



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 213.047/2017-AsJConst/SAJ/PGR

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.467/2017, dita “Reforma Trabalhista”. Assistência judiciária gratuita. Alterações dos arts. 790-B, *caput* e § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Violação do acesso à justiça (art. 5º, *caput*, XXXV e LXXIV, da Constituição da República.)

O **Procurador-Geral da República**, com fundamento nos artigos 102, inciso I, alíneas *a* e *p*, 103, inc. VI, e 129, inc. IV, da Constituição da República, no art. 46, parágrafo único, inc. I, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, propõe

ação direta de inconstitucionalidade,

com pedido de medida cautelar, contra o artigo 1º da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, que aprovou a denominada “Reforma Trabalhista”, nos pontos em que altera ou insere disposições

nos arts. 790-B, *caput* e § 4º; 791-A, § 4º, e 844, § 2º, do Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, o qual aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

Esta petição se acompanha de cópia do ato impugnado (na forma do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999).

1 OBJETO DA AÇÃO

É o seguinte o teor das normas impugnadas nesta ação:

LEI 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017

Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

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

[...]

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

[...]

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

.....

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência,

fixados entre o mínimo de 5% (...) e o máximo de 15% (...) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

[...]

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

.....
“Art. 844.

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

Os dispositivos apontados apresentam inconstitucionalidade material, por impor restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho, em violação aos arts. 1º, incisos III e IV;¹ 3º,

¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]
III – a dignidade da pessoa humana;
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]”.

incs. I e III;² 5º, *caput*, incs. XXXV e LXXIV e § 2º;³ e 7º a 9º da Constituição da República.⁴

² “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

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

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

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁴ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...].

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...]

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; [...].

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Para promover a denominada reforma trabalhista, com intensa desregulamentação da proteção social do trabalho, a Lei 13.467/2017 inseriu 96 disposições na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a maior parte delas com redução de direitos materiais dos trabalhadores.⁵

Com propósito desregulamentador e declarado objetivo de reduzir o número de demandas perante a Justiça do Trabalho,⁶ a legislação avançou sobre garantias processuais e viola direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade judiciária, como pressuposto de acesso à jurisdição trabalhista.

Assim o fez ao alterar os arts. 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação, e autorizar uso de créditos trabalhistas auferidos em qualquer processo, pelo demandante beneficiário de justiça gra-

meio dele defender.”

⁵ A Lei 13.467/2017 facilita uso do trabalho autônomo (CLT, art. 442-B), amplia a contratação terceirizada de mão de obra (art. 2º), institui modalidades contratuais ultraflexíveis, como o trabalho intermitente (CLT, art. 452-A), fomenta negociação coletiva com finalidade redutora de direitos de fonte legal (CLT, arts. 611-A e 611-B), inclusive em matérias relativas a saúde e segurança do trabalhador (CLT, art. 611-A, XII), flexibiliza a composição salarial (CLT, art. 457, §§ 2º e 4º) e a jornada de trabalho (CLT, arts. 59, §§ 5º e 6º, 59-A, 59-B, 611-A, I a III, e 611-B, parágrafo único), dificulta a equiparação salarial (CLT, art. 461, §§ 1º e 5º), entre outras medidas redutoras de garantias materiais dos trabalhadores.

⁶ Conforme justificativas dos pareceres ao projeto de lei 6.787, de 2016, da Câmara dos Deputados (PLC), e do PL 38, de 2017, do Senado Federal. Relatório da comissão especial destinada a proferir parecer ao PL 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, p. 69. Parecer do relator do PLC 38/2017, do Senado Federal, Senador RICARDO FERRAÇO, p. 55.

tuita, para pagar honorários periciais e advocatícios de sucumbência. Mesma inconstitucionalidade cometeu ao inserir no § 2º do art. 844 da CLT previsão de condenação do beneficiário de justiça gratuita a pagamento de custas, quando der causa a arquivamento do processo por ausência à audiência inaugural, o que se agrava ante a previsão inserida no § 3º, que condiciona o ajuizamento de nova demanda ao pagamento das custas devidas no processo anterior:

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

Segundo J. J. GOMES CANOTILHO, o direito de acesso aos tribunais já foi considerado como concretização do princípio estruturante do estado de direito.⁷ Reconhecido no plano internacional como direito humano, encontra previsão nos artigos 8 e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 10 de dezembro de 1948;⁸ no artigo 14 (item 1) do Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos (PISDCP), de 19 de dezembro de 1966,⁹ e no artigo 8 (item 1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novem-

⁷ CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 491.

⁸ “Artigo 8. Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo 10. Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra si.

⁹ “Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. [...]”. Promulgada pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

bro de 1969, que enuncia de forma específica o direito de acesso à jurisdição trabalhista:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.¹⁰

A Constituição de 1988 consagra a garantia de amplo acesso à jurisdição no art. 5º, XXXV e LXXIV, que tratam dos direitos a inafastabilidade da jurisdição e a assistência judiciária integral aos necessitados.¹¹

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

Com isso, atentam contra o mais elementar mecanismo de ampliação das garantias jurisdicionais que, na clássica obra de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, constituiu a primeira das três ondas renovatórias de acesso à justiça no século XX: a assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados, em superação ao obstácu-

¹⁰ Promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

¹¹ Transcritos na nota 3.

lo econômico de acesso à justiça, especialmente para tutela de direitos econômicos e sociais.¹²

Mais grave é isso ocorrer na Justiça do Trabalho, constitucionalmente vocacionada ao atendimento de demandas da grande massa trabalhadora em busca de solução de conflitos decorrentes da violação (não raro sistemática) de seus direitos laborais.¹³

A legislação impugnada investe contra garantia fundamental da população trabalhadora socialmente mais vulnerável e alveja a tutela judicial de seus direitos econômicos e sociais trabalhistas, que integram o conteúdo mínimo existencial dos direitos fundamentais, na medida de sua indispensabilidade ao provimento das condições materiais mínimas de vida do trabalhador pobre.

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

Em face da intensidade dos obstáculos econômicos impostos aos direitos fundamentais dos demandantes pobres, as normas impugnadas ainda incorrem em inconstitucionalidade por violação aos

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

¹³ Essa primeira onda se dispõe a enfrentar o obstáculo por meio da criação de órgãos estatais voltados a prestar aos pobres informação a respeito de seus direitos e da eliminação ou redução dos custos dos processos, inclusive quanto a honorários de advogado. SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo de Oliveira (org.). *Direito e justiça*. São Paulo: Ática, 1989, p. 45-46.

princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso, configurando desvio de finalidade legislativa.

2.2 RESTRIÇÕES INCONSTITUCIONAIS DE ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO

2.2.1 Inconstitucionalidade de Honorários Periciais e Advocácios contra Beneficiário de Justiça Gratuita

Dispõem os arts. 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT, na redação conferida pela nova legislação, ora impugnada (sem destaque no original):

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

[...]

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

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

[...]

§ 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.

A **assistência judiciária gratuita** na Justiça do Trabalho é disciplinada pelo art. 14, *caput*, da Lei 5.584, de 26 de junho de 1970, em vigor, segundo o qual, no processo 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”.¹⁴

O benefício da **gratuidade judiciária**¹⁵ encontra-se disciplinado pelo § 3º do art. 790 da CLT. Antes da reforma, ele vigorava na redação dada pela Lei 10.537, de 27 de agosto de 2002, que destinava o benefício da gratuidade aqueles que (a) percebessem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou que (b) declarassem, sob as penas da lei, não estar em condição de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.¹⁶

¹⁴ “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”.

¹⁵ Conforme FREDIE DIDIER JÚNIOR e RAFAEL OLIVEIRA, “justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, ou ainda gratuidade judiciária, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento dos honorários do advogado. Assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público ou particular”. DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da Justiça Gratuita. Aspectos Processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal nº 1060/50)*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2005, p. 6-7.

¹⁶ “§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal,

A Lei 13.467/2017 alterou esse § 3º e substituiu o critério configurador de insuficiência de recursos. Facultou ao juízo conceder gratuidade judiciária “àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (...) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” (RGPS).¹⁷ O novo § 4º do dispositivo, também inserido pela reforma, assegura gratuidade à parte que comprovar insuficiência de recursos para pagar as custas do processo.¹⁸

A respeito da “faculdade” de que trata o § 3º, em linha textual idêntica à do enunciado revogado, GABRIEL SAAD, JOSÉ EDUARDO SAAD e ANA MARIA CASTELO BRANCO defendem tratar-se de dever estatal fundado no art. 5º, LXXIV, da CR, sempre que configurada carência de recursos para atender às despesas processuais:

O teor do inciso LXXIV do art. 5º da Lei Fundamental (“*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”) não se trata de uma faculdade do magistrado, mas um dever, se comprovada a condição de necessitado do autor ou do réu.

É, portanto, dever do Estado prestar tal assistência a quem provar não possuir recursos para suportar as despesas processuais. A Lei 1.060/50 regula essa norma constitucional. [...]

O legislador, no tocante ao benefício da justiça gratuita, insiste no erro de considerar faculdade do juiz deferi-lo ou

ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”.

¹⁷ “§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (...) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

¹⁸ “§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”.

não. Entendemos que, provado ser a parte um necessitado, deve o juiz outorgar-lhe o benefício da justiça gratuita.

À semelhança do que estabeleceu a Constituição, no preceito inciso LXXIV do art. 5º, com referência ao dever do Estado de prestar assistência judiciária aos necessitados, caberia à lei ordinária dizer, às expensas, que o juiz é obrigado a conceder o benefício da gratuidade a quem não tiver recursos para atender às despesas processuais.¹⁹

Em idêntico sentido, tranquila jurisprudência trabalhista garante gratuidade de custas e despesas processuais à parte que comprovar insuficiência de recursos, nos termos do art. 790, § 3º, da CLT, combinado com dispositivos da Lei 1.060/1950.²⁰

Esses dispositivos da Lei 1.060/1950 foram em parte derogados e substituídos pelos arts. 98 a 102 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil). O art. 98, *caput*, não deixa dúvida de que a gratuidade judiciária abrange custas, despesas processuais e honorários advocatícios.²¹

¹⁹ SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castelo. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2007, p. 1.304.

²⁰ “RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. 1 – Para a concessão do benefício da gratuidade da justiça, que não se confunde com a habilitação para a condenação ao pagamento de honorários assistenciais ou advocatícios, é suficiente que seja declarada a condição de pobreza, nos termos do § 1º do artigo 4º da Lei nº 1.060/50 (com a redação da Lei nº 7.510/86) e da OJ nº 304 da SBDI-1 do TST. E, nos termos da OJ nº 269 da SBDI-1, pode ser requerido a qualquer tempo ou em qualquer grau de jurisdição. 2 – Não há exigência de padrão formal para a declaração de pobreza, a qual se pode extrair das alegações da parte sobre sua condição econômica, que não lhe permita demandar sem prejuízo do seu sustento ou de sua família, o que se constata no caso dos autos, pela leitura das razões do recurso ordinário do reclamante [...]”. TST. 6ª Turma. Recurso de revista 943001820095120021. Rel.: Min. KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho*, 18 dez. 2015.

²¹ “Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorá-

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

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

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

O mesmo ocorre com o § 4º do novo art. 791-A da CLT, inserido pela lei impugnada, relativamente aos honorários advocatícios de sucumbência. Por muito tempo a jurisprudência trabalhista entendeu-os indevidos, em face da capacidade postulatória das partes (CLT, art. 791),²² salvo na hipótese de assistência judiciária gratuita prestada por sindicato da categoria profissional. Nesse caso, a jurisprudência reconhecia devidos honorários em favor do sindicato,

rios advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.

²² “Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

por força do art. 16 da Lei 5.584/1970,²³ em percentual não superior a 15%, por aplicação do art. 11, § 1º, da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.²⁴ Firmou-se nesse sentido a súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho (Resolução 14/1985 do TST).²⁵

Influenciado pela Emenda Constitucional (EC) 45, de 30 de dezembro de 2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho para causas não estritamente trabalhistas, e pelo novo Código de Processo Civil (CPC), que passou a disciplinar a gratuidade judiciária (arts. 98 a 102), recentemente o TST alterou a súmula 219 e passou a admitir pagamento de honorários advocatícios de sucumbência também na hipótese em que o sindicato atue como substituto processual, em ação rescisória e em causas não derivadas de relação de emprego (Resolução 204/2016, do TST).²⁶

²³ “Art 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.”

²⁴ “Art. 11 [...]

1º Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% ([...]) sobre o líquido apurado na execução da sentença.” Revogado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o novo CPC.

²⁵ “Súmula 219. Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.”

²⁶ Súmula 219 do TST: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) – Res. 204/2016, *DEJT* divulgado em 17, 18 e 21 mar. 2016. I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305 da SBDI-I). II – É cabível a con-

O novo art. 791-A da CLT ampliou a incidência de honorários advocatícios de sucumbência para todas as causas trabalhistas (*ca-pul*), até em sucumbência recíproca, em caso de procedência parcial (§ 3º).²⁷

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

Nessas disposições reside a colisão com o art. 5º, LXXIV, da Constituição, ao impor a beneficiários de justiça gratuita pagamento de despesas processuais de sucumbência, até com empenho de créditos auferidos no mesmo ou em outro processo trabalhista, sem que esteja afastada a condição de pobreza que justificou o benefício.

denação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90). V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º). VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.”

²⁷ “Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários”.

A noção de insuficiência de recursos, para os fins da norma de direito fundamental, encontra-se tradicionalmente conformada, no processo do trabalho, pelo art. 14, § 1º, da Lei 5.584/1970, o qual trata da assistência judiciária gratuita. Segundo essa norma, assistência judiciária gratuita é devida ao trabalhador cuja “situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”, ainda que perceba salário superior ao patamar indicado, de dois salários mínimos (sem destaque no original):

§ 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.**²⁸

Articulada com a nova redação do art. 790 da CLT, essa disposição garante **direito a gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho** àquele que se enquadrar em patamar salarial de até 40% do teto de benefícios da Previdência Social (CLT, art. 790, § 3º) e àquele que, mesmo percebendo salário superior, demonstrar situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo próprio e da família (Lei 5.584/1970, art. 14, § 1º). Definido encontra-se, portanto, o direito a gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho.

As normas impugnadas confrontam e anulam essas condições conformadoras da insuficiência de recursos, pois permitem empenho

²⁸ A disposição inspira-se no enunciado do art. 4º da Lei 1.060/1950, derogado pela Lei 13.105/2015: “Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, **sem prejuízo próprio ou de sua família**”. Sem destaque no original.

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

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

Concessão de justiça gratuita implica reconhecimento de que o beneficiário não dispõe de recursos para pagar custas e despesas processuais **sem prejuízo de seu sustento e de sua família**, na linha do art. 14, § 1º, da Lei 5.584/1970. Essa premissa se ancora nas garantias constitucionais de acesso à jurisdição e do mínimo material necessário à proteção da dignidade humana (CR, arts. 1º, III, e 5º, LXXIV). Por conseguinte, créditos trabalhistas auferidos por quem ostente tal condição não se sujeitam a pagamento de custas e despesas processuais, salvo se comprovada perda da condição.

Relativamente aos honorários advocatícios de sucumbência, o novo art. 791-A da CLT, inserido pela legislação reformista, prevê suspensão de exigibilidade de seu pagamento, em favor do beneficiário de justiça gratuita, pelo prazo de dois anos, sob condição de cobrança se o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a gratuidade.

Nessa suspensão de exigibilidade não reside inconstitucionalidade. Disposição idêntica encontra-se no art. 98, § 3º, do CPC de 2015, que disciplina a justiça gratuita relativamente à cobrança de

despesas processuais decorrentes da sucumbência (sem destaque no original):

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 ([...]) 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.

Na hipótese, a obrigação somente se torna exigível se no prazo da suspensão obrigacional o credor demonstrar perda da situação de insuficiência de recursos, o que se alinha ao art. 5º, LXXIV, da Constituição. Nesse sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário 249.003/RS. Reputou compatível com o art. 5º, LXXIV, da CR, o art. 12 da Lei 6.050/1950²⁹ e, por equivalência, o art. 98, § 3º, do CPC, que o derroga e substitui com idêntica disposição.³⁰

²⁹ “Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”

³⁰ “EMBARGOS DECLARATÓRIOS E AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS INFRINGENTES. CONVERSÃO DO EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVOS INTERNOS. JULGAMENTO CONJUNTO. RECEPÇÃO DO ART. 12 DA LEI 1.060/50. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RECUPERAÇÃO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

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

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

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

A norma desconsidera a condição econômica que determinou concessão da justiça gratuita e subtrai do beneficiário, para pagar despesas processuais, recursos econômicos indispensáveis à sua subsistência e à de sua família, em violação à garantia fundamental de gratuidade judiciária (CR, art. 5º, LXXIV).

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

4. Agravos regimentais providos, para fins de consignar a recepção do artigo 12 da Lei 1.060/50 e determinar aos juízos de liquidação e de execução que observem o benefício da assistência judiciária gratuita deferidos no curso da fase cognitiva.” STF. Plenário. RE 249.003/RS. Rel.: Min. EDSON FACHIN. *DJe*, 9 maio 2016.

2.2.2 Inconstitucionalidade do Pagamento de Custas Processuais por Beneficiário de Justiça Gratuita

Idêntica violação à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovarem insuficiência de recursos desferir o art. 844, § 2º, da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017 (sem destaque no original):

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

[...]

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

Imposição de pagamento de custas por reclamante beneficiário de justiça gratuita em razão de arquivamento decorrente de ausência à audiência inicial (§ 2º), até como condição a propositura de nova demanda (§ 3º)³¹, ignora a condição de insuficiência de recursos que justificou o benefício, único pressuposto constitucional à configuração do direito, segundo o art. 5º, LXXIV, da Constituição.

Além de violar a norma de direito fundamental, a disposição afronta tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil, acima referidas, que garantem pleno acesso a justiça – artigo 14 (item 1) do PIDCP e artigo 8 (item 1) do Pacto de São José da Costa Rica. Tais disposições, que gozam de reconhecido *status* de supralegalida-

³¹ “§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.”

de (CR, art. 5º, § 2º),³² são frontalmente contrariadas pela legislação ordinária.

Conforme justificativa do relatório do projeto de lei 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, que deu origem à norma impugnada, o art. 844, § 2º, teria por finalidade “desestimular a litigância descompromissada”.³³ A condenação em custas, até como condição para ajuizar nova demanda trabalhista, assumiria aspecto de sanção processual de natureza punitiva ao comportamento negligente do demandante.

Como sanção a medida não se legitima, porém, seja por ausência de taxatividade da conduta como passível de sanção processual, seja pela intensidade da punição, a ponto de aniquilar a garantia constitucional da assistência judiciária gratuita aos necessitados de recursos (art. 5º, LXXIV), consequência incompatível com o princípio da proporcionalidade.

Sem tipificação legal da conduta (ausência injustificada a audiência) como passível de sanção processual, o propósito punitivo da norma assume caráter de desvio de finalidade legislativa. O art. 793-B da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017,³⁴ contempla taxativa-

³² STF. Plenário. RE 466.343/SP. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. *DJe*, 5 jun. 2009.

³³ “A regra geral do *caput* do art. 844 é mantida, ou seja, arquivamento, no caso de não comparecimento do reclamante, e revelia e confissão, caso o reclamado não compareça. Todavia, **para desestimular a litigância descompromissada**, a ausência do reclamante não elidirá o pagamento das custas processuais, se não for comprovado motivo legalmente justificado para essa ausência. E mais, nova reclamação somente poderá ser ajuizada mediante a comprovação de pagamento das custas da ação anterior”. Relatório da comissão especial destinada a proferir parecer ao PLC 6.787, de 2016, p. 74. Sem destaque no original.

³⁴ “Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

mente as condutas processuais consideradas como litigância de má fé, e o art. 793-C, também inserido pela legislação reformista, identifica as sanções aplicáveis à parte que atue de forma desleal, temerária e descompromissada, como pagamento de multa, além de indenização, honorários advocatícios e despesas efetuadas pela parte contrária.³⁵

Especificamente quanto à ausência do demandante à audiência inaugural, o 732 da CLT já institui impedimento temporário do direito de demandar perante a Justiça do Trabalho, por período de seis meses, àquele que, por duas vezes seguidas, der causa a arquivamento de demanda.³⁶

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

- II – alterar a verdade dos fatos;
- III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI – provocar incidente manifestamente infundado;
- VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.”

³⁵ “Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (...) e inferior a 10% (...) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.”

³⁶ “Art. 732. Na mesma pena do artigo anterior incorrerá o reclamante que, por 2 (...) vezes seguidas, der causa ao arquivamento de que trata o art. 844”. Dispunha o anterior art. 731 da CLT: “Art. 731. Aquele que, tendo apresentado ao distribuidor reclamação verbal, não se apresentar, no prazo estabelecido no parágrafo único do art. 786, à Junta ou Juízo para fazê-lo tomar por termo, incorrerá na pena de perda, pelo prazo de 6 (...) meses, do direito de reclamar perante a Justiça do Trabalho”.

cidadão à Justiça do Trabalho. Sem dispor de recursos para pagar as custas do processo anterior, ficaria impossibilitado de novo acesso à jurisdição trabalhista.

A medida sancionatória assume consequência desproporcionalmente gravosa à garantia de inafastabilidade da jurisdição, inscrita no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, com repercussão restritiva também sobre o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*): ausência de demandante pobre à audiência ensejaria consequência muito mais gravosa do que aos demais trabalhadores que, podendo pagar as custas do processo anterior, teriam novamente franqueado acesso à jurisdição trabalhista, sujeitando-se apenas à sanção temporária prevista no art. 732 da CLT, na hipótese de dois arquivamentos seguidos. A norma, portanto, onera mais gravosa e odiosamente os cidadãos mais vulneráveis, que recebem proteção especial da Constituição.

O novo § 2º (especialmente quando combinado com o § 3º) do art. 844 da CLT padece de vício de proporcionalidade e de isonomia, por impor restrição desmedida a direitos fundamentais, a pretexto de obter finalidade passível de alcance por vias processuais menos restritivas. As normas violam o direito a jurisdição em sua essência, como instrumento de tutela de direitos econômicos básicos do ser humano trabalhador, indispensáveis à sua sobrevivência e à da família, inclusive como pressuposto para exercício das liberdades civis e políticas.

Direito a jurisdição é, nesse sentido, a mais importante garantia de eficácia dos direitos fundamentais. Sem garantia de acesso à jurisdição trabalhista, os direitos fundamentais sociais, despidos de efetividade, reduzem-se a miragens e frustram o projeto constitucional democrático de sociedade justa e solidária (arts. 1º, IV, e 3º, I).

Merece transcrição, a esse respeito, o que observa CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA (sem destaque no original):

O direito à jurisdição é a primeira das garantias constitucionais dos direitos fundamentais, como anteriormente frisado. Jurisdição é direito-garantia sem o qual nenhum dos direitos, reconhecidos e declarados ou constituídos pela Lei Magna ou outro documento legal, tem exercício assegurado e lesão ou ameaça desfeita eficazmente. Primeiramente, o direito à jurisdição é a garantia fundamental das liberdades constitucionais. **Sem o controle jurisdicional, todos os agravos às liberdades permanecem no limbo político e jurídico das impunidades. Todas as manifestações da liberdade, todas as formas de seu exercício asseguradas de nada valem sem o respectivo controle jurisdicional.** A liberdade sem a garantia do pleno exercício do direito à jurisdição é falaciosa, não beneficia o indivíduo, pois não passa de ilusão de direito, o que sempre gera o acomodamento estéril e a desesperança na resistência justa e necessária. **Não é por acaso que os regimes políticos antidemocráticos iniciam suas artes e manhas políticas pela subtração ou pelo tolhimento do direito à jurisdição.** É que sem este direito plenamente assegurado e exercitável o espaço para as estripulias dos ditadores é mais vasto e o descontrolo de seus comportamentos confere-lhes a segurança de que eles se vêm necessitados de continuar no poder. **O direito à jurisdição, ao garantir todo os direitos, especialmente aqueles considerados fundamentais, confere segurança jurídica mais eficaz ao indivíduo e ao cidadão,** gerando, paralelamente, a permanente preocupação dos eventuais titulares dos cargos públicos com a sociedade e com os limites legais a que se encontram sujeitos.³⁷

Por isso a gratuidade judiciária assume caráter de extrema relevância social na Justiça do Trabalho. Trata-se de meio indispensá-

³⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 42-43.

vel ao trabalhador pobre para buscar tutela de direitos vinculados à contraprestação pelo trabalho (CR, arts. 7º a 9º e 114), bem econômico elevado a instrumento constitucional de afirmação da dignidade dos trabalhadores (CR, arts. 1º, III e VI, 170 e 193) e que, por isso, não raro, assume caráter de mínimo existencial.

2.2.3 Gratuidade Judiciária ao Trabalhador Pobre como Garantia Inerente ao Mínimo Existencial

Ao pleitear na Justiça do Trabalho cumprimento de direitos trabalhistas inadimplidos, os trabalhadores carecedores de recursos, com baixo padrão salarial, buscam satisfazer prestações materiais indispensáveis à sua sobrevivência e à da família. O art. 790, § 3º, da CLT, e o art. 14, § 1º, da Lei 5.584/1970, oferecem elementos suficientes a identificar o destinatário do direito a gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho.

Condição indispensável à existência humana digna, saudável e autônoma, o trabalho constitui direito fundamental social (CR, arts. 1º, IV, 5º, XIII, e 6º), e seus rendimentos, para o trabalhador pobre destinatário de gratuidade judiciária, integram a noção de mínimo existencial, porque essenciais ao sustento material básico.³⁸

Esse sustento, na noção constitucional do salário mínimo (CR, art. 7º, IV), compreende amplo rol de prestações essenciais à digni-

³⁸ Como exemplos dos direitos fundamentais sociais mais básicos do ser humano, que integram o mínimo existencial, CRISTINA QUEIROZ cita trabalho, saúde e educação, que devem ser tomados como direitos subjetivos na parcela eminentemente necessária para respeito à dignidade humana: *Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 173 e 214.

dade dos trabalhadores. Estatui a norma que o salário deve ser “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Para MARIA ELISA VILLAS-BÓAS, ainda que não haja consenso acerca da noção de mínimo existencial, alguns elementos são inafastáveis do conceito, como “vida, saúde, identidade, alimentação regular, vestuário básico, moradia, nível basal de educação, direitos trabalhistas essenciais à não escravização, bem como o acesso à justiça apto a garantir isso”.³⁹ Densa doutrina dos direitos fundamentais reconhece o mínimo existencial como pressuposto para exercício (real) da liberdade, tanto na esfera privada quanto em público. Acolhem esse fundamento, com matizes específicos, JOHN RAWLS,⁴⁰ FRIEDRICH HAYEK,⁴¹ AMARTYA SEN,⁴² ROBERT ALEXY⁴³

³⁹ VILLAS-BOAS, Maria Elisa. A atuação da jurisprudência pátria na materialização de um mínimo existencial. In: *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 15, p. 70, jul./dez. 2007.

⁴⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997; RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000; RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁴¹ HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985. v. 2 – A miragem da justiça social. p. 82-128.

⁴² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

e CARLOS SANTIAGO NINO.⁴⁴ No Brasil, citam-se exemplificativamente RICARDO LOBO TORRES⁴⁵ e FERNANDO FACURY SCAFF.⁴⁶

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

É sólida a jurisprudência da Corte em reconhecer inconstitucionalidade por omissão de comportamento estatal que frustre a concretização de direitos fundamentais de segunda geração, identificados com as liberdades positivas, inclusive com superação da reserva do financeiramente possível, quando constatado arbítrio estatal aniquilador do direito ao mínimo existencial. Decisões nesse sentido amparam pedidos de realização dos direitos sociais fundamentais à saúde (arguição de descumprimento de preceito fundamental 45/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO; RE com agravo [ARE] 727.864/PR, rel. Min. CELSO DE MELLO; RE 642.536/AP, rel. Min. LUIZ FUX; RE 745.745/MG, rel. Min. CELSO DE MELLO), ao

⁴⁴ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2. ed. ampl. e rev. Buenos Aires: Astrea, 2007. NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. NINO, Carlos Santiago. *Autonomía y necesidades básicas*. Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, 7, 1990. Disponível em < <http://bit.ly/2vpBsV3> > ou < <http://doxa.ua.es/article/view/1990-n7-autonomia-y-necesidades-basicas> >; acesso em 23 ago. 2017.

⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobos. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁴⁶ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: *Interesse público*, Porto Alegre, ano 7, n. 32, jul./ago. 2005.

atendimento de gestantes em maternidades estaduais (ARE 581.352/AM, rel. Min. CELSO DE MELLO), à instalação de rede de esgoto (ARE 949.214/RJ, rel. Min. EDSON FACHIN), à implantação de serviço de educação básica (RE 878.400/RS, rel. Min. LUIZ FUX; ARE 761.127/AP, rel. Min. ROBERTO BARROSO) e de segurança pública (ARE 723.578/RN, rel. Min. ROSA WEBER), de atendimento infantil em creche e em pré-escola (RE 410.715/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO; agravo regimental no ARE 639.337/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO; ARE 698.258/SP, rel. Min. TEORI ZAVASCKI), entre outros.

Julgado paradigmático a respeito da garantia do mínimo existencial encontra-se no RE 567.985/MT, rel. Min. MARCO AURÉLIO, redator para acórdão o Min. GILMAR MENDES, em que o STF reputou inconstitucional o critério de renda mensal *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo, fixado pelo art. 20, § 3º, da Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), para concessão do benefício assistencial de um salário mínimo mensal, previsto art. 203, V, da Constituição, às pessoas com deficiência e aos idosos “que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”.⁴⁷

A Corte constatou o fenômeno de inconstitucionalização da norma, especialmente decorrente de sucessivas elevações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais, o que teria tornado o critério

⁴⁷ “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

concessivo do benefício constitucional violador da isonomia (CR, art. 5º, *caput*) e da dignidade humana (CR, art. 1º, III). Valeu-se de sólida argumentação do Min. MARCO AURÉLIO, ancorada em variada composição doutrinária acerca do reconhecimento de um **direito subjetivo de natureza pública à esfera de proteção material básica**, que constitui condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação no tocante à participação política. Explorando a tríplice dimensão do princípio de proteção da dignidade humana (como valor intrínseco, como autonomia e como valor comunitário), o voto conduz a consenso sobre a necessidade de proteção do mínimo existencial:

[...] O conteúdo do princípio da dignidade humana é matéria que suscita controvérsias doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais – refiro-me, no particular, ao voto do Ministro DIAS TOFOLLI proferido no Recurso Extraordinário nº 363.889, no qual Sua Excelência consignou: “se para tudo há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá” Afirma-se, então, que o princípio permitiria a defesa de qualquer posição jurídica quando a lide refletir os denominados “desacordos morais razoáveis”, caracterizados pela contraposição de óptica igualmente plausível por meio de argumentos de índole pública. A ubiquidade do uso da dignidade na argumentação jurídica, embora seja crítica legítima, merece exceção no caso em apreço. Explico.

Em recente estudo, LUÍS ROBERTO BARROSO (*Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*, texto inédito em língua portuguesa) destaca que o substrato do conceito de dignidade humana pode ser decomposto em três elementos, a saber: (i) valor intrínseco, (ii) autonomia e (iii) valor comunitário.

Como “valor intrínseco”, a dignidade requer o reconhecimento de que cada indivíduo é um fim em si mesmo, nos termos do amplamente divulgado imperativo

categorico kantiano: “age de modo a utilizar a humanidade, seja em relação à tua própria pessoa ou qualquer outra, sempre e todo o tempo como um fim, e nunca meramente como um meio”. Impede-se, de um lado, a funcionalização do indivíduo e, de outro, afirma-se o valor de cada ser humano independentemente de suas escolhas, situação pessoal ou origem. Ensina o citado autor:

É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é, em primeiro lugar, u valor objetivo que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável (p. 3).

[...]

Como “autonomia”, a dignidade protege o conjunto de decisões e atitudes que concernem especificamente à vida de um indivíduo. O Supremo, ao emprestar interpretação conforme à Constituição aos dispositivos do Código Civil que dispõem sobre as uniões estáveis, para neles incluir as uniões homoafetivas, protegeu, segundo penso, exatamente essa concepção de dignidade. No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, relator Ministro AYRES BRITO, fiz ver:

O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. [...] A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto.

Ora, para que uma pessoa seja capaz de mobilizar a própria razão em busca da construção de um ideal de vida boa – que, no final das contas, nos motiva a existir –, é fundamental que lhe sejam fornecidas condições materiais mínimas. Nesse aspecto, a previsão do artigo 203, inciso V, da Carta Federal também opera em suporte dessa concepção de vida digna.

O autor – LUÍS ROBERTO BARROSO – entende a dignidade ainda como um “valor comunitário”. Atuaria o instituto não

apenas como proteção da esfera individual, mas como limitador do exercício de direitos individuais, resguardando-o coletivamente. Tais aspectos estão ancorados, em alguma medida, nas compreensões morais coletivas e nas práticas arraigadas no meio social.

Nesse último ponto, está incluída a ideia maior de solidariedade social, alçada à condição de princípio pela Constituição.

[...]

No direito pátrio, vale referir à construção de MARIA CELINA BODIN DE MORAES:

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade. (“O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*, 2003, p. 138).

Mostra-se possível discordar, em tese, do arranjo sistemático antes revelado, mas não se pode negar a relação entre a dignidade e (i) a proteção jurídica do indivíduo simplesmente por ostentar a condição humana e (ii) o reconhecimento de uma esfera de proteção material do ser humano, como condição essencial à construção da individualidade e à autodeterminação no tocante à participação política. Com base nessa visão, conclui-se que existe certo grupo de prestações essenciais básicas que se deve fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando mínimo existencial.

Ora, a eliminação dessa forma aguda de pobreza é pré-condição da construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, da estabilidade política, enfim, do desenvolvimento do país como um todo. Sem condições materiais, não pode haver um cidadão pleno, apto a participar nos debates públicos, a produzir argumentos e críticas. Se há algum consenso no âmbito da filosofia moral, é a respeito da existência do dever do Estado de entregar um conjunto de prestações básicas necessárias à sobrevivência do indivíduo, reconhecida tanto pelos defensores do liberalismo, entre os quais se destaca JOHN RAWLS (*Liberalismo político*, 1999, p. 32-33), como por aqueles que extraem os direitos fundamentais da teoria do discurso, caso de JÜRGEN HABERMAS (*Direito e democracia entre facticidade e validade*, v. I, 2006, p. 159-160). Mesmo os que defendem a integração maior entre o Direito e a comunidade, conferindo a esta papel preponderante na definição dos limites dos direitos fundamentais, não escapam a essa compreensão. A propósito, afirma o filósofo do Direito MICHAEL WALZER:

Nenhuma comunidade pode permitir que seus membros morram de fome quando há alimentos disponíveis para eles; nenhum governo pode permanecer passivo numa ocasião dessas – se alega ser governo da comunidade, por ela e para ela (*Esferas de justiça – uma defesa do pluralismo e da igualdade*, 2003, p. 105).

A visão está igualmente no direito brasileiro, do qual cito as obras de ANA PAULA DE BARCELLOS (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2008), INGO WOLFGANG SARLET (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2010), RICARDO LOBO TORRES (*O direito ao mínimo existencial*, 2009) e MARIA CELINA BODIN DE MORAES (“O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*, 2003, p. 105-147). **Com diferentes pressupostos, todos concordam com a necessidade de proteção do mínimo existencial.** Sobre o tema, ensina ANA PAULA DE BARCELLOS:

Ao lado do campo meramente político, uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo

mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. [...] **Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância: também a ponderação tem limites.** (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2008, p. 282).

[...]

Mesmo que tais elementos não convençam, o constituinte instituiu o dever do Estado de prover assistência aos desamparados. Com base no artigo 6º da Carta, compele[m]-se os poderes públicos a realizar políticas públicas para remediar, ainda que minimamente, a situação de miséria daqueles que infelizmente acabaram relegados a essa condição [...].⁴⁸

Elementos argumentativos dessa natureza, presentes na jurisprudência do STF e fundados na proteção da dignidade humana, conduzem à inafastável conclusão de que o direito a assistência judiciária gratuita (CR, art. 5º, LXXIV), prerrogativa básica essencial à viabilização de direitos fundamentais, constitui veículo de garantia do mínimo existencial e assume esse caráter extremo de direito irredutível.⁴⁹

⁴⁸ STF. RE 567.985/MT. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. *DJe* 194, 2 out. 2013. Sem destaque no original.

⁴⁹ Posição defendida por TIAGO FENSTERSEIFER, relativamente ao caráter essencial da assistência judiciária gratuita prestada pela defensoria pública, em cumprimento ao direito fundamental previsto no art. 5º, LXXIV, da Constituição: “[...] para além dos direitos propriamente ‘materiais’ que integram o seu conteúdo, conforme destacados anteriormente, o acesso à justiça ou mesmo o direito fundamental à assistência jurídica titularizado pelas pessoas necessitadas, por sua vez, configura-se como ‘elemento instrumental’ do di-

No julgamento da ADI 2.903-7/PB, relator o Min. CELSO DE MELLO, em que se discutiu concorrência legislativa entre a União e os estados para legislar sobre organização da defensoria pública, o STF atribuiu à assistência judiciária gratuita aos necessitados (CR, art. 5º, LXXXIV) caráter essencial, como direito a ter direitos:

[...] DEFENSORIA PÚBLICA – RELEVÂNCIA – INSTITUIÇÃO PERMANENTE ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO – O DEFENSOR PÚBLICO COMO AGENTE DE CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO DOS NECESSITADOS À ORDEM JURÍDICA.

[...]

– De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como

reito ao mínimo existencial. Isso porque, em linhas gerais, o conteúdo dos demais direitos que compõem o mínimo existencial resultaria completamente esvaziado sem a possibilidade de as situações concretas de violações ou ameaça de violações a tais direitos serem levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. No âmbito de um Estado de Direito, conforme refere ANA PAULA DE BARCELLOS, “não basta a consagração normativa: é preciso existir uma autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos”, de tal sorte que “dizer que o acesso à justiça é um dos componentes do núcleo da dignidade humana significa dizer que todas as pessoas devem ter acesso a tal autoridade: o Judiciário”. Seguindo o mesmo raciocínio, BITENCOURT NETO pontua 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”. Nesse ponto reside a importância crucial de o direito fundamental à assistência jurídica integrar o conteúdo, mesmo que com uma natureza instrumental, do direito ao mínimo existencial.” FENSTERSEIFER, Tiago. Assistência jurídica aos necessitados integra direito ao mínimo existencial. *Consultor jurídico*. Disponível em: < <http://bit.ly/2pe8vtt> > ou < <http://www.conjur.com.br/2017-abr-25/tribuna-defensoria-assistencia-juridica-integra-direito-minimo-existencial> >. Acesso em: 23 ago. 2017.

aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

DIREITO A TER DIREITOS: UMA PRERROGATIVA BÁSICA, QUE SE QUALIFICA COMO FATOR DE VIABILIZAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS E LIBERDADES – DIREITO ESSENCIAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA, ESPECIALMENTE ÀQUELAS QUE NADA TÊM E DE QUE TUDO NECESSITAM. PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE PÕE EM EVIDÊNCIA – CUIDANDO-SE DE PESSOAS NECESSITADAS (CF, ART 5º. LXXIV) – A SIGNIFICATIVA IMPORTÂNCIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL E POLÍTICO-SOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA [...].⁵⁰

Em recursos que cuidam de Compelir o poder público à implantação e criação da defensoria pública, o STF reputa grave e intolerável a omissão estatal em implantar e disponibilizar às pessoas carentes de recursos o serviço de assistência judiciária gratuita (CR,

⁵⁰ STF. Plenário. ADI 2.903/PB. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. *DJe*, 19 set. 2008. Sem destaque no original.

art. 5º, LXXIV), conforme impõe o art. 134 da Constituição,⁵¹ por frustrar injustamente a proteção do **mínimo existencial**.

Nos embargos de declaração no agravo de instrumento 598.212/PR, relator o Min. CELSO DE MELLO, que cuida da implantação de defensoria pública na Comarca de Apucarana (PR), o STF afastou a objeção da reserva do financeiramente possível, com base em parâmetros mínimos de restrição a direitos fundamentais, como os fundados na proteção do mínimo existencial. Vejam-se excertos da ementa e do corpo do julgado:

[Ementa:] AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – DEFENSORIA PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À

⁵¹ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-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.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais [...]”.

ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) [...]

[...]

– Assiste a toda e qualquer pessoa – especialmente àquelas que nada têm e que de tudo necessitam – uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.

– O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs.

– É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

[...]

– A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional – porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de

programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) – autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder. Precedentes: RTJ 162/877-879 – RTJ 164/158-161 – RTJ 174/687 – RTJ 183/818-819 – RTJ 185/794-796, *v.g.* Doutrina.

[...]

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

[...]

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *Informativo/STF* nº 345/2004), a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da “reserva do possível”, considerada, para tanto, a teoria das “restrições das restrições”, segundo a qual – consoante observa LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (“Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) – as limitações a direitos fundamentais, como o de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, **sob pena de ofensa determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de**

retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso [...].⁵²

Na decisão do AgR/RE 763.667/CE, o Tribunal justifica a imposição judicial de criação da Defensoria Pública na Comarca de Groáiras (CE), com esteio no dever estatal de atribuir às pessoas economicamente desprivilegiadas a condição essencial de titulares do “direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social”, sob pena de violação de um dos objetivos fundamentais da República, de construir uma sociedade justa, fraterna e solidária (CR, art. 3º, I), como mostra o seguinte excerto do julgado:

[...] É preciso reconhecer, desse modo, que assiste, a toda e qualquer pessoa – especialmente quando se tratar daquelas que nada têm e que de tudo necessitam –, uma prerrogativa básica que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades.

Torna-se imperioso proclamar, por isso mesmo, que toda pessoa tem direito a ter direitos, assistindo-lhe, nesse contexto, a prerrogativa de ver tais direitos efetivamente implementados em seu benefício, o que põe em evidência – cuidando-se de pessoas necessitadas (CF, art. 5º, LXXIV) – a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública.

É que, sem se reconhecer a realidade de que a Constituição impõe, ao Estado, o dever de atribuir aos desprivilegiados – verdadeiros marginais do sistema jurídico nacional – a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social, não se tornará possível

⁵² STF. 2ª Turma. Embargos de declaração no agravo de instrumento 598.212/PR. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. *DJe* 77, 23 abr. 2014. Sem o destaque do texto no original.

construir a igualdade, nem realizar a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando-se, assim, um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I). [...]⁵³

Idêntico entendimento houve nas decisões proferidas nos agravos 835.956/MA;⁵⁴ 739.151/PI⁵⁵ e 764.969/RS.⁵⁶

Por sua relevância social, a matéria relativa a provimento de cargos de defensor público em localidades desamparadas teve repercussão geral reconhecida no RE 887.671/CE, relator o Min. MARCO AURÉLIO, caso-líder do tema 847 do repertório de repercussão geral do STF, pendente de julgamento.⁵⁷ Em parecer nesse processo, a Procuradoria-Geral da República defende a constitucionalidade da imposição judicial de implantação de defensoria pública nos locais onde não estiver, para dar concretude à garantia de acesso a justiça. Não apenas como meio de acesso ao Judiciário, mas também como **forma de buscar pacificação da sociedade com paridade de armas, para extirpar a desproporção de condições materiais entre litigantes**. Conforme ali se expôs, sem adequada assistência integral aos necessitados, desrespeitam-se os princípios da isonomia (CR, art. 5º, *caput*), da ampla defesa (CR, art. 5º, LV), do devido processo legal (inc. LIV) e da inafastabilidade da jurisdi-

⁵³ STF. 2ª Turma. RE 763.667/CE. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. *DJe* 246, 12 dez. 2013.

⁵⁴ STF. 1ª T. Ag 835.956/MA. Rel.: Min. DIAS TOFFOLI. *DJe* 125, 28 jun. 2013.

⁵⁵ STF. 1ª T. Agravo regimental no Ag 739.151/PI. Rel.: Min. ROSA WEBER. *DJe* 112, 11 jun. 2014.

⁵⁶ STF. 2ª T. Ag 764.969/RS. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. *DJe* 250, 17 dez. 2013.

⁵⁷ Tema 847 de repercussão geral, pendente de julgamento: Definição dos limites à atuação do Poder Judiciário quanto ao preenchimento de cargo de defensor público em localidades desamparadas.

ção (inc. XXXV), com risco evidente de lesão ao direito material pleiteado ou a ser postulado.

Na Justiça do Trabalho, essas razões se potencializam. Não dispõe o trabalhador pobre de assistência judiciária gratuita regularmente prestada pela Defensoria Pública (DP). Não obstante a previsão do art. 14 da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994 (que organiza a DP da União, do Distrito Federal e dos territórios), de que sua atuação se dará em todos os ramos do Judiciário da União, inclusive na Justiça do Trabalho,⁵⁸ o órgão não direciona ordinariamente suas atividades a demandas trabalhistas, por não considerá-las prioritárias em suas atribuições,⁵⁹ salvo em caso de trabalho escravo.⁶⁰

Acesso à justiça implica também acesso a informação e orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos, como imperativo de cidadania.⁶¹

⁵⁸ “Art.14. A Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União.

§ 1º A Defensoria Pública da União deverá firmar convênios com as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, para que estas, em seu nome, atuem junto aos órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição referidos no *caput*, no desempenho das funções que lhe são cometidas por esta Lei Complementar.

§ 2º Não havendo na unidade federada Defensoria Pública constituída nos moldes desta Lei Complementar, é autorizado o convênio com a entidade pública que desempenhar essa função, até que seja criado o órgão próprio”.

⁵⁹ Portaria DPGU 1, de 8 de janeiro de 2007. Disponível em < <http://bit.ly/2g5VGkq> > ou < http://www.dpu.def.br/images/stories/Infoleg/portal_portarias/2007/2007portaria01.pdf >; acesso em 23 ago. 2017.

⁶⁰ Portaria DPGU 501, de 1º de outubro de 2015, art. 3º, V. Disponível em < <http://bit.ly/2vZrLQs> > ou < <http://www.dpu.def.br/legislacao/portarias/28151-05-10-2015-portaria-n-501-de-01-de-outubro-de-2015-bei> >; acesso em 23 ago. 2017.

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

As normas impugnadas acentuam esse quadro de restrição à garantia constitucional, ao exigir dos demandantes pobres pagamento de verbas honorárias sucumbenciais, com uso de créditos auferidos em qualquer processo.

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

Não procede argumentar ser facultativo contratar advogado para demandar perante a Justiça do Trabalho, em face do *jus postulandi* das partes, previsto no art. 791 da CLT.⁶² Além das dificulda-

⁶¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 150.

⁶² “Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”.

des impostas por ausência de conhecimento, pelo demandante, das normas materiais e das técnicas processuais trabalhistas, essa capacidade postulatória das partes se limita às varas do trabalho e aos tribunais regionais do trabalho, mas não alcança recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho, ações rescisória e cautelar e mandado de segurança, conforme reconhece a súmula 425 do TST.⁶³ Isso torna inviável pleno patrocínio de demanda trabalhista sem advogado, o que é apreendido pela reforma trabalhista, ao instituir honorários advocatícios sucumbenciais (CLT, art. 791-A).

Por sua vez, a atividade pericial assume notada relevância social em demandas trabalhistas, porque voltada a apurar fatos relativos à saúde e segurança do trabalhador, obrigatória para caracterizar insalubridade e periculosidade (art. 195 da CLT)⁶⁴ e indispensável em ações decorrentes de acidente ou doença laborais.

Em demanda promovida por beneficiário de justiça gratuita, a atividade pericial assume caráter de essencialidade, especialmente quando apure doença ou acidente de trabalho fatal ou que limite ou incapacite o laborista para atividade profissional, o que confere à

⁶³ Súmula 425. “*JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Res. 165/2010, *DEJT* divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

⁶⁴ “Art. 195. A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho. [...]”

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

verba indenizatória indispensabilidade à subsistência do trabalhador vitimado e de sua família.

Inserindo-se esses direitos trabalhistas na esfera de proteção material básica, a gratuidade judiciária constitucionalmente destinada ao trabalhador pobre (art. 5º, LXXIV) assume caráter de **direito subjetivo de natureza pública**, que se manifesta como **direito de enfrentar os riscos naturais da demanda**, com vistas à satisfação de verbas alimentares, **em condições de paridade de armas** com o empregador, detentor do poder econômico. Sem essa garantia mínima, além de violação ao mínimo existencial, é também profunda a violação ao **princípio da isonomia** (CR, art. 5º, *caput*).

2.2.4 Violação ao Princípio da Isonomia

As normas impugnadas violam o princípio constitucional da isonomia, tanto no plano institucional, ao criar restrições maiores à gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho do que na Comum, quanto no plano das garantias processuais, ao submeter o trabalhador carecedor de recursos a condição de profunda inferioridade de armas processuais, em face do empregador, para assumir os riscos da demanda trabalhista.

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

julgado da decisão, “o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”.

Quanto às custas processuais, o novo § 2º, especialmente quando combinado com o art. 844, § 3º, da CLT, inserido pela reforma, impõe ao beneficiário de justiça gratuita na Justiça do Trabalho o pagamento de custas, em caso de arquivamento do processo decorrente de sua falta à audiência, até como condição para ajuizar nova demanda. Já o art. 90 do CPC de 2015, ao tratar da extinção do processo sem julgamento de mérito, inclusive por desistência, atribui ao demandante desistente responsabilidade pelo pagamento de custas e despesas processuais (*caput*), proporcionalmente à parcela objeto da desistência (§ 1º), mas não imputa essa responsabilidade ao beneficiário de justiça gratuita nem condiciona novo acesso à justiça a pagamento das custas do processo anterior.⁶⁵ Tal consequência também não se extrai dos arts. 98 a 102 do CPC, que tratam da gratuidade judiciária na Justiça Comum.

Tais distinções implicam paradoxo inconcebível à luz da ordem constitucional. Enquanto cidadãos carecedores de recursos encontram na Justiça Comum amplo acesso para defesa de seus direitos fundamentais, especialmente os direitos prestacionais inerentes ao mínimo existencial (verbas alimentares, benefícios previdenciários e assistenciais, medicamentos, serviços básicos de saúde e assistência social etc.), o trabalhador sem recursos é compelido a utilizar

⁶⁵ “Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

§ 1º Sendo parcial a desistência, a renúncia ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários será proporcional à parcela reconhecida, à qual se renunciou ou da qual se desistiu [...]”.

verbas alimentares, indispensáveis a seu sustento, auferidas em processo trabalhista, para pagar custas e despesas processuais.

A ruptura isonômica mais se acentua quando comparado esse novo cenário trabalhista com o dos juizados especiais cíveis (JECs) e criminais, disciplinados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Criados para “juízo e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo”, nos termos do art. 98, I, da Constituição,⁶⁶ eles constituem instrumento constitucional de ampliação do acesso à justiça, por meio de simplificação processual e aceleração de procedimentos. Atuando sob os princípios de oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual (Lei 9.099/1995, art. 2º),⁶⁷ os juizados especiais muito se aproximam do espírito vocacional da Justiça do Trabalho e por isso nela buscam inspiração.

Constitucionalmente destinada à tutela simplificada e célere de direitos laborais, a Justiça do Trabalho assume finalidade social específica e distinta dos fins da Justiça Comum.⁶⁸ Por isso, a especiali-

⁶⁶ “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau [...]”.

⁶⁷ “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

⁶⁸ Segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “o primeiro e mais importante e mais importante princípio que informa o processo trabalhista, distinguindo-o do processo civil comum, é o da finalidade social, de cuja observância decorre uma quebra do princípio da isonomia entre as partes, pelo menos em relação à sistemática tradicional do direito formal”. THEODORO JÚ-

zação judiciária constitucional (arts. 111 a 117) e as especificidades do processo do trabalho, orientado por princípios similares aos dos juizados especiais, como os de conciliação (CLT, art. 764)⁶⁹, oralidade (CLT, art. 840, § 2º)⁷⁰, imediatidade (CLT, art. 820)⁷¹, concentração de atos em audiência (CLT, art. 849)⁷², busca da verdade real (CTL, art. 765)⁷³ e irrecorribilidade imediata de decisões interlocutórias (CLT, art. 893, § 1º).⁷⁴

NIOR, Humberto. Os princípios do Direito Processual Civil e o Processo do Trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de (coord.). *Compêndio de Direito Processual do Trabalho: obra em homenagem a Celso Agrícola Barbi*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 62.

⁶⁹ “Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título”.

§ 3º É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.”

⁷⁰ “§ 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo” (redação conforme Lei 13.467/2017).

⁷¹ “Art. 820. As partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos vogais, das partes, seus representantes ou advogados.”

⁷² “Art. 849. A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação”.

⁷³ “Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

⁷⁴ “§ 1º Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”.

A simplicidade do acesso à Justiça do Trabalho encontra-se presente ainda no *jus postulandi* concedido às partes (CLT, art. 791)⁷⁵ e no pagamento de custas ao final da demanda, após trânsito em julgado da decisão (CLT, art. 789, § 1º).⁷⁶

Nos Juizados Especiais vigora regime idêntico de *jus postulandi* das partes em causas com valor até 20 salários mínimos (Lei 9.099/1995, art. 9º)⁷⁷. Diferentemente da Justiça do Trabalho, nos juizados a norma ordinária concede gratuidade judiciária em primeiro grau de jurisdição e somente admite condenação em custas e honorários de sucumbência em grau recursal (Lei 9.099/1995, art. 54)⁷⁸, salvo em caso de litigância de má fé (art. 55)⁷⁹.

Segundo o estudo *Justiça em Números 2016*, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015 os juizados especiais estaduais e federais somaram 6.360.854 novos casos, e a Justiça do

⁷⁵ Não obstante as limitações expostas no item anterior, objeto da súmula 425 do TST.

⁷⁶ “§ 1º As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal”.

⁷⁷ “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória [...]”.

⁷⁸ “Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Parágrafo único. O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita”.

⁷⁹ “Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa”.

Trabalho recebeu 3.401.510 novas demandas.⁸⁰ Os juizados especiais recebem quase o dobro de novas demandas anualmente, com direito a gratuidade judiciária em primeiro grau, inclusive em benefício de pessoas jurídicas de pequeno porte que auferam receita bruta de até R\$ 4,8 milhões,⁸¹ enquanto na Justiça do Trabalho as normas impugnadas impõem pagamento de custas e despesas processuais a trabalhadores pobres, beneficiários de justiça gratuita, nas hipóteses descritas.

Observe-se o abismo que as normas impugnadas impõem ao tratamento da gratuidade judiciária entre órgãos do Judiciário com estreita identidade institucional, criando discrimen de acesso que não encontra justificativa constitucional, sob o ponto de vista da

⁸⁰ Em 2015, os juizados especiais federais tiveram 1.656.303 novos casos; os juizados especiais estaduais tiveram 4.704.551 novos casos. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. Ver item 3.3.3 (Recorribilidade interna e externa), figura 3.8 – Diagrama da recorribilidade e demanda processual no Poder Judiciário. Disponível em < <http://bit.ly/2ebGHj5> > ou < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf> >. Acesso em: 23 ago. 2017.

⁸¹ Lei 9.099/1995: “Art. 8º [...]”

§ 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: [...] II – as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”

Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte): “Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: [...]”

II – no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 ([...]) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 ([...]).”

natureza dos direitos passíveis de tutela. Impõe-se obstáculo econômico muito superior à tutela de direitos sociais trabalhistas, comparativamente à de direitos sociais na Justiça Comum, especialmente nos JECs, a exemplo dos benefícios previdenciários e assistenciais.

De forma similar ao processo do trabalho, nos juizados especiais a ausência do autor à audiência inicial (como às demais) implica extinção do processo, e cabe ao demandante pagar custas, salvo comprovada força maior (Lei 9.099/1995, art. 51)⁸². Mesmo aí, porém, não impõe a lei pagamento de custas a beneficiário de justiça gratuita nem condiciona ajuizamento de nova demanda a quitação de custas do processo anterior, como o art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT.

Essa discriminação viola o **equilíbrio constitucional de tratamento** entre diferentes meios jurisdicionais de tutela de direitos fundamentais com idêntica natureza social. Para demandantes pobres, as normas impugnadas impõem à tutela jurisdicional de direitos sociais fundamentais trabalhistas (CR, arts. 7º a 9º) condições muito mais restritivas do que as exigidas pela legislação ordinária para tutela dos demais direitos sociais fundamentais previstos no art. 6º da Constituição (saúde, alimentação, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados), passíveis de defesa na Justiça Comum. Todos esses direitos versam indistintamente sobre prestações materiais básicas inerentes ao mínimo existencial.

⁸² “Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei:

I – quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo; [...].

§ 2º No caso do inciso I deste artigo, quando comprovar que a ausência decorre de força maior, a parte poderá ser isentada, pelo Juiz, do pagamento das custas”.

É inegável, pois, a violação da isonomia tutelar entre os direitos fundamentais do art. 6º da Constituição.

Também no plano das garantias processuais, as normas impugnadas submetem o trabalhador carecedor de recursos a condição de profunda inferioridade de armas processuais, em face do empregador, com violação ao princípio isonômico (CR, art. 5º, *caput*), ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e à ampla defesa (art. 5º, LV).

Há quem identifique no processo do trabalho mecanismos de compensação de forças entre as partes – empregado e empregador –, em face da reconhecida desigualdade econômica, das diferentes capacidades para produção de provas e da ausência de garantia de estabilidade no emprego, que torna vulnerável o empregado demandante em sua situação de subordinação jurídica. Advoga MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO a existência de um **princípio de correção de desigualdade**, no processo do trabalho, que implica uso, pelo legislador, de mecanismos facilitadores da atuação processual do empregado.⁸³ Para WAGNER GIGLIO, trata-se de um **princípio de proteção processual**, identificado em mecanismos processuais de proteção ao trabalhador, para promoção de isonomia, tendo em vista que “justo é tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção em que se desigualem”. Dentre tais mecanismos, cita o autor a assistência judiciária gratuita destinada aos trabalhadores pobres.⁸⁴

A gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho exerce relevante papel equalizador de forças processuais, a fim de viabilizar ao trabalhador carecedor de recursos enfrentamento dos riscos naturais da

⁸³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de Direito Processual do Trabalho: Processo de Conhecimento*. V. I. São Paulo: LTr, 2009, p. 93-97.

⁸⁴ GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 67.

demanda, especialmente em relação às despesas processuais mais relevantes, como honorários periciais e também agora os honorários advocatícios de sucumbência.

As normas impugnadas destituem o trabalhador com baixo padrão salarial desse mecanismo de paridade de armas com o empregador e incutem-lhe temor de perda de verbas salariais para pagar essas despesas em caso de sucumbência, o que enseja restrição de acesso à jurisdição trabalhista e prestigia o descumprimento de direitos laborais, especialmente os relacionados à saúde e segurança do trabalho, cuja apuração judicial depende de perícia.

Acesso à justiça, segundo CAPPELLETTI e GARTH, pressupõe efetividade do processo, ideia cuja substância se traduz em **igualdade de armas**, como garantia de que o resultado final da demanda dependa somente do mérito dos direitos discutidos e não de forças externas dos litigantes.⁸⁵ Sem essa paridade, no campo dos direitos sociais trabalhistas o resultado da demanda não traduzirá livre manifestação do direito de ação (CR, art. 5º, XXXV), mas será marcado por intimidação econômica ao trabalhador desprovido de recursos.

São inconstitucionais os arts. 790-B, § 4º, 791-A, § 4º, e 844, § 2º, também por violação ao princípio da isonomia.

2.2.5 Acesso à Jurisdição Trabalhista como Garantia Institucional

GILMAR MENDES identifica a garantia de acesso à justiça (CR, art. 5º, XXXV e LXXIV) como típico caso de direito fundamental cuja realização depende tanto de providências estatais de criação e

⁸⁵ CAPPELLETTI & GARTH, *Acesso à justiça*, obra citada na nota 12, p. 10.

conformação de órgãos judiciários (direito à organização), como de medidas normativas processuais destinadas a ordenar a fruição do direito (direito a procedimento).⁸⁶

Reconhecidos os **direitos à organização e a procedimento** como elemento essencial a realizar a garantia fundamental, leciona INGO SARLET que esse direito implica a possibilidade de exigir do estado e, de modo especial, do legislador, emissão de atos legislativos destinados a criar órgãos e a estabelecer procedimentos que visam a garantir fruição de garantias individuais fundamentais.⁸⁷

No plano da garantia de acesso à jurisdição, isso corresponde a poder exigir do legislador instituição de órgãos judiciários aptos a tutelar direitos fundamentais e edição de normas processuais adequadas à garantia de acesso pleno, igualitário e efetivo a essa tutela, com superação de barreiras, inclusive econômicas.

Nas discussões sobre acesso efetivo à justiça, CAPPELLETTI e GARTH identificam como obstáculo histórico a essa efetividade a desigualdade econômica entre os litigantes, a ponto de se tornar vantagem estratégica das pessoas e organizações que possuam recursos para assumir os riscos econômicos da demanda, em relação aos adversos destituídos de meios. Como observam, a capacidade econômica, “em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa”, como elemento externo capaz de influenciar a efetividade do direito.⁸⁸

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 474-475.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 196-197.

Por isso exatamente, segundo os estudiosos, o primeiro movimento nos países ocidentais democráticos (citam Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos, França, Países Baixos, Áustria e Austrália, entre outros) para ampliação do acesso a justiça, concentrou-se, a partir de 1965, em proporcionar progressivamente serviços jurídicos gratuitos para os pobres.⁸⁹ Esses movimentos constituíram, segundo eles, esforços voltados a criar sociedades mais justas e igualitárias, provendo direitos substantivos aos mais fracos economicamente, inclusive os trabalhadores:

O esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre as pessoas comuns – aqueles que se encontravam tradicionalmente isolados e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais. Nossas sociedades modernas, como assinalamos, avançaram, nos últimos anos, no sentido de prover mais direitos substantivos aos relativamente fracos – em particular, aos consumidores contra os comerciantes, ao público contra os poluidores, aos locatários contra os locadores, aos empregados contra os empregadores (e os sindicatos) e aos cidadãos contra os governos.⁹⁰

Possui esse espírito a garantia do art. 5º, LXXIV, da CR (assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados), voltada a superar obstáculo econômico ao exercício da ação, até como instrumento de paridade de armas, primado do devido processo legal (art. 5º, LIV).

⁸⁸ Dizem os autores: “Pessoas ou organizações que possuem recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva.” CAPPELLETTI & GARTH, *Acesso à justiça*, obra citada na nota 12, p. 21.

⁸⁹ CAPPELLETTI & GARTH, *Acesso à justiça*, obra citada na nota 12, p. 31-49.

⁹⁰ CAPPELLETTI & GARTH, *Acesso à justiça*, obra citada na nota 12, p. 91.

Acesso à justiça também se amolda à noção de direito fundamental como norma de **garantia institucional**, que demanda do estado o dever constitucional de legislar para conformar os institutos jurídicos necessários à tutela judicial efetiva de direitos fundamentais, particularmente dos direitos sociais básicos. Destaca-se, para o trabalhador pobre, a garantia institucional de **acesso gratuito à Justiça do Trabalho** para defesa de direitos laborais de cunho mínimo existencial.

Substrato teórico germinal desse enfoque do direito fundamental como garantia institucional encontra-se na vasta experiência constitucional alemã, crucial para desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. A primeira formulação, na pioneira obra de CARL SCHMITT sobre a teoria da constituição, expõe que a regulação constitucional, para proteção especial a certas instituições, tem a finalidade de tornar impossível suprimir a garantia pela via legislativa ordinária. Após indicar exemplos de garantias institucionais na Constituição de Weimar, complementa:

Uma lei que suprimisse, por princípio, a burocracia profissional seria tão inconstitucional como uma lei que suprimisse a administração municipal autônoma, a família ou o direito de testar. Existem, pois, garantias institucionais com direitos subjetivos e sem eles; a proteção jurídica e a possibilidade de fazer valer pretensões também está conformada de modo muito diversificado; mas à essência da garantia institucional não corresponde nem um direito subjetivo nem a manutenção de uma via jurídica. A garantia constitucional da liberdade da ciência e de seu ensino (art. 142, Constituição alemã), chamada por R. SMEND (*Staatsrechtslehre* 1927 *AöR*. XIII, pág. 107) como “direito fundamental da universidade alemã” consiste numa garantia institucional. Não é um direito fundamental em sentido autêntico, mas significa uma proteção constitucional

contra a supressão legislativa, como é característico da garantia institucional.⁹¹

A preocupação de CARL SCHMITT concentrava-se na necessidade de traçar clara distinção entre os elementos subjetivo e objetivo da norma constitucional e delimitar campo de proteção independente da esfera individual, subjetiva, de proteção dos direitos fundamentais. A formulação seria resgatada no constitucionalismo do pós-guerra em outra perspectiva, que envolve o complexo mecanismo de tutela dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea. Conforme PAULO BONAVIDES, separação estrita entre garantias institucionais e direitos fundamentais não mais se justifica no contexto de constitucionalismo democrático, voltado à defesa dos direitos fundamentais. O papel relevante das garantias institucionais passa a ser o de propiciar tipo especial de proteção aos direitos fundamentais, em situações de potencial violação:

A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.⁹²

BONAVIDES segue a linha de J. J. GOMES CANOTILHO, que alerta, desde as primeiras edições de sua obra sobre Direito Constitucional, acerca da estreita relação das garantias institucionais com a proteção dos direitos fundamentais:

⁹¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 175-177.

⁹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 451. Destaques no original.

As normas que se destinam a proteger instituições (públicas ou privadas) são designadas, pela doutrina, por normas de **garantias institucionais**.

Andam, muitas vezes, associadas às normas de direitos fundamentais, visando proteger formas de vida e de organização social indispensáveis à própria proteção de direitos dos cidadãos.

[...]

As garantias institucionais, constitucionalmente protegidas, visam não tanto “firmar”, “manter” ou “conservar” certas “instituições naturais” mas impedir a sua submissão à completa discricionariedade dos órgãos estaduais, proteger a instituição e defender o cidadão contra ingerências desproporcionadas ou coativas.

[...]

Ao estudarmos o problema das restrições aos direitos fundamentais ver-se-á melhor esta questão. Aqui apenas se volta a acentuar que as garantias institucionais contribuem, em primeiro lugar, para a *efectividade ótima* dos direitos fundamentais (garantias institucionais como meio) e, só depois, se deve transitar para a fixação e estabilização de entes institucionais.^{93,94}

Aplicado ao tema desta ação, surge desse enfoque a garantia institucional de uma Justiça do Trabalho (CR, arts. 111 a 117) hígida, adequadamente dimensionada e amplamente acessível a todos aos que dela careçam, especialmente os trabalhadores pobres, para dar cobro à função constitucional de solver conflitos trabalhistas e atuar como veículo de tutela de seus direitos fundamentais sociais (CR, arts. 7º a 9º).

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: —; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 623.

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.044-1.045.

Apontando para a Constituição de 1988, que conferiu centralidade aos direitos sociais como **direitos fundamentais**, alçados a elementos essenciais ao estado democrático de direito, INGO SARLET chama a atenção dos poderes públicos, inclusive do legislador ordinário, para as **garantias institucionais** de proteção desses direitos:

Finalmente, a perspectiva objetiva permite a tutela das garantias institucionais, ou seja, a proteção de determinadas instituições de direito público e institutos de direito privado (sem desconsiderar aqui que o público e o privado se conectam e não constituem esferas isoladas) que, por sua relevância, **necessitam ser protegidos contra a ação erosiva do legislador.**⁹⁵

[...]

Voltando-nos ao texto da Constituição Federal (1988), é facilmente perceptível que o art. 6º, onde estão sediados os direitos sociais básicos (sem prejuízo dos direitos específicos dos trabalhadores e outros direitos sociais), insere-se num contexto mais amplo no plano constitucional. Com efeito, o Preâmbulo já evidencia o forte compromisso com a justiça social, comprometimento este reforçado pelos princípios fundamentais elencados no Título I da CF, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), positivada como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

Tal princípio, para além de outros aspectos dignos de nota, atua como verdadeiro fio condutor relativamente aos diversos direitos fundamentais, reforçando a existência de uma **recíproca complementaridade entre os direitos civis e políticos (por muitos, designados de direitos individuais ou direitos de liberdade) e os direitos sociais**, na medida em que os direitos fundamentais (ainda que não todos e não da mesma forma) expressam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana. Além disso, a

⁹⁵ SARLET, *Direitos fundamentais em espécie*, ob. cit. na nota 93, p. 624. Sem destaque no original.

busca da justiça social, portanto, o compromisso com a realização dos direitos sociais, guarda sintonia com os objetivos fundamentais da República elencados no art. 3º da CF, que estabelece como norte, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais. O mesmo ideário consta do art. 170, que explicita a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica, vinculando esta última à garantia de uma existência digna para todos, conformada aos ditames da justiça social, de tal sorte que se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana é também o fundamento e o fim da ordem econômica na Constituição

[...]

Outro tópico que diz respeito ao regime jurídico dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais é o de sua **proteção contra o poder de reforma constitucional e contra intervenções restritivas por parte dos órgãos estatais.**⁹⁶

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

2.2.6 Violação da Proporcionalidade e da Proibição de Excesso, Vício de Finalidade e Abuso Legislativo

Justificativa no relatório da comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei 6.787, de 2016, da Câmara dos Depu-

⁹⁶ SARLET, *Direitos fundamentais em espécie*, ob. cit. na nota 93, p. 615 e 622. Sem destaque no original.

tados (PLC), que deu origem ao art. 790-B, § 4º, aponta que a imputação de pagamento de honorários periciais sucumbenciais ao beneficiário de justiça gratuita teria por objetivo “restringir os pedidos de perícia sem fundamentação”, pois, ao “contribuir para a diminuição no número de ações trabalhistas, a medida representará uma redução nas despesas do Poder Judiciário”.⁹⁷

De forma semelhante, segundo o mesmo relatório, o art. 791-A, que também imputa pagamento de honorários advocatícios de sucumbência a beneficiário de justiça gratuita, teria por objetivo “inibir o ajuizamento de demandas trabalhistas baseadas em direitos ou fatos inexistentes” e de obter “imediate redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho”.⁹⁸ Quanto ao § 2º (combinado com o § 3º) do art. 844, as medidas foram justificadas na finalidade de “ini-

⁹⁷ “O fato é que, hoje, a União custeia, a título de honorários periciais, valores entre dez a vinte milhões de reais por ano, para cada um dos vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho, somente em relação a demandas julgadas improcedentes, ou seja, **demandas em que se pleiteou o que não era devido**. Na medida em que a parte tenha conhecimento de que terá que arcar com os custos da perícia, é de se esperar que a utilização sem critério desse instituto diminua sensivelmente. Cabe ressaltar que **o objetivo dessa alteração é o de restringir os pedidos de perícia sem fundamentação**, uma vez que, quando o pedido formulado é acolhido, é a parte sucumbente que arca com a despesa, normalmente, o empregador. Assim, a modificação sugerida não desampará o trabalhador cuja reclamação esteja fundamentada. **Além de contribuir para a diminuição no número de ações trabalhistas, a medida representará uma redução nas despesas do Poder Judiciário, que não mais terá que arcar com os honorários periciais**”. Relatório da comissão especial destinada a proferir parecer ao PL 6.787/2016, da Câmara dos Deputados, p. 68-69.

⁹⁸ “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”. Relatório da comissão especial destinada a proferir parecer ao PLC 6.787/2016, p. 69.

bir a demanda descompromissada”, evitando o descaso, “que gera ônus para o Estado”.⁹⁹

Tais fundamentos padecem de irremediável déficit de legitimidade constitucional, porque, a pretexto de perseguir resultado econômico passível de alcance por meios alternativos, as medidas legais restringem radicalmente direito fundamental dos cidadãos pobres, de acesso gratuito à Justiça do Trabalho em defesa de direitos laborais (CR, art. 5º, LXXIV), alcançando resultado muito mais amplo e socialmente indesejado, consistente na **intimidação e restrição do pleno exercício da demanda trabalhista**, pelo trabalhador carecedor de recursos, em proveito exclusivo aos interesses do poder econômico. Essas consequências implicam violação ao princípio da proporcionalidade, que informa a noção de estado de direito.

Como visto, é firme a jurisprudência do STF em afastar a reserva do financeiramente possível quando necessário a coibir violação aniquiladora do direito ao mínimo existencial,¹⁰⁰ como ocorre no caso, fundamento suficiente para objetar, em face da Constituição, as justificativas econômicas a que se apegou o legislador refor-

⁹⁹ “O tratamento dado ao tema pela CLT incentiva o descaso da parte reclamante com o processo, sabedora de que poderá ajuizar a ação mesmo se arquivada em mais duas oportunidades. Esse descaso, contudo, gera ônus para o Estado, que movimenta a estrutura do Judiciário para a realização dos atos próprios do processo, gera custos para a outra parte que comparece à audiência na data marcada, e caracteriza um claro tratamento não isonômico entre as partes [...]. Todavia, para desestimular a litigância descompromissada, a ausência do reclamante não elidirá o pagamento das custas processuais, se não for comprovado motivo legalmente justificado para essa ausência. E mais, nova reclamação somente poderá ser ajuizada mediante a comprovação de pagamento das custas da ação anterior”. *Idem*, p. 74.

¹⁰⁰ Exemplos de decisões nesse sentido, em proteção ao direito social à saúde: ADPF 45/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO; ARE 727.864/PR, rel. Min. CELSO DE MELLO; RE 642.536/AP, rel. Min. LUIZ FUX; RE 745.745/MG, rel. Min. CELSO DE MELLO.

mista para editar as normas impugnadas. Ainda assim, estas afrontam a relação minimamente exigível de adequação e razoabilidade entre meios e fins e revelam caráter inadequado, desnecessário e discriminatório das medidas que veiculam, contrários a bens e valores tutelados pela ordem constitucional.

As medidas são inadequadas, pois não se prestam a inibir custos judiciais com demandas trabalhistas infundadas. Para esse fim, dispõe o sistema processual de meios de sanção à litigância de má fé, caracterizada por pretensão ou defesa judicial contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (CLT, art. 793-B, I) e pela alteração em juízo da verdade dos fatos (art. 793-B, II).¹⁰¹

Em vez de inibir demanda infundada, a cobrança de custas e despesas processuais ao beneficiário de justiça gratuita enseja intimidação econômica ao demandante pobre, por temor de bloqueio de créditos alimentares essenciais à subsistência, auferidos no processo, para pagar honorários periciais e advocatícios de sucumbência (arts. 790-B e 791-A da CLT).

São desnecessárias, no sentido estrito do princípio da proporcionalidade, ante a existência de meios menos gravosos a direitos fundamentais e igualmente eficazes para obter o resultado econômico pretendido, como a incorporação dos custos da gratuidade judiciária no valor da taxa judiciária. Segundo o STF, embora essa taxa deva sujeitar-se a limite viabilizador do acesso à justiça, seu valor “deve ser proporcional ao custo da atividade do Estado a que está vinculada”.¹⁰²

¹⁰¹ Inseridos pela Lei 13.467/2017.

¹⁰² STF. Plenário. MC/ADI 1.772/MG. Rel.: Min. CARLOS VELLOSO. *DJe*, 8 set. 2000.

Constitucionalmente inviável é a transferência desse custo ao cidadão carecedor de recursos, em prejuízo de seu sustento e de sua família e em afronta à garantia fundamental de gratuidade judiciária que, por si, justifica solução de custeio amparada na solidariedade tributária (CR, art. 145, § 1º).

As normas impugnadas veiculam forte caráter discriminatório, aos sacrificar mais intensamente os trabalhadores pobres, violando o **princípio de solidariedade social** que se infere do art. 3º, I e III, da Constituição, como objetivo fundamental da República.¹⁰³

Revela-se caráter abusivo dessa legislação, em confronto com a **proibição de excesso**, segundo a qual não pode o estado legislar abusivamente para lograr resultados que esvaziem o conteúdo de direitos fundamentais. Reconheceu-o o STF ao julgar a ADI 1.407/DF, de cuja ementa se extrai orientação adequada a este debate:

[...] O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da

¹⁰³ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstração instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador [...].¹⁰⁴

O postulado hermenêutico da proporcionalidade como critério de aferição de constitucionalidade de normas legais foi adotado pelo STF em diversos julgados, como estes: RE 418.376/MS, rel. Min. MARCO AURÉLIO; AgR/RE 364.304/RJ, rel. Min. GILMAR MENDES; *habeas corpus* 84.862/RS, rel. Min. CARLOS VELLOSO; ADI 2.868/PI, rel. Min. AYRES BRITTO; RE 346.084/PR, rel. Min. ILMAR GALVÃO; RE 413.782/SC, rel. Min. MARCO AURÉLIO.

A gravidade das violações a direitos fundamentais, com restrição ao mínimo existencial e afronta à proporcionalidade, além do efeito intimidador à demanda trabalhista, alinhado a interesses puramente econômicos, torna questionável a lisura da finalidade legislativa das normas impugnadas, pretensamente voltadas a reduzir custos de excessiva judicialização trabalhista brasileira.

Informação que embasou o parecer do relator do PLC 38, de 2017, Senador RICARDO FERRAÇO, aponta que “o país é responsável por 98% das ações trabalhistas do planeta, tendo apenas 3% da população mundial”. Todos os anos, diz o relatório, “produzimos mais ações judiciais na área do que a soma de outros países”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ STF. Plenário. MC/ADI 1.407/DF. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. *DJe*, 7 mar. 1996. Sem destaque no original.

¹⁰⁵ Parecer do relator do PL 38/2017, do Senado Federal, Senador RICARDO FERRAÇO, p. 55.

Análise apurada da informação revela sua debilidade de fundamento, seja por ausência de fonte científica e de suporte empírico, seja por mera improbabilidade matemática de que no restante do planeta apenas 81 mil ações trabalhistas sejam ajuizadas anualmente, em relação aos cerca de 4 milhões de demandas laborais promovidas a cada ano no Brasil. Somente nos Estados Unidos, é provável que aproximadamente 1,7 milhão de ações laborais sejam propostas anualmente, o que demonstra a fragilidade dos elementos em que se embasou a justificativa do PL.¹⁰⁶

Apenas no Reino Unido, em 2015, foram propostas 81 mil novas demandas trabalhistas, após redução média de 67% do nú-

¹⁰⁶ Analisando a judicialização trabalhista nos Estados Unidos, por ausência de fonte segura de dados, CÁSSIO CASAGRANDE propõe a seguinte projeção: “A Justiça Federal norte-americana de primeira instância recebeu em 2016 o total de 291.851 ações civis, dentre as quais as ações relativas a disputas patrão-empregado. Destas ações civis, 32.480 são ações que no Brasil considerariamos “trabalhistas”, pois decorrem de questões sobre discriminação no trabalho (envolvendo a *Civil Rights Act* e [o] *Americans with Disabilities Act*) e de direitos relativos a reconhecimento de vínculo de emprego, diferenças salariais e horas extras (*Federal Labor Standards Act* – FLSA) e planos de previdência privada decorrentes do contrato de trabalho (*Employment Retirement Income Security Act* – ERISA). Ou seja, **11,18% das ações civis na Justiça Federal dos EUA são ações de natureza trabalhista**. Mas, repita-se, este é um universo de apenas 2%, porque as mesmas ações trabalhistas são ajuizadas também na Justiça dos Estados, em razão da competência concorrente nesta matéria. Bem, a Justiça Federal cobre todos os Estados Unidos, de modo que, embora receba apenas uma parcela ínfima dos processos, ela representa uma amostragem perfeita da litigância nacional em matéria trabalhista. Assim, projetando-se este percentual de 11,18% sobre os quinze milhões de ações civis nas justiças estaduais, há razoável segurança para estimar que os processos trabalhistas na Justiça dos Estados devem girar em torno de 1,7 milhão ao ano”. CASAGRANDE, Cássio. Brasil, “campeão de ações trabalhistas”: como se constrói uma falácia. *Jota*. Disponível em < <http://bit.ly/2tYSObv> > ou < <https://jota.info/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017> >. Acesso em: 23 ago. 2017.

mero de novas ações, comparativamente a 2014.¹⁰⁷ Essa redução drástica se deu por causa da norma *The Employment Tribunals and the Employment Appeal Tribunal Fees Order*, de 2013, que passou a prever cobrança de taxas para demandas trabalhistas. Estima-se que a redução abrupta de novas demandas trabalhistas se tenha dado pelo alto risco econômico da sucumbência. O número de trabalhadores ingleses envolvidos em disputas trabalhistas em 2015 (81.000) foi o menor desde 1891, queda drástica em relação aos 733.000 processos trabalhistas ajuizados em 2014.¹⁰⁸

Em decisão de 27 de julho de 2017, a Suprema Corte do Reino Unido, julgando o caso *R versus Lord Chancellor*, declarou ilegalidade da norma, por violação da garantia de acesso a justiça, tanto sob a ótica da legislação doméstica, quanto da legislação comunitária da União Europeia. Afirmou que o direito de acesso a justiça é inerente às regras do direito, e necessário assegurar que as regras estabelecidas pelo Parlamento sejam aplicadas e cumpridas. A corte identifica como um dos objetivos da legislação dissuadir demandas infundadas (finalidade coincidente com a justificativa da legislação brasileira). Porém, aponta que o fato de as custas serem reembolsáveis em caso de êxito não afasta a violação do acesso a justiça, porque esse direito não pode ficar restrito aos que possuam habilidade de trazer a juízo pretensões vitoriosas.

¹⁰⁷ *Labour disputes: labour disputes annual estimates*. Disponível em: < <http://bit.ly/1F62CUR> > ou < <http://www.personneltoday.com/hr/employment-tribunal-claim-statistics-remain-subdued/> >. Acesso em: 23 ago. 2017.

¹⁰⁸ *Labour disputes in the UK: 2015 – Analysis of UK labour disputes in 2015, including working days lost, stoppages and workers involved*. Disponível em: < <http://bit.ly/2v6sl0d> > ou < <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/workplacedisputesandworkingconditions/datasets/labourdisputeslabourdisputesannualestimates> >. Acesso em: 23 ago. 2017.

Constatou que as ações trabalhistas ajuizadas após cobrança das taxas judiciárias tiveram incidência ainda maior de insucesso, quando comparadas com as do período anterior. Disso extraiu que a taxaço do serviço judiciário não foi eficaz para desestimular demandas infundadas, mas apenas reduziu o acesso dos cidadãos à jurisdição trabalhista, por temor de perda econômica.¹⁰⁹ Concluiu que a mera taxaço violou de forma intensa o acesso a justiça das pessoas com menores rendimentos, para as quais o pagamento das taxas implica sacrifício às despesas normais e necessárias a manter padrão de vida aceitável.¹¹⁰

¹⁰⁹ “57. Um objetivo secundário da criação de custas foi impedir o ajuizamento de demandas inconsistentes. O Relatório de Revisão analisou os resultados de demandas individuais que haviam sido propostas após as custas serem criadas e comparou-as com o resultado de casos durante os três trimestres anteriores à criação das custas. Os resultados mostram que a proporção de demandas bem-sucedidas tem sido consistentemente menor desde que as custas foram criadas, enquanto a proporção de demandas malsucedidas tem sido consistentemente maior. As estatísticas do tribunal, que registram os números de todas as ações, mostram a mesma tendência. O Lord Chancellor reconhece que não há base para concluir que apenas demandas mais consistentes estejam sendo propostas.” No original: “57. A secondary objective of the introduction of fees was to deter the bringing of unmeritorious claims. The Review Report analysed the outcomes of single claims which had been presented after fees were introduced, and compared them with the outcome of cases during the three quarters preceding the introduction of fees. The results show that the proportion of successful claims has been consistently lower since fees were introduced, while the proportion of unsuccessful claims has been consistently higher. The tribunal statistics, which record the figures for all claims, show the same trend. The Lord Chancellor accepts that there is no basis for concluding that only stronger cases are being litigated”. The United Kingdom Supreme Court [2017] UKSC 51, On appeal from: [2015] EWCA Civ 935, 26 July 2017. Disponível em < <http://bit.ly/2nHjY5M> > ou < <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0233.html> >; acesso em 23 ago. 2017.

¹¹⁰ “93. Em segundo lugar, como explicado, o próprio Relatório de Revisão estimou que cerca de 10% dos demandantes, cujos pedidos foram comunicados à Acas [sigla de *Advisory, Conciliation and Arbitration Service* (Serviço de Assessoria, Conciliação e Arbitragem)], mas não resultaram em acordo ou

Esse comparativo demonstra o quanto as normas impugnadas ensejam sacrifício desmedido ao direito de acesso a justiça, quando impõem ao trabalhador pobre brasileiro temor econômico de postulação legítima à Justiça do Trabalho, notadamente ante o contexto de pobreza neste país, aliada a baixa remuneração do trabalho e à extrema desigualdade social, especialmente nas regiões economicamente mais desfavorecidas dos país.

em demanda perante uma vara trabalhista [em inglês, ET = *Employment Tribunal*], afirmaram que não iniciaram processo porque não podiam pagar as custas. O Relatório de Revisão sugere que eles podem apenas ter querido dizer que pagar as custas significaria reduzir ‘outras’ áreas de gastos não essenciais a fim de economizar o dinheiro. Não é óbvio o motivo por que a explicação dada pelos demandantes não deveria ser aceita. Mas mesmo se a sugestão do Relatório de Revisão estiver correta, não é uma resposta completa. A questão de se as custas restringem o acesso a justiça deve ser decidida de acordo com o impacto provável das custas no comportamento no mundo real. Custas devem, portanto, ser suportáveis não apenas em sentido teórico, mas no sentido de que possam ser razoavelmente suportadas. Se os lares de baixa a média rendas somente puderem suportar as custas sacrificando gastos ordinários e razoáveis exigidos para manter o que seria geralmente considerado como um padrão aceitável de vida, as custas não podem ser consideradas como suportáveis.” No original: “93. Secondly, as explained earlier, the Review Report itself estimated that around 10% of the claimants, whose claims were notified to Acas but did not result either in a settlement or in a claim before an ET, said that they did not bring proceedings because they could not afford the fees. The Review Report suggests that they may merely have meant that affording the fees meant reducing “other” areas of non-essential spending in order to save the money. It is not obvious why the explanation given by the claimants should not be accepted. But even if the suggestion in the Review Report is correct, it is not a complete answer. The question whether fees effectively prevent access to justice must be decided according to the likely impact of the fees on behaviour in the real world. Fees must therefore be affordable not in a theoretical sense, but in the sense that they can reasonably be afforded. Where households on low to middle incomes can only afford fees by sacrificing the ordinary and reasonable expenditure required to maintain what would generally be regarded as an acceptable standard of living, the fees cannot be regarded as affordable”. *Vide* referência do julgamento na nota anterior.

UADI LAMMÊGO BULOS vislumbra desvio de finalidade legislativa quando o legislador, por maledicência ou inaptidão, se excede na liberdade de configuração normativa para promover fins discrepantes daqueles albergados por norma constitucional:

Pode ocorrer de os legisladores editarem leis que exorbitem as finalidades constitucionais. Praticam o mister legiferante de modo inapropriado, sem qualquer senso de lógica ou razoabilidade. Cometem exageros pela maledicência ou pela inaptidão de exercerem mandato para o qual foram eleitos. Daí elaborarem normas com escopos totalmente contrários àquilo que foi demarcado pelo constituinte originário. Quer dizer, extrapolam a imaginação criadora, perfeitamente admissível quando exercida à luz dos padrões supremos da norma de hierarquia máxima: a constituição. E nem se fale que os legisladores têm discricionariedade. O exagero da liberdade de configuração normativa deve ser repudiado.¹¹¹

A abusividade legislativa, com violação da proporcionalidade, também justifica declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

3 PEDIDO CAUTELAR

Sobejam os requisitos para concessão de medida cautelar. Sinal de bom direito (*fumus boni juris*) está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos, notadamente considerando a intensa violação ao direito fundamental de acesso à jurisdição trabalhista, dada a restrição à gratuidade judiciária, em prejuízo da população trabalhadora carecedora de recursos para demandar sem prejuízo de seu sustento.

¹¹¹ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145.

Parece evidente o perigo na demora processual (*periculum in mora*). A legislação impugnada (Lei 13.467/2017), publicada no *Diário Oficial da União* de 14 de julho de 2017, entrará em vigor no prazo de 120 dias da publicação (art. 6^o), ou seja, em 11 de novembro de 2017. Se, antes disso, não tiver sua eficácia suspensa preventivamente, produzirá grave e irreversível prejuízo à população pobre carecedora de acesso à jurisdição trabalhista e a submeterá a condição de fragilidade para enfrentar os riscos da demanda, em defesa de seus direitos laborais.

Sem medida cautelar, os prejuízos serão ainda maiores para trabalhadores pobres que necessitem demandar direitos trabalhistas sujeitos a perícia técnica, geralmente referentes a descumprimento de medidas de higiene, saúde e segurança do trabalho, em face do alto custo da atividade pericial.

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas impugnadas seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, além de sinal de bom direito, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar para esse efeito.

4 PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer que, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, esse Supremo Tribunal conceda, com a brevidade possível, em decisão monocrática e sem intimação dos interessados, a ser oportunamente submetida a referendo do Plenário, **medida cautelar** para suspender a eficácia das seguintes normas, inseridas pela Lei 13.467/2017:

- a) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, inserida no *caput*, e do § 4º do art. 790-B da CLT;
- b) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,” no § 4º do art. 791-A da CLT;
- c) da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita,” no § 2º do art. 844 da CLT.

Requer que se colham informações da Presidência da República e do Congresso Nacional e que se ouça a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar inconstitucionalidade das seguintes normas, todas introduzidas pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017:

- a) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, do *caput*, e do § 4º do art. 790-B da CLT;

b) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,” do § 4º do art. 791-A da CLT;

c) da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita,” do § 2º do art. 844 da CLT.

Brasília (DF), 24 de agosto de 2017.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/HSA/WCS-PL.PGR/WS/208/2017

Impresso por: 139.511.11104 ADI 5766
Em: 26/04/2018 - 16:11:55