

PROCESSO JUDICIAL EM MEIO ELETRÔNICO E AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

ELECTRONIC JUDICIAL PROCEDURE AND ACCESS TO JUSTICE

Camila Miranda de Moraes*

Natercia Sampaio Siqueira**

Naira Pinheiro Rabelo de Alencar***

RESUMO: Compreender o que seja acesso à justiça, seu surgimento, sua ligação com os tipos de Estado e reconhecê-lo como direito fundamental é essencial para entender a importância do tema e de como a Constituição da República de 1988 reconheceu essa relevância. A efetividade do acesso à justiça é um objetivo a ser alcançado e perpetuamente aperfeiçoado. Por isso é significativo entender sua evolução histórica e perceber como a revolução tecnológica propiciada pelo processo judicial em meio eletrônico é capaz de ampliar a concretização desse direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Direito Fundamental. Processo Judicial em Meio Eletrônico.

ABSTRACT: Understanding what access to justice means, its beginnings, its connection to the species of States and recognizing it as a fundamental right is essential to understand the importance of the subject and how the Brazilian Constitution of 1988 recognized that importance. The effectiveness of access to justice is a goal to be reached and continuously improved. That is why its meaningful to understand its historical evolution and realize how the technological revolution brought by the electronic judicial procedure is capable of making this fundamental right effective.

KEYWORDS: Access to Justice. Fundamental Rights. Electronic Judicial Procedure.

Introdução

O acesso à justiça é o ponto de partida que envolve a maioria dos estudos sobre processo. Torna-se imprescindível estudar e compreender o conceito de acesso à justiça, sua vertente clássica exposta por Cappelletti e Garth e seu papel como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro não só para denotar a importância do tema como também para entender as consequências que produz no cenário das tutelas para efetividade dos direitos dos trabalhadores nas relações laborais.

* Doutora em Direito do Trabalho pela PUC-SP; juíza do trabalho titular no TRT da 7ª Região.

** Professora doutora do PPGD da UNIFOR; procuradora do Município de Fortaleza.

*** Juíza do trabalho substituíta no TRT da 7ª Região.

1 – Acesso à justiça nos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito

Não há consenso entre os autores sobre o conceito de acesso à justiça. O ponto de interseção entre eles é o de que a tarefa de definir o que seja acesso à justiça não é simples¹, já que não se trata de termo unívoco. Ao contrário, a expressão acesso à justiça modificou-se durante a história e pode ter múltiplos significados².

Uma das várias formas ou acepções do acesso à justiça pode ser concebida a partir do modelo político de Estado³ predominante em determinada época. Elegemos esse critério para iniciar nossa análise. Estudaremos o acesso à justiça no Estado Liberal, no Estado Social e no Estado Democrático de Direito com o objetivo de identificar as mudanças ocorridas no instituto do acesso à justiça e como essas mudanças interferem no pensamento contemporâneo de como se deve propiciar acesso à justiça.

Insta esclarecer que o desenvolvimento do acesso à justiça pelos Estados Liberal, Social e Democrático de Direito não é estanque nem linear, não ocorreu de forma estritamente cronológica e precisa ser compreendido como um conjunto de transformações ocorridas em dado período – às vezes até simultaneamente.

-
- 1 “A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 8). “(...) os autores não são unânimos no que diz respeito à conceituação de direito de acesso à justiça. Cada qual apresenta sua visão sobre o que representa o aludido direito” (MARCELLINO Jr., Júlio Cesar. *Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 118).
 - 2 Ronnie Preuss Duarte diz que “‘Direito à jurisdição’, ao ‘acesso à Justiça’, ao ‘processo equitativo’, ao ‘devido processo legal’ são algumas das locuções empregadas, amiudamente, como termos homólogos para designar um conjunto de garantias processuais que encontra fundamento na própria Constituição. Também no estrangeiro se fala em *debido proceso*, *due process of law*, *giusto processo* e *faïres Verfahren*, aludindo a uma mesma situação substancial: o direito a um procedimento axiologicamente condicionado (...)” (*Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 12).
 - 3 “O Estado como ordem política da Sociedade é conhecido desde a Antiguidade aos nossos dias. Todavia, nem sempre teve essa denominação, nem tampouco encobriu a mesma realidade” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 65). O sentido de Estado adotado neste artigo é de “Estado enquanto forma histórica de organização política das comunidades humanas” (RANGEL, Paulo. *O Estado do Estado: ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia*. Alfragide: Dom Quixote, 2009. p. 11).

DOCTRINA

O Estado Liberal foi aquele oriundo das revoltas da burguesia durante a Revolução Francesa, em 1789, que teve por objetivo dismantelar o Estado Absolutista no qual o monarca governava em razão de poder proveniente diretamente da divindade⁴. No “Ancien Régime” francês, no qual o monarca tinha poder absoluto, a forma de comércio era o mercantilismo e vigia o feudalismo. Este regime cedeu lugar às ideias iluministas de Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau, que influenciaram a formação do Estado Liberal⁵. No dizer de Paulo Bonavides, o Estado Liberal era um “guardião das liberdades individuais”⁶, o que se explica, já que no Estado Absolutista não havia respeito sequer à liberdade de crença religiosa.

Essa necessidade premente de reconhecer o indivíduo como sujeito de direitos e garantir-lhe liberdades mínimas, uma esfera de proteção contra o próprio Estado, a exemplo da liberdade religiosa e do direito de propriedade, é reflexo da transformação do Estado Absolutista para o Estado Liberal.

Entretanto, o Estado Liberal foi um guardião meramente formal destas liberdades, posto que embora expressamente declaradas, as liberdades individuais não possuíam mecanismos de proteção efetivos. Ao tornar-se classe dominante, a burguesia procurou manter apenas formalmente os princípios que a levaram ao poder. Exemplo disso foi o sufrágio universal, que foi defendido pela burguesia como ideal a ser alcançado, mas que somente foi implementado na França em 1848⁷. De se lembrar, ainda, que com a Revolução Francesa os cursos universitários de direito foram banidos da França, razão pela qual somente nos séculos XIX e XX voltou a ocorrer o desenvolvimento da ciência jurídica⁸.

Caracteriza-se o Estado Liberal por sua atuação em estrita obediência ao direito positivo, o que significa dizer que a norma jurídica poderia ser desprovida do sentido de justiça e assim mesmo seria considerada válida. A obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, cuja primeira edição foi publicada em 1934, encaixa-se bem na moldura do Estado Liberal.

Na doutrina kelseniana, não interessava o critério de justiça, e sim o critério de validade formal da criação da norma por órgão competente⁹. Daí

4 Para mais detalhes sobre a Revolução Francesa e seus impactos, vide: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 140-179.

5 TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O juiz ativo e os direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011, *passim*.

6 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 29.

7 *Ibidem*, p. 31.

8 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 513.

9 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 72.

afirmar-se que para Hans Kelsen a ciência jurídica não seria ideológica, pois, para ele, a ciência jurídica pura, de caráter científico, seria aquela que se dedica ao estudo da norma jurídica sem levar em consideração argumentos morais, políticos, valorativos, filosóficos. Para Hans Kelsen, a ciência jurídica tem por objeto a norma jurídica e nada mais.

Pelo que denominou “princípio da pureza”, Hans Kelsen sustentou que a ciência jurídica deveria preocupar-se unicamente com o conteúdo da norma jurídica, e não com os fatos sociais ou com os valores. Não importava se a norma jurídica era justa ou injusta, mas sim se havia sido elaborada e promulgada por autoridade competente. Por isso afirma-se que para o jurista kelseniano o direito é a norma e não um fato social ou valor transcendente.

Nessa toada, o positivismo jurídico, capitaneado por Hans Kelsen, tinha como características a aproximação quase plena entre direito e norma, a completude do ordenamento jurídico, o formalismo e a subsunção¹⁰.

A interpretação e aplicação da norma jurídica eram realizadas por meio de uma “técnica de subsunção lógica dos fatos às normas, sem referências sociais, éticas, políticas, econômicas ou culturais”¹¹. No Estado Liberal, o acesso à justiça obedecia a uma perspectiva individualista, baseada na igualdade meramente formal perante a lei¹². Na lição de J. J. Florentino dos Santos Mendonça, a maioria das questões judicializadas nesse período “(...) tinha cunho eminentemente patrimonial, o que tornava o direito um bem acessível quase que exclusivamente aos homens de posse, a garantia de acesso à ordem jurídica não ostentava o caráter de direito fundamental”¹³.

O Estado Liberal apoiava-se no positivismo jurídico clássico, no qual o juiz deveria apenas ser “a boca da lei”, o que significava ser um mero repetidor daquilo que estava escrito ou codificado, numa pretensa neutralidade que ignorava os valores e supostamente conferiria segurança jurídica.

10 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 325.

11 MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 49.

12 “O paradigma liberal de Estado, edificado no cenário europeu, não incorporou mudanças no sentido da democratização do acesso à justiça, ao contrário, serviu para estabilizar a perspectiva arcaica que o encampava como mera garantia formal de admissão ao aparato institucional de tutela dos direitos, deferida apenas a quem pudesse suportar as despesas decorrentes da movimentação da máquina judicial.” (*Ibidem*, p. 14)

13 MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 50.

DOUTRINA

Como forma de tentar compensar as desigualdades advindas da introdução de novos meios de produção e da grande depressão ocorrida entre 1929 e 1933, dentre outros fatores, o Estado Social surge como aquele que consagra um modelo garantista, que busca criar e executar políticas públicas com o fito de melhorar as condições de vida da população empobrecida. Paulo Bonavides afirma que “O Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural porque passou o antigo Estado Liberal”¹⁴ e frisa que o Estado Social é aquele que “(...) busca realmente, como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social, a paz econômica”¹⁵. Daí poder-se concluir que o Estado Social é fruto da superação do liberalismo.

O acesso à justiça no Estado Social intenta alcançar a igualdade substancial (real) ao estabelecer direitos sociais mínimos. Enquanto no Estado Liberal o direito de ação era meramente formal e o processo era mera derivação do direito de propriedade, no Estado Social o processo sofre importantes modificações e seu objeto deixa de ser apenas a ação para ser também a jurisdição, com a preocupação de permitir o acesso dos mais pobres ou vulneráveis ao Poder Judiciário.

Como afirmado anteriormente, não se trata exatamente da supressão de um modelo de Estado por outro, mas da transformação de padrões sociais, culturais, filosóficos, jurídicos, dentre outros, que causam lentamente a mudança do próprio cerne do Estado. Assim, por exemplo, não há o total desaparecimento do Estado Liberal e imediato surgimento do Estado Social. Pode-se dizer que em razão das pressões e insatisfação das pessoas com as condições de vida, das reivindicações sociais, da influência da ideologia marxista, nasce o Estado Social. Nas palavras de Maria Cecília Máximo Teodoro, “social é um Estado que se consolida pelo reconhecimento de direitos ao proletariado, notadamente direitos políticos”¹⁶.

Enquanto no Estado Liberal há superação do jusnaturalismo pelo positivismo, pode-se dizer que na transição do Estado Liberal para o Estado Social ocorre o enfraquecimento das ideias positivistas, por força do movimento de

14 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 180.

15 *Ibidem*, p. 183.

16 TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O juiz ativo e os direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011. p. 52.

constitucionalização dos direitos sociais iniciado com a Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919¹⁷.

Para demonstrar como não existe linearidade nesses movimentos basta observar que a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, obra de destaque da doutrina positivista e dominante no Estado Liberal, foi publicada pela primeira vez em 1934 – período em que já despontava o Estado social, em que as Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 já haviam sido promulgadas.

No Brasil são exemplos de características do processo no Estado Social a criação da Justiça do Trabalho em 1939, da Lei de Assistência Judiciária aos Necessitados (Lei nº 1.060/1950), o *jus postulandi* e a coletivização do processo trabalhista¹⁸.

O Estado Social entra em crise a partir dos anos 1970, em meio a duas crises mundiais do petróleo e com a globalização, deixando de ter controle sobre as variáveis que influenciam sua economia. Com isso, perde capacidade de criar, implementar e manter políticas públicas – o que implica a diminuição de seu poder de garantir direitos sociais¹⁹.

O modelo socialista liderado pela então União Soviética vai à derrocada, o capitalismo cresce e surge o que se convencionou chamar de neoliberalismo, que prega a diminuição do aparato estatal, redução dos gastos públicos na área social, permissão da flexibilização e terceirização das relações de trabalho por meio da desregulamentação ou regulação mínima do mercado.

Importante observar que no Estado Liberal a mão de obra humana ainda era necessária e largamente utilizada. Hoje, com a crescente automação, ainda existe necessidade de mão de obra humana, mas em menor escala. Isso porque com o aumento da automação virtualmente em todos os ramos, exige-se mão de obra humana cada vez mais qualificada, o que tende a gerar uma horda de trabalhadores sem postos de trabalho em razão de sua pouca ou nenhuma qualificação.

17 Sobre a constitucionalização de direitos, *vide*: PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 1997. p. 6; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 38-49; CAMBI, Eduardo. *Neonstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 21-59.

18 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 149.

19 “A crise do Estado da providência social, deflagrada no início dos anos oitenta do século XX, tornou evidente a incapacidade dos Estados nacionais para promoverem o bem-estar social, principalmente, em virtude da carência de recursos materiais para movimentar, de forma eficiente, a máquina burocrática edificada para atender as exigências sociais.” (MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 58)

Posteriormente à publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, surgem diversos países que aderem a regimes democráticos e passam a ser conhecidos como Estados Democráticos de Direito. A tônica desses Estados é a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira dimensão. Seus objetivos coadunam-se com os objetivos do Estado brasileiro estabelecidos na Constituição da República de 1988: construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, diminuição das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem-estar e justiça social para todos.

Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite, “A jurisdição passa a ser a gênese do sistema pós-moderno de acesso individual e coletivo à justiça (CF, art. 5º, XXXV)”²⁰. Há uma grande transformação da mentalidade sobre o que seria o acesso à justiça e o processo como instrumento desse acesso, suas funções e objetivos.

No Estado Liberal, o acesso à justiça era meramente formal, e, por isso, existia de fato apenas para a parcela da população detentora de riquezas, que poderia pagar e suportar os custos financeiros de um processo. Por essa razão, dentre outras, o processo era um instrumento de dominação da burguesia, que servia a interesses individuais e as demandas refletiam apenas o direito de propriedade porque era muito caro litigar. Não era viável litigar sobre direitos de pouca expressão econômica.

Com o advento do Estado Social procura-se criar meios para ampliar o acesso à justiça das pessoas economicamente vulneráveis e tornar a igualdade formal outrora vigente em igualdade material. Por fim, no Estado Democrático de Direito, busca-se não só o amplo acesso à justiça, mas que esse acesso ocorra por intermédio de um processo justo, igualitário e, principalmente, efetivo. O objetivo do processo no Estado Democrático de Direito é alcançar uma ordem jurídica justa – panorama consentâneo com as demandas coletivas e que afasta a visão individualista do processo que se tinha no Estado Liberal.

Esse é o giro hermenêutico perceptivelmente modificador do *status* do acesso à justiça: no Estado Democrático de Direito não basta declarar ou enunciar direitos, pois o que se almeja é sua efetivação. Daí a crescente importância do Poder Judiciário e da jurisdição como meio de proteção, garantia e efetivação de direitos. O acesso à justiça é direito humano e faz parte de tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo do artigo 8º da Declaração

20 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 152.

Universal dos Direitos Humanos de 1948, do artigo 47 da Carta de Direitos da União Europeia e do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos²¹.

No plano constitucional brasileiro, o acesso à justiça está inscrito no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da Constituição da República de 1988 e positivado no inciso XXXV do art. 5º, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²².

Esta é a perspectiva do Estado Democrático de Direito: crescente valorização dos princípios para a ordem jurídica, diminuição do dogmatismo, preocupação de que o acesso à justiça confira a chance de um processo justo, equitativo, célere e efetivo. A compreensão da força normativa da Constituição²³ é a pedra de toque não só do neoconstitucionalismo, mas também do Estado Democrático de Direito²⁴.

O novo enfoque teórico do acesso à justiça, segundo o qual este evolui de mero formalismo para uma concepção voltada para não apenas a norma jurídica em si, mas também para os fatos e valores que a integram, demonstra a mudança de uma concepção unidimensional para uma concepção tridimensional do direito²⁵.

Quanto a este aspecto, merece ser citada a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, divulgada em livro do mesmo nome²⁶. Ao estudar as escolas do direito, Miguel Reale conseguiu perceber o quão compartimentalizado era o estudo da Ciência do Direito e como era vital para o engrandecimento e aperfeiçoamento dessa ciência que os influxos de outros ramos jurídicos fossem levados em consideração. O Direito era estudado da perspectiva apenas da norma jurídica, sem levar em consideração os fatos (estudados pela Sociologia) e os valores (estudados pela Filosofia). Havia necessidade de “integração de todas

21 MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 114.

22 COSTA FILHO, Armando Casimiro e outros. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 48. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 14.

23 “Afirmar que as normas constitucionais têm *força normativa* é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo.” (CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, p. 1-44, 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/bdsv3g>>. Acesso em: 20 nov. 2017)

24 “O que é fundamental ao Estado Democrático de Direito é a prevalência dos direitos fundamentais individuais e coletivos, sua relação com os fins e objetivos da sociedade multicultural (plúrima), e sua abertura para a construção da futura democracia integral (representativa, direta, política e social).” (ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 116)

25 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155.

26 *Vide* REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

essas perspectivas²⁷ para evitar uma “Ciência Jurídica ausente, distante dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos”²⁸.

Por intermédio da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale é possível compreender que a interpretação e a aplicação da norma jurídica não podem se restringir a um único aspecto, mas, sim, que devem observar três planos distintos e inseparáveis como se fossem um único fenômeno: fato, valor e norma. Para Miguel Reale, “o direito é uma realidade, digamos assim, trivalente ou, por outras palavras, tridimensional”²⁹.

Segundo Antonio Bento Betioli, “Foi somente a partir do segundo pós-guerra que fica evidente a aspiração no sentido da compreensão global e unitária da experiência jurídica. Como consequência surgem as primeiras doutrinas tendo por objeto a interdependência ou correlação dos três elementos”³⁰.

Para Miguel Reale, os sentidos da palavra direito correspondem a três aspectos: “um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)”³¹. A teoria tridimensional do direito demonstrou que onde quer que haja um fenômeno jurídico haverá sempre um fato subjacente, um valor que dará significação a esse fato e uma norma. Tais elementos não existem separadamente uns dos outros, mas coexistem numa unidade concreta e que atuam como elos de um processo (já que o Direito é uma realidade histórico-cultural), “de modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram”³².

O acesso à justiça possui diversas acepções diferentes, dentre as quais podemos referir o acesso à justiça como aspiração comum, como princípio jurídico, como espécie normativa, como direito humano, como direito constitucional fundamental, como garantia e princípio processual, etc.³³.

Passaremos, a seguir, a demonstrar o paralelo entre o surgimento de cada uma das dimensões dos direitos fundamentais e os tipos de Estado, visto que

27 *Ibidem*, p. 7.

28 *Ibidem*, p. 7.

29 *Ibidem*, p. 121.

30 BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137-138.

31 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64-65.

32 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64-65.

33 Sobre as diversas acepções do termo acesso à justiça *vide*: MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 93-131.

o acesso à justiça enquadra-se como direito humano e está inscrito no título dos direitos e garantias fundamentais na Constituição da República de 1988.

2 – Considerações sobre direitos fundamentais

Direitos fundamentais são aqueles tratados de forma especial nas Constituições dos Estados, garantias mínimas asseguradas a todos os seres humanos, como a vida, a dignidade, a liberdade, a moradia, etc. Também em relação a eles, assim como em relação ao acesso à justiça, existe grande dificuldade doutrinária para defini-los³⁴.

O dissenso – assim como em relação ao acesso à justiça – parte da denominação do instituto. Há autores que tratam como sinônimas as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Não nos filiamos a essa corrente, mas, sim, àquela que diferencia as expressões. Para Paulo Bonavides, a primeira questão a se tratar quando se estuda a teoria dos direitos fundamentais é exatamente o problema da denominação³⁵.

A categoria dos direitos humanos é mais genérica, estando suas normas inscritas em tratados e convenções internacionais. Já a expressão “direitos fundamentais” está ligada a um complexo de direitos positivados na Constituição dos países, estando presentes, portanto, no âmbito do direito positivo interno. Dessa forma, cada Estado pode ter seu elenco de direitos tidos como fundamentais. Já a noção de direitos humanos é dotada de universalidade, atinge todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade ou domicílio. Os direitos humanos, nesse sentido, são objeto das declarações de direitos (como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948) e convenções internacionais³⁶.

34 “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 560). “Para empezar, no existe aún acuerdo acerca del sentido que hemos de dar a la expresión ‘derechos del hombre’” (ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1992. p. 17).

35 “A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 560)

36 Sobre a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais *vide*, dentre outros: LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Os direitos humanos na Constituição brasileira: os desafios da efetividade. In: MALUSCHKE, Gunther *et al.* (Org.). *Direitos humanos e violência: desafios da ciência e da prática*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004. p. 19-32; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 30-31; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; COMPARATO,

A expressão direitos humanos refere-se a direitos supranacionais, universais, com conotação daquilo que é pré-positivo, ou seja, daquilo que antecede o próprio Estado. Os direitos fundamentais, por seu turno, são a positivação dos direitos do homem nos diferentes ordenamentos jurídicos de cada Estado³⁷.

Nas palavras de Eduardo Cambi, os direitos humanos “constituem uma ordem jurídica superior, objetiva, capaz de servir de fundamento universal para todo o sistema jurídico”³⁸. Ao serem positivados nas Constituições de cada Estado, os direitos humanos passam a chamar-se direitos fundamentais, e possuem um sentido mais preciso e estrito, “(...) na medida em que descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente reconhecido e garantido pelo direito positivo”³⁹.

Através da história do homem e na evolução do próprio Direito em si, os direitos fundamentais estão essencialmente ligados à liberdade e à dignidade humana. Já os direitos do homem ou direitos humanos são os direitos inalienáveis e sagrados, tidos também como imprescritíveis, englobando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

A concepção desses direitos como fundamentais é produto da evolução da própria humanidade e do Estado, que se transformou de ente absoluto governado pelo monarca, sem respeito por direitos dos cidadãos, em um ente reconhecedor e garantidor de liberdades meramente formais (Estado Liberal)⁴⁰, posteriormente num ente intervencionista com intuito de prover direitos sociais (Estado Social) e contemporaneamente num Estado que traz no bojo de sua Constituição uma carga imensa de direitos, de conceitos indeterminados e valores (Estado Democrático de Direito).

Foram os exageros e arbítrios do absolutismo que geraram as revoltas sociais e a consciência de que havia de existir limites ao poder estatal e que

Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2015; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 39.

37 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 42.

38 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 39.

39 *Idem*, p. 39.

40 “Direitos fundamentais eram aí, essencialmente, as liberdades negativas que protegiam os cidadãos da época, ou seja, os proprietários autossuficientes, mais precisamente, que protegiam as suas esferas de autonomia e de liberdade pessoal (a vida, a liberdade, a propriedade), das interferências e invasões não programadas do Estado e da Administração.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 64)

tornaram possível não só o surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão como também do Estado Liberal⁴¹.

O reconhecimento dos direitos fundamentais, num primeiro momento, implica o reconhecimento de que há uma esfera de atividades ou liberdades do indivíduo nas quais o Estado não pode intrometer-se. Trata-se, portanto, de reconhecer limites ao poder estatal em prol do exercício das liberdades individuais. A primeira das liberdades reconhecida ao homem foi a liberdade religiosa. Nesse sentido, Carl Schmitt afirma “que la libertad de religión es el primero de todos los derechos fundamentales”⁴².

Explica Jorge Miranda que a conquista da liberdade religiosa merece especial destaque, porque as disputas religiosas ocorridas com a Reforma e a Contrarreforma abriram fissuras na unidade da Cristandade e geraram perseguições, guerras político-religiosas, violência, tudo isso “(...) num contexto de intolerância e absolutismo, acabariam por conduzir à regra de em cada Estado uma religião, a do Príncipe”⁴³. Porém, o fato de que cada Estado tinha uma religião, que era a do monarca, abriu a possibilidade de professar individualmente sua própria fé e a noção de que essa liberdade era insubstituível.

A garantia de liberdade de credo religioso foi a abertura para a conquista de outros tipos de liberdade. Dentre elas está a liberdade pré-estatal, ou seja, uma esfera de liberdade que supõe-se existir antes mesmo do próprio Estado e de sua organização, que é o núcleo dos direitos fundamentais: liberdade de opinião, igualdade de direitos, liberdade profissional, garantia de propriedade, liberdade de ação.⁴⁴ Foi Carl Schmitt quem tratou dessas esferas de liberdades, ao afirmar que

“(...) la esfera de libertad del individuo es limitada en principio, mientras que las facultades del Estado son limitadas en principio. El Estado antiguo no conocía derechos de libertad, porque parecía inconcebible una esfera privada con un derecho independiente frente a la comunidad política, y se consideraba absurdo, inmoral e indigno de un hombre libre

41 Jorge Miranda pondera que: “Sob este aspeto, o Estado absoluto – que, aliás, se pretende *legítimo*, e não *tirânico* – viria a ser um dos passos necessários para a prescrição de direitos fundamentais, universais ou gerais, em vez de situações especiais, privilégios ou imunidades. Além de criar condições jurídicas de igualdade, o Estado absoluto suscitaria objectivamente (ou, se se quiser, dialecticamente) condições de luta pela liberdade. Os seus exageros e arbítrios, a insuficiência das garantias individuais e a negação de direitos políticos dos súbditos tornar-se-iam cada vez menos admissíveis no século das luzes” (*Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. IV. p. 24).

42 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 165.

43 MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 24-25.

44 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie: studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. p. 148.

el pensamiento de una libertad del individuo independiente de la libertad política de su pueblo y Estado.⁴⁵

Com a evolução da teoria dos direitos fundamentais reconheceu-se não só o direito do indivíduo de ter garantidas certas liberdades fora da interveniência do Estado como também o direito de exigir do próprio Estado determinadas prestações. Para Norberto Bobbio, não há nenhuma Constituição democrática que não pressuponha a existência de direitos individuais, ou seja, que não parta da ideia de que primeiro vem a liberdade dos cidadãos singularmente considerados, e só depois o poder do governo, que os cidadãos constituem e controlam através de suas liberdades⁴⁶.

A noção do que sejam direitos fundamentais, assim como do que seja o acesso à justiça, passa por toda uma apreciação de cunho histórico que tem como objeto a evolução do Estado e da sociedade até os dias de hoje.

Na percepção de Norberto Bobbio, o que foi considerado direito fundamental numa determinada era pode não sê-lo em outro tempo, e vice-versa, o que, para ele, demonstra que não há direitos fundamentais por natureza, já que o que pode parecer fundamental em uma época histórica ou em determinada civilização pode não sê-lo em outras épocas ou culturas⁴⁷.

É perceptível que a quantidade de direitos fundamentais tem aumentado através do tempo, o que reflete as exigências da sociedade em cada momento histórico. Para se ter um vislumbre disso basta pensar que a primeira dimensão de direitos fundamentais voltava-se para as liberdades em face do Estado na fase do Estado Liberal.

Não se admitia instrumento jurídico que viabilizasse o término do matrimônio, até que a evolução dos costumes exigiu a criação do divórcio. Até o início da segunda metade do século XX existia discriminação racial implementada pelo próprio governo nos Estados Unidos da América em escolas, igrejas, meios de transporte, bebedouros – todos segregados entre brancos e negros –, o que hoje é inadmissível. A luta pelos direitos civis dos negros nos Estados Unidos foi também uma exigência social veiculada por meio de lutas, muitas delas violentas.

Na atualidade, há preocupação com os direitos das minorias de gênero, como homossexuais, transexuais, e a discussão até mesmo sobre a necessidade

45 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996. p. 165.

46 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 120.

47 *Ibidem*, p. 18-19.

da existência de gêneros em si mesmos. A união civil entre pessoas do mesmo gênero já é uma realidade em diversos países do mundo, inclusive no Brasil.

Discordamos da posição teórica de que os direitos fundamentais são inerentes ao homem e que têm origem no jusnaturalismo. Entendemos que os direitos fundamentais são fruto da evolução histórica do próprio direito, e que são atributos conferidos pelo homem ao seu semelhante. É através da positivação que se constitui e dá vida a um conjunto de normas jurídicas no ordenamento⁴⁸. Nesse sentido, o entendimento de Norberto Bobbio:

“(…) as Constituições contemporâneas proclamam o direito à instrução como direito fundamental, mas ele não é visto no estado da natureza, nem se fez presente na primeira geração de direitos; as exigências da sociedade que se seguiram às doutrinas do direito natural e à proclamação das liberdades negativas é que realçaram a instrução como direito fundamental, a partir de uma sociedade mais evoluída. Direitos dessa natureza, isto é, decorrentes das exigências sociais, confirmam a socialidade, não a naturalidade dos direitos humanos, merecendo, além do reconhecimento pelo direito positivo, também a efetiva implementação que permita seu gozo, sob pena de tornarem-se meras obrigações morais ou políticas.”⁴⁹

Ana Maria D'Ávila Lopes também refuta a tese de que a origem dos direitos fundamentais e de seu fundamento de validade esteja no direito natural, ao explicar que

“(…) o termo *direitos*, na expressão *direitos naturais*, é um sem-sentido porque os direitos naturais só podem ser considerados direitos, no sentido técnico-jurídico, a partir do momento em que são reconhecidos ou formulados por uma norma jurídica do direito positivo; enquanto isso não acontece, estamos diante de valores, considerados necessários, importantes ou fundamentais, mas não são direitos. Desse modo, a expressão *direitos naturais* deve ser interpretada mais como o conjunto de exigências éticas ou princípios suprapositivos do Direito, efetivamente superiores a ele desde o ponto de vista ético, mas não no sentido jurídico.”⁵⁰ (destaques no original)

48 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 59.

49 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 76.

50 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 68.

DOCTRINA

Outro forte argumento apresentado pela mesma autora, e com o qual concordamos, é o de que a ideia de um direito natural imutável, universal e imprescritível se mostra contrária à própria evolução histórica dos direitos fundamentais. Como vimos, o catálogo de direitos fundamentais tem se avolumado com o passar do tempo, aperfeiçoando-se e mudando constantemente. Daí poder se afirmar que não existem direitos fundamentais por natureza, já que em cada época, civilização ou cultura pode haver diferentes direitos fundamentais⁵¹.

José Afonso da Silva diz que a própria historicidade dos direitos fundamentais “rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas”⁵².

Recordamos, ainda sobre a tese de existência de direitos naturais independentemente de seu reconhecimento pelo direito positivo, que isto significaria, na prática, a existência de direitos sem qualquer proteção conferida pelo Estado. Isso porque para seu efetivo exercício e defesa, tais direitos naturais precisariam de norma positiva para protegê-los e garantir sua eficácia.

Os direitos fundamentais são resultado de um processo histórico, e não de um único acontecimento. O estudo de sua evolução histórica, portanto, é importante para sua compreensão⁵³.

A noção de que deveria haver limites ao poder do Estado fez surgir a noção de “liberdade negativa” ou “liberdade como não interferência”. Na luta contra o absolutismo, surgiram algumas normas protetoras de direitos individuais, sementes dos direitos fundamentais. Assim, na Inglaterra do século XVII, surgiram o *Petition of Rights*, em 1628, o *Bill of Rights*, em 1689, e o *Habeas Corpus Act*, em 1679.

A Reforma Protestante foi importante movimento não só de cunho religioso, mas de reflexos também políticos e jurídicos. Foi com esse movimento que ficou clara a intenção de ver reduzidos o poder e a interferência do Estado para garantir, inicialmente, a liberdade religiosa. Mais tarde, veio a burguesia lutar contra o absolutismo, houve o desenvolvimento da ciência e a descoberta

51 *Ibidem*, p. 69.

52 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 181.

53 “Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpenetração mútua, com a conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática. Os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos, tal como estes não podem deixar de ser entendidos em conjugação com os anteriormente consagrados: algumas liberdades e o direito de propriedade não possuem hoje o mesmo alcance que possuíam no século XIX, e os direitos sociais adquirem um sentido diverso consoante os outros direitos garantidos pelas Constituições.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. IV. p. 30)

de que o poder do Estado não se baseava na vontade de Deus. Criou-se a teoria do contrato social para justificar o poder do Estado⁵⁴.

Constata-se que o surgimento dos diversos tipos de Estado confunde-se com o nascimento e evolução dos direitos fundamentais. Foi no século XVIII, com a vitória da revolução liberal na França e a independência dos Estados Unidos, que apareceram os primeiros documentos proclamadores dos direitos do homem (direitos humanos). Os documentos mais importantes deste período são a “Declaração do Bom Povo da Virgínia” (*Virginia Bill of Rights – 1776*) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Tais declarações, entretanto, carecem de eficácia jurídica e servem apenas como parâmetros norteadores da interpretação de normas jurídicas eventualmente existentes. São, portanto, equivalentes aos princípios gerais do direito. Por tal motivo (falta de eficácia jurídica), surgiu a necessidade de positivação dos enunciados contidos nas declarações de direitos, como forma de garantir sua proteção e efetividade.

Na era moderna, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) foi muito importante para a história dos direitos fundamentais, não se limitando a trazer somente direitos individuais, mas também se preocupando com os direitos sociais, ou seja, além dos clássicos direitos à liberdade, à vida, à liberdade religiosa e aos direitos políticos, tratou também de direitos culturais, sociais e econômicos como sendo indispensáveis à dignidade do homem.

Ainda quanto à evolução histórica, para Norberto Bobbio⁵⁵, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade (tendentes a limitar o poder do Estado e reservar para o indivíduo uma esfera de liberdade em relação ao próprio Estado). Num segundo momento, o foco ocorreu em relação aos direitos políticos, com a concepção não só da liberdade negativa (que seria o direito do indivíduo de não sofrer a intervenção estatal em sua vida), mas também a “liberdade ativa”, ou seja, o direito de exigir do Estado prestações positivas, ações, e não abstenção. E, finalmente, num terceiro momento, foram proclamados os direitos sociais, que

54 “Sob a influência dos humanistas e da Reforma, a fé e a religião passaram a não ser mais um limite ao poder e aos direitos do homem. No âmbito político, as estruturas plurais do poder medieval foram substituídas pelo Estado como forma de poder racional, centralizado e burocrático, que não reconhecia poder superior e que pretendia o monopólio do uso legítimo da força. A soberania, como conceito identificador desse poder, tinha como função a produção do Direito, que se tornou *instrumentum regni* para acabar com os poderes medievais.” (LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 52)

55 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32-33.

expressam o amadurecimento de novas exigências, como bem-estar e igualdade não apenas formal, que podem ser chamados de liberdade por meio do Estado.

Os conflitos de classe ao longo do século XIX traduziram as exigências de uma camada da população para a qual havia insuficiência de direitos individuais. Essas reivindicações ajudaram a construir uma mudança na atividade do Estado, que paulatinamente abandonou sua postura abstencionista e passou a desenvolver uma postura mais ativa no sentido de respeitar e implementar direitos fundamentais sociais⁵⁶.

2.1 – Classificação dos direitos fundamentais

Os direitos tidos como fundamentais podem ter duplo sentido jurídico: de um lado, são essenciais aos homens em sua vivência com os outros. As relações de uns com os outros homens e com o próprio Estado fundam-se neles, em seu respeito e acatamento; de outro lado, são eles que conferem os fundamentos da organização estatal, dando as bases sobre as quais as ações da entidade estatal se desenvolvem, em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos).

A doutrina constitucional majoritária faz a divisão ou classificação dos direitos fundamentais por intermédio de gerações ou dimensões. Assim, existiriam três dimensões de direitos fundamentais. A primeira dimensão trata dos direitos de liberdade; a segunda, dos direitos de igualdade (na qual se incluem os direitos sociais); a terceira, dos direitos de fraternidade.

Acerca da nomenclatura “gerações” e “dimensões” de direitos fundamentais, o posicionamento doutrinário dominante é de que seja desnecessária a divisão dos direitos fundamentais em famílias, gerações, naipes ou dimensões. O entendimento vigorante é o de que está superada a noção de “gerações” de direitos fundamentais, por ter tal noção criado equívocos conceituais em torno das características dos direitos fundamentais, a exemplo da falsa noção de ordem cronológica e superação dos direitos nas dimensões precedentes⁵⁷.

56 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995. p. 83.

57 “A ideia de *generatividade geracional* também não é totalmente correcta: os direitos são de todas as gerações. (...) preferem hoje os autores falar de três dimensões de direitos do homem (E. Riedel) e não de ‘três gerações’” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 386-387). “(...) o termo *geração*, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado Social de Direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*.

Podemos citar algumas características comuns aos direitos fundamentais, como, por exemplo: os direitos fundamentais são universais e absolutos, inalienáveis, indisponíveis e de aplicabilidade imediata.

Inicialmente concebidos como direitos da liberdade, os direitos fundamentais de primeira dimensão tinham como titular o indivíduo e eram oponíveis ao Estado. Sua característica mais marcante era a subjetividade; eles valorizavam a pessoa humana individualmente considerada. A preocupação, pois, era resguardar a liberdade do cidadão diante do poder do Estado Absoluto.

São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, que deve abster-se da intromissão na vida dos particulares. O que se quer do Estado, nesse primeiro momento histórico, é que seu poder seja limitado e que ele deixe de intervir na vida da sociedade civil. Tais direitos são hoje denominados de direitos de primeira dimensão. Podemos citar, como exemplo dessa dimensão de direitos, o direito à vida, à propriedade, à liberdade religiosa e de pensamento, à igualdade, dentre outros direitos contemplados nessa geração⁵⁸.

Os direitos de primeira dimensão são compatíveis com o Estado Liberal no sentido de serem frutos das concepções desse Estado, cujo ordenamento jurídico era centrado no indivíduo (e não na coletividade), nas questões patrimoniais (e não nas questões sociais), vigiam as grandes codificações que eram

5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. IV. p. 30). “A doutrina moderna dá ênfase em afirmar que qualquer Direito Fundamental constitucional – seja ele direito civil e político ou econômico, social e cultural – contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações *positivas e negativas* para o Estado. Nessa visão, a tradicional diferenciação entre os direitos ‘da primeira’ e os ‘da segunda geração’ (ou ‘dimensão’) é meramente gradual, mas não substancial, visto que muitos dos Direitos Fundamentais tradicionais foram reinterpretados como sociais, perdendo sentido as distinções rígidas” (KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 47-48; ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 117). “(...) é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 49). No mesmo sentido, CONI Jr., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direitos fundamentais e a era digital. *Revista LTr*, São Paulo, v. 82, n. 1, p. 47-59, jan. 2018.

58 “Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos (...) Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563-564)

DOCTRINA

tidas como as únicas fontes do direito e sua interpretação deveria ater-se aos estritos limites da lei como pregava a escola da exegese.

Com a Revolução Industrial surgiram novas tecnologias, houve o aumento da produção e a necessidade cada vez maior de mão de obra. Isso gerou a conseqüente saída do homem do campo para a cidade. O homem passou a ter conhecimento de novas formas de tecnologia e a ter participação assegurada em outros espaços sociais. Passou a ver e a desejar um maior bem-estar material, melhores condições de vida e de trabalho. Em reforço, surgiu o Estado Social que, intervindo no domínio econômico, buscava o pleno emprego, o desenvolvimento e melhor distribuição de renda.

Nesse quadro se dá o surgimento dos direitos de segunda dimensão. O sentimento existente era de que a declaração de direitos fundamentais era necessária, embora não suficiente, e de que o próprio elenco daqueles que se haviam declarado ampliava-se nas novas conquistas sociais. Isso conduziu a outros movimentos, que levaram a novas necessidades e formulações jurídicas: surgiram os direitos sociais, culturais e econômicos, havidos como os de “segunda dimensão”, a se acrescerem e mesmo a redimensionarem o sentido daqueles que compunham os de “primeira dimensão”.

Os direitos de segunda dimensão não substituem os da primeira dimensão, mas somam-se a estes. A preocupação e característica dessa nova dimensão de direitos não era limitar o poder estatal, mas fazer com que o Estado tomasse iniciativa em relação à efetivação de tais direitos. Enquanto na primeira dimensão há necessidade do absentismo estatal (ou mesmo um comportamento negativo, no sentido de não tomar iniciativas), na segunda dimensão de direitos fundamentais exigem-se ações, prestações ou participações positivas do Estado.

São exemplos de direitos de segunda dimensão os direitos sociais, culturais, econômicos, bem como os direitos coletivos. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença e à velhice.

Num primeiro momento da evolução das dimensões dos direitos fundamentais, havia a presença de um Estado Absenteísta. Num segundo momento, passa-se a presenciar a figura de um Estado em que predominam as prestações positivas em favor da sociedade.

Essa segunda dimensão de direitos fundamentais está vinculada aos Direitos Sociais, que exigiam uma isonomia material, ou seja, uma igualdade econômica entre os cidadãos. Relacionam-se aos direitos de educação, de saúde, de trabalho, de assistência social, isto é, direitos culturais, sociais e

econômicos. Esses direitos nasceram atrelados ao princípio da igualdade, em reação ao Estado Liberal.

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, igualmente protegidos constitucionalmente, são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade. Referem-se mais precisamente aos direitos difusos e coletivos, e não simplesmente aos direitos do homem-cidadão, e coincidem com o aparecimento do Estado Democrático de Direito. Esses direitos emergiram de temas relacionados ao direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz, à autodeterminação dos povos, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, podendo ainda surgir outros direitos em virtude do caráter universalista dos direitos fundamentais.

A característica primordial dos direitos de terceira dimensão é de serem direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, mas que visam a todo o universo dos homens. Emergiram na evolução do conceito de direitos fundamentais nesta terceira dimensão uma subdivisão dos direitos de fraternidade, apresentando-se em uma forma englobadora e abrangente de atuação.

A Constituição da República de 1988 traz exemplo de direito fundamental de terceira dimensão ao estatuir no seu art. 225 que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...)” e determinar que tanto a coletividade quanto o Poder Público têm o dever de protegê-lo, inclusive para gerações futuras.

Paulo Bonavides defende a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, que seria fruto de uma universalização de direitos fundamentais. Compõem essa geração de direitos, para o referido constitucionalista, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo⁵⁹.

Ao realizar um resumo da evolução dos direitos fundamentais, Jorge Miranda aponta como gerações de direitos fundamentais a dos direitos de

59 “Os direitos de quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *princípial, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico. Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação. (...) Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 572)

liberdade; dos direitos sociais; dos direitos ao ambiente, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática⁶⁰.

3 – Ondas renovatórias do acesso à justiça de Cappelletti e Garth

Impossível tratar do tema do acesso à justiça sem mencionar a obra considerada clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Por meio de um projeto interdisciplinar e intercontinental, já que havia países como o Japão e a Itália envolvidos, estes autores, dentre outros, viabilizaram, nos anos 1970, um projeto de pesquisa sobre os principais empecilhos ou dificuldades da população para ter acesso ao Poder Judiciário em diversos países. Os resultados alcançados foram publicados em vários tomos, e esta parte da pesquisa, que foi traduzida para a língua portuguesa, chama-se homonimamente “Acesso à justiça”⁶¹.

Tomando por caminho a identificação dos obstáculos ao acesso à justiça é que se procurou trabalhar as possíveis soluções e melhorias. A preocupação primeira de Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao abordar o tema do acesso à justiça se dá no plano da chegada do cidadão à justiça, ou seja, de como o cidadão conseguirá chegar até à “porta de entrada” do Poder Judiciário. Essa linguagem coloquial serve para ilustrar a temática clássica desses autores, centrada no problema de como tornar a justiça menos burocrática e mais facilmente alcançável pelos cidadãos.

Sob tal perspectiva, o desafio não é apenas atrair um determinado público para ingressar na justiça, mas tornar as pessoas ao mesmo tempo conscientes de seus direitos (no sentido de fazer com que as pessoas tomem conhecimento de que têm direitos e quais são eles, posto que o desconhecimento é um dos primeiros óbices ao acesso à justiça) e confiantes de que o modo efetivo e eficaz de proteger e exercitar seus direitos ocorre por meio do Poder Judiciário.

Essa visão representa uma ruptura com os padrões até então existentes nos estados liberais nos séculos dezoito e dezenove, nos quais imperava um individualismo exacerbado e entendia-se que o direito ao acesso à proteção judicial não necessitava de uma ação do Estado para sua proteção⁶². Trata-se da perspectiva estudada quando tratamos do acesso à justiça no Estado Liberal.

60 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. IV. p. 30.

61 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

62 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 9.

Para ter uma noção da revolução que este novo pensamento representou, basta imaginar que não existiam Estados como hoje conhecemos, regidos por princípios democráticos, governantes eleitos pelo povo. Portanto, os conflitos entre as pessoas eram resolvidos pelo uso da força bruta (autotutela), o que assegurava apenas que o mais forte era o vencedor da querela (concepção que passa longe da ideia de justiça). Foi como reação a esse pensamento então dominante que o direito de acesso à justiça surgiu como o “(...) desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum (...)”⁶³. Trata-se da busca pela efetividade, pois até então existia um acesso meramente formal à justiça⁶⁴.

O distanciamento do enfoque meramente formal do acesso à justiça dominante no Estado Liberal para um enfoque voltado para sua efetividade aumentou ao ponto do acesso à justiça ser reconhecido como direito humano: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”⁶⁵.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça passou a ser direito social fundamental e dada sua crescente importância tornou-se o “ponto central da moderna processualística”⁶⁶.

Há uma preocupação em alargar o espectro de alcance da justiça para fazer com que a população economicamente mais vulnerável pare de evitar ingressar no Poder Judiciário e sintam-se menos incomodada em fazê-lo. Nessa análise, percebe-se que há dificuldades de ordem prática, a exemplo dos altos custos do processo judicial (gastos com custas e taxas judiciais, com advogados e com pagamento de honorários advocatícios de sucumbência), da burocracia que envolve o ingresso em juízo (observância das formalidades processuais), da falta de informação das partes sobre seus direitos e sobre como acessar o Poder Judiciário, além de problemas pessoais das partes (desconfiança nos advogados, no Poder Judiciário, medo de litigar, etc.).

Para que haja efetividade perfeita no acesso à justiça, entende-se que deve haver “igualdade de armas” entre as partes de um dado processo. Dito por

63 *Ibidem*, p. 8.

64 “O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.” (*Ibidem*, p. 9)

65 *Ibidem*, p. 12.

66 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 13.

outras palavras, seria necessário que às partes de um processo fossem concedidas as mesmas condições e oportunidades para afirmar e reivindicar seus direitos.

Essa igualdade é reconhecidamente utópica, pois há obstáculos quase intransponíveis para que houvesse uma real igualdade entre as partes, a exemplo de sua formação intelectual. É mais fácil visualizar o suplantamento de diferenças econômicas entre as partes por meio da concessão de assessoramento jurídico gratuito a uma delas, o que se faz no Brasil por intermédio das defensorias públicas. Entretanto, as diferenças ocasionadas por características pessoais como formação intelectual não podem ser equalizadas.

Dentre os obstáculos ao efetivo acesso à justiça aponta a doutrina as custas judiciais, o tempo de duração dos processos, os recursos financeiros das partes, a aptidão da parte para reconhecer um direito. Portanto, a preocupação clássica, tradicional, é com o ingresso na justiça, o que se costuma chamar de “porta de entrada”.

Útil mencionar que durante a pesquisa sobre acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth sintetizaram os passos ou momentos pelo qual o movimento passou, chamando-o de “ondas” do acesso à justiça.

A primeira onda de acesso à justiça buscou ultrapassar o obstáculo dos custos financeiros do litígio ao assegurar assistência judiciária gratuita aos que não tinham condições de suportar os custos da demanda. Na segunda onda de acesso à justiça, o foco foi proporcionar a representação jurídica para defesa dos direitos difusos, o que teve como efeito que a proteção desses direitos poderia atingir uma quantidade maior de pessoas (coletividade). A terceira onda de acesso à justiça, chamada “enfoque de acesso à justiça”, tentou mudar, adequar e melhorar os procedimentos utilizados pelo Poder Judiciário, a exemplo da criação de tribunais de pequenas causas, simplificação da legislação, introdução dos meios alternativos de solução de conflitos, etc.

Atualmente, no sistema judiciário trabalhista brasileiro a assistência judiciária gratuita⁶⁷ é precária. Na seara laboral, a assistência judiciária gratuita

67 Sobre a distinção entre assistência judiciária gratuita e justiça gratuita: “Importante, igualmente, destacar que os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita e da Justiça Gratuita são institutos distintos, embora muitas vezes utilizados como sinônimos, inclusive pela legislação pátria. O primeiro diz respeito ao patrocínio gratuito da ação por advogado (no caso da Justiça do Trabalho, por advogado credenciado junto ao Sindicato da categoria profissional, nos termos da Lei nº 5.584/70), benefício diretamente vinculado ao quanto disposto pelo art. 5º, LXXIV, da Carta Magna, consistindo, assim, em verdadeiro *munus* público. Já o benefício da justiça gratuita, previsto na Lei nº 1.060/1950 (embora referida legislação fale em assistência judiciária gratuita) e, em termos de Justiça do Trabalho, constante expressamente no art. 790, § 3º, da CLT, vincula-se, de forma mais restrita, à isenção de custas e demais despesas processuais” (FREITAS, Raquel Hochmann de. *A Defensoria Pública no*

deveria ser prestada ao trabalhador por meio dos sindicatos, nos termos do art. 18 da Lei nº 5.584/70, mesmo que se trate de trabalhador não filiado ao sindicato (e que, portanto, não paga qualquer tipo de mensalidade).

Diferentemente do que ocorre no âmbito estadual, onde atua com relativo êxito a Defensoria Pública, no âmbito da Justiça do Trabalho não existe atuação da Defensoria Pública da União. A constatação é de que, em termos de acesso à justiça para defesa de direitos laborais, de partida, o trabalhador estará em desvantagem, seja porque só será assistido por sindicato, caso seja filiado a um, seja porque não existe atuação de órgão público (como, por exemplo, a Defensoria Pública da União) no patrocínio de ações judiciais em defesa de direitos fundamentais dos trabalhadores, sejam tais direitos individuais ou coletivos.

O inconveniente da falta de atuação da Defensoria Pública da União nas demandas judiciais trabalhistas não é admissível, já que a Constituição assegura que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, LXXIV) e a Defensoria Pública está incumbida pela mesma Constituição de prestar assistência judiciária gratuita aos necessitados⁶⁸.

Trata-se, em nossa opinião, de uma inércia oportuna tanto para o órgão encarregado da prestação de assistência jurídica gratuita aos necessitados quanto para os advogados particulares, como se fosse uma espécie de reserva de mercado. A Defensoria Pública da União mantém-se estática e deixa de aumentar sua carga de atribuições e responsabilidades. Os advogados particulares têm no patrocínio de demandas perante a Justiça do Trabalho uma fatia de mercado que garante número razoável de clientes com chances de receber pagamento de

âmbito trabalhista como forma de efetivação dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao acesso à justiça. São Paulo: LTr, 2015. p. 58-59). Mauro Vasni Paroski leciona que a assistência judiciária envolve o patrocínio gratuito do processo judicial por advogado; já a justiça gratuita diz respeito ao não pagamento de despesas processuais e a assistência jurídica gratuita significa a prestação do serviço de aconselhamento e orientação jurídica, independentemente da existência de processo judicial. *Vide*: PAROSKI, Mauro Vasni. *Gratuidade e honorários de advogado na Justiça do Trabalho*: elementos teóricos e práticos para uma reflexão crítica da perspectiva do acesso à justiça. São Paulo: LTr, 2010. p. 44-46. Mauro Cappelletti e Bryant Garth frisam que “(...) a assistência jurídica significa mais do que a simples representação perante os tribunais. Ela implica auxílio para tornar as pessoas mais ativamente participantes das decisões básicas, tanto governamentais quanto particulares, que afetam suas vidas” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 143).

68 “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 LXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” (BRASIL. Constituição [1988]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado Federal, 1988)

DOCTRINA

honorários advocatícios contratuais em tempo mais curto que em outros ramos do Poder Judiciário nacional.

A Constituição de 1988 inseriu a Defensoria Pública no capítulo das funções essenciais à justiça. Posteriormente, a Lei Complementar nº 80/94 veio regulamentar e organizar seu funcionamento no perímetro da União, do Distrito Federal e dos Territórios, além de prescrever normas gerais para sua organização nos Estados.

A Lei Complementar nº 80/94 estabelece as funções institucionais da Defensoria Pública, dentre as quais estão a prestação de orientação jurídica e exercício da defesa dos necessitados em todos os graus; promoção de solução extrajudicial de litígios; promoção de ação civil pública quando seu resultado puder beneficiar grupo hipossuficiente; promoção da mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados.

Demais disso, o § 5º do art. 4º da Lei Complementar nº 80/94 dispõe literalmente que “A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública”⁶⁹.

Por conseguinte, o aparato da Defensoria Pública da União deveria funcionar na seara trabalhista somado à assistência judiciária gratuita prestada pelos sindicatos. Com isso, queremos dizer que eles não se excluem. A Defensoria Pública da União deveria ser o prestador “oficial” da assistência jurídica gratuita aos necessitados nas demandas judiciais trabalhistas dada a amplitude de suas atribuições constitucionais e sua existência em todo território nacional.

Compreendemos que essa atuação exigiria significativas mudanças na estrutura da Defensoria Pública da União, com aumento do número de defensores, de servidores e da própria estrutura física do órgão. Talvez o óbice mais desafiador a sanar seria a quantidade de audiências trabalhistas a atender, já que, em regra, em cada processo judicial (reclamação trabalhista no jargão da Consolidação das Leis do Trabalho) ocorre pelo menos uma audiência. Para solucionar essa questão, poderia haver pautas de audiências unificadas nas varas do trabalho, nas quais todos os processos patrocinados pela Defensoria Pública da União teriam audiências designadas em dias pré-determinados ou em horários seguidos.

69 BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 1994. Disponível em: <<https://goo.gl/n4y7Vs>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

Outra saída paliativa seria a celebração de convênios entre a Defensoria Pública da União e instituições de ensino superior para que os núcleos ou escritórios de prática jurídica realizassem o serviço de assistência jurídica gratuita aos trabalhadores sob a supervisão de professores e membros designados pela Defensoria Pública da União. Esta seria uma forma de fazer com que o serviço de assistência jurídica gratuita aos trabalhadores de fato existisse e funcionasse, além de proporcionar experiência prática aos estudantes dos cursos jurídicos.

Enfim, o que se percebe é que a Defensoria Pública da União poderia atuar tanto judicial quanto extrajudicialmente (por meio da promoção de campanhas de informação sobre a importância da conciliação, sobre direitos dos trabalhadores, sobre as formas de acesso à justiça, etc.) para solução dos conflitos trabalhistas, mas não o faz, o que prejudica diretamente o acesso à justiça pelos trabalhadores. Podemos também pensar a respeito do pagamento de honorários advocatícios de sucumbência na Justiça do Trabalho e o acesso à justiça. Antes do advento da Lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, cuja vigência deu-se a partir de 11.11.2017, doutrina e jurisprudência posicionavam-se de maneira pacífica no sentido de que, regra geral, não eram devidos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. Esse era o posicionamento adotado por duas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, ns. 219 e 329⁷⁰, e também pela Instrução Normativa

70 “Súmula 219 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 21/03/2016.

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 condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.”

“Súmula 329 TST – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.” (BRASIL. Tri-

nº 27/05⁷¹, do mesmo Tribunal Superior do Trabalho, que no seu art. 5º dispõe: “Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência”.

Embora o inciso III da Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho apenas ratifique o disposto no art. 5º da Instrução Normativa nº 27/05 do mesmo órgão, a reforma trabalhista trazida pela Lei nº 13.467/2017 alterou a realidade até então vigente, posto que introduziu nova disciplina sobre honorários advocatícios regida pelo art. 791-A na Consolidação das Leis do Trabalho⁷².

A nova disciplina atinente aos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho contraria as tentativas da primeira onda de acesso à justiça, que sustentam a necessidade de criação de mecanismos que diminuam ou mesmo eliminem o custo financeiro do processo. Ao revés, o art. 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, transforma em regra o que era exceção (pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais) e ainda determina que os honorários advocatícios sejam “(...) fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor

bunal Superior do Trabalho. Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. *Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos [recurso eletrônico]*. Brasília: Coordenação de Serviços Gráficos – CSG/SEG/TJDFT, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/DYaFj4>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

71 BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<https://goo.gl/mKZuGC>> Acesso em: 15 dez. 2017.

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

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I – o grau de zelo do profissional;

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa;

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

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

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.” (BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º maio 1943. Disponível em: <<https://goo.gl/ihmWLS>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”.

Parece-nos que a nova disciplina legal sobre honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, criada pelo art. 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho, contribuirá para inibir ou diminuir o acesso à justiça neste ramo especializado. Isso porque os riscos econômicos da demanda, outrora limitados a eventual condenação em pagamento de custas e litigância de má-fé, hoje são muito maiores. Pode acontecer inclusive do valor devido a título de honorários advocatícios de sucumbência superar o valor de créditos porventura devidos ao trabalhador e reconhecidos por sentença nas hipóteses de sucumbência recíproca⁷³.

Percebe-se que o acesso à justiça é um conceito bem maior que a mera possibilidade de ingressar em juízo. Significa a aptidão para movimentar a máquina judiciária na defesa de seus direitos, mas também o direito a um processo justo, com todas as garantias constitucionais, com duração de tempo razoável⁷⁴.

Nesse sentido, o ensinamento de Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo de Avelar Lamy: “O acesso à Justiça não se esgota no acesso ao Judiciário. É necessário, portanto, ter o cuidado de não reduzi-lo à criação de mecanismos processuais, e seus problemas, aos existentes nesse âmbito. O acesso à Justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece”⁷⁵.

Insta frisar que o presente estudo tem como preocupação principal a “porta de saída” da justiça. Não basta estudar, planejar e preocupar-se com a melhoria das formas de ingresso na justiça, pois o que as partes realmente desejam é que sua passagem pelo sistema judiciário (no sentido de Poder Judiciário) seja breve e que tenha uma solução satisfatória.

73 Idêntica conclusão aponta ALMEIDA, Cléber Lúcio de. A reforma trabalhista e o acesso à justiça. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISI, Marco Aurélio; FONTES, Saulo T. de Carvalho (Org.). *Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017.

74 “Se, em um primeiro momento, sua concepção parece estar imbricada no direito de acesso aos tribunais – chegando mesmo a ser confundido com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB) –, uma análise mais detida demonstra um indesejável reducionismo, já que em torno desse suposto núcleo único gravitam questões outras como o direito à informação, à correta adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país, ao acesso a instrumentos jurídicos que permitam a concretização de uma posição jurídica de vantagem, enfim, o direito de acesso a toda uma ordem jurídica justa.” (GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. *O direito fundamental de acesso à justiça*. São Paulo: LTr, 2015. p. 12)

75 RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 103.

Portanto, mais interessados que ingressar na justiça, os cidadãos estão interessados na “porta de saída” – o que se reflete no desejo de resolver de forma rápida e eficaz o litígio posto em exame no processo judicial. Trata-se da vontade, da esperança, de que o processo tenha um fim. Essa é uma das preocupações do presente estudo: analisar formas que possibilitem a melhoria da tutela dos direitos dos trabalhadores por intermédio do processo judicial em meio eletrônico, focando não as formas de ingresso na justiça, as ações judiciais possíveis, mas sim formas de melhorar ou acelerar o resultado final do processo para possibilitar que o cidadão consiga “sair” da justiça.

Assim, nossa preocupação terá como principal enfoque meios para a solução do conflito trabalhista com mais eficiência e celeridade.

4 – Acesso à justiça na Constituição da República de 1988

O ponto de partida para analisar qualquer instituto jurídico é a Constituição, dada sua posição de supremacia hierárquica ante as demais normas do ordenamento jurídico e sua influência na sistematização e interpretação desse ordenamento⁷⁶. Não é diferente com a jurisdição e o acesso à justiça, que devem ser estudados a partir do prisma constitucional para que se possa compreender sua importância. A Constituição ocupa o lugar principal do sistema jurídico. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso, “(...) toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição”⁷⁷.

Ao contrário das Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934 e 1937, que não trouxeram qualquer disposição sobre o acesso à justiça, a Constituição de 1946 tratou da proteção jurisdicional no § 4º do art. 141, ao afirmar que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Tal dispositivo foi repetido na Constituição de 1967 (art. 150, § 4º) e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 153, § 4º)⁷⁸.

76 Wilson Alves de Souza ressalta a importância da Constituição como parâmetro mais relevante para estudo de um instituto jurídico: “Desde el punto de vista jerárquico, está fuera de duda que el estatuto normativo más relevante es la constitución, impregnada de garantías, principios (explícitos o implícitos) y reglas, a partir, en lo que se refiere al Derecho Procesal, del debido proceso, del acceso a la justicia y de una serie de derechos fundamentales, y reglas ordinarias de derecho procesal (...)” (*Los límites subjetivos internos de la jurisdicción: caracterización de la sentencia dictada por un órgano jurisdiccional sin atribución constitucional*. Salvador: Dois de Julho, 2016. p. 99).

77 BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público – novas reflexões. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 13, n. 148, p. 9-14, jun. 2013.

78 MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 358.

Na Constituição brasileira de 1988 a palavra “jurisdição” é mencionada 24 (vinte e quatro) vezes e com diversos sentidos. Já a palavra “jurisdicional” aparece 9 (nove) vezes e a palavra “judiciário” é transcrita 32 (trinta e duas) vezes, seja com o sentido de Poder Judiciário, seja no sentido de órgão judiciário ou serviço judiciário. A palavra “justiça”, no sentido daquilo que é justo, apareceu apenas no preâmbulo do texto constitucional – nas demais vezes em que é citada é no sentido de órgão do Poder Judiciário (Tribunal de Justiça, Justiça Eleitoral, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça) ou no sentido de processo sigiloso (“segredo de justiça”⁷⁹).

O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 fixa a justiça como valor supremo, enquanto o inciso I do art. 3º da Constituição estabelece que construir uma sociedade justa é, dentre outros, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

A palavra jurisdição está espalhada em diversos trechos do texto constitucional com o sentido de limite espacial ou territorial no qual os poderes jurisdicionais podem ser exercidos.

No Brasil, o fenômeno da constitucionalização de direitos torna-se particularmente significativo com a promulgação da Constituição da República de 1988. O catálogo de direitos nela inscritos é grandioso, assim como o projeto de sociedade nela pensado.

Diferentemente da Constituição portuguesa de 1976, que traz em seu artigo 20.⁸⁰ previsão explícita acerca do acesso à justiça, a Constituição da República de 1988 não traz previsão expressa, mas o faz apenas indiretamente

79 Constituição de 1988: “Art. 14. (...) § 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé” (BRASIL. Constituição [1988]. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado Federal, 1988).

80 “Artigo 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.” (PORTUGAL. Constituição [1976]. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, 1976. Disponível em: <<https://goo.gl/5n9Htv>> Acesso em: 20 dez. 2017)

no inciso XXXV do art. 5º. A expressão “acesso à justiça” foi cunhada pela doutrina, mas não faz parte do texto constitucional de 1988⁸¹.

Entretanto, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e erige essa determinação a patamar normativo mais significativo ao incluir esse ditame no Título II “Dos direitos e garantias fundamentais” que faz parte do Capítulo I “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”⁸².

Fazem também parte do rol dos direitos e garantias fundamentais descritos no art. 5º da Constituição da República de 1988, dentre outros, o direito de ser processado e sentenciado somente por autoridade competente (inciso LIII), de não ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV), da garantia do contraditório e da ampla defesa aos litigantes em processo judicial ou administrativo (inciso LV), a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI).

A doutrina trata a disposição do inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988 como a garantia dos cidadãos de buscar a atuação do Poder Judiciário na proteção de seus bens e direitos, o que se convencionou chamar de princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário ou do “acesso à justiça” no sentido de acesso ao Poder Judiciário⁸³. Modernamente, o acesso à justiça é mais que isso.

Portanto, a Constituição elevou a apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário ao inserir tal dispositivo no texto dos direitos e garantias fundamentais. Releva também estudar o conceito de direitos fundamentais,

81 “Mas, ainda que não exista previsão única expressa do ‘direito de acesso à justiça’ (nestes termos ou naqueles correlatos que traduzam a amplitude do direito para além do direito de acesso aos tribunais), é possível se inferir, da correlação entre os direitos autônomos expressa ou implicitamente salvaguardados, a referida garantia em sua maior extensão.” (GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. *O direito fundamental de acesso à justiça*. São Paulo: LTr, 2015. p. 30)

82 Para os fins deste trabalho, os direitos fundamentais serão estudados nos termos delimitados por J. J. Gomes Canotilho: “Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação é a constituição. A *positivação* de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechts-normen*)” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377). No mesmo sentido: ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1992. p. 20.

83 J. J. Gomes Canotilho trata o tema como garantia de acesso aos tribunais, nos termos do artigo 20.º da Constituição portuguesa. Vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 491.

visto que dentre os objetivos desta pesquisa está a melhoria da tutela e da efetividade dos direitos dos trabalhadores, que foram enquadrados como direitos fundamentais pelo art. 7º da Constituição de 1988, o que foi feito nesta pesquisa.

Concordamos com José Roberto Nalini, para quem “O acesso à justiça deixou de ser tema teórico para encontrar reflexo no texto constitucional e para representar um contínuo esforço de todo o operador jurídico brasileiro, no sentido de alargar a porta da justiça a todos, principalmente os excluídos”⁸⁴.

Iniciaremos a abordagem do acesso à justiça na Constituição da República de 1988 pela análise da natureza jurídica do instituto.

4.1 – Direitos e garantias fundamentais: distinções

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, nos moldes em que denominado o Título II da Constituição de 1988, consiste em saber o que são direitos fundamentais e se há diferença entre estes e as chamadas garantias fundamentais.

Uma das distinções que se pode fazer ao tratar de direitos fundamentais baseia-se no fato de que estão inscritos em instrumentos normativos chamados constituições, que são considerados do ponto de vista hierárquico como os mais altos ou de maior hierarquia em relação aos demais.

J. J. Gomes Canotilho realça essa característica dos direitos fundamentais como aqueles que fazem parte das constituições dos Estados, ao lembrar que na França não há direitos fundamentais, e sim liberdades públicas, e na Alemanha se fala em direitos subjetivos públicos e não em direitos fundamentais. Diz expressamente o autor que “(...) os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas”⁸⁵.

Enquanto direitos fundamentais podem ser classificados como aqueles positivados no seio da Constituição com características próprias, as garantias fundamentais são entendidas como os instrumentos existentes para viabilizar a consecução ou mesmo a proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, as ações intentadas por meio de processos judiciais são exemplos de garantias fundamentais, posto que, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988, os particulares podem aceder ao Poder Judiciário para proteção

84 NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 19.

85 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

de lesão ou ameaça a direito. Ao tratar da distinção entre direitos e garantias fundamentais, J. J. Gomes Canotilho explica:

“Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *carácter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*).”⁸⁶

A distinção entre direitos e garantias fundamentais apresentada por Jorge Miranda é a seguinte:

“Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar condições para a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respetivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexó que possuem com os direitos; na aceção juracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.”⁸⁷ (grifos do autor)

Para Robert Alexy, garantias tanto são “o direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer o reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade”⁸⁸.

Podemos sintetizar ao afirmar que os direitos fundamentais correspondem a direitos materiais (o bem da vida que se quer proteger, a exemplo da vida, da liberdade) e que as garantias fundamentais seriam os instrumentos colocados à disposição das pessoas para assegurar a fruição dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco: “As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito ao direito que instrumentalizam”⁸⁹. Assim, o direito de acesso

86 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396.

87 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. IV. p. 130.

88 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 311.

89 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 158.

à justiça pode ser visto como garantia fundamental, nos termos da Constituição da República de 1988.

Porém, do ponto de vista prático, a natureza jurídica do acesso à justiça é dúplice: tanto pode ser tida como direito quanto garantia fundamental. A ordem jurídica de diversos países ocidentais adotou o acesso à justiça com natureza de garantia e princípio processual, além de direito fundamental⁹⁰. Nesse sentido, a afirmação de J. J. Florentino dos Santos Mendonça:

“Enquanto fundamento legitimador das ações institucionais idealizadas para proteger e concretizar os direitos, o direito de acesso à justiça revela-se como direito-garantia porque, além de viabilizar a atuação estatal com vista à efetividade de outros direitos, pode, ao mesmo tempo, ‘fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas’ e figurar como garantia de natureza processual que assegura a inafastabilidade do controle judiciário.”⁹¹

Concluimos que o direito de acesso à justiça tem natureza dúplice – tanto é direito fundamental quanto garantia – porque admitir que fosse enquadrado em uma única dessas categorias implicaria desnaturá-lo. Isso porque o acesso à justiça é o direito de garantir direitos. Por isso a afirmação de ser um direito-garantia⁹².

90 MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 16. Para Carlos Henrique Bezerra Leite, o acesso à justiça é tanto direito humano, porque previsto nas normas internacionais, a exemplo do artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 quanto direito fundamental, porque catalogado no elenco dos direitos e deveres individuais e coletivos constantes do Título II da Constituição da República de 1988 (*Curso de direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 59-60).

91 MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 129-130.

92 “Embora existam diferenças entre os sentidos juridicamente reconhecidos às palavras ‘direito’ e ‘garantia’, é certo que, mesmo e principalmente quanto aos direitos havidos como fundamentais para o indivíduo e para o cidadão, a garantia conforma um direito, veste-lhe a natureza, matiza-lhe a alma, sem deixar de constituir, em si mesma, uma facultade. Os direitos fundamentais individuais, coletivos, políticos e sociais dos indivíduos e dos cidadãos não deixam de ser imposições afirmativas postas pelo direito constitucional positivo ao Estado. (...) A jurisdição, a petição aos poderes públicos ou as ações constitucionais, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança ou a ação popular, para citar apenas alguns, são direitos garantidos e garantidores, nos termos da Constituição brasileira, como ocorre também em outros países. (...) O fio que separa o direito da garantia é o elo que une o corpo e a alma de um instituto, o qual não se dissocia de qualquer dos dois e guarda em todos eles a sua mesma natureza. Por isso afirmo o direito à jurisdição como o direito constitucional cuja essência se marca pela natureza assecuratória: é, pois, direito-garantia, quero dizer, é direito instrumentalizador, a dar valência e prevalência a outro ou outros direitos agredidos no fluxo de sua aplicação.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord.]. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-51)

Não há como falar em acesso à justiça sem tratar da jurisdição. Afinal, a consequência mais básica do acesso à justiça é prestar a jurisdição. Ambos estão umbilicalmente conectados, visto que a jurisdição moderna deixou de ser o mero poder de dizer o direito (no sentido de simples declaração) para ser entendida como o poder de efetivar esse direito. Eis o motivo de nossa preocupação em tratar da jurisdição como meio de efetivar o acesso à justiça.

Por isso, para os fins deste estudo, interessa analisar o que significa a jurisdição nos dias atuais, como está organizada a jurisdição trabalhista e que transformações pode sofrer para melhorar e aumentar a efetividade da tutela dos direitos dos trabalhadores.

Se, por um lado, o acesso à justiça pode ser pensado como um direito-garantia fundamental do cidadão, há de se pensar que, por outro lado, constitui dever fundamental do Estado⁹³. Assim, como a todo direito corresponde um dever, cumpre ao Estado como dever fundamental viabilizar meios para assegurar a tutela jurisdicional justa, efetiva e célere por meio de procedimentos estabelecidos em lei.

5 – Considerações finais

O processo judicial em meio eletrônico constitui ferramenta tecnológica apta a ampliar o acesso à justiça em todos os ramos do Poder Judiciário. Em razão de suas características específicas, propicia maior alcance do princípio da publicidade em relação a todos os atores do processo, contribui para aumentar a celeridade na prática dos atos processuais, na difusão das decisões e sedimentação da jurisprudência.

O acesso à Justiça do Trabalho torna-se mais amplo e célere com a utilização do processo judicial em meio eletrônico porque a barreira das distâncias geográficas é diminuída ou encurtada pelo acesso a todas as informações processuais e prática de qualquer tipo de ato processual por intermédio do sistema informatizado.

A revolução tecnológica permite que os princípios constitucionais do processo sejam cada vez mais concretizados e efetivados, de modo a fazer com que o verdadeiro acesso à justiça esteja mais próximo da população.

93 Sobre dever fundamental ver: NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 529.

6 – Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público – novas reflexões. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 13, n. 148. p. 9-14, jun. 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CONI Jr., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direitos fundamentais e a era digital. *Revista LTr*, São Paulo, v. 82, n. 1, p. 47-59, jan. 2018.
- DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- FREITAS, Raquel Hochmann de. *A Defensoria Pública no âmbito trabalhista como forma de efetivação dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao acesso à justiça*. São Paulo: LTr, 2015.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. *O direito fundamental de acesso à justiça*. São Paulo: LTr, 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- MARCELLINO Jr., Júlio Cesar. *Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental de ação. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DOCTRINA

MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo: Almedina, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. t. IV.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2017.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995.

RANGEL, Paulo. *O Estado do Estado*. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia. Alfragide: Dom Quixote, 2009.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1992.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O juiz ativo e os direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011.

Recebido em: 27/05/2019

Aprovado em: 24/06/2019