pré-escola, tratando-se de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337 que tem como Agravante o Município de São Paulo e Relator o Ministro Celso de Mello, julgado em 23.8.2011 pela Segunda Turma. A expressão mínimo existencial consta da ementa do acórdão;

h) Solicitação de vaga para criança de até cinco anos em creche e pré-escola, tratando-se do Recurso Extraordinário nº 410.715 que tem como Agravante do Município de Santo

André e Relator o Ministro Celso de Mello, julgado em 22.11.2005 pela Segunda Turma. A expressão mínimo existencial consta apenas das referências doutrinárias.

A partir dessa pesquisa, procedeu-se a outra, com os termos “mínimo existencial” e “Defensoria Pública”, sendo encontrados 5 acórdãos, 51 decisões monocráticas, 2 decisões da Presidência e 5 documentos no Informativo.

Os 5 acórdãos constantes dessa nova pesquisa já foram mencionados acima, sendo eles os referentes aos processos RE 760.931, RE 580.252, AI 598.212 ED, RE 763.667 AgR e RE 657.985.

Das 51 decisões monocráticas elencadas, 11 se referem ao objeto de estudo, ou seja, a vinculação de acesso à justiça como integrante do mínimo existencial, pela via de exame da indispensabilidade e essencialidade da Defensoria Pública.

A decisão mais antiga com esse contexto teve seu julgamento em 10.11.2011, prolatada pelo Ministro Ayres Britto, no RE 574.353 – PR. Na sequência, uma decisão da Ministra Rosa Weber, de 24.4.2013 constante do AI 739.151 – Piauí. Quatro decisões foram da lavra do Ministro Celso de Mello, constantes dos processos AI 598.212 – PR, AI 764.969 – RS, RE 763.667 – Ceará e RE 795.749 – Ceará, julgados em 10.3.2013, 17.6.2013, 16.8.2013 e 26.2.2014, respectivamente. Uma decisão monocrática da Ministra Carmén Lúcia, constante do processo de Recurso Extraordinário com Agravo nº 718.665 – Piauí, julgado em 20.01.2014. Duas decisões da lavra do Ministro Dias Toffoli, constantes dos processos RE 661.757 – RN e RE 769.541 – MG, julgados em 31.2.2014 e 03.08.2015, respectivamente. Uma decisão do Ministro Roberto Barroso, no RE 865.394 - PR, julgado em 28.6.2017. E a mais recente, uma decisão do Ministro Edson Fachin, no RE 810.883 - PE, julgado em 30.11.2017.⁴⁶

As decisões não destoam quanto aos termos de fundamentação, sendo que muitas delas fazem referências a outras.

Antes de abordar os fundamentos concernentes ao acesso à justiça, cumpre destacar que uma circunstância teve análise recorrente nas decisões, qual seja, a atribuição extraordinária conferida ao STF para fazer cumprir pelos outros Poderes os preceitos constitucionais de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais. Foi ressaltada a excepcionalidade dessa atuação, ou seja, apenas nas circunstâncias em que os Poderes Legislativo e Executivo não cumprem seus encargos, causando ineficácia e falta de

⁴⁶ As respectivas decisões estão disponíveis em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28M%CDNIMO+EXISTENCIAL+E+DEFENSORIA+P%DABLICA%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=5&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yaas66p6>>. Acesso em: 10 out. 2018.

integridade dos direitos individuais e/ou coletivos. Essa questão integrou os fundamentos do voto da ADPF 45 MC/DF.⁴⁷

A possibilidade de apreciação pelo Judiciário das questões de políticas públicas tornou-se tema da Repercussão Geral 487.⁴⁸

Desde a decisão da ADPF 45, cuja ementa consta da nota de rodapé 75, o entendimento do STF é de que à jurisdição constitucional, como responsável pelo cumprimento das disposições constitucionais, compete atuar no sentido de que sejam efetivadas políticas públicas concernentes a direitos sociais, econômicos e culturais, nas hipóteses de omissão ou abuso governamental.⁴⁹

47 Segue trecho do voto: “Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, ‘Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976’, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).

48 03/09/2015 – Plenário. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 887.671 Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio. Recte.(s): Ministério Público do Estado do Ceará. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral de Justiça do Estado do Ceará. Recdo.(a/s): Estado do Ceará. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral do Estado do Ceará. Assistência jurídica integral e gratuita – Defensoria Pública – Preenchimento de cargo – Controle judicial – Separação de poderes – Alcance dos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134 da Constituição Federal – Recurso Extraordinário – Repercussão Geral configurada. Possui repercussão geral a controvérsia alusiva à possibilidade de o Poder Judiciário impor o preenchimento de cargo de Defensor Público em localidade desamparada, considerados os preceitos dos artigos 5º, inciso LXXIV, e 134 da Carta de 1988. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

49 Torres (2009, p. 72-73) tem críticas a esta decisão da lavra do Ministro Celso de Mello, no sentido que foi maximalista, “[...] de cunho doutrinário (sem eficácia jurisdicional), pois a jurisdição se esgotara no despacho de arquivamento da ADPF, proclamando a “intangibilidade do núcleo consubstanciador do *mínimo existencial*”, mas confundindo os *direitos fundamentais com os sociais e econômicos*, emburilhando a *reserva do possível* com a disponibilidade financeira do Estado e dilargando a competência jurisdicional constitucional para o controle de políticas públicas relacionadas com os direitos sociais.”

E acrescenta-se, essa atuação no sentido de conformar o dever do legislador e do governo com os ditames constitucionais se acentua ainda mais quando se trata de direitos que integram as condições mínimas para uma existência digna.⁵⁰

Não é pretensão deste trabalho discorrer sobre o “ativismo judicial” ou manifestar contrariedade ou apoio, mas apenas evidenciar entendimento já presente na jurisprudência e doutrina brasileiras, quanto ao papel do Judiciário nas demandas que postulam o cumprimento de disposições constitucionais essenciais não observadas pelo Legislativo e Executivo, e que digam respeito às condições mínimas para propiciar uma existência digna para os necessitados.

A excepcionalidade dessa atuação é destacada nas decisões do STF.

Acredita-se que o caminho mais adequado é o de se conferir, sempre que possível, que a providência solicitada, na hipótese de ser acolhida, seja adotada e eleita pela esfera legislativa ou executiva competente originalmente, ou seja, a decisão mais acertada é aquela que adota a autocontenção.⁵¹

Apenas para finalizar essa temática e para uma visão de como essa intervenção é conduzida em outra cultura, menciona-se como o direito alemão trata as competências legislativa e judiciária em matéria de estabelecimento de auxílio financeiro do Estado ao indivíduo em situação de necessidade, para fins de garantia de mínimo existencial.

Toledo (2016), em análise da decisão BverfGE 125, 175 de fevereiro de 2010, que menciona ser paradigmática quanto ao mínimo existencial e com riqueza de detalhes quanto às hipóteses fáticas de sua aplicabilidade, destaca como pontos relevantes a especificação do espaço de ação do legislador e do judiciário.

Segundo referido Autor, no direito alemão, ao legislador compete avaliar as proporções e relevância das necessidades dos indivíduos carentes, sendo menor a discricionariedade nessa avaliação quando diz respeito a providências para existência física, e

⁵⁰ Vale uma reflexão: “A incongruência aqui é a seguinte: a administração pública deu causa às questões de ordem econômica que fizeram com que os cidadãos ingressassem com ações para garantir seus direitos a serem efetivados, obrigando o poder judiciário a tomar decisões neste sentido, porém, em grande parte das defesas usadas pelo poder público é recorrente a questão da separação de poderes e a impossibilidade de o judiciário tomar decisões que afetem a discricionariedade da administração pública.” “Partindo, ainda, da argumentação acima trazida, chega-se a percepção de que é a própria omissão estatal que justifica a estabilização do mínimo existencial, ou seja, uma vez previsto um direito no rol de direitos fundamentais (sendo este amplamente protegido pela proibição do retrocesso), o Poder Público deve sumariamente assegurar seu provisãoamento, pois caso não o faça, estará incumbido de promover o direito da mesma maneira, mediante a invocação do mínimo existencial como bem que se estende a toda sociedade” (DOTTA; CABRAL, 2018).

⁵¹ O contrapeso do *ativismo* é a '*autocontenção judicial*', postura na qual o Judiciário restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas, reduzindo a sua interferência e abrindo espaço à atuação dos Poderes políticos, em respeito à delimitação dos poderes e à sua própria incumbência.

maior a discricionariedade do legislador para determinar ações quando as necessidades estão relacionadas com a vida social.

Ainda com as conclusões de Toledo (2016), a revisão judicial tem lugar quando não houver pleno esclarecimento (transparência) quanto às escolhas adotadas pelo legislador, e também nas hipóteses em que os valores conferidos a benefícios não sejam suficientes para supri-los.⁵²

Retornando ao tratamento conferido pela Suprema Corte brasileira à teoria do mínimo existencial, da leitura de alguns julgados relacionados, pode-se dizer que o entendimento que vem sendo adotado pelo STF quanto à dimensão dos direitos a serem protegidos dentro do âmbito do Mínimo existencial não é precisa, não está definida.

Nas páginas acima cuidou-se de apresentar as discordâncias existentes na doutrina brasileira quanto à natureza e dimensão dos direitos que integram o mínimo existencial, e que não estão sujeitos à reserva do possível.

Mas o foco deste trabalho é a posição conferida à garantia fundamental do acesso à justiça dentro da teoria do mínimo existencial, nos aspectos de constituição da teoria, visão doutrinária brasileira e entendimento da jurisdição constitucional, até o momento.

A interpretação geral dada pelo Supremo Tribunal Federal, em consonância com a doutrina alemã e europeia, é no sentido de que o mínimo existencial não corresponde apenas ao mínimo vital ou a suprimentos para uma mera sobrevivência, mas sim a condições que possibilitem uma existência digna, que devem ser asseguradas pelo Estado, tanto em caráter negativo como positivo.

A jurisdição constitucional brasileira não apresenta limites claros com relação ao conteúdo e rol dos direitos fundamentais sociais a serem abarcados para fins de se resguardar a dignidade humana. Essas definições ainda estão sendo construídas e muitas são as dificuldades para tanto.

A ênfase dada pelo STF nos casos envolvendo atendimento médico hospitalar se concentra nos fundamentos “de que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.” E também no sentido de que e “a cláusula da reserva do possível não pode ser

⁵² Em complemento: “Desse modo, para que o Judiciário assumira a competência revisional (que é excepcional), o equívoco tem que restar evidente. Esse é o denominado pela doutrina alemã de “controle de evidência” (*Evidenzkontrolle*). Isto é, a evidência é o requisito para a atuação do poder judiciário. Dentro desses parâmetros, não há, portanto, ingerência indevida de um poder na competência do outro, mantendo-se respeito ao princípio formal da separação dos poderes” (TOLEDO, 2016).

invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais [...].”⁵³

Voltando a atenção para as 11 decisões monocráticas do STF e dois dos cinco acórdãos, cuja matéria guarda relação com a garantia do acesso à justiça diante do pleito de atendimento pela Defensoria Pública, as afirmações mais relevantes são as seguintes:

a) É destacada a posição constitucional conferida à Defensoria Pública (art. 134 da CF), como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, de existência necessária e permanente, ante a incumbência que lhe foi atribuída de orientar e fazer a defesa em todos os graus, dos necessitados, como preceitua o inciso LXXIV do art. 5º da CF.⁵⁴

b) a assistência jurídica integral prevista na Constituição, tem maior amplitude que assistência judiciária, incluindo aquela o aconselhamento, a consultoria e o auxílio extrajudicial. *Jus postulandi* e nomeação de advogado dativo, são medidas que não suprem a obrigação do Estado de aparelhar a Defensoria Pública de forma a atender às pessoas carentes, de acordo com a Constituição e a Lei específica de cada Estado.⁵⁵

c) Todos, principalmente os necessitados, têm o “direito a ter direitos”. É dever do Estado cumprir os ditames constitucionais de assistir aos necessitados para que realmente possam se investir da posição de titulares de direitos, assegurando dignidade e respeito social a todos, para assim cumprir objetivos fundamentais da República, de construir uma sociedade justa, fraterna e solidária. A Defensoria Pública tem relevante papel jurídico-institucional e político-social.⁵⁶

d) Ainda na mesma decisão do Ministro Celso de Mello extrai-se o fundamento por ele exposto em outras decisões, de que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público para fins de se exonerar, “dolosamente”, do cumprimento de obrigações dispostas na Constituição, principalmente quando essa omissão estatal puder ocasionar “**aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade**” (grifo do autor).⁵⁷

⁵³ Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864 Paraná – Julgado pela Segunda Turma STF – Relator: Min. Celso de Mello.

⁵⁴ “Uma instituição especificamente voltada para a implementação de políticas públicas de assistência jurídica, assim no campo administrativo como no judicial. Pelo que, sob este último prisma, se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º do Texto Magno).” Texto extraído dos fundamentos do RE 574.353 /PR, de relatoria do Ministro Ayres Britto.

⁵⁵ Fundamentos extraídos da decisão do ARE 718665/PI, de relatoria da Ministra Carmén Lúcia.

⁵⁶ Fundamentos extraídos da decisão do RE 763.667/CE, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

⁵⁷ Ibidem.

e) A defensoria pública “constitui verdadeira garantia de tratamento digno e isonômico aos necessitados, a fim de assegurar-lhes amplo acesso ao Poder Judiciário.”⁵⁸

A partir desses fundamentos contidos em decisões de Ministros do Supremo Tribunal Federal é possível extrair o núcleo essencial da garantia do mínimo existencial relativamente ao direito de acesso à justiça.

A normatividade legal encontra-se no disposto no art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, e no art. 134, da Constituição Federal.

Os ditames constitucionais são de que ao legislador é vedado atuar no sentido de causar obstáculos ao acesso à justiça, acesso esse que deve ser assegurado pelo Estado de forma ampla, integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Estas são as premissas.

A elas agrega-se a disposição contida no art. 134 da CF, que atribui à Defensoria Pública a função de orientar e defender os carentes de recursos financeiros em todos os graus.⁵⁹

É considerado pelo Conselho Superior da Defensoria Pública da União como presumidamente necessitada, para fins de obtenção de assistência jurídica integral e gratuita, a pessoa natural integrante de núcleo familiar cuja renda mensal bruta não ultrapasse R\$ 2.000,00.⁶⁰

⁵⁸Texto extraído da decisão do RE 769541/MG de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

⁵⁹ Linha do Tempo: Defensoria Pública - A Defensoria Pública afirma-se como instrumento de defesa de direitos e instituição indispensável na busca da justiça social. Sendo assim, a viagem ao passado inicia-se com a prerrogativa de direito de acesso à Justiça, mencionada na Constituição Federal de 1934: 1934 – Menção ao direito de acesso à justiça na Constituição Federal, Título III, capítulo II, Art. 113, n.32; 1950 – Edição da Lei nº 1.060, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados; 1988 – A Constituição Federal, no Art. 134, considera a Defensoria Pública, ao lado do Ministério Público e da Advocacia Pública, como função essencial à Justiça (art. 134, caput §5º, inciso LXXIV); 1994 – Sanção da Lei Complementar nº 80, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados; 1995 – Sanção da Lei nº 9.020, que dispõe sobre a implantação, em caráter emergencial e provisório, da Defensoria Pública da União e dá outras providências; 2001 – Realização de concurso público para Defensor Público Federal de Segunda Categoria, com a disponibilização de 70 vagas; 2003 – Realização do primeiro Projeto Itinerante da DPU; 2004 – Realização de concurso público para Defensor Público Federal de Segunda Categoria, com a disponibilização de 14 vagas; 2004 – Promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que reformou o Sistema de Justiça brasileiro e conferiu autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de proposta orçamentária às Defensorias Públicas Estaduais; 2004 – Celebração do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, por meio do qual os três poderes da União firmaram o compromisso com a progressiva ampliação da Defensoria Pública da União; 2007 – Realização de concurso público para Defensor Público Federal de Segunda Categoria, com a disponibilização de 61 vagas; 2007 – Sanção da Lei nº 11.448, que conferiu expressamente a legitimidade para a Defensoria Pública propor ação civil pública no que se refere aos interesses difusos e coletivos; 2009 – Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009, que altera dispositivos da Lei Complementar nº 80/1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios; (BRASIL, 2018).

⁶⁰ “RESOLUÇÃO Nº 134, DE 07 DE DEZEMBRO DE 2016 - Fixa o valor de presunção de necessidade econômica para fim de assistência jurídica integral e gratuita. “O CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, no uso das atribuições previstas no art. 10, I, da Lei Complementar nº 80/94; Considerando o disposto no art. 5º, inc. LXXIV, Constituição Federal de 1988. Considerando o disposto no art.

Há atendimento pela Defensoria Pública a pessoas jurídicas, desde que enquadradas nas hipóteses do art. 3º da Resolução nº 133 do CSDPU, de 7.12.2016.⁶¹

São também atendidos pela Defensoria Pública os casos de curatela especial previstos no art. 72 do Código de Processo Civil, o que se menciona apenas para fins de esgotar o rol de atendimentos pela instituição.

Por fim, ainda para definir e assegurar a atuação da Defensoria Pública em todo o território Nacional, a Emenda Constitucional nº 80/2014 acrescentou o art. 98 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fixando um prazo de oito anos para que a União, os Estados e o Distrito Federal lotem cada unidade jurisdicional com defensores públicos, de forma proporcional à efetiva demanda e à respectiva população.

Para cumprimento das atribuições que foram conferidas à Defensoria Pública, o § 2º do art. 134 da CF, confere-lhe autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de proposta orçamentária, nos termos do art. 99, § 2º da CF.

A Defensoria Pública tem autonomia conferida pela Constituição para conceder atendimento àqueles que avaliar necessitados (ante o enquadramento à hipótese de baixa renda familiar), diante dos critérios de miserabilidade fixados. “A imunidade abrange qualquer tributo vinculado ao patrocínio do defensor público, bem como a taxa judiciária e as custas e emolumentos relativas aos atos processuais de interesse dos pobres” (TORRES, 2009, p. 194).

No entanto, quem não é atendido pela Defensoria Pública não está automaticamente excluído dos demais benefícios da justiça gratuita, se também comprovados os requisitos legais.

As decisões pesquisadas não especificam conteúdo e núcleo essencial dos direitos inseridos dentro do contexto da teoria do mínimo existencial e nem mesmo no que diz respeito à inclusão do direito de acesso à justiça nessas condições mínimas. O que se fez acima foi extrair, das decisões destacadas, os fundamentos que se relacionam diretamente com os princípios que norteiam os conceitos de mínimo existencial e acesso à justiça.

2º da Resolução CSDPU 133/2016. Resolve: Art. 1º. O valor de presunção de necessidade econômica para fim de assistência jurídica integral e gratuita, na forma do art. 2º da Resolução CSDPU 133/2016, será de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Art. 2º. Esta resolução entra em vigor em 1º de janeiro de 2017, não possuindo eficácia em relação às decisões de deferimento ou indeferimento de assistência jurídica já praticadas” (BRASIL, 2016c).

61 “Art. 3º. Será prestada assistência em favor de pessoa jurídica que demonstre não possuir condições de arcar com despesas processuais e honorários advocatícios, nas seguintes hipóteses: I - finalidade compatível com os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública, se pessoa jurídica sem fins lucrativos; II - seu funcionamento ser indispensável à subsistência de sócio que se enquadre nos parâmetros do art. 2º, se pessoa jurídica com fins lucrativos. Parágrafo único. Os critérios estabelecidos neste artigo não excluem a aferição pelo Defensor Público da necessidade econômica no caso concreto, por meio de decisão devidamente fundamentada, quer quanto ao deferimento, quer quanto ao indeferimento da assistência jurídica integral e gratuita” (BRASIL, 2016b).

A partir dessas conexões é que alguns elementos são relacionados como correspondentes ao núcleo duro (conteúdo essencial ou núcleo intocável) do direito de acesso à justiça dentro das condições mínimas para uma existência digna, em conformidade com as garantias constitucionais.

Por outro lado, ante os fundamentos das decisões analisadas, tem-se por correto concluir que o Supremo Tribunal Federal reconhece o acesso à justiça como parte integrante das garantias que compõem um mínimo de condições a serem propiciadas pelo Estado para que o cidadão necessitado de amparos tenha uma vida condigna, participando da sociedade e, nas palavras do Ministro Celso de Mello, possa “ter direito a ter direitos”, ou, mais ainda, pode-se dizer, possa ter direito a reivindicar judicialmente e obter os direitos que lhe são assegurados constitucionalmente.

Para possibilitar esse acesso àqueles que não possuem condições financeiras de arcar com os custos de um processo, muitas vezes para postular direitos também integrantes do “mínimo existencial”, a Constituição assegura a assistência jurídica integral e gratuita, que abrange não só a dispensa de custas e honorários da sucumbência (com as ressalvas legais – CPC, art. 98), mas também a assistência jurídica pela Defensoria Pública, instituição responsável pela orientação jurídica e a defesa de seus assistidos em todos os graus.

Algumas críticas que são feitas à judicialização de questões de políticas públicas, ou seja, de adjudicação de bens públicos na esfera individual e eventual beneficiamento de elites, não se aplicam à garantia do acesso à justiça mediante gratuidade, já que as ações nessa seara possuem uma abrangência coletiva (mas não universal), beneficiando à população de necessitados de forma ampla e geral. O acesso à justiça é universal, mas não o acesso à assistência jurídica gratuita. Quando se determina que uma localidade seja aparelhada com uma unidade da Defensoria Pública, por exemplo, os beneficiados são todos os hipossuficientes daquele lugar. Ou seja, as normas pertinentes aos benefícios da justiça gratuita somente atingem os que a ela fazem jus, dentro do enquadramento nas hipóteses legais, não ocorrendo nesse caso, o paradoxo do mínimo existencial que ocorre no sistema de saúde, que atende a todos indiscriminadamente (pobres e ricos).

4.3 O AMPLO SIGNIFICADO DA GARANTIA – EFICÁCIA JURÍDICA

Moraes (In: GRINOVER et al., 1988, p. 242), ao discorrer sobre os mecanismos de acesso à justiça no Estado Democrático, expressa o valor da garantia: “Não há democracia,

não há justiça social, não há respeito à dignidade humana onde não exista, concretamente assegurada pelo Estado, a igualdade de oportunidades diante da lei.”

Considerando o quadro hoje existente, como já ressaltado – sociedade complexa, amplo rol de direitos assegurados pela Constituição, dificuldades do Estado para organização de orçamento e para estabelecer prioridades na implantação de políticas públicas, e tantas outras circunstâncias que se poderia mencionar, a igualdade apenas formal no quesito acesso à justiça se mostra ineficaz. As garantias constitucionais direcionam, inclusive, para o estabelecimento de uma igualdade material que possibilite o efetivo acesso à justiça a todos (as oportunidades devem estar disponíveis de forma igualitária), e não somente para os que possuem melhores condições financeiras ou sociais (PINHO, 2007).⁶²

Caminham na contramão da história as ações que dificultam o acesso com igualdade material, em tempos nos quais já se tem perfeita compreensão de que democracia exige a participação de todos, maiorias e minorias.

Assim é que, abordar o tema eficácia jurídica da garantia do acesso à justiça, significa ter no centro o princípio da igualdade, democracia e respeito à dignidade humana.

A todos deve ser assegurado o acesso, adotando-se medidas para acomodar desigualdades, sendo inadmissível, diante da nossa ordem constitucional, que um hipossuficiente tenha o acesso à ordem jurídica dificultado em razão de sua carência e vulnerabilidade.

Silva (2012) aduz que “O acesso à ordem jurídica pelos necessitados não é a única demanda destes, mas integra o rol de direitos fundamentais que devem ser respeitados e cuja defesa deve ser propiciada, sob pena de retrocesso no desenvolvimento político e social.”

Para tanto, compete ao Estado envidar esforços, implantando os meios apropriados para que esse acesso seja pleno, o que inclui não só a garantia da assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes, como a devida informação aos cidadãos sobre os seus direitos, como ressaltou Cunha (2016, p. 18): “[...] de nada adianta a criação de mecanismos jurídicos de acesso ao serviço judiciário sem que se tenha o desenvolvimento de uma cultura de conhecimento de direitos e deveres por parte da população.”

⁶² Nas palavras de Pinho (2007): “Nada obstante, apesar de o Estado Social fincar as suas bases no ideal de igualdade, não se está fazendo referência àquele ideal de igualdade que o mundo moderno conhecia. Não basta garantir a igualdade na teoria, sendo imprescindível que a prática reflita o que é mundialmente defendido. Por esse motivo, a igualdade material passa a ser tão imprescindível na contemporaneidade. Mais do que isso: a igualdade é imprescindível para que se possa falar efetivamente em acesso à justiça. Não basta criar um aparato estatal que esteja ‘supostamente disponível’ a todo cidadão, mas que, na prática, somente possa ser acessado por aquele que detém poder, dinheiro ou determinado status. As oportunidades de acesso devem ser igualitárias, ainda que, para efetivar esta igualdade, seja necessário priorizar a criação de políticas em prol daquele que se encontra mais distante do poder judiciário.”

Além do *status negativus*, ou seja, isenções de custos, o Estado deve atuar no sentido de levar aos cidadãos carentes mais informação e orientação sobre seus direitos, através da efetiva assistência jurídica, para que não fiquem em total desconhecimento sobre o que ocorre no campo jurídico.⁶³

Nesse sentido operaram os Constituintes de 1988, assegurando assistência jurídica e não somente judiciária, em um contexto de que acesso à justiça vai muito além do simples acesso aos Tribunais. A regra constitucional almeja que o apoio ao cidadão se inicie na fase pré-processual, abrangendo informação que possibilite maior conhecimento sobre o funcionamento do judiciário e dos direitos.

4.4 JUDICIALIZAÇÃO X OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA POR UMA VISÃO SOCIOLÓGICA

Na introdução deste trabalho foi ressaltado o propósito geral, de tentar destrinchar as causas da judicialização, em confronto com a tendência de se apontar como maior responsável pelo excessivo número de ações o que se denomina de ‘acesso facilitado à justiça’, ante os benefícios da justiça gratuita.

Essa garantia também tem sido mencionada como responsável pelo elevado custo do Poder Judiciário para a sociedade, abarcando parte do orçamento que deveria se destinar a outras áreas carentes.

Como explicitado, várias são as circunstâncias que contribuem para o elevado número de ações, formando um intrincado e complexo quadro que exige, para sua resolução, ações diversas e resultantes de vários seguimentos da sociedade.

De outra parte, muito embora várias faces do problema devam ser analisadas para se buscar soluções, existem pilares que não podem ser abalados, sob pena de ruir todo o sistema, na forma como se encontra construído. As propostas de solução para conter a “exacerbação do demandismo” não devem relativizar as garantias fundamentais; não devem ignorar a isonomia no acesso à justiça por todos que dele necessitem; e não devem ser causa de descrédito e falta de confiança no Judiciário (GRECO In: MITIDIERO et al., 2012, p. 9).

⁶³ Mais algumas considerações de Cunha (2016, p. 27): “A assistência jurídica gratuita, especialmente a orientação sobre os seus direitos é essencial ao Estado Democrático de Direito, pois somente pode defender o seu direito o cidadão que os conhece, de nada adiante garantir um acesso abstrato aos tribunais, sem que o seu destinatário tenha conhecimento do que pode postular perante os órgãos jurisdicionais, por isso se pode dizer que a assistência jurídica integral e gratuita representa uma forma daquilo que a Constituição portuguesa chama de “acesso aos direitos e aos tribunais.”

Tentar reduzir o número de litígios com obstáculos financeiros ao acesso à justiça aos que não podem suportar os custos é a solução menos recomendável, por ferir todo o ordenamento jurídico, consoante disposições constitucionais já apontadas, e por desrespeitar a dignidade humana, já que o indivíduo ficaria desamparado.

Não resolve a excessiva litigiosidade a implementação de dificuldades para o acesso à justiça. Isso implica em represar conflitos, deixando a sociedade à sua própria sorte, causando um dano ainda maior.

O Brasil, mesmo diante do elevando número de ações, ainda possui vários obstáculos concernentes à informação e elucidação de direitos para a sociedade.

A informação ainda é óbice ao acesso à ordem jurídica, o que pode, em um primeiro momento, parecer uma incoerência diante do problema estudado – a judicialização.

No entanto, essa questão se faz presente em vários aspectos: em muitas regiões isoladas do Brasil ainda existem dificuldades para o acesso (visto apenas no sentido de ajuizamento de uma ação); a obtenção de informação instrutiva e não tendenciosa ainda é insuficiente, o que poderia levar a que cidadãos evitassem muitas demandas ou mesmo a propusessem em outro contexto ou, ainda, procurassem outras formas de resolução do conflito.

A ausência de informação também causa aumento de demandas considerando, por outro ângulo, as obrigações de um empregador e o emaranhado de disposições legais a serem cumpridas. O empresário individual/pequeno empresário é o que mais padece com a falta de esclarecimentos. Maior apoio no sentido de estruturação e funcionamento de pequenos empreendimentos, especialmente no que diz respeito às obrigações trabalhistas, é aspecto a ser considerado como medida para redução de demandas nessa área. O descumprimento de obrigações trabalhistas por desconhecimento por parte do empregador, também gera judicialização.⁶⁴

Assim, a necessidade de informação e orientação para que se cumpra efetivamente o acesso à justiça são medidas necessárias. A ausência de conhecimento sobre direitos e as dificuldades dela decorrentes são, ainda, dificuldades para o acesso.

Nesse contexto, importante mencionar o trabalho desenvolvido pela AMB no programa denominado CIDADANIA E JUSTIÇA TAMBÉM SE APRENDEM NA ESCOLA,

⁶⁴ Nesse sentido, Watanabe (In: GRINOVER et al., 1988, p. 135): “Assim concebida a Justiça, como instituição com plena adequação às reais necessidade do País e em condições de realização da ordem jurídica justa, o acesso a ela deve ser possibilitado a todos e os obstáculos que surjam, de natureza econômica, social ou cultural, devem ser devidamente removidos. Justiça gratuita, assistência judiciária, informação e orientação, são alguns dos serviços que se prestam, desde que convenientemente organizados, à remoção desses obstáculos.”

visando a conscientização junto ao ambiente escolar, para professores, alunos e familiares, de seus direitos e deveres como cidadãos. Iniciado no ano de 1992 com a publicação de uma cartilha da Justiça em quadrinhos, a ideia do programa surgiu dos dirigentes associativos ao constatarem, durante a Assembleia Nacional Constituinte, como a população desconhecia o funcionamento do Poder Judiciário e por isso era dele distante. O lançamento oficial do programa foi ano de 1997, quando passou a ser desenvolvido em outros Estados, além do Paraná, onde foi piloto.⁶⁵

Programa semelhante, que faz parte da agenda permanente da ANAMATRA e das AMATRAS das várias regiões, recebe a denominação “Trabalho, Justiça e Cidadania”.⁶⁶

O TJC foi criado no ano de 2004, tendo como objetivos integrar o judiciário à sociedade, informar ao cidadão sobre seus direitos básicos e, assim, promover o exercício da cidadania. É desenvolvido contando com parcerias com os Tribunais, escolas municipais, Ministério Público, OIT, secretarias de Educação e de Cultura, OAB, associações comunitárias, além de outros. Já beneficiou, em dez anos, mais de 150 mil pessoas, envolveu 15 mil educadores em 22 estados e no Distrito Federal, o que demonstra como foi elevado o nível de acolhimento do Programa pela sociedade (ANAMATRA, 2018a).

Em consulta na página da ANAMATRA, várias informações são obtidas a respeito do programa, desde a criação, comissões, método de trabalho e atuação, cartilhas, parcerias, constantes, inclusive, em um livro dos 10 anos do TJC.

Não há, no entanto, dados específicos sobre reflexos do programa no acesso à justiça, cujos efeitos muitas vezes são de difícil mensuração, necessitando de pesquisas e trabalhos específicos, voltados para essa apuração, na medida em que possível a inter-relação.

⁶⁵ Disponível em: <http://www.amb.com.br/cej/sub_programa.html>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁶⁶ “O Programa Trabalho, Justiça e Cidadania é uma iniciativa de construção de cidadania da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Por meio do Programa, magistrados, membros do Ministério Público, advogados, professores de Direito e servidores do Judiciário semeiam noções básicas de direitos fundamentais, direito do trabalho, direito da criança e do adolescente, direito do consumidor, direito penal, ética e cidadania em escolas, especialmente as públicas, de diversos estados e municípios. Resultado da constatação da necessidade de conhecimento pelos cidadãos dos direitos básicos garantidos pela Constituição Federal, assim como dos direitos específicos dos trabalhadores e dos meios de acesso à Justiça, o Programa também busca promover a aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade, estabelecendo o diálogo dos magistrados com professores e alunos para assim alcançar o meio social em que vivem. Através de palestras, cursos, debates, distribuição de cartilhas e guias de assistência jurídica gratuita, o Programa tem permitido que os magistrados do trabalho se aproximem tanto das crianças e jovens estudantes como dos profissionais de educação, e se torna ainda mais abrangente com a visita dos alunos ao Poder Judiciário e a simulação de audiências e julgamento, instrumentos de integração positiva que têm trazido ótimos resultados. OBJETIVOS - Conscientização dos direitos e deveres básicos do cidadão; Integração do Judiciário com a sociedade; Promover a qualificação do exercício da cidadania. PÚBLICO-ALVO - O público-alvo é formado por estudantes do ensino fundamental e médio, em especial aqueles que estão se preparando para entrar no mercado de trabalho; estudantes dos cursos profissionalizantes, de escolas de jovens e adultos (EJAS) e também por parcerias com entidades da sociedade civil” (ANAMATRA, 1997).

Vídeo institucional contido na página da entidade contém alguns relatos dos participantes sobre benefícios dos aprendizados em suas vidas. Registra também o vídeo que os bons resultados do programa foram reconhecimentos pela OIT, que inseriu o TJC em seu banco de “boas práticas” (BRASIL; OIT, 2015, p. 72-74).

A ANAMATRA também firmou recentemente, em dezembro de 2018, uma parceria com o UNICEF, para ações de apoio a municípios das regiões da Amazônia legal e do semiárido brasileiro, para levar melhoria de qualidade de vida a crianças e adolescentes, através do TJC (ANAMATRA, 2018b).

O programa cresceu exponencialmente desde sua criação, hoje envolvendo as seguintes frentes: combate ao trabalho infantil, ao trabalho escravo, trabalho doméstico e campanha por segurança e saúde no trabalho (Programa Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho)

Essa atuação constitui relevante mudança de desempenho do papel institucional por integrantes do Judiciário, promovida a partir da democratização social. “Uma cultura democrática determina certos modos de relacionamento, entre os cidadãos e os agentes do Estado, que são bastante distintos dos existentes em regimes autoritários” (VERONESE, 2007).

Trata-se de posição sedimentada, frente as normativas do CNJ, constantes da resolução n. 70, que prevê metas que os tribunais têm de cumprir, através de seus juízes, com o dever de trabalharem junto à sociedade em questões relativas à justiça e à cidadania (BRASIL, 2009).

O que se quer destacar é que essa mudança de postura evidencia maior compreensão de operadores do direito com algumas dificuldades enfrentadas pelo cidadão, para o ingresso no universo jurídico.

Nesse sentido, no intuito de ampliar a visão sobre essas dificuldades, o auxílio vem do sociólogo Pierre Bourdieu e suas considerações sobre o “campo jurídico”, a partir das suas observações sobre a estrutura interna e a atuação dos operadores do direito e demais envolvidos nesse sistema. Muito embora referido sociólogo pouco tenha escrito sobre este “campo”, lançou importantes e valorosas contribuições. O campo principal de estudo de Bourdieu não foi jurídico, mas sim da educação.

Para o entendimento das teorias sociológicas de Bourdieu, uma introdução é feita a partir dos estudos de Madeira (2007, p. 20-22), que explicita seu método construtivismo estruturalista, que se vale de “[...] uma tríade conceitual: capitais, campo e habitus formam o seu referencial de análise da realidade social.”

Nas teorias de Bourdieu, o conceito de capitais está amparado na concepção de Marx, de “relação social que dá poder aos possuidores frente aos despossuídos”, estendido pelo sociólogo a outras formas de riquezas, abrangendo os capitais cultural, social e simbólico.

Prossegue-se com alguns esclarecimentos de Madeira (2007, p. 20-21) para compreensão dos conceitos e métodos de interpretação adotados pelo sociólogo:

O capital cultural designa uma relação privilegiada com a cultura erudita e a cultura escolar; o capital social, uma rede de relações sociais que acaba estabelecendo relações de pertencimento; e o capital simbólico é formado pelo conjunto de signos e símbolos que permitem ao agente se situar no espaço social. Essa última forma de capital permite aos dominantes imporem seu arbítrio cultural aos dominados, fazendo-os percebê-lo como legítimo.

Outro conceito importante da teoria bourdiana é o de violência simbólica – muito recorrente na tentativa de compreensão do campo jurídico, implicando na *capacidade de imposição consentida de um arbitrário cultural aos dominados*.

Mais diretamente relacionado ao nosso objetivo de discussão, o conceito de campo é a forma de compreensão das estruturas sociais que formam a sociedade. Segundo Bourdieu, uma sociedade diferenciada não forma uma totalidade única, integrada com funções sistemáticas, mas consiste em um conjunto de espaços de jogos relativamente autônomos que não podem ser remetidos a uma lógica social única.

[...]

Segundo Bourdieu, o campo é um espaço de conflitos e de concorrência, no qual luta-se pelo estabelecimento do monopólio do capital pertinente ao campo.

Por fim, o último conceito da tríade bourdiana chama-se *habitus*, *um sistema de esquemas de percepção, de apreciação e de ação. Um conjunto de conhecimentos práticos adquiridos ao longo do tempo que nos permite perceber, agir e evoluir com naturalidade num universo social dado* (grifo da autora).

As avaliações de Bourdieu sobre a forma de funcionamento do campo jurídico são utilizadas como apontamentos das dificuldades enfrentadas pelo cidadão, parte no processo e leigo quanto à técnica jurídica.

Bourdieu (In: BOURDIEU; TEUBNER, 2000, p. 155-156), em “Elementos para una sociología del campo jurídico”, no qual explicita sua compreensão sobre o direito e racionalidade jurídica, inicia ressaltando o contexto em que se estabeleceu o sistema do direito, de forma fechada e autônoma, tendo a reivindicação de autonomia se afirmado com a elaboração de uma teoria de que o pensamento e a ação jurídica partem de um pensar específico e estariam totalmente livre do peso do social. Uma ilusão.

Para o sociólogo, o campo jurídico (assim como outros campos), se constitui em um espaço de luta de poder, travada pelos diversos agentes investidos de uma competência inseparavelmente social e técnica, que competem pelo monopólio “[...] del derecho a decir el derecho, es decir, por establecer cuál es la buena distribución (nomos) o el buen orden”, mencionando: professores (doutrinadores), juízes, advogados, Ministério Público (BOURDIEU In: BOURDIEU; TEUBNER, 2000, p. 160).

Ao analisar a divisão do trabalho jurídico, Bourdieu (In: BOURDIEU; TEUBNER, 2000, p. 168-172) destaca o antagonismo estrutural existente entre as posições dos teóricos e dos práticos, evidenciando, no entanto, a contribuição de cada categoria na construção jurídica, posto que suas funções são complementares.⁶⁷

Ainda para Bourdieu (In: BOURDIEU; TEUBNER, 2000, p. 214-215), a codificação e o formalismo são responsáveis pela construção de um monopólio de saber e técnica, que por sua vez formam o capital jurídico e também são formas de legitimação da violência simbólica.

Seja pela forma como os profissionais se inserem no campo jurídico, seja pela forma como esse corpo de profissionais se mantém no campo, seja pela linguagem que é por eles utilizada, para Bourdieu eles assumem a condição de “dominadores”, e os cidadãos que necessitam do Judiciário e, ao nele ingressarem se sujeitam às regras do jogo, assumem o papel de “dominados”, por não disporem de capital jurídico e compreensão da linguagem do sistema.

A singela pretensão ora lançada é de, diante da visão sociológica conduzida por Bourdieu, refletir em como os leigos (principalmente os integrantes das classes com menor escolaridade), ou seja, aqueles que não pertencem ao “campo jurídico” e nele inserem na busca da resolução de seus conflitos, ingressam em um espaço que possui práticas, linguagem e jogo de poder próprios, dificultando, com certeza, o acesso em seu sentido maior, pelo aspecto de lidar com o meio, entender suas regras e o que nele acontece.

Muito embora as avaliações de Bourdieu sejam apenas sobre o âmbito interno (MADEIRA, 2007, p. 23) e não visem concluir sobre os reflexos ou consequências da forma de atuação no campo por seus profissionais diante do contexto social ou âmbito externo, várias circunstâncias por ele realçadas deixam evidente as dificuldades enfrentadas pelos leigos (cidadãos/partes) em favor dos quais essas atividades existem.⁶⁸

A linguagem é grande empecilho para a compreensão, pelos leigos, do que ocorre no mundo jurídico. Para Bourdieu (2000, p. 181), é uma das formas de se estabelecer monopólio, com a criação de um “espaço judicial” que serve de fronteira entre os que nele operam (que

⁶⁷ Bourdieu (In: BOURDIEU; TEUBNER, 2000, p. 168) assevera: “Es este antagonismo el que se encuentra también en los orígenes de una lucha simbólica permanente en la que se enfrentan definiciones diferentes del trabajo jurídico como interpretaciones autorizadas de los textos canónicos. Las diferentes categorías de intérpretes autorizados tienden siempre a distribuirse en dos polos externos. De un lado, la interpretación que mira hacia la elaboración puramente teórica de la doctrina, monopolio de los profesores que tienen a su cargo la enseñanza, bajo una forma normalizada y formalizada, de las reglas en vigor. Por otro, la interpretación que mira hacia la valoración práctica de casos particulares privilegio de los jueces que llevan a cabo los actos de jurisprudencia y que pueden así, al menos en algunos casos, contribuir también a la construcción jurídica.”

⁶⁸ Segundo Madeira (2007, p. 21), a crítica realizada por Bourdieu no texto referido, é feita quanto às posições corporativas no campo jurídico, “[...] revelando que a evolução do direito não está somente ligada a fatores externos, mas a regras próprias de competência entre os corpos profissionais no interior do referido campo.”

estão preparados para entrar no jogo - campo) e os que nele são lançados (pela necessidade, sem possuírem os conhecimentos específicos).

Nesse viés, Bourdieu (2000, p. 182-183) nos chama atenção de como palavras ordinárias são utilizadas nesse espaço com outro sentido (jurídico):

Si se está de acuerdo com la observación de que, como todo lenguaje sabio (el lenguaje filosófico, por ejemplo), el lenguaje jurídico consiste en un uso particular del lenguaje ordinario, los analistas tienen muchas dificultades en descubrir el verdadero principio de esta “combinación de dependencia e independencia”. [...] Si el lenguaje jurídico puede permitirse emplear una palabra para nombrar cosas totalmente diferentes de las que designa en el lenguaje ordinario, es que los dos usos están asociados a posiciones lingüísticas tan radicalmente excluyentes como lo son, según la fenomenología, la conciencia perceptiva y la conciencia imaginaria. El principio de la separación entre los dos significantes, que se busca ordinariamente dentro del efecto del contexto, no es otra cosa que la dualidad de los espacios mentales, solidarios con los espacios sociales diferentes que los sostienen. Esta discordancia posicional es el fundamento estructural de todos los malentendidos que se puedan producir entre los usuarios de un código sabio (médicos, jueces, etc.) y los simples profanos, tanto en el nivel sintáctico como en el nivel lexicológico, siendo los más significativos los que sobrevienen cuando las palabras del lenguaje ordinario, vaciadas de su sentido común por el uso sabio, funcionan para el profano como “falsos sinónimos”.⁶⁹

Acrescenta-se, causa grande dificuldade de compreensão para os que não pertencem ao campo o jargão jurídico, denominado como “juridiquês” (neologismo para uso excessivo de termos técnicos). Esse obstáculo procurou ser transposto ou minimizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) através de uma campanha lançada no ano de 2005, propondo uma simplificação da linguagem utilizada pelos operadores do direito, com fins de propiciar a democratização do Poder Judiciário e ampliação do acesso da sociedade à justiça.⁷⁰ A necessidade dessa campanha foi detectada após resultado de uma pesquisa de opinião pública sobre o Judiciário, solicitada pela AMB ao IBOPE, na qual as principais queixas relatadas foram de incompreensão dos termos e desconhecimento da estrutura (FOLHA DE S. PAULO, 2005).

⁶⁹ Em nota de rodapé, o texto de Bourdieu (In: BOURDIEU; TEUBNER, 2000, p. 183) cita como exemplo a palavra “causa”, que tem na linguagem comum sentido diverso daquele que possui no direito. Menciona a palavra “competência”, por fruto de experiência profissional desta mestrandia, que ao declarar em audiência a incompetência do Juízo, presenciou a incompreensão e espanto das partes, pelo entendimento de que uma juíza se dizia “com falta de conhecimentos ou capacidade” para julgar um processo, tomando a palavra pelo significado ordinário.

⁷⁰ “A AMB lançou na manhã desta quinta-feira, dia 11 de agosto, no Rio de Janeiro, uma campanha que levará os magistrados, os integrantes do Ministério Público e os demais operadores do Direito a refletir sobre a necessidade de simplificar a linguagem utilizada por esses profissionais, com o objetivo de democratizar o Poder Judiciário e ampliar o acesso da sociedade à Justiça. A cerimônia de lançamento da Campanha Nacional pela Simplificação da Linguagem Jurídica foi realizada Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (Direito Rio/FGV). Para a entidade, na prática isso pode ser alcançado por meio de mudanças simples no hábito desses profissionais, trocando, por exemplo, expressões complicadas como “ergástulo público” por cadeia, e “cártula chéquica” por folha de cheque. “O Poder Judiciário é inacessível porque fala outra língua e isso afasta a Justiça de todos”, disse o diretor da Direto Rio, Joaquim Falcão” (AMB, 2005).

O campo judicial é composto por profissionais que conhecem as regras escritas e não escritas do jogo jurídico, sendo as últimas “[...] aquellas reglas que es necesario conocer para triunfar contra la letra de la ley” (BOURDIEU, 2000, p. 186).

Entrar no jogo é aceitar a construção jurídica e suas regras específicas para resolução de conflitos, renunciando a outras formas de violência física ou moral. É se sujeitar também ao resultado.

A entrada no campo jurídico pela parte (demandante), significa assumir a condição de cliente diante de um profissional, a quem é conferida a primeira apreciação do seu “sentimiento de la injusticia”, delegando a ele a condução ou administração do “caso”, ou seja, sujeitando-se à interpretação que deste profissional pode advir quanto à construção e resolução da disputa.⁷¹

Assim, as dificuldades para o leigo adentrar e frequentar o “campo jurídico” são muitas e representam, sim, obstáculos para o acesso à justiça, iniciando pela informação quanto a seus direitos, apresentação de seu “sentimento de injustiça” a um profissional, passando pela forma como esse profissional vai conduzir seu “caso”, os trâmites do processo, o linguajar utilizado no meio, e, por fim, o jogo de poder que envolve os profissionais que atuam no campo, em um breve resumo.

Os programas mencionados denotam que os operadores do direito não estão alheios a essas circunstâncias e procuram minimizar as dificuldades, sendo certo que esse quadro não é exclusividade do Judiciário.

É certo que as regras do jogo de um “campo” nunca serão de total conhecimento daqueles que não o protagonizam, por razões óbvias pertinentes a formação profissional e experiência. No entanto, tratando-se de acesso à justiça, deve haver empenho dos operadores do direito no sentido de facilitar a compreensão do que nele acontece para aqueles que buscam essa forma de solução de conflitos, o que contribui inclusive, para a compreensão e aceitação de resultados.

Um enorme ganho para o jurisdicionado seria ele próprio poder ler e entender os pontos centrais de uma decisão judicial.

⁷¹ As palavras de Bourdieu (In: BOURDIEU; TEUBNER, 2000, p. 191-192) a esse respeito: “La constitución del campo jurídico es inseparable de la instauración del monopolio de los profesionales sobre la producción y la comercialización de esta categoría particular de productos que son los servicios jurídicos. La competencia jurídica es un poder específico que permite controlar el acceso al campo jurídico, ya que puede determinar qué conflictos merecen entrar en él y la forma específica que deben revestir para constituirse em debates propiamente jurídicos.”

5 O ACESSO À JUSTIÇA, O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS NOVOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O que se espera e o que se deve esperar do Judiciário?

Se espera demais do Judiciário, até mesmo porque ele não pode operar sem a observância de um ordenamento, de regras, que demandam tempo e formalidades. Por outro lado, se espera exatamente o que deveria ser ofertado, ou seja, a solução de conflitos de forma célere, eficaz e justa.⁷²

O que geralmente esperam as partes do Judiciário, no momento da audiência, é a solução do litígio no qual se viram envolvidas e que não foram capazes de resolver, sendo o acesso à justiça essa garantia.

Forma mais célere e eficaz de pacificação (diz-se aqui pacificação e não resolução do conflito)⁷³ é, com certeza, o acordo ou a mediação, que são possibilidades de um resultado com prevalência da vontade das partes, em consonância, logicamente, com as garantias constitucionais, evitando-se uma solução adjudicada, mais lenta e custosa e fatalmente não bem recebida por uma das partes.

⁷² Tentando ilustrar esse quadro, menciona-se manifestação ocorrida em uma audiência inaugural de uma Reclamatória Trabalhista cujo vínculo empregatício era de natureza doméstica, presenciada na atuação profissional desta mestrandia, em audiência ocorrida na 4ª Vara do Trabalho de Taguatinga-DF/TRT da 10ª Região. Os termos específicos não restaram registrados em ata, mas nunca saíram da memória. Duas senhoras ocupavam as posições de empregada e empregadora. Ao final das primeiras tratativas conciliatórias da audiência inaugural, ante as quais se visava pacificar o conflito e resolver as pendências financeiras (havia alegação de justa causa pela Reclamada e nada havia sido pago a título de parcelas rescisórias à Reclamante), sem sucesso, anunciou-se o adiamento para realização da audiência de instrução. A Reclamante, indignada, passou a questionar a todos os presentes porque aquela audiência estava sendo suspensa, se ela ainda não havia recebido qualquer valor, e pedia, olhando para a Juíza, para ser atendida pela “autoridade máxima”, pessoa que ela acreditava lhe asseguraria o pagamento imediato, já que sequer havia recebido o salário dos últimos dias laborados, valor que necessitava para seu sustento. Ainda que considerando: o desconhecimento de questões tão relevantes como os trâmites processuais, o direito à ampla defesa e contraditório; uma visão paternalista do Estado e da Justiça; e de tantas outras considerações que podem ser feitas, quanta lógica havia no inconformismo daquela Reclamante em deixar aquela primeira audiência sem qualquer resultado. Aliás, pode-se dizer que há, ao mesmo tempo, insensatez e razão na fala daquela cidadã.

⁷³ Sobre as formas com que o direito lida com os conflitos, a mediação e a busca da pacificação, importantes as ponderações feitas por Duarte e Almeida (2017), a partir de um olhar específico do Direito, impactado pela antropologia: “O conflito, ao ser apropriado pelo campo jurídico brasileiro, levando em contra nossa tradição jurídica brasileira, hermética e reducionista, passa a existir a partir de categorias jurídicas que se cerram em relação à sociedade. E como a lide para ser resolvida precisa do processo judicial, este é então saudado como instrumento para a pacificação. Por si só esta constatação já problematiza a relação entre o tribunal e a sociedade, vez que pressupõe ser possível não haver conflitos entre as pessoas, que deveriam viver em paz.” “No entanto, como o sistema judicial também não consegue dar conta satisfatoriamente da missão de pacificação do conflito, constata-se uma anunciada crise de legitimidade do Judiciário: que com ela arrasta seus atores, seus métodos e técnicas, suas práticas e discursos. Perante a opinião pública tudo acaba sendo questionado. Neste cenário, a mediação de conflitos é apresentada como uma inovação para o tratamento dos conflitos no Judiciário: ao invés de tratar da lide, de lidar com as partes, na mediação deve se tratar o conflito como um todo, lidar com as pessoas. Assim, ao invés de solucionar a questão, o mediador deveria ser apenas ponte de um diálogo a ser construído por aqueles que estão em disputa. Ele é um terceiro passivo: não propõe soluções, não julga, não diz o direito aplicável, não interfere. Ele auxilia, leva à reflexão, escuta.”

A se considerar uma reclamatória trabalhista que tem como objeto forma de término de vínculo de relação empregatícia de natureza doméstica, abrangendo portanto postulação de salário, que é sustento, que é alimento; tendo como partes, geralmente, beneficiários da justiça gratuita, a se considerar a renda mensal fixada legalmente para esse enquadramento, além de evidente, na seara trabalhista, o irrefutável pertencimento do acesso à justiça às garantias integrantes do mínimo existencial, demonstra quanto podem ser eficazes os métodos alternativos de solução de conflitos na garantia do mínimo existencial e do próprio acesso à justiça, sob vários aspectos: seja na celeridade da resolução; seja na contribuição para o menor custo do processo, fator decorrente do anterior; seja, e isso é importante, para que as partes possam se manifestar, opinar, lidar diretamente com os pontos de discórdia, de forma autônoma e em igualdade de condições (presença efetiva das garantias de igualdade e liberdade); seja pela possibilidade de abrir espaço para que outros casos não solucionados por esses métodos obtenham a decisão adjudicada com maior brevidade.

Muito embora se tenha colocado hipótese em que conciliação e mediação seriam tentadas após a judicialização, ou seja, dentro do processo, as vantagens acima apontadas também se aplicam no contexto de uma jurisdição para além do Estado, no que se chama Democratização da Justiça, com acordo e mediação extrajudiciais, ou arbitragem.

Quando as próprias partes ajustam uma solução, a possibilidade de pacificação está mais presente, e há o empoderamento dos envolvidos, experiência que pode ter efeitos para além do caso, tanto entre as partes como para a sociedade.

Mas esse caminho não pode ser percorrido sem observância das garantias constitucionais, sob pena de se macular o acesso à ordem jurídica justa e o próprio mínimo existencial, que tem como pilares justamente a dignidade da pessoa humana e os princípios da igualdade e solidariedade.

Nesse contexto, a teoria do mínimo existencial está em plena consonância com o conceito alargado de acesso à justiça. Caminham ambos tendo em conta a sociedade cada vez mais complexa e múltipla, suas carências, e a necessidade de se envolver a todos, maiorias e minorias e a interdisciplinaridade na busca de solução para os conflitos, a primeira norteando a efetivação da igualdade, o segundo, buscando a pacificação e a mudança de cultura no sentido de que existem outras formas de resolução de conflitos, diversas da adjudicação, que além de solucionar, pacificam os envolvidos.

Não há conflito ou óbice para o entrelaçamento de acesso à justiça, mínimo existencial, métodos alternativos de solução de conflitos, pacificação, direitos e garantias

fundamentais. Ao contrário, todos podem se estabelecer de forma harmônica, na busca dos mesmos objetivos.

5.1 CONCEITO AMPLIADO DE ACESSO À JUSTIÇA

As palavras de Kazuo Watanabe (In: GRINOVER, 1988, p. 128), ainda por ocasião dos trabalhos da Constituinte no ano de 1988, já norteavam os caminhos a serem percorridos diante dos problemas vivenciados pelo Judiciário e com indicação de agravamento:

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

E antes dele, o idealizador do grande Projeto Florença, Mauro Cappelletti, já anunciava a necessidade de nova *postura mental*, propondo na terceira onda, formas de prevenir disputas, com a participação de um conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos, envolvendo, portanto, vários seguimentos da sociedade (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68).

Considerando a complexidade da sociedade moderna, o amplo rol de direitos fundamentais e sociais previstos na CF/88 e a problemática da judicialização instalada, é certo concluir que a estrutura existente e as formas que vem sendo utilizadas para lidar com a questão resolução/pacificação de conflitos não são consistentes e suficientes. Surge a partir dessa constatação, a necessidade de uma jurisdição fora do amparo estatal (PINHO, 2017).

A respeito do acesso à justiça e sua abrangência, Cambi (2007, p. 24-25):

O direito fundamental de acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF, significa o direito à ordem jurídica justa. Assim, a designação acesso à justiça não se limita apenas à mera admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, que abrange: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).

A ampliação do acesso à justiça é portanto, uma das mudanças que o meio jurídico está enfrentando, estampada no novo Código de Processo Civil e na Resolução do CNJ de nº 125, de 29.11.2010, somente para citar algumas circunstâncias.

Trata-se de novo conceito de acesso à justiça, no qual a via Estatal não é a única nem a primeira a ser procurada, muito embora essa escolha esteja sempre disponível. Alguns sujeitos fora do Poder Estatal também são credenciados a promover solução de conflitos.

Esse novo regramento processual coloca à disposição da sociedade novas formas para solução das demandas e, ainda mais, de pacificação, resultado mais aderente às circunstâncias em que as partes não recebem uma decisão adjudicada, mas atuam ativamente para o fim do litígio, através de manifestação de vontade.

O grande desafio é fazer com que esses métodos ganhem publicidade, aceitação e confiança da sociedade e se tornem nova cultura. E para que ganhem aceitação e confiança, outro grande desafio antecede: a ampla observância das garantias processuais.⁷⁴

5.2 OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A PRESERVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS

Mais uma vez citando o aforisma “já se viu sociedade que mudou a lei, mas ainda não se viu lei que mudou sociedade”, temos um alerta de que a mudança de cultura que se vem buscando para a solução de conflitos não se efetiva apenas com a introdução das novas práticas nos textos legais, ou seja, a positivação não resolve tudo.

A absorção desse novo conceito pela sociedade exige ações de informação, esclarecimento, convencimento e, acima de tudo, a observância das garantias constitucionais para que possam os novos métodos de solução de conflitos gozar de credibilidade e confiança.

Pode parecer incoerente, mas muito embora seja insatisfatório o índice de confiança no Judiciário (24% em 2107, segundo dados coletados pelo Índice de Confiança na Justiça ICJBrasil), produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito SP)⁷⁵, pode-se apontar como um dos motivos para a baixa adesão aos métodos alternativos de resolução de litígios na esfera extrajudicial (acordo, mediação e arbitragem), o

⁷⁴ Como observam Pinho e Queiroz (2017, p. 35-36): “A expansão da atuação do Judiciário, concedida pela Carta brasileira, deve ser acompanhada de um reforço nas garantias jurisdicionais e de uma sólida cultura garantista, com fito de evitar uma possível distorção da jurisdição, alteração do Estado de Direito e desequilíbrio na esfera de atuação dos poderes. Essa tônica se dará especialmente na observância e efetiva aplicação das garantias processuais.”

⁷⁵ A confiança da população no Judiciário também apresentou uma queda de 10 pontos percentuais entre 2013 a 2017, passando de 34% para 24% (BRASIL, 2017).

temor de ajustes *contra legem* e/ou prejudiciais. Ou seja, em outras palavras, uma das razões de preferência da via adjudicatória estatal é a maior segurança na observância das garantias legais.

“A partir de um olhar específico do Direito, impactado pela Antropologia”, as expectativas quanto à resolução de demandas pelo Judiciário foram abordadas por Duarte e Almeida (2017):

Mais que uma definição técnica, a noção de jurisdição é uma categoria que vai de encontro com expectativas expressadas com frequência por pessoas que aguardam atendimento no tribunal: “quero que o juiz decida”, “quero que o juiz resolva meu problema”. São depositadas na figura do juiz e em sua atividade de julgar, de decidir, expectativas e sentimentos: sentimentos de medo, raiva, alegria, alívio, indignação; sentimentos que explodem na expectativa de que ali, no seu dia no Tribunal, suas vidas serão resolvidas.

Isso se explica, em parte, pelo fato de que uma das funções do Juiz, ao dirigir o processo, é assegurar igualdade de tratamento às partes, neutralizando desigualdades (PINHO; QUEIROZ, 2017, p. 36).

A história também registra experiência não muito exitosa nos termos de confiabilidade em acordo extrajudicial - as Comissões de Conciliação Prévia instituídas pela Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000. Sindicatos começaram a cobrar percentuais do valor do acordo e empresas passaram a utilizar esse procedimento para obter quitação integral de verbas trabalhistas de períodos anteriores, em autêntica fraude.⁷⁶

⁷⁶ A esse respeito, publicação feita pela ANAMATRA (2009): “O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu hoje (13/5), por maioria de votos, que demandas trabalhistas podem ser submetidas à Justiça do Trabalho antes que tenham sido analisadas por uma Comissão de Conciliação Prévia (CCP). No entendimento dos ministros do Supremo, a decisão preserva o direito universal dos cidadãos de acesso à Justiça. Sete ministros deferiram pedido de liminar feito em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 2139 e 2160) para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 625-D da CLT, que obrigava o trabalhador a primeiro procurar a conciliação no caso de a demanda trabalhista ocorrer em local que conte com uma comissão de conciliação, seja na empresa ou no sindicato da categoria. Para o presidente da ANAMATRA, Cláudio José Montesso, a colocação do Supremo foi muito importante para assegurar que o trabalhador possa vir à juízo independente da existência das comissões. “A empresa não poderá mais exigir que o trabalhador vá às comissões. Ele poderá simplesmente ir direto à Justiça do Trabalho e postular os direitos que não foram atendidos”, explica o magistrado. Montesso lembrou ainda que a Justiça do Trabalho já vinha interpretando em algumas decisões incidentais dentro do processo no sentido da inconstitucionalidade da exigência das CCPs para o ajuizamento da ação. “De alguma forma a Justiça do Trabalho já vinha reforçando o entendimento hoje firmado pelo Supremo”, disse, ao registrar que a exigência contida na lei vinha causando uma grande possibilidade de fraude na quitação das verbas do contrato de trabalho. “Nós já tivemos notícias de milhares de casos em que a fraude ocorreu. As empresas simplesmente não pagavam os trabalhadores, exigiam que seus empregados fossem às CCPs para lá, teoricamente, receberem seus direitos, mas lá davam tudo por quitado e resolvido, sem nenhuma controvérsia. O empregado assinava uma quitação geral e com isso não tinha mais nenhuma possibilidade de reclamar posteriormente”, alertou Montesso. Luta histórica: As irregularidades nas Comissões de Conciliação Prévia são preocupação histórica da ANAMATRA. Em 2002, a entidade encaminhou ao então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, e ao ministro do Trabalho e Emprego, Paulo Jobim, um relatório sobre irregularidades nas Comissões. O relatório foi baseado em levantamento feito nos estados do Amazonas, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Rio Grande do Norte e apontou como as

Aponta Greco (In: MITIDIÉRO et al., 2012, p. 20) as precauções e cautelas que devem ser adotadas com a implantação de medidas que visem reduzir o número de processos, a fim de se evitar injustiças e uma crise ainda maior que a existente: “Impõe-se adotá-las com a preocupação permanente de que contribuam para uma justiça de qualidade, que não cerceie o acesso àqueles que dela necessitam e que respeite integralmente as garantias de um processo justo.”

No mesmo sentido se manifestam Pinho e Queiroz (2017), ou seja, na medida em que consideramos que o termo jurisdição previsto no art. 3º do CPC abrange formas extrajudiciais de solução de conflitos, impõe-se a necessidade de se alinhar as técnicas dos métodos alternativos com as garantias processuais e também, preservar, nessa seara, as garantias fundamentais e constitucionais, requisitos para se legitimar democraticamente esses métodos de obtenção de consenso.

Essa compreensão fortalece a garantia ao mínimo existencial. É justamente o respeito às garantias constitucionais que assegurará a obtenção dos direitos fundamentais contidos na CF/88.

irregularidades mais frequentes a cobrança de percentual sobre o valor do acordo homologado, tanto do empregador quanto do trabalhador, e quitação geral de direitos e não apenas das parcelas objeto da transação. No mesmo ano, por via legislativa, a ANAMÁTRA encaminhou à Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados proposta de mudanças na legislação desse mecanismo (arts. 625-A a 625-H da CLT), sugestão essa que acabou virando o Projeto de Lei nº 1.974/03, apensado, posteriormente, ao PL nº 498 /03 juntamente com o PL nº 2483 /2003. Atualmente, o projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara onde, no último dia 23, recebeu parecer favorável do relator, deputado Régis de Oliveira (PSC-SP), pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa. STF suspende obrigatoriedade das Comissões de Conciliação Prévia.

6 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA NA ÁREA TRABALHISTA

Para iniciar este capítulo, importante uma abordagem sobre a relevância do pleno acesso à Justiça na resolução dos conflitos trabalhistas.

As demandas trabalhistas no Brasil são julgadas por Justiça Especializada, que possui até mesmo um Tribunal Superior próprio, ou seja, é dotada de três instâncias, estrutura apontada descomodada.

Trata-se de exagero? Custo imprudente para o País? Forma desnecessária de incremento do Judiciário? Esses são questionamentos sempre presentes.

Estão desinformadas as vozes que se levantam para dizer que a “Justiça do Trabalho é uma jabuticaba” (CARELLI, 2017). Ela existe em vários países como Inglaterra, Nova Zelândia (desde 1894), Alemanha (com estrutura semelhante à do Brasil – dotada de três instâncias, sendo a última a Corte Superior Federal Trabalhista), França, Bélgica, Israel, Suécia, Noruega e Finlândia.

O fato é que a Justiça do Trabalho foi criada para ser célere, preparada para solucionar com rapidez demandas que dizem respeito a salário, que é alimento. É importante observar que muitas das demandas que chegam ao Judiciário Trabalhista (49,47%, segundo o relatório Justiça em números do CNJ 2016 citado no capítulo acima), referem-se a pedidos de parcelas rescisórias e salários. Ou seja, pagamento pelo trabalho já prestado, relativo às obrigações contratuais do empregado já cumpridas. De outra parte, muitos dos autores de demandas trabalhistas são trabalhadores desempregados, o que torna extremamente necessário um amplo e gratuito acesso ao judiciário.

É uma justiça Especializada porquanto a natureza das demandas assim o exige. O Direito Trabalhista possui princípios próprios, aplicáveis a este tipo de relação, que clama por um equilíbrio de forças inexistente entre as partes envolvidas. É evidente que o empregador possui maior força para imposição de condições, ainda mais quando se está diante de um País com mais de dez milhões de desempregados. Não se ignora as dificuldades de um pequeno empreendedor, o que já foi mencionado. No entanto, quem contrata, quem traça as diretrizes, quem tem o poder diretivo, possui maior imposição dentro desse tipo especialíssimo de relação. Isso tudo torna a Justiça do Trabalho fundamental para a sociedade, já que empregadores e empregados necessitam um do outro e a sociedade necessita de ambos.

As questões que geram a grande judicialização, inclusive na área trabalhista, são várias e já foram abordadas anteriormente, e por isso não serão renovadas neste capítulo.

Também não se tratará neste momento, de possíveis soluções para redução de demandas trabalhistas ou da própria estrutura da Justiça do Trabalho, porque antes de se chegar a essas problemáticas, é preciso identificar os pilares que sustentam todo o nosso ordenamento jurídico, e a partir dessa delimitação, direcionar as ações salutares para esses fins, sem abalar as estruturas, vislumbrando sempre a segurança jurídica.

Os princípios da oralidade e economia processual (simplicidade das formas), o *jus postulandi*, o incentivo à conciliação (presente em todos os momentos do processo trabalhista), são fórmulas que vem sendo adotadas por outras áreas da justiça para tentar diminuir a demora no andamento dos processos e obter a garantia constitucional da razoável duração. Exemplo recente se encontra no disposto no art. 334 do CPC/2015.

No âmbito trabalhista, as garantias constitucionais do amplo acesso à justiça e assistência jurídica integral e gratuita àqueles que não possuem recursos para tanto, são de inegável e relevantíssima importância e assim foi vislumbrado desde a criação dessa Justiça Especializada.

É óbvio, mas muitas vezes não nos damos conta, de que tudo que consumimos, tudo que necessitamos e utilizamos no nosso dia a dia, é fruto do trabalho de várias outras pessoas. O trabalho faz a vida que hoje vivemos possível, do pão que nos alimenta no café da manhã, ao lixo que é recolhido na porta de nossas casas.

É também evidente, que a disponibilidade financeira de um trabalhador que recebe até dois salários mínimos por mês é infinitamente inferior que de um empregador de porte médio.

Não se trata de defesa de universalização da justiça gratuita, mas de assegurar esse direito para os trabalhadores hipossuficientes.

A privação de um trabalhador de seus salários significa comprometimento do sustento, de uma vida condigna.

Voltando os olhos para a teoria em estudo e as demandas trabalhistas, há clareza e até obviedade na plena conexão entre salário, mínimo existencial, garantia fundamental, vida digna.

Não se trata também, como já foi dito, de imprimir uma visão reducionista do mínimo existencial, ou seja, no sentido de que abrange apenas o mínimo vital. Até porque o salário, em tese, deve suportar as despesas não só com alimentação, mas com saúde, educação, lazer, etc.

Trata-se de assegurar, dentro do princípio da igualdade e da obrigatoriedade, uma igualdade material, a importância de um pleno acesso à justiça, com as garantias dos benefícios da assistência judiciária integral nessa Justiça Especializada.

Até o ano de 2017, nunca houve disposição legal fixando honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, sendo este o motivo do destaque desta disposição introduzida pela Lei 13.467/2017 para o presente estudo.

A matéria tinha a sua condução pelo entendimento constante da súmula 219 do c. TST, em observação às disposições contidas na Lei 5.584/70, ou seja, em reclamações trabalhistas envolvendo vínculo empregatício, os honorários somente eram devidos quando a parte autora, assistida por sindicato de sua categoria profissional, comprovasse miserabilidade definida como a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo, ou demonstrasse situação econômica que não lhe permitisse demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

É importante que se diga, o número de Defensores Públicos existente no País não é capaz de suprir toda a demanda (não consegue atender a todos os necessitados de assistência jurídica), sendo a procura por atendimento na área trabalhista atendida apenas parcialmente.⁷⁷

Onerar um trabalhador de baixa renda que vai à Justiça em busca do recebimento de parcelas salariais com honorários de sucumbência, mesmo que de forma parcial, significa comprometer parte do valor destinado ao seu sustento e de sua família.

Introduzir essa regra (dos honorários de sucumbência) nas demandas trabalhistas, e alcançando beneficiários da justiça gratuita, representa evidente retrocesso, além de literal ofensa à garantia constitucional expressa e consolidada da prestação de assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado aos que comprovarem que não dispõem dos recursos necessários (CF, art. 5º, LXXIV).

6.1 O MÍNIMO EXISTENCIAL NO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – APLICAÇÃO DA TEORIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS TRABALHISTAS

Antes de lançar atenção para as decisões da mais alta Corte Trabalhista na abordagem da teoria do mínimo existencial, um questionamento vem à tona. Nas relações entre particulares também se aplicam os princípios e direitos fundamentais?

Os direitos sociais se diferenciam dos direitos fundamentais em dois aspectos, que residem no fato de invocarem, os primeiros, argumentos políticos no caso de judicialização e

⁷⁷ Nota do dia 27.8.2015 noticia que “A Defensoria Pública da União (DPU) no Distrito Federal agora está atendendo a todos os casos que envolvem a Justiça do Trabalho, e não apenas os trabalhadores domésticos, como ocorria anteriormente. A restrição que se mantém é de limitação de três atendimentos iniciais por ofício trabalhista ativo. Além disso, há atuação somente nas Varas do Trabalho de Brasília (não abrange Taguatinga e Gama)” (BRASIL, 2015).

de necessitarem da *interpositio legislatoris* para se tornarem definitivos (TORRES, 2009, p. 130-133).

Por outro lado, é o Estado, por meio da arrecadação dos tributos e da gestão na sua aplicação em políticas públicas, o garantidor, em primeira linha, do respeito à dignidade humana e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (BITENCOURT NETO, 2010, p. 136).

Isso, no entanto, não exclui a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como já decidiu o STF no Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ.⁷⁸

Essa abordagem é feita para que se tenha uma visão das peculiaridades e cautelas cabíveis, quando se trata de invocação do mínimo existencial no âmbito de direitos materiais, ou busca por prestações materiais sociais trabalhistas.

Como foco principal deste estudo, encontra-se a garantia do acesso à justiça, circunstância que assegura o direito de reivindicar demais direitos, também integrantes ou não do arcabouço daqueles essenciais para uma vida digna. Em um segundo olhar, destaca-se a importância de se assegurar o amplo acesso à justiça na esfera judiciária trabalhista, já que trabalho, além de responsável por muitos outros benefícios para o indivíduo, como formador de identidade e saúde mental do trabalhador (DEJOURS, 2009, p. 49-53), é garantidor do salário, de alimento, de sobrevivência, de vida digna .

Efetuada pesquisa jurisprudencial junto ao endereço eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho com o termo “mínimo existencial”, pelo lapso temporal de janeiro de 2018 a novembro de 2018, o resultado obtido é de 158 acórdãos, 194 decisões monocráticas, 4 decisões da Presidência e 2 decisões do CSJT.

Observa-se da leitura dos referidos acórdãos, que a expressão “mínimo existencial”, na maioria dos casos, consta em trechos transcritos das decisões regionais; é lançada sem aprofundamento na teoria ou de forma meramente figurativa, como argumento retórico.

78 “SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - 11/10/2005 SEGUNDA TURMA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8 RIO DE JANEIRO. RELATORA ORIGINÁRIA: MIN. ELLEN GRACIE. RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES. RECORRENTE: UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES – UBC. ADVOGADO: VERA LUCIA RODRIGUES GATTI E OUTROS. RECORRIDO: ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO. ADVOGADO: ROBERTA BAPTISTELLI E OUTRO. EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.”

Dos julgados pesquisados junto ao endereço eletrônico do TST⁷⁹, destaca-se aqueles que mais se apresentam relevantes no contexto da teoria do mínimo existencial.

Várias decisões que tem como Relator o Min. Claudio Brandão mencionam a atribuição e o compromisso das entidades sindicais de observarem, ante ao disposto no art. 7º, XXVI da CF:

[...] as normas de natureza cogente e caráter irrenunciável que representam o mínimo social -ou, para outros, o mínimo existencial -, assegurado ao trabalhador, como, por exemplo, aquelas que tratam sobre a proteção, saúde, higiene, segurança e liberdade do obreiro [...].⁸⁰

O Min. Augusto César Leite de Carvalho, em várias decisões que tratam de terceirização, ressalta a relevante tarefa da Justiça do Trabalho de decidir e delimitar sobre as condições de trabalho dentro de um mínimo de dignidade para o trabalhador, ou seja, definir os limites de tolerância da intermediação do trabalho humano, sem comprometimento do mínimo existencial.⁸¹

Algumas decisões de relatoria do Min. Aloysio Correa da Veiga analisam a legalidade de descontos em folha de até 50% referentes a convênios firmados pelo sindicato da categoria, condição prevista em norma coletiva - PROCESSO Nº TST-RO-560-36.2016.5.08.0000, mas

⁷⁹ Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>.

⁸⁰ (v. ex. - PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-522200-44.2004.5.12.0001). “Nos termos do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, as entidades representativas das categorias profissional e econômica podem dispor acerca de direitos trabalhistas. É necessário, porém, que observem as normas de natureza cogente e caráter irrenunciável que representam o mínimo social - ou, para outros, o mínimo existencial -, assegurado ao trabalhador, como, por exemplo, aquelas que tratam sobre a proteção, saúde, higiene, segurança e liberdade do obreiro, como também afirmado na decisão do STF. Trata-se, aqui, da autonomia privada coletiva, que nada mais é do que expressão, nas sociedades políticas organizadas e como decorrência do pluralismo político, do direito assegurado a esses grupos sociais, por meio das negociações coletivas, de elaborarem normas jurídicas a partir da fixação das condições de trabalho. Estas, por sua vez, são aplicáveis, de modo amplo, aos contratos de trabalho celebrados por eles próprios, no plano individual. É verdadeiro poder social conferido pela Constituição para a criação de normas jurídicas paraestatais com plena validade e eficácia, materializadas por meio das convenções e acordos coletivos de trabalho, instrumentos de autocomposição dos conflitos coletivos.”

⁸¹ (v. ex. PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-1403-91.2014.5.08.0122). “O certo é que o art. 2º da CLT, ao definir empregador e delimitar a sua responsabilidade à razão de todo o risco da atividade econômica, não consente qualquer terceirização. Ainda assim, e *de lege ferenda*, ausente outro marco regulatório para o fenômeno, a Justiça do Trabalho assumiu a relevante tarefa de decidir, em concreto, sobre as condições de trabalho aquém das quais estaria comprometido o mínimo existencial, ou seja, o limite de indisponibilidade a partir do qual se pode exercer a liberdade de empreendimento, inclusive quando está presente o intuito de promover a intermediação do trabalho humano. A insistência dos agentes econômicos na prática da terceirização, como fato social relevante, induziu a Justiça do Trabalho a mitigar a vedação do art. 2º da CLT e situar a matéria no plano dos valores e princípios constitucionais revestidos de conteúdo normativo. Dessa forma, a jurisprudência trabalhista estabeleceu um limite a partir do qual se toleraria a intermediação do labor humano, um padrão lógico que vem de balizar a licitude dessa prática sempre que ela se torna conflituosa, e tal conflito se mostra decorrente da precarização das condições de trabalho, quando cotejadas com aquelas que existiriam se o fato objetivo da terceirização não estivesse presente.”

a expressão “mínimo existencial” consta da fundamentação do acórdão do TRT da 8ª Região.⁸²

Em tópico anterior já foi mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal que menciona a expressão “mínimo existencial” em matéria trabalhista, analisando a questão da terceirização no âmbito da Administração Pública e responsabilidade decorrente pela Administração Pública. Trata-se do Recurso Extraordinário 760.931-DF apresentado pela União, que teve como Relatora a Ministra Rosa Weber e Relator Designado o Ministro Luiz Fux, cujo voto vencedor é no sentido de que a administração pública não é responsável automaticamente pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços por ela contratadas, mas apenas quando houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização da regularidade dos contratos. A expressão mínimo existencial está contida na indexação do voto da Min. Rosa Weber – julgamento em 26.4.2017 pelo Tribunal Pleno, em momento em que faz citação de decisão monocrática do Min Celso de Melo.⁸³

A expressão, nos julgados do TST, é encontrada também em processos que tratam de penhora de bem família⁸⁴; cancelamento de plano de saúde pelo empregador⁸⁵; penhora em

82 (v. ex. PROCESSO Nº TST-RO-560-36.2016.5.08.0000). “O eg. TRT considerou válida a Cláusula 43ª, § 3º, da norma coletiva que autoriza o desconto em folha de pagamento de até 50% do salário base mensal em relação aos convênios firmados pelo sindicato da categoria profissional. O Ministério Público do Trabalho alega que, ao permitir o desconto em folha de até 50% do salário base, a cláusula viabiliza descontos superiores ao percentual de 35% do salário do trabalhador fixado no artigo 1º da Lei nº 10.820/2003. Aduz que fixado o limite percentual legal para o desconto, a cláusula está eivada de ilegalidade, uma vez que possibilita descontos contrários à previsão legal. E, a partir do momento em que os trabalhadores como consumidores comprometem 50% dos seus salários por "facilidades", colocam em risco o mínimo existencial, estando vinculados a uma dívida constante e sem saída, vez que metade do salário está comprometido antecipadamente.”

83 A passagem do referido voto contém os seguintes termos: “Também monocraticamente o eminente Ministro CELSO DE MELLO já reconheceu a necessidade de controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do Estado, considerada a necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais, como a proibição de retrocesso social, a proteção ao mínimo existencial, a vedação da proteção insuficiente e a proibição de excesso.”

84 ARR - 1247-06.2010.5.01.0004 Data de Julgamento: 04/04/2018, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/04/2018. “Nesse contexto, constata-se que o ato da reclamada de cancelar o plano de saúde do reclamante quando ele mais precisava de serviços médicos e hospitalares, tanto que foi aposentado por invalidez em decorrência de doença ocupacional, ofendeu a sua dignidade, na vertente do mínimo existencial, pois privou-o de buscar o tratamento médico mais adequado à sua convalescença, necessário à sua própria sobrevivência digna.”

85 RR - 2215-15.2010.5.11.0018 Data de Julgamento: 07/03/2018, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/03/2018, que cita acórdão do STJ: "PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO. LEI 8.009/90. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. DEVEDOR NÃO RESIDENTE EM VIRTUDE DE USUFRUTO VITALÍCIO DO IMÓVEL EM BENEFÍCIO DE SUA GENITORA. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ESTATUTO DO IDOSO. IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL. 1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental. 2. A Carta Política, no capítulo VII, intitulado 'Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso', preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no

conta bancária através do sistema BACEN-JUD⁸⁶; e em casos de controle na utilização de banheiro durante do horário de trabalho.⁸⁷

6.2 O PROCESSO LEGISLATIVO E AS MACRORREFORMAS PROCESSUAIS - A LEI 13.467/2017, OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E O ACESSO À JUSTIÇA

Três aspectos devem ser considerados quando se trata de reforma processual: sua abrangência (extensão); a conformidade com o processo legislativo; seus fundamentos (argumentos que sustentam a necessidade das alterações legislativas).

Inicialmente destaca-se o aspecto da abrangência das reformas.

Podem ser pontuais, de pequena monta, geralmente cabíveis para ajustar normas ordinárias ao contexto constitucional ou preencher lacunas. Nesse sentido, seus reflexos seriam menores e o alcance não seria de grande repercussão, mas apenas de integração (ALMEIDA, 2014, p. 46).

seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família. 3. O caso sob análise encarta a peculiaridade de a genitora do proprietário residir no imóvel, na condição de usufrutuária vitalícia, e aquele, por tal razão, habita com sua família imóvel alugado. Forçoso concluir, então, que a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990. 4. Ademais, no caso ora sob análise, o Tribunal de origem, com ampla cognição fático-probatória, entendeu pela impenhorabilidade do bem litigioso, consignando a inexistência de propriedade sobre outros imóveis. Infirmar tal decisão implicaria o revolvimento de fatos e provas, o que é defeso a esta Corte ante o teor da Súmula 7 do STJ. 5. Recurso especial não provido" (REsp 950663/SC, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 23.04.2012).

86 RO - 22454-45.2017.5.04.0000 Data de Julgamento: 30/10/2018, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 09/11/2018. "Consideram impenhoráveis tais importâncias, pois representam fonte de subsistência, sobretudo quando cumprem o objetivo de assegurar o mínimo existencial, citando o artigo 833, IV, e § 2º do CPC e jurisprudência da SEEX."

87 Ag-AIRR - 2010-76.2016.5.10.0802 Data de Julgamento: 16/05/2018, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/05/2018. "A egrégia 1ª Turma manteve a decisão em que se concluiu que a reclamada incorreu em ilícito capaz de ferir a dignidade da reclamante, impondo a indenização em dano moral. Manteve, outrossim, o valor da indenização. "CONTROLE DO USO DO BANHEIRO. INDENIZAÇÃO. A garantia a um meio ambiente de trabalho saudável e digno é direito fundamental da personalidade humana, compõe o núcleo mínimo existencial da dignidade de todo ser humano, consoante estabelece a Carta da República, no rol de direitos trabalhistas trazidos pelo Capítulo dos Direitos Sociais, bem como a CLT, que impõe ao empregador o dever de zelo por condições hígdas do meio ambiente de trabalho. Nesse panorama, é inadmissível a imposição de restrições a direitos elementares como o uso de banheiros, ou sujeição a tratamento constrangedor, cuja violação, por si só, enseja o dano ao patrimônio imaterial do trabalhador. Os danos morais caracterizam-se pela violação a um direito da personalidade, cuja transgressão enseja o dever indenizatório por parte do agressor. O dano decorre do fato em si, isto é, razão pela qual não se exige a prova material in re ipsa do abalo causado à vítima. Exige-se a prova do ato ilícito, do nexu causal e da culpa do agressor. Recurso da reclamada conhecido e desprovido". (ID. 8270156)"

Já as reformas macroestruturais, aquelas impactantes no sistema judicial e que por isso afetam com maior extensão a sociedade, devem observar a ordem constitucional democrática e o respeito aos princípios constitucionais do processo (ALMEIDA, 2014, p. 46-47).

Sobre os critérios a serem observados para as macrorreformas, mencionam Nunes e Barros (2010, p. 28):

Portanto, para um novo momento histórico de reformas macroestruturais da legislação processual civil e penal brasileira não se pode olvidar da nossa nova ordem constitucional democrática e do respeito aos princípios constitucionais de processo. Tal preocupação não se refere tão somente a necessária adequação das novas normas processuais propostas ao texto constitucional, mas inicia-se pela observância do devido processo legislativo, pois tendo em vista a magnitude da missão reformista afetará todos os cidadãos e jurisdicionados brasileiros, que buscam junto ao processo jurisdicional a garantia de seus direitos fundamentais. Logo, uma proposta de macro-reforma processual exige um debate e a participação da opinião pública, da sociedade civil organizada em termos amplos. Isto porque em um movimento de reforma processual de tal amplitude não se muda apenas as leis, mais que isto é preciso mudar em determinados casos práticas processuais reiteradas e consagradas.

Barros e Nunes (2010, p. 7553-7555), referem como exemplo de um processo legislativo legítimo e democrático, o relatório da reforma processual civil inglesa de 1998 (ef. WOOLF. Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, section I), que compreende as seguintes fases:

I) a primeira fase, do diagnóstico prévio, no qual são definidos os problemas e detectadas as divergências na aplicação dos institutos processuais, a ser feito mediante pesquisa por membros de vários seguimentos da sociedade e considerando todas as regiões do país;

II) a segunda fase, consiste na definição de diretrizes para a reforma que se mostrou necessária, com a constituição de uma comissão de juristas para elaboração das propostas de reformas, tendo como prioridades as conclusões do diagnóstico prévio e não avaliações pessoais, já que as alterações a serem imprimidas visam a melhoria do sistema como um todo e não apenas particularidades;

III) a terceira fase é a de apresentação do texto elaborado por referida Comissão para debate com a sociedade (vários seguimentos), estabelecendo-se amplo espaço democrático para conhecimento do trabalho, discussões, sugestões;

IV) a quarta fase é do processo legislativo específico, com a apresentação do anteprojeto para o Congresso Nacional, já com as sugestões advindas da sociedade;

V) a quinta fase, após todos os trâmites legislativos previstos na Constituição Federal, aprovação do texto, sanção presidencial e promulgação, é da *vacatio legis*, sendo sugerido o mínimo de um ano, tempo razoável para que os operadores do direito possam se preparar para lidar com a mudanças, mediante estudos, debates e, porque não dizer, uma acomodação das novas normas e amadurecimento de novas rotinas a serem imprimidas;

VI) por fim, a sexta fase, é a de acompanhamento da efetividade das mudanças operadas, a ser feita por outra comissão institucional que deve verificar eventuais problemas e necessidade de ajustes.

O exemplo inglês oferece um bom programa para tornar um processo legislativo eficiente.

O argumento mais utilizado para promover as reformas processuais no Brasil tem sido a busca da celeridade processual.

A respeito de eficiência dos sistemas processuais, dos discursos que vem sendo utilizados para as reformas e a legitimidade desses processos, assim avalia Almeida (2014, p. 44):

Observa-se que o discurso do legislador, que tangenciou todas as alterações examinadas, foi claramente fundamentado na eficiência, sem muita preocupação com o grau de satisfação do jurisdicionado, que se vê cada vez mais afastado do cenário de participação do resultado do processo.

Almeida (2014, p. 44), ainda identifica a eficiência nos sistemas processuais sob duas óticas: de caráter quantitativo e caráter qualitativo, ressaltando que, muito embora sejam vistas como antagônicas, na verdade se completam.

A denominada reforma trabalhista, que engloba alterações em disposições de direito material e processual, teve a iniciativa do Poder Executivo, com ingresso na Câmara dos Deputados em 23.12.2016, em regime de urgência.

O projeto de Lei recebeu na Câmara dos Deputados o número 6787/2016, e comportava a alteração de 7 artigos da CLT e 7 artigos da Lei 6.019/74, com o registro do objetivo:

[...] aprimorar as relações de trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei nº 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário (BRASIL, 2017).

No entanto, chegou ao Senado desfigurado. O que inicialmente era uma microrreforma, com mudança em 7 artigos, passou para um projeto com proposta de alteração de 200 dispositivos da CLT, em um lapso temporal de 3 meses, tendo recebido na Câmara dos Deputados mais de 800 Emendas.

O resultado foi uma macrorreforma, não discutida com a sociedade, que não observou os espaços e momentos próprios para o debate; e resultou em uma profunda transformação na forma de operacionalização do direito do trabalho, retirando pilares nos quais se firmou ao longo de 70 anos.

O argumento de que a CLT é muito antiga e não se ajusta às novas perspectivas do mundo do trabalho, por si só, não se sustenta. A despeito dos vários discursos de que ultrapassada, a Consolidação sofreu alterações para corrigir obsoletismos e, sem se considerar a reforma operada em 2017, se encontrava em perfeita harmonia com o texto constitucional (MANCUSO, 2015, p. 185).⁸⁸

A tramitação do projeto da denominada “reforma trabalhista”, não observou o processo legislativo pertinente. E diante do modelo inglês acima explicitado, não houve diagnóstico prévio ou definição de parâmetros; não houve constituição de comissão de especialistas de regiões e seguimentos diversos para identificação das dificuldades nacionais; não houve participação da sociedade na elaboração do projeto; o tempo de processamento do projeto nas duas casas do Congresso foi curtíssimo; as sugestões de emendas apresentadas, mesmo aquelas consideradas necessárias (conforme relatório do Senador encarregado de referida função) não foram acolhidas, sendo reportado para o futuro, por meio de Medida Provisória, as alterações relevantes, suprimindo o regular processamento legislativo; a *vacatio legis (quatro meses)* foi período insuficiente para os estudos e discussões necessárias quanto à aplicação das alterações implementadas; por fim, foi conduzida em um momento de gravíssima crise institucional.

Em consulta na página da Câmara dos Deputados, é possível obter informações precisas quanto à rapidez da tramitação.⁸⁹ De 23 de dezembro de 2016 a 27 de abril de 2017,

⁸⁸ Vide nota de rodapé 11.

⁸⁹ PL 6787/2016 - Projeto de Lei. Situação: Transformado na Lei Ordinária 13467/2017. Identificação da Proposição. Autor Poder Executivo. Apresentação 23/12/2016. Ementa: Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de 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. NOVA EMENTA: 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. Forma de Apreciação - Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário. Regime de Tramitação - Urgência (Art. 155, RICD) 23/12/2016 PLENÁRIO (PLEN). Apresentação do Projeto de Lei n. 6787/2016, pelo Poder Executivo, que: “Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de

ocorreu toda a tramitação na Câmara Legislativa, com o acréscimo de inúmeras Emendas, sendo encaminhado para o Senado um texto totalmente diverso daquele que teve ingresso na primeira Casa do Congresso, transformado em lei menos de três meses depois.

O período de tramitação no Senado Federal foi de 28.04.2017 a 14.07.2017.⁹⁰

Enquanto muitas das reformas do campo processual civil tiveram como justificativa promover a celeridade, a reforma processual trabalhista explicitamente visou reduzir a judicialização, com ofensa à segurança constitucional do pleno acesso à justiça.

Em que medida a referida reforma contribui para a redução da litigiosidade e aumento da segurança jurídica se as alterações aprovadas não observaram, de forma escoreta, o processo legislativo previsto na Constituição e nem mesmo preceitos constitucionais?

Como atribuir regime de urgência a um projeto de lei com questões tão complexas e que representam mudanças tão impactantes para a sociedade no universo das relações de trabalho?

Da análise do texto do RICD e seus artigos 153 e 155, difícil, para não dizer, incabível, o enquadramento no regime de urgência.⁹¹

Consta o seguinte trecho do relatório apresentado junto à Comissão de Assuntos Econômicos pelo Senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES), Relator do PLC 38/2017:

Em que pese nossa convicção pelo necessário aperfeiçoamento das leis trabalhistas, pautada pelo binômio flexibilização e proteção, não podemos estar alheios às críticas

janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências.” 26/04/2017 PLENÁRIO (PLEN) - 09:00 Sessão Deliberativa Extraordinária 26/04/2017 PLENÁRIO (PLEN) - 22:32 Sessão Deliberativa Extraordinária. Continuação da votação em turno único. Votação da Redação Final. Aprovada a Redação Final assinada pelo Relator, Dep. Rogério Marinho (PSDB-RN). Inteiro teor. A Matéria vai ao Senado Federal. (PL 6.787-B/2016). DCD de 27/04/17 PAG 77 COL 01. Inteiro teor disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 20 set. 2017.

90 Natureza: Norma Geral. Assunto: Social - Trabalho e emprego. Ementa e explicação da ementa. Ementa: 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. TRAMITAÇÃO NO SENADO: Em 28/04/2017 - PLEN - Plenário do Senado Federal. Ação: Apresentado em 28/04/2017 12:03. PLC 38/2017. Em 14/07/2017. SF-SEXPE - Secretaria de Expediente. Situação: TRANSFORMADA EM NORMA JURÍDICA. Ação: (PR) PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. SANCIONADA. LEI 013.467 DE 2017. DOU (Diário Oficial da União) - 14/07/2017 - Seção I - pág. 00001 e 00007. Sancionada em 13/07/2017.”

91 “Do Requerimento de Urgência – Regime Interno da Câmara dos Deputados. Art. 153. A urgência poderá ser requerida quando: I – tratar-se de matéria que envolva a defesa da sociedade democrática e das liberdades fundamentais; II – tratar-se de providência para atender a calamidade pública; III – visar à prorrogação de prazos legais a se findarem, ou à adoção ou alteração de lei para aplicar-se em época certa e próxima; IV – pretender-se a apreciação da matéria na mesma sessão.” “Art. 155. Poderá ser incluída automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada, proposição que verse sobre matéria de relevante e inadiável interesse nacional, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes que representem esse número, aprovado pela maioria absoluta dos Deputados, sem a restrição contida no § 2º do artigo antecedente.”

construtivas apresentadas ao projeto pelos participantes das audiências públicas que realizamos, pelos representantes sindicais que recebemos e pelas emendas apresentadas pelas Senhoras Senadoras e Senhores Senadores a esta Comissão. Deste modo, concertamos junto ao Poder Executivo que alguns itens da proposta em tela devem ser vetados, podendo ser aprimorados por meio da edição de medida provisória que contemple ao mesmo tempo o intuito do projeto aprovado na Câmara dos Deputados e o dever de proteção externado por muitos parlamentares (BRASIL, 2017).

Importante avaliação é feita sobre esse processo legislativo por Gustavo Zabeu Vasen, Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no sentido de que as disposições contidas nos arts. 64 e 65 da Constituição Federal restaram inobservadas, na medida em que emendas apresentadas por Senadores e admitidas como cabidas pelo relator, não foram acatadas, mas rejeitadas, como sugestão de edição de Medida Provisória pelo Presidente da República.⁹²

A tramitação do projeto da reforma trabalhista (hoje Lei 13.467/2017), inobservou o devido processo legislativo.

Diante do histórico já exposto sobre a constitucionalização dos direitos, ou seja, a transferência da ordem normativa para os dizeres máximos da Constituição, é inevitável a conclusão de que toda a reforma legislativa advinda após a Constituição Federal de 1988, seja ela concernente a direito material ou processual, somente pode se operar em conformidade com os ditames constitucionais, que dispõem em linhas gerais sobre as limitações das normas de hierarquia inferior.

Assim, um dos fundamentos legitimadores de reforma legislativa processual é o ajuste ou atualização das normas às diretrizes traçadas pela Constituição, que em contrapartida, fomenta a segurança jurídica, segurança essa que é elemento que afugenta a judicialização exacerbada.

⁹² Segue transcrição de trechos do artigo de Vasen (2017) -Tramitação açodada da “reforma” trabalhista é inconstitucional e impede o debate democrático. “Em síntese, portanto, o relatório expressamente propõe que algumas das emendas apresentadas por outros Senadores e com as quais concorda o relator não sejam acatadas; mas “prestigiadas”. O relatório, assim, deixa de acatar tais emendas (mesmo entendendo-as cabíveis no mérito); rejeita-as formalmente e sugere que o Presidente da República vete alguns artigos e/ou edite medida provisória para tratar de questões que entende devam ser melhor regulamentadas.” “Ora, os artigos 64 e 65 da Constituição da República são claros quanto ao processo legislativo, no que diz respeito ao trâmite do projeto de lei ordinária no Congresso Nacional. Aprovado pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei de iniciativa do Presidente da República, se houver emenda no Senado Federal, o projeto deve obrigatoriamente voltar à apreciação da Câmara dos Deputados para nova deliberação e votação.” “O relatório apresentado na CAE, nesse contexto, parece inovar e violar a Constituição ao criar espécie híbrida de processo legislativo. Propõe a aprovação integral de texto de projeto de lei que entende deva ser parcialmente modificado, sugerindo, simultaneamente, que as alterações ao projeto de lei sejam feitas por veto presidencial e edição de medida provisória, conforme acordo que teria sido realizado entre as Lideranças e o Poder Executivo. Não há qualquer previsão normativa para tal modalidade de processo legislativo.” “Ademais, o artigo 62 da Constituição da República dispõe de forma restritiva a respeito das hipóteses nas quais é cabível a edição de medida provisória de iniciativa do Presidente da República. E as matérias a respeito das quais o Relator sugere a edição de medidas provisórias certamente nelas não se enquadram, sobretudo por inexistir na espécie o requisito constitucional da urgência.”

Outro fundamento consistente para as reformas processuais se encontra na concentração de procedimentos, na reunião de leis esparsas, visando uma melhor visibilidade e simplificação para os operadores do direito.

O projeto de reforma trabalhista, na nota encaminhada pelo Ministro do Trabalho e Emprego Ronaldo Nogueira de Oliveira, tem como fundamentos a necessidade de se aprimorar as relações de trabalho através da valorização das negociações coletivas; prestigiar o diálogo social; atualizar mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra; promover maior flexibilidade na contratação de trabalhadores alargando as possibilidades de terceirização.

Em sua parte processual e especificamente nos dispositivos que se relacionam com o acesso à justiça, que sequer integravam o Projeto de Lei encaminhado pelo Executivo à Câmara dos Deputados em 23.12.2016 (vide notas de rodapé), o explícito objetivo foi de diminuir o número de demandas, e para tanto, foi lançado o argumento da necessidade de reduzir abuso de direito de litigar, com a introdução dos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho.

Merecem destaque os seguintes argumentos constantes do parecer do deputado Rogério Marinho, encarregado da relatoria do PL 6.787/2016, ao tratar das alterações respectivas:

A ausência histórica de um sistema de sucumbência no processo do trabalho estabeleceu um mecanismo de incentivos que resulta na mobilização improdutivo 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 (BRASIL, 2017).

Da análise desse texto, evidencia-se confusão de institutos e de suas finalidades. Ou seja, o que deveria ser inibido através de penalidade por litigância de má-fé, recebe tentativa de contenção por imposição de honorários de sucumbência, em ações cuja natureza das relações envolve parcelas e direitos diversos. Essa é uma particularidade das ações trabalhistas: como são vários os itens objeto de remuneração, dificilmente uma ação contém pedido único; e como são várias as questões que se inserem dentro de uma relação de

emprego, a comprovação muitas vezes representa complexidade. E a improcedência de um ou mais pedidos, por si só, não configura abuso quanto ao exercício do direito de ação.

Se por um lado é certo que a justiça gratuita deve ser concedida somente a quem realmente não tenha condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, por outro não é razoável inibir a procura do Judiciário majorando eventuais hipóteses de litigância de má-fé com instituto que possui finalidade diversa.

É importante reiterar, “equilíbrio contra o impulso de demanda temerária” não se faz com comprometimento de parte de eventual crédito do trabalhador ou com inclusão de custo no processo (verba honorária) principalmente para os beneficiários da justiça gratuita, em literal ofensa à garantia constitucional de assistência judiciária integral e gratuita para todos que dela necessitem, mas sim com definição clara de circunstâncias que representem abuso no ato de litigar, conduta a ser reprimida com multas.

Além da mácula ao processo legislativo identificado na denominada reforma trabalhista, as disposições contidas no art. 791-A da CLT⁹³ afrontam garantia constitucional a que o legislador ordinário está adstrito.

Os honorários da sucumbência visam minimizar as despesas do vencedor da causa com a contratação de advogado, e, no caso do Autor empregado, propiciar que possa obter a integralidade do seu crédito, sem ter que comprometer parte dele com esse custo. Não se destinam à punição de abuso no exercício do direito de ação, até mesmo porque o abuso, como já foi ressaltado acima, tem como meio próprio de ser combatido diante das hipóteses legais (art. 793-B da CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017, reproduzindo texto contido no art. 80 do CPC).

Onerar o trabalhador beneficiário de justiça gratuita, com condição suspensiva de exigibilidade de dois anos, para verificação de obtenção de crédito em outro processo, trata-se

93 “Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. § 1o Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. § 2o Ao fixar os honorários, o juízo observará: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. § 3o Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. § 4o Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.”

de verdadeira opressão e condição danosa, condição mais severa que o texto processual civil aplicável em demandas que não envolvem o crédito preferencial alimentar.

De outra parte, é desarrazoada a premissa de que o recebimento de crédito alimentar em outro processo dissolve a miserabilidade reconhecida.

Onerar o demandante trabalhador, vencido parcialmente e ao mesmo tempo vencedor parcial, com os honorários de sucumbência correspondentes aos pleitos nos quais sucumbiu, é um contrassenso.

Se houve procedência de pedidos, não há se falar em abuso (apenas para refutar, por outro viés, os fundamentos acima destacados pelo Relator do PL 6.787/2016), ou em direito do advogado da outra parte de receber honorários de sucumbência.

Nesse item específico foi introduzido um obstáculo financeiro ao acesso à justiça, em afronta inclusive à garantia constitucional em plena vigência do amplo acesso à jurisdição.

Trata-se de evidente retrocesso, porquanto a inexistência dessa regra na esfera processual trabalhista se funda em equilíbrio de forças, na igualdade, no amparo à parte menos favorecida.

Muito embora óbvio, não se pode deixar de mencionar que a edição de Leis deve observar a conformação com o texto constitucional e seus princípios norteadores.

Outros dispositivos constantes da Lei 13.467/2017 podem ser mencionados, que afetam o acesso à justiça, seja por violá-lo, ou o dificultar, ou o desestimular, consoante classificação empreendida por Bruno Freire, constantes das regras: a) que violam o acesso à justiça ou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – art. 8º, §§ 2º e 3º e § 1º do art. 223-G da CLT; que dificultam o acesso à justiça e alteram princípios e estrutura do processo trabalho – arts. 11-A (prescrição intercorrente), 507-B (termo de quitação de débitos trabalhistas), 840, §§ 1º e 3º (liquidação de pedidos na exordial e extinção do feito sem emenda), 844, §§ 2º e 3º (condenação do reclamante ao pagamento de custas pela ausência, ainda que beneficiário da justiça gratuita, como condição para ajuizamento de nova ação), 878 (restrição quase total da execução de ofício) e 883-A (prazo para inscrição do devedor no BNDT de 45 dias após a citação do executado); e como dispositivos que desestimulam o acesso referido autor indica os arts. 790-B e 791-A da CLT, que dizem respeito, respectivamente, aos honorários da sucumbência e pagamento de honorários periciais pelos reclamantes, ainda que beneficiários da justiça gratuita (SILVA, 2018).

A reforma operada em regime de urgência no Congresso Nacional ignorou legítimos fundamentos do processo legislativo, ou seja, a conformidade com as máximas constitucionais dispostas no art. art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, que asseguram a não exclusão de apreciação

pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito e a assistência jurídica integral e gratuita, como um dever do Estado, àqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

Os estudos empreendimentos levam à clara conclusão de que o acesso à justiça é uma das garantias essenciais para propiciar ao cidadão uma condição de vida digna. Como já ressaltado, o pleno acesso à justiça, de forma gratuita àqueles que não dispõem de condições para arcar com os custos de um processo é o que possibilita “o direito a ter direitos”.

Da mesma forma que a um necessitado devem ser asseguradas a dispensa de custas e a assistência pela Defensoria Pública, deve-se cumprir integralmente o *status negativus*, com o não pagamento de honorários de sucumbência. O acesso à justiça, garantia integrante do mínimo existencial, é também circunstância essencial para que o indivíduo possa reivindicar outros direitos que propiciem uma existência digna, e se perfaz, em grande parte, pelas imunidades tributárias.

Em demandas trabalhistas esse quadro se ajusta ainda mais às garantias do mínimo existencial, porquanto trata-se de pleito de remuneração pelo trabalho executado, que é sustento, que é alimento, que é dignidade.

Assegurar ao trabalhador hipossuficiente a assistência jurídica integral e gratuita, ou seja, o pleno acesso à justiça, e o recebimento da totalidade de seu crédito trabalhista, é garantia constitucional expressa (art. 5º, LXXIV) e presente na ordem geral pelos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho; e nos objetivos fundamentais da República de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e redução das desigualdades sociais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização é grave problema enfrentado na contemporaneidade, sendo diversas as causas e vários os desdobramentos.

Ao mesmo tempo em que se deseja o pleno exercício da cidadania (aqui considerando o acesso à justiça como resultado dessa garantia), não se pode ignorar que o excesso de procura do Judiciário evidencia problemas em/para outras áreas da sociedade.

A busca por soluções deve se dar a partir de um panorama da judicialização abrangendo: identificação das causas e consequências prejudiciais; análise das medidas adotadas pelos poderes estatais e por outros seguimentos da sociedade para tentar diminuir o número de demandas e/ou de litigiosidade e seus resultados; diálogo com outras disciplinas como sociologia, antropologia e economia e aspectos por elas observados.

A questão, por ser complexa, exige o envolvimento de vários seguimentos da sociedade, não podendo ser discutida e resolvida unicamente pelo Judiciário.

O presente trabalho, após algumas análises, dá prevalência aos aspectos intocáveis do direito de acesso à justiça. Ou seja, das soluções a serem adotadas para diminuir a judicialização, algumas diretrizes são traçadas sobre o que não pode ser objeto de supressão, por representar violação tanto à ordem constitucional, como a direitos fundamentais que preservam a dignidade humana.

O acesso à justiça é identificado como elemento instrumental integrante das condições mínimas para uma existência digna. E para propiciar esse acesso, são imprescindíveis as ações negativas e positivas a cargo do Estado para assegurar esse direito aos necessitados, pessoas que não possuem condições de arcar com as despesas respectivas.

Aos hipossuficientes, consoante qualificação legal, devem ser conferidas as imunidades (proteção negativa – dispensa de custas e demais custos processuais) e as prestações (atuação positiva – assistência jurídica pela Defensoria Pública) para possibilitar a garantia constitucional de pleno acesso de forma gratuita.

No nosso ordenamento jurídico ganha relevância o princípio da vedação de retrocesso, posto que a garantia constitucional é de “*assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.*” Esta garantia não pode ser suprimida, é irreversível, posto que está calçada no princípio da segurança jurídica.

Trazendo para o centro o jurisdicionado da área trabalhista carente de recursos e muitas vezes desempregado, esse arcabouço de garantias para o acesso à justiça torna-se ainda mais relevante.

Os direitos reivindicados em ações trabalhistas dizem respeito a salário, garantia de sustento e de vida com dignidade. O trabalho por si só, já é condição de dignidade para cada pessoa, seja por propiciar o sustento, seja pela formação de identidade e conexão com a sociedade na forma de contribuição com os meios de produção.

Nesse contexto, assegurar o pleno acesso à justiça ao trabalhador hipossuficiente é garantia de “primeira grandeza”, posto que amparada por várias salvaguardas: direito fundamental integrante do mínimo existencial para uma vida digna; garantia de liberdade e cidadania; preceito constitucional (art. 5º, LXXIV) protegido pela vedação de retrocesso em nome da estabilidade das relações, fincada na confiança e segurança jurídica.

Não se trata de universalizar o direito de acesso à justiça e torná-lo facilitado e gratuito a todos, mas sim de assegurar esse direito àqueles que não dispõem de condições financeiras.

O acesso à justiça é a garantia que possibilita a reivindicação de outros direitos. Suprimir este direito, ou mitigá-lo, significa retirar todas as demais garantias asseguradas na nossa Constituição cidadã.

De outra parte, não se está a defender o abuso no ato de litigância. Este sim, se trata de comportamento a ser reprimido. O que não se pode, com o propósito de deter o abuso no direito de litigar, é impedir o acesso com obstáculos financeiros para os necessitados.

A pesquisa não fornece soluções para contenção da judicialização, mas sim um pequeno diagnóstico das ações que estão sendo adotadas, de outras que se pretende fomentar, dos benefícios de algumas práticas e dos baixos resultados de outras.

Na verdade, este trabalho cuidou de demonstrar a substancialidade do direito do acesso à justiça como uma das condições mínimas para uma existência digna, e de enfatizar os compromissos firmados na ampla discussão democrática ocorrida por ocasião da Constituinte de 1988, para que deles não possamos nos distanciar, para que as garantias conquistadas não possam ser perdidas. Para que não haja retrocesso, que seria um dano irreparável para nossa ordem democrática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. A influência do neoliberalismo no movimento das reformas processuais direcionadas a otimização de processos repetitivos. **Revista Juris Poesis** – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, ano 17, n. 17, p. 35-54, jan./dez. 2014. ISSN 1516-6635. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2485/revistas-juris-poesis-14.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. AMB lança campanha para simplificar linguagem jurídica. **AMB**, 2005. Disponível em: <http://www.amb.com.br/amb-lanca-campanha-para-simplificar-linguagem-juridica/?doing_wp_cron=1547240780.7733700275421142578125>. Acesso em: 11 jan. 2019.

ANAMATRA. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Direitos sociais na Constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008.

_____. STF suspende obrigatoriedade das Comissões de Conciliação Prévia. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: <<https://anamatra.jusbrasil.com.br/noticias/1059699/stf-suspende-obrigatoriedade-das-comissoes-de-conciliacao-previa>>. Acesso em: 9 mai. 2017.

_____. Anamatra e Unicef firmam parceria em prol de crianças e adolescentes das regiões da Amazônia legal e do semiárido brasileiro. **ANAMATRA**, 2018b. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/27341-anamatra-e-unicef-firmam-parceria-em-prol-de-criancas-e-adolescentes-das-regioes-da-amazonia-legal-e-do-semiarido-brasileiro?highlight=WyJlbmljZWYiXQ>>. Acesso em 29 jan. 2019.

_____. Agenda Político-Institucional Anamatra 2018. Brasília: ANAMATRA, 2018a.

_____. Trabalho, justiça e cidadania (Programa). **ANAMATRA**, 1997. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/tjc/sobre-o-programa>>. Acesso em: 9 jan. 2019.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 19, n. 40, p. 27-41, out. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia dos princípios constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Luís Roberto Barroso**, 2009. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

_____. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Luís Roberto Barroso**, 2015. Disponível em:

<<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, p. 23-32, 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7433/5388>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do Judiciário. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). **Constituição e processo entre o Direito e a Política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOURDIEU, Pierre. Elementos para una sociología del campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho...** Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2000.

BRASIL. Câmara. **Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016...** Brasília: Câmara, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 70, de 18 de março de 2009. **Diário Oficial da União**, 24 mar. 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_70_18032009_22072014152617.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

_____. _____. Justiça em números 2016: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Defensoria Pública da União. Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União. Brasília: DPU, 2018. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama_Atuacao_mapa_DPU.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. _____. Atendimento trabalhista volta a ser prestado no distrito federal. **DPU**, 2015. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-distrito-federal-slideshow/27584-dpu-ajuda-na-resolucao-de-problemas-trabalhistas-no-distrito-federal>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

_____. _____. Resolução nº 133, de 7 de dezembro de 2016. **DPU**, 2016b. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/37078-resolucao-n-133-de-07-de>>

dezembro-de-2017-dispoe-sobre-a-concessao-de-assistencia-juridica-gratuita-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. _____. Resolução nº 134, de 7 de dezembro de 2016. **DPU**, 2016c. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/37083-resolucao-n-134-de-07-de-dezembro-de-2016-fixa-o-valor-de-presuncao-de-necessidade-economica-para-fim-de-assistencia-juridica-integral-e-gratuita>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; OIT. Organização Internacional do Trabalho. Boas práticas: combate ao trabalho infantil no mundo. Brasília: MDS; OIT, 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_398908/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 29 jan. 2019.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017 – Reforma Trabalhista. Brasília: Senado, 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça; FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. In: SEMINÁRIO ACESSO À JUSTIÇA: O CUSTO DO LITÍGIO NO BRASIL E O USO PREDATÓRIO DO SISTEMA JUSTIÇA, 2018, **Anais...**, Brasília: STJ, 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=WmQ3LKsTtQo>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade – ADI 2160. Brasília: STF, 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2160&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 9 mai. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina. Entrevista Robert Alexy (2014). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=J8WKDKC9JEk>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panoptica**, 2007. Disponível em: <www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>. Acesso em: 27 nov. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O mito da jabuticaba: a Justiça do Trabalho no mundo. **Jota**, 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/?pagename=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-mito-da-jabuticaba-a-justica-do-trabalho-no-mundo-30112017>. Acesso em: 5 jan. 2019.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004. Disponível em: <revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

COURTIS, Christian. La prohibición de regressividad em materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (Comp.). **Ni un paso atrás la prohibición de regressividad em materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006.

CUNHA, Rogerio de Vidal. **Manual da justiça gratuita**. Curitiba: Juruá, 2016.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. **DUDH**, 1948. Disponível em:

<<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704/20220>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

DOTTA, Alexandre Godoy; CABRAL, Rodrigo Maciel. Mínimo existencial na hermenêutica da jurisprudência brasileira referente às políticas públicas relativas ao direito à educação.

Revista Unisinos, 2018. Disponível em:

<<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.102.05/60746469>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

DUARTE, Fernanda; ALMEIDA, Gabriel G. S. Lima. Práticas judiciárias e mediação de conflitos: uma experiência no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Publica Direito**, 2017.

Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=63f35343d6f9681c>>. Acesso em: 2 set. 2018.

FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. **Revista da AJURIS**, v. 34, n. 108, dez. 2007. Disponível em:

<<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/121ab/12226/12712?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

FOLHA DE S. PAULO. Juízes fazem campanha contra “juridiquês”. **Folha**, Seção Cotidiano, 11 ago. 2005. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ffl108200508.htm>>. Acesso em: de jan. 2019.

FRIEDMAN, Lawrence M. Litigância e sociedade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 13-34, mai./ago. 2013. Disponível em:

<[file:///C:/Users/TRT/Downloads/10643-24319-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/TRT/Downloads/10643-24319-1-PB%20(2).pdf)>. Acesso em: 14 nov. 2018.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Relatório ICJ Brasil: 1º semestre/2016. **Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo**, 2016. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 mai. 2017.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2017.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). **Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Calos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

MADEIRA, Lígia Mori. O direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, jun. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça** - Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAURER, Béatrice, Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... In: SARLET, Ingo (Org.). **Dimensões da dignidade** – Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho: direito fundamental**. São Paulo: LTr, 2001.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1362/1150>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

MESSITTE, Peter. Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, 1968. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/707/663>>. Acesso em: 4 jan. 2019.

_____. Assistência judiciária: novos rumos mundiais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 29 dez. 1967. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66563/69173>>. Acesso em: 4 jan. 2019.

MORAES, Humberto Pena de. Assistência judiciária pública e os mecanismos de acesso à justiça no estado democrático. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

NUNES, Dierle; BARROS, Flaviane de Magalhães. As reformas processuais macroestruturais brasileiras. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan (Coords.). **Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Estudo sobre o movimento de reformas processuais macroestruturais: a necessidade de adequação ao devido processo legislativo. **Publica Direito**, 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3482.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____; TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. **Revista do Processo**, v. 38, n. 217, p. 75-120, mar. 2013. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/78337>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades; BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Revista Direitos Culturais**, v. 3, n. 5, dez. 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Jurisdição e pacificação** [Livro eletrônico]. Curitiba: CRV, 2017.

_____; QUEIROZ, Pedro Gomes. As garantias fundamentais do processo e o instituto da mediação judicial: pontos de tensão e de acomodação. **CIDP**, 2017. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/5/2017_05_0849_0913.pdf>. Acesso em: 8 set. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. O direito de ação como direito político. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ROSEN, Michael. **Dignidade**. Porto Alegre: UNISINOS, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **IDCLB**, 2005. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/28/revista28%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/28/revista28%20(10).pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Rev. TST**, Brasília, v. 75, n. 3 jul./set. 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13602/007_sarlet.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Doutrina do TRF4**, 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____; SAAVEDRA, Giovani Agostino. Constitucionalismo e democracia... In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coords.). **Constituição e processo entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Periódicos UFPB**, 2005. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814/8375>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

SCHWABE, Jürgen (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução de Leonardo Martins et al. Montevideu: Fundação Konrad

Adenauer, 2005. Disponível em: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c0b3d47d-beba-eb55-0b11-df6c530ddf52&groupId=252038>. Acesso em: 29 out. 2018.

SILVA, Bruno Freire e. A reforma processual trabalhista e o acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, ano 43, n. 278, p. 393-410, abr. 2018. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/120081>>. Acesso em: 9 out. 2018.

SILVA, Péricles Batista da. O acesso à ordem jurídica como direito fundamental no Estado Democrático de Direito. **DireitoNet**, 2012. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7413/O-acesso-a-ordem-juridica-como-direito-fundamental-no-Estado-Democratico-de-Direito>>. Acesso em: 9 jan. 2019.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial – A construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. **PIDCC**, 2016. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

TORRES, Ricardo L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 29-49, jul./set. 1989. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>. Acesso em: 28 nov. 2017.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TREVISAN, Thiago Valentim; AMARAL, Sérgio Tibiriçá do. O caso Marbury contra Madison e a origem do controle difuso de constitucionalidade. **Toledo Prudente**, 2009. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2586/2274>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

VASEN, Gustavo Zabeu. Tramitação açodada da “reforma” trabalhista é inconstitucional e impede o debate democrático. **Carta Capital**, 24 mai. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/24/tramitacao-acodada-da-reforma-trabalhista-e-inconstitucional-e-impede-o-debate-democratico/>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

VÁZQUEZ, Rodolfo. Justicia constitucional y democracia. **Unam**, 2008. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2556/2.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

VERONESE, Alexandre. Projetos judiciais de acesso à justiça: entre assistência social e serviços legais. **Revista Direito GV** 5, v. 3, n. 1, p. 13-34, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35194/33998>>. Acesso em: 9 jan. 2019.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. 500 anos de assistência judiciária no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 1 jan. 2000. Acesso em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67467/70077>>. Acesso em: 4 jan. 2019.