

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa ; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-061-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa que ocorreu nos dias 24, 25, 26 27, 29 e 30 de junho de 2020, cujo tema foi: CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum ao mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Ilton Garcia Da Costa foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1 - POSSÍVEIS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO A PARTIR DA LEI Nº 13.467/17.

2 - PERSPECTIVAS DO DIREITO DE REUNIÃO E MANIFESTAÇÃO ANTE AS JORNADAS DE JUNHO

3 - NOVOS DIREITOS E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO OLHAR CRÍTICO DE ENRIQUE DUSSEL

4 - O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL (ECI) NA REALIDADE BRASILEIRA: VIOLAÇÕES SISTÊMICAS E FALHAS NA SAÚDE.

5 - O HABEAS DATA COMO TUTELA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

6 - O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO ÀS DECISÕES SURPRESA: SERÁ QUE OS TRIBUNAIS BRASILEIROS SURPREENDEM?

7 - O DIREITO À HONRA POST MORTEM: LIMITAÇÕES E AVANÇOS NO DIREITO BRASILEIRO A LUZ DA GESTÃO DE CONFLITOS

8 - DIREITO AO ESQUECIMENTO: O PANORAMA EUROPEU E O SEU RECONHECIMENTO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

9 - LEI DE DEUS E LEI DOS HOMENS: EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DEVER CRISTÃO.

10 - INTERVENÇÃO ESTATAL E A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO MENOR NA CESSÃO DO DIREITO DE IMAGEM – UMA ANÁLISE A PARTIR DA DICOTOMIA LIBERDADE VERSUS PROTEÇÃO

11 - ALGUMAS QUESTÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A DEFESA DA SEGURANÇA NACIONAL NO BRASIL

12 - DA EVOLUÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

13 - DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE VERSUS SEGURANÇA PÚBLICA: PONDERAÇÃO DE VALORES E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO SOLUÇÃO PARA O CONFLITO

14 - A ESCUTA PROTEGIDA COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL

15 - DEMOCRATIZAÇÃO E PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ERA TECNOLÓGICA – ANÁLISE DOS SITES VOTENAWEB E E-DEMOCRACIA

16 - A ORTOTANÁSIA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

17 - A LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

18 - A BIOGRAFIA NÃO AUTORIZADA DE SUZANE VON RICHTHOFEN: UMA ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

19 - O RECONHECIMENTO DA INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL

20 - PRIMAZIA DO VALOR DA DIGNIDADE HUMANA FRENTE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUANDO DA SUA COLISÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar do grupo de trabalho e da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

POSSÍVEIS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO A PARTIR DA LEI Nº 13.467/17.

POSSIBLE RESTRICTIONS ON THE FUNDAMENTAL LAW OF ACCESS TO THE JUDICIARY FROM LAW Nº 13.467/17.

Rodrigo Barzotto Pereira de Souza ¹
Adriano Delfino Moreira ²

Resumo

O artigo objetiva estudar restrições/limitações aos direitos fundamentais, o limite dos limites e a imposição de dificuldades ao acesso à justiça, que pode caracterizar ataque a direito fundamental, a partir da Lei nº 13.467/17 alteradora da CLT, modificações que podem significar obstáculo para acesso ao judiciário; objetiva abordar o tratamento judicial para eventual ataque ao direito fundamental, tratando de decisões nos controles difuso e concentrado de constitucionalidade da norma reformadora, utilizando-se a produção descritiva, o método indutivo associado ao investigatório da pesquisa bibliográfica, do mapeamento das categorias e do fichamento.

Palavras-chave: Direito fundamental, Acesso à justiça, Reforma trabalhista, Constitucionalidade, Limitações

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to study restrictions/limitations on fundamental rights, the limit of limits and the imposition of difficulties on access to justice, which can characterize an attack on fundamental rights, based on Law Nº 13.467/17 that amends the CLT, changes that may mean obstacle to access to the judiciary; aims to address the judicial treatment for possible attack on the fundamental right, dealing with decisions in the diffuse and concentrated controls of constitutionality of the reforming norm, using the descriptive production, the inductive method associated with the investigation of the bibliographic research, the mapping of the categories and the file.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental law, Access to justice, Labor reform, Constitutionality, Limitations

¹ Mestrando PPGD - Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia - Uniguaçu e Unibrasil. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário (Unoesc). Graduado em Direito (UnC). Advogado e Professor. e-mail: rodrigo.barzotto@hotmail.com

² Mestrando PPGD - Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia - Uniguaçu e Unibrasil. Especialista em Direito Administrativo. Graduado em Direito (UFMT). Delegado de Polícia e Professor. e-mail: adm_dos@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda os direitos fundamentais e suas restrições, especialmente apresentando conceitos da renomada doutrina, assim como, o limite à essas restrições com vistas a verificar a se a tese da vedação do retrocesso social foi observada por ocasião do processo para entrada em vigor da Lei nº 13.467/17 que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, especialmente no aspecto processual e na possível limitação de acesso ao judiciário ou a imposição de obstáculos a esse acesso.

A chamada reforma trabalhista será analisada em alguns pontos específicos referentes ao processo e ao acesso à justiça, tendo como premissa que a lei reformadora pode ter afetado um direito que, pode ser considerado fundamental e analisando se essas alterações podem dificultar a atuação da justiça como instrumento de efetivação de direitos, o que seria também um ataque a direitos sociais e, a partir de então, poderia ser invocada a inconstitucionalidade de dispositivos legais que abrangem modificação na concessão de justiça gratuita aos litigantes trabalhistas.

Serão verificadas decisões no controle constitucionalidade da norma alteradora, assim como, sobre o controle de convencionalidade da norma e, ainda, o tratamento ao tema na ADI 5766/DF, em ação que ainda está tramitando no Supremo Tribunal Federal, porém que já conta com votos de ministros da corte, os quais serão aqui brevemente abordados.

Propõe o trabalho questionar e trazer o tratamento doutrinário e jurisprudencial encontrado até o momento sobre se o acesso à justiça é um direito fundamental e se é possível ou não restringir esse direito via alteração legislativa, considerando que pode ocorrer, no caso, um retrocesso social e que pode atacar o limite do limite das restrições de direitos fundamentais.

O artigo se desenvolve em três capítulos, utilizando-se a produção descritiva e o método indutivo¹ associado ao investigatório da pesquisa bibliográfica², do mapeamento das categorias³ e do fichamento, observando-se as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), não tendo o escopo de esgotar o tema em questão, e sim, abrir oportunidade para novas pesquisas.

¹ Pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de forma a ter uma percepção ou conclusão geral.

² Refere-se a investigar, estudar os conceitos, interpretar para concluir. Induz a pessoa a aprender no desenvolver da apresentação tema.

³ Retiram-se as categorias do texto e montam-se novamente as categorias.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RESTRIÇÕES

1.1. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 29-30) os direitos fundamentais são irradiações dos direitos humanos para dentro do ordenamento jurídico de determinado Estado-país, erigidos a normas constitucionais, no mais das vezes, que norteiam a atuação e direcionam o caminho a ser trilhado rumo às garantias individuais e coletivas.

De acordo com o professor Jorge Miranda, os direitos fundamentais são os direitos inerentes:

(...) à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como a base principal da situação jurídica de cada pessoa, dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar. (MIRANDA, 2012, p. 10)

Importa referir que os direitos fundamentais constituem limites externos ao poder do Estado, pois “estes direitos são os direitos naturais que, preexistindo ao Estado, dele não dependem, e, não dependendo do Estado, o Estado tem o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente” (BOBBIO, 1991, p. 15-16).

1.2. RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É incontroverso o fato de que os direitos fundamentais não são ilimitados. Já a declaração Francesa de 1789 estabelecia que os direitos têm, como limites, os direitos de outros membros da sociedade e que estes limites apenas poderiam ser determinados por lei. *In verbis*:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei. (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 4º).

De acordo com Ingo Sarlet “todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção”. (SARLET, 2015, p. 362).

Tem-se que o Poder Público intervém nos direitos fundamentais através de regulamentação e restrição, que tem conceitos de difícil distinção, pois naquela “está também presente, ainda que mediatamente orientada àquele fim, uma intenção restritiva, pelo que não é fácil determinar se – ou a partir de que intensidade – a realização dessa intenção produz efeitos e se constitui em intervenções restritivas”. (NOVAIS, 2010, p.177).

Considerada a possibilidade teórica das restrições aos direitos fundamentais, bem como tendo presente o caráter principiológico destes direitos, pode-se conceber uma estrutura restritiva que abarque a existência de dois fenômenos diversos: a) restrições ou limites imanentes, que decorrem da convivência dos direitos e que, portanto, não se encontram expressos na Constituição, mas decorrem de uma interpretação sistêmica do Ordenamento Jurídico; b) restrições ou limites expressos na Constituição, englobando as restrições diretamente constitucionais (restrições previstas pela própria Constituição) e as restrições efetuadas pela legislação ordinária, com expressa autorização da Constituição (restrições indiretamente constitucionais). (SCHAFER, 2000, p. 84).

Da obra de Jorge Reis Novais (2010, p. 312), colhe-se o entendimento de Peter Häberle, para quem há dois tipos de reservas: de conformação – “que remetem para o legislador a substancialização do conteúdo dos direitos fundamentais” – e as reservas de delimitação ou de ponderação de bens – “que abrem caminho para o legislador delimitar os direitos fundamentais face aos bens de valor igual ou superior que se apresentem em colisão com eles”. As normas ordinárias não seriam restrições aos direitos fundamentais, mas conformações, especificações dos conteúdos, sendo que em alguns casos o próprio legislador as determina. Ademais, a Constituição acolhe no conteúdo essencial dos direitos fundamentais a ideia de ponderação entre os direitos e valores dignos de proteção constitucional.

Não há, de acordo com Peter Häberle, a “figura de restrição legítima” de um direito fundamental, pois a liberdade é constitucionalmente relevante se se mantiver dentro dos limites imanentes essenciais dos direitos fundamentais. Fora do limite não há direito fundamental para ser protegido; e dentro, não há de se falar em restrição, mas apenas em violação. Portanto, o legislador poderá somente conformar o conteúdo, delimitando-o em relação aos demais valores constitucionais de valor igual ou superior. Se invadir os limites imanentes, estará violando o limite imaneente do direito (NOVAIS, 2010, p. 314).

Para Ingo W. Sarlet (2015, p. 385-386) a dogmática jurídico-constitucional apresenta três características para a realização normativa dos direitos fundamentais, quais sejam: a) âmbito de proteção; b) restrições (limitações que são e podem ser impostas); e c) limites dos

limites (limites traçados em relação à limitação dos direitos fundamentais e seu respectivo âmbito de proteção). Assim, todo direito fundamental possui um âmbito de proteção e está sujeito a intervenções nesse âmbito de proteção.

Em relação às restrições tem-se que elas se relacionam com os direitos restringidos de acordo com duas teorias distintas: a teoria interna e a teoria externa, que em suma, considerando não ser o ponto central deste trabalho seria, na concepção de Robert Alexy (2015, p. 277): a teoria interna tem sua sustentação em um único objeto, o direito com um determinado conteúdo. Nessa teoria: “não há duas coisas - o direito e sua restrição, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então, se fala em “restrições imanescentes”.

Para Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 128) a ideia central da teoria interna poderia ser resumida na máxima frequentemente utilizada no direito francês, segundo a qual “o direito cessa onde o abuso começa” e complementa afirmando que: “[...] a partir do enfoque da teoria interna – e daí o seu nome – que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele. É sobretudo nessa perspectiva que se pode falar em limites imanescentes. Assim, de acordo com a teoria interna, existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanescentes”.

E, diferentemente da teoria interna que sustenta a existência de um único objeto, o “direito e seus limites”, a teoria externa pressupõe a existência do “direito em si e suas restrições”, dividindo esse objeto em dois. Na concepção de Alexy não existe necessariamente uma relação entre o conceito de direito e o conceito de restrição. Segundo ele, a relação existe a partir da exigência externa em conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos. Nos termos da sua doutrina: “O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa” (ALEXY, 2015, p. 277).

1.3. LIMITES ÀS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.3.1. Aspectos Gerais

Importa destacar que nem toda doutrina aceita que sejam impostos limites externos a direitos fundamentais. A chamada teoria interna entende que não se pode criar restrições para esses direitos. Somente se admite a existência de limites internos ao próprio direito, inerentes à sua natureza. Desse modo, por exemplo, uma norma infraconstitucional não poderia criar limites a um direito; poderia, no máximo, expressar uma restrição que já é própria a ele (SILVA, 2010, p. 130).

Por outro lado, a teoria externa entende que o direito em si e suas limitações estão separados, dessa forma há limites externos. Admite-se a possibilidade de serem traçados limites aos direitos fundamentais, ou seja, não existe direito absoluto, imune a restrições. Isso é exatamente o que a doutrina alemã denomina de limites dos limites (*Schranken-Schranken*), com o fim único de impedir abusos que possam desencadear a sua supressão. (SARLET, 2004, p. 141).

O professor Paulo Ricardo Schier, em estudo de limitações aos direitos fundamentais, afirma que: a restrição dos direitos fundamentais só pode se dar com autorização da Constituição; não há uma cláusula geral que permita as restrições; a restrição somente pode ocorrer através do Poder Constituinte Originário, ou por lei, se houver autorização constitucional expressa; não poderá o legislador transferir a faculdade restritiva à Administração Pública; a justificativa para a restrição é a garantia de outro direito fundamental – ou interesse ou bem constitucionalmente protegido – sendo vedado o excesso e a obrigação da observância do princípio da proporcionalidade; por último, as leis restritivas devem ter vinculação material com o princípio da preservação do núcleo essencial (SCHIER, 2005, p. 93).

1.3.2. Núcleo Essencial do Direito Fundamental

Qualquer restrição que venha a ser feita, além de observar a formalidade, jamais poderá ser desproporcional ou afetar o núcleo essencial do direito a ser restringido, que no Brasil está intimamente ligada à extensão das cláusulas pétreas (art. 60 § 4º da CF/88) (FREITAS, 2007, p. 15).

Para alguns doutrinadores, entre eles, José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 192), o princípio da dignidade da pessoa humana acaba sendo exatamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Refere o autor que “a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto ao poder de restrição”.

Entretanto, a professora Adriana Schier (2016, p. 206) pondera: “A questão é que a dignidade também é constituída como um conceito indeterminado, cujo conteúdo depende das condições concretas de cada povo, em cada período histórico. Por isso, apenas a alusão à dignidade não fornece elementos suficientes para apontar o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais”.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco, em sua obra apresentam dois modelos dogmáticos que orientam a proteção do núcleo essencial, trata da teoria denominada absoluta, em que existe um espaço insuscetível de regulação, independentemente das circunstâncias do caso concreto. Para essa corrente, o conteúdo essencial do direito fundamental é considerado abstratamente e constitui um núcleo duro, inflexível e invariável. Há ainda a teoria relativa, para a qual o núcleo essencial do direito fundamental é aferido concretamente, após a ponderação entre meios e fins, orientada pela proporcionalidade. (MENDES, 2014, p. 213).

1.3.3. Proporcionalidade

De acordo com o princípio da proporcionalidade, sempre que haja restrições que colidam com direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o intérprete deve atuar segundo o princípio da justa medida, escolhendo, dentre as medidas necessárias para atingir os fins legais, aquelas que impliquem o sacrifício mínimo dos direitos dos cidadãos. Ou seja: as restrições que afetem direitos e interesses dos cidadãos só devem ir até onde sejam imprescindíveis para assegurar o interesse público, não devendo utilizar-se medidas mais gravosas quando outras que o sejam menos forem suficientes para atingir os fins da lei.

Gilmar Mendes observa que, da forma como veio se desenvolvendo na jurisprudência brasileira, a proporcionalidade se configura como “postulado constitucional autônomo que teria a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal”, em sua dimensão substantiva. Assevera, ainda, o autor que o postulado é balizador do poder de conformação que compete ao legislador, em face de sua diretriz que proíbe o excesso. (MENDES, 2014, p. 224-225).

1.4. VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

O condicionamento material dos direitos sociais faz deles direitos sob reserva do possível, assim, o Estado tem o dever jusfundamental de, “tanto quanto possível, promover as condições óptimas de efectivação da prestação estadual em questão e preservar os níveis de realização já atingidos” (NOVAIS, 2010, p. 134- 135)

De acordo com Jorge Reis Novais (2010, p. 86):

Se o legislador constituinte consagra os direitos sociais como fundamentais num Estado social e democrático de Direito isso significa, no mínimo, em Constituição normativa, que os poderes públicos – legislativo, executivo e judicial - estão constitucionalmente vinculados pelos direitos sociais enquanto direitos fundamentais constitucionais. Logo, gozam, a priori, do regime dos direitos fundamentais enquanto normas jurídicas vinculativas de força superior e gozam desse regime relativamente a todo seu conteúdo, assim com os direitos de liberdade, e não apenas relativamente a um dificilmente delimitável “mínimo social”.

O princípio do não retrocesso social ou princípio da contrarrevolução social, segundo Canotilho (2003, p. 338-339), não pode fazer frente às crises económicas, mas “limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (...) em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural”.

2. O ACESSO À JUSTIÇA E ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.467/17

2.1. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Segundo Rawls (1981, p. 27) “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”.

De acordo com Luis Augusto Rabelo Junior (2011, p. 2) a ideia de equidade se configurou desde os primórdios e delineou-se até a contemporaneidade incidindo na visão rawlsiana. Ele propôs um modelo de instituição o qual deveria fomentar e aplicar o valor da justiça e dessa forma poderia minimizar as discrepâncias sociais. A ideia de justiça para Rawls deveria ser pactuada anteriormente às instituições.

Conforme Luis Augusto Rabelo Junior (2011, p. 3), a justiça, na concepção de Rawls, deve, através das instituições sociais, garantir que não ocorram distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos na sociedade e garantir também regras que proporcionem um equilíbrio estável entre reivindicações de interesses concorrentes

das vantagens da vida social e na distribuição de renda e riqueza. É a partir então da concepção política de justiça gestada numa condição de equidade entre as pessoas que se desenha o cenário de justiça social rawlsiana.

Nesse contexto pode surgir o judiciário trabalhista como responsável pela garantia da equidade entre as pessoas para que ocorra a justiça social sugerida.

De acordo com as palavras de Maria Tereza Aina Sadek (2009, p. 170) a “exclusão social refere-se à marginalização de determinados indivíduos ou segmentos sociais em relação aos benefícios gerados pelo desenvolvimento”.

Sobre a relação existente entre a inclusão social e acesso à justiça descreve Maria Tereza Aina Sadek (2009, p. 170 e 175):

[...] O acesso à justiça se constitui a porta de entrada para a participação nos bens e serviços de uma sociedade. Quaisquer iniciativas que tenham por meta o combate à exclusão estarão fadadas ao fracasso se não levarem em conta garantias e direitos individuais e coletivos. Pois, não há possibilidade real de inclusão se, de fato, não houver condições efetivas de acesso à justiça. Sem o direito de recorrer à justiça, todos os demais direitos são letras mortas, garantias idealizadas e sem possibilidades de concretização. [...]

Nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 12) “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Assim, a todos está disponível o direito de ação, conforme a Constituição Federal, mas as barreiras impostas pela reforma trabalhista podem aparecer com maior vigor àqueles que não possuem recursos econômicos suficientes para demandar em juízo, ou suportar as despesas ao final, porque resulta no comprometimento do seu sustento.

2.2. ATUAÇÃO DA JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Na posição neoconstitucionalista em que a Constituição é composta de natureza vinculante com intenção de tutelar um dos valores centrais da ordem jurídica que é o trabalho, tem-se que há um conjunto de direitos e garantias fundamentais sociais ao trabalhador. Ocorre a efetivação dos direitos fundamentais, a inclusão social, a partir do direito ao trabalho, motivado na dignidade da pessoa humana (PARIZI, 2017, p.10).

Nesse contexto surge, inclusive, a noção de ativismo judicial e a razão dessa atuação dos juízes do trabalho, verifica-se, principalmente, quando uma norma legal afeta direitos ou mesmo quando não existe uma norma, o que ocasiona o impedimento do exercício de direitos, em decorrência disto, o Judiciário é provocado e, como há uma proibição que este órgão evite dar uma decisão, deve se expressar a respeito do caso (RILLO, 2018, p. 210).

Ocorre no campo processual trabalhista, que deve estar em função da sociedade, do hipossuficiente, na consumação do direito material almejado, isto é, o direito processual do trabalho – na tendência neoconstitucionalista – deve estar em função do direito material específico, fazendo com que seja integralmente materializado. (BRILHANTE, 2016, p. 10)

Como visto, afare-se à Justiça do Trabalho questões de justiça material com base em dispositivos constitucionais, potencializando o modelo trabalhista de “juiz ativo” comprometido com a proteção e implementação dos direitos fundamentais para efetivação dos direitos sociais.

2.3. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.467/17

2.3.1. Gratuidade da Justiça

O acesso à justiça está disposto na Constituição Federal de 1988, no rol de direitos e garantias fundamentais que representam os valores sociais do Estado Democrático de Direito e visam amparar o cidadão, dando-lhe o mínimo para sua subsistência com dignidade.

Considerando que o acesso à justiça possui significado amplo, indo além da propositura de ação para obtenção de tutela jurisdicional do Estado. Nesse sentido José Afonso da Silva (1999, p. 12) faz uma abordagem conceitual do art. 5º, XXXV da CF/88 explicando que: “o acesso à Justiça não se resume em mera faculdade de recorrer ao Poder Judiciário, desse mesmo dispositivo emana o princípio da proteção judiciário, mais rico de conteúdo valorativo, porque constitui a principal garantia dos direitos subjetivos”.

Uma das principais modificações perpetrada pela Lei nº 13.467/17 que alterou substancialmente a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT diz respeito à gratuidade da justiça que está consagrada no rol de Direitos e Garantias Fundamentais do art. 5º, no inciso LXXIV “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Com a modificação do § 3º do art. 790 da CLT e a inserção do § 4º ao mesmo artigo, observou-se a fixação de novos parâmetros para concessão da justiça gratuita, ficando

condicionada ao recebimento de salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS e a necessidade de comprovação da insuficiência de recursos para custear as despesas do processo.

Então passa a existir uma dificuldade maior para o ajuizamento de ações, considerando que anteriormente bastava a apresentação de simples declaração de hipossuficiência, pressupondo, nos termos da Lei nº 7.115/83, a miserabilidade da parte e agora passou-se a exigir a comprovação da insuficiência de recursos para a isenção das despesas processuais, passando a existir uma presunção legal relativa de hipossuficiência, o que é discutível em relação à pessoa natural observando-se a redação da Súmula 463 do TST.⁴

2.3.2. Honorários Sucumbenciais

Também aspecto relevante nas modificações que envolvem a Justiça Trabalhista diz respeito à cobrança de honorários advocatícios, pois segundo o art. 791-A da CLT, são devidos pela parte sucumbente, fixados entre 5% e 15%, sobre o valor da condenação ou, se não mensurável, sobre o valor da causa.

Especialmente deve-se verificar o § 4º do art. 791-A que estabelece o pagamento de honorários de sucumbência na ação trabalhista pelo beneficiário da justiça gratuita. Mais ainda, se não obtiver créditos suficientes para suportar as despesas processuais, fica o seu pagamento sob a condição suspensiva de exigibilidade e poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, demonstrar que não mais subsiste o seu estado de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade de justiça.

2.3.3. Honorários Periciais

A redação do art. 790-B da CLT dispõe sobre os custos com honorários periciais em caso de sucumbência na pretensão objeto da perícia, utilizando-se, inclusive, dos créditos obtidos de outros processos para fins de pagamento destes honorários.

O texto está dissociado da realidade vivenciada pela maioria dos trabalhadores que demandam a realização de perícia na ação judicial e pode significar um desestímulo nos

⁴ ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017

I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

pedidos de indenização por acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais, ou nas demandas que envolvam adicionais de insalubridade e periculosidade, por exemplo, essas que por previsão legal dependem de perícia técnica para sua caracterização (art. 195 da CLT).

2.3.4. Termo de Quitação Anual do Contrato Individual de Trabalho

O art. 507-B da CLT, incorporado pela reforma, prevê a faculdade de empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

A introdução da figura jurídica da quitação anual representa alteração que envolve direito material e que impacta no acesso à justiça do trabalhador, considerando que o termo dificulta que o trabalhador, posteriormente, questione o pactuado porque tem eficácia liberatória das parcelas especificadas e objetiva reduzir o número de reclamações trabalhistas, porque se o empregado assinou, anuiu quanto aos pagamentos discriminados, não podendo reclamar na Justiça do Trabalho quanto às parcelas discriminadas, deste modo, acaba-se por violar direitos sociais de proteção constitucional, impedindo o acesso à justiça.

2.3.5. Ausência do Reclamante em Audiência e as Custas

Do teor do art. 844 da CLT, depreende-se a determinação de cobrança de custas judiciais ao empregado que der causa ao arquivamento por ausência à primeira audiência realizada, sem motivo legalmente justificável, ainda que beneficiário da justiça gratuita, sendo condição para propositura de nova ação. Pode haver, no caso, além de restrição expressa de acesso à justiça, um caráter punitivo da norma que cria obstáculo ao ajuizamento de nova demanda.

3. TRATAMENTO JUDICIAL PARA O CASO DO ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA LEI N° 13.467/17

3.1. DA INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS LEGAIS E DA ABRANGÊNCIA DA JUSTIÇA GRATUITA

A tese que se apresenta plausível é a declaração da inconstitucionalidade, mediante sistema de controle difuso de constitucionalidade, observando-se o disposto no art. 102 e alíneas da CF/88 e, conseqüente, a inaplicabilidade dos artigos 790-B, *caput*, e parágrafo 4º, bem assim art. 791-A, § 4º, todos da CLT.

Sobre o art. 790-B, *caput*, a inconstitucionalidade pode residir na afronta ao art. 5º, *caput* da CF/88 e a seu inciso LXXIV, considerando que o primeiro é cláusula pétrea.

É da doutrina trabalhista a previsão do princípio da proteção do trabalhador – o qual é fracionado pelos subprincípios da “condição mais benéfica”, “*in dubio pro operario*” e “*norma mais favorável*” – que decorre logicamente do princípio da isonomia, positivado no *caput* do art. 5º, *caput*, da CF/88, na medida em que seria impossível, no âmbito das relações de trabalho, instituir a igualdade imediata das partes, que pela sua origem, são nitidamente desiguais. De um lado encontra-se o empregador, detentor dos meios de produção e de outro o empregado, hipossuficiente por natureza, que tem apenas a força de trabalho.

Tem-se que a norma mais favorável, quanto à extensão e abrangência da Assistência Judiciária Gratuita – AJG reside no art. 98, § 3º do CPC.

O legislador constituinte, ao prever, ao litigante carente de recursos, a assistência jurídica integral e gratuita, no inciso LXXIV da CF/88, não deixou lacunas. Não pode haver relativização dos termos “integral” e sobretudo “gratuita” que acompanham a expressão “assistência jurídica”, sendo certo que a “assistência jurídica” prevista na CF/88 é gênero do qual a “Justiça Gratuita” é espécie. Logo, o artigo 790-B, *caput*, afronta literalmente o inciso LXXIV, do art. 5º da CF/88.

Sobre o § 4º do mesmo art. 790-B, deve-se afastar sua aplicação, porque esbarra no princípio da proteção, atraindo para a relação jurídica a aplicação da norma mais favorável ao empregado, que no caso é igualmente o art. 98, § 1º, inciso VI do CPC, o qual dispõe que são abrangidos pela Justiça Gratuita “os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira”.

Dessa forma, reside inconstitucionalidade no § 4º do aludido dispositivo, na medida em que a norma desconsidera a condição de hipossuficiência de recursos a justificar o benefício, havendo colisão com o art. 5º, LXXIV da CF/88.

Isso se aplica ao art. 791-A, § 4º da CLT, pois a concessão de Justiça Gratuita implica necessariamente no reconhecimento de que o beneficiário não possui condições de litigar sem prejuízo de seu sustento e de sua família, na linha do art. 14, § 1º da Lei 5.584/70.

Deve-se verificar a garantias de acesso à jurisdição e do mínimo material necessário à proteção da dignidade humana (CF/88, art. 1º, inciso III e art. 5º, inciso LXXIV). Por conseguinte, os créditos trabalhistas auferidos por quem ostente tal condição não se sujeitam ao pagamento de custas e despesas processuais, salvo se comprovada a perda da condição.

Ainda, merece ser observado o enunciado nº 100, aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela Anamatra:

HONORÁRIOS E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - inconstitucional a previsão de utilização dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para o pagamento de despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais (artigos 791-A, § 4º, e 790-B, § 4º, da CLT, com a redação dada pela lei nº 13.467/2017), por ferir os direitos fundamentais à assistência judiciária gratuita e integral, prestada pelo estado, e à proteção do salário (artigos 5º, LXXIV, E 7º, X, da constituição federal). (ANAMATRA, 2017).

Também doutrinária é a manifestação pela inconstitucionalidade dos dispositivos feita por Maurício Godinho Delgado, referindo-se à reforma trabalhista nos seguintes termos:

As preocupações e objetivos centrais da Lei de Reforma Trabalhista, entretanto, são de natureza sumamente diversa, centrando-se na ideia de restringir, ao máximo, o acesso à jurisdição pela pessoa humana trabalhadora, além de instigar a transmutação do processo judicial laboral em tortuoso calvário de riscos e apenações a essa pessoa humana. (DELGADO, 2017, p. 48).

Então, nos casos referidos, cabível a tese de inconstitucionalidade, aplicando-se a previsão do art. 98 do CPC, garantindo-se aos empregados reclamantes a concessão da Justiça Gratuita, a qual deverá abranger, integralmente, as custas processuais, os honorários periciais, bem como os honorários de sucumbência, inadmitindo-se, ainda, a possibilidade de adimplemento das aludidas verbas através de parcelas obtidas em outros processos judiciais.

Ainda, mostra-se possível um controle de convencionalidade da reforma trabalhista, pois o procedimento formal de aprovação da reforma afrontaria a Convenção nº 144 da OIT que prevê consultas tripartites aos grupos interessados, antes da realização de qualquer

alteração legislativa doméstica em matéria de trabalho, e, nos termos do enunciado nº 1⁵ da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada nos dias 9 e 10 de outubro de 2017 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, que tratou de analisar, interpretar e sugerir soluções acadêmicas para as alterações levadas a efeito na CLT pela citada Lei nº 13.467/17 – a multicitada Reforma Trabalhista – haveria (in)convencionalidade ou ilegitimidade da reforma nos aspectos material e formal.⁶

3.2. DECISÕES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Nos autos do Processo nº 0000244-79.2018.5.12.0052 o Tribunal Regional do Trabalho em decisão no Recurso Ordinário entendeu:

[...] Enquanto o STF não realizar o julgamento das ações que apontam inconstitucionalidades na Lei 13.467/2017, cabendo citar a ADIn 5.766 ajuizada pelo ex-Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, tenho que para as ações trabalhistas ajuizadas após a vigência da referida lei, são devidos os honorários advocatícios sucumbenciais previstos no art. 791-A da CLT.

[...] Os honorários advocatícios de sucumbência somente são devidos após o trânsito em julgado e, no caso da parte obreira beneficiária da justiça gratuita, somente se houver crédito a favor do trabalhador para suportar o pagamento dessa despesa. (TRT12 - ROT - 0000244-79.2018.5.12.0052, MARIA DE LOURDES LEIRIA, 5ª Câmara, Data de Assinatura: 10/05/2019).

Sobre a compatibilidade do art. 791-A da CLT com o art. 5º XXXV e LXXIV da CF/88 decidiu o Tribunal Superior do Trabalho no Recurso de Revista RR-1001137-32.2018.5.02.0052, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 03/04/2020:

[...] 7. Percebe-se, portanto, que o art. 791-A, § 4º, da CLT não colide com o art. 5º, caput, XXXV, XXXVI e LXXIV, da CF, ao revés, busca preservar a jurisdição em sua essência, como instrumento responsável e consciente de tutela de direitos elementares do ser humano trabalhador, indispensáveis à sua sobrevivência e à da família. [...]

⁵ **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA, AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE E DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS**
I. REFORMA TRABALHISTA. LEI 13.467/2017. INCOMPATIBILIDADE VERTICAL COM AS CONVENÇÕES DA OIT. AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE. OFENSA À CONVENÇÃO 144 DA OIT.

II. AUSÊNCIA DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES DE TRABALHADORES. OFENSA À CONVENÇÃO 154 DA OIT, BEM COMO AOS VERBETES 1075, 1081 E 1082 DO COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA OIT.

⁶ ANAMATRA. Enunciados <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp>>

Nos autos do Recurso Ordinário – Autos nº 0000228-30.2018.5.12.0019 o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, em relação à constitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT que trata do recolhimento das custas para propositura de nova ação quando o reclamante falte à audiência, proferiu decisão no seguinte sentido:

[...] Ressalto, ainda, que não há falar em inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT, haja vista a possibilidade de o trabalhador apresentar justificativa plausível para a elidir a sua ausência em audiência.

[...] Também não há violação ao princípio do acesso à justiça, porquanto o livre acesso foi devidamente oportunizado, evitando-se, apenas, o indevido e desproporcional uso da máquina judiciária, com a geração de prejuízos à sociedade com o maior tempo de espera para a análise das demandas. (TRT12 - ROT - 0000228-30.2018.5.12.0019, GILMAR CAVALIERI, 3ª Câmara, Data de Assinatura: 14/08/2018).

No mesmo sentido entendeu o Tribunal Superior do Trabalho no AIRR-1000106-46.2018.5.02.0029, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 03/04/2020.

A decisão é, da mesma forma, pela constitucionalidade dos §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT que trata do recolhimento das custas para propositura de nova ação quando o reclamante falte à audiência anterior sem justificativa plausível.

3.3. INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA NA ADI 5.766/DF

A partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.467/17, torna-se, como já verificado, pertinente a discussão acerca da constitucionalidade dos dispositivos alteradores, relativos à justiça gratuita, decorrentes da violação dos direitos fundamentais subjetivos, que dificultam o livre acesso à justiça, constituindo fatores agravantes às limitações econômicas e sociais enfrentadas pelos demandantes, criando-se um cenário de insegurança jurídica e incertezas, que tenta ser melhorado a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta perante o STF, ADI 5.766/DF (BRASIL, 2018, p. 5), pela qual se discute a inconstitucionalidade dos artigos 790-B da CLT, caput e § 4º, 791-A, § 4º e 844, § 3º da CLT.

De acordo com o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, autor da referida ADI, os pontos alterados pela “reforma trabalhista” estão na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram as garantias de amplo e igualitário acesso à Justiça, descrevendo que “as normas impugnadas inviabilizam o trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista”.

Na petição da ADI traz-se os argumentos a respeito das reais finalidades da lei:

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

O Ministro Relator Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2018, p. 5) apresentou relatório assentado na tese de “desincentivo à litigância abusiva” e a regulação do direito à gratuidade de justiça e a cobrança de custas e honorários seria o caminho para esse desestímulo.

Verifica-se ainda, a possibilidade de incidência de honorários sucumbenciais sobre verbas não alimentares em sua integralidade, citando o exemplo de retenção de valores recebidos a título de indenização por dano moral, devido a sua natureza indenizatória.

Importa verificar que a assistência jurídica integral e gratuita é instrumento fundamental de viabilização do acesso à justiça, não sendo, conforme Antonio Umberto de Souza Junior (2017, p. 10) “juridicamente tolerável a reconstrução de muralhas financeiras para tornar difícil ou impossível bater às portas dos tribunais e ter seu *day of court*.(...)”

Por sua vez, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, em voto divergente na mesma ADI, propôs uma reflexão sobre a proteção constitucional conferida aos direitos e garantias fundamentais do acesso à Justiça e da gratuidade dos serviços judiciários, porque para ele, “restrições indevidas a estas garantias institucionais podem converter as liberdades e demais direitos fundamentais por elas protegidos em proclamações inúteis e vãs”.

Prevê que, a gratuidade de justiça constitui pressuposto para o exercício do direito fundamental de acesso à Justiça e sustenta que fatores econômicos constituem a principal barreira para exercê-lo.

Entendeu o Ministro Edson Fachin que não há inconstitucionalidade no *caput* do art. 790-B da CLT, com a redação da Lei 13.467/17, quando imputa a responsabilidade ao trabalhador sucumbente, ainda que beneficiário da justiça gratuita, enquanto perdurar esta condição.

Entretanto, com relação às normas que permitem a utilização de créditos trabalhistas ou de outra natureza, obtidos em outras ações, para o Ministro Fachin, destoam dos princípios fundamentais da CF/88, porque o êxito obtido em ação judicial não tem o condão de modificar, por si só, a condição de miserabilidade jurídica do trabalhador e que a mera existência de créditos judiciais obtidos em outros processos não é suficiente para afastar a situação de pobreza em que se encontrava o autor no momento em que foram reconhecidas as condições para o exercício do seu direito fundamental à gratuidade de justiça.

O julgamento da ADI 5766/DF se encontra suspenso no STF, e só a partir desta decisão é que será possível reconhecer ou não a inconstitucionalidade da qual padecem os artigos 790, § 4º; 790-B da CLT, caput e § 4º, 791-A, § 4º e 844, § 4º da CLT, resultante das alterações na legislação trabalhista, assim como a possível violação a direitos e garantias constitucionais.

Parte da doutrina refere-se a este princípio como o efeito *cliquet* traduz a ideia de que os direitos sociais apenas podem avançar. A referência a essa expressão está bem explanada nas palavras de Ravênia Leite (2009, p. 5):

A expressão ‘efeito cliquet’ é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite ao alpinista ir para cima, ou seja, subir. A origem da nomenclatura, em âmbito jurídico, é francesa, onde a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (chamado de ‘effet cliquet’) se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente.

Essa também é a ideologia consagrada no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU em 1966 e ratificado pelo Decreto n. 591/1992, que ostenta posição hierárquico-normativa de *supralegalidade* no ordenamento jurídico brasileiro e traz a ideia de *progressividade* dos direitos sociais e também pela Convenção Americana de Direitos Humanos, comumente chamada de Pacto de São José da Costa Rica. Neste sentido, Bonna (2008, p. 60) diz que se extrai “a vedação do retrocesso, como um vetor dinâmico e unidirecional positivo, que impede a redução do patamar de direitos já conferido à pessoa humana”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da doutrina especializada, verificaram-se conceitos de Direitos Fundamentais e as possíveis restrições a esses direitos, além da existência de limite aos limites de restrições, ou o que os autores chamam de núcleo essencial, e com isso os critérios para as restrições aos direitos fundamentais para chegar-se ao princípio da vedação do retrocesso social.

A abordagem inicial foi importante para verificar se o acesso à justiça é um direito fundamental brasileiro e se há possibilidade de restrições impostas pelo legislador a esse direito e, havendo possibilidade, se essas alterações podem atacar o limite das restrições o que levaria a um controle de constitucionalidade sob esse fundamento.

Verificou-se que a justiça é instrumento de efetivação de direitos e a dificuldade ou a imposição de obstáculos é, conseqüentemente, ataque à implementação de direitos sociais e, mais uma vez, poderia ocorrer o controle de constitucionalidade, agora com esse enfoque.

Com a percepção de que o acesso à justiça é um direito fundamental, a reforma trabalhista pode ter afetado esse direito fundamental e o tratamento dado ainda é incipiente na doutrina e as decisões judiciais ainda não estão consolidadas, especialmente, aguarda-se a decisão pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.766/DF, que poderá definir a situação dos dispositivos celetistas alterados reforma trabalhista, mas tem-se a tendência doutrinária pela consideração desta afronta, embora o Supremo Tribunal Federal, num viés mais político, e considerando o contexto social e econômico, poderá dar outra interpretação para as alterações, assim como já sinalizaram alguns ministros da corte, com a consequência de afetar a efetivação de direitos e ainda, reflexamente, se não diretamente, haverá retrocesso social pois a Justiça do Trabalho terá diminuída sua atuação como promotora da observância do direito material e do equilíbrio que ele se propõe a ser entre o capital e o trabalho.

Tem-se, portanto, que as alterações promovidas na CLT pela reforma trabalhista, em aspectos processuais, são limitadoras ou ao menos reguladoras das ações trabalhistas no sentido de diminuir o fluxo do judiciário laboral, mas com isso, a justiça especializada perde sua capacidade de promover a efetivação do direito material e a dificuldade de acesso ao judiciário, ou a aparente imposição de obstáculos para a propositura de ações trabalhistas, também representa limitação ao direito fundamental de acesso ao judiciário, tese que demanda de desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANAMATRA. Enunciados <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp>>

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. Tradução de Alfredo Fait. Revisão de Estevão Rezende Martins. São Paulo: Editora Unesp e Brasiliense, 1991.

BONNA, Aline Paula. A vedação do retrocesso social como limite à flexibilização das normas trabalhistas brasileiras. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 51-66, jan./jun. 2008.

BRASIL(a). PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766. Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Barros. Disponível em <www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalista.pdf>.

BRASIL(b). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br>>

BRILHANTE, Robson. **A constitucionalização do Direito Processual do Trabalho**. Jus Navigandi, 2016. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/46507/a-constitucionalizacao-do-direito-processual-do-trabalho> acesso em 02 abr. 2020.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. A Reforma Trabalhista no Brasil: Com os Comentários à Lei 13.467/2017. São Paulo: Ltr, 2017.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. Direitos Fundamentais: Limites e Restrições, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Do Efeito Cliquet ou Princípio da Vedação de Retrocesso. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 24 mai. 2009. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/3583-do-efeito-cliquet-ou-principioda-vedacao-de-retrocesso. Acesso em 12 abr. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais, tomo IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PARIZI, Kelly Aparecida. ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1209>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

RABELO JUNIOR, Luis Augusto. **A justiça como equidade em Jonh Rawls**. 2011. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em 20 fev. 2020.

RILLO, Giovana Leite. **Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: Uma necessidade constante**. UNITOLEDO ARAÇATUBA, Brasil. v. 3, n. 02 (2018). Disponível em <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2707/275> acesso em 01 abr. 2020.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [on line]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. Ed. rev. Atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, 3ª ed., rev., atual. e amp., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHAFER, Jairo Gilberto. Restrições a Direitos Fundamentais. Florianópolis : UFSC, 2000 disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79073/175808.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em 01 abr. 2020.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. Campinas: Unicamp, 2005. Disponível em https://www.fe.unicamp.br/pf-fe/publicacao/4807/art11_18.pdf acesso em 01 abr. 2020.

_____; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. **Revista de Direito da Administração Pública**, Niterói, ano 2, vol. 1, nº1, 2016.

_____, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. et al. **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: RIDEEL, 2017.