TÚLIO MACEDO ROSA E SILVA

**ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL
DIANTE DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE FUNÇÕES SINDICAIS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADORA: PROFA. TITULAR WALKÜRE LOPES RIBEIRO DA SILVA

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2011

TÚLIO MACEDO ROSA E SILVA

**ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL
DIANTE DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE FUNÇÕES SINDICAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Profa. Titular Walküre Lopes Ribeiro da Silva

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2011

Versão corrigida em 09.04.2012. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente pesquisa analisa o direito à assistência jurídica integral e gratuita como pertencente ao grupo dos direitos humanos e também dos direitos fundamentais. Seu estudo é elaborado sob o aspecto do desenvolvimento do Estado do Bem Estar Social, do princípio da igualdade e da superação dos obstáculos ao acesso à Justiça. Nesse sentido, é enfatizada a função da Defensoria Pública da União como entidade responsável por prestar assistência jurídica no âmbito da Justiça do Trabalho, tanto aos trabalhadores necessitados, como aos empregadores que comprovarem os requisitos elencados pela lei para obtenção dessa assistência. Além disso, são analisadas algumas especificidades do Direito do Processual do Trabalho como o jus postulandi e a questão dos honorários advocatícios relacionadas ao tema da assistência jurídica. Por fim, em decorrência do tratamento legal concedido à prestação de assistência jurídica na seara laboral, é estudada com maior profundidade a função assistencial dos sindicatos diante do princípio da liberdade sindical e as modalidades de assistência jurídica que as entidades sindicais prestam a seus representados.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Acesso à Justiça. Assistência jurídica. Liberdade sindical. Função sindical assistencial.

ABSTRACT

The following research analyzes the right to free and integral legal aid as part of human rights as well as fundamental rights. Its study is developed from the points of view of the Welfare State, the principle of equality and the overcoming of obstacles towards the access to Justice. In this regard, it is emphasized the role of the Federal Public Defender's Office as the entity responsible for providing legal aid services in the scope of Labor Court, for both workers in need and for employers who prove to meet the requirements listed by law for obtaining this assistance. Furthermore, we analyzed some particularities of the Labor Procedural Law such as the possibility for a party to plead his own cause and the matter of attorneys' fees in labor cases related to legal aid. Ultimately, due to treatment granted to legal referral in the labor field, the assistance role of trade unions is studied more deeply next to the principle of freedom of association and the categories of legal aid services which these unions provide to their ones represented.

Keywords: Fundamental rights. Access to Justice. Legal aid. Freedom of association. Unions' assistential purpose.

AGRADECIMENTOS

A Deus, antes de tudo e de todos.

À Doutrina Espírita, que me ensina a ter paciência, fé e respeito para com o próximo, virtudes imprescindíveis à conclusão desse trabalho.

Ao meu pai e minha mãe, pelo amparo e segurança infindáveis e por terem me ensinado, através de seus exemplos, que o sucesso somente acontece por meio do trabalho e dedicação contínuos.

Ao meu irmão Caio, pelo exemplo de determinação.

Aos meus avós, Aurora, Dirce, João e Joel, por terem elegido, desde cedo, os valores do trabalho e da educação como forma de se construir uma vida íntegra e honrada.

Ao meu tio Hilário, tia Ana Lúcia, Diego, Livia e Soraia por terem me acolhido em São Paulo desde o início de minha Graduação na Faculdade.

À Professora Walküre Lopes Ribeiro da Silva, pela confiança depositada no desenvolvimento desse trabalho, pela compreensão de minhas limitações e pela orientação segura, sensata e constante.

Ao Professor Otavio Pinto e Silva, pelas considerações elaboradas na banca de qualificação e por ter despertado em mim, desde os tempos da Graduação, a paixão pelo estudo do Direito do Trabalho.

Ao Professor Firmino Alves Lima, pelo estímulo, críticas e sugestões realizadas na banca de qualificação.

Aos demais familiares, tios, tias, primos e primas, pelo apoio.

Ao meu amigo Uirá Tonon Gomes, por toda a ajuda sincera sem a qual seria impossível concluir o mestrado.

Ao Professor Amauri Mascaro Nascimento, à Professora Sônia Mascaro Nascimento e à equipe de seu escritório, em especial à Dra. Lucimara Bezerra e Dra. Alessandra Itri, pela amizade, pelo aprendizado e pelo incentivo ao início de minha carreira profissional e acadêmica.

Aos amigos Luciano Martinez e Juliana Barros, pelos conselhos e companheirismo.

Aos amigos de Ribeirão Preto, que continuaram comigo em São Paulo, Carlos Eduardo Duarte, Diego Massi, Eduardo Garcia, Eduardo Jardim, Gabriela Tonelo, Letícia Benedini, Natália Fernandes, Patrícia Biava e Ricardo Conti, por sempre permanecerem ao meu lado.

Ao Professor Ricardo Travessa Franzin, pela disposição de sempre e pela valiosa ajuda na fase final do mestrado.

Aos amigos, Ágata Turini, Alexandre Frigério, Alexandre Simões de Melo, Ana Júlia Garcia, Érika Abe, Hamilton Kuniochi, Isa Tashima, Luiz Eduardo Smaniotto, Matheus Figueiredo, Marina Guimarães, Natália Said, Rafael Zanata, Renata Cevidanes, Rogério Cunha, Renan Kalil, Roberta Ferrarotto, Valter Engracia, Vivian Calderoni e Vivian Novareti, pela convivência e incentivo.

Ao Departamento Jurídico XI de Agosto, pelo carinho e pelas primeiras lições no campo do Direito.

Aos funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, que superaram todos os obstáculos para me auxiliarem nesse trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. Justificativa e relevância da matéria	9
2. Delimitação do tema	12
3. Metodologia e técnicas de pesquisa	14
 CAPÍTULO I. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1. Direitos Humanos.....	15
1.1. Terminologia	15
1.2. Conceito	17
1.3. O direito internacional dos direitos humanos	19
1.4. Perspectiva histórica: dos direitos naturais do homem ao direito internacional dos direitos humanos	23
1.4.1. Antecedentes: dos primórdios à concepção jusnaturalista dos direitos naturais e inalienáveis do homem.....	24
1.4.2. Reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo	26
1.4.3. Internacionalização dos direitos humanos	29
1.5. Tipologia dos direitos humanos.....	32
1.5.1. Dimensões dos direitos humanos.....	32
1.5.2. Direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais	33
1.6. Características dos direitos humanos	39
1.6.1. Superioridade normativa	39
1.6.2. Universalidade	42
1.6.3. Indivisibilidade	46
1.6.4. Interdependência.....	48
1.6.5. Caráter <i>erga omnes</i>	50
1.6.6. Exigibilidade	51
1.6.7. Abertura	53
1.6.8. Aplicabilidade imediata	54
2. Direitos fundamentais.....	55
2.1. Terminologia	55
2.2. Conceito	57
2.3. Distinção dos direitos humanos.....	58
2.4. Classificação	63
2.4.1. Direitos fundamentais formais e materiais	63
2.4.2. A estrutura das normas de direitos fundamentais	66
2.4.3. Funções	68
2.4.3.1. Direito fundamental e <i>status</i>	69
2.4.3.2. Direitos fundamentais como direitos de defesa.....	71
2.4.3.3. Direitos fundamentais como direitos a prestações	74
2.4.3.3.1. Direitos a prestações em sentido amplo	78
2.4.3.3.1.1. Direitos à proteção	78

2.4.3.3.1.2 Direitos à participação na organização e procedimento.....	79
2.4.3.3.2. Direitos a prestações em sentido estrito (direitos fundamentais sociais de natureza prestacional).....	82
2.4.4. Dimensão subjetiva e dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	84
2.4.4.1. Fundamentação objetiva	84
2.4.4.2. Fundamentação subjetiva.....	86
2.4.4.2.1. Os direitos fundamentais sociais como posições jurídicas subjetivas.....	88
2.4.5. Eficácia dos direitos fundamentais sociais	93
2.4.5.1. O limite da “reserva do possível” e os direitos sociais prestacionais	93
2.4.5.2. Eficácia e efetividade das normas que consagram direitos fundamentais sociais.....	98
CAPÍTULO II. ASSISTÊNCIA JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	105
1. Fundamento constitucional	105
1.1. Elucidações sobre a assistência jurídica e o acesso à Justiça.....	111
1.1.1. O Estado de Bem Estar Social e o princípio da igualdade.....	116
1.1.2. Obstáculos no acesso à justiça	124
1.2. Breve histórico do instituto da assistência jurídica	131
1.2.1. Surgimento e desenvolvimento da assistência jurídica.....	131
1.2.2. Assistência jurídica no século XX	133
1.2.3. Assistência jurídica aos pobres no Brasil: do surgimento à metade do século XX.....	135
1.2.4. A criação da Defensoria Pública e a trajetória da assistência jurídica até o novo regime constitucional de 1988	139
2. Classificação	143
2.1. Assistência judiciária	144
2.2. Justiça gratuita	145
2.3. Assistência jurídica.....	146
3. Assistência jurídica após a Constituição Federal de 1988.....	149
3.1. Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios.....	154
3.1.1. Defensoria Pública da União.....	154
3.1.2. Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios.....	157
3.2. Defensoria Pública dos Estados	158
3.3. Inscrição obrigatória do defensor público nos quadros da OAB	161
3.4. Dever do Estado para prestação da assistência jurídica no Direito do Trabalho	163
4. Assistência jurídica no Direito do Trabalho.....	165
4.1. Abordagem da Lei nº 5.584/70.....	168
4.1.1. Requisitos para a concessão da justiça gratuita e da assistência judiciária	170
4.1.2. Aplicação da multa prevista no artigo 553, a da CLT.....	174
4.2. Assistência jurídica aos trabalhadores.....	175
4.2.1 A questão dos honorários advocatícios e sua relação com assistência jurídica no Direito do Trabalho.....	178

4.3. Assistência jurídica aos empregadores	184
5. Análise do <i>jus postulandi</i>	192
5.1. Fundamento legal	192
5.2. Função do instituto	194
5.2.1. <i>Jus postulandi</i> e honorários de sucumbência	196
5.3. Vantagens e desvantagens do <i>jus postulandi</i> no processo trabalhista	197
CAPÍTULO III. LIBERDADE SINDICAL E A FUNÇÃO ASSISTENCIAL	202
1. O corporativismo e sua influência na legislação pátria	202
1.1. Conceito e funcionamento do corporativismo	202
1.2. Experiência corporativista no Brasil	206
1.2.1. Fase anterior à Constituição de 1988	206
1.2.2. Fase posterior à Constituição de 1988	210
2. Autonomia privada coletiva como fundamento da liberdade sindical	214
3. Liberdade sindical	219
3.1. Organização Internacional do Trabalho, direitos humanos e liberdade sindical	219
3.2. Dimensões da liberdade sindical	226
3.3. Funções sindicais	237
3.3.1. Função de representação	237
3.3.2. Função negocial	239
3.3.3. Função econômica	240
3.3.4. Função política	242
3.3.5. Função assistencial e a assistência jurídica	245
3.4. Questões contemporâneas sobre assistência jurídica	252
3.4.1. Sindicato e substituição processual	252
3.4.2. Substituição e direitos transindividuais	258
3.4.3. Outras formas de se prestar assistência jurídica	264
3.4.3.1. Sinthoresp	265
3.4.3.2. Sincomerciário	267
3.4.3.3. Sindicato e cobrança indevida de honorários advocatícios	270
CONCLUSÕES	274
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	278

INTRODUÇÃO

1. Justificativa e relevância da matéria

“As leis são como teias de aranha: segurarão os mais fracos e os pequenos que se deixarão apanhar, mas serão despedaçadas pelos fortes e poderosos”.¹

A Constituição da República de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXXIV estabeleceu que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Embora essa garantia já exista no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934, sofrendo algumas variações ao longo dos textos constitucionais seguintes e uma supressão na Constituição de 1937, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado possui o dever de prestar assistência jurídica de forma gratuita às pessoas desprovidas de recursos. A existência desse direito fundamental tem por finalidade principal a garantia de acesso dos pobres ao Poder Judiciário e à defesa real de seus direitos, assegurando assim a democratização do acesso à justiça.

No plano infraconstitucional, a lei que cuida da assistência jurídica prestada pelo Poder Público é a Lei nº. 1.060/50. De outro lado, no âmbito do Direito do Trabalho, essa assistência é prevista pela Lei nº 5.584/70 que atribui aos sindicatos profissionais o dever de assistir seus integrantes. É relevante destacar que o artigo 514 da CLT arrola as funções assistenciais básicas que devem ser prestadas pelos sindicatos: proporcionar serviço de assistência judiciária aos associados; manter, por conta própria ou mediante convênio com órgão especializado, serviço de assistente social; acrescenta ainda, no caso específico dos sindicatos profissionais, o dever de estabelecer cooperativas de consumo e de crédito e o de criar e custear escolas de alfabetização e pré-vocacional.

Somada a essas funções, ao atribuir finalidades à contribuição sindical arrecadada pelos sindicatos, o artigo 592, incisos I e II, da CLT, determina que:

¹Plutarco, in *Vidas Paralelas*, 1ª ed., Paumape, 1991, v. I, p. 174. Citação extraída de ROCHA, Alexandre Lobão. A garantia fundamental de acesso do pobre à justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 128, p. 127-137, out./dez. 1995.

“Art. 592. A contribuição sindical, além das despesas vinculadas à sua arrecadação, recolhimento e controle, será aplicada pelos Sindicatos, na conformidade dos respectivos estatutos, visando aos seguintes objetivos:

I – Sindicatos de empregadores e de agentes autônomos:

a) Assistência técnica e jurídica;

(...)

II – Sindicatos de Empregados:

a) assistência jurídica;”

Através dessa redação, o dever sindical para a prestação de assistência jurídica apenas aos associados é estendido para todos os integrantes da categoria profissional e econômica, pois todos eles recolhem a contribuição sindical, e, portanto, devem receber esse serviço de seu órgão representativo.

O artigo 8º do diploma constitucional, todavia, trouxe a vedação a qualquer tipo de interferência do Estado na organização dos sindicatos, sendo que a partir de 1988, a assembleia sindical torna-se soberana para decidir quais atividades serão prestadas pela entidade sindical. A assistência jurídica, no entanto, compreende uma exceção, pois a Lei nº. 5.584/1970 obriga os sindicatos profissionais a prestarem esse serviço aos trabalhadores que comprovarem os requisitos do artigo 14, § 1º dessa lei.

Nessa linha, a simples análise das referidas normas que ainda estão em vigor demonstra que a função de prestar assistência jurídica aos trabalhadores, mesmo para aqueles que defendem o fim do monopólio sindical dessa atividade, foi delegada às entidades sindicais pelo poder estatal.

Entretanto, o artigo 3, item 1, da Convenção nº. 87 da OIT, apesar de não ratificada pelo Estado brasileiro, dispõe sobre a liberdade de exercício de funções dos sindicatos o seguinte:

“1. As organizações de trabalhadores e de entidades patronais têm o direito de elaborar os seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente os seus representantes, organizar a sua gestão e a sua atividade e formular o seu programa de ação.”

Em relação à liberdade de exercício de funções, deve-se salientar que sua existência está vinculada à autonomia de organização sindical, pois assim é que cada sindicato vai determinar as respectivas funções que deseja desempenhar. Logo, não devem existir

normas estatais que determinem as funções dos sindicatos, pois, nesse caso, estar-se-ia diante de funções delegadas pelo Estado.

Evidente que a legislação pátria ao atribuir aos sindicatos a responsabilidade de prestação de assistência jurídica gratuita aos trabalhadores encontra-se em desacordo com as diretrizes traçadas pela OIT sobre a liberdade de exercício de funções sindicais. Consequentemente, há nítida violação do princípio da liberdade sindical no Brasil.

Dessa maneira, nota-se claramente a existência de traços corporativistas nos dispositivos citados, em que o Estado transfere aos sindicatos o dever de prestar serviços que originalmente são de sua responsabilidade.

A partir desse quadro, quando o trabalhador ou o empregador pobre têm necessidade de obter algum serviço de assistência judiciária ou mesmo de esclarecer alguma dúvida referente a seus direitos, ele não sabe a quem recorrer.

As Defensorias Públicas estaduais não atendem as demandas trabalhistas por tratar-se de questão pertencente à Justiça Federal especializada. Além disso, não são todas as Defensorias que mantêm com a Ordem dos Advogados convênios que possibilitam a prestação de assistência jurídica aos trabalhadores. E ainda quando esses convênios existem, convém destacar o valor irrisório que é repassado ao profissional para o ajuizamento de demandas, fato que dificulta o interesse por parte dos advogados conveniados no patrocínio de causas trabalhistas.

A Defensoria Pública da União que, em função da Lei Complementar nº. 80 de 1994 deve atuar oferecendo assistência jurídica na Justiça do Trabalho, possui sede apenas nos grandes centros urbanos, não dispondo de estrutura física apta ao atendimento de pessoas carentes que necessitam dessa assistência na esfera da Justiça Trabalhista.

Os sindicatos, por sua vez, criam uma série de impedimentos para que o trabalhador tenha acesso à assistência jurídica, como, por exemplo, alegar que somente aqueles que se encontram empregados podem obter um advogado credenciado pela entidade sindical, ou ainda há os que, contrariando a determinação de prestarem assistência jurídica gratuita a quem percebe até dois salários mínimos, descontam ou autorizam o desconto de parte dos valores recebidos pelo reclamante em virtude de procedência da reclamação trabalhista para remuneração dos serviços efetuados pelo advogado do sindicato.

Além desses impedimentos, deve-se destacar que muitos sindicatos brasileiros realmente não possuem recursos suficientes para manter um advogado em seus quadros que preste assistência jurídica aos membros da categoria.

Deve-se salientar ainda o desamparo a que estão submetidos aqueles trabalhadores que discordam da orientação adotada pelo seu sindicato ou que fazem oposição à diretoria de seu sindicato e venham a sofrer alguma violação de direitos.

Além disso, existe outro fator que complica essa garantia individual assegurada aos cidadãos: o fato de na Justiça do Trabalho existir o *jus postulandi* previsto nos artigos 791 e 839 alínea “a” da Consolidação das Leis do Trabalho.

Dessa forma, quando não encontra no sindicato ou em um órgão estatal o serviço de assistência jurídica gratuita, muitas pessoas chegam às portas da Justiça Laboral sem a instrução e sem o acompanhamento de advogado, situação extremamente prejudicial à defesa e garantia de seus direitos.

Observa-se, portanto, que o tema a ser abordado na presente pesquisa atinge milhares de pessoas no Brasil e deve ser tratado de forma a assegurar o acesso da população desprovida de recursos ao Poder Judiciário, garantindo a essa população a defesa concreta de seus direitos e sua consequente efetivação.

2. Delimitação do tema

O tema escolhido para a pesquisa a ser desenvolvida é analisar o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita diante do dever de assistência jurídica atribuído aos sindicatos levando em conta a liberdade de exercício de funções sindicais no ordenamento jurídico brasileiro. A abordagem conjunta do direito à liberdade sindical e do dever estatal de prestar assistência jurídica não foi realizada em função de uma possível colisão entre esses dois institutos no ordenamento jurídico pátrio, mas sim em virtude da ligação que a legislação infraconstitucional implementa entre eles ao disciplinar a assistência jurídica especificamente no âmbito do Direito do Trabalho.

Sendo assim, a pesquisa analisará o direito fundamental social estabelecido no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal que atribui ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que demonstrarem insuficiência de recursos, incluindo nessa categoria a assistência judiciária e o benefício da justiça gratuita.

Ademais, estudar-se-á a obrigação de prestar assistência jurídica trabalhista aos trabalhadores que ganham até dois salários mínimos atribuída aos sindicatos de categorias profissionais pelo artigo 14, *caput* da Lei nº 5.584/70 e § 3º do artigo 790 da CLT a partir da análise da liberdade de exercício de funções sindicais estabelecida no artigo 3, item 1 da Convenção nº 87 da OIT e da garantia da liberdade sindical prevista no artigo 8º da Constituição da República de 1988. Para tanto, necessário será verificar inclusive a influência que a doutrina do corporativismo exerceu para a formação do atual modelo sindical brasileiro.

Além disso, objetiva-se analisar também a melhor forma de as pessoas que não possuem sindicatos organizados terem acesso à assistência jurídica gratuita de um advogado, bem como a função que a Defensoria Pública pode desempenhar nesse contexto.

Dessa maneira, verificar-se-á como harmonizar os referidos dispositivos legais para evitar-se a violação da liberdade sindical e, ao mesmo tempo, garantir que o Estado assegure aos indivíduos o direito fundamental à assistência jurídica gratuita.

Para isso, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro aborda inicialmente a evolução histórica dos direitos humanos e seu processo de reconhecimento nos documentos normativos internacionais. São desenvolvidos também o conceito, a terminologia e as características dessa categoria de direitos, bem como suas espécies. Em seguida, são traçadas as principais diferenças entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, as funções e as classificações desse último grupo, além de ser destacada a questão da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

O segundo capítulo trata da assistência jurídica em vários sentidos. Esse instituto é apresentado como instrumento inserido nos movimentos de melhoria e ampliação do acesso à Justiça. Posteriormente, estuda-se sua positivação no texto constitucional brasileiro, bem como o tratamento recebido pela legislação infraconstitucional. São verificados os elementos que distinguem a assistência jurídica da assistência judiciária e da justiça gratuita e em que condições eles são aplicados na esfera da Justiça do Trabalho. Por guardar grande relação com o tema da eliminação de obstáculos no acesso à justiça e com a assistência jurídica, é analisado ainda o instituto do *jus postulandi* e a questão dos honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho.

Por fim, o terceiro e último capítulo versa sobre a relação entre a liberdade sindical, mais especificamente a dimensão da liberdade de exercício de funções, e o dever

estabelecido pela legislação infraconstitucional brasileira aos sindicatos para a prestação de serviços de assistência jurídica em virtude da influência promovida pela doutrina corporativista na formação do modelo sindical pátrio. Ademais, foi realizada análise sobre a substituição processual desenvolvida pelos sindicatos no contexto da facilitação do acesso à Justiça, e um estudo de caso prático sobre as modalidades de prestação de assistência jurídica adotadas pelos sindicatos, bem como os desvirtuamentos que ocorrem nesses modelos.

3. Metodologia e técnicas de pesquisa

Neste trabalho recorreu-se à consulta de fontes primárias (pactos internacionais, convenções internacionais do trabalho, constituições, leis infraconstitucionais, jurisprudência, etc) e à consulta de fontes secundárias (manuais, artigos de periódicos, dissertações, teses, etc).

No desenvolvimento da dissertação foi utilizado principalmente o método dialético, analisando-se as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas aos assuntos investigados.

O método dedutivo também se mostra necessário para o desenvolvimento da presente dissertação em que foram utilizadas proposições de situações gerais para explicar situações específicas, além do estudo de casos concretos.

Por último, convém destacar a utilização do método comparativo entre as normas brasileiras e as normas internacionais (específicas na esfera da Organização Internacional do Trabalho) sobre a disciplina da liberdade sindical, auxiliando a busca de um parâmetro para que o modelo sindical brasileiro instituído não viole a liberdade sindical.

CAPÍTULO I. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. Direitos Humanos

1.1. Terminologia

A análise do direito à assistência jurídica e sua relação com a liberdade sindical no ordenamento jurídico brasileiro para ser realizada de forma organizada e completa necessita da identificação de uma série de elementos e institutos inerentes ao contexto em que estão inseridos. Nessa medida, verifica-se que a assistência jurídica e a liberdade sindical pertencem à categoria de direitos humanos, mostrando-se útil, assim, uma abordagem mais aprofundada dessa categoria de direitos.

Inicialmente, o estudo de qualquer ramo da ciência necessita de rigor terminológico com o objeto que será analisado para evitarem-se imprecisões que coloquem em risco a seriedade do trabalho. Nesse aspecto, verifica-se muitas vezes o uso de diferentes termos para denominar a mesma realidade. Essa situação não pode prevalecer no campo da Ciência Jurídica. Destarte, ao adentrar-se na análise dos direitos humanos, surge o mister de verificar, primeiramente, seu aspecto terminológico.

André de Carvalho Ramos adverte para que a expressão “direitos humanos” seja utilizada com o máximo de cuidado possível nos textos jurídicos em virtude de representar-se um *bis in idem*, pois, em último caso, apenas o ser humano pode figurar como titular desses direitos.²

Assim, deve-se mencionar que a defesa de alguns direitos básicos sofreu uma evolução ao longo dos anos e, com isso, a terminologia adotada para conceituar tais direitos transformou-se também. Dessa maneira, como expressões clássicas relacionadas ao presente tema, pode-se citar: direitos naturais³, direitos individuais⁴, liberdades

²RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 19.

³Expressão utilizada pelos jusnaturalistas para designar direitos associados à natureza humana. Essa definição é considerada obsoleta ao verificar-se a historicidade de cada um desses direitos, pois os direitos humanos são direitos conquistados. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

⁴O termo “direitos individuais” é criticado porque abrange somente o conjunto de direitos conhecidos como de 1ª dimensão: direito à vida, à igualdade, à liberdade e à propriedade. Hoje, já existem os direitos de 3ª dimensão, que incluem os direitos ao meio ambiente equilibrado, por exemplo, e até discute-se a existência dos direitos de 4ª dimensão. Logo, não há como classificar direitos tão heterogêneos como “direitos individuais”.

públicas⁵, direitos públicos subjetivos⁶, direitos do homem⁷ e por fim direitos fundamentais do homem ou direitos fundamentais da pessoa humana.

André de Carvalho Ramos defende como uso mais adequado para designar direitos humanos a expressão “direitos fundamentais da pessoa humana”, pois para gozar da proteção consagrada por esses direitos basta ser dotado da qualidade de ser humano. No entanto, como o termo direitos humanos é utilizado amplamente, essa expressão deve ser utilizada como sinônimo de direitos fundamentais da pessoa humana.⁸

No plano do Direito Internacional, como essa disciplina também se interessa pelos direitos das pessoas, predomina o uso da expressão “direitos do homem” ou “proteção internacional dos direitos do homem” porque, como ressalta Jorge Miranda, os imperativos da consciência ética são mais urgentes, e também porque, dessa forma, a correspondência a direitos pertencentes às pessoas e não aos Estados ou a entes internacionais fica mais clara.⁹

Importante enfatizar também, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, que a expressão “direitos humanos” não deve possuir o mesmo significado de “direitos naturais” em virtude de a positivação dos primeiros em documentos de direito internacional demonstrar o aspecto histórico e relativo deles que se separaram da noção de direitos naturais ao longo do tempo. Entretanto, deve-se frisar que a dimensão histórica dos direitos humanos (internacionais) e dos fundamentais (constitucionais) está radcada no reconhecimento de vários direitos naturais pelo direito positivo, adquirindo, assim, um aspecto pré-estatal ou até supraestatal para alguns.¹⁰

⁵De acordo com ensinamentos de Perez-Luño, as liberdades públicas correspondem a faculdades e situações subjetivas consagradas no ordenamento jurídico, logo, estão na esfera da positividade. Ademais, referem-se a direitos tradicionalmente de cunho individual e possuem como finalidade garantir esferas de autonomia subjetiva ao indivíduo. PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 51. No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 361.

⁶O conceito de direitos públicos subjetivos elaborado pela escola alemã de Direito Público do século XIX é utilizado por alguns doutrinadores como expressão de direitos voltados a proteger o indivíduo contra atuação do Estado. Assim, constituem direitos destinados a restringir a ação do poder estatal em detrimento da pessoa humana. Todavia, a transformação da função do Estado, que deixa de ser Estado Liberal e passa a atuar como Estado Social de Direito, faz com que essa expressão não seja mais tanto utilizada.

⁷Essa expressão também possui origem jusnaturalista com o escopo de garantir alguns direitos do indivíduo, no período de seu reconhecimento diante do poder estatal ocorrido no curso das revoluções liberais europeias.

⁸RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*, cit., p. 27-29.

⁹MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. 4, p. 51-52.

¹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2003. p. 34. Adotando terminologia completamente diversa, Contreras Peláez utiliza a expressão “direitos humanos” como sinônimo do termo “direitos naturais”, v. CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 46-47.

Deve-se destacar ainda as lições da historiadora Rosa Maria Godoy Silveira que ensina que o termo “direitos humanos” aparece após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, período em que grande parcela da humanidade participou de uma “luta fratricida”. Nesse aspecto, o sentido da expressão possui a conotação de proteger a espécie humana, pois abrange não somente direitos, mas Direitos Humanos, no momento em que toda humanidade viu-se próxima de sua autodestruição.¹¹

Após essa breve análise terminológica, verifica-se que a melhor expressão a ser utilizada no presente estudo é “direitos humanos”.

1.2. Conceito

A elaboração de um conceito para os direitos humanos não é uma tarefa muito fácil tendo em vista que essa categoria de direitos encontra-se em processo de constante evolução, em virtude desses direitos, como se verificará a seguir, estarem atrelados a diferentes concepções sobre o homem, suas necessidades e seus interesses.

Bobbio, que utiliza a expressão “direitos do homem” no lugar de “direitos humanos”, ressalta, inicialmente, que a expressão “direitos do homem” é muito abstrata e, portanto, muito vaga. Por vezes tentou-se conceituar esses direitos conforme as formulações a seguir: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”; “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”; “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.”. Nesse último caso, além do problema da fluidez da expressão “direitos do homem” em si, ainda há a dificuldade da inserção de elementos avaliativos no conceito, fato que prejudica muito essa tentativa de definição, pois os elementos avaliativos são interpretados de acordo com a ideologia e os valores que o intérprete possui.¹²

Martin Borowski define direitos humanos como direitos morais. Esses direitos possuem validade somente em função de sua materialidade. Sua institucionalização,

¹¹SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. Os desafios da educação em direitos humanos: entre a singularidade e a universalidade. *Verba Júris*: anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, v. 5, n. 5, p. 109-126, 2006.

¹²BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 17.

positivação ou efetividade social não compreende nenhum critério de validade. A característica desses direitos é sua fundamentalidade, qualidade que faz referência à proteção e à satisfação de interesses e necessidades fundamentais. Dessa forma, os direitos humanos compreendem o núcleo das teorias da justiça. Como são direitos de validade universal e pertencem a todos os indivíduos de forma igual, têm prioridade diante do direito positivo, pois significam um instrumento de legitimidade desse último. Além disso, pode-se citar ainda como característica dos direitos humanos seu caráter abstrato.¹³

André de Carvalho Ramos ensina que são denominados direitos humanos hoje todos aqueles direitos que as convenções internacionais ou normas não-convencionais caracterizam como fundamentais e que possuem conteúdo de primeira, segunda ou terceira dimensão.¹⁴ Destarte, entende-se por direitos humanos um complexo mínimo de direitos imprescindíveis para garantir a vida dos indivíduos com fundamento na liberdade, igualdade e na dignidade.¹⁵

Deve-se destacar também as lições de Dalmo de Abreu Dallari para quem a expressão direitos humanos abriga os direitos fundamentais da pessoa humana. Tais direitos são assim qualificados porque sem eles o ser humano não consegue viver ou não pode desenvolver-se e participar integralmente da vida. Esses direitos correspondem àquelas necessidades humanas que são primordiais e que devem ser supridas para o indivíduo poder viver com dignidade. Nesse sentido, todos os indivíduos devem ter garantidos, desde seu nascimento, todas as mínimas condições imprescindíveis para serem úteis à humanidade e terem a chance de serem contemplados com os benefícios que a vida em sociedade pode oferecer. Segundo o autor, é a esse conjunto de condições e possibilidades que se chama “direitos humanos”.¹⁶

Nota-se, assim, que os direitos humanos abrigam os valores e os anseios almejados pela sociedade. Nessa medida, como estão vinculados às necessidades da pessoa humana para garantir ao indivíduo uma vida digna, seu conceito estará sempre em desenvolvimento e reformulação.

¹³BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2003. p. 30-31.

¹⁴RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*, cit., p. 34.

¹⁵Id. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 19.

¹⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. O que são direitos humanos? Direitos humanos: noção e significado. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/oquee/oquedh.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

1.3. O direito internacional dos direitos humanos

A concepção de direitos vinculados à pessoa humana simplesmente pela condição de ser humano está presente em diferentes regiões e épocas no decorrer da história. Todavia, a noção jurídica de direitos humanos na esfera internacional, objeto do presente tópico, tem na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 seu marco inicial. A liberdade sindical está expressamente prevista nesse documento no artigo 23, item 4: “Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses”¹⁷. A assistência jurídica, por sua vez, não está expressa no texto da Declaração, mas o artigo 11, item 1, estabelece que a todas pessoas acusadas de um ato delituoso serão asseguradas garantias necessárias à sua defesa.

Nesse sentido, a noção de direitos humanos acompanha o desenvolvimento das civilizações tendo se expressado em distintas culturas e momentos históricos ao longo da história, possuindo sua raiz na defesa da dignidade da pessoa humana, no combate contra as modalidades de exclusão e dominação e na proteção em face de arbitrariedades e do despotismo.¹⁸

Nessa linha, Flavia Piovesan é favorável à historicidade dos direitos humanos, de maneira que eles são elaborados ao longo do tempo, sendo constantemente criados e recriados no curso de um processo.¹⁹ Assim, frise-se que a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos tem início no final da primeira metade do século XX, em virtude do fim da II Guerra Mundial. O processo de internacionalização dos direitos humanos pode ser caracterizado como recente em nossa história, tendo surgido após o período das guerras mundiais, como reação a todas as barbáries praticadas na época do nazismo.

As atrocidades realizadas sob a proteção do totalitarismo demonstraram a desvinculação com o modelo dos direitos humanos, rejeitando-se o valor da pessoa humana como valor fundante do Direito. Nessa época, a lógica vigente era a lógica da destruição, em que o ser humano era tratado como algo descartável e supérfluo. Dessa

¹⁷DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Dhnet*. Disponível: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

¹⁸TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1, p. 17.

¹⁹PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 122.

maneira, surge a necessidade de se recriar os direitos humanos como ponto de referência e modelo ético que torne mais próximo o direito da moral.²⁰

Nesse contexto, o maior direito é, conforme terminologia utilizada por Hannah Arendt, o direito a ter direitos, que significa dizer que o indivíduo deve ter o direito de ser sujeito de direitos.²¹

Em meio a esse cenário, surgem os elementos necessários à reconstrução dos direitos humanos, para que seja um modelo ético capaz de guiar a ordem internacional contemporânea. Logo, ao tempo em que a II Guerra Mundial demonstrou ser a ruptura com os direitos humanos, o período Pós-Guerra demonstra ser sua reconstrução.²²

Tendo sido a Declaração Universal de Direitos Humanos o marco inicial a ser considerado para a proteção dos direitos humanos, após mais de sessenta anos de desenvolvimento, verifica-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos como ramo autônomo do Direito, que possui características próprias. Assim, ele compreende fundamentalmente um direito de proteção dotado de uma lógica específica com o objetivo primordial de assegurar os direitos dos seres humanos em vez do direito dos Estados nas esferas nacional e internacional em toda e qualquer situação.

Dessa maneira, o Direito Internacional dos Direitos Humanos defende o indivíduo como sujeito de direito interno e também como sujeito de direito internacional, possuindo em ambos os casos personalidade e capacidade jurídica próprias. Nessa medida, o direito internacional e o direito interno atuam de forma conjunta, complementar, para garantir a defesa integral e adequada do ser humano.²³

Interessante apontar as lições de Carlos Romani que conceitua o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o ramo do direito internacional integrado por normas de natureza convencional, consuetudinária e institucional que possuem a finalidade de proteger os direitos e liberdades fundamentais do ser humano que são essenciais à sua dignidade.²⁴

²⁰PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 129.

²¹ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*: imperialismo, a expansão do poder. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1976. p. 238.

²²PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 130.

²³TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. op. cit., v. 1, p. 20-22.

²⁴FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. El derecho de los derechos humanos. In: _____ (Coord.). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Parauellos del Jarama; Editorial Dilex, 2003. p. 61.

Partindo-se dessa concepção de direitos humanos, cumpre mencionar, portanto, a existência de várias convenções regionais e universais e, em alguns casos, essas convenções são dotadas de órgãos específicos que realizam supervisão e controle (conhecidos como *treaties bodies*). Além disso, outras normas que protegem os direitos humanos procedentes do costume internacional e dos princípios gerais de Direito são também reconhecidos.

Analizando esses documentos internacionais que reconhecem direitos humanos, pode-se citar como o primeiro deles, antes mesmo da Declaração Universal de 1948, a Carta da ONU, redigida em 1945, em São Francisco, já fazendo menção a direitos e liberdades fundamentais, que possui passagens claras demonstrando a finalidade desse organismo internacional quanto à defesa dos direitos humanos. Posteriormente, como já mencionado, cite-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948.²⁵

Tal documento resolveu o problema do fundamento dos direitos humanos. Nessa medida, ele representa a prova de um conjunto de valores humanos que integram um consenso geral a respeito de sua validade. Segundo Bobbio, para os jusnaturalistas, o documento demonstraria o *consensus omnium gentium* ou *humani generis*. Assim, a Declaração consiste na maior prova histórica concedida pelo *consensus omnium gentium* a respeito de um sistema de valores.²⁶

Cumprir enfatizar a relevância desse documento na medida em que pela primeira vez na história um sistema de valores é consagrado, de fato, de maneira universal e não apenas em princípio. Unicamente após a Declaração é que restou claro o fato de que toda a humanidade possui alguns valores que são comuns e, conseqüentemente, é possível acreditar na universalidade de valores.²⁷

Em seguida, foram elaborados dois Pactos Internacionais também pela Assembleia Geral da ONU. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi aprovado em 1966 e entrou em vigor em 23 de março de 1976. Ele foi complementado ainda por dois protocolos facultativos em que um estabeleceu o direito de petição individual e o segundo proibiu a pena de morte. Enquanto isso, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos,

²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 23-26.

²⁶ BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 27.

²⁷ Id. Ibid., p. 28.

Sociais e Culturais foi aprovado em 1966 e entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976. Todos esses documentos juntos formam a Carta Internacional dos Direitos do Homem.

Simultaneamente à elaboração desses documentos de aplicação universal e abordagem geral, foram criados textos que também protegem os direitos humanos em esfera regional e de abrangência setorial.

Em relação aos documentos de abrangência setorial, a partir de Convenções oriundas de textos aprovados pela Assembleia Geral da ONU, citem-se a Convenção dos Direitos da Criança (20/11/1989), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (21/12/1965), a Convenção sobre a Proteção de todas as Pessoas contra a Tortura e outras Penas e Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (10/12/1984) e também a Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (09/12/1948).

Já quanto às convenções e tratados de aplicação regional, saliente-se que existe ampla defesa dos direitos aí reconhecidos, mas o alcance geográfico dessa proteção é que é limitado geograficamente. Como exemplo, cite-se a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, formulada em 1948. Em seguida, há a Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção de Roma, 1950), a Convenção Americana de Direitos do Homem (Pacto de São José, 1969), a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos (entrou em vigor em 1986). Ademais, ainda na esfera regional, existem outros textos de proteção dos direitos humanos, como as várias convenções da OEA referentes aos direitos sociais, direito de asilo, combate à tortura e outras.²⁸ No caso do continente europeu, citem-se a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950 e a Carta Social Europeia de 1961.²⁹

No caso do continente asiático, em função de uma falta de unidade regional, quer seja pela existência de diferentes tradições religiosas e culturais (como exemplo, o islamismo, confucionismo, taoísmo, budismo, hinduísmo), quer seja pelos diferentes estágios de desenvolvimento econômico e diversos regimes políticos, existe uma falta de homogeneidade de entendimentos sobre a questão da garantia dos direitos fundamentais internacionais.

²⁸RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*, cit., p. 46-47.

²⁹BOROWSKI, Martin. op. cit., p. 32.

No entanto, cumpre ressaltar exceção a esse contexto, como a Declaração de Direitos Humanos no Islão, aprovada em 1990 e ratificada no Cairo em setembro de 1994, criando, na esfera da Liga Árabe, a Carta Árabe de Direitos Humanos, que dispõe logo em seu começo a afirmação do direito dos povos à autodeterminação e à condenação ao racismo e ao sionismo.³⁰

Dentro desse contexto exposto, verifica-se que o problema agora em relação aos direitos humanos é criar as condições necessárias para sua efetivação. Logo, a dificuldade atual não é tanto encontrar uma justificativa para eles, mas sim protegê-los da forma mais eficiente possível, evitando que sejam ofendidos constantemente, mesmo estando previstos por declarações e convenções internacionais.³¹

1.4. Perspectiva histórica: dos direitos naturais do homem ao direito internacional dos direitos humanos

Tendo em vista que a evolução dos direitos humanos possui a mesma origem que a dos direitos fundamentais, deve-se agora apontar alguns comentários sobre alguns momentos que desempenharam influência no processo de afirmação dos direitos humanos bem como no processo de consagração e consequente positivação no plano constitucional dos direitos fundamentais.

No presente estudo histórico, deve-se ressaltar a relevância da teoria jusnaturalista como fundamento filosófico de direitos universais, imutáveis e inerentes ao ser humano, e a teoria contratualista, que configura o fundamento político de reconhecimento e proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, vários autores estabelecem períodos distintos para identificar as etapas de desenvolvimento dos direitos humanos como forma de tornar mais didática a abordagem do assunto. Interessante apresentar divisão elaborada por David Kinley que divide em três períodos o processo de proclamação dos direitos humanos: i) direitos de cidadania exclusiva desenvolvida no período da Grécia Antiga e da Renascença italiana (com o império romano em meio a isso); ii) os direitos de proteção dos barões arrolados na Magna Carta em meio ao sistema feudal inglês e os direitos e responsabilidades impostos ao Parlamento por meio da Declaração de Direitos Inglesa; iii) um pouco mais do que

³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 29.

³¹ BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 24.

garantias proporcionada pelas declarações revolucionárias das Repúblicas Francesas e Norte-americana no século XVIII.³²

Enquanto isso, em relação aos direitos fundamentais, Canotilho aponta que o surgimento e a evolução deles costumam ser divididos em duas etapas: a primeira, anterior ao *Virginia Bill of Rights* (12/06/1776) e à *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (26/08/1789) que é focada na ideia dos direitos do homem; e a segunda etapa, que ocorre após a elaboração dos documentos citados, caracterizada pela positivação dos direitos do homem nas normas constitucionais.³³

Sarlet, tratando especificamente dos direitos fundamentais e adotando posicionamento mais didático que os demais autores, reconhece três momentos entre o surgimento histórico desses direitos e sua consagração nas primeiras Constituições escritas: a) pré-história, que vai até o século XVI; b) fase intermediária, que equivale ao período de desenvolvimento do jusnaturalismo e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) período da constitucionalização, que teve início em 1776 com as declarações de direitos dos Estados americanos.³⁴

1.4.1. Antecedentes: dos primórdios à concepção jusnaturalista dos direitos naturais e inalienáveis do homem

A origem dos direitos humanos pode ser analisada conforme vários parâmetros: filosóficos, econômicos, políticos, antropológicos, sociológicos, dentre outros. O estudo histórico, todavia, abrange esses componentes e ainda possibilita um enfoque evolutivo do reconhecimento desses direitos.

Como antecedentes da noção de direitos naturais, pode-se buscar uma ideia ainda que primitiva no mundo antigo, fundamentada na religião e na filosofia da época, que nos remete a algumas concepções que serviram de alicerce para a tese da titularidade do ser humano, pelo simples fato de existir, ser dotado de alguns direitos considerados inalienáveis e naturais desde então.

Na Antiguidade não existia a ideia de direitos humanos como compreendemos hodiernamente. No entanto, foi neste período, através do pensamento sofístico, que se

³²KINLEY, David. Human rights fundamentalisms. *Sydney Law Review*, Sydney, v. 29, p. 545-576, 2007.

³³CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 351.

³⁴SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 40.

verifica a aproximação da tese da igualdade natural e da ideia de humanidade a partir da natureza biológica comum dos homens. Como exemplo, pode-se citar o sofista Antífon que lecionava “Por natureza são todos iguais, quer sejam bárbaros ou helenos”.³⁵

Entretanto, essa tese de igualdade entre os homens não conseguiu sair do plano filosófico e atingir a esfera jurídica.

Bobbio lembra que as primeiras afirmações dos direitos do homem nascem nas obras dos filósofos da Antiguidade constituindo apenas a representação de um pensamento individual, mas são universais quanto ao seu conteúdo, pois estão voltadas a um indivíduo racional descontextualizado de espaço e de tempo. Todavia, simultaneamente, esses direitos são muito limitados quanto à sua eficácia, pois compreendem, no melhor dos casos, diretrizes para um futuro legislador.³⁶

Com o cristianismo, garantiu-se a existência de direitos pertencentes a todos as pessoas, porque todos os indivíduos ostentavam a condição de serem filhos do mesmo Deus.³⁷

Na Idade Média, esses ideais cristãos ajudaram na submissão do direito positivo às normas jurídicas naturais, baseadas na natureza dos homens. A vontade divina foi substituída pela natureza ou razão das coisas originando o fenômeno conhecido como secularização do direito natural que foi posteriormente desenvolvido por Hugo Grotius, Samuel von Pufendorf e John Locke.³⁸

Desse modo, a filosofia clássica, principalmente a vertente greco-romana, e, posteriormente o cristianismo, serviram de base para sustentar os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade entre os homens.³⁹

Após esse período, relevante papel para a consagração dos direitos fundamentais nas revoluções do século XVIII foi a repercussão que as doutrinas jusnaturalistas tiveram a partir do século XVI. Nesse contexto, especialmente nos séculos XVII e XVIII, o jusnaturalismo, por meio das teorias contratualistas, atinge seu ápice de desenvolvimento.

³⁵CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 351.

³⁶BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 29.

³⁷RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*, cit., p. 30.

³⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 351-352.

³⁹Nesse aspecto, interessante mencionar que o Antigo Testamento abrigou a tese de que o ser humano foi gerado à imagem e semelhança de Deus, representando, assim, a principal criação divina. Além disso, a ideia de unidade da humanidade, da igualdade entre os homens e da dignidade humana são sustentadas pela doutrina estoica greco-romana e pelo pensamento cristão. (SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 41).

Ao lado dessa evolução, identifica-se um processo de laicização do direito natural, chegando ao seu ponto mais alto com o iluminismo, de influência jusracionalista.

Para exemplificar esse contexto, no século XVII, as obras do holandês Hugo Grotius (1583 – 1645), do alemão Samuel von Pufendorf (1632 – 1694) e dos ingleses John Milton (1608 – 1674) e Thomas Hobbes (1588 – 1679) desenvolveram a noção de direitos naturais do homem e a ideia da sujeição da autoridade às prescrições do direito natural.⁴⁰

Continuando no século XVII, impossível não mencionar a importância dos estudos do inglês John Locke (1632 – 1704) ao desenvolver ainda mais a ideia contratualista de que o homem, por meio de sua razão e vontade, possui o poder para organizar a sociedade e o Estado. Nesse sentido, defendeu a tese de que os direitos naturais à liberdade, à propriedade e à vida configuram o objetivo primordial da sociedade civil e o princípio que deve legitimar o poder estatal, criando, assim, os fundamentos para o pensamento individualista e jusnaturalista-iluminista do século seguinte.⁴¹

Ademais, somente para citar os principais autores relacionados ao tema, com as obras de Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778) na França, Thomas Paine (1737 – 1809), e com Immanuel Kant (1724 – 1804) na Prússia, o jusnaturalismo iluminista fez com que o processo de desenvolvimento do contratualismo e a teoria dos direitos naturais do indivíduo atingisse seu apogeu, ressaltando que, com Paine, a expressão “direitos naturais” cedeu lugar para “direitos do homem”.⁴²

A partir dos iluministas Locke e Rousseau, cujos trabalhos sobre a liberdade dos homens influenciam até hoje os tratados internacionais relacionados ao tema, tem início o processo de internacionalização dos direitos humanos concomitantemente ao processo de positivação dos direitos fundamentais. Ambos serão analisados a seguir.

1.4.2. Reconhecimento dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo

O processo de desenvolvimento doutrinário de direitos humanos, consagrados nas primeiras declarações do século XVIII, teve, paralelamente no direito positivo, um crescente reconhecimento de direitos, liberdades e deveres individuais que são

⁴⁰SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 43.

⁴¹Id. Ibid., p. 44.

⁴²Id., loc. cit.

considerados os precursores dos direitos fundamentais. Nesse sentido, na Inglaterra do século XIII, deve-se mencionar o documento que todos analisam ao estudar a evolução dos direitos humanos: a *Magna Charta Libertatum*. José Carlos Vieira de Andrade considera que esse documento faz referência apenas às conquistas de alguns privilégios e liberdades concedidos a segmentos sociais pela Magna Carta em 1215.⁴³

Sem discordar de seu conterrâneo, Gomes Canotilho afirma que o objetivo desta carta era firmar um modo de vida entre os barões e o rei que garantisse o reconhecimento de alguns direitos de liberdades estamentais, como o *habeas corpus*, a garantia de propriedade e o devido processo legal aos barões em troca de certos direitos de supremacia ao rei. Entretanto, a Magna Carta mesmo contendo direitos estamentais, já possuía alguns espaços que permitiriam a transformação desses direitos em direitos do homem. Dessa forma, o que ocorreu posteriormente à elaboração do mencionado documento acima foi a expansão de direitos corporativos previstos originalmente na Magna Carta para todos os ingleses.⁴⁴

Inobstante tenha sido o mais relevante documento do período, a Magna Carta não foi o primeiro nem o único da época, pois, dos séculos XII e XIII, podemos citar as cartas de franquia e os forais concedidos aos espanhóis pelos reis portugueses como antecessores da positivação de direitos.⁴⁵

Outro importante fator para a positivação dos direitos fundamentais foi a Reforma Protestante que possibilitou a exigência e o progressivo reconhecimento da liberdade de culto e de opção religiosa em diferentes países europeus, que, como exemplo, cite-se o caso de Édito de Nantes, promulgado em 1598 na França por Henrique IV e que depois foi revogado por Luís XIV em 1685.

Em seguida, deve-se fazer menção aos direitos dos ingleses adquiridos no curso do século XVII, por meio da Revolução puritana e da *Glorious Revolution*, em que esses direitos nasceram de forma gradual, a partir de enunciados gerais, mas com amparo no direito costumeiro, na *Petition of Right*, assinada por Carlos I em 1628, na *Abolition of Star Chamber* (1641), no *Habeas Corpus Act*, em 1679, ratificado por Carlos II, e, principalmente, no *Bill of Rights*, em 1689, assinado por Guilherme d'Orange.⁴⁶

⁴³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 22.

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 352.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 45.

⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 22.

Avançando as datas, existe uma disputa travada entre os estudiosos para atribuir a paternidade dos direitos fundamentais à Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789. Nesse aspecto, as declarações americanas abrigaram, ainda que virtualmente, os direitos e liberdades anteriormente reconhecidos pelas declarações inglesas do século XVII e que, apesar da equivalência de conteúdo, tinham como características a universalidade e supremacia dos direitos naturais, apresentando eficácia quanto à representação popular, obrigando, portanto, todos os poderes públicos.⁴⁷ Salienta-se que pela primeira vez os direitos naturais do homem foram positivados como direitos fundamentais constitucionais, mesmo que o *status* constitucional em sentido formal tenha sido reconhecido de forma definitiva a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição de 1791. Nessa linha, Celso D. Albuquerque Mello também considera que o primeiro país a elaborar uma Declaração de Direitos do Homem foram os Estados Unidos da América, por meio da Declaração da Virgínia de 1776, que terminou sendo incorporada à Constituição desse país posteriormente.⁴⁸

Com a mesma relevância para o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais nos planos constitucionais, deve-se citar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Esse documento teve a intenção de construir as bases de uma nova ordem social, reconhecendo que a sociedade que não estabelece a garantia dos direitos fundamentais e não assegura a separação dos poderes não possui constituição (art. 16º). Assim, de uma maneira, seguindo a tradição inglesa, vincula os direitos fundamentais, gerados com alicerce no jusracionalismo, à separação dos poderes no papel comum às duas instituições de limitar o poder absoluto (da soberania). De outra, essa limitação efetiva do poder é atingida por meio do reconhecimento constitucional dos direitos. Nessa medida, os direitos fundamentais são transformados em direitos constitucionais, congregando, em função dessa formalidade, os quesitos aptos ao reconhecimento da importância jurídica positiva como um valor superior inclusive ao da lei parlamentar.⁴⁹

Ambas as declarações (americana e francesa) são caracterizadas pela influência jusnaturalista, assegurando a todos os homens, independente de sua classe econômico-social, direitos invioláveis, naturais, imprescritíveis e inalienáveis.

⁴⁷SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 48.

⁴⁸MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 28.

⁴⁹ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 21-22.

Além disso, com o advento desses dois documentos, considera-se formado o alicerce de um novo modelo de Estado, em que a consagração dos direitos do homem transforma-se de uma nobre exigência para constituir o pressuposto de um verdadeiro e autêntico sistema de direitos. A partir dessa transformação os direitos do homem adquirem maior concretude, mas deixam de ser universais. Nessa linha, esses direitos passam a ser assegurados (como direitos positivos mesmo), mas têm validade apenas no âmbito do Estado que os consagra. Nesse aspecto, são considerados apenas direitos do cidadão daquele respectivo indivíduo pertencente ao Estado que reconheceu esses direitos.⁵⁰

Diante de toda essa análise, nota-se que o maior violador dos direitos fundamentais é o próprio Estado. Dessa maneira, nasce a necessidade de internacionalização desses direitos, não somente para resguardar o homem das infrações do poder estatal, mas também para universalizá-los conforme a concepção do Iluminismo. Deve-se salientar que o processo de internacionalização também é lento e que se encontra em fase de desenvolvimento, apesar de constituir a característica mais relevante sobre o tema no século XX, e juntamente com esse atributo criam-se instrumentos de proteção ao ser humano “que é superior ao Estado”.⁵¹

1.4.3. Internacionalização dos direitos humanos

O processo de internacionalização dos direitos humanos origina-se a partir da consagração filosófica e teórica dos direitos do homem. Os exemplos mais recentes dessa etapa são os iluministas John Locke e Jean-Jacques Rousseau, cujos trabalhos sobre a liberdade dos homens influenciam até hoje os tratados internacionais relacionados ao tema, como já mencionado.

Para demonstrar essa repercussão, pode-se citar a primeira afirmação por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem que estabelece que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, ideia que é bastante próxima do texto de Rousseau no Contrato Social no qual o autor defende que *o homem nasceu livre*.⁵²

Após o reconhecimento filosófico de uma série de direitos da pessoa humana, iniciou-se o reconhecimento nos textos constitucionais e Declarações de Direitos. Apesar

⁵⁰BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 30.

⁵¹Id., loc. cit.

⁵²ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do contrato social: princípios do direito político*. 2 ed. rev. Da tradução e comentários de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

de iniciado esse período de consagração, persistia o problema da restrição desses direitos apenas àqueles direitos que o Estado reconhece.

Assim, a universalidade, característica das teorias filosóficas desenvolvidas no século XVIII, foi substituída pela positivação dos direitos no século XIX, por meio da consagração desses direitos nos textos constitucionais dos Estados, tema já abordado nesse estudo. Logo, cumpria ao poder estatal de cada país reconhecer e assegurar determinado direito. Dessa forma, os direitos humanos deixaram de ser universais para serem locais.

Todavia, com a internacionalização dos direitos humanos, a universalidade voltou a ter espaço. A partir da elaboração de convenções e declarações internacionais de defesa dos direitos humanos, a universalização e a positivação desses direitos são conquistadas ao mesmo tempo por todos os indivíduos.

Sintetizando essas etapas, Bobbio ensina que os direitos do homem surgem como direitos naturais universais, evoluem para direitos positivos particulares e, posteriormente, atingem seu desenvolvimento pleno como direitos positivos universais.⁵³

Deve-se salientar que a proteção local de direitos humanos isoladamente não atinge os interesses de um indivíduo de outro país. Nesse sentido, a internacionalização progressiva da proteção dos direitos humanos é explicada como um ponto importante para o diálogo entre os povos que adquire legitimidade em razão da ética que permeia a temática desses direitos.⁵⁴

Dessa maneira, a defesa dos direitos humanos constitui elemento essencial para a convivência dos povos no âmbito internacional. E essa convivência é atingida com o reconhecimento de que os direitos humanos possuem uma agenda mundial em comum, em que os Estados deixam de lado suas animosidades políticas e econômicas e elaboram projetos em comum voltados a esse tema.⁵⁵

Nesse contexto, merecem destaque as atividades desenvolvidas pelos órgãos internacionais com a finalidade de proteger os direitos do homem. Conforme lições de Bobbio, elas podem ser observadas de acordo com três perspectivas: promoção, controle e garantia.⁵⁶

⁵³BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 30.

⁵⁴RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*, cit., p. 37.

⁵⁵Id. Ibid., p. 38.

⁵⁶BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 39.

Como promoção, entende-se um complexo de medidas direcionadas para uma dupla finalidade: 1) incentivar os Estados carentes de disciplina específica na tutela dos direitos do homem a desenvolverem um sistema; 2) incentivar os Estados que já possuem esse sistema de tutela a aprimorá-lo.⁵⁷

Em relação às atividades de controle, entende-se o complexo de ações que os diversos órgãos internacionais colocam em prática para identificar em que hipótese e em que intensidade as recomendações foram obedecidas, e em que hipótese e em que intensidade as convenções não foram infringidas.^{58 59}

Por último, as atividades de garantia compreendem a estruturação de um verdadeiro sistema de tutela jurisdicional na esfera internacional que atue no lugar da nacional. Nesse sentido, há uma diferença bastante clara em relação às duas primeiras formas de tutela e essa última. No primeiro caso (promoção e controle), a tutela está voltada apenas para garantias já existentes ou a serem implementadas dentro dos Estados, enquanto que nas atividades de garantia, o objetivo é a formação de um sistema jurisdicional mais alto, substituindo a garantia nacional pela internacional no instante em que a primeira for insuficiente ou até inexistente.⁶⁰

Exemplificando essas atividades, pode-se citar a criação de tribunais para o julgamento de crimes contra a paz e humanidade, como os Tribunais Penais Internacionais para os casos da ex-Iugoslávia e de Ruanda, além da constituição do Tribunal Penal Internacional, dessa vez como instituição permanente. Esses casos demonstram o amadurecimento da mentalidade da comunidade internacional no sentido de universalizar a noção de direitos do homem, sendo pacífico hoje que o indivíduo, como titular de direitos humanos, é sujeito de direito internacional comum.⁶¹

⁵⁷BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 39-40.

⁵⁸Id. Ibid., p. 40.

⁵⁹Como exemplo, cite-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que cria um sistema específico de acompanhamento e implementação internacional desses direitos (uma espécie de *special enforcement machinery*). Sendo assim, o Pacto estabelece um apoio institucional aos valores que defende, criando deveres aos Estados-Partes. Esse sistema de monitoramento da implementação dos direitos civis e políticos, de acordo com Flávia Piovesan, compreende a elaboração de relatórios periódicos sobre as iniciativas legislativas, administrativas e judiciárias que o Estado-Parte tomou com a finalidade de implementar os direitos estabelecidos no Pacto e devem ser enviados e apreciados pelo Comitê de Direitos Humanos, também criado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Esse comitê possui a atribuição de analisar e estudar os relatórios, comentando seu conteúdo e elaborando observações gerais a respeito do tema em destaque, e somente em seguida esse material (relatório mais comentários) é remetido ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. In PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 163-164.

⁶⁰BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 40.

⁶¹ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 32.

1.5. Tipologia dos direitos humanos

1.5.1. Dimensões dos direitos humanos

Em relação a uma tentativa de classificação dos direitos humanos foi criada a teoria da “geração de direitos” muito difundida entre os estudiosos do assunto. Ao contrário do que muitos sustentam, esse teoria não teve Bobbio como autor, mas sim o jurista francês de origem checa Karel Vasak que, em Conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, apresentou essa segmentação dos direitos humanos. De acordo com seus ensinamentos, os direitos humanos estariam divididos em três gerações dotadas de peculiaridades específicas.⁶²

Sendo assim, os direitos de primeira geração, correspondem aos direitos civis e políticos e abrangem, dentre outros direitos, o direito à vida, ao tratamento humano, julgamento justo, igualdade de proteção, propriedade, proteção judicial, liberdades de expressão, religião e associação. São comumente designados como direitos de “primeira geração” porque foram os primeiros direitos reconhecidos formalmente pelos Estados e pelo direito internacional. Geralmente esses direitos são considerados como executáveis imediatamente por um Estado porque eles não precisam ou precisam muito pouco da ação do governo em sua implementação.⁶³

Esses direitos possuem como titular a pessoa e são exercitados perante o poder público, configurando uma faculdade do indivíduo, sendo dotados de uma subjetividade que lhes é peculiar. Dessa maneira, constituem fundamentalmente direitos de oposição diante do poder estatal.⁶⁴

Os direitos de segunda geração são oriundos das lutas sociais ocorridas na Europa e Américas, tendo como expressões a Constituição mexicana de 1917 (que regulamentou o direito à previdência social e o direito ao trabalho), a Constituição alemã de Weimar de 1919 (que fixou os deveres do Estado na tutela dos direitos sociais) e, no âmbito do Direito

⁶²CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 99, 2004, p. 305-325, 2004. p. 305-325.

⁶³PASQUALUCCI, Jo M. The right to a dignified life (vida digna): the integration of economic and social rights with civil and political rights in the Inter-American Human Rights System. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 31, p. 1-32, 2008.

⁶⁴BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. p. 563.

Internacional, o Tratado de Versalhes, que deu origem à Organização Internacional do Trabalho, consagrando direitos dos trabalhadores.⁶⁵

Enquanto isso, os direitos de terceira geração possuem como titular a comunidade. São também conhecidos como direitos de solidariedade. Surgiram como consequência do desenvolvimento da noção de que o ser humano está ligado ao planeta Terra, em que há recursos limitados, desigualdade absurda de riquezas e riscos cada vez maiores para a sobrevivência da raça humana.⁶⁶

Dessa forma, quanto a essa classificação, deve-se frisar que a escolha do termo “dimensão” em vez de “geração” é mais adequada, pois conforme as críticas realizadas a esse segundo termo, ele transmite a ideia de direitos estanque, em que uma geração de direitos sucederia a outra.

Nesse mesmo sentido, Cançado Trindade defende que por meio do conceito de gerações de direitos humanos transmite-se a ideia infeliz de “sucessão geracional” em que os direitos humanos são substituídos uns pelos outros ao longo do tempo. Sustenta o autor que os direitos humanos, pelo contrário, são cumuláveis e se expandem com o passar do tempo, e, além disso, existe interação entre os direitos individuais e os sociais. Essa situação demonstra, portanto, a natureza complementar dos direitos humanos, sua indivisibilidade e unidade, não existindo fundamento para uma visão fragmentada em categorias dos direitos humanos.⁶⁷ Essas características próprias dos direitos humanos serão analisadas nos próximos itens.

1.5.2. Direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais

Ao longo das últimas décadas, as propostas de classificação dos direitos humanos conforme seus meios de implementação mostraram-se as mais adequadas. Nessa linha, a mais próxima dos instrumentos de concretização desses direitos é a diferenciação feita entre direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais.

O surgimento dessa dicotomia remete ao período legislativo de criação dos documentos que protegem os direitos humanos no âmbito do direito internacional,

⁶⁵RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 85.

⁶⁶Id., loc. cit.

⁶⁷TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. op. cit., v. 1, p. 24.

influenciando inclusive a ONU por meio da elaboração de dois em vez de apenas um Pacto Internacional.⁶⁸

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais desenvolveram o conteúdo da Declaração Universal de 1948. Ao primeiro documento foi anexado um Protocolo Facultativo, delegando competência ao Comitê de Direitos Humanos, criado por esse Pacto, para processar denúncias relacionadas a ofensas de direitos humanos elaboradas por indivíduos contra qualquer um dos Estados-Partes. Dessa maneira, dava-se início à outra etapa no processo de institucionalização dos direitos humanos, que está vinculada à criação de mecanismos sancionatórios às ofensas de direitos humanos. Todavia, a ação do Comitê de Direitos Humanos era limitada aos direitos civis e políticos e, mesmo assim, ele não reunia poderes para elaborar um juízo de condenação do Estado que violou esses direitos.⁶⁹

Nessa medida, a divisão dos direitos humanos em categorias no âmbito do Direito Internacional não acatou a tese da “geração de direitos” exposta anteriormente. Após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a Comissão de Direitos Humanos da ONU realizou estudos com a finalidade de criar um tratado internacional de direitos humanos que abrigasse os direitos consagrados pela comunidade internacional.

Assim, a decisão de elaborar dois pactos internacionais de proteção aos direitos humanos, de um lado o dos direitos civis e políticos, e de outro, o de direitos econômicos, sociais e culturais, em vez de apenas um documento, ocorreu na Assembleia Geral das Nações Unidas em 1951, em que ficou expressa a intenção de separar em duas categorias os direitos humanos com medidas de realização distintas para cada um desses grupos.

A opção por elaborar dois tratados abrangendo o conjunto de direitos humanos de acordo com o modelo da Declaração Universal de 1948 foi consequência de um “compromisso diplomático”. As potências ocidentais persistiam na consagração apenas das liberdades individuais clássicas que protegiam a vida privada do cidadão em face dos abusos e ingerências estatais. Enquanto isso, os países integrantes do bloco comunista e os recém-criados países africanos davam prioridade aos direitos sociais e econômicos, que

⁶⁸TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 39.

⁶⁹COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 291.

possuem, por finalidade, políticas públicas de auxílio aos grupos menos favorecidos.⁷⁰ Verifica-se, então, que essa situação foi reflexo da divisão ideológica existente durante a Guerra Fria.⁷¹

Em razão disso, justifica-se a decisão de dividir duas categorias de direitos em documentos separados, restringindo a atuação do Comitê de Direitos Humanos somente aos direitos civis e políticos, e declarando-se que os direitos cujo conteúdo sejam programas de ação estatal seriam desenvolvidos de forma progressiva “até o máximo dos recursos disponíveis” de cada Estado (Artigo 2º, alínea 1 do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).⁷²

O ponto de controvérsia na elaboração dos dois Pactos foi o Protocolo Facultativo anexo ao Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Na medida em que os textos foram aprovados por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a aprovação do Protocolo contou com trinta e oito abstenções e dois votos contrários oriundos não apenas de países comunistas, da maioria dos asiáticos, africanos e árabes, como também de países europeus ocidentais. O primeiro bloco não via com bons olhos a possibilidade de o Comitê de Direitos Humanos intervir em questões avaliadas como de competência interna de cada Estado. Os países do segundo bloco compreendiam que já estavam ligados à fiscalização mais precisa dos órgãos instituídos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁷³

Entretanto, deve-se mencionar ainda que apesar do maior destaque concedido aos direitos do indivíduo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambas as categorias já se encontravam separadas no documento (artigos 3 ao 21: direitos civis e políticos – e artigos 22 ao 27: direitos econômicos, sociais e culturais). Além disso, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, também de 1948, apresenta as duas categorias de direito de forma combinada.⁷⁴

Nesse contexto, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos promulga em seus primeiros dispositivos a obrigação dos Estados que o ratificarem em garantir os direitos previstos nele a todas as pessoas que estejam sujeitas à sua jurisdição, utilizando todos os instrumentos necessários a esse objetivo. Esse dever estatal inclui também a obrigação de assegurar aos indivíduos a proteção contra a violação de seus direitos

⁷⁰COMPARATO, Fabio Konder. op. cit., p. 292.

⁷¹PASQUALUCCI, Jo M. op. cit., p. 1-32.

⁷²COMPARATO, Fabio Konder. op. cit., p. 292.

⁷³Id. Ibid., p. 294.

⁷⁴TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, cit., v. 1, p. 355.

praticada por entes privados. Dessa forma, compete ao Estado ratificar o pacto e elaborar um sistema legal que consiga proporcionar eficácia contra as infrações dos direitos civis e políticos. Além disso, cumpre informar que as obrigações do Estado incluem obrigações de cunho negativo (como, por exemplo, não torturar) e obrigações de cunho positivo (como, por exemplo, elaborar um sistema legal apto a garantir a eficácia contra violações de direitos).

Esse Pacto institui, assim, o dever aos Estados de respeitar e garantir tais direitos de forma imediata – diferentemente do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que estabelece a implementação progressiva dos direitos nele previstos – o Pacto dos Direitos Civis e Políticos é dotado de autoaplicabilidade.

Em relação ao rol de direitos civis e políticos, o Pacto estabelece alguns direitos já previstos na Declaração, com uma carga maior de detalhes e ainda amplia o catálogo desses direitos. Nessa medida, os principais direitos garantidos no documento são: o direito à vida; liberdade de expressão e de opinião; direito à liberdade e à segurança pessoal e a não ser submetido à prisão ou detenção arbitrária; o direito de não ser torturado ou receber tratamento cruel, desumano ou degradante; o direito de não ser escravizado ou sujeito à servidão; o direito à reunião pacífica; liberdade de associação; o direito de aderir a sindicatos; à proteção contra a interferência arbitrária na vida privada; o direito a um julgamento justo; direito à igualdade perante a lei; liberdade de locomoção; o direito a uma nacionalidade; o direito de casar e de constituir família; liberdade de religião, pensamento e consciência; o direito de votar e integrar o Governo.⁷⁵

Identifica-se, portanto, que a liberdade sindical e a assistência jurídica foram previstas nesse Pacto. O artigo 22 abriga expressamente a liberdade sindical, enquanto que o artigo 14 do documento faz referência ao direito das pessoas acusadas de um delito de comunicar-se com defensor de sua escolha.

Já em relação ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cumpre informar que cada Estado-Parte comprometeu-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, para assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos nesse documento, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

⁷⁵PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 167.

Além disso, o Pacto estabelece um amplo rol de direitos, como, por exemplo, o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito à saúde, o direito a um nível de vida adequado, o direito à previdência social, o direito a formar e a associar-se a sindicatos, o direito à moradia, o direito à educação e o direito à participação na vida cultural da sociedade.⁷⁶

Cumprе lembrar ainda que o artigo 8º desse Pacto também assegura a liberdade sindical. Logo, como mencionado acima, nota-se que a liberdade sindical está prevista tanto no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos como no Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Deve-se destacar que o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais era dotado de uma omissão manifesta: não instituía nenhum órgão que pudesse controlar e fiscalizar a aplicação de suas normas, como era o Comitê de Direitos Humanos do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Essa omissão foi sanada apenas em 1985 por meio da Resolução 1985/17 do Conselho Econômico e Social da ONU, que deu origem ao Comitê de Direitos Econômicos e Sociais, contando com voto contrário apenas dos Estados Unidos.⁷⁷

Ponderados esses fatores, cumpre analisar brevemente cada uma das espécies de direitos humanos de acordo com estudo realizado por André de Carvalho Ramos.

Em relação aos direitos civis, trata-se de grupo de direitos que preservam a autonomia do indivíduo, protegendo-o contra ingerências do poder estatal ou de terceiros. Dessa maneira, o objeto desses direitos está associado à tutela da dignidade e da personalidade humana. Constituem exemplos desses direitos a proteção à vida, liberdade religiosa, liberdade de expressão, direito à associação, igualdade perante a lei, propriedade, segurança, entre outros.⁷⁸

Enquanto isso, os direitos políticos consistem em direitos de participação, passiva ou ativamente, seja na administração da coisa pública, seja na construção das decisões políticas. Esses direitos correspondem a formas de realização da soberania popular. Por exemplo, cite-se o direito ao voto em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e voto secreto, conforme artigo 25 do respectivo Pacto.⁷⁹

⁷⁶PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 175.

⁷⁷COMPARATO, Fabio Konder. op. cit., p. 354.

⁷⁸RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 89.

⁷⁹Id. Ibid., p. 90-91

Já os direitos econômicos são associados à estruturação da vida econômica de um Estado, segundo a concepção consumidor-produtor. No âmbito do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o direito de associação sindical e o direito de greve são consagrados com o intuito de promover os interesses econômicos de seus titulares, exceto em alguns casos em que tais direitos são restringidos aos membros da administração pública, polícia e forças armadas (art. 8º). Ademais, esse documento internacional assegura o direito de todo o indivíduo usufruir de condições justas e favoráveis de trabalho que possibilitem uma vida digna para si próprio e para sua família (art. 7º).⁸⁰

Por seu turno, os direitos sociais são aqueles que garantem uma vida material digna ao indivíduo, requerendo prestações positivas por parte do poder estatal na hipótese de o indivíduo precisar delas. Como exemplos, cite-se o direito à saúde e o direito à educação.⁸¹

Por último, os direitos culturais compreendem os direitos vinculados à noção do indivíduo como participante da vida cultural de uma sociedade, assim como o direito à preservação do patrimônio cultural e histórico que materializa sua memória e identidade. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consagra a cada pessoa o direito de tomar parte da vida cultural e gozar do progresso científico e de suas utilidades.⁸²

Apesar de todos os esforços dos juristas da área em separar os direitos humanos em categorias, deve-se salientar que duas décadas após o término da Guerra Fria as distinções entre o grupo dos direitos civis e políticos e o grupo dos direitos econômicos, sociais e culturais estão desaparecendo na teoria e na prática.⁸³

Nessa linha, Comparato sustenta que a divisão realizada pelos dois Pactos Internacionais é artificial, pois, pode-se citar, como exemplo, o fato de o direito à autodeterminação dos povos estar consagrado, da mesma forma, no artigo 1º de ambos os documentos, situação que também ocorre com o direito de sindicalização (artigo 22 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e artigo 8º do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). De qualquer maneira, os elaboradores dos documentos tinham a consciência de que a categoria dos direitos humanos integra um sistema indivisível, tendo em vista que o preâmbulo de ambos os Pactos possui exatamente o mesmo conteúdo, além

⁸⁰RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 91.

⁸¹Id. Ibid., p. 92.

⁸²Id., loc. cit.

⁸³MARKS, Stephen P. The past and future of the separation of human rights into categories. *Maryland Journal of International Law*, v. 24, p. 209-243, 2009.

de outros documentos que afirmaram a unidade dos direitos humanos que serão abordados em item próprio.⁸⁴

A tradicional separação dessas categorias é baseada em vários fatores, desde o conceito de direitos positivos e negativos até a disponibilidade de recursos e instituições para assegurá-los, como já demonstrado.

Destarte, em virtude das próprias características dos direitos humanos que serão analisadas no próximo item, não há mais justificativa plausível para fundamentar a separação desses direitos em categorias distintas. Cumpre agora, portanto, analisar tais caracteres.

1.6. Características dos direitos humanos

Em meio a diversos trabalhos desenvolvidos tratando das características dos direitos humanos, reunir todos em apenas um item dessa dissertação não é tarefa fácil. Apesar disso, sem ter a intenção de esgotar o tema e sem impedir que outras características possam ser identificadas, serão apresentados, a seguir, alguns dos principais atributos desses direitos.

1.6.1. Superioridade normativa

No âmbito do Direito interno, geralmente, as normas de direitos humanos são reconhecidas no texto constitucional, fato que as situa numa posição hierárquica superior às demais normas da ordem jurídica. No caso do Brasil especificamente, as normas que consagram os direitos e garantias individuais estão protegidas pela Constituição e são, ainda, concebidas como cláusulas pétreas em razão de não serem sujeitas a alterações mesmo pela atuação do Poder Constituinte Derivado. Entretanto, no Direito Internacional, a definição de hierarquia de normas é pouco desenvolvida e ainda recente. Mesmo assim, a possibilidade de existirem normas imperativas internacionais é considerada pelos estudiosos da área.⁸⁵

Essas normas cogentes de Direito Internacional são dotadas de valores caracterizados como vitais para a comunidade internacional e, em caso de existir conflito

⁸⁴COMPARATO, Fabio Konder. op. cit., p. 292.

⁸⁵RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 165-166.

com outras normas de Direito Internacional, devem prevalecer sobre essas últimas. Sendo assim, o direito imperativo (*jus cogens*) é conceituado como “o conjunto de normas internacionais insuscetíveis de serem derogadas por outra norma que não seja uma norma pertencente ao mesmo *jus cogens*”.⁸⁶

Mesmo assim, não há ainda um rol de normas que pertença ao *jus cogens* admitidas pelos Estados e integrante de uma Convenção. Dessa maneira, somente o costume internacional, representado como fonte de Direito Internacional, pode fundamentar o fato de a comunidade internacional consagrar um valor fundamental de uma norma para que ela possa ser concebida como norma imperativa do Direito Internacional. Destarte, a comunidade internacional é a responsável por valorar como essencial o caráter de uma norma para ser classificada como pertencente ao *jus cogens*.⁸⁷

Por sua vez, a Comissão de Direito Internacional da ONU defende a posição de que a comunidade internacional formada pelos Estados deve agrupar representantes de todas as vertentes econômicas e políticas que existem no mundo. Dessa maneira, não existiria a exigência de que todos os Estados de forma unânime defendessem o caráter imperativo de uma norma, mas apenas que todos os blocos econômicos e políticos existentes fossem favoráveis a isso.⁸⁸

Cumpra agora verificar se a tutela dos direitos humanos integra o *jus cogens* na atualidade e em que dimensão isso ocorre, quer dizer, se são somente algumas ou se todas as normas que consagram os direitos humanos pertencem ao *jus cogens*.

Como não há tratados internacionais que estabeleçam quais as normas de Direito Internacional integram o *jus cogens*, cumpre somente ao intérprete procurar em outras fontes essas normas, bem como o estudo de decisões arbitrais e judiciais internacionais que, apesar de não criarem o Direito Internacional, apontam uma direção para o sentido que tais normas devam expressar.⁸⁹

A Comissão de Direito Internacional, na esfera da ONU, ressaltou várias vezes que as infrações a direitos humanos de defesa (também denominados direitos de primeira geração) violam valores fundamentais – o que corresponde ao *jus cogens* – da comunidade internacional. Ademais, em relação aos tratados, deve-se mencionar a Convenção de Viena

⁸⁶RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 166.

⁸⁷Id. Ibid., p. 171.

⁸⁸Id. Ibid., p. 171-172.

⁸⁹Id. Ibid., p. 173.

sobre Direito dos Tratados, no artigo 60, parágrafo quinto, que determina que o não cumprimento de obrigações convencionais é incapaz de produzir a extinção ou suspensão de um tratado de cunho humanitário.⁹⁰

Além disso, cumpre lembrar o feito do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, expressando, assim, a força da tutela de direitos humanos como integrante do *jus cogens* internacional, pois haverá a responsabilização penal do indivíduo infrator caso ocorra a transgressão de determinados direitos da pessoa (direito à integridade física, direito à vida, entre outros) e desde que sejam respeitadas algumas condições.⁹¹

Outros exemplos nesse sentido são a instituição do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia que admitiu o caráter de *jus cogens* às normas de direitos humanos que proíbem a tortura, no caso *Prosecutor v. Furundzija*, e, na esfera do sistema interamericano de direitos humanos, deve-se citar o voto do magistrado Cançado Trindade, no caso *Villagrán Morales*, em que se sustenta que o desaparecimento forçado de pessoas ofende direitos humanos essenciais e, em virtude disso, integrantes do catálogo de *jus cogens*.⁹²

Dessa maneira, seja nos atos editados pelos organismos internacionais, seja nos tratados internacionais mesmo de forma indireta, ou até mesmo na jurisprudência, constata-se que uma parcela dos direitos humanos faz parte do *jus cogens* internacional. Logo, merece ser destacada a necessidade de consagrar-se a qualidade de *jus cogens* dos direitos sociais como estágio relevante para diminuir a desigualdade e a miséria na comunidade internacional.⁹³

Conclui-se, assim, que os direitos humanos, de acordo com as normas internacionais convencionais e costumeiras, formam o núcleo fundamental das normas que integram a ordem jurídica internacional atual. Dessa forma, seja pelo aspecto formal (norma de *jus cogens*), seja pelo aspecto material (conteúdo), a norma de direitos humanos constitui norma de hierarquia superior às demais na ordem jurídica internacional.⁹⁴

⁹⁰RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 173.

⁹¹Id. Ibid., p. 174.

⁹²Id., loc. cit.

⁹³Id. Ibid., p. 175.

⁹⁴Id. Ibid., p. 176-177.

1.6.2. Universalidade

O atributo da universalidade dos direitos humanos significa que a titularidade deles pertence a todas as pessoas que ostentam a condição de seres humanos, sendo esse o único requisito para ser protegido por tais direitos.⁹⁵

Inicialmente, deve-se destacar que após um período em que a universalidade dos direitos humanos sucumbiu diante da positivação dos direitos no século XIX com a elaboração de Constituições em cada Estado, fato que limitou a garantia e promoção dos direitos humanos a um determinado território que abrigava um Estado, ela ressurgiu a partir da internacionalização desses direitos. Dessa forma, com a promulgação de declarações e a ratificação de convenções internacionais relativas assegurando direitos humanos, a positivação e a universalização desses direitos são garantidas de maneira concomitante para todos os seres humanos.⁹⁶

Em relação à universalidade dos direitos humanos, salienta-se que ela é defendida pela Declaração Universal de 1948 e pelos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966, sendo ainda garantida de forma absoluta nas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993).⁹⁷

Nessa linha, a Declaração de Viena promulgada em 1993 é documento fundamental na definição das características dos direitos humanos. Em relação ao atributo da universalidade, o próprio preâmbulo da Declaração afirma a necessidade de garantir de forma plena e universal os direitos humanos. Ademais, o artigo 1º desse documento expressa que não há dúvidas sobre o caráter universal desses direitos. Por último, o artigo 5º da Declaração reconhece que “todos os direitos humanos são universais”.

Dessa maneira, ficou determinado que todos os indivíduos, sem distinção de qualquer ordem (nacionalidade, religião, etnia, convicção política, convicção religiosa), são protegidos por esses direitos.

Deve-se ressaltar que a Declaração de Viena aceitou que podem ser ponderadas apenas as peculiaridades locais, bem como os distintos contextos culturais, históricos e religiosos, no entanto, o Estado tem a obrigação de promover e garantir a totalidade dos

⁹⁵PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 24, n. 53, p. 15-39, 2001.

⁹⁶RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 181.

⁹⁷TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, cit., v. 1, p. 20.

direitos humanos, sem levar em consideração seus sistemas econômicos, políticos e culturais. Portanto, particularidades eventuais ou locais não constituem fundamento para a ofensa a esses direitos.

Entretanto, há uma série de críticas contra a universalidade dos direitos humanos e dos instrumentos que os protegem feitas, principalmente, pelos países asiáticos no sentido desses direitos representarem amplamente os valores dos países ocidentais e não abrigarem adequadamente os seus próprios valores. Em primeiro lugar, alega-se que os direitos humanos contemporâneos são produto dos países ocidentais para promover um individualismo destrutivo em detrimento de um comunitarismo (coletivismo) harmonioso. Em segundo lugar, é sustentado que o Ocidente enfatiza os direitos individuais em detrimento dos deveres. Em terceiro, em virtude do enfoque dado pelo Ocidente aos direitos individuais, há uma preponderância dos direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por fim, alega-se que os países ocidentais utilizam a concepção de individualismo dos direitos humanos como um instrumento de neoimperialismo.⁹⁸

Nesse aspecto, exemplo comumente lembrado é a clitoridectomia (mutilação da genitália feminina) que violaria a integridade física e a dignidade da mulher e, a situação em que vivem e são tratadas as mulheres nos países de forte influência islâmica. Além desses, existem outros vários exemplos que demonstram que a aplicação universal dos direitos humanos sofre alguma espécie de resistência local, aliás, isso pode ser comprovado por meio dos diversos casos submetidos à análise da Corte Europeia dos Direitos Humanos, em que os Estados sustentam existir uma “margem de apreciação” para não aplicar em seu país determinado direito humano.⁹⁹

Todavia, apesar de todas as objeções existentes e desenvolvidas por alguns estudiosos quanto à aplicação universal dos direitos humanos, os pontos e os aspectos favoráveis a essa universalidade devem ser ressaltados.

Em primeiro lugar, em relação ao surgimento dos direitos humanos, a literatura sobre o desenvolvimento histórico deles tende a reconhecer que o conceito de direitos humanos teve sua origem na filosofia política do Ocidente. Nos últimos anos, entretanto, têm-se descoberto bases dos direitos humanos em tradições religiosas, filosóficas e sociais

⁹⁸DAVIDSON, J. S. East versus west: human rights and cultural difference. *Canterbury Law Review*, v. 8, p. 37-53, 2001-2002.

⁹⁹RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 183.

de culturas não pertencentes aos países ocidentais. Alguns estudiosos têm identificado alguns elementos que eles chamam de protodireitos humanos nas doutrinas do Judaísmo, Islamismo, Budismo, Confucionismo e Hinduísmo. Enquanto essas tradições religiosas e filosóficas não utilizavam de forma clara uma linguagem de direitos e estavam concentradas mais nos deveres dos indivíduos uns com os outros, mesmo assim, eles estavam preocupados com a preservação e promoção da dignidade humana.¹⁰⁰

Assim, diante da tese de que os direitos humanos são dotados de um suposto caráter ocidental (o que teria como resultado a não-universalidade desses direitos) deve-se ponderar que a procedência europeia e antropocêntrica dos primeiros documentos que reconheceram os direitos humanos deve ser concebida apenas como um simples marco histórico.

Em segundo lugar, ressalte-se que os direitos humanos e sua universalidade estão em constante conflito com diversas práticas culturais e religiosas na contemporaneidade, como ocorria no passado, mesmo com práticas ocidentais. Como exemplo, na Europa, cite-se o caso em que a consagração de certos direitos humanos forçou a Igreja Católica (de tradição cristã ocidental) a reformular algumas posições associadas à liberdade religiosa, ao relacionamento entre a Igreja e o Estado e, atualmente, tem questionado a postura da Igreja diante de direitos reprodutivos e questões relativas ao planejamento familiar.¹⁰¹

Dessa maneira, o argumento da relativização cultural em face da universalidade dos direitos humanos deve ser admitido apenas como uma cláusula de proteção para os indivíduos que, por vontade própria, tenham interesse em opor-se a tal caráter universal, praticando, assim, seu direito de escolha. Essa tese não deve coagir as pessoas a sujeitarem-se a determinados procedimentos somente porque isso configura uma “prática tradicional” no lugar em que vivem.

Quanto ao argumento de que os direitos humanos constituem um instrumento que disfarça a existência de interesses econômicos e até mesmo políticos, conhecido como argumento “geopolítico”, e valendo-se disso, alguns Estados deixam de aplicá-los, verifica-se que tal crítica pode ser elaborada para qualquer outro assunto pertencente ao Direito Internacional. Deve-se salientar que não são apenas as normas do Direito

¹⁰⁰DAVIDSON, J. S. op. cit., p. 37-53.

¹⁰¹RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 193.

Internacional dos Direitos Humanos que são influenciadas de forma política, sofrendo uma utilização seletiva.¹⁰²

Logo, a crítica a ser feita não deve questionar somente o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas os próprios atributos da comunidade internacional, em que seus atores principais – os Estados – são, concomitantemente, os destinatários, produtores e aplicadores das normas internacionais, sendo possível que, conforme seus objetivos, eles podem interpretar essas normas de forma unilateral.

Ainda em relação aos argumentos contrários à característica da universalidade dos direitos humanos, não se deve admitir a crítica “desenvolvimentista” que acaba incentivando a aplicação dos direitos humanos apenas no futuro, em função de que o Estado teria mais recursos para conseguir seu desenvolvimento num primeiro momento. Essa crítica prioriza a governabilidade em restrição da preservação da dignidade da pessoa humana. Assim, esse argumento não é correto porque associa a produção de riqueza à proteção e aplicação dos direitos humanos, situação que não corresponde com a realidade.

Nesse sentido, no contexto da atuação da Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, as *Maastrich Guidelines* estabelecem que a escassez de recursos não desobriga o Estado dos deveres mínimos de implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Além disso, as organizações de desenvolvimento internacional acreditam que a pobreza e privações severas são produto menos da falta de recursos públicos do que de promoções oficiais ou políticas que toleram a exclusão social. Assim, conforme esse ponto de vista, as políticas estatais devem ser questionadas para determinar se a falta de recursos econômicos ocorre em função de uma ação governamental intencional em curso ou uma exclusão intencional.¹⁰³

Logo, em virtude de todos esses argumentos desenvolvidos acima, a universalidade dos direitos humanos é aplicável à liberdade sindical e também ao direito à assistência jurídica, tomando-se o cuidado de, nesse último caso, como está previsto nos documentos normativos citados, a proteção ser estendida para as hipóteses em que o indivíduo é acusado de fato criminoso.

¹⁰²RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 195.

¹⁰³PASQUALUCCI, Jo M. op. cit., p. 24.

1.6.3. Indivisibilidade

A indivisibilidade dos direitos humanos decorre do fato de que a proteção dos direitos civis e políticos constitui requisito para o respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais, ao mesmo tempo em que o contrário também é verdadeiro. Destarte, quando um desses direitos é ofendido, os outros também o são. Logo, “os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.”¹⁰⁴

Nessa linha, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao abrigar tanto os direitos de cunho liberal, como os direitos sociais, assume o caráter da indivisibilidade dos direitos humanos. Esse documento adotou a noção contemporânea de direitos humanos, ao juntar o valor da igualdade e o valor da liberdade.¹⁰⁵

Dessa forma, fica evidente que apesar dos documentos distintos da ONU que consagravam os “dois grupos” de direitos humanos (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e seus respectivos métodos de implementação, existe unidade conceitual, e consequentemente, indivisibilidade desses direitos, pois todos encontram na pessoa humana seu ponto em comum.¹⁰⁶

Mas não é somente em função disso que se pode sustentar a indivisibilidade dos direitos humanos.

No âmbito internacional, essa característica já é admitida na Primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos realizada em 1968, em Teerã, e, em seguida, consagrada como uma das mais relevantes para o regime jurídico dos direitos humanos na Segunda Conferência ocorrida em Viena em 1993.

A Conferência de Teerã reconheceu ser impossível a realização integral dos direitos civis e políticos sem a implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Nessa conferência, a afirmação dos princípios da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos colocaram um fim “teórico” à classificação segmentada dos direitos humanos. O

¹⁰⁴PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização, cit., p. 15-39.

¹⁰⁵Id., loc. cit.

¹⁰⁶TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, cit., p. 43.

parágrafo 13 da Proclamação de Teerã estabeleceu que: “Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível”¹⁰⁷.

Por sua vez, a Conferência de Viena, por meio de sua Declaração, estabeleceu como imprescindível a indivisibilidade dos direitos humanos para que, assim, os direitos sociais, econômicos e culturais não fossem desconsiderados.¹⁰⁸

Além disso, no intervalo dessas duas Conferências, deve-se destacar que a Assembleia Geral da ONU, em 1977, declarou a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos por meio da Resolução 32/130¹⁰⁹ reconhecendo que a realização plena dos direitos civis e políticos é impossível sem o gozo simultâneo dos direitos econômicos, sociais e culturais e que deve conceder-se a mesma atenção e consideração na aplicação de ambas as categorias de direitos.

Por meio da Resolução 39/145, item 2, a Assembleia Geral da ONU, em 1984, reconhece novamente que os direitos humanos são indivisíveis e interrelacionados entre si e, que, portanto, a promoção e a proteção de uma categoria de direitos não deve impedir a promoção e proteção de outra. Não se pode deixar de mencionar que o item 10 dessa resolução reafirma o fato de os direitos humanos serem indivisíveis e interdependentes.¹¹⁰

Em 1986, a Assembleia Geral da ONU reafirma a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos por meio da Resolução 41/117, estabelecendo, no item 1, que todos os Estados apliquem políticas para realizar, promover e proteger os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos.¹¹¹

Nesse sentido, deve-se mencionar ainda que a indivisibilidade dos direitos humanos possui duas vertentes. A primeira corresponde ao fato de o direito assegurado ser dotado de uma unidade incindível nele próprio. A segunda vertente, mais difundida, garante ser inviável assegurar somente alguns dos direitos humanos consagrados. Exemplificando

¹⁰⁷MARRUL, Indira Bastos. O fortalecimento da indivisibilidade dos direitos humanos no sistema interamericano: efetiva garantia para o direito à educação. *Revista IIDH: Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, n. 36, p. 39-73, jul./dez. 2002.

¹⁰⁸¹⁰⁸TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, cit., v. 1, p. 359.

¹⁰⁹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 32/130 da Assembleia Geral da ONU de 1977. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/32/ares32.htm>>. Acesso em: 27 maio 2010.

¹¹⁰Id. Resolução 39/145 da Assembleia Geral da ONU de 1984. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/39/list39.htm>>. Acesso em: 27 maio 2010.

¹¹¹Id. Resolução 41/117 da Assembleia Geral da ONU de 1986. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/41/list41.htm>>. Acesso em: 27 maio 2010.

essas duas vertentes, no caso da primeira, tem-se o direito à ampla defesa no processo-crime que acarreta como consequência inseparável o direito ao recurso de apelação para todos os indivíduos. No caso da segunda vertente, cite-se a impossibilidade de garantir-se o direito a um recurso no Poder Judiciário com a finalidade de assegurar-se um direito determinado sem que se reconheça também o direito à assistência jurídica gratuita.¹¹²

Para Celso D. de Albuquerque Mello, consagrar a indivisibilidade dos direitos humanos é reconhecer uma harmonia política e estratégica entre os que estão interessados nos benefícios assegurados pelos direitos das pessoas e aqueles que manipulam politicamente esses direitos. Nesse sentido, ao analisar a crítica que alguns autores norte-americanos fazem, afirmando que os direitos econômicos, sociais e culturais são “mitos” e não “direitos”, o autor afirma que nenhum Estado ratificou somente o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, deixando de ratificar o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, enquanto que o inverso ocorreu. Como exemplos, citem-se Uganda, Ilhas Salomão, Guatemala. Além disso, nos EUA, mesmo que a educação e a seguridade social não estejam protegidas pela Constituição, esses direitos constituem obrigações fundamentais do Estado e nos demais países do mundo.¹¹³

Nota-se, portanto, em decorrência das razões expostas, que a ONU e a sociedade internacional como um todo defendem o atributo da indivisibilidade para a categoria dos direitos humanos.

1.6.4. Interdependência

A interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos devem estar sempre juntas, como demonstrou a própria Conferência de Viena sobre Direitos Humanos.

Nesse sentido, André de Carvalho Ramos conceitua interdependência como sendo a “mútua dependência entre os direitos humanos protegidos, pois o conteúdo de um pode vir a se vincular ao conteúdo de outro, demonstrando a interação e a complementaridade entre eles, bem como certos direitos são desdobramentos de outros”. Pode-se citar como exemplo dessa característica a complementaridade existente entre a liberdade de associação e a consagração do direito de associação sindical. Além desse exemplo, há o

¹¹²RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 199-201.

¹¹³MELLO, Celso D. de Albuquerque. op. cit., p. 33.

caso da liberdade de expressão que sempre deve ser analisada conjuntamente com a liberdade de informação e o direito à intimidade e privacidade.¹¹⁴

Adotando essa linha, conclui Cançado Trindade que entre os distintos “grupos” de direitos – tanto individuais e sociais ou coletivos – existe complementaridade e não oposição.¹¹⁵

Em seguida, o autor relembra que o surgimento da dicotomia entre os direitos civis e políticos de um lado e os direitos econômicos, sociais e culturais de outro, remete ao período legislativo de criação dos documentos que protegem os direitos humanos no âmbito do direito internacional, influenciando inclusive a ONU por meio da elaboração de dois em vez de apenas um Pacto Internacional.¹¹⁶

No entanto, não demorou muito para que essa dicotomia fosse questionada: no âmbito global, como já mencionado anteriormente, a Conferência de Direitos Humanos de Teerã de 1968 e a Resolução 32/130 de 1977 da Assembleia Geral da ONU estabeleceram a interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos, a partir da unidade fundamental de concepção deles. Os trabalhos para tornar a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais mais efetiva, tiveram como resultado a criação, em 1985, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que possui como missão verificar a concretização desse grupo de direitos. Em 1987 esse Comitê concluiu que os instrumentos de implementação desses “dois grupos” de direitos humanos não precisam ser diferentes entre si. Os direitos civis e políticos sem os direitos econômicos, culturais e sociais não possuem muito sentido para a maioria dos indivíduos e, além disso, alguns direitos econômicos e sociais são dotados de alguma relação com as liberdades civis e, assim, gozam das mesmas medidas de proteção dos direitos civis e políticos (como exemplo, cite-se o direito de associação e liberdade sindical).¹¹⁷

Além disso, partindo-se da distinção comumente feita entre os dois grupos de direitos humanos (direitos civis e políticos de um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, de outro), é comum dizer, conforme ensinamentos de Stephen Marks, que o emprego do termo violação é adequado para fazer referência apenas aos direitos civis e políticos enquanto que a abordagem programática é utilizada para indicar direitos

¹¹⁴RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 203-204.

¹¹⁵TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, cit., p. 40-41.

¹¹⁶Id. Ibid., p. 39.

¹¹⁷Id. Ibid., p. 40-41.

econômicos, sociais e culturais. Todavia, como mostra o atributo da interdependência, a efetivação de direitos civis e políticos não pode estar limitada somente pelas violações desses direitos, da mesma forma que os direitos econômicos, sociais e culturais também podem ser violados.¹¹⁸

Esse problema surgiu com as Recomendações de Maastricht sobre Violações de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais elaborada por um grupo de especialistas da área em 1997. Mais de uma década depois desse encontro, os especialistas concordaram em defender que os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes, interrelacionados e possuem a mesma relevância para a dignidade humana. Consequentemente, os Estados são responsáveis pela violação tanto dos direitos econômicos, sociais e culturais como são responsáveis pela violação de direitos civis e políticos.¹¹⁹

Na mesma linha, essa Recomendação definiu os tipos, ações e omissões que constituem violações desses direitos, responsabilidades, e remédios, recomendando que “um protocolo facultativo fosse providenciado para reclamações individuais e coletivas em relação aos direitos reconhecidos no Pacto Internacional, devendo ser adotado e ratificado sem cancelamentos.” Demorou cerca de doze anos para que essa recomendação fosse implementada. No Dia dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 2008, a Assembleia Geral finalmente adotou o Protocolo Facultativo para o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esse ato compreende um sinal de que não há mais expectativas para que os direitos econômicos, sociais e culturais, no que diz respeito às violações, sejam tratados de forma distinta dos direitos civis e políticos.¹²⁰ Essa situação corrobora a interdependência e a complementaridade dos direitos humanos, fato que se torna mais evidente a cada dia.

1.6.5. Caráter *erga omnes*

A característica dos direitos humanos de serem *erga omnes* possui duas dimensões no âmbito internacional. A primeira compreende a constatação de que todos os Estados integrantes da comunidade internacional têm interesse em ver observados os direitos que o Direito Internacional assegura. Já a segunda dimensão está relacionada à ampla aplicação das normas de direitos humanos a todos os indivíduos que estejam submetidos à jurisdição

¹¹⁸MARKS, Stephen P. op. cit., p. 209-243.

¹¹⁹Id., loc. cit.

¹²⁰Id. Ibid., p. 234.

de um Estado. Dessa maneira, as normas que consagram os direitos humanos protegem todos os indivíduos, independente de sua convicção política, raça, cor, nacionalidade, pelo simples fato de possuírem a condição de seres humanos.¹²¹

Vieira de Andrade assinala que, conforme as fronteiras entre os países foram perdendo relevância no período pós II Guerra Mundial, de maneira oposta desenvolveu-se a ideia de que os indivíduos, independente do país que habitam, necessitam gozar os direitos fundamentais de maneira efetiva, transformando essa necessidade em uma questão de direito internacional.¹²²

Nesse contexto, Flávia Piovesan aponta que a garantia dos direitos humanos não deve estar limitada somente à atuação do Estado, ou seja, não deve estar restrita à jurisdição e competência nacional exclusiva, em função de guardar relação com interesse internacional. Em consequência, essa posição assinala dois resultados:

O primeiro compreende a reelaboração da concepção de soberania estatal como sendo um instituto absoluto, admitindo, assim, sua relativização na medida em que interferências na esfera nacional são permitidas com a finalidade de proteger os direitos humanos. Dessa maneira, admitem-se sistemas de fiscalização e responsabilização internacional para o caso de os direitos humanos serem ofendidos.

O segundo consiste na formulação da ideia de que o ser humano é sujeito de direitos no âmbito internacional, ou seja, é titular de direitos no plano internacional e ostenta essa condição de sujeito de Direito.¹²³

Logo, essa aplicação geral das normas que consagram os direitos humanos a todos os indivíduos sob a jurisdição de um Estado está presente em vários documentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

1.6.6. Exigibilidade

A Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena em 1993, por meio de sua Declaração, expressou o interesse cada vez maior dos Estados com a concretização dos direitos humanos.

¹²¹MARKS, Stephen P. op. cit., p. 213.

¹²²ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 31.

¹²³PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização, cit., p. 15-39.

Essa preocupação com a implementação de tais direitos, assinalada por Norberto Bobbio como já mencionado anteriormente¹²⁴, demonstra a fase atual em que se encontram os debates a respeito da tutela dos direitos humanos, que teve origem com a universalidade filosófica e abstrata, passou pelo estágio da positivação e especificação no âmbito do Estado e, por fim, atingiu a universalidade concreta dos direitos humanos reconhecidos no plano internacional.

Esse novo interesse no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos implica a análise também da responsabilidade internacional do Estado. Segundo Carvalho Ramos, há duas maneiras de identificar-se a responsabilidade de um Estado em virtude da ofensa às obrigações internacionais por ele assumidas: a unilateral e a coletiva, também conhecida como institucional. A unilateral consiste na situação de um Estado alegar que outro violou seu direito, pleiteando, assim, uma reparação do Estado ofensor. Dessa forma, o Estado que se diz violado faz uma análise do suposto fato que configurou um ilícito no plano internacional e exige uma reparação ao Estado violador. Em caso de não ser realizada tal reparação, o Estado ofendido pode sancionar o outro de forma unilateral. Enquanto isso, o método coletivo ou institucional é fundamental para aprimorar a proteção internacional dos direitos humanos, porque impedem os problemas de parcialidade e seletividade existentes no modo unilateral.¹²⁵

Como exemplo, pode-se citar o sistema interamericano de Direitos Humanos com a criação da Corte relacionada ao tema, bem como as outras entidades já citadas nesse trabalho anteriormente.

Ainda nesse aspecto, cumpre mencionar que o princípio que se consagra no cenário mundial em relação aos direitos humanos, de acordo com lições de Vieira de Andrade, é o do “*international concern*”. Nessa linha, o Tribunal Internacional de Justiça estabeleceu, já no caso “Barcelona traction”, como dever de cada Estado perante todos os demais, a obediência aos princípios e regras referentes aos direitos fundamentais da pessoa humana.¹²⁶

¹²⁴BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 23-25.

¹²⁵RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 217.

¹²⁶ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 31.

1.6.7. Abertura

O estágio de ampliação do catálogo de direitos humanos demonstra seu caráter de não-tipicidade e explicita um resquício do jusnaturalismo no sentido de que a proteção de um direito acontece em função de seu conteúdo e não pela sua presença em um texto constitucional ou internacional. Esse conteúdo ou objeto do direito reconhece o objetivo de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, valor supremo que deve ser protegido. Em função disso, constata-se o princípio da não-tipicidade dos direitos humanos, também conhecido como cláusula aberta. Nessa medida, pertence à categoria dos direitos humanos o direito que possui como conteúdo o interesse precípua em assegurar a preservação da dignidade da pessoa humana num contexto histórico específico.¹²⁷

Esse critério da fundamentalidade material utilizado para identificar os direitos humanos permanece mesmo que ocorra o reconhecimento por meio de positivação na Constituição ou em documentos internacionais, sendo tal fenômeno conhecido também como eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Destarte, os direitos humanos possuem um caráter expansivo, necessitando de uma interpretação ampla de forma que beneficie a pessoa.¹²⁸

Nesse sentido, a Constituição de 1988 faz referência a esse princípio da não-tipicidade em seu artigo 5º, parágrafo 2º ao estabelecer que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fizer parte”. Portanto, fica evidente que a fundamentalidade formal não exclui a fundamentalidade material.¹²⁹

Canotilho, ao abordar o assunto, menciona o princípio da não identificação ou da cláusula aberta, tratando-se de normas de “fatispecie aberta”, pois abrigam todos os possíveis direitos associados à ação humana independente de estarem positivados.¹³⁰

Constata-se, por conseguinte, que a não-tipicidade configura mais uma característica inerente à categoria dos direitos humanos, permitindo, assim, a ampla e constante renovação desse grupo de direitos.

¹²⁷RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 221.

¹²⁸Id. Ibid., p. 221-222.

¹²⁹Id. Ibid., p. 222.

¹³⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 369.

1.6.8. Aplicabilidade imediata

Para proteger-se de forma mais completa os direitos humanos nos textos normativos que os consagram, reconhece-se também sua aplicabilidade imediata, assim, os jurisdicionados podem invocar desde logo sua aplicação.

No caso da Constituição de 1988, o artigo 5º, parágrafo 1º, determina que as normas que positivam os direitos e garantias individuais possuem aplicação imediata. Dessa forma, o Direito interno brasileiro admite a desnecessidade de promulgação de normas que regulamentem direitos de natureza humana.

Já, no caso do Direito Internacional, existe regra específica “para determinar a necessidade ou não de normas internas que regulamentem a obrigação internacional no Direito interno”. Tal regra compreende a distinção, no campo internacional, das normas internacionais *self-executing* (auto-aplicáveis) e normas *not-self-executing* (necessitam de intermediação legislativa ou administrativa interna).¹³¹

A distinção entre essas duas modalidades de normas é identificada por meio da análise do próprio enunciado delas que revelará quais normas têm aplicação imediata pelo magistrado nacional e quais não a possuem. Cumpre mencionar que esses conceitos serão analisados de forma mais detalhada em item relacionado à efetividade dos direitos fundamentais, a ser desenvolvido posteriormente no trabalho.¹³²

Em relação ainda à aplicabilidade imediata dos direitos humanos, Albuquerque Mello relembra que os dispositivos da Carta da ONU são encarados, na prática, como normas programáticas, ou seja, não são auto-executáveis ou de aplicação imediata, apesar de não consistir numa posição unânime. Mesmo assim, o autor filia-se à tese da autoexecutoriedade das normas de direitos humanos, pois assim um Estado poderia ser integrante da ONU e, ao mesmo tempo, estar ofendendo um de seus “Propósitos”, o que configura uma incoerência.¹³³

Todo esse debate sobre a implementação de normas programáticas passa pela existência de recursos financeiros suficientes à concretização dos direitos assegurados por elas. Essa discussão será realizada de maneira mais detalhada no final do presente capítulo, pois necessita da abordagem complementar de institutos vinculados ao assunto.

¹³¹RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, cit., p. 225-226.

¹³²Id. *Ibid.*, p. 226.

¹³³MELLO, Celso D. de Albuquerque. *op. cit.*, p. 31.

A intenção dessa dissertação não é esgotar o estudo de todas as características dos direitos humanos. Assim, apesar de todos os apontamentos realizados nessa parte do trabalho relativos ao tema, nada impede que outros atributos sejam identificados como caracterizadores dessa categoria de direitos.

Como ficou demonstrado, tanto a liberdade sindical como o direito à assistência jurídica estão assegurados em vários documentos normativos relacionados aos direitos humanos. Nessa medida, a eles são atribuídas todas as características analisadas inerentes a essa categoria de direitos, sendo também protegidos pelos mecanismos e instrumentos criados para isso. Feita a análise mais detalhada desses elementos, convém estudar a seguir a categoria dos direitos fundamentais.

2. Direitos fundamentais

O direito à assistência jurídica e à liberdade sindical, além de estarem presentes em documentos que protegem os direitos humanos, podem ser classificados, simultaneamente, como direitos fundamentais. As razões e as consequências sobre a distinção entre essas duas categorias de direitos serão analisadas nos próximos itens.

2.1. Terminologia

Em relação à terminologia adotada para referir-se aos direitos fundamentais, deve-se ressaltar, inicialmente, que o texto constitucional de 1988 possui uma pluralidade semântica para denominar tais direitos, pois emprega vários termos diferentes para isso. Como exemplo, citem-se: a) direitos humanos (art. 4º, II); b) direitos e garantias individuais fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV).

Jorge Miranda¹³⁴ ensina que, embora muitos autores utilizem direitos fundamentais como sinônimo dos direitos do homem, existem as seguintes razões para que, no plano constitucional, utilize-se apenas a expressão direitos fundamentais.

A primeira delas é que a expressão “direitos fundamentais” refere-se a direitos que existem no ordenamento jurídico de um país, enquanto que os direitos dos homens são oriundos da natureza humana e existem independente de haver ou não lei que os

¹³⁴MIRANDA, Jorge. op. cit., t. 4, p. 51-52.

reconheça. No entanto, ressalte-se que a ordem jurídica não se resume apenas aos preceitos jurídicos positivados, mas é a partir de normas e princípios positivados que os direitos devem ser estudados.

O segundo motivo corresponde à necessidade de, na sistematização do ordenamento jurídico e principalmente da Constituição, levar em consideração os direitos fundamentais ligados a outras figuras subjetivas e objetivas. Nessa medida, eles devem estar relacionados com a organização econômica, social e cultural e com a organização política, porque eles realizam uma função dinamizadora, projetando-se sobre as duas organizações e, ao mesmo tempo, sofrem influência delas.

A terceira justificativa reside no fato de que os direitos fundamentais existentes na maioria das Constituições do século XX não se limitam a direitos determinados pelo Direito natural. Existem vários outros, como, por exemplo, os direitos do trabalhador, do cidadão, do cidadão ativo, etc. Além disso, há direitos atribuídos a instituições, coletividades, ou grupos de pessoas: direitos das famílias, dos sindicatos, dos partidos políticos, das associações. E ainda há os direitos positivados pelo legislador em virtude de suas opções ideológicas e oriundos de especificidades existentes em cada país.

Deve-se considerar que o Constituinte brasileiro ao optar pela expressão “Direitos e Garantias Fundamentais” no título II do texto constitucional, incluiu dentro desse termo as demais espécies de direitos fundamentais, fundamentalmente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e as regras relacionadas aos partidos políticos (Capítulo V). Essa terminologia adotada pelo Constituinte teve influência especialmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976.¹³⁵

Logo, tendo em vista a adoção da expressão “direitos fundamentais” na Constituição da República como gênero que abriga as demais espécies dessa categoria de direitos, e levando em consideração o emprego desse termo pela maior parte da doutrina, o presente trabalho adotará essa terminologia.

¹³⁵SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 31-32.

2.2. Conceito

O desenvolvimento do conceito de direitos fundamentais parece ser menos complicado que definir direitos humanos. Mesmo assim, existem algumas dificuldades inerentes à própria atividade de elaboração de um conceito no campo da Ciência Jurídica.

Jorge Miranda, adotando critério puramente formal, conceitua direito fundamental como sendo toda posição jurídica subjetiva do indivíduo que está reconhecida na Constituição¹³⁶.

Em complemento, Canotilho leciona que os direitos fundamentais são aqueles garantidos no texto constitucional e limitados no espaço e no tempo, portanto, são direitos “objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”¹³⁷ Assim, esses direitos encontram-se positivados na ordem jurídica e são classificados como naturais e inalienáveis do indivíduo. Caso esses direitos não estejam incluídos no texto constitucional dos ordenamentos jurídicos, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política”, mas não serão direitos protegidos como normas constitucionais (Grundrechtsnormen).

É importante ressaltar que sem a existência da constituição não há direitos fundamentais. Pode-se falar em direitos humanos, dignidade da pessoa humana, liberdades públicas, direitos subjetivos públicos, mas os direitos fundamentais somente existem quando incorporados e reconhecidos pela constituição e desse fato surgirem consequências jurídicas.¹³⁸

A constitucionalização de direitos, de acordo com Canotilho, significa “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh).”¹³⁹ A mais importante consequência da constitucionalização é a proteção dos direitos fundamentais através do controle jurisdicional de constitucionalidade de atos normativos que regulam esses direitos. Por isso os direitos fundamentais devem ser compreendidos e utilizados como normas jurídicas vinculativas e não como simples declarações de direitos.

¹³⁶MIRANDA, Jorge. op. cit., t. 4, p. 8.

¹³⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 359.

¹³⁸Id. Ibid., p. 347.

¹³⁹Id. Ibid., p. 348.

Além disso, cumpre mencionar que os direitos fundamentais são resultado de uma dupla confluência: a) de um lado, representa o encontro entre a tradição filosófica humanista, correspondente de forma principal ao jusnaturalismo de orientação democrática, com suas técnicas de positivação e proteção reforçadas pelas liberdades típicas do constitucionalismo enquanto se desenvolve o Estado de Direito; b) de outro, supõe um ponto de mediação e de síntese entre as exigências das liberdades tradicionais de cunho individual, com o sistema de necessidades radicais de caráter econômico, cultural e coletivo cuja realização e tutela estão voltadas aos direitos sociais.¹⁴⁰

Dessa maneira, pode-se conceituar direitos fundamentais como posições jurídicas inerentes aos indivíduos que, sob o viés do direito constitucional positivo, em virtude de sua essência e importância (fundamentalidade material) foram previstas no texto constitucional e, dessa forma, foram deslocadas do âmbito de “disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal)”, além daquelas posições jurídicas que, em razão de seu objeto e significado, possam ser equiparadas às primeiras, possuindo ou não previsão no documento constitucional (aceita-se, assim, a abertura material estabelecida no art. 5º, § 2º da CF que reconhece direitos fundamentais implícitos).¹⁴¹

Em razão disso, o direito à assistência jurídica, previsto no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição da República, é classificado como direito fundamental, da mesma forma que a liberdade sindical, consagrada no *caput* do artigo 8º do diploma constitucional, também integra a categoria de direitos fundamentais.

2.3. Distinção dos direitos humanos

Inúmeras são as diferenças existentes entre a categoria de direitos humanos e a de direitos fundamentais. Essa distinção assume relevância para identificar-se com maior precisão cada um desses grupos e, conseqüentemente, realizar-se estudo adequado sobre as peculiaridades de cada um deles.¹⁴²

¹⁴⁰PEREZ LUÑO, Antonio E. op. cit., p. 43.

¹⁴¹SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 25, n. 55, p. 29-74, 2002.

¹⁴²Embora existam diferenças, há semelhança entre direitos fundamentais e direitos humanos, pois ambos possuem uma fundamentalidade no aspecto material, no sentido de haver o reconhecimento e a garantia de alguns valores, bens jurídicos e reivindicações primordiais aos seres humanos como um todo ou aos indivíduos de um determinado Estado, motivo pelo qual alguns doutrinadores classificam tais direitos como “Direitos Humanos Fundamentais”. É o caso de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995 e MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria*

Assim, é correta a diferença estabelecida entre os direitos fundamentais (aqueles que estão previstos e positivados no texto da Constituição e, dessa maneira, limitados de forma temporal e espacial) e os “direitos humanos” que configuram posições jurídicas previstas no âmbito do direito internacional positivo ao ser humano enquanto tal, mesmo que não exista ligação com certa ordem jurídico-positiva interna. Certamente, ainda que haja um constante diálogo e influência entre os âmbitos internacional e constitucional, é evidente que o tratamento dessas áreas deve ser diferenciado, principalmente em relação ao grau de eficácia alcançado por essas espécies de direito, pois dependem de instrumentos jurídicos apropriados e entidades político/jurídicas com poder necessário para sua concretização.¹⁴³

Em relação ao grau de aplicação concreta e proteção de direitos fundamentais (previstos no direito constitucional interno) e de direitos humanos (previstos no direito internacional), menciona-se que a primeira categoria de direitos, como regra, é dotada de maior grau de aplicação do que a segunda categoria em virtude, especialmente, de institutos e órgãos internos (principalmente judiciários) que possuem poder para tornar respeitáveis tais direitos. Deve-se lembrar ainda que a eficácia, tanto jurídica quanto social, dos direitos humanos que não estão previstos no catálogo de direitos fundamentais de um Estado necessita, geralmente, de sua recepção pelo ordenamento jurídico desse Estado e depende, também, do *status* jurídico que esse ordenamento lhe concede.¹⁴⁴

Outra diferença entre os direitos fundamentais e os direitos humanos reside no fato de os primeiros estarem amparados contra ação do legislador ordinário e também do constituinte reformador, pois integram as chamadas cláusulas pétreas do art. 60, §4º, inciso IV, da CF.¹⁴⁵

Paulo Bonavides também diferencia a categoria de direitos fundamentais da de direitos humanos. Para tanto, utiliza os ensinamentos de K. Hesse. Assim, num primeiro momento, o objetivo dos direitos fundamentais é dar origem e cultivar os pressupostos básicos de uma vida fundada na dignidade humana e na liberdade. Ao mesmo tempo “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”. O autor mencionado esclarece que Carl Schmitt utiliza dois critérios formais para caracterizar

geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998.

¹⁴³SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira, cit., p. 29-74.

¹⁴⁴Id. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 37

¹⁴⁵Id. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira, cit., p. 29-74.

os direitos fundamentais. De acordo com o primeiro deles, são denominados direitos fundamentais todos os direitos ou garantias que assim são designados no texto constitucional. Conforme o segundo critério, os direitos fundamentais são os que a Constituição concedeu o mais alto grau de segurança ou de garantia. Assim, ou eles são imutáveis ou, no mínimo, são de alteração mais rigorosa, ou seja, direitos modificáveis por meio de lei de emenda constitucional. Em relação ao critério material, conforme Schmitt, os direitos fundamentais oscilam de acordo com a espécie de Estado, a ideologia, a modalidade de valores e princípios reconhecidos no texto constitucional. Em síntese, cada Estado possui seus direitos fundamentais peculiares.¹⁴⁶

Para ratificar que a distinção traçada entre os direitos humanos e os direitos fundamentais não é uma tese sustentada apenas por autores nacionais, cumpre mencionar lição de Martin Borowski que diferencia duas espécies de direitos fundamentais (internacionais e supranacionais de um lado e de outro, nacionais). Essa última espécie compreende os direitos individuais que adquiriram uma dimensão positiva nas constituições nacionais dos Estados democráticos e que, em geral, representam o objetivo de transformar os direitos humanos em direito positivo. A diferença dos direitos fundamentais nacionais dos supranacionais é que os primeiros são dotados da máxima hierarquia dentro da ordem jurídica nacional e são exigíveis judicialmente.¹⁴⁷

Ao mesmo tempo, conforme ensinamentos de Perez Luño, os direitos fundamentais aparecem como a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos documentos constitucionais do Estado de Direito, processo esse que tem seu ponto intermediário de conexão nos direitos humanos.¹⁴⁸

Ainda de acordo com Perez Luño, no uso linguístico jurídico, político e comum da atualidade, o termo “direitos humanos” desponta como um conceito de contornos mais amplos e imprecisos do que o conceito de direitos fundamentais. Nesse sentido, os direitos humanos devem ser compreendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente nos ordenamentos jurídicos no nível nacional e internacional. Enquanto isso, a noção de direitos fundamentais se dirige àqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior

¹⁴⁶BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 560-561.

¹⁴⁷BOROWSKI, Martin. op. cit., p. 33.

¹⁴⁸PEREZ LUÑO, Antonio E. op. cit., p. 43-44.

parte dos casos previsto no texto constitucional, e que tendem a gozar de tutela reforçada por conta disso. Além disso, os direitos humanos reúnem seu significado de direitos e liberdades reconhecidos nas declarações e convenções internacionais a uma conotação prescritiva deontológica que abrange também aquelas exigências mais radicalmente vinculadas ao sistema de necessidades humanas e que devendo ser objeto de positivação não o são. Já os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e restrito, pois descrevem um conjunto de direitos e liberdades jurídicas institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo Direito positivo. Trata-se, assim, de direitos delimitados no espaço e no tempo, cuja denominação corresponde a seu caráter básico e fundante do sistema jurídico político do Estado de Direito.¹⁴⁹

Seguindo a mesma linha de Perez Luño, de acordo com os trabalhos de Fernández-Galiano e Peces-Barba, os direitos humanos são entendidos como uma categoria prévia que legitima e informa os direitos fundamentais, assim como há o reconhecimento de que os direitos fundamentais são uma categoria descritiva dos direitos humanos positivados no ordenamento jurídico. Pode-se obter das duas abordagens teóricas a aceitação comum de que os direitos fundamentais amparam-se em um sistema de valores prévios: para Fernández-Galiano, uma ordem objetiva e universal de uma axiologia antológica; para Peces-Barba, uma filosofia humanista de cunho democrático.¹⁵⁰

Sob a influência de Pérez Luño e de Eusebio Fernández, Contreras Peláez sustenta que os direitos humanos são anteriores à categoria de direitos fundamentais (positivos). Ou seja, o autor também distingue direitos humanos dos direitos fundamentais, defendendo que o caráter da positivação consiste em atributo relevante nessa tarefa. Assim, o direito positivo deve ter como objetivo o reconhecimento de exigências éticas superiores denominadas “direitos humanos” ou direitos naturais. Dessa maneira, o papel dos direitos fundamentais é materializar ou determinar os direitos humanos. E vai adiante ao afirmar que conforme maior ou menor grau de sucesso nessa materialização, é que se pode denominar um ordenamento jurídico positivo como legítimo ou ilegítimo.¹⁵¹

Dessa maneira, pode-se diferenciar os conceitos de “direitos humanos” (positivados no plano do direito internacional), de “direitos do homem” (direitos naturais, ou ainda não

¹⁴⁹PEREZ LUÑO, Antonio E. op. cit., p. 45-47.

¹⁵⁰Id., loc. cit.

¹⁵¹CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. op. cit., p. 46.

positivados) e de “direitos fundamentais” (direitos assegurados pelo direito constitucional interno de cada Estado).¹⁵²

Nesse sentido, Vieira de Andrade, após analisar os direitos fundamentais sob três diferentes ângulos (filosófico ou jusnaturalista; estatal ou constitucional; universalista ou internacionalista) sustenta que o termo “direitos fundamentais”, em sentido estrito, refere-se a direitos constitucionalmente assegurados.^{153 154}

Nesse contexto, os direitos fundamentais são resultado da junção dos direitos naturais do homem, como aqueles criados pelos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, e da noção de Constituição.

Ademais, como enfatiza Sarlet, os direitos fundamentais (alocados nas Constituições) referem-se às pessoas como integrantes de um ente público real, enquanto os direitos humanos estão ligados à ideia de ser humano, como simples fato de ser pessoa humana.¹⁵⁵

Quanto à identidade entre o catálogo de direitos humanos e fundamentais já reconhecidos, continua o autor, ressalte-se que é praticamente inexistente uma equivalência entre esses dois grupos, pois o elenco de direitos fundamentais nas Constituições é, por vezes, menor, e em outros casos, maior que os positivados no direito internacional. De igual modo, inexistente identidade entre os direitos naturais do homem com os direitos humanos e os direitos fundamentais, mesmo que uma parcela significativa dos direitos de liberdade previstos no plano constitucional e internacional tenha sua origem na positivação dos direitos naturais reconhecidos pelos jusnaturalistas, como, por exemplo, o direito à liberdade, à vida, à propriedade e à igualdade.¹⁵⁶

Em relação a essa equivalência, no caso do direito à assistência jurídica, nota-se que a Constituição Federal de 1988 assegura a assistência jurídica integral e gratuita de forma ampla, o que abrange os processos judiciais na Justiça do Trabalho. Entretanto, os documentos normativos relacionados a direitos humanos não são tão abrangentes ao prever

¹⁵²SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 34.

¹⁵³ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 38.

¹⁵⁴Adotando tese oposta à desenvolvida nesse trabalho, menciona-se o artigo de Octavio L. M. Ferraz, que com base na concepção de David Bilchitz, afirma que a expressão “direitos fundamentais” é correspondente a “direitos humanos”, definindo tais direitos fundamentais como garantias para a maioria dos interesses fundamentais que são impostos como obrigações para os outros, principalmente para o Estado. In FERRAZ, Octavio L. M. *Poverty and human rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 3, p. 585-603, 2008.

¹⁵⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 35.

¹⁵⁶Id. Ibid., p. 36-37.

esse direito, limitando-se comumente a processos na esfera criminal, fato que demonstra a importância de tal direito estar previsto no grupo dos direitos fundamentais. No caso da liberdade sindical, mesmo faltando a análise de alguns elementos que será realizada no capítulo terceiro, ocorre o fenômeno oposto, pois a Constituição da República, ao assegurar essa liberdade em seu artigo 8º, cria uma série de limitações que não se encontram presentes nos documentos normativos internacionais sobre o tema.

Dessa forma, a técnica legislativa utilizada pelo Constituinte de 1988 para colocar a liberdade sindical sob o manto protetor dos direitos fundamentais é digna de elogios, pois demonstra a importância desse direito e confere-lhe maior segurança contra arbitrariedades do legislador. De outro lado, ao mesmo tempo em que a liberdade sindical foi garantida no caput do art. 8º, os incisos desse dispositivo criam restrições ao exercício pleno dessa liberdade como, por exemplo, a proibição de se criar mais de um sindicato na mesma base territorial para a mesma categoria. Ora, uma liberdade que não pode ser exercida de forma integral não é liberdade e, no caso da Constituição Federal brasileira, fica evidente que a liberdade sindical não é assegurada de forma integral, pois a liberdade de organização sindical, por exemplo, não foi garantida. Além da violação à liberdade de organização sindical, outras dimensões da liberdade sindical também são violadas e isso será demonstrado de forma mais detalhada no capítulo terceiro.

Pelo exposto, verifica-se a existência de elementos suficientes para traçar as linhas diferenciadoras entre a categoria de direitos humanos e a categoria de direitos fundamentais. A partir de agora, serão estudadas as peculiaridades desse segundo grupo de direitos.

2.4. Classificação

2.4.1. Direitos fundamentais formais e materiais

A primeira classificação digna de análise refere-se aos direitos fundamentais formais e materiais. Os direitos abrigados pelo texto constitucional são, geralmente, classificados como direitos fundamentais formais porque são expressos e assegurados por norma de valor e forma constitucionais. Todavia, a Constituição aceita outros direitos fundamentais previstos em leis e regras oriundos do direito internacional. Em função de as

normas que os consagram não estarem revestidas da forma constitucional, esses direitos são denominados direitos materialmente fundamentais.

Dessa maneira, não existem grandes dificuldades para classificar, tanto a liberdade sindical como o direito à assistência jurídica, em virtude de estarem revestidas da forma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, em direitos fundamentais formais.

Essa distinção entre direitos formais e materiais, no entanto, teve sua origem no IX Aditamento (de 1791) à Constituição dos Estados Unidos da América e existe, de forma implícita ou expressa, em outros textos constitucionais, como, por exemplo, as Constituições portuguesas de 1911, 1933 e 1976. No caso brasileiro, a Constituição de 1988, por meio do artigo 5º, § 2º, como já mencionado, abriga essa regra. Esse aditamento norte-americano deixava claro que o não reconhecimento expresso no texto constitucional de alguns direitos que fossem até aquele momento pertencentes às pessoas não significava que eles seriam excluídos de proteção porque outros direitos foram especificados na Constituição.¹⁵⁷

A Constituição portuguesa possui dispositivo nesse mesmo sentido, conforme demonstra seu artigo 16, nº 1: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional¹⁵⁸.” Isso significa que existem, ou podem existir, enunciados normativos de Direito ordinário, tanto no plano interno como no plano internacional, que consagram direitos equiparados aos direitos previstos constitucionalmente.

Esse fenômeno demonstra que a Constituição, tanto a norte-americana como a portuguesa e a brasileira, abriga uma ordem de valores (ou possui alguns valores) que vão além dos dispositivos normativos que necessitam da vontade do constituinte para serem reconhecidos. Isso porque o estabelecimento de um rol de direitos fundamentais na Constituição ao invés de limitar, acaba por ampliar a previsão de outros direitos (existentes ou não) que não dependem da iniciativa do poder político. Verifica-se, assim, o reconhecimento de direitos fundamentais em sentido material.¹⁵⁹

Nessa medida, os autores falam do princípio da não identificação ou da cláusula aberta. A questão que surge é identificar entre os direitos não positivados

¹⁵⁷MIRANDA, Jorge. op. cit., t. 4, p. 11.

¹⁵⁸PORTUGAL. Constituição. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

¹⁵⁹MIRANDA, Jorge. op. cit., t. 4, p. 12.

constitucionalmente, quais são dotados de dignidade suficiente para serem classificados como fundamentais. Para Canotilho, a orientação apresentada como solução é equiparar os direitos materialmente fundamentais sem previsão constitucional aos direitos formalmente constitucionais em razão de seu objeto e relevância.¹⁶⁰

Dessa maneira, conclui-se que todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais materiais, mas o oposto não ocorre, pois há direitos fundamentais em sentido material que não o são em sentido formal.¹⁶¹

Aderindo a essa classificação, mas introduzindo uma novidade, interessante explicitar lições de Martin Borowski¹⁶² que apresenta três conceitos de direito fundamental:

a) conceito formal de direito fundamental: Esse conceito utiliza um critério formal para definir a categoria de direitos fundamentais. Assim, a partir desse critério, são direitos fundamentais aqueles que estão incluídos em um catálogo de direitos existentes na Constituição. Entretanto, esse aspecto do conceito formal não é geralmente um conceito satisfatório, porque geralmente existem também alguns direitos fundamentais que estão reconhecidos fora do rol de direitos fundamentais da Constituição. Esse problema pode resolver-se no âmbito do conceito formal de direito fundamental se a Constituição estiver dotada de um dispositivo que estabeleça quais direitos podem ser defendidos por parte do cidadão por meio de uma tutela. Diante de todas as categorias de direitos que se formam por meio da utilização de um critério formal, deve-se perguntar se essas categorias formadas compreendem todos os direitos fundamentais ou somente alguns deles. Se o critério fosse apropriado, esta indagação não teria sentido, mas nota-se que o critério formal não é completo para classificar os direitos fundamentais. Os conceitos formais de direito fundamental certamente são úteis para os trabalhos práticos, mas faz-se necessário desenvolver um critério material de direito fundamental.

b) conceito material de direito fundamental: ao falar-se do conceito material de direito fundamental, a atenção deve estar voltada para o fato de que os direitos fundamentais constituem o objetivo de transformar os direitos humanos em direito positivo. Assim, os conceitos materiais de direito fundamental podem pressupor diversas espécies de relações entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. A primeira

¹⁶⁰CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 369.

¹⁶¹MIRANDA, Jorge. op. cit., t. 4, p. 8-9.

¹⁶²BOROWSKI, Martin. op. cit., p. 35-37.

espécie de relação é de caráter definitivo. De acordo com esse aspecto, os direitos fundamentais são direitos humanos transformados em direito constitucional positivo. Conforme essa variante, somente pode ser considerado direito fundamental o conteúdo normativo que antes do processo de transformação já fazia parte do conteúdo de direitos humanos e ainda faz. Todavia, essa possibilidade apresenta o inconveniente da discussão política sobre o conteúdo dos direitos humanos, a qual se deve a existência de várias visões e que refletem em discussões sobre o conteúdo dos direitos fundamentais. Por essa razão, é preferível estabelecer uma relação menos intensa entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Nessa medida, esse segundo tipo de relação é de natureza intencional. Conforme essa aproximação, os direitos fundamentais são aqueles admitidos na Constituição com o objetivo de outorgar caráter positivo aos direitos humanos. Nessa variante do conceito material de direito fundamental, os possíveis equívocos que existam sobre o conteúdo dos direitos humanos não repercutirão sobre a característica de direito fundamental de direitos transformados.

c) conceito procedimental de direito fundamental: Segundo o conceito procedimental de direito fundamental, a questão decisiva é saber se os direitos são tão importantes para que a opção entre garanti-los ou não garanti-los possa ser confiada às maiorias parlamentares ordinárias. O critério que faz parte dessa definição é de natureza procedimental, pois se refere a quem pode decidir sobre o conteúdo dos direitos: o constituinte ou o legislador ordinário. Nessa medida, o critério procedimental passa a estar relacionado e vinculado aos critérios formais e materiais dos direitos fundamentais.

Restam, assim, demonstrados os critérios utilizados pela doutrina para classificar e diferenciar os direitos fundamentais formais dos fundamentais materiais, verificando-se que a presença ou ausência do direito no texto constitucional é um critério comum, mas não exclusivo, nesse esforço classificatório.

2.4.2. A estrutura das normas de direitos fundamentais

O estudo da estrutura das normas de direitos fundamentais está relacionado à identificação das diferenças existentes entre regras e princípios. Para tanto, deve-se analisar as considerações feitas por Alexy a respeito do assunto. Segundo o autor, a

distinção é necessária, pois fundamenta a teoria dos direitos fundamentais e constitui solução para os principais problemas da dogmática desses direitos.¹⁶³

Nesse sentido, inicialmente, deve-se considerar regra e princípio como espécies pertencentes ao gênero norma. Assim, regra e princípio são normas porque determinam algo que deve ser. Logo, os dois podem ser elaborados por meio de categorias deônticas básicas do dever, da proibição e da permissão. Os princípios, como também as regras, compreendem motivos para juízos concretos de dever-ser.¹⁶⁴

Dessa maneira, princípios são definidos como normas que determinam que algo seja efetuado da melhor forma possível de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim, os princípios são entendidos como “mandamentos de otimização”, cuja característica consiste na possibilidade de serem cumpridos em graus diferentes e na medida das possibilidades jurídicas, não se limitando apenas às possibilidades fáticas. Ressalte-se ainda que a esfera das possibilidades jurídicas é estabelecida pelas regras e princípios colidentes.¹⁶⁵

Enquanto isso, as regras constituem normas que ou são sempre realizadas, ou não são realizadas. Destarte, se uma regra vale, deve-se implementar aquilo que ela determina de maneira exata, sem excessos e sem privações. Regras são dotadas de ordens na esfera do que é jurídico e faticamente possível.¹⁶⁶

Na mesma linha, Canotilho conceitua regras como sendo uma espécie normativa e que “exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo).” De outro lado, continua o autor, princípio também constitui norma que requer a concretização de algo, da melhor maneira possível, conforme permitem as possibilidades jurídicas e fáticas. Nessa medida, os princípios não exigem, proíbem ou permitem alguma coisa sob a lógica do “tudo ou nada”; determinam a otimização de um direito ou de um bem jurídico de acordo com a “reserva do possível” jurídica ou fática.^{167 168}

¹⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 85.

¹⁶⁴ Id. Ibid., p. 87.

¹⁶⁵ Id. Ibid., p. 89.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. op. cit., p. 91.

¹⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 533-534.

¹⁶⁸ Nessa mesma linha, ao estudar-se as normas que consagram os direitos sociais prestacionais, verifica-se, logicamente, que elas assumem a forma de princípios ou de regras.

Assim, no caso do direito brasileiro, pode-se citar como exemplo de princípio aquele que determina que a educação será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade (art. 205 da CF) e o princípio que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e II da CF).

Conforme esses argumentos desenvolvidos, em relação à estrutura das normas consagradoras de direitos fundamentais, verifica-se, portanto, que a diferença existente entre regras e princípios não consiste numa questão relacionada ao grau de concretização da norma, mas numa questão qualitativa vinculada ao modo como ocorrerá essa concretização.

2.4.3. Funções

Em relação às funções dos direitos fundamentais, a doutrina vem defendendo a tese de sua multifuncionalidade, pois de acordo com ela, os direitos fundamentais não se limitam somente à função de direitos de defesa contra os poderes públicos, tampouco podem estar limitados à concepção de direitos subjetivos públicos. Essa tese ganha força a partir da verificação de que os direitos fundamentais possuem, na esfera constitucional, perspectiva jurídico-objetiva e jurídico-subjetiva, desenvolvendo uma gama de funções no sistema jurídico, além de a Constituição de 1988 ter sido influenciada no momento de catalogação dos direitos fundamentais pelas diferentes teorias sobre esses direitos. Cumpre informar que essas duas perspectivas, jurídico-objetiva e jurídico-subjetiva, serão analisadas posteriormente.

Antes disso, tendo como base o aspecto multifuncional dos direitos fundamentais, e a partir dos ensinamentos de Alexy e Canotilho, pode-se identificar, tendo como critério a função exercida por esses direitos, dois grandes grupos que formam essa categoria: a) os direitos fundamentais como direitos de defesa e b) os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). Essa segunda espécie divide-se ainda em duas subespécies: os direitos a prestações em sentido amplo (que abrange os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e os direitos a prestações em sentido estrito.¹⁶⁹

Assim, tem-se o seguinte esquema da divisão dos direitos fundamentais:

A) Direitos fundamentais como direitos de defesa

Enquanto isso, as normas constitucionais com estrutura de regras impõem ao poder estatal uma tarefa de forma determinada, concreta e definitiva. Como exemplo brasileiro, cite-se a criação de um sistema único de saúde (art. 198 CF) e a criação de um regime geral de previdência social (art. 201 da CF). In FRASCATI, Jacqueline Sophie Perioto Guhur. A força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais a prestações: apontamentos para um debate. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 48, n. 1/2 p. 395-447, 2007.

¹⁶⁹SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira, cit., p. 42.

B) Direitos fundamentais como direitos a prestações

B.1) Direitos a prestações em sentido amplo

B1.1) Direitos à proteção

B1.2) Direitos à participação na organização e procedimento

B.2) Direitos a prestações em sentido estrito¹⁷⁰

2.4.3.1. Direito fundamental e *status*

Antes de iniciar uma análise mais específica das funções dos direitos fundamentais, cumpre mencionar classificação de Jellinek sobre os *status* do indivíduo, em virtude de sua relação com as funções desempenhadas pelos direitos integrantes dessa categoria.

Nessa medida, há quatro tipos de *status*: 1) o *status passivo* ou *status subiectionis*, 2) o *status negativo* ou *status libertatis*, 3) o *status positivo* ou *status civitatis* e 4) o *status ativo* ou *status da cidadania ativa*. Deve-se mencionar ainda que *status*, no sentido utilizado por Jellinek, é uma maneira de relação entre o Estado e o cidadão. Assim, o *status* deve ser uma situação e, dessa forma, é distinto de um direito. Isso ocorre porque o *status* possui como essência um “ser” em vez do “ter” jurídico do indivíduo.¹⁷¹

O *status passivo* (*status subiectionis*) trata o indivíduo enquanto submisso ao poder estatal no contexto de suas obrigações individuais. De acordo com esse contexto, existem duas interpretações. A primeira significa que um indivíduo está sujeito a alguma proibição ou dever estatal, ou que poderia existir de forma legítima algum dever ou proibição; em outras palavras, o poder público teria competência para determinar uma proibição ou um dever que pudesse afetar esse indivíduo, o que demonstra que tal indivíduo está numa posição de sujeição ao Estado. Já na segunda interpretação, o *status passivo* compreende a totalidade ou a categoria de deveres e proibições que o ente estatal tem a competência para determinar ao indivíduo.¹⁷²

Perez Luño relembra que superadas as formas estatais absolutistas e totalitárias, que ocorria no *status subiectionis* em que não há liberdades, surge o *status libertatis* (ou negativo) em que se reconhece uma esfera de autonomia, um âmbito de não agressão do

¹⁷⁰Id. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 175.

¹⁷¹ALEXANDRE, Robert. op. cit., p. 255.

¹⁷²Id. Ibid., p. 256.

poder estatal na atividade dos particulares. Tais liberdades, por fazerem referência imediata ao desenvolvimento da personalidade humana, formam o que o autor chama de “núcleo dos direitos pessoais”: direitos que são considerados inerentes a todos os indivíduos e invioláveis, bem como expressam e concretizam os valores da liberdade e da dignidade humana no Estado de Direito.¹⁷³

Sendo assim, o conceito de *status* negativo pode ser identificado como “Ao membro do Estado é concedido um *status*, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o seu *imperium*. Essa é a esfera individual de liberdade, do *status* negativo, do *status libertatis*, na qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo”. Dessa forma, o *status* negativo consiste numa esfera individual de liberdade. Verifica-se, assim, que o *status* negativo compreende, de forma exclusiva, faculdades (liberdades jurídicas que não são protegidas). Além disso, as autoridades estatais estão proibidas de violarem esse *status* e existe ainda a pretensão da pessoa pelo reconhecimento desse *status*.¹⁷⁴

Já o *status* positivo (*civitatis*) é o oposto do *status* negativo. Isso significa que o poder público garante ao indivíduo a capacidade jurídica para que ele se socorra do aparato do Estado e utilize suas instituições, assegurando-lhe, assim, pretensões positivas. Essa noção torna-se mais clara ao conceituar o *status* cívico como compreendendo duas situações: 1) o poder público assegura ao indivíduo pretensões à sua atividade; 2) o Estado institui meios jurídicos para satisfação dessa finalidade. Como o indivíduo possui essa pretensão diante do poder estatal, primeiramente, ele é dotado de direitos a algo em face do poder público, e em segundo lugar, ele possui uma competência em relação à sua satisfação.¹⁷⁵

Nos ensinamentos de Perez Luño, *status civitatis* (ou *status* positivo) supõe faculdades ou pretensões jurídicas dos particulares diante dos poderes públicos. Esses direitos têm essa denominação em virtude de que sua formação clássica coincide com o surgimento do Estado liberal de Direito, sendo garantidos nessa época somente para aqueles que tinham a condição de cidadãos.¹⁷⁶

¹⁷³A título de curiosidade, são exemplos desses direitos reconhecidos no texto constitucional espanhol, a proteção à dignidade da pessoa humana (art. 10.1) e à integridade moral da pessoa (art. 15), direito à honra e à própria imagem (art. 18.1), direito à inviolabilidade das comunicações (art. 18.3) e o direito à nacionalidade (art. 11). PEREZ LUÑO, Antonio E. op. cit., p. 175.

¹⁷⁴ALEXANDER, Robert. op. cit., p. 258-260.

¹⁷⁵ALEXANDER, Robert. op. cit., p. 263-264.

¹⁷⁶PEREZ LUÑO, Antonio E. op. cit., p. 178.

Por fim, para que o indivíduo esteja inserido no *status ativo* (ou da cidadania ativa), devem lhe ser reconhecidas capacidades que estão fora de sua liberdade natural, como, por exemplo, o direito de votar. Além disso, assume relevância o fato de esse *status* ter conexão com as posições integrantes dos outros *status*. Nesse sentido, para Jellinek, o indivíduo integra o *status* ativo quando sua esfera não é limitada por uma obrigação e, de forma oposta, sua capacidade de agir é estendida. Isso não significa que o *status* ativo e o passivo são incompatíveis. Aquela pessoa que está sujeita ao dever de votar tem assegurada a competência ou a capacidade de agir para o poder estatal, além de também ser integrante da organização estatal e agir para o poder público. Todavia, o exercício de uma competência integrante do *status* ativo é uma faculdade do indivíduo. Nessas hipóteses o *status* ativo possui relação com o *status* negativo.¹⁷⁷

Conforme lição de Luño, o *status* ativo corresponde àqueles direitos que permitem ao cidadão participar da formação da vontade do Estado como membro da comunidade política, por meio do exercício de determinadas funções públicas. Trata-se de direitos que têm seu fundamento no princípio da soberania popular, a cujo desenvolvimento e concretização se dirigem. Esse princípio, em um sistema pluralista, se efetiva através de instrumentos de democracia representativa, sem excluir também mecanismos de democracia direta.¹⁷⁸

Feitas essas considerações sobre a classificação elaborada por Jellinek a respeito dos *status* do indivíduo, verificar-se-á que os elementos identificados pelo autor para classificar esse *status* são também utilizados de forma similar na classificação dos direitos fundamentais elegendo-se como critério a função desempenhada por eles. Esse estudo passa a ser realizado no item seguinte.

2.4.3.2. Direitos fundamentais como direitos de defesa

A partir da clássica noção com fundamento liberal-burguês, os direitos fundamentais desempenham, num primeiro instante, a função de direitos de defesa inerentes aos indivíduos contra interferências do poder estatal em sua liberdade pessoal e propriedade. Nessa medida, esses direitos de defesa têm como finalidade impor limites ao

¹⁷⁷ALEX Y, Robert. op. cit., p. 269.

¹⁷⁸Entre os direitos políticos que atuam como articulador da democracia representativa, a Constituição espanhola reconhece o direito à participação política através de partidos políticos (art. 6º) e o direito de sufrágio ativo e passivo (art. 23). PEREZ LUÑO, Antonio E. op. cit., p. 181.

poder do Estado, garantindo ao indivíduo uma parcela de liberdade e proporcionando-lhe um direito subjetivo que possa impedir ingerências abusivas na esfera de proteção do direito fundamental ou, inclusive, extinguir violações que estejam invadindo o âmbito de autonomia pessoal.¹⁷⁹

De acordo com os apontamentos acima, nota-se que os direitos fundamentais de defesa destinam-se ao poder estatal com a finalidade de que ele não interfira, mas também respeite certos bens e interesses inerentes à pessoa humana. Logo, o Estado deve deixar de intervir na liberdade pessoal em algumas circunstâncias e sob algumas condições.

Sendo assim, os direitos fundamentais exercem o papel de direitos de defesa dos indivíduos sob dois ângulos: a) na esfera jurídico-objetiva, compreendem normas de competência negativa para o poder estatal, vedando de forma precípua a interferência dele no âmbito jurídico individual; b) na esfera jurídico-subjetiva, possibilitam ao indivíduo praticar positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e pleitear abstenções do Estado, de maneira a impedir ofensas por parte dele mesmo (liberdade negativa).^{180 181}

Nessa medida, conforme ensina Courtis ao fazer referência aos direitos fundamentais como direitos de defesa, tais direitos necessitam de uma restrição da atividade do poder estatal para que ele não intervenha na liberdade dos particulares, mas também deve haver uma grande atividade do Estado para que os particulares não interfiram na liberdade uns dos outros e para que haja o restabelecimento dessa liberdade caso ela seja violada ou prejudicada. Para tanto, o Estado deve organizar e estruturar órgãos que exercem a função de polícia, segurança e justiça e, conseqüentemente, a realização dessas atividades implicam a execução de obrigações positivas que, para serem efetivadas, reclamam o uso de recursos econômicos do poder estatal e não uma simples abstenção. Como exemplo, cite-se a grande quantidade de recursos que o Estado gasta para assegurar o direito de propriedade por meio da estruturação de serviços públicos, como a atividade

¹⁷⁹SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira, cit., p. 29-74.

¹⁸⁰A categoria jurídico-dogmática formada pelas liberdades constitui outra posição jurídica fundamental. Esse grupo geralmente esteve associado aos direitos de defesa diante do poder estatal, mas seu conceito ainda é um pouco difícil de ser delineado.

Um primeiro significado que pode ser dado à liberdade está relacionado à liberdade pessoal. Assim, essa liberdade está ligada ao direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ao direito de não sofrer qualquer restrição de espaço que limite a movimentação do indivíduo.

Enquanto isso, ao falar-se de “liberdades” (no presente caso, liberdade de informação, liberdade de associação, liberdade de expressão, liberdade de religião, liberdade de culto, liberdade de consciência) configuram-se “posições fundamentais subjetivas” de cunho defensivo. Nessa linha, as liberdades correspondem a direitos a ações negativas. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, cit., p. 538.

¹⁸¹Id. Ibid., p. 541.

de justiça civil e penal, a função de polícia, os registros de propriedade imobiliária, serviços de cadastro, entre outros.¹⁸²

Sucintamente, verifica-se que a estrutura desses direitos caracteriza-se por um conjunto de obrigações estatais positivas e negativas: obrigação de não atuar em determinadas esferas e realizar uma série de atividades, com o intuito de garantir ao indivíduo o livre exercício de sua autonomia e impedir a ingerência de outros particulares.^{183 184}

Para Sarlet, os direitos fundamentais como direitos de defesa são caracterizados como direitos negativos, com a finalidade primordial de impedir atitudes de seu destinatário, que pode ser o Estado ou o particular – no instante em que se possa admitir uma eficácia privada dos direitos fundamentais. Nessa medida, esses direitos incluem os direitos de liberdade, a igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade configurando os chamados “direitos fundamentais de primeira dimensão”. Dentro dessa categoria podem ser incluídos, portanto, todos os direitos fundamentais que, primeiramente, têm como objetivo assegurar a proteção de determinadas posições jurídicas contra intervenções impróprias, garantindo, ademais, a livre manifestação da personalidade (compreendida em todas as suas esferas) e também, assegurando um âmbito de autonomia individual. De acordo com a classificação de Jelinek exposta anteriormente, esses direitos são enquadrados na categoria “status negativus e/ou libertatis”, incluindo também garantias fundamentais, direitos políticos, proteção da intimidade e vida privada, parte dos direitos sociais e alguns direitos contrários à manipulação genética, a liberdade de informática e o direito à autodeterminação informativa.¹⁸⁵

No caso específico dos direitos políticos, cumpre mencionar que eles também são classificados como direitos de participação. Excetuado aspecto prestacional que esses direitos podem ter, nota-se que grande parte deles desempenha função típica de direitos de

¹⁸²COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos. In: *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Editores del Porto. 2003. p. 200-201.

¹⁸³Id., loc. cit.

¹⁸⁴Jorge Miranda ao utilizar o critério estrutural para diferenciar os direitos, liberdades e garantias dos direitos sociais, ensina que na primeira categoria os direitos são compreendidos como expressão jurídica e constitucional das relações entre os indivíduos e os órgãos públicos, incluindo também as incidências em relação às entidades privadas. Existem, nesse caso, regimes jurídicos diferentes para cada uma dessas categorias. Como exemplos no ordenamento jurídico português, constituem direitos, liberdades e garantias previstos constitucionalmente o direito de acesso aos tribunais (art. 20º, nº 1), o direito à vida (art. 24º), as garantias de processo criminal (art. 32º), o direito à liberdade religiosa (art. 41º), a liberdade sindical (art. 55º), o direito à greve (art. 57º), entre outros. MIRANDA, Jorge. op. cit., t. 4, p. 94.

¹⁸⁵SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira, cit., p. 44.

defesa, podendo ser incluídos nessa categoria. Assim, deve-se abordar de forma conjunta todos os direitos fundamentais previstos nos Capítulos III, IV e V, do Título II da Constituição da República que podem ser reunidos dentro da categoria chamada “direitos da cidadania”. Essa classificação ocorre em virtude das semelhanças existentes entre os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13 da CF), os direitos políticos (arts. 14 a 16 da CF) e os dispositivos relativos a partidos políticos (art. 17 da CF). Dessa maneira, os direitos de cidadania possuem como titular uma coletividade específica de pessoas, integrada pelos nacionais e cidadãos.¹⁸⁶

Verifica-se, portanto, que o *status activus* de Jellinek permite – para efeitos de uma classificação sob o prisma funcional – ser absorvido pelo *status negativus* e/ou *libertatis* e também pelo *status positivus*, salientando que a escolha de incluir tais direitos na categoria de direitos de defesa ocorre em virtude de ser essa função que predomina no caso.¹⁸⁷

Pelos fundamentos expostos, a liberdade sindical prevista no artigo 8º da Constituição da República de 1988 pode ser perfeitamente classificada, quanto ao critério das funções dos direitos fundamentais, como direito de defesa, na medida em que veda a atuação do poder estatal para conceder autorização à fundação de entidades sindicais e proíbe também a interferência tanto de particulares ou do Estado para obrigar a pessoa a sindicalizar-se ou a manter-se sindicalizada. Além disso, o poder estatal deve ter estrutura apta a garantir que a liberdade sindical não seja violada, como são exemplos, no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção contra atos antissindicais prevista no artigo 199 do Código Penal, e a própria previsão da estabilidade do dirigente sindical assegurada no artigo 8º, inciso VIII do texto constitucional, que devem ser protegidos pela atuação do Poder Judiciário.

2.4.3.3. Direitos fundamentais como direitos a prestações

Enquanto isso, os direitos a prestações necessitam não de uma omissão estatal, mas de ação por parte do poder público na medida em que o Estado é obrigado a garantir às pessoas prestações de natureza jurídica e material (fática).

Sendo assim, esses direitos integram a categoria dos chamados direitos de segunda dimensão equivalentes ao período do desenvolvimento do Estado de Direito, a partir de

¹⁸⁶Id. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 183.

¹⁸⁷Id. *Ibid.*, p. 187.

uma concepção liberal-burguesa, e o surgimento do Estado democrático e social de Direito, que teve seus contornos mais evidentes após a II Guerra Mundial. Nesse contexto, verifica-se que o Estado assume posição de destaque e é essencial para o desenvolvimento dessa categoria de direitos. Essa espécie de Estado, que atingiu seu apogeu com o chamado Estado do Bem Estar Social, será melhor analisada em item específico do capítulo 2 desse trabalho.

O grupo de direitos que desempenham essa função prestacional é integrado pelos direitos econômicos, sociais e culturais, além dos direitos coletivos ou de coletividades, oriundos das diferentes modalidades de Estado social. Esses direitos surgiram vinculados ao princípio da igualdade e dele não podem ser divorciados, sob risco de perderem seu sentido.¹⁸⁸

Na Constituição Federal de 1988, os direitos a prestações estão previstos principalmente no capítulo dos direitos sociais. Mesmo assim, pode-se notar que em outros capítulos do documento constitucional também são encontrados direitos a prestações. Como exemplo, cite-se o artigo 17 § 3º da CF (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), o artigo 5º, incisos XXXV (acesso à Justiça) e LXXIV (assistência jurídica integral e gratuita). Verifica-se, assim, que entre os direitos individuais e direitos políticos, segundo classificação adotada pela Constituição, também são encontrados direitos que desempenham papel prestacional.

Nota-se que o aspecto mais eminente desse grupo de direitos é a existência de obrigações de fazer e é em virtude disso que alguns estudiosos denominam esses direitos como “direitos prestacionais”. No entanto, ao observar-se a estrutura desses direitos, verifica-se também a existência simultânea de obrigações de não fazer – por exemplo, o direito à saúde compreende a obrigação estatal de não efetuar nenhum dano à saúde das pessoas. Em síntese, os direitos econômicos, sociais e culturais também podem ser caracterizados como um conjunto de obrigações estatais positivas e negativas, apesar de que, nesse caso, a obrigação positiva adquire uma importância simbólica mais expressiva para finalidade de identificação.¹⁸⁹

No presente estudo, o direito a prestações deve ser entendido de forma ampla. Assim, todo direito a uma ação positiva estatal constitui um direito a uma prestação. Logo, a definição de direito a prestações compreende pontualmente o contrário da definição de

¹⁸⁸BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 563-564.

¹⁸⁹COURTIS, Christian. op. cit., p. 200-201.

direito de defesa, ao qual pertencem todos os direitos a uma ação negativa por parte do Estado. O rol de ações positivas do Estado que podem ter como conteúdo um direito prestacional vai desde a proteção de um indivíduo contra outro por intermédio de normas de direito penal, inclui a elaboração de normas de caráter organizacional e procedimental e atinge prestações de entrega de dinheiro e outros bens. Nesse contexto, existem duas razões para ampliar o conceito de direito a prestações para que ele não fique restrito somente a prestações fáticas, mas também inclua prestações normativas, como, por exemplo, proteção por normas de direito penal ou a elaboração de normas de organização e procedimento.¹⁹⁰

A primeira razão compreende o fato de que no caso dos direitos fundamentais sociais, entendidos como direitos prestacionais por excelência, existem posições que correspondem a prestações fáticas de um lado, e de outro, a prestações normativas. Essa situação fica clara no caso do direito ao meio ambiente que, quando não classificado como um direito fundamental social, é classificado como algo próximo a isso. Esse direito é integrado por várias posições diferentes. Dessa forma, quando se cria um direito fundamental ao meio ambiente, está incluído nessas posições o direito a que o Estado não tenha certas condutas de interferência no meio ambiente (direito de defesa), direito a que o poder público assegure ao titular do direito fundamental proteção contra interferências de terceiros que por ventura prejudique o meio ambiente (direito à proteção), um direito a que o poder estatal integre o titular do direito fundamental nos procedimentos importantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o poder estatal implemente medidas fáticas que protejam e melhore o meio ambiente (direito à prestação fática).¹⁹¹

A segunda razão é o fato de que os direitos a ações positivas possuem algumas dificuldades que os direitos a ações negativas não possuem, ou pelo menos não com o mesmo grau. Isso porque os direitos a ações negativas estabelecem alguns limites ao poder estatal no desenvolvimento de suas finalidades. No entanto, eles não mencionam quais finalidades devem ser atingidas. Enquanto isso, os direitos a ações positivas do poder público estabelecem ao Estado, de alguma forma, objetivos que devem ser realizados. Em virtude disso, todos os direitos a ações positivas do poder público apresentam o problema de identificar-se se e de que forma a busca pelos objetivos do Estado deve ou pode estar ligada a direitos constitucionais subjetivos dos indivíduos. Diante de uma Constituição que

¹⁹⁰ALEXANDER, Robert. op. cit., p. 443.

¹⁹¹ALEXANDER, Robert. op. cit., p. 443.

coloca os direitos constitucionalmente assegurados sob um controle judicial de constitucionalidade, tal problema reside na divisão de competências entre o legislador e o tribunal constitucional. O fato de esse problema englobar todos os direitos a ações positivas do Estado é fundamental para reunir todos eles na categoria “direitos a prestações”. Nessa medida, os direitos a prestações fáticas, ou seja, em que as prestações também poderiam ser efetivadas por entes privados, constituem, assim, uma parcela dos direitos a prestações. Em virtude disso, utilizar-se-á as expressões “direitos a prestações em sentido estrito” e “direitos a prestações em sentido amplo”.¹⁹²

Partindo para uma classificação dos direitos prestacionais, ressalte-se que esses direitos compõem uma gama heterogênea de “posições jurídicas” que se modifica dependendo de para quem se destina, de seu objeto e sua estrutura “jurídico-positiva”, o que acarretará efeitos em sua eficácia e efetivação. Dessa maneira, tendo o objeto desses direitos como primeiro critério classificatório, há, como já mencionado, os direitos a prestações materiais ou fáticas e os direitos a prestações normativas ou jurídicas.¹⁹³

Utilizando outro critério classificatório, pode-se dividir os direitos prestacionais em direitos derivados e direitos originários a prestações, frisando-se que tal classificação abrange os direitos a prestações em sentido amplo e restrito. Nesse sentido, no grupo dos direitos derivados a prestações, conforme entendimento de Gomes Canotilho, encontra-se o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelo Estado, além do direito de igual participação nas prestações que tais instituições proporcionam à sociedade. Enquanto isso, os direitos originários a prestações são aqueles que asseguram aos indivíduos o fornecimento de prestações do poder público, mesmo que inexistam uma estrutura estatal prévia que ofereça estes bens ou serviços. Nessa linha, trata-se de direitos que “podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram”.¹⁹⁴

Cumpra-se a partir de agora realizar uma análise mais minuciosa das funções específicas dos direitos prestacionais.

¹⁹²Id. Ibid., p. 444.

¹⁹³SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira, cit., p. 29-74.

¹⁹⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, cit., p. 541-544.

2.4.3.3.1. Direitos a prestações em sentido amplo

2.4.3.3.1.1. Direitos à proteção

Os direitos à proteção são definidos como posições jurídicas fundamentais que permitem ao indivíduo reivindicar do Estado proteção contra intervenção de terceiros em certos bens pessoais.¹⁹⁵

Nessa medida, os direitos à proteção compreendem direitos fundamentais que têm o Estado como destinatário para proteger os titulares desses direitos contra interferência de terceiros. Esses direitos podem ter objetos distintos que vão desde a proteção contra homicídios por meio das medidas tradicionais, até a proteção contra os riscos gerados pelo uso pacífico da energia nuclear. Nesse contexto, não é somente a vida ou a saúde que são dignas de serem protegidas, mas tudo o que pode ser preservado a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais, por exemplo: a liberdade, a dignidade, a propriedade e a família. As formas de proteção desses direitos são diversas também. Elas incluem, por exemplo, a proteção por intermédio de normas de direito penal, normas de responsabilidade civil, normas de direito processual, normas de direito administrativo e também por meio de ações reais (fáticas). O ponto em comum dessa amplitude de direitos à proteção é que todos constituem direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas diante do poder estatal, que possuem como conteúdo delimitar o âmbito dos sujeitos de direito pertencentes à mesma hierarquia, como também exigir e satisfazer essa delimitação.¹⁹⁶

Assim, a liberdade sindical, por comportar várias dimensões como será estudado no capítulo 3 do trabalho, pode ser classificada, quanto a seu critério funcional, também como direito à proteção, pois o indivíduo pode exigir do Estado proteção contra a atuação de terceiros que viole essa liberdade, como, por exemplo, a conduta do empregador que dispense dirigente sindical sem justa causa, ou a ação de empresa que obrigue seus empregados a se desassociarem dos sindicatos a que estejam filiados.

Verifica-se, portanto, que a liberdade sindical é classificada como direito à proteção e também como direito de defesa. Essa dupla classificação ocorre, pois se trata de um direito que possui natureza de direito social e também de direito civil. Tal característica

¹⁹⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 201.

¹⁹⁶ALEX, Robert. op. cit., p. 450-451.

fica evidente ao identificar-se que tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 22) como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 8º) consagram em seus textos a proteção da liberdade sindical.

2.4.3.3.1.2 Direitos à participação na organização e procedimento

O enquadramento dos direitos fundamentais na categoria organizatória e procedimental não é tarefa fácil e digna de um consenso. No entanto, necessário se faz demonstrar essa classificação no âmbito dos direitos fundamentais.

Direitos à organização e procedimento abrangem um leque de direitos bastante extensos. Essa categoria inclui desde direitos a uma proteção jurídica efetiva que pode ser denominada como “direitos a procedimentos”, até aqueles direitos a providências do Estado de ordem organizacional, importantes para a composição de órgãos colegiados nas universidades. Agrupar elementos como esses tão diferentes entre si somente encontra justificativa caso sejam identificadas algumas semelhanças entre eles. Nesse sentido, o ponto em comum de todos esses direitos é a noção de procedimento. Assim, procedimento é um conjunto de regras e/ou princípios destinados à busca de uma determinada finalidade. Logo, as normas de organização e procedimento devem ser elaboradas de maneira que o resultado, com as devidas proporções de probabilidade e medida, esteja de acordo com os direitos fundamentais. Deve-se mencionar que a noção de procedimento compreende uma razão plausível para agrupar num mesmo conceito fenômenos tão distintos existentes na esfera da organização e procedimento.¹⁹⁷

Quanto ao objeto dos direitos de participação na organização e procedimento, eles podem ser analisados como direitos à emissão de determinadas normas procedimentais, bem como direitos a certa interpretação e aplicação das normas sobre procedimento, ressaltando, de outro lado, que na esfera dos direitos a prestações, na hipótese de tratar-se de direitos a prestações normativas, a categoria que possui o legislador como destinatário adquire importância.¹⁹⁸

Dessa forma, assumindo a tarefa de traçar os limites de seu objeto, deve-se distinguir a possibilidade de participação (tomar parte em) na organização e no procedimento (ou direitos à criação de sistemas organizacionais) e a elaboração de normas

¹⁹⁷ALEXY, Robert. op. cit., p. 473-474.

¹⁹⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 204.

procedimentais, salientando a dimensão prestacional característica da segunda categoria. Assim, dentro da expressão “direitos de participação na organização e procedimento” estão incluídos os dois grupos. Em virtude disso, autores como R. Alexy preferem aplicar a terminologia direitos à organização e ao procedimento, ressaltando a dimensão prestacional desses direitos.¹⁹⁹

Resumindo, os direitos de participação na organização e procedimento têm o foco voltado para a possibilidade de reivindicar do poder estatal (o legislador de maneira especial) a criação de atos administrativos e legislativos com a finalidade de implementar procedimentos e criar órgãos, ou até criar medidas que possibilitem às pessoas participar de forma concreta na organização e no procedimento.²⁰⁰

Em relação a essa categoria, conforme o objeto desses direitos, pode-se dividi-los em quatro espécies, de acordo com classificação elaborada por Alexy²⁰¹: a) competências de direito privado, b) procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito), c) organização em sentido estrito e d) formação da vontade estatal.

Nesse sentido, direitos a competências de direito privado constituem direitos em face do Estado para que ele elabore normas constitutivas para condutas de direito privado e, assim, constitutivas para fundamentar, alterar e extinguir posições jurídicas de direito privado. Como exemplo desse conjunto de normas que estão dentro dessa categoria e que devem ser estudadas no plano de sua efetivação e da proteção de direitos fundamentais, são as normas de direito contratual, de propriedade, matrimonial, de sucessão e de associação.²⁰²

Já os direitos a procedimentos judiciais e administrativos constituem direitos a uma “proteção jurídica efetiva”. Tem-se como condição dessa proteção jurídica efetiva a necessidade de o resultado do procedimento proteger os direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos. Nessa linha, como exemplo do que ocorre na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal delimita a missão do direito procedimental da seguinte forma: “O direito procedimental serve à produção de decisões que sejam conforme à lei e, por esse ponto de vista, corretas, mas, para além disso, de decisões que, no âmbito dessa correção, sejam justas”. Isso demonstra que na esfera do

¹⁹⁹Id. Ibid., p. 205.

²⁰⁰Id. Ibid., p. 206.

²⁰¹ALEXY, Robert. op. cit., p. 484.

²⁰²ALEXY, Robert. op. cit., p. 484.

procedimento, há duas dimensões que estão ligadas entre si: a dimensão procedimental e a material.²⁰³

Quanto às normas de organização em sentido estrito, deve-se distinguir dois sub-grupos: as de organização como o produto da atividade legislativa, cuja expressão ocorre por intermédio de normas organizacionais, e as de organização como uma unidade jurídica. Nesse aspecto, o que se analisa são os direitos individuais, destinados ao legislador, ao fato de existirem normas de organização. Tais direitos devem ser diferenciados, primeiro, dos direitos das organizações diante do legislador, e segundo, dos direitos das pessoas diante das organizações. Os direitos individuais à organização em sentido estrito, destinados ao legislador, constituem direitos das pessoas à criação de normas de organização pelo legislador que estejam de acordo com os direitos fundamentais. Nessa medida, uma organização legislativa em consonância com os direitos fundamentais pode ser garantida por direitos subjetivos, bem como por deveres e proibições simplesmente objetivos.²⁰⁴

Por fim, o último grupo é integrado por direitos em face do poder estatal para que ele, através de leis ordinárias, elabore procedimentos que permitam uma participação na criação da vontade do Estado.²⁰⁵

Para facilitar a compreensão, convém elaborar o seguinte esquema sobre as espécies de direitos à participação na organização e procedimento quanto a seu objeto:

- a) competências de direito privado;
- b) procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito);
- c) organização em sentido estrito:
 - c.1) organização como produto da atividade legislativa
 - c.2) organização como unidade jurídica
- d) formação da vontade estatal;

²⁰³Id. Ibid., p. 488.

²⁰⁴Id., Ibid., p. 491.

²⁰⁵Id. Ibid., p. 498.

2.4.3.3.2. Direitos a prestações em sentido estrito (direitos fundamentais sociais de natureza prestacional)

Apenas para evitarem-se confusões, cumpre deixar claro que os direitos sociais abrangem tanto os direitos a prestações (positivos) como os direitos de defesa (direitos de defesa ou a ações negativas), tendo-se como critério a natureza da posição jurídico-subjetiva atribuída ao titular do direito, como também o fato de que os direitos negativos (principalmente os direitos que vedam a interferência na liberdade pessoal e nos bens protegidos pela Constituição) apresentam uma esfera “positiva” (pois sua efetivação necessita de uma atuação positiva do Poder Público e da sociedade), enquanto que os direitos a prestações (positivos) fundamentam posições subjetivas “negativas”, principalmente quando se trata de sua tutela contra interferências inapropriadas dos entes estatais, particulares ou entidades sociais. Com amparo no que até agora foi demonstrado, considera-se, então, que os direitos a prestações em sentido estrito são os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional.

Além disso, conforme o constitucionalismo nacional, desde 1934 estão incluídas dentro da categoria direitos fundamentais sociais as posições jurídicas inerentes ao direito do trabalho, pois nessa seara o conflito entre a liberdade e a igualdade formal e real apresenta-se de maneira notória.²⁰⁶

Alguns doutrinadores entendem os direitos fundamentais sociais como direitos a prestações por parte do poder público, existindo ainda aqueles que classificam esses direitos como liberdades públicas, denominando os direitos sociais como liberdade positiva do indivíduo de reivindicar certas prestações do poder estatal.²⁰⁷

Vieira de Andrade define os direitos a prestações como sendo aqueles que estabelecem ao Estado o dever de agir, por meio de proteção dos bens jurídicos assegurados pelos direitos fundamentais em face do comportamento de terceiros, ou por meio da promoção ou garantia de condições materiais ou jurídicas de fruição efetiva dos bens jurídicos fundamentais protegidos.²⁰⁸

Nesse contexto, de acordo com lições de Sarlet os direitos prestacionais sociais são compreendidos como uma esfera determinada dos direitos fundamentais, de modo que

²⁰⁶SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 209.

²⁰⁷Nesse sentido, VIDAL NETO, Pedro. *Estado de Direito: direitos individuais e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1979. p. 121-155.

²⁰⁸ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 179.

objetivam proporcionar subsídios fáticos aos indivíduos necessários ao gozo efetivo das liberdades, tendo como finalidade (na função de direitos prestacionais) assegurar uma liberdade e igualdade real, que somente será atingida pela eliminação das desigualdades sociais. Nessa linha, nota-se que vários desses direitos fundamentais sociais não possuem a função principal de direitos prestacionais, podendo, assim, ser incluídos na categoria de direitos de defesa, citando-se, como exemplo, o direito de greve (art. 9º, CF) e a liberdade de associação sindical (art. 8º CF).²⁰⁹

Os direitos sociais a prestações (direitos com dimensão positiva) excluem os direitos a prestações em sentido amplo (os que têm um “status positivus libertatis”), e integram, dessa maneira, a categoria dos direitos a prestações em sentido estrito, configurando o grupo denominado como “status positivus socialis”. Tal grupo reúne elementos necessários à concretização da justiça social, pois se encontram ligados a uma obrigação da coletividade para o desenvolvimento integral da pessoa humana. Assim, “percebe-se, desde logo, que os direitos sociais prestacionais (positivos) constituem expressão direta do Estado Social e, portanto, produto, complemento e limite do Estado liberal de Direito e dos direitos de defesa, especialmente dos clássicos direitos de liberdade de matriz liberal-burguesa”. Sendo assim, encontra-se explicada a escolha por retirar da esfera dos direitos sociais a prestações (entendidos agora como direitos prestacionais em sentido estrito) os direitos a prestações em sentido amplo, que, embora possuam um cunho positivo, estão relacionados precipuamente às funções clássicas do Estado de Direito.²¹⁰

Sucintamente, tem-se que os direitos prestacionais sociais, portanto, possuem como finalidade primordial conduta positiva por parte do poder público (ou particulares que sejam destinatários da norma) a uma prestação de natureza fática. Ao contrário dos direitos de defesa que possuem o papel preponderante de limitar a ação do Estado, os direitos prestacionais sociais requerem uma ampla atuação estatal tanto na esfera econômica como social. Esses direitos ainda necessitam da criação ou que seja proporcionada a prestação que integra seu objeto.

Na mesma linha, Alexy define direito à prestação em sentido estrito como direitos da pessoa diante do poder estatal a alguma coisa que ela, caso possuísse recursos financeiros suficientes e caso existisse uma oferta suficiente no mercado, poderia conseguir dos particulares. Assim, ao fazer-se referência a direitos fundamentais sociais, cujo

²⁰⁹SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira, cit., p. 47.

²¹⁰Id. Ibid., p. 48.

sinônimo são os direitos à prestação em sentido estrito, tem-se, como exemplo, os direitos ao trabalho, à assistência à saúde, à educação e à moradia.²¹¹

Pelo exposto, adotando-se como critério a função exercida pelo direito fundamental à assistência jurídica, verifica-se que ele desempenha precipuamente papel prestacional de natureza social na medida em que seu objeto principal é a prestação da assistência jurídica integral e gratuita que, de acordo com a redação do artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição da República, necessita da atuação do poder estatal para estruturar um serviço público que ofereça essa prestação.

Nesse passo, o direito à assistência jurídica é classificado como um direito a prestação em sentido estrito, proporcionando aos cidadãos desprovidos de recursos econômicos, primeiramente, o conhecimento de seus direitos por meio da orientação jurídica, e em segundo lugar, igualdade de armas perante a outra parte no trâmite de uma demanda judicial. Por meio da garantia à assistência jurídica assegura-se a efetivação, dentre outros direitos, dos direitos trabalhistas e daqueles que lhes são conexos, protegendo, conseqüentemente, a liberdade individual e contribuindo com a eliminação de desigualdades sociais.

Não há como defender-se, assim, a concretização de qualquer direito fundamental sem antes garantir que as pessoas tenham condições reais de lutarem por seus direitos. Para que todos possam ter a oportunidade de defender seus direitos, é necessário, primeiro, que tenham acesso à assistência jurídica. Portanto, identifica-se nitidamente o caráter instrumental do direito à assistência jurídica, pois a garantia e a defesa dos demais direitos fundamentais dos cidadãos apenas poderá ser desempenhada de forma integral caso a prestação da assistência jurídica seja assegurada e proporcionada a todos aqueles que necessitem dela.

2.4.4. Dimensão subjetiva e dimensão objetiva dos direitos fundamentais

2.4.4.1. Fundamentação objetiva

De acordo com as lições de Canotilho, a fundamentação objetiva de uma norma que reconhece um direito fundamental ocorre levando-se em consideração sua importância para

²¹¹ALEXANDER, Robert. op. cit., p. 499.

a coletividade, para o interesse público, para a vida em comum. É a fundamentação objetiva que se intenta ressaltar ao atribuir-se à liberdade de expressão, por exemplo, uma função objetiva, uma dimensão objetiva para a coletividade.²¹²

Dessa maneira, essa dimensão dos direitos fundamentais permite que eles sejam compreendidos não somente como um grupo de posições jurídicas atribuídas a seus titulares, mas também como um complexo de regras que determinam comportamentos associados à garantia e observância dessas posições jurídicas. Assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais implica o estabelecimento de regras de imposição de deveres, geralmente conferidas ao Estado, voltadas à promoção e desenvolvimento dos direitos individuais.

Nesse sentido, Perez Luño ressalta que o significado objetivo dos direitos fundamentais corresponde ao produto do acordo entre as diferentes forças sociais, resultante das relações de tensão e dos consequentes esforços de cooperação frutos de metas comuns. Dessa maneira, os direitos fundamentais correspondem a um importante instrumento legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito, pois compreendem os pressupostos de um consenso sobre o qual deve estar edificada qualquer sociedade democrática. Sendo assim, sua função é de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo de uma ordem jurídica democrática em que a maioria dos indivíduos cederam seu consentimento e condicionam seu dever de obediência ao Direito. Além disso, os direitos fundamentais deixaram de ser simples limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para transformar-se em conjunto de valores que direcionam a ação positiva do poder estatal.²¹³

Deve-se mencionar ainda que com a chegada dos direitos fundamentais de segunda dimensão, como assevera Paulo Bonavides, a doutrina publicista alemã, depois de Schmitt, revelou a dimensão objetiva, assegurando valores e princípios que protegem as instituições. Nessa linha, os direitos sociais fizeram com que surgisse a consciência da necessidade de se proteger a instituição que consiste numa realidade social mais propícia à participação criativa e à valorização da personalidade do que configurava a concepção individualista da pessoa humana, amparada pela concepção liberal. Dessa forma, revelava-

²¹²CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, cit., p. 535.

²¹³PEREZ LUÑO, Antonio E. op. cit., p. 21.

se um novo conteúdo dos direitos fundamentais, que ficou conhecido como garantias institucionais.²¹⁴

As garantias institucionais (Einrichtungsgarantien), segundo Canotilho, são integradas pelas garantias jurídico-públicas e as garantias jurídico-privadas. Deve-se ressaltar que, apesar de, geralmente, elas serem reconhecidas e asseguradas pela Constituição, não compreendem verdadeiros direitos conferidos ao indivíduo diretamente; nessa medida, as instituições possuem um sujeito e um objeto distinto dos direitos dos cidadãos. Nessa linha, a família, a maternidade, a administração autônoma, a imprensa livre são instituições asseguradas diretamente enquanto realidades sociais objetivas e apenas de forma indireta constituem proteção dos direitos individuais.²¹⁵

Ao fazer referência a essa dimensão dos direitos fundamentais e das garantias institucionais, Vieira de Andrade afirma que o texto constitucional abriga regras ou determina deveres aos órgãos públicos com a finalidade primordial de assegurar, concretizar e promover a dignidade da pessoa humana com amparo em posições subjetivas, mas ao mesmo tempo, não atribui aos cidadãos situações de poder ou de possibilidade com esse fim específico. Tais “deveres sem direitos” compreendem uma esfera de proteção das posições subjetivas em que as consequências jurídicas dirigem-se diretamente às normas, no sentido de que não é possível, geralmente, tornarem-se subjetiváveis individualmente, constituindo, assim, entidades dotadas de aspecto objetivo e instrumental.²¹⁶

Assim, a Constituição consagra e assegura essas figuras normativas de direito ordinário, elevando-os ao plano constitucional. Portanto, compreende-se que as garantias institucionais estão relacionadas a complexo jurídico-normativo no seu conteúdo, mas não à sua realidade social, de maneira que é em virtude disso que vinculam o legislador.²¹⁷

2.4.4.2. Fundamentação subjetiva

Fala-se em fundamentação subjetiva quando existe associação ao significado ou importância da norma que reconhece um direito fundamental para a pessoa, para a sua situação de vida, para seus interesses, para a sua liberdade.²¹⁸

²¹⁴BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 565.

²¹⁵CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 363.

²¹⁶ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 143.

²¹⁷Id. Ibid., p. 144.

²¹⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, cit., p. 535.

Nessa medida, os direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva estabelecem o estatuto jurídico dos cidadãos, que é o mesmo em suas relações com o Estado e nas relações entre si. Esses direitos têm a finalidade de tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa diante do poder estatal e também diante dos demais integrantes da sociedade. Cumpre mencionar que, de início, esses direitos foram concebidos como instrumentos de defesa dos indivíduos frente ao poder do Estado e, nesse período, não havia razão para que eles fossem aplicados nas relações entre particulares. Essa ideia, no entanto, se baseava numa concepção puramente formal de igualdade entre os integrantes da sociedade. Em contrapartida, é evidente que na sociedade neocapitalista em que vivemos essa igualdade formal não corresponde a uma igualdade material e verifica-se que, em muitas ocasiões, existem centros de poder no âmbito privado tão importantes quanto o poder público. Daí porque a transformação do Estado Liberal para o Estado Social de Direito implica, como consequência, a extensão e a incidência dos direitos fundamentais a todos os ramos do ordenamento jurídico e, portanto, tais direitos são aplicáveis nas relações entre particulares. Ressalte-se ainda que essa extensão da eficácia dos direitos fundamentais à esfera privada também é necessária para a atuação dos poderes públicos destinada a promover condições para que a liberdade e a igualdade dos indivíduos e dos grupos sejam reais e efetivas e para remover os obstáculos que impeçam sua plenitude.²¹⁹

Em síntese, no plano do constitucionalismo, os direitos fundamentais são dotados de dupla função: na esfera subjetiva, atuam como garantia da liberdade individual, só que esta função clássica corresponde hoje à defesa dos aspectos sociais e coletivos de subjetividade; na esfera objetiva, possuem uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve estar voltado para a realização dos fins e valores assegurados constitucionalmente.²²⁰

Sendo assim, o direito à assistência jurídica, em sua dimensão subjetiva, garante que o indivíduo possa lutar pela efetivação de seus direitos que serão, estão sendo ou que foram violados com igualdade de armas em face do Estado ou de particulares. Em sua dimensão objetiva, é evidente que a concretização desse direito assegura a realização dos valores abrigados pelo texto constitucional, citando-se, por exemplo, o objetivo, previsto no artigo 3º, inciso I da Constituição da República, de construção de uma sociedade livre e

²¹⁹PEREZ LUÑO, Antonio E. op. cit., p. 23.

²²⁰Id. Ibid., p. 25.

justa. Impossível admitir a construção de uma sociedade livre e justa em que seus integrantes podem acionar o Judiciário desprovidos do acompanhamento de um advogado.

A liberdade sindical, enquanto isso, em sua dimensão subjetiva, assegura, por exemplo, que o indivíduo possa organizar-se coletivamente para lutar por melhores condições de trabalho, situação que provavelmente não aconteceria com a mesma eficiência caso lutasse sozinho. Consequentemente, ele consegue proteger sua própria liberdade individual que estaria ameaçada caso não pudesse organizar-se de forma coletiva. Em sua dimensão objetiva, pode-se afirmar que o exercício integral da liberdade sindical contribui para a garantia de todos os direitos trabalhistas e os que lhes são conexos, protegendo, assim, os valores sociais do trabalho que constituem um dos fundamentos constitucionais da República brasileira.

2.4.4.2.1. Os direitos fundamentais sociais como posições jurídicas subjetivas

Há algum tempo a teoria do direito dos países ocidentais está amparada sobre a categoria de direito subjetivo. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, deve-se mencionar que o art. 75 do Código Civil de 1916 enunciava o seguinte: A cada direito corresponde uma ação, que o assegura. Segundo essa concepção, o direito subjetivo é o direito de ação. Entretanto, o novo Código Civil promulgado em 2002 não abriga mais esse dispositivo, mas o substitui pelo art. 189: Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206.

Todavia, cumpre destacar que há algumas décadas surgiu uma categoria de direitos que vem sendo ampliada e que parece não ser dotada de tutela jurisdicional. Esse grupo constitui os direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, quais seriam as ações aptas a garantir e viabilizar esses direitos? A quem corresponde o dever reflexo respectivo desses direitos?²²¹

Os direitos fundamentais sociais estabelecidos na Constituição têm natureza distinta dos antigos direitos subjetivos. Essa distinção funda-se não somente no fato de serem coletivos, como defende Lima Lopes, mas também porque requerem remédios diferentes. Além disso, cumpre ressaltar que o direito subjetivo individual, por meio do direito de ação, é defendido e colocado em prática, situação em que o indivíduo dotado de interesse

²²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 113.

aciona o Poder Judiciário do Estado para obter uma decisão que lhe assegure o bem tutelado. No caso dos direitos sociais, deve-se apontar que eles não são gozados ou exequíveis individualmente. Entretanto, para Lima Lopes, isso não significa que em algumas situações eles não possam ser pleiteados de forma individual perante os órgãos jurisdicionais como ocorre com os direitos subjetivos. Mas, geralmente, para a plena realização desses direitos, é necessária a atuação do Poder Executivo e Legislativo.²²²

No mesmo contexto, Vieira de Andrade afirma que os direitos fundamentais sociais, entendidos de formas distintas de acordo com os sistemas jurídicos, são vistos como princípios políticos, princípios jurídicos, normas programáticas, normas organizatórias, normas que estabelecem os objetivos do Estado, garantias institucionais ou ainda, de maneira mais incomum, como direitos subjetivos públicos.²²³

É evidente que todas essas funções não estão, geralmente, determinadas de maneira suficiente na Constituição de modo a vincular imediatamente os poderes públicos, e, da mesma forma, não podem ser determinadas pelos magistrados sem prejuízo da regra constitucional da separação dos poderes, na delimitação dos pressupostos e do conteúdo exato desses direitos. Assim, para transformarem-se em direitos subjetivos certos, prescinde-se de atuação legislativa no sentido de delimitar seu objeto concreto, realizando escolhas políticas num universo de possibilidades permeado pela escassez de recursos. Dessa maneira, Vieira de Andrade defende que os direitos fundamentais sociais são dotados de posições jurídicas subjetivas, mas que consistem numa espécie de posição distinta da atribuída aos outros direitos, pois em regra, não concedem o poder de pleitear uma ação determinada do poder público.²²⁴

Portanto, tendo em vista que os direitos sociais somente serão direitos subjetivos plenos após a existência de legislação voltada para a concretização das normas abrigadas no texto constitucional, como defende Vieira de Andrade, cumpre a partir de agora ressaltar alguns pontos referentes à força jurídica dos direitos fundamentais sociais, com base nos estudos do autor.

Primeiramente, os dispositivos legais que positivam os direitos sociais prestacionais não são simplesmente proclamatórios, pois compreendem normas jurídicas que atribuem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas – denominadas aqui de pretensões – e

²²² LOPES, José Reinaldo de Lima. op. cit., p. 127-129.

²²³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 389.

²²⁴ Id., loc. cit.

determinam “garantias institucionais”, estabelecendo ao legislador o dever de agir para concretizar efetivamente esses direitos – compreendem, portanto, “imposições legiferantes”.²²⁵

Além disso, o objeto desses dispositivos e das correspondentes pretensões é estabelecido pela Constituição, geralmente, somente num mínimo, não podendo ser atribuído a eles um conteúdo normativo mais amplo por meio de uma interpretação judicial “atualista”. Assim, ao legislador ordinário, a quem foi conferido um poder de conformação autônoma, cabe realizar as opções para estabelecer o conteúdo desses dispositivos.²²⁶

Logo, nota-se que a força jurídica dos direitos fundamentais sociais é expressa da seguinte maneira:

- a) imposição legislativa dos mecanismos aptos a possibilitar que os preceitos normativos constitucionais tornem-se exequíveis – o que inclui geralmente a existência de uma estrutura voltada para a prestação de bens e serviços – cujo descumprimento abrirá espaço para inconstitucionalidade por omissão;
- b) estabelecimento de modelo jurídico de controle judicial das normas, com a existência de um mínimo imperativo, capaz de instituir uma inconstitucionalidade por ação, e elemento de interpretação normativa, objetivando a escolha da decisão que seja mais propícia ao direito fundamental.
- c) justificativa constitucional para limitar ou restringir outros direitos fundamentais;
- d) força irradiante, atribuindo uma determinada potencialidade de resistência, flexível quanto ao grau de intensidade, dos direitos derivados a prestações, enquanto configuram direitos oriundos de leis conformadoras às alterações normativas que necessitam de uma redução do grau de concretização dos direitos.²²⁷

Deve-se mencionar ainda que Jorge Miranda defende a posição de que os direitos sociais podem ser reivindicados judicialmente por diferentes maneiras. Primeiro, por meio

²²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 392.

²²⁶ Id., loc. cit.

²²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 393.

de controle de constitucionalidade tanto por omissão como por ação. Ademais, podem também ser reivindicados através dos direitos derivados a prestações.²²⁸

Assim, ao adotar-se a noção clássica de direito subjetivo como a possibilidade de reivindicar aquilo que as normas de direito imputam algo a alguém como próprio, de forma segura, verifica-se, como entendimento predominante da doutrina, que os direitos fundamentais sociais não podem ser classificados como direitos subjetivos, num primeiro momento. Isso porque essa espécie de direito prestacional não possui poder de acionar a pretensão existente no direito, pretensão essa dirigida a uma certa atitude do sujeito obrigado, pois, como regra, não há posição subjetiva de reivindicar-se uma conduta positiva do poder estatal correspondente a um direito social à prestação.

Todavia, cumpre mencionar ensinamentos de Jacqueline Frascati²²⁹, para quem os direitos sociais constituem direitos subjetivos na medida em que são reconhecidos no texto constitucional na qualidade de direitos fundamentais da pessoa, direitos do indivíduo dentro de uma coletividade. Logo, reconhece-se o direito independente de considerar-se a possibilidade e o poder de reivindicar a pretensão a uma prestação que lhe corresponda.

Partindo-se desse ponto, nota-se que a efetivação da norma pelo legislador não teria o poder de atribuir ao indivíduo um novo direito, ou mesmo consolidar os direitos sociais como direitos subjetivos plenos, mas somente conferir uma prestação acionável ao direito originário à prestação por intermédio da elaboração de pressupostos aptos a isso. Destarte, de acordo com essa tese, adota-se a existência de um direito subjetivo à saúde, ao trabalho, à habitação, à educação, etc, mesmo que não haja a implementação de condições institucionais e materiais imprescindíveis ao gozo desses direitos, a possibilidade de exigir-se a pretensão à prestação e a entrega da prestação devida.²³⁰

A partir desse contexto, como ensina a autora, verifica-se um primeiro conceito da força jurídica inerente aos direitos sociais positivados no texto constitucional como configuradores de normas de caráter programático e que não são autoexecutáveis, bem como são direitos dotados de uma dimensão subjetiva própria (em razão de serem direitos subjetivos sem pretensão acionável) e de uma dimensão objetiva que estabelece condutas dirigidas ao legislador.²³¹

²²⁸MIRANDA, Jorge. op. cit., t. 4, p. 107.

²²⁹FRASCATI, Jacqueline Sophie Perioto Guhur. op. cit., p. 405.

²³⁰Id. Ibid., p. 406.

²³¹FRASCATI, Jacqueline Sophie Perioto Guhur. op. cit., p. 407.

Dessa forma, no presente estudo, os direitos fundamentais sociais são concebidos como direitos a prestações por pretensões jurídicas, demonstrando, desse modo, que compreendem interesses assegurados juridicamente, pois objetivam, primeiramente, mesmo não consistindo em direitos subjetivos perfeitos, a satisfação dos interesses ou bens do indivíduo em virtude de não ser o seu conteúdo normal determinável em princípio. Nessa medida, o oferecimento de assistência jurídica pelo Estado pode ser obtido por meio de pretensão jurídica pleiteada no Poder Judiciário que, por sua vez, determinará a concretização ou não desse direito de acordo com o entendimento de seus magistrados.

Na mesma linha, Courtis, de forma resumida, acredita que, se alguns estudiosos reconhecem que há restrições à judicialidade dos direitos fundamentais sociais, deve-se concluir no sentido completamente contrário: em razão de sua estrutura complexa, não existem direitos fundamentais sociais que não expressem pelo menos uma característica que permita sua exigibilidade judicial na hipótese de infração.²³²

²³² O autor ressalta que o que caracteriza um direito social como sendo um direito pleno, não é simplesmente a conduta cumprida pelo poder estatal, mas sim a existência de algum poder jurídico do titular desse direito para atuar na hipótese de não cumprimento da obrigação devida. Considera-se, nessa medida, um direito fundamental social como direito, em sua forma plena, caso seja possível-pelo menos em certa medida-que o titular desse direito tenha condições de produzir por meio de uma demanda, o estabelecido por uma sentença que determine o cumprimento da obrigação gerada pelo direito.

Dessa maneira, deve-se analisar alguns pontos relativos ao contexto apresentado. Primeiramente, é difícil imaginar uma situação na qual o poder estatal falhe total e absolutamente com as obrigações positivas relacionadas a um direito econômico, social e cultural. Nessa linha, verifica-se que o Estado cumpre parcialmente as determinações desses direitos, como o direito à saúde, à educação, à vida, por meio de regulamentos que estendem essas obrigações aos particulares, interferindo no mercado por meio de regulamentações e do exercício do poder de polícia (executado, *a priori*, através de autorizações, habilitações e licenças e, *a posteriori*, através de fiscalização). De maneira que, atingida em parte a obrigação de efetuar medidas que objetivem assegurar esses direitos, mesmo nos casos em que essas medidas não impliquem diretamente prestações de serviços estatais, deve estar sempre aberta a possibilidade de reivindicar-se judicialmente a infração da obrigação estatal por assegurar um direito de forma discriminatória. Essas possibilidades são mais evidentes quando o poder público presta efetivamente um serviço de forma parcial, discriminando segmentos inteiros da população. Assim, podem subsistir dificuldades processuais e operacionais para cada caso, mas é pouco provável que a realização parcial ou discriminatória de uma obrigação positiva não possa resultar em matéria a ser discutida judicialmente.

Ademais, além das múltiplas dificuldades práticas e teóricas que surgem com a atuação coletiva, em vários casos a falha do Estado pode ser combatida, mesmo num contexto processual tradicional em termos de infração individual efetiva de algum direito, no lugar de ocorrer de forma genérica. A infração genérica ao direito à saúde pode reconduzir-se por meio de articulação de uma ação particular, representada por um titular individual, que alegue, por exemplo, uma violação produzida pela falta de produção de uma vacina, ou pela negação de um serviço médico de que dependa a vida ou a saúde desse titular ou pelo estabelecimento de condições discriminatórias no acesso à educação, ou no estabelecimento de pautas irracionais ou discriminatórias no acesso a benefícios da assistência social.

Em último lugar, mesmo nas hipóteses em que a sentença judicial não seja diretamente executável em virtude de necessitar de recursos econômicos para tal por parte dos poderes políticos, deve-se frisar o valor de uma ação judicial em que o Judiciário declare que o poder estatal está em mora com as obrigações assumidas em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, não há dúvida de que a implementação desses direitos necessitam em parte das atividades de planejamento, previsão orçamentária e execução que, em razão de sua natureza, são tarefas de atribuição dos poderes políticos, sendo restritos os

Verifica-se, por conseguinte, que apesar de os direitos fundamentais sociais não constituírem direitos subjetivos integralmente, restaram demonstradas as razões que permitem o acionamento direto do objeto desses direitos perante o Poder Judiciário.

2.4.5. Eficácia dos direitos fundamentais sociais

2.4.5.1. O limite da “reserva do possível” e os direitos sociais prestacionais

A Constituição da República de 1988 não cria nenhuma distinção de regime entre os direitos sociais, econômicos e culturais e os direitos, garantias e liberdades, como ocorre no caso da Constituição portuguesa, por exemplo. Nesse diploma constitucional, os direitos clássicos, possuem um regime distinto dos direitos prestacionais. No Brasil, todavia, o texto constitucional não abriga essa dualidade de regimes. Logo, o conteúdo dos parágrafos primeiro e segundo do artigo quinto é aplicável tanto aos direitos clássicos quanto aos direitos prestacionais e, dessa forma, os direitos sociais devem ter aplicação imediata, independente da existência de obstáculos financeiros à aplicação desses direitos.²³³

Em que pese a existência desse comando constitucional, os direitos prestacionais sociais, como têm como objeto uma ação positiva de seu destinatário correspondente a uma conduta prestacional de natureza material (fática), necessitam de uma posição cada vez mais ativa por parte do poder público no âmbito econômico e social, e, ademais, prescindem que a prestação correspondente a seu objeto seja criada ou colocada à disposição dos titulares. Dessa maneira, é em virtude de os direitos sociais prestacionais terem como fim prestações estatais (como regra) inerentes à instituição, direção, distribuição e redistribuição de bens materiais e serviços, que a esfera econômica deles é importante.²³⁴

Nessa linha, Faria lembra que a efetividade dos direitos sociais depende da quantidade de recursos financeiros que o Estado possui para investir na implementação

casos em que o Judiciário possa cumprir suprir as inatividades desses poderes. COURTIS, Christian. op. cit., p. 210-215.

²³³ § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

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

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira, cit., p. 29-74.

desses direitos e do alcance e natureza de sua estrutura organizacional para a concretização desses direitos.²³⁵

Além do citado autor, Clèmerson Merlin Clève também ensina que os direitos sociais são efetivados a partir de prestações do Estado, fato que depende de um orçamento com previsões específicas para a concretização desses direitos.²³⁶

Em relação à escassez de recursos disponíveis (tanto material como jurídico) para que o poder estatal supra as necessidades econômicas, sociais e culturais de seus cidadãos, Vieira de Andrade realiza as seguintes indagações: a Constituição contém todas as soluções para as escolhas que o poder público deve realizar para concretizar esses direitos? Nela estão presentes todos os critérios que devem pautar as políticas públicas de prestação de serviços? Para o autor, a resposta é negativa. A Constituição não tem o poder de estabelecer o conteúdo preciso das prestações que devem ser realizadas, nem de determinar em quais condições e como tais situações devem ser implementadas.²³⁷

Dessa forma, as alternativas que possibilitarão delimitar o conteúdo específico dos direitos prestacionais que devem ser efetivados pelo poder estatal, estarão associadas a um poder constituído. Não exatamente ao magistrado por meio de sua função aplicadora, mas por meio de órgãos públicos com atribuição para implementar esses direitos ou para estabelecer as diretrizes gerais das políticas econômicas, sociais e culturais. Ou seja, ao legislador ordinário, com atuação por meio de delegação constitucional, cumpre determinar, em última análise, o conteúdo dos direitos sociais, econômicos e culturais. As diretrizes estabelecidas constitucionalmente em relação a cada direito prestacional são destinadas a ele. Ponderações similares podem ser feitas para o caso dos direitos a prestações jurídicas, que compreendem a elaboração de normas ou realização de atos jurídicos que não estão associados à organização ou atuação de um sistema de fornecimento de prestações materiais.²³⁸

Na mesma linha, Ricardo Lobo Torres sustenta que a fruição dos direitos sociais encontra-se sob o princípio da reserva do possível e, conseqüentemente, dependendo do orçamento disponível de políticas públicas. Para o autor, as normas constitucionais que

²³⁵ FARIA, José Eduardo. *O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem*: algumas notas sobre suas condições de efetividade. In: PIOVESAN, Flávia (Coord). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 597-635.

²³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 3, p. 289-300, 2003.

²³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 190-191.

²³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 192.

consagram os direitos econômicos e sociais são apenas programáticas e, dessa forma, limitam-se a estabelecer as diretivas ou orientação para o legislador ordinário, sendo destituídas de eficácia vinculante. Portanto, esses direitos encontram-se “sob a soberania orçamentária do legislador, ou seja, da reserva de lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração.” Por fim, Torres defende que “a pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos”.²³⁹

Por meio desse raciocínio, a implementação dos serviços de assistência jurídica a serem prestados pelo poder estatal estão condicionados aos limites insculpidos no orçamento. Essa situação ocorre na atualidade, levando em consideração o fato de o Poder Público oferecer os serviços de assistência, principalmente através das Defensorias Públicas, mas não somente por meio delas, de forma insuficiente, existindo ainda um grande potencial de cidadãos que poderiam ter o direito à assistência jurídica garantido, mas que não o tem em virtude da escassez de recursos investidos.

Todavia, quanto à disponibilidade de recursos, deve-se ressaltar, conforme Sarlet em obra específica sobre a eficácia dos direitos fundamentais, que todos os direitos fundamentais são dotados, de alguma forma, de cunho positivo na medida em que inclusive os direitos de liberdade e os direitos de defesa necessitam de uma série de iniciativas do poder estatal para sua realização, que envolvem desde a utilização de recursos financeiros até a alocação de recursos humanos e materiais. Dessa maneira, pode-se afirmar que todos os direitos fundamentais, e não somente os direitos sociais de cunho prestacional, envolvem em certa medida algum “custo”.²⁴⁰

Outro ponto que merece destaque, afirma o autor, é o fato de há algum tempo ser consenso o entendimento segundo o qual o Estado possui capacidade limitada para dispor sobre o conteúdo das prestações consagradas pelas normas que abrigam os direitos fundamentais sociais, de maneira que a disponibilidade de recursos compreende, para alguns, uma limitação fática à concretização desses direitos. Diferente da disponibilidade efetiva dos recursos (possibilidade material de disposição), essa questão está relacionada com a possibilidade jurídica de disposição, pois o poder estatal (da mesma forma que o destinatário em geral) deve ter também o poder de dispor desses recursos sem o qual não

²³⁹TORRES, Ricardo Lobo. O direito à saúde, o mínimo existencial e a Defensoria Pública. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, p. 267-277, jul./dez. 2008.

²⁴⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 286-287.

há relevância o fato da existência prévia deles. Assim, há aspectos diferentes, mas relacionados entre si, caracterizando os direitos sociais de cunho prestacional. É em decorrência disso, que se passou a colocar esses direitos sociais sob o limite da “reserva do possível”, que abriga a possibilidade e o poder de disposição do destinatário da norma.²⁴¹

Destarte, cumpre mencionar a tríplice dimensão da reserva do possível apontada pelo autor: 1) disponibilidade fática efetiva de recursos para concretizar os direitos fundamentais; 2) disponibilidade jurídica de recursos humanos e materiais, situação que está relacionada com a distribuição de receitas e competências orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas, entre outras; 3) no aspecto de eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível guarda relação com a questão da proporcionalidade da prestação, que envolve o problema de sua exigibilidade e, consequentemente, sua razoabilidade.²⁴²

Todavia, a reserva do possível não integra os direitos fundamentais, fazendo parte de seu núcleo essencial ou integrando seus limites. Com efeito, levando em consideração toda sua complexidade, a reserva do possível compreende limite fático e jurídico dos direitos fundamentais, mas ao mesmo tempo, em algumas situações, pode funcionar como garantia deles, como, por exemplo, no caso de conflitos de direitos, ao invocar-se a inexistência de recursos com a finalidade de garantir o núcleo essencial de outro direito fundamental, devendo-se atentar sempre para os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial de todos os direitos.²⁴³

No contexto, portanto, de garantia desse mínimo existencial, ou seja, de um conjunto mínimo de prestações materiais, tendo como pressuposto o objetivo de conceder aos direitos sociais prestacionais maior eficácia possível, otimizando sua eficácia vinculativa, admite-se a viabilidade de o juiz determinar a um ente estatal a execução de uma prestação com amparo na norma constitucional. Deve-se ressaltar ainda que a ideia de garantia de um mínimo existencial é requisito fundamental para que haja o exercício da liberdade real e também para o provimento, no menor grau possível, do que se entende por dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, identificar-se o mínimo existencial ocorre a partir da definição do núcleo essencial de cada direito, afirmando-se que o conteúdo essencial de cada direito fundamental social compreende requisito para um mínimo de

²⁴¹SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 286-287.

²⁴²Id. Ibid., p. 287.

²⁴³Id. Ibid., p. 288.

existência. De qualquer modo, não se está defendendo que o núcleo essencial de um direito social corresponde a um direito ao bem jurídico, porque o juiz somente poderá determinar ao Estado o cumprimento de uma prestação a um mínimo existencial após valorar o caso concreto, levando em consideração o grau de carência fática do indivíduo.²⁴⁴

Portanto, ainda que se tenha como pressuposto os direitos sociais – enquanto não ocorrida a intervenção do legislador - como direitos subjetivos não dotados de pretensão acionável, pode-se defender que, pelo menos em relação ao mínimo existencial, é possível que o magistrado, com amparo na esfera objetiva dos direitos sociais, execute esses direitos, determinando ao poder estatal que cumpra a prestação. Nesse caso extremo, o magistrado possui uma margem de decisão para garantir um mínimo existencial ao indivíduo e, além disso, identifica-se um limite à liberdade de concordância do legislador, que deixa de predominar em razão da especificidade do caso concreto.²⁴⁵

A tese da “reserva econômica do possível”, assim, como bem afirmou Frascati, embora seja fundamentada num fator da realidade concreta que não deve ser esquecido, não pode ser aceita de forma indiscriminada para fundamentar a não concretização da norma pelo legislador.²⁴⁶

Nessa medida, é interessante notar que o direito à assistência jurídica integral e gratuita está consagrado na Constituição da República desde 1988, existindo, assim, lapso temporal superior a duas décadas para que o poder estatal, por meio do Executivo e do Legislativo, organize e estructure serviços que garantam a concretização desse direito. É evidente que há o problema de distribuição e de escassez de recursos econômicos estatais, mas isso não justifica a atual falta de planejamento, organização e vontade política dos administradores públicos em reverter a presente insuficiência de estrutura necessária ao pleno atendimento da demanda pelos serviços de assistência jurídica. Ao Judiciário cumpre, assim, com amparo no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, a tarefa de identificar no caso concreto a necessidade de proteção do mínimo existencial relacionado à garantia da assistência jurídica gratuita que, caso não assegurada, colocará em risco a liberdade real daquele indivíduo que se mostre carente dessa prestação estatal, além de prejudicar a busca pela eliminação de desigualdades econômicas e sociais das partes no processo.

²⁴⁴FRASCATI, Jacqueline Sophie Perioto Guhur. op. cit., p. 437.

²⁴⁵Id., loc. cit.

²⁴⁶Id. Ibid., p. 395-447.

2.4.5.2. Eficácia e efetividade das normas que consagram direitos fundamentais sociais

A eficácia dos atos jurídicos baseia-se em sua capacidade para a criação de resultados, para a expansão dos efeitos que lhe são peculiares. Nesse sentido, eficaz é o ato que alcança o objetivo para o qual foi elaborado. No campo das normas, a eficácia jurídica consiste na aptidão de se criar, em menor ou maior intensidade, os seus resultados característicos, disciplinando as situações, os comportamentos e relações nela compreendidos. Assim, a eficácia da norma jurídica está associada à sua exigibilidade (acionabilidade), executoriedade ou aplicabilidade.²⁴⁷

Enquanto isso, a eficácia social foi estudada minuciosamente por José Afonso da Silva e compreende um comportamento que esteja efetivamente em conformidade com a norma, demonstrando que a norma está sendo cumprida e aplicada. Assim, ao tratar-se da eficácia social das normas fala-se em efetividade, pois o objeto final almejado pela norma concretiza-se no controle social a que ela se destina, de modo que a eficácia jurídica consiste somente na possibilidade que essa situação venha a ocorrer.²⁴⁸

Em seguida, continua o jurista, uma norma é dotada de aplicabilidade somente quando ela é eficaz. Consequentemente, os institutos da eficácia e da aplicabilidade dos dispositivos constitucionais possuem uma relação entre si, são conexos, e em certa medida, são faces distintas do mesmo fenômeno. A eficácia traduz-se como uma potencialidade e a aplicabilidade como realizabilidade, praticidade.²⁴⁹

Sinteticamente, a doutrina da efetividade, segundo leciona Barroso, pode ser apresentada da seguinte forma: todas as normas constitucionais são normas jurídicas que possuem eficácia e comportam comandos imperativos. Nos casos em que as normas constitucionais dão origem a direitos subjetivos (sejam políticos, individuais, sociais ou difusos), eles são exigíveis de maneira direta e imediata, tanto do particular como do Estado, por meio de instrumentos constitucionais e infraconstitucionais existentes no sistema jurídico. Consequentemente, o Poder Judiciário adquire função determinante e ativa na materialização da Constituição. Destarte, conclui o autor, deve-se ressaltar que o

²⁴⁷BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 81.

²⁴⁸SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 66.

²⁴⁹Id. Ibid., p. 60.

interesse na concretização dos preceitos estabelecidos na Constituição, com seu cumprimento, ou seja, com sua efetividade, está presente no cotidiano jurídico do país após 1988. Essa preocupação foi incorporada aos debates que ocorrem no campo jurídico de forma natural após a promulgação do texto constitucional. Nesse período, o autor menciona que as poucas vezes em que o Supremo Tribunal Federal deixou de aplicar direta e imediatamente as normas constitucionais foi criticado de forma austera.^{250 251}

A partir do pressuposto de que todas as normas possuem certo grau de eficácia e, nessa medida, irradiam efeitos jurídicos, e tendo-se como critério a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais, podem-se dividir essas normas em três grupos:

I – normas constitucionais de eficácia plena;

II – normas constitucionais de eficácia contida;

III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

O primeiro grupo é composto por normas que, desde o início da vigência da Constituição, produzem (ou possuem a possibilidade de produzir) todos os objetivos idealizados pelo constituinte e, conseqüentemente, todos os seus efeitos, porque existe desde logo a normatividade necessária para que isso ocorra. Já o segundo grupo é integrado por normas dotadas de incidência imediata e produzem (ou tem a possibilidade de produzir) todos os efeitos almejados, no entanto, trazem medidas que possibilitam conservar a eficácia contida conforme alguns limites e segundo algumas condições. Enquanto isso, as normas da terceira categoria não produzem todos os seus efeitos principais apenas com o início da vigência da Constituição, pois o constituinte delegou ao legislador ordinário ou a outro órgão estatal a tarefa de estabelecer normatividade suficiente sobre a matéria para isso.²⁵²

Além disso, cumpre esclarecer que todas essas normas de eficácia reduzida positivam princípios ou esquemas em relação às matérias que o constituinte teve a intenção de legislar, mas que sua concretização normativa foi delegada ao legislador ordinário ou a órgãos estatais, referindo-se ou não a uma futura legislação. Uma distinção que existe

²⁵⁰BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 294.

²⁵¹Cite-se como exemplo as situações referentes aos juros reais de 12% (art. 192, § 3º revogado pela EC n. 40 de 2003); ao direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII); e ao conteúdo e alcance do mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

²⁵²SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 82-83.

dentro dessa categoria é que há normas que estabelecem princípios regulativos ou institutivos e outras que determinam princípios programáticos.²⁵³

Assim, tem-se o esquema abaixo:

Normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade:

- 1) Normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- 2) Normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral;
- 3) Normas de eficácia limitada:
 - a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos;
 - b) declaratórias de princípio programático.²⁵⁴

A partir de agora merece maior análise as normas constitucionais de princípio programático. Barroso lembra que as normas constitucionais programáticas possuem o escopo de limitar os objetivos públicos que o Estado deve atingir. Nesse sentido, devem ser feitos os seguintes apontamentos: a partir da valorização da razão humana, o Estado é impelido a concretizar determinadas finalidades; apesar de verificar-se que a consecução do bem comum consiste no fim maior do Estado, há outras finalidades específicas, em cada época, que influenciam, ou deveriam influenciar, a forma de ação do poder estatal. Resumidamente, essas normas contemplam princípios que são observáveis desde logo, ou delimitam fins sociais a serem atingidos pela ação futura do Estado.²⁵⁵

Ademais, essas normas carregam em seu objeto elementos sócio-ideológicos do texto constitucional em que se encontram os direitos fundamentais sociais. Assim, merece esclarecer aqui, de acordo com a terminologia adotada, que as normas constitucionais que estabelecem direitos individuais possuem aplicabilidade direta e imediata. Dessa forma, sua eficácia prescinde da atuação intermediária do legislador. De outro lado, a questão atual é identificar instrumentos constitucionais e alicerce teórico para vencer o problema da abstração e da incompletude das normas que definem os direitos sociais, que ainda são caracterizadas como programáticas, para conseguir-se a efetivação prática desses direitos.²⁵⁶

²⁵³Id. Ibid., p. 85-86.

²⁵⁴Id. Ibid., p. 85-86.

²⁵⁵BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 113 e 292.

²⁵⁶SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 138-140.

Em relação à natureza dos direitos sociais, ressalte-se que eles compreendem prestações positivas determinadas pela Constituição às autoridades públicas, como já ponderado antes. Evidentemente, para que essas prestações tornem-se concretas, na maioria das vezes, é necessária a criação de instituições.²⁵⁷

Nessa medida, o texto constitucional abriga dispositivos normativos que apontam para as finalidades sociais que devem ser buscadas. Tais normas fixam certos princípios ou delimitam programas para a atuação do Poder Público.

Como exemplo, a Constituição de 1988 possui as seguintes normas programáticas, como ensina Barroso: artigo 170, inciso III que reconhece a função social da propriedade; o artigo 193 que determina que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”; e o artigo 215 que estabelece que o poder estatal “apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.²⁵⁸

Sendo assim, essas normas constitucionais têm como destinatário os órgãos estatais e informam, desde sua origem, a ação do Legislativo na tarefa de elaborar leis, e a atuação do Judiciário e da Administração ao colocá-las em prática.

Essas normas, sustenta Barroso, não proporcionam um direito subjetivo positivo para o indivíduo no sentido de que eles pleiteiem uma prestação específica. Entretanto, elas dão origem a um direito subjetivo “negativo” na medida em que impedem o Estado de agir contrariamente ao estabelecido por tais normas.²⁵⁹

Essa categoria de normas, na dimensão objetiva, produz os seguintes efeitos imediatos:

- 1) os atos normativos anteriores a tais normas que contrariam o conteúdo delas são revogados;
- 2) acarretam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos posteriores a essas normas que abrigam conteúdo incompatível com elas.

Na dimensão subjetiva, as normas analisadas concedem direito a:

- 1) resistir judicialmente à observância de regras ou a atos que violem tais normas, se estiverem contrários aos seus preceitos;

²⁵⁷Id. Ibid., p. 151.

²⁵⁸BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 114.

²⁵⁹Id. Ibid., p. 117.

- 2) conseguir decisões, interpretação e prestações jurisdicionais que estejam de acordo com os valores e diretrizes estabelecidos nessas normas.²⁶⁰

Nessa medida, é cada vez maior a corrente dos doutrinadores que defendem o atributo vinculativo das normas programáticas e, sendo assim, elas deixam de ter cada vez mais a característica de programas. Nessa linha, constituem normas de princípio teleológico, pois demonstram por meio de um esquema o objetivo a ser alcançado. De qualquer modo, a vinculatividade dessas normas é cada vez mais reconhecida. Isso porque o fato de essas normas necessitarem da atuação de órgãos institucionais para serem concretizadas não evita que elas sejam dotadas de eficácia. Assim, como determinação constitucional imposta ao poder estatal, a imperatividade direta dessas normas é consagrada.²⁶¹

Sucintamente, portanto, as normas programáticas são dotadas de eficácia jurídica direta, imediata e vinculante nas hipóteses abaixo:

- a) determinam uma obrigação para o legislador ordinário;
- b) criam condições para a legislação futura, pois as leis ou atos que violarem seus comandos serão caracterizados como inconstitucionais;
- c) ajudam a construir a noção de Estado e de sociedade inspirando seu ordenamento jurídico, através da delimitação de finalidades sociais, garantia dos valores da justiça social e expressando os elementos do bem comum;
- d) compreendem sentido teleológico para a integração, aplicação e interpretação das normas jurídicas;
- e) estabelecem condições para a atuação discricionária do Judiciário e da Administração;
- f) produzem situações jurídicas subjetivas de desvantagem ou vantagem.²⁶²

Feitas essas considerações, como ficaria a classificação do direito à assistência jurídica integral previsto no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal? Conforme o texto desse dispositivo, "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

²⁶⁰BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 117.

²⁶¹SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 155.

²⁶²SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 164.

Para José Marcelo Menezes Vigliar, trata-se, de norma constitucional de aplicabilidade imediata, pois inexistente, no dispositivo analisado, necessidade da atividade do legislador ordinário para que seja exequível o comando constitucional. Mesmo assim, essa norma seria de eficácia plena ou de eficácia contida? Ao estabelecer que a assistência jurídica integral e gratuita será prestada "aos que comprovarem insuficiência de recursos" e considerando que não se estabeleceu como se daria a comprovação da referida insuficiência de recursos, cabe ao legislador ordinário estabelecer os parâmetros que julgar necessários para a concessão do benefício. Em razão disso, é correto sustentar que o dispositivo em estudo classifica-se como norma constitucional de eficácia contida ou restringível.²⁶³

Esses parâmetros são trazidos pela Lei nº. 1060/1950 e, no campo específico do Direito do Trabalho, pela Lei nº. 5.584/1970, que serão estudados em profundidade nos próximos capítulos.

Todavia, essa classificação parece considerar apenas o direito subjetivo do indivíduo à concessão da assistência jurídica no plano processual. Ela não leva em conta a obrigação do governo em estruturar um serviço público que garanta assistência jurídica aos cidadãos necessitados.

Nessa medida, em razão de todos os elementos trazidos no desenvolvimento do presente item, não se pode deixar de considerar que esse mesmo inciso LXXIV do artigo 5º estabelece ao poder estatal o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita. Logo, uma classificação mais adequada da norma, quanto à eficácia e à aplicabilidade, a colocaria como integrante da categoria das normas programáticas, pois cumpre ao Estado organizar a prestação da assistência jurídica. Corrobora essa interpretação o conteúdo do artigo 134 da Constituição Federal: "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV". Como a Defensoria Pública é órgão que deve ser estruturado pelo governo, é evidente que esse artigo 134 abriga outro dever do poder estatal que está intimamente relacionado com o dever insculpido no inciso LXXIV do artigo 5º.

Não restam dúvidas de que a norma constitucional que assegura a assistência jurídica compreende uma norma programática e, conseqüentemente, todos os efeitos

²⁶³VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Assistência jurídica integral e gratuita, tutela constitucional e concessão do benefício. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 14, p. 87-100, abr./jul. 1996.

listados acima resultantes das normas de conteúdo programático são aplicadas a esse dispositivo.

O estudo realizado nesse primeiro capítulo sobre a liberdade sindical e sobre o direito à assistência jurídica teve como objetivo explorar a estrutura, a natureza jurídica e as classificações de cada um deles. Essa abordagem conjunta não foi realizada em função de uma possível colisão entre esses dois direitos no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim, como ficará demonstrado nos próximos capítulos, do atrelamento que a legislação infraconstitucional implementa ao disciplinar a assistência jurídica especificamente no âmbito do Direito do Trabalho.

CAPÍTULO II. ASSISTÊNCIA JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1. Fundamento constitucional

Após estudo realizado no capítulo anterior sobre os direitos fundamentais e os direitos humanos, cumpre a partir de agora analisar de forma mais detalhada o direito à assistência jurídica reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro.

Como fundamento da República, a assistência jurídica deve ser compreendida diante dos seguintes preceitos constitucionais: cidadania e dignidade da pessoa humana; como objetivo da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução de desigualdades sociais e regionais.²⁶⁴

Deve-se ponderar que a assistência jurídica gratuita, da forma como está prevista nos artigos 5º, inciso LXXIV e 134 da Constituição, é um instrumento de realização do Estado Social Democrático de Direito, pois representa, simultaneamente, um direito fundamental do indivíduo e uma via para implementar-se justiça social através da ação do Estado.²⁶⁵

Nessa medida, o artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição de 1988 prescreve que “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Em virtude desse dispositivo, o Brasil é um dos poucos países que fazem referência à assistência jurídica no plano constitucional, tendo elevado esse direito ao *status* de direito fundamental.²⁶⁶

É interessante destacar também que o reconhecimento constitucional do tema não é privilégio apenas do texto brasileiro. Em Portugal, o tema foi tratado no artigo 20º (acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva), *in verbis*:

“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.

²⁶⁴SILVA, Otavio Pinto e. Assistência judiciária na Justiça do Trabalho. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 59, p. 27-30, jun. 2000.

²⁶⁵PRIETO ALVAREZ, Anselmo. O Estado democrático de direito e a assistência jurídica integral e gratuita. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 61/62, p. 115-152, jan./dez. 2005.

²⁶⁶ALVES, Cleber Francisco. O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 184, p. 329-362, jun. 2010.

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.”²⁶⁷

Esses dois itens do artigo 20º, segundo ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira, consagram vários direitos diferentes, mas conexos entre si: 1) o direito de acesso ao direito; 2) o direito de acesso aos tribunais; 3) o direito à informação e consulta jurídicas e 4) o direito ao patrocínio judiciário. A conexão desses direitos é óbvia, porque todos eles integram um direito geral à proteção jurídica. Cada um deles compreende um fator imprescindível à própria noção de Estado de direito, sendo impossível vislumbrar esse quadro em que os indivíduos não estejam dotados do conhecimento de seus direitos, do auxílio jurídico de que precisam e da possibilidade de acesso ao Judiciário quando necessário.^{268 269}

Na Espanha, o direito à justiça gratuita está previsto no artigo 119 da Constituição promulgada em 31.10.78. (La justicia gratuita). “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, em todo caso, respecto de quienes acreditem insuficiencia de recursos para litigar”^{270 271}.

²⁶⁷ PORTUGAL. Constituição. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

²⁶⁸ Sustentam os autores, que o texto constitucional não estabelece a gratuidade dos serviços de justiça como acontece com os serviços de saúde (art. 64º). Todavia, o direito de acesso à justiça veda que esses serviços atinjam grau tão custoso que crie obstáculos ao acesso aos tribunais e, em qualquer hipótese, deve-se criar isenções para aquelas pessoas que não reúnem condições de custear esses gastos. Evidentemente, o significado das custas e outros encargos judiciais resultam da condição econômica dos indivíduos; na proporção em que o acesso aos tribunais e aos atos judiciais não possam ser livres de valores econômicos, esses encargos deverão ter em consideração a pouca ou nenhuma capacidade financeira das pessoas carentes. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 161-165.

²⁶⁹ Em Portugal, além do tratamento constitucional dado ao assunto, a concessão de assistência jurídica aos necessitados foi regulada desde 1970 por meio da Lei nº. 7/70 de 09 de junho e foi regulamentado pelo Decreto nº. 562/70, de 18 de novembro do mesmo ano. A mencionada lei revogou o Decreto-lei nº. 33.548 de 23 de fevereiro de 1944, que por sua vez havia revogado a Lei de 31 de julho de 1899, elaborada com base no *Code de L'Assistance Judiciaire* francês de 22 de janeiro de 1851. In MORAES, Humberto Peña de. op. cit., p. 333-364.

²⁷⁰ ESPANHA. Constituição. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2010.

²⁷¹ Além desse dispositivo constitucional, no âmbito do Direito do Trabalho espanhol, o artigo 2, d) da Lei 1/1996, de 10 de janeiro, sobre assistência jurídica gratuita e a nova redação da citada lei que remete ao artigo 21.1 LPL (Ley de Procedimiento Laboral) reconhece o direito dos trabalhadores e beneficiários da Seguridade Social a que lhes seja nomeado advogado de ofício, desde que eles solicitem a designação, paralisando, assim, o trâmite da ação, caso já tenha se iniciado, e a suspensão dos prazos de decadência e a interrupção dos prazos de prescrição, até que a intervenção do advogado seja realizada. In ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; AFFONSO MELLADO, Carlos L.; BLASCO PELLICER, Ángel; GOERLICH PESET, José M. *Derecho procesal laboral*. 7. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. p. 100.

Na Itália, o artigo 24 da Constituição, vigente desde 01.01.1948, com as emendas feitas pelas Leis Constitucionais de 09.02.1963, 27.12.1963 e 22.11.1967, prevê, entre os direitos e deveres do cidadão, que: “São assegurados, a quem não tenha recursos, mediante adequados institutos, os meios para defender-se perante qualquer jurisdição”.^{272 273 274}

O texto constitucional brasileiro inovou ao estabelecer que o Estado tem a obrigação de prestar assistência jurídica, deixando de lado a noção restrita de assistência judiciária que se refere exclusivamente ao patrocínio de causas no Judiciário; assim, o artigo 5º, inciso LXXIV não utiliza o termo “assistência judiciária” e passa a abrigar a expressão “assistência jurídica integral”. Dessa maneira, amplia de forma considerável o âmbito da assistência, que inclui, a partir de então, não apenas a representação em juízo dos interesses das pessoas carentes, mas também a consultoria, o aconselhamento, a informação jurídica, e a assistência a essas pessoas em relação aos atos jurídicos extrajudiciais, como, por exemplo, os atos notariais. A novidade trazida pela Constituição é de extrema relevância, pois um dos elementos que mais colaboravam para propagar as desigualdades existentes nessa área é a ausência de informação.²⁷⁵ Logo, esse direito não está restrito apenas ao patrocínio de demandas judiciais de forma gratuita por advogados e à isenção de custas e despesas processuais.

Dessa forma, a assistência jurídica é gênero que compreende a prestação de serviços jurídicos gratuitamente e abrange duas espécies: a) assistência judiciária, que consiste no patrocínio de demandas no Judiciário; e b) assistência jurídica extrajudicial, que corresponde à atividade de orientar e esclarecer juridicamente os cidadãos sobre seus direitos.²⁷⁶

²⁷² Art. 24. Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi [113]. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari. SENATO DELLA REPUBBLICA. Costituzione. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2010.

²⁷³ PINTO, Robson Flores. A garantia constitucional da assistência jurídica estatal aos hipossuficientes. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 101-119, abr./jun. 1993.

²⁷⁴ No plano infraconstitucional, o Decreto do Presidente da República nº 115, de 30 de Maio de 2002 (JO italiano nº 139 de 2002) regulamenta as despesas judiciais, além da assistência jurídica devida pelo poder estatal. Em contrapartida, os honorários advocatícios em matéria civil, comercial, administrativa e fiscal são disciplinados pela Lei nº. 794, de 13 de junho de 1942, e suas posteriores alterações. In UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Assistência Judiciária. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_ita_pt.htm>. Acesso em: 15 out. 2010.

²⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 5, p. 122-137, 1991.

²⁷⁶ SILVA, Otavio Pinto e. op. cit., p. 27-30.

Essa distinção, inclusive, não é uma criação da doutrina nacional. Conforme apontamentos realizados por Glenn Winters, verifica-se que a assistência prestada por advogado é dupla, pois consiste no patrocínio da causa perante o Judiciário e também nos trabalhos realizados antes do ajuizamento da demanda, como os esclarecimentos do cliente e saneamento de dúvidas.²⁷⁷

Nesse contexto, não se deve confundir assistência jurídica com a justiça gratuita que é a gratuidade do pagamento de despesas relacionadas ao processo, constituindo um instrumento de acesso das pessoas desprovidas de recursos econômicos ao direito de ação.

Anselmo Prieto Alvarez define o instituto da assistência jurídica e gratuita como “direito público subjetivo da pessoa de ter acesso ao ordenamento jurídico de forma justa, assim entendido como a viabilização da consultoria jurídica, assistência postulatória judicial e administrativa, além da gratuidade processual e extraprocessual”. Nesse sentido, ao possibilitar o acesso à ordem jurídica justa, o instituto em análise transforma-se em um instrumento apto a suprimir diferenças sociais e econômicas, de maneira que introduz o desprovido de recursos financeiros e segmentos desorganizados da comunidade no âmbito da cidadania efetiva. Portanto, origina-se o dever estatal de garantir a concretização desse instituto, pois dessa forma auxiliará na eliminação da hipossuficiência tanto social quanto econômica.²⁷⁸

Esse direito deve ser assegurado às pessoas de baixa renda que comprovem não terem condições de arcar com serviços jurídicos. Destarte, conforme ficou redigido o artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, num primeiro momento pode parecer que o texto legislativo tenha exigido que o necessitado comprovasse sua carência de recursos econômicos para custear despesas processuais e os serviços de advogado, fato que teria revogado a necessidade de simples declaração do interessado no sentido de não reunir condições para esses gastos sem prejuízo de seu sustento ou de sua família, como determina artigo 4º, caput, da Lei nº. 1.060/1950, com redação dada pela Lei nº. 7.510/1986.

Todavia, essa posição não deve ser acatada, pois se deve levar em consideração toda a preocupação com os fatores sociais que o constituinte teve ao elaborar os dispositivos constitucionais. Logo, sustentar a exigência de comprovação de ausência de

²⁷⁷ WINTERS, Glenn R. Why I believe in legal aid: equal justice for all in America. *American Bar Association Journal*, v. 43, p. 617–620, 1957.

²⁷⁸ PRIETO ALVAREZ, Anselmo. op. cit., p. 115-152.

recursos para pleitear o benefício da justiça gratuita e da assistência jurídica seria um retrocesso em relação ao processo evolutivo da assistência judiciária em nosso país. Assim, para evitar-se incompatibilidade entre a Constituição e a lei ordinária que regulamenta o assunto e que foi recepcionada pela ordem constitucional de 1988, a comprovação de carência de recursos do necessitado deve ser feita conforme dispõe artigo 4º da Lei nº. 1.060/1950.²⁷⁹

Por fim, deve-se salientar que o termo “Estado” no sentido empregado no dispositivo constitucional (art. 5º, inciso LXXIV) corresponde à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sendo que todos esses entes são dotados de responsabilidade para oferecer assistência jurídica.²⁸⁰

Para exemplificar, cite-se o caso da Constituição do Estado de São Paulo²⁸¹, a Lei Orgânica do Município de São Paulo²⁸² e o recente exemplo da Lei nº. 968/2009 do Município de Pinhais, pertencente à região metropolitana de Curitiba, no Paraná.²⁸³ Além desses exemplos, existem outras experiências bem sucedidas de Municípios que prestam assistência jurídica à população carente. A Prefeitura do Recife/PE criou o projeto "Justiça Cidadã - Descentralizando a Assistência Judiciária Municipal". O projeto realiza em parceria com o Gabinete de Assessoria Jurídica e as Organizações Populares (Gajop) atividades consistentes em atendimento multidisciplinar e gratuito, com a presença de assistentes sociais, psicólogos e advogados. A equipe busca atender os problemas jurídicos da população, trabalhando com oficinas e palestras sobre direitos, orientações jurídicas, consultas, mediação de conflitos e acordos extrajudiciais.²⁸⁴ Em Porto Alegre/RS, a Fundação de Assistência Social e Cidadania (FASC) também presta assessoria jurídica em todos os nove Centros Regionais de Assistência Social do Município, além das entidades

²⁷⁹MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo, cit., p. 154-174. 1993.

²⁸⁰SILVA, Otavio Pinto e. op. cit., p. 27-30.

²⁸¹Artigo 3º-O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que declara insuficiência de recursos. SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

²⁸²Art. 222-O Município poderá prestar, de forma subsidiária e conforme previsto em lei, assistência jurídica à população de baixa renda, podendo celebrar convênios com essa finalidade. SÃO PAULO. Lei Orgânica do Município de São Paulo. Disponível em: <<http://www.camara.sp.gov.br>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

²⁸³Lei nº. 968/2009. Essa lei institui e regulamenta o serviço de assistência judiciária gratuita à população carente no Município de Pinhais a ser oferecido pelo Governo Municipal. LEI nº 968 de 06 de maio de 2009 de Pinhais. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/717335/lei-968-09-pinhais-pr>>. Acesso em: 26 maio 2011.

²⁸⁴PREFEITURA DE RECIFE. Justiça cidadã. Disponível em: <http://www.recife.pe.gov.br/2007/06/28/mat_144741.php>. Acesso em 07 jun. 2011.

conveniadas como casa abrigos. Atualmente são atendidas mensalmente pelo serviço de assessoria jurídica cerca de 800 (oitocentas) pessoas.²⁸⁵

Mesmo assim, existe certa controvérsia relacionada ao fato de os Municípios prestarem assistência jurídica à população carente. Nesse sentido, alguns Tribunais de Contas têm considerado irregular despesas com assistência jurídica.²⁸⁶ Apesar disso, esses argumentos carecem de fundamentação, pois o próprio texto constitucional corrobora o entendimento segundo o qual o Município pode prestar esse tipo de assistência, como estabelece o artigo 23, II²⁸⁷, ser competência comum da União, Estados e Municípios cuidar da assistência pública, e neste conceito mais geral, engloba a assistência jurídica; o art. 24, XIII²⁸⁸ determina que compete à União e Estados legislarem concorrentemente sobre assistência jurídica e defensoria pública; e o já citado artigo 5º, LXXIV ao adotar o termo “Estado” não exclui o dever também do Município de cuidar da assistência jurídica gratuita.

No plano infraconstitucional, o art. 1º, da Lei 1.060/50 faz referência expressa aos serviços dos Municípios: “Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.” O artigo 4º, V, r, da Lei 10.257/01 também prevê a assistência jurídica para aplicação do Estatuto da Cidade, o que constitui um dever do Município.²⁸⁹ E ainda, o Projeto de Lei nº. 7079/06 que tramita na Câmara dos Deputados estabelece a possibilidade de o Município prestar assistência jurídica na área da Infância e Adolescência, alterando a redação do parágrafo único do artigo 206 do Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁹⁰

²⁸⁵PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. Assistência Jurídica. Disponível em: <http://www.portoalegre.rs.gov.br/pol_social/Fasc/atendimento.htm>. Acesso em: 07 jun. 2011.

²⁸⁶MELO, André Luis Alves de. Os municípios e o dever de assistência jurídica. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=38>>. Acesso em: 26 maio 2011.

²⁸⁷Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

²⁸⁸Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

²⁸⁹Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

V – institutos jurídicos e políticos;

r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;

²⁹⁰PL 7079/2006. “Art. 206.

Parágrafo único. Será prestada assistência judiciária integral e gratuita aqueles que dela necessitarem por comprovada falta de recursos econômicos, sendo essa assistência obrigação também dos Municípios, com base no art. 30 da Constituição Federal, e prestada, judicialmente e extrajudicialmente, através de órgão próprio municipal ou mediante convênios com a OAB, com universidades e faculdades, com OSCIPs, com sindicatos e com associações civis.” CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

Além desses argumentos jurídicos, dados do Ministério da Justiça mostram que, atualmente, apenas 43% dos Municípios são atendidos pelo serviço da Defensoria Pública, logo, mais da metade deles ainda não contam com a assistência jurídica à população carente, problema que atinge principalmente as pequenas cidades.²⁹¹ Diante desse quadro fático, o Município pode desempenhar papel fundamental na garantia da prestação de assistência jurídica aos necessitados.

Feitas essas primeiras e breves observações a respeito da fundamentação constitucional da assistência jurídica, cumpre realizar uma abordagem mais ampla do instituto, identificando o contexto no qual ele está inserido, qual seja, o movimento de acesso à justiça.

1.1. Elucidações sobre a assistência jurídica e o acesso à Justiça

No período compreendido entre os séculos XVIII e XIX, a solução das demandas judiciais civis nos Estados liberais retratava a filosofia, fundamentalmente individualista dos direitos, existente na época. Apesar de o acesso à justiça ser considerado um “direito natural”, essa categoria de direitos não reclamava uma ação do poder público para que fosse garantida. Tais direitos eram concebidos como antecedentes ao próprio Estado; sua tutela requeria somente que o poder estatal impedisse sua violação por terceiros. Nessa medida, o Estado assumia um papel passivo quanto a problemas, por exemplo, de as pessoas terem ciência de seus direitos e defendê-los de forma apropriada na prática. Além disso, o Estado não estava preocupado em evitar que a pobreza de sua população fosse um obstáculo para que os indivíduos utilizassem o Poder Judiciário e suas instituições.²⁹²

Ainda nesse período, os juristas, bem como o sistema Judiciário, estavam distantes dos principais problemas da maior parte da população. Os estudos realizados na época eram formalistas, dogmáticos e não se interessavam pelos problemas efetivos do foro cível. No momento em que as demandas e os relacionamentos adquiriram característica mais coletiva do que individual, a concepção individualista dos direitos existente nas “declarações de direitos” dos séculos XVIII e XIX foi abandonada pelas sociedades modernas. O movimento emergente passou então a reconhecer direitos e deveres sociais

²⁹¹ APENAS 10 cidades do Cariri têm Defensoria Pública. Diário do Nordeste, 05 out. 2010. Disponível em: <<http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=862189>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

²⁹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9.

das pessoas, das coletividades, dos governos e associações. Vários desses direitos foram reconhecidos inclusive nos textos constitucionais, dentre os quais citem-se os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Verificou-se que a atuação do poder estatal é imprescindível para garantir efetivamente esses direitos sociais básicos. Deve-se salientar ainda que, nesse contexto, o acesso à justiça deve ser entendido como requisito primordial, sendo o mais básico de todos os direitos humanos, dentro de um ordenamento jurídico que preserve a igualdade e tenha o objetivo de garantir efetivamente os direitos e não somente reconhecê-los em um texto legislativo.²⁹³

O serviço da justiça passa a ser fornecido por uma estrutura cada vez mais diversificada, em virtude da própria diversidade que atinge a vida da sociedade. Em razão disso, Barbosa Moreira afirma que a necessidade da prestação jurisdicional requer gastos excessivamente vultosos para a conservação dessa estrutura. O custo de manutenção desse serviço é, evidentemente, um problema.²⁹⁴

No entanto, continua Barbosa Moreira, a resposta comum a esse tipo de problema é a de pleitear um pagamento para aqueles indivíduos que, em situações concretas, necessitem acionar o Judiciário, ou são convocados por ele. Deve-se salientar que não há como manter gratuitamente a estrutura judicial; é imprescindível que os gastos necessários para a manutenção desse aparelho sejam custeados por alguém. Nesse sentido, pode-se dividir tal incumbência por todos os integrantes da sociedade em geral, recusando a cooperação própria daqueles que utilizam os serviços da estrutura judiciária. Todavia, essa não é a solução comumente adotada. Assim, guardadas as devidas proporções, acaba-se cobrando do usuário do serviço alguma modalidade de contribuição. Cumpre ressaltar que, em certo período da história, até os magistrados exigiam das partes da demanda o pagamento pelos seus serviços; apenas após a Revolução Francesa é que, no mundo ocidental, os magistrados começaram a ser remunerados pelos cofres do Estado, em lugar de exigir das partes uma remuneração pelos serviços executados. Num sistema jurídico como é o caso do brasileiro, em que as partes, exceto em algumas hipóteses, devem estar necessariamente representadas em juízo por advogado, esse problema torna-se ainda maior em decorrência da remuneração necessária a esses profissionais pelos serviços prestados.²⁹⁵

²⁹³Id. Ibid., p. 10-11.

²⁹⁴MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica, cit., p. 122-137.

²⁹⁵MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica, cit., p. 122-137.

Todo esse contexto relaciona-se com o problema de como garantir o acesso à justiça para aquelas pessoas que não possuem condições de arcar com os custos da manutenção de um processo.

A partir da Segunda Guerra Mundial, portanto, as legislações nos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha Ocidental, Canadá e França criaram sistemas jurídicos relevantes, como o *Judicare System*, na Europa; o *Public Salaried Attorney Model* nos EUA; e outros sistemas híbridos na Escócia, Suécia e Irlanda. Apesar das diferenças existentes entre eles, o objetivo comum era de viabilizar o acesso à justiça das pessoas carentes.²⁹⁶

Nessa medida, o problema do acesso à justiça compreende relação profunda entre o processo civil e a justiça social e entre a igualdade jurídico-formal e a desigualdade econômica. No período do pós-guerra, então, ocorreu o reconhecimento nos textos constitucionais dos novos direitos econômicos e sociais de forma simultânea ao desenvolvimento do Estado do bem-estar, o que fez com que o direito ao acesso efetivo à justiça fosse transformado num direito viabilizador dos demais, ou seja, sua violação implicaria a ofensa de todos os outros direitos. Desse jeito, caso os instrumentos necessários para implementar a efetivação do direito de acesso à justiça fossem destituídos, os novos direitos sociais e econômicos transformariam-se em simples declarações políticas, sem função prática nenhuma. Logo, verifica-se que a organização da justiça civil e, em especial, a organização do trâmite processual, não devem estar limitadas apenas aos aspectos técnicos, em que o elemento social constitui fator neutro nesse processo, como acontecia nas concepções da teoria processualista. Assim, deve-se analisar as funções sociais que essas organizações realizam e a maneira como as possibilidades técnicas proporcionam opções favoráveis, ou não, aos interesses sociais diferentes ou até mesmo conflitantes (como, por exemplo, interesses do empregador e trabalhador, proprietário e inquilino, consumidor e produtor, pais e filhos).²⁹⁷

Nessa linha, o acesso à justiça não compreende somente um direito social fundamental que está sendo progressivamente reconhecido; ele consiste também no elemento principal da ciência processual moderna. Sua análise torna necessário que os objetivos e métodos da ciência jurídica sejam expandidos.²⁹⁸

²⁹⁶PINTO, Robson Flores. op. cit., p. 101-119.

²⁹⁷SANTOS, Boaventura de Sousa. O acesso à justiça. In: Associação dos Magistrados Brasileiros (Org.). *Justiça: promessa e realidade o acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. 405-412.

²⁹⁸CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 13.

Em relação à terminologia, a expressão “acesso à justiça” adquiriu o significado que possui hoje a partir dos anos 70. Antes disso, era utilizada para referir-se ao acesso às instituições judiciais do Estado. No discurso jurídico do pós II Guerra Mundial, a expressão aparecia ocasionalmente como uma descrição de metas e benefícios da assistência judiciária ou de meios de atingir-se a igualdade entre as pessoas perante a lei. Na década de 70, todavia, o termo adquiriu um sentido mais amplo: a capacidade de aproveitar as várias instituições, governamentais ou não-governamentais, judiciais ou não-judiciais, em que o requerente deve buscar justiça.²⁹⁹

Essa visão de justiça pautada em várias modalidades e diversas instituições foi cristalizada com o florescimento do “Florence Access to Justice Project”. Esse projeto foi financiado pela “Ford Foundation” (Fundação Ford), a “Italian Research Council” (CNR), e o Ministério da Educação italiano, sob a direção de Mauro Cappelletti. Os resultados desse projeto foram publicados em vários volumes da série “Acesso à Justiça” de 1978 e 1979.³⁰⁰

Resumidamente, Cappelletti identificou, assim, as três “ondas” de soluções criadas para diminuir os obstáculos de acesso à justiça: 1) assistência judiciária; 2) reformas que tiveram por objetivo possibilitar representação jurídica para os interesses classificados como difusos; 3) enfoque no acesso à justiça, que inclui as iniciativas anteriores, mas

²⁹⁹GALANTER, Marc. Access to justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urb. L. J.* v. 37, p. 115-128, 2010.

³⁰⁰CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 13. O autor ainda relembra que a temática do acesso à justiça não surgiu desacompanhada no cenário jurídico. Ela compreende um dos três movimentos que apareceram nos anos 70: estudos jurídicos sobre perspectivas de disputas e estudo sobre os meios alternativos de solução de conflitos (ADR's). No começo, esses três temas estavam bem próximos, eram abordados quase que inseparavelmente, mas com o passar do tempo, cada um deles desenvolveu-se em direções distintas.

Esses três movimentos possuem a mesma descendência, pois surgiram a partir de um movimento maior de expansão dos mecanismos de transparência e dos remédios proporcionados pelas cortes judiciais e governos nos anos entre a II Guerra Mundial e meados da década de 70. O aumento de instrumentos jurídicos, da capacidade das pessoas, a abolição de velhos privilégios e a promoção dos direitos civis permitiram que cidadãos comuns inseridos em novos contextos tivessem acesso e utilizassem a estrutura do Judiciário como nunca antes ocorreu. Nesse contexto, proliferaram programas para financiar a representação legal das pessoas carentes e de grupos sem representação.

Nesse sentido, o tema do acesso à justiça ganhou respeitabilidade e tornou-se presente nas instituições de forma muito rápida. Em 1978, enquanto o projeto “Florence” não havia ainda sido encerrado, o “acesso à justiça” foi adotado como tema da Associação Americana de Advogados (American Bar Association). Desde então, esse tema tornou-se aceito em todas as esferas jurídicas, locais de trabalho, debates acadêmicos e publicações. Além disso, o acesso à justiça também se tornou objeto de programas de fundações não-governamentais, associação de advogados (bar groups), entidades governamentais, tanto por meio de políticas domésticas como por meio de iniciativas no âmbito internacional, bem como, organismos internacionais (por exemplo, Projeto de Desenvolvimento da ONU-United Nation Development Project, Banco Asiático de Desenvolvimento). Para muitos desses patrocinadores, a importância do “acesso à justiça” surgiu ao lado do movimento dos direitos humanos, como se fosse primo deles.

também desenvolve outros métodos que ajudam na eliminação de dificuldades ao acesso à justiça.^{301 302}

Em decorrência de todos esses fatos, verifica-se que o século XX assistiu à transformação do Estado liberal individualista no Estado Social de Direito³⁰³, produto de mudanças profundas nas áreas da política, economia e sociedade. O sistema de liberdades formais do século XIX encontrou-se superado pelas exigências específicas da efetividade, em concreto, dos direitos e garantias que estão assegurados na Constituição. A versão limitada do Estado como um simples administrador passivo e inerte deve abrir espaço para novas concepções que elevem esse Estado à posição de controlador e garantidor concreto dos direitos previstos no texto constitucional, e em especial, dos novos direitos sociais. O amplo programa do Estado do Bem Estar Social (Welfare State) pressupõe de maneira

³⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 31.

³⁰² Embora as duas últimas ondas não sejam relevantes para o presente trabalho, interessante realizar alguns apontamentos para não deixar a matéria sem comentários. A segunda onda, portanto, provocou a reflexão sobre conceitos e noções tradicionais do Direito, principalmente no do Processo Civil e da função dos tribunais. Nessa linha, de forma resumida, podem ser listadas as seguintes inovações trazidas por essa fase de reformas: atribuição a entes públicos já existentes, como por exemplo, o Ministério Público, de legitimidade para representar interesses difusos (ação governamental); admissão de ações ajuizadas por indivíduos na defesa de interesses públicos ou coletivos, como, por exemplo, para questionar e deter certos comportamentos do governo (técnica do procurador-geral privado); reconhecimento de grupos como representantes de interesses difusos ou coletivos (técnica do advogado particular do interesse público) (segunda onda: p. 49-66). Enquanto isso, a terceira onda vai além da atuação da advocacia judicial ou extrajudicial por meio de advogados particulares ou públicos. Ela está focada no complexo de instrumentos e instituições, procedimentos e pessoas envolvidas para evitar conflitos nas sociedades modernas. Essa onda não representa a inutilização dos procedimentos criados nas duas ondas anteriores de reformas, mas consiste em aplicá-los com maiores e melhores meios de serem utilizados adequadamente (terceira onda: p. 68). In CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit.

³⁰³ O Estado liberal consiste em uma forma de Estado surgida no século XVIII que, sob a influência dos princípios jusnaturalistas, encontrou respaldo nas Declarações de Direitos da Revolução Francesa e da Revolução Americana. Seus atributos principais são: 1) consagração dos direitos individuais, que incluem os direitos de liberdade, igualdade, segurança e propriedade; 2) tais direitos são reconhecidos como universais, inatos, inalienáveis e invioláveis; 3) a defesa da liberdade, que é o núcleo desse modelo estatal, compreende no reconhecimento de um espaço de ação destinada a indivíduo e impede a interferência do poder estatal; além disso, há a característica da não intervenção do Estado na atividade econômica, regulada por leis naturais, assim como a participação do indivíduo na formação da vontade estatal; 4) a liberdade é caracterizada como primária e abrange somente as limitações indispensáveis à harmonização com igual liberdade dos demais; 5) tais limitações podem ser realizadas apenas pela lei, que é a expressão da vontade geral; 6) a igualdade consiste na inexistência de privilégios perante a lei; 7) o poder é limitado em virtude do reconhecimento desses princípios e também pela separação dos poderes; 8) legitimação democrática do poder. Por sua vez, o Estado Social de Direito surge coincidindo com a concepção de Estado de Direito, mas possui uma preocupação em harmonizá-la com as exigências da Justiça Social. Nessa medida, o Estado Social de Direito consiste no Estado de Direito, com todas suas características, somadas ao esforço da promoção do bem estar social e na maior participação do indivíduo nos benefícios da comunidade. Assim, deve-se mencionar que os caracteres principais de qualquer Estado de Direito são: 1) império da lei; 2) separação dos poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário; 3) legalidade da Administração, que significa que ela deve atuar de acordo com a lei e sob o controle judicial; 4) direitos e liberdades fundamentais sendo garantidos de forma jurídica e formal e sendo realizados efetivamente. Nesse sentido, o Estado Social de Direito, como é também um Estado de Direito, está submetido a esses atributos, mas possui outros que lhe possibilitam “a harmonização dos postulados mais eminentes do Estado Liberal com as necessidades sociais, econômicas e culturais do homem concreto”. In: VIDAL NETO, Pedro. op. cit., p. 158-166.

explícita e pontual a garantia de acesso irrestrito aos bens em geral e a níveis de saúde, consumo, cultura, lazer e, principalmente, à justiça. Em resumo, uma estruturação da sociedade pelo poder estatal, em que a administração e técnicas eficientes são responsabilidades da “procura existencial”.³⁰⁴ O problema atual, portanto, não consiste em oferecer somente educação, cuidar da saúde, ou proporcionar outro serviço de natureza essencial, mas sim garantir que as pessoas tenham também acesso efetivo à justiça. O significado do termo “efetivo” será analisado com maiores detalhes nos próximos itens.

1.1.1. O Estado de Bem Estar Social e o princípio da igualdade

O Estado de bem-estar social tem sido uma forma política dominante que reveste os Estados democráticos ocidentais desde o final da Segunda Guerra Mundial (e, em alguns casos, já desde a Grande Depressão dos anos 30) até os dias atuais. Mas, acima das peculiaridades que se apresentam em cada um dos países, o Estado de bem-estar está amparado em dois elementos essenciais: a intervenção ativa do Estado na economia e a existência de mecanismos de pacto ou acordo social.³⁰⁵

A intervenção do Estado, ou dos poderes públicos, na atividade econômica se tem materializado, substancialmente, por meio de três vias fundamentais:

- 1) A utilização da política fiscal de raiz keynesiana na consecução dos grandes objetivos macroeconômicos e, principalmente, na luta contra o desemprego;
- 2) A prestação direta de serviços públicos e as políticas de proteção social;
- 3) A implantação de sistemas fiscais de caráter progressivo.³⁰⁶

A este componente essencial, a participação do poder público na atividade econômica, deve-se adicionar um segundo componente básico: a existência de mecanismos de pacto social. Com efeito, o Estado pode desempenhar um papel positivo para alcançar objetivos considerados desejáveis, como são os objetivos de progresso e igualdade, no entanto, esses objetivos não podem ser impostos, mas devem ser alcançados por meio de acordo entre os diferentes setores sociais existentes (basicamente, trabalhadores e

³⁰⁴BERIZONCE, Roberto Omar. Asistencia juridica a los carentes de recursos: de la ayuda caritativa a la cobertura integral de caracter social. *Revista de Proceso*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 106-113, jan./mar. 1987.

³⁰⁵CASTELLS, Antoni; BOSCH, Núria. El futuro del Estado del Bienestar: algunas líneas de reflexion. In: _____; _____ (Dirs.). *El futuro del Estado del bienestar*. Madrid: Civitas, 1998. p. 18.

³⁰⁶CASTELLS, Antoni; BOSCH, Núria. op. cit., p. 18.

empregadores), que negociam inclusive políticas de rendimentos, a saber, a parte que lhes deve corresponder do excedente produzido pela economia. Sob formas mais ou menos institucionalizadas, estes mecanismos de acordo ou pacto social estão presentes em praticamente todos os países democráticos ocidentais, o que permitiu durante esses anos a existência de um consenso social amplamente estendido, que vai além das fronteiras entre as formações políticas de diferentes características em torno de objetivos últimos do Estado do bem-estar. O Estado do bem-estar é mais, desse ponto de vista, que a existência de redes de proteção social. Constitui, assim, esses elementos que poderíamos considerar que compreendem a herança de Beveridge, e mais distante na história, de Bismarck, mas o elemento acrescentado que é imprescindível são as políticas macroeconômicas de raiz keynesiana, e o pacto social (New Deal de Roosevelt). Dessa maneira, o Estado de bem-estar não deve ser definido, como às vezes acontece, em uma perspectiva restritiva que o circunscreve à existência de políticas de proteção social. Certamente é Beveridge. Mas é mais do que isso. É Beveridge mais Keynes mais Roosevelt.³⁰⁷

Nesse sentido, interessante mostrar definição elaborada por T. H. Marshall sobre o Estado do Bem-Estar Social. Segundo o autor, esse Estado é aquele em que o poder organizado é utilizado de forma deliberada, por meio de atividade constantemente empregada para alterar as forças do mercado em, no mínimo, três direções: subsistência, segurança e uma gama de serviços sociais.³⁰⁸

No contexto do problema da representação, o Estado do Bem Estar Social surge a partir da organização democrática de grupos de interesses que exigem do poder estatal a realização de certas prestações. Assim, o Estado deve estar pronto, ter a capacidade para atender as demandas da sociedade, manifestadas pelos seus segmentos organizados. No momento em que o Estado não concede atendimento a essas exigências, pode surgir uma crise de governabilidade, fomentando questionamentos sobre sua legitimidade. Sendo assim, para que essa situação não chegue a concretizar-se, é necessário encontrar medidas que permitam a satisfação dessas demandas pelo poder estatal, inclusive com a instituição de algumas prioridades levando-se em conta as peculiaridades das sociedades atuais.³⁰⁹

³⁰⁷Id. Ibid., p. 18-19.

³⁰⁸MARSHALL, T. H. op. cit., p. 187.

³⁰⁹SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Institucionalização os órgãos de advocacia pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ADVOCACIA PÚBLICA, Instituto de Advocacia Pública, São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 295-299.

Nota-se, em virtude disso, que os problemas enfrentados pelo Estado do Bem Estar Social derivam da experiência democrática que ele propicia, possibilitando que os representantes da sociedade pleiteiem o atendimento de seus interesses. Em decorrência dessa situação, essa modalidade de Estado é conhecida também como “Estado máximo”, levando-se em consideração toda a variedade e complexidade de prestações que deve proporcionar à sociedade.³¹⁰

O processo de evolução do Estado moderno teve continuidade e culminou com o nascimento do Estado Democrático de Direito. Nessa linha, o Estado não oprime mais a sociedade civil, mas estabelece um diálogo com ela tendo como fundamento a participação como elemento imprescindível ao processo democrático. Esse último modelo de Estado, portanto, “fundamenta-se na participação do maior número possível de interessados nas decisões políticas”.³¹¹

Paralelamente a essas considerações a respeito do Estado do Bem Estar Social, cumpre ressaltar que, no âmbito da atuação do Estado Moderno, o princípio da igualdade de tratamento assume relevância ímpar dentre todos os demais que lhe servem de paradigma. Consequentemente, como o Judiciário integra o poder estatal, ele também deve estar atento à aplicação da isonomia, cujas consequências na esfera processual adquirem grande importância para o desenvolvimento harmônico do processo e para que a completa confiabilidade dos jurisdicionados possa ser estabelecida.³¹²

Nesse sentido, a afirmação de que todos são iguais perante a lei prevista no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal significa, inicialmente, a necessidade de igualdade na aplicação de direito. Essa situação continua sendo uma das facetas básicas do princípio da igualdade previsto constitucionalmente, possuindo também papel importante no momento de aplicação da lei pelos tribunais e órgãos da administração pública.

Além disso, deve-se salientar a igualdade material no momento da criação das leis. Como saber que uma lei trata dois indivíduos de forma justa? Canotilho afirma que o princípio da igualdade é violado quando o tratamento desigual aparece de forma arbitrária. A violação arbitrária da igualdade ocorre quando a disciplina jurídica não se firma num

³¹⁰Id. Ibid., p. 297.

³¹¹Id. Ibid., p. 298.

³¹²REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. Assistência judiciária gratuita e *due process of law*: breve estudo das perspectivas de acesso ao Poder Judiciário trabalhista. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ADVOCACIA PÚBLICA, Instituto de Advocacia Pública. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 113-123.

fundamento sério, não possui um sentido legítimo e estabelece uma diferenciação jurídica sem justificativa que seja razoável.³¹³

Verifica-se, portanto, que a igualdade de fato contrapõe-se à igualdade formal e, nesse sentido, a igualdade material pressupõe a redução de diferenças sócio-econômicas entre os cidadãos de acordo com suas necessidades e não de acordo com suas capacidades. Assim, esse segundo aspecto do princípio da igualdade tem por escopo tratar as diferenças sócio-econômicas de maneira eficiente, através de critérios de necessidade, em que a distribuição de vantagens ocorra da forma mais igualitária possível.³¹⁴

Ademais, de acordo com o artigo 3º da Constituição Federal, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais, além da promoção do bem-estar de todos sem qualquer espécie de preconceito ou discriminação, compreendem objetivos essenciais da República. Destarte, para que essas finalidades possam ser atingidas, a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa com o objetivo de garantir-se a todos uma existência digna em conformidade com a Justiça Social (artigo 170, *caput* da Constituição), deve pautar o desenvolvimento da sociedade brasileira. Portanto, tendo em vista esses valores e princípios abrigados na Constituição, fica claro que o Judiciário deve buscar mecanismos para assegurar não apenas a igualdade formal, mas também a igualdade material.³¹⁵

Entretanto, evidente que esse modelo bidimensionalista do princípio da igualdade não é completo. Existe na atualidade um terceiro aspecto desse princípio que corresponde à igualdade de oportunidades. Defender a igualdade de oportunidades, segundo Firmino Alves Lima em estudo sobre o tema, significa ser favorável a uma regra de justiça que prevê as mesmas chances para aquele indivíduo que iniciará uma disputa com outros e que apenas um deles sairá vencedor. Assim, comparativamente, em uma competição que definirá o velocista mais rápido, todos os concorrentes devem ter recebido o mesmo treinamento ou as mesmas oportunidades de preparação para que ao final da corrida vença aquele que realmente soube utilizar melhor do preparo recebido.³¹⁶

Na concepção de igualdade formal aplicada a esse exemplo, basta que todos os concorrentes estejam localizados no mesmo ponto de início e percorram o mesmo trajeto

³¹³CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 389-391.

³¹⁴LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 56-58.

³¹⁵REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. op. cit., p. 113-123.

³¹⁶LIMA, Firmino Alves. op. cit., p. 58.

até a chegada da linha final, não tendo relevância se os competidores tiveram treinamentos diferenciados ou oportunidades distintas para se prepararem para a disputa. Nessa visão liberal de igualdade, a preocupação deve ser apenas em assegurar que todos os participantes iniciem a corrida do mesmo ponto de partida.³¹⁷

O conceito de igualdade de oportunidades não pode ter a intenção de amparar somente aquelas pessoas que potencialmente venham a sofrer discriminação. Fundamentado por esse princípio, novas desigualdades devem ser utilizadas para reverter proporcionalmente as condições históricas que colocaram um indivíduo em situação desigual a outro. O objetivo dessa terceira dimensão do princípio da igualdade é criar uma sociedade mais igualitária com a redução de desigualdades fáticas através da produção de novas desigualdades. Sendo assim, conclui Firmino, verifica-se que a noção igualitária baseada na igualdade de oportunidades corresponde a uma igualdade real de condições no final de uma competição e não no início dela. Portanto, para que a igualdade material ou real seja atingida necessita-se de uma ação afirmativa que trate os desiguais na medida de suas desigualdades com o intuito de conceder aos menos favorecidos social, cultural ou economicamente as mesmas condições fáticas e não apenas jurídicas que os mais favorecidos possuem. Para tanto, as desvantagens dos menos favorecidos devem ser identificadas e reconhecidas para que recursos possam ser-lhes disponibilizados com o objetivo de garantir-lhes as mesmas condições que os favorecidos têm ao participarem de uma competição. Logo, de acordo com esse contexto, é plenamente aceitável e desejável que as políticas de ações afirmativas sejam desenvolvidas e implementadas como meio de obtenção da igualdade.³¹⁸

Na esfera jurisdicional, o princípio da igualdade assume importância, por exemplo, através da igualdade de acesso aos tribunais, como também na igualdade diante dos tribunais, o que significa dizer que no curso do processo deve existir a igualdade de armas ou igualdade processual. Nessa linha, Jorge Miranda identifica os seguintes problemas de igualdade que podem surgir quando a função jurisdicional é exercida:

- a) no acesso aos tribunais;
- b) no uso dos instrumentos de iniciativa processual;
- c) na prática dos atos próprios das fases diferentes do processo;

³¹⁷Id. Ibid., p. 59.

³¹⁸Id. Ibid., p. 59-60.

- d) no exercício do contraditório;
- e) no conhecimento e na efetivação das decisões;
- f) nos recursos, nas reclamações e noutras modalidades de impugnação;
- g) nos meios de efetivação dos direitos declarados por decisões com trânsito em julgado.³¹⁹

Além da igualdade jurídico-formal, aparecem também problemas que devem ser resolvidos, mas que estão relacionados a desigualdades econômicas e sociais e à eliminação de barreiras físicas e psíquicas. E os direitos e deveres inerentes a esse princípio apresentam-se sob natureza distinta, uns como direitos substantivos, outros como direitos processuais; e o princípio é compreendido por si mesmo, bem como fator de valorização de outros dispositivos constitucionais.³²⁰

Dessa forma, sustenta o autor, as partes que acionam o Judiciário em busca da solução de um conflito devem ser colocadas em total igualdade de condições; nesse sentido, o princípio do contraditório, a repartição do ônus da prova, as demais normas que asseguram a proteção dos incapazes apresentam-se com relevância acentuada. O princípio da igualdade de armas compreende o equilíbrio entre as partes quando elas necessitam elaborar e demonstrar suas teses através dos instrumentos processuais aptos a isso, e, apesar de pressupor uma identidade formal de medidas, essa situação requer que autor e réu sejam dotados dos mesmos direitos processuais e dos mesmos ônus e cominações na medida em que a posição dessas partes no curso do processo for equiparável. Esse princípio veda a prática de discriminações em razão da natureza subjetiva das partes da demanda.³²¹

Em relação à distribuição do ônus da prova como instrumento para garantir-se a igualdade das partes num contexto de efetivação dos direitos fundamentais, algumas breves considerações merecem ser feitas.

No processo trabalhista, o artigo 818³²² da CLT traz regra completamente inapropriada para assegurar a igualdade real entre as partes, principalmente nas relações entre empregado e empregador em que há clara situação mais vantajosa desse último para a

³¹⁹MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4, p. 271.

³²⁰Id. Ibid., p. 271-272.

³²¹Id. Ibid., p. 272.

³²²Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

produção de provas. Em função disso, o artigo 333³²³ do Código de Processo Civil é comumente utilizado no processo laboral, trazendo regra mais atualizada que a contida no texto consolidado. Mesmo assim, esses dois dispositivos legais constituem exemplos da Teoria Estática de distribuição do ônus da prova, pois as regras para essa distribuição estão fixadas *a priori*, não sendo concedida ao juiz a faculdade de distribuí-las de acordo com o caso concreto.

De forma contrária, a União Europeia concede tratamento mais adequado ao tema, sendo interessante trazer alguns exemplos no intuito de incentivar-se uma mudança na disciplina do assunto no Brasil. Nesse sentido, a Diretiva 2006/54/CE, de 5 de Julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao acesso ao emprego e à atividade profissional, dispõe o seguinte:

Art. 19. 1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias, em conformidade com os respectivos sistemas jurídicos, para assegurar que quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de fatos constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

2. O n.º 1 não obsta a que os Estados-Membros imponham um regime probatório mais favorável à parte demandante.³²⁴

Note-se que mesmo o item 1 desse artigo trazendo regra protetiva ao autor da ação, os Estados-Membros ainda poderão instituir regra mais favorável àquele que sofreu a discriminação profissional em virtude do sexo.

Além desse diploma, convém destacar alguns trechos da Diretiva 2000/43/CE, de 29 de Junho de 2000, que regula a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre

³²³Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

³²⁴COMISSÃO PARA IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202006-54.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2011.

as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica. Sendo assim, o item 15 do documento, ainda na parte dos considerandos, dispõe que:

A apreciação dos fatos dos quais se pode deduzir que houve discriminação direta ou indireta é da competência dos órgãos judiciais, ou outros órgãos competentes, a nível nacional, de acordo com as normas ou a prática do direito nacional. Essas normas podem prever, em especial, que a determinação da discriminação indireta se possa fazer por quaisquer meios de prova, incluindo os estatísticos.

Verifica-se, portanto, que a União Europeia chega a admitir inclusive dados estatísticos para que seja provada discriminação em função da diferença de origem racial ou étnica. Além disso, o mesmo documento legal permite que associações ou entidades jurídicas intervenham em processos em que se discute esse tipo de discriminação para auxiliar a vítima a defender-se, conforme item 19 a seguir transcrito:

As pessoas que tenham sido objeto de discriminação baseada na origem racial ou étnica devem dispor de meios adequados de proteção jurídica. Além disso, a fim de garantir um nível de proteção mais eficaz, devem ser cometidas às associações ou entidades jurídicas competências para, nos termos determinados pelos Estados-Membros, intervir em processos judiciais, em defesa ou apoio de qualquer vítima, sem prejuízo das normas processuais nacionais relativas à representação e defesa em tribunal.

Para finalizar, o artigo 8º do documento analisado também atribui à parte demandada provar que não houve discriminação em virtude de diferença de origem racial ou étnica:

Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias, de acordo com os respectivos sistemas judiciais, para assegurar que, quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de fato constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.³²⁵

Esses breves exemplos expostos demonstram como um tratamento dinâmico da distribuição do ônus da prova pode resultar na proteção efetiva daqueles que se encontram em situação de desvantagem numa relação jurídica material e também processual.

³²⁵EUR-LEX. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:PT:NOT>>. Acesso em: 27 maio 2011.

Consequentemente, tal tratamento contribui para concretização do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais que lhes são inerentes.

Constata-se, assim, que a função da assistência jurídica aos necessitados está completamente relacionada ao problema do princípio da igualdade diante do exercício da função jurisdicional. Por meio desse instituto, como será estudado com maiores detalhes nos itens seguintes, busca-se a eliminação das desigualdades econômicas e sociais das partes, garantido-lhes paridade de armas no curso de uma demanda judicial, o que, por sua vez, assegurará uma resposta justa do Poder Judiciário na solução do conflito que lhe foi apresentado.

1.1.2. Obstáculos no acesso à justiça

Inicialmente, cumpre estudar de forma sistemática e empírica os entraves ao acesso à justiça encontrados pelas pessoas carentes de recursos econômicos com o objetivo de sugerir soluções que possam auxiliar na resolução do problema.

Dessa forma, Cappelletti enumera alguns obstáculos existentes ao acesso à justiça, quais sejam: a) custas judiciais³²⁶; b) possibilidades das partes³²⁷; c) problemas especiais com interesses difusos^{328, 329}.

³²⁶Em relação às custas judiciais, o autor afirma que a solução de conflitos nos tribunais ainda é muito cara na maioria dos países. Dentre todas as despesas que envolvem a manutenção de um processo judicial, os honorários advocatícios compreendem a despesa mais importante e criam, evidentemente, uma dificuldade para o acesso à justiça.

Além disso, cumpre salientar que as causas que envolvem pequeno valor são aquelas mais prejudicadas pelos altos custos judiciais, pois é comum que tais custos excedam o valor objeto da demanda, transformando a controvérsia em algo desinteressante de ser submetido à análise de um tribunal.

Por fim, é ressaltado que o tempo gasto na espera por uma solução dada pelo Judiciário também constitui outro elemento que influencia os custos de uma demanda. Ele pressiona principalmente as partes economicamente fracas a desistirem do processo ou a concordarem com acordos cujos valores são muito baixos comparados com os que eles realmente teriam direito.

³²⁷As partes que possuem mais recursos financeiros entram numa disputa judicial em vantagem sobre as outras, pois elas, além de terem condições de pagar para litigar, toleram com menos dificuldades o tempo necessário para a solução final do processo.

Ademais, em razão dos recursos financeiros que possuem, elas possuem mais oportunidades de terem conhecimento dos direitos que as protegem e de como devem proceder para ajuizar uma ação. São vantagens que os recursos financeiros proporcionam às pessoas físicas e jurídicas.

Por último, o autor aponta que os litigantes “habituais” possuem mais vantagens que os “eventuais” numa controvérsia na Justiça. O critério utilizado para essa classificação é a frequência com que as partes têm contato com o Judiciário. Assim, arrola-se as seguintes vantagens dos litigantes “habituais”: 1) adoção de melhores estratégias relacionadas ao processo em virtude da maior experiência e contato com o Direito; 2) têm “economia de escala” pois possuem mais processos; 3) possuem maiores chances de criarem relações informais com as pessoas que integram a máquina do Judiciário; 4) têm a possibilidade de dissipar os riscos do litígio quanto maior for a quantidade de casos; 5) podem experimentar estratégias diferentes em alguns processos como forma de descobrir estratégias mais favoráveis.

Com alguns elementos em comum aos estudos de Cappelletti, Boaventura de Sousa Santos identifica três espécies de obstáculos ao acesso à justiça: a) econômicos³³⁰, b) sociais e c) culturais.³³¹

No presente estudo, em virtude da relação com o tema da assistência jurídica, torna-se pertinente analisar com maiores detalhes os entraves sociais e os culturais. Assim, deve-se levar em conta principalmente a situação das pessoas carentes de recursos econômicos. Logo, com base nos estudos realizados por Sousa Santos, verifica-se que o afastamento dos indivíduos em relação à administração da justiça é maior na medida em que o segmento da sociedade a que pertence a pessoa é mais baixo, e, além disso, essa distância não possui como origem somente condicionantes econômicos, mas também condicionantes culturais e sociais, mesmo que um deles possa estar mais associado a desigualdades econômicas do que outros. Em relação a essa situação, devem ser realizados três apontamentos. O primeiro deles consiste no fato de que os indivíduos com menor renda, geralmente, conhecem menos seus direitos e, dessa maneira, encontram mais dificuldades para identificar um problema que os prejudica como um problema jurídico. Nesse contexto, eles podem desconsiderar os direitos que estão envolvidos numa determinada situação ou desconsiderar as oportunidades de restauração jurídica. Em segundo lugar, deve-se mencionar o fato de que mesmo que a pessoa identifique um problema como jurídico, ou seja, que ocorreu uma ofensa a um direito seu, é imprescindível que ela tenha disponibilidade para ajuizar a demanda. Estudos mostram que as pessoas de mais baixa

³²⁸ Interesses difusos são aqueles classificados como fragmentados ou coletivos, como, por exemplo, direito ao meio ambiente saudável, tutela dos consumidores. As dificuldades que esses interesses apresentam ocorrem em razão de sua própria natureza difusa, sendo basicamente duas principais: poucas são as entidades com possibilidades reais de litigarem contra violações desses interesses e, no caso de a demanda poder ser ajuizada por uma única pessoa, o prêmio pela vitória no processo judicial é muito pequeno para incentivar essa pessoa a ter a iniciativa de ajuizar a ação.

³²⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 19-26.

³³⁰ Em relação aos óbices econômicos, constatou-se que nos países capitalistas em geral os custos necessários para manter uma demanda no Judiciário eram muito altos quando comparados com o valor da ação e, além disso, esse custo aumentava na proporção em que diminuía o valor da causa. Na Alemanha, por exemplo, foi observado que o custo para manter uma causa de valor médio na Justiça na primeira instância de recurso era próximo da metade do valor da causa. Na Inglaterra, em aproximadamente um terço das demandas que tiveram contestação os custos do processo superaram o valor da causa. Na Itália, nas demandas com valor elevado os custos podem chegar a 8,4% do valor da causa, ao passo que nas causas de pequeno valor esse percentual chega a 170%. Os dados desses estudos apontam que a justiça civil é custosa para todas as pessoas de uma forma geral, mas principalmente ela é proporcionalmente mais custosa ainda para os indivíduos desprovidos de recursos econômicos.

Deve-se salientar ainda que esse obstáculo econômico torna-se maior na medida em que um outro fator passa a fazer parte da análise: o tempo gasto para a decisão final do processo. Como a regra é que o trâmite dos processos seja demorado, esse fator deve ser visto como um custo econômico adicional à litigação e constitui obstáculo ainda mais grave para os indivíduos de menor poder aquisitivo.

³³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., p. 405-412.

renda têm muito mais dúvidas se irão ou não acionar o Judiciário do que as outras pessoas, mesmo que elas estejam conscientes de que o problema que as atinge envolve questões legais. Por fim, constata-se que a identificação de um problema como um problema jurídico e a vontade de acionar o Judiciário para solucioná-lo não são o bastante para que essa situação se concretize. Quanto mais pobre é o segmento social do indivíduo, maior é a probabilidade de ele não conhecer um advogado ou ter amigos que conheçam esses profissionais, e é ainda maior a distância física entre o local em que ele mora e trabalha das regiões onde estão localizados os escritórios de advocacia e os tribunais.³³²

Especificamente quanto aos óbices culturais, Jorge Miranda sustenta que a primeira maneira de se proteger os direitos compreende o seu conhecimento. Apenas aquelas pessoas que têm ciência dos seus direitos reúnem condições de fruir e gozar dos bens correspondentes a esses direitos e conseguem identificar os prejuízos que lhes atingem no momento em que tais direitos sofrem limitações ou são ofendidos.³³³

Sendo assim, essas barreiras, especialmente o desconhecimento do direito e dos mecanismos judiciais, constituem sérios obstáculos no acesso à Justiça. A desproteção na defesa dos direitos passa muitas vezes pela própria ignorância das prerrogativas legais, a desconfiança no sistema de justiça e em seus operadores, gerada quase sempre pelo formalismo exacerbado e a sacralização dos processos. A superação dos complexos problemas oriundos do desconhecimento dos direitos deve vir de uma adequada aplicação de técnicas modernas de publicidade e comunicação social. Nesse terreno, a difusão de mensagens simples e eficazes tendem a internalizar aquela situação de igualdade, destruindo conceitos errôneos sobre a imagem da justiça e do rol de magistrados e advogados; e, sobretudo, contemplar orientação jurídica e solucionar a ignorância da lei enquanto se mantém a injusta regra que a considera conhecida por todos.³³⁴

Na tentativa de superar tanto esses entraves culturais como obstáculos de outra natureza, a legislação brasileira previu uma série de medidas para possibilitar o acesso à justiça. Dentre essas medidas, pode-se citar a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, regulamentados pela Lei nº. 9.099/1995, que revogou as Leis nº. 4.611/1965 e 7.244/1984 sobre o mesmo tema; a defesa em juízo de interesses difusos por meio da ação

³³²SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., p. 408-409.

³³³MIRANDA, Jorge. op. cit., 3. ed., t. 4, p. 254.

³³⁴BERIZONCE, Roberto Omar. Coloquio sobre la administracion de justicia en Iberoamerica: algunos obstaculos al acceso ala justicia. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Santa Fé de Bogotá, v. 2, n. 12/13, p. 11-38, 1992.

civil pública prevista pela Lei nº. 7.347/1985; e também a defesa de interesses difusos e coletivos dos consumidores por meio da Lei nº. 8.078/1990. Para impedir que a ausência de recursos financeiros obstaculize o indivíduo a acionar o Poder Judiciário, a Constituição de 1988 prevê que o Estado proporcione assistência jurídica integral e gratuita a essas pessoas, e a legislação infraconstitucional, desde 1950, por meio da Lei nº. 1.060, possibilita que as pessoas desprovidas de recursos ingressem em juízo.³³⁵

Além dessas medidas e em consequência delas, o poder estatal desenvolveu algumas iniciativas: 1) criação da Defensoria Pública; 2) possibilidade de a parte comparecer em juízo desacompanhada de advogado em processos judiciais específicos; 3) delegação ao sindicato do dever de prestar assistência judiciária aos integrantes da categoria profissional, nas demandas trabalhistas.³³⁶

Após a identificação dos entraves ao acesso à justiça e de algumas medidas adotadas e desenvolvidas pelo ordenamento jurídico brasileiro no intuito de eliminar essas barreiras, cumpre salientar, primeiramente, que aumentar os recursos disponíveis para a assistência judiciária não soluciona totalmente o problema de acesso à justiça. Sendo assim, são necessárias mudanças normativas, estruturais e institucionais, que envolvem não somente questões relacionadas com os recursos financeiros destinados aos programas de assistência jurídica, mas também formulação de políticas e pesquisas sobre as pessoas que necessitam dessa espécie de assistência.³³⁷

Além disso, formar consciência entre os destinatários e os próprios operadores deve ser, na atual etapa, uma tarefa primordial. Deve ganhar espaço, cada vez mais, a ideia do efetivo acesso à justiça concebida não como uma simples abstração, mas como uma concreta necessidade que deve ser satisfeita inadiavelmente. Todos os homens, e principalmente os envolvidos com o Judiciário e com a política judicial devem abraçar esse desafio. Do contrário, continuar-se-á aprofundando a desconfiança no Direito e em seus operadores e difundir-se-á mais ainda a crença comum na inutilidade do aparato da Justiça, que não presta serviço para muitos na proteção efetiva dos direitos proclamados pela lei.³³⁸

³³⁵MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 25-26.

³³⁶PIRES, Eduardo Rockenbach. O direito fundamental à assistência jurídica gratuita e a súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*, Campo Grande, n. 11, p. 81-89, 2006.

³³⁷NOCKLEBY, John T. Access to justice: it's not for everyone. *Loyola of Los Angeles Law Review*, v. 42, p. 859-868, 2008-2009.

³³⁸BERIZONCE, Roberto Omar. Coloquio sobre la administracion de justicia en Iberoamerica: algunos obstaculos al acceso ala justicia, cit., p. 11-38.

Em complemento a essas questões, deve-se ponderar também que o recente aumento de litigiosidade na esfera do sistema nacional de justiça verificado pelo número de ações distribuídas têm colocado em evidência a cultura extremamente adversarial da sociedade brasileira. Nessa medida, aqueles que acessam a via judicial suportam as dificuldades inerentes a um sistema marcado pela lógica adversarial. Não é comum que os profissionais do direito estejam dotados de habilidades específicas para a condução de processos que culminarão com o consenso entre as partes. De forma oposta, o que se identifica, em geral, é a utilização de técnicas persuasivas, prejudicando a qualidade dos acordos obtidos. Nesse contexto, mesmo que o aparato judiciário tente modernizar sua estrutura – recursos humanos, materiais, normativos e tecnológicos – tais iniciativas não são suficientes para acompanhar o aumento da litigiosidade ocorrida nas últimas décadas no Brasil. Assim, para que o sistema judicial possa operar com eficiência, é necessário o desenvolvimento, em complemento à prestação jurisdicional, de um sistema de múltiplas portas, capaz de proporcionar meios de resolução de conflitos voltados à implementação do consenso.³³⁹

Dessa forma, o acesso à Justiça pode ser facilitado por meio da instituição e do desenvolvimento de estruturas alternativas à solução de conflitos, sendo recomendado, inclusive, pelas Nações Unidas. Nesse sentido, a Resolução n. 26 de 28 de julho de 1999 do Conselho Econômico e Social da ONU determinou expressamente que os Estados implementassem, paralelamente aos respectivos sistemas judiciais, o desenvolvimento dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos, conhecidos pelo nome em inglês *Alternative Disputes Resolutions* (ADRs).³⁴⁰

Nesse contexto, os mecanismos alternativos de solução de conflitos são, basicamente, a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

A negociação é a modalidade mais antiga e mais difundida de administração de conflitos. Na linguagem processual, a autocomposição é o mecanismo que corresponde à negociação. Significa o tratamento do conflito de forma direta por aqueles que figuram

³³⁹ ANDRIGHI, Nancy, FOLEY, Gláucia Falsarella. Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 jun. 2008. Tendências e Debates.

³⁴⁰ FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. Mediação de conflitos: (justiça pública não-judiciária e promoção da cultura da paz). *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 205-254, jul./dez. 2006.

como os protagonistas da disputa. Insta lembrar que as partes resolvem o conflito sem a ajuda de qualquer terceiro.³⁴¹

A conciliação, enquanto isso, constitui um procedimento informal em que um terceiro neutro intervém no conflito para ajudar as partes a chegarem a um consenso. No âmbito do Direito do Trabalho, a Recomendação nº. 92 da OIT prevê a conciliação como forma judicial e extrajudicial de solução de controvérsias.³⁴² No ordenamento jurídico brasileiro, são vários os exemplos de previsão da conciliação, como por exemplo, no artigo 331³⁴³ do Código de Processo Civil e artigos 846³⁴⁴ e 850³⁴⁵ da CLT. Todos esses exemplos são casos de conciliação judicial. A CLT, todavia, também abriga exemplo de conciliação extrajudicial, como é o caso da Comissão de Conciliação Prévia previstas nos artigos 625-A a 625-H do texto consolidado.

No âmbito da Justiça do Trabalho, a conciliação possui papel de destaque, pois conforme Relatório Geral da Justiça do Trabalho, em 2010, o percentual médio de conciliações nas varas do trabalho foi de 43,4%; em complemento, 349 varas (25,3% do total de varas instaladas) e 10 Postos Avançados apresentaram índice de conciliação maior ou igual a 50,0%.³⁴⁶ Num contexto de busca de maior celeridade do trâmite dos processos e maior agilidade na prestação jurisdicional, os índices de conciliação na Justiça do Trabalho se justificam e podem até ser motivo de comemoração. No entanto, não se deve deixar de lado uma análise crítica desses dados, levando em consideração, por exemplo, a pressão que muitos magistrados realizam em audiência para que as partes aceitem um acordo, evitando-se, assim, trabalho futuro para o próprio magistrado e sua equipe, bem

³⁴¹Id., loc. cit. A autodefesa por vezes é classificada como hipótese de solução ou composição extrajudicial do conflito. No entanto, o autor, com razão, não adota essa classificação, pois essa forma de solução de disputa implica no “reconhecimento, pelo sistema jurídico, do direito de imposição ou de resistência, aos atores privados, na promoção ou proteção dos próprios interesses”. Constituem exemplos dessas hipóteses excepcionais o exercício da legítima defesa, na esfera do direito penal, o da greve, no plano das relações de trabalho. Por implicar no exercício de poderes de uma das partes na imposição à parte contrária de seus próprios interesses, essa ferramenta não pode, assim, ser classificada como forma de promover-se a justiça não-judiciária ou incentivar-se a cultura da paz.

³⁴²LEVY, Maurício Rodrigo Tavares. *Mediação de conflitos trabalhistas e promoção de direitos humanos*. 2009. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 26.

³⁴³Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

³⁴⁴Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

³⁴⁵Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

³⁴⁶TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2011.

como o papel que a conciliação realizada nas audiências desempenha evitando aventuras judiciárias pelas partes.

Também deve ser lembrado que a diferenciação conceitual entre conciliação e mediação é comum na literatura sobre meios alternativos de solução de conflitos. Nessa linha, a conciliação corresponde à facilitação no estabelecimento do diálogo e do entendimento, limitado, sob o viés objetivo, a questões tópicas ou externas do conflito (por exemplo, a finalidade de buscar apenas a realização de um acordo judicial em uma ou algumas demandas ajuizadas); não existe o objetivo de trabalhar a relação intersubjetiva que deu origem ao conflito. A conciliação, assim, pode estar resumida (mesmo que não se resume) à elaboração de acordos que estejam limitados a fatores exteriores e/ou parciais e poderá ter sucesso, mesmo que dela não decorra qualquer modificação nas relações intersubjetivas que deram origem ao conflito.³⁴⁷

Enquanto isso, a mediação consiste no método em que o mediador, terceiro estranho ao conflito, “aproxima e instiga as partes à pacificação”.³⁴⁸ Nesse contexto, a mediação possui dois requisitos essenciais: 1) é obrigatório que na mediação não exista poderes decisórios atribuídos ao terceiro (condição que também pode ocorrer, embora em regra não ocorra na conciliação); 2) a mediação necessariamente envolve mecanismo de intervenção na relação intersubjetiva que originou o conflito, podendo ser realizada com algum êxito, ainda que dela não derive necessariamente resultados integrais de entendimento e de acordo.³⁴⁹

No contexto de ampliação do acesso à Justiça e iniciativas do Governo para auxiliar esse movimento, foi criada a Secretaria de Reforma do Judiciário, ligada ao Ministério da Justiça, com a finalidade de promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas referentes à reforma do Poder Judiciário. Essa ampliação está sendo alcançada com o estímulo a uma série de medidas, dentre elas pode-se citar o Programa Nacional de Segurança com Cidadania – Pronasci, que concentra uma de suas ações no projeto de capacitação em direitos humanos e mediação para profissionais do Direito. Esta última ação objetiva formar parceria com as Escolas Superiores para capacitação de profissionais

³⁴⁷FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. op. cit., p. 205-254.

³⁴⁸DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 1373.

³⁴⁹FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. op. cit., p. 205-254.

do sistema de justiça (membro Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública) em temas de direitos humanos e mediação pacífica de conflitos.³⁵⁰

Por fim, o último mecanismo alternativo de solução de controvérsia que merece destaque é a arbitragem. A decisão da arbitragem é a proferida no laudo arbitral que é elaborada pelo árbitro, terceiro estranho à relação entre os sujeitos em conflito e, normalmente, eleito por eles.³⁵¹ Essa decisão deve ser obrigatoriamente cumprida pelas partes, pois elas optaram resolver o conflito por meio desse mecanismo. Logo, o árbitro dará uma solução definitiva para o caso que poderá ser implementada coercitivamente. Como as partes optam pela arbitragem, os conflitos que podem ser submetidos a esse mecanismo apenas são aqueles oriundos de direitos patrimoniais disponíveis, como determina o artigo 1º da Lei nº 9.307/1996.³⁵² O árbitro não reduz suas atividades à aproximação das partes (como na mediação) ou oferecendo soluções para o conflito (como na conciliação): ele elabora uma decisão que pode ser executada coercitivamente inclusive.³⁵³

Verifica-se, portanto, que existe uma série de iniciativas e instrumentos capazes de auxiliar a eliminação dos obstáculos no acesso à Justiça, soluções essas que podem inclusive ser implementadas fora do âmbito do Poder Judiciário. Essas considerações gerais sobre o assunto foram necessárias para contextualizar o tema da assistência jurídica que está vinculado à questão do acesso à Justiça, podendo-se, a partir de agora, estudar de modo mais específico o instituto da assistência jurídica.

1.2. Breve histórico do instituto da assistência jurídica

1.2.1. Surgimento e desenvolvimento da assistência jurídica

Apenas a título de curiosidade, cumpre mencionar que o germe da assistência jurídica pode ser encontrado no período do Império Romano na Antiguidade, quando o Imperador Constantino (século III e IV d.C.) foi o primeiro governante a estabelecer que as

³⁵⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Reforma do Judiciário. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/reforma/data/Pages/MJ123F2D72ITEMID6DD8023789EE4DE69B639AEAAE6ABC03PTBRIE.htm>>. Acesso em 16 jun. 2011.

³⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. op. cit., p. 1376.

³⁵² Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

³⁵³ LEVY, Maurício Rodrigo Tavares. op. cit., p. 30-31.

pessoas pobres não precisariam pagar custas e que seriam defendidas de forma gratuita. Assim, suas demandas precisariam ser levadas diante do próprio imperador em primeira instância. Nesse sentido, deve-se atentar para o fato de que essa isenção de taxas concedida aos pobres é compreendida hoje como o benefício da justiça gratuita. Somente em seguida, com o Imperador Justiniano (século V e VI d. C.), é que surgiu a assistência judiciária, enquanto patrocínio gratuito de demandas. Foi Justiniano, portanto, quem agregou ao Direito Romano a praxe de conceder advogado às pessoas que não o tivessem, fazendo a assistência judiciária tornar-se uma obrigação do poder estatal. Essa característica foi sendo absorvida paulatinamente pelo direito europeu.³⁵⁴

Além do exemplo romano, Robson Flores Pinto lembra que em Atenas, a cada ano, eram designados dez advogados para defender os interesses dos pobres diante dos julgamentos civis e criminais. Além disso, continua o autor, com o surgimento do cristianismo e, conseqüentemente, do incentivo à prática da caridade, o costume de se defender os pobres foi difundido e, nessa linha, criou-se o dever imposto aos advogados de defendê-los diante dos juízes sem a cobrança dos honorários. Na Idade Média, podem-se citar vários exemplos em que foram criados sistemas específicos de ajuda legal às pessoas pobres: a Inglaterra, há mais de oito séculos; a França, desde o governo de São Luiz IX (1214 – 1270); os Estados Sardos, compreendidos pela Sardenha, Saboia, Saluces, Montferrato, Nice e Gênova, em 1477, Amadeu VIII regulamentou o sistema; a Espanha, desde o governo de Fernando e Isabel; Portugal, desde 1440 com a promulgação das “Sietes Partidas”; e no mesmo sentido, a Escócia.³⁵⁵

Alguns séculos mais tarde, e o instituto da assistência jurídica continuou desenvolvendo-se de forma mais ampla, abrangendo várias situações e vantagens para seus beneficiários. Para começar uma análise um pouco mais detalhada, deve-se eleger um fato que contenha certa importância para a questão. Nesse sentido, assume relevância a Carta de Direitos nos Estados Unidos como documento importante historicamente que deu origem às dez primeiras emendas à Constituição norte-americana de 1787, publicadas em 1791. Assim, deve-se ressaltar o quinto preceito da Carta de Direitos que guarda total relação com o acesso à justiça e à assistência judiciária: “V – direito a julgamento público

³⁵⁴ROCHA, Alexandre Lobão. op. cit., p. 127-137.

³⁵⁵PINTO, Robson Flores. op. cit., p. 101-119.

e rápido por júri imparcial do Estado e distrito em que o crime tenha sido cometido, com direito a provas de defesa e assistência de um advogado”.³⁵⁶

Em 22 de janeiro de 1851, a França publicou seu primeiro Código de Assistência Judiciária empregando essa expressão para designar o serviço público de fornecimento de assistência judiciária ao cidadão, sendo que a expressão foi substituída hoje pelo termo “jurídica”, que é mais amplo e adequado, como será demonstrado nos próximos itens.³⁵⁷

1.2.2. Assistência jurídica no século XX

No curso do século passado, várias medidas foram tomadas envolvendo a assistência jurídica para garantir o acesso dos necessitados à justiça. Nessa linha, a solução comumente utilizada foi conferir aos advogados o dever honorífico (*munus honorificum*) de oferecer seus serviços às pessoas pobres quando acionados, sem que eles exigissem o pagamento de honorários advocatícios para isso. Consequentemente, por razões óbvias, esse modelo tornou-se infrutífero. Além dessa medida, que, apesar de seu grande valor moral, se mostrou insuficiente para solucionar o problema, outras práticas começaram a ser desenvolvidas, como, por exemplo, os advogados, como profissionais liberais, passaram a patrocinar as causas das pessoas desprovidas de recursos econômicos por meio de remuneração custeada pelo poder estatal. Dessa maneira, os governos começaram a implementar algumas mudanças. Entre 1919 e 1923, a Alemanha começou a estruturar um novo modelo de assistência judiciária em que o Estado remunerava os advogados que prestassem essa assistência a todos aqueles que solicitassem o serviço.³⁵⁸

Essa alternativa foi adotada em alguns países de forma pontual, mas foi somente na Inglaterra, em 1949, com o *Legal Aid and Service Scheme*, que ficou sob a responsabilidade da *Law Society*, é que tal prática foi sedimentada. Por meio dessa lei, foi criado um sistema em que os advogados que se habilitassem a prestar serviços de assistência judiciária e de consultoria eram remunerados pelo governo através de um fundo administrado pela *Law Society*. A partir dessa iniciativa ficou consagrado um alargamento do âmbito de assistência oferecida às camadas mais pobres da sociedade, sendo que tal modelo passou a ser adotado em vários outros países, como o Canadá e a Suécia. Outra

³⁵⁶ROCHA, Alexandre Lobão. op. cit., p. 127-137.

³⁵⁷MORAES, Humberto Peña de. Democratização do acesso à justiça: assistência jurídica e defensoria pública. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Org). *Justiça: promessa e realidade. O acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. 333-364.

³⁵⁸CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 32.

medida apresentada para tentar resolver o problema foi a instituição de órgãos públicos que oferecessem diretamente, por meio de advogados funcionários do Estado, os serviços de assistência consistentes no patrocínio de causas judiciais e no assessoramento de dúvidas, atividade semelhante à de consultoria. Todas essas soluções podem ser adotadas pelos ordenamentos jurídicos de cada país individualmente ou podem coexistir, conforme a necessidade de cada comunidade. Cumpre salientar ainda um ponto em relação ao sistema em que os advogados, enquanto profissionais liberais, são remunerados pelos cofres públicos por prestarem os serviços de assistência: os advogados em geral não são muito simpáticos a esse modelo em virtude de encontrarem-se submetidos à ingerência do poder estatal, pois eles receiam que a profissão seja burocratizada e que seja submetida a algum interesse de natureza política.³⁵⁹

No transcorrer da década de 60, como aponta Cappelletti, a consciência social que surgia fez com que a assistência jurídica fosse colocada como uma das prioridades das reformas judiciárias. A contradição entre o acesso efetivo à justiça e os modelos defasados de assistência jurídica até então existentes tornaram-se cada vez mais inaceitáveis.³⁶⁰

Nos Estados Unidos da América, a reforma teve início em 1965 com o *Office of Economic Opportunity (OEO)* e prosseguiu em outros países. A França, em 1972, deixou de utilizar seu modelo de assistência judiciária em que os advogados prestavam seus serviços de forma gratuita, e cria um sistema amparado no “*securité sociale*” em que o Estado custeava os honorários desses profissionais. No mesmo ano, um novo programa de assistência judiciária foi implantado pela “*Public Legal Aid Law*” na Suécia. Ainda em 1972, na Inglaterra, a Lei de Aconselhamento e Assistência Judiciária ampliou o âmbito de aplicação do modelo criado em 1949, principalmente no campo da assessoria jurídica e, no Canadá, a Província de Quebec implantou seu programa de assistência judiciária custeado pelo Poder Público. A Alemanha, em outubro de 1972, melhorou seu modelo

³⁵⁹Barbosa Moreira aborda a experiência dos EUA nos anos 60 e 70 com a instituição dos *Neighbourhood Law Centres* (como exemplo de instituição de órgãos públicos que prestam assistência a quem não pode pagar), localizados na maioria das vezes em regiões habitadas pelas populações carentes. Essa solução superava o obstáculo da distância geográfica entre os escritórios de advocacia e a região em que moravam as pessoas carentes, também superavam o déficit de ordem econômica e o déficit de ordem cultural, além da inibição de ordem psicológica que existe nas pessoas mais pobres quando se viam atendidas por advogados profissionais liberais designados para patrocinar suas causas ou prestar-lhes consultoria. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica, cit., p. 122-137.

³⁶⁰CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 33-34.

elevando o valor dos pagamentos efetuados aos advogados particulares que prestavam serviços aos pobres.³⁶¹

Em 1974, foi implantado nos Estados Unidos da América a *Legal Service Corporation*, uma tentativa de conservar e expandir os avanços conseguidos pelo OEO que já não existia mais. Nesse período, houve iniciativas do mesmo gênero também na Áustria e na Holanda que modificaram seus programas de assistência judiciária remunerando melhor os advogados que prestavam o serviço.³⁶²

Após essas breves linhas traçadas sobre as características e o desenvolvimento da assistência jurídica nos ordenamentos jurídicos de alguns países estrangeiros, deve-se realizar análise da evolução do instituto no sistema brasileiro.

1.2.3. Assistência jurídica aos pobres no Brasil: do surgimento à metade do século XX

Desde o começo da colonização portuguesa no Brasil, o patrocínio de causas de pessoas pobres perante os tribunais de justiça era encarado como uma obra de caridade, com forte influência religiosa e dos modelos que existiam na maioria dos países europeus no curso da Idade Média. Além disso, quanto aos benefícios da gratuidade processual, no caso português, por exemplo, as Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, que também tinham vigência no Brasil, em seu Livro III, Título 84, § 10 determinava formalidades que deveriam ser cumpridas pelos indivíduos de baixa renda para que não tivessem que pagar algumas taxas processuais. De uma maneira geral, eram normas dessa natureza que tiveram vigência no Brasil mesmo depois da proclamação da independência.³⁶³

Essa situação fez com que estivesse presente no país a prática forense pela qual os advogados deveriam defender de forma gratuita os interesses das pessoas pobres sempre que fossem requisitados por elas, em causas cíveis ou criminais, independente de serem autores ou réus na demanda.³⁶⁴

Por volta da metade do século XIX, com a promulgação de leis nacionais de fato, o tratamento dado à assistência judiciária e à justiça gratuita não mudou na sua essência. Em 1841, por exemplo, foi aprovada lei que alterava o Código de Processo Penal de 1832, regulando as custas em processos criminais, que apesar de não ter sido elaborada com o

³⁶¹CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 34.

³⁶²Id., loc. cit.

³⁶³ALVES, Cleber Francisco. op. cit., p. 330-331.

³⁶⁴Id., loc. cit.

objetivo de proteger os pobres, terminou por beneficiá-los.³⁶⁵ Em 1842, outra lei concedia gratuidade de algumas taxas no processo civil para os réus pobres.^{366 367}

Mesmo assim, essas iniciativas legislativas não eram o bastante para assegurar o acesso dos pobres de maneira efetiva à justiça.

Em 1870, Nabuco de Araújo, então presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, influenciado por acontecimentos contemporâneos na Bélgica, na Holanda, na França e na Itália, países em que o tema da assistência judiciária estava sendo amplamente discutido, propôs que, em decorrência de não existir lei brasileira específica sobre o tema, fosse formado, pelo Instituto dos Advogados do Rio de Janeiro, um conselho para fornecer assistência judiciária às pessoas carentes. Os trabalhos dos profissionais envolvidos nessa atividade consistiriam em consultas e patrocínio de causas cíveis e criminais por membro do Conselho ou mesmo do Instituto.³⁶⁸

Deve-se salientar que essa iniciativa de Nabuco de Araújo teve o auxílio imediato dos abolicionistas da época que acreditavam que esse programa seria uma forma de garantir justiça aos escravos a serem libertados. Um dos colaboradores mais expoentes do período, foi Perdigão Malheiros, que presidiu o Instituto dos Advogados do Brasil antes de Nabuco de Araújo, e já havia produzido extensa obra sobre a escravidão no país. Dessa forma, contando com o apoio do movimento abolicionista, o desenvolvimento da assistência judiciária seria intensificado.³⁶⁹

Simultaneamente a ações realizadas na esfera das corporações de classe dos advogados, ainda no período imperial existe iniciativa do poder público em assumir a tarefa de manter um servidor público, custeado, portanto, pelo Estado, com a função própria de defender os pobres em processos criminais. Essa iniciativa foi tomada pela Câmara Municipal da Corte dando origem ao cargo de “Advogado dos Pobres”. Conforme Humberto Peña de Moraes, esse teria sido o primeiro Defensor Público brasileiro, mas o cargo deixou de existir em 1884.³⁷⁰

Enquanto isso, a Constituição de 1891 foi omissa quanto aos problemas do acesso à justiça para a população de baixa renda, não se manifestando sobre assistência judiciária.

³⁶⁵Lei 261, de 03.12.1841.

³⁶⁶Lei 150, de 09.04.1842 (art. 10).

³⁶⁷ALVES, Cleber Francisco. op. cit., p. 331–332.

³⁶⁸MESSITTE, Peter. Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 392, p. 399-412, 1968.

³⁶⁹Id., loc. cit.

³⁷⁰MORAES, Humberto Peña de. op. cit., p. 333-364.

Apesar disso, o Decreto 2.457 de 08.02.1897 é considerado por vários pesquisadores do assunto como a primeira lei brasileira que estabelece serviço de natureza pública de atendimento jurídico que deve ser fornecido às pessoas desprovidas de recursos financeiros. Essa lei foi adotada como uma espécie de modelo para as leis estaduais posteriores que regulamentavam a assistência judiciária nos Estados.³⁷¹

Após 30 anos de criação de primeiro serviço de assistência judiciária no Rio de Janeiro, essa iniciativa disseminou-se para os demais Estados do país. Mesmo que ainda existisse a prática de os advogados defenderem gratuitamente os pobres em demandas judiciais como um dever moral vinculado à profissão, o serviço público iniciado no Distrito Federal demonstrava ser uma maneira mais adequada e eficiente de fornecer assistência judiciária, como recorda Cleber Francisco Alves.³⁷²

Assim, sustenta o autor, com a promulgação do Código Civil em 1916, muitos Estados realizaram reformas em seus Códigos de Processo Civil, que na época eram atribuição das unidades federadas. Valendo-se dessas reformas, alguns Estados inseriram nos novos textos legislativos o instituto da assistência judiciária, como foram os casos da Bahia (Código de Processo Civil de 1918, artigos 38-43) e de São Paulo (Lei Estadual 1.763, de 29.12.1920). Além de garantir o patrocínio de demandas judiciais gratuitamente por meio da assistência judiciária, os textos legislativos regulavam o benefício da justiça gratuita ou isenção de custas e despesas processuais. Apesar desse quadro, o problema de acesso dos pobres à justiça ainda permanecia no país porque em vários lugares as isenções não incluíam todas as custas e despesas processuais. Em complemento, mesmo que o patrocínio de demandas judiciais de pessoas pobres constituísse um dever moral, muitos advogados deixavam de cumprir de forma satisfatória esse dever, principalmente quando esses profissionais encontravam-se com excesso de trabalho.³⁷³

A análise, ainda que breve, da história da assistência jurídica no Brasil não estaria completa se não fosse mencionado aqui o trabalho pioneiro desenvolvido pelos acadêmicos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco que em 09 de setembro de 1919 inauguraram a Assistência Judiciária Acadêmica (AJA), instituição que passaria a denominar-se, a partir de 1947, Departamento Jurídico XI de Agosto. Nessa data teve início “a história do mais longo serviço de assistência judiciária gratuita não

³⁷¹MESSITTE, Peter. op. cit., p. 399-412.

³⁷²ALVES, Cleber Francisco. op. cit., p. 335.

³⁷³Id. Ibid., p. 336.

governamental de que se tem notícia na América do Sul”³⁷⁴. A entidade foi criada com o objetivo de atender a população mais pobre da cidade de São Paulo, finalidade que continua a cumprir exemplarmente até a atualidade. Não se deve deixar de mencionar também que a instituição serviu, e ainda serve, em virtude de sua originalidade, comprometimento e dedicação de seus integrantes, como referência para a criação de outras entidades do mesmo gênero em todo o país.

Com a criação da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, em 1930, regulamentada pelo Decreto 20.784, de 14.12.1931, novos horizontes foram traçados para a assistência judiciária. Nesse sentido, o dever de os advogados patrocinarem gratuitamente as causas de pessoas pobres perde a característica de ser somente moral e adquire natureza jurídica em que sua ofensa poderia acarretar a aplicação de sanções, desde multas até a perda da licença para exercício da profissão. Ademais, o artigo 91 do Regulamento da OAB estabelecia o seguinte: “A assistência judiciária, no Distrito Federal, nos Estados e nos Territórios fica sob a jurisdição exclusiva da Ordem”. Com essa nova perspectiva existente no ordenamento jurídico pátrio, o poder estatal reconhecia de forma implícita um direito subjetivo do indivíduo à assistência judiciária. Apesar disso, o governo via-se livre de garantir a efetivação desse direito, delegando essa tarefa à classe dos advogados como uma obrigação legal.³⁷⁵

Posteriormente, o ano de 1934 é considerado um marco histórico pelos estudiosos do tema, pois pela primeira vez entre os países ocidentais, uma Constituição estabelece o dever de a União e os Estados prestarem assistência judiciária à população de baixa renda, determinando ainda a fundação de órgãos públicos que assumissem a obrigação de prestar esse serviço. Assim dispunha o artigo 113, XXXII: “A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeito órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.”³⁷⁶

Em seguida, a Constituição de 1937 não fez nenhuma referência ao direito da população de baixa renda ser atendida pela assistência judiciária³⁷⁷. Mesmo assim, durante a vigência desse texto constitucional, o Código de Processo Civil de 1939 cuidou do tema nos artigos 68 e seguintes. Nesses dispositivos eram estabelecidos os requisitos para a

³⁷⁴SCHUBSKY, Cássio (Org.). *Escola de Justiça: história e memórias do Departamento Jurídico* XI de Agosto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; Departamento Jurídico XI de Agosto, 2010. p. 32.

³⁷⁵Id. Ibid., p. 337.

³⁷⁶PINTO, Robson Flores. op. cit., p. 101-119.

³⁷⁷ROCHA, Alexandre Lobão. op. cit., p. 127-137.

pessoa ser beneficiária da gratuidade, que deveria ser requerida ao magistrado competente da demanda, conforme artigo 74, como a situação de a parte não reunir condições de suportar as custas do processo sem prejudicar seu sustento ou de sua família. Em relação ao patrocínio da causa por um advogado, o artigo 68 do mencionado Código determinava que a parte deveria escolher o profissional; caso ela não o fizesse, a assistência judiciária deveria fazê-lo e, na sua ausência, o magistrado deveria nomear um profissional para essa tarefa. Barbosa Moreira elogia a importância concedida ao fato de o interessado poder escolher o advogado que defenderia seus direitos.³⁷⁸

O Código de Processo Penal de 1941 (Decreto-lei 3.689/1941), por sua vez, determinou que, caso o réu ou autor de ação privada não reunisse recursos suficientes para contratar um advogado, o magistrado lhe nomearia um; a CLT, enquanto isso, atribuiu aos sindicatos o dever de prestar assistência judiciária a seus associados.³⁷⁹

1.2.4. A criação da Defensoria Pública e a trajetória da assistência jurídica até o novo regime constitucional de 1988

Apesar de o termo “assistência judiciária” ter sido previsto pela primeira vez no texto constitucional de 1934, deve-se lembrar, conforme ensinamentos de Barbosa Moreira, que nesse documento ainda não havia sido garantido, de forma expressa, o direito genérico de acesso ao Poder Judiciário, fato que somente mudaria com a chegada da Constituição de 1946, que assim estabeleceu em seu artigo 141, § 4º: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Interessante notar, nesse caso, que um benefício específico foi assegurado em plano constitucional antes do benefício de caráter genérico.³⁸⁰

A matéria da assistência judiciária voltou a ser regulada em sede constitucional com a Carta de 1946³⁸¹. As disposições desse texto eram menos explícitas que as de 1934, pois fazia referência a duas vertentes: a dispensa do pagamento de despesas e a instituição de órgãos destinados à prestação de serviços. Levando em consideração a existência de lei ordinária que regulamentava o assunto, ficou afastado o perigo de a expressão “na forma

³⁷⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo, cit., p. 154-174.

³⁷⁹ALVES, Cleber Francisco. op. cit., p. 339.

³⁸⁰MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo, cit., p. 154-155.

³⁸¹Art. 141, § 35. O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

que a lei estabelecer” (da Constituição de 1946) transformar o dispositivo constitucional em norma meramente programática. Assim, continuaram a ter vigência os artigos 68 e seguintes do Código de Processo Civil, até que entrasse em vigor a Lei nº. 1.060/1950. Essa nova legislação não modificou de forma acentuada os requisitos para a concessão do benefício, nem a extensão dele.³⁸²

Todavia, quatro anos após a Constituição de 1946, foi promulgada lei específica para regulamentar a assistência judiciária. Trata-se da Lei 1.060/1950 que ainda está em vigor e que reuniu em apenas um documento várias regras sobre assistência judiciária que antes estavam dispersas em diferentes códigos. Dessa maneira, ficou mais fácil estabelecer qual seria a lei utilizada para aplicar-se à assistência judiciária independente do tipo de processo. Assim, o conjunto legislativo formado pela Constituição de 1946 e as regras previstas na Lei 1.060/1950 fizeram com que vários Estados no país elaborassem leis que deram origem a serviços públicos que forneciam assistência judiciária onde ainda não havia, ou modificando os serviços que já existiam de acordo com as novas diretrizes traçadas pela legislação federal.³⁸³

Além disso, paulatinamente, a doutrina e a jurisprudência foram construindo as regras de natureza procedimental que regulamentam a assistência judiciária e a atuação dos advogados, como Defensores Públicos ou advogados particulares, na defesa das pessoas desprovidas de recursos financeiros.³⁸⁴

Nas Constituições seguintes, de 1967³⁸⁵ e 1969³⁸⁶, a assistência judiciária continuou a ser tratada expressamente, apesar de uma pequena alteração no texto que mencionou que ela seria concedida “aos necessitados na forma da lei”. Destarte, o instituto permaneceu como encargo do governo devendo ser fornecido fundamentalmente por servidores públicos com essa função específica, apesar de tal sistema não ter sido previsto expressamente nos dois últimos textos constitucionais mencionados.³⁸⁷

Na vigência da Constituição de 1969, vários Estados que ainda não forneciam o serviço de assistência judiciária tiveram a iniciativa de começar a estruturá-lo. Salvo o Estado de Santa Catarina, todos os demais possuíam alguma espécie de serviço público que

³⁸²MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo, cit., p. 159.

³⁸³ALVES, Cleber Francisco. op. cit., p. 340.

³⁸⁴Id. Ibid., p. 341.

³⁸⁵Art. 150, § 32.

³⁸⁶Inalterado a da CF de 1967.

³⁸⁷ROCHA, Alexandre Lobão. op. cit., p. 127-137.

fornecesse assistência judiciária à população de baixa renda, seja na área cível ou na criminal, por meio de órgãos vinculados à Administração Pública, na maioria dos casos as Procuradorias do Estado, Secretarias de Justiça e, até mesmo, o Ministério Público. Na esfera dos órgãos judiciários custeados pelo Governo Federal, apenas a Justiça Militar fornecia serviço de assistência judiciária como um direito do indivíduo que deveria ser assegurado pelo poder estatal e não pela caridade dos advogados particulares. Na Justiça Laboral esse dever era responsabilidade das partes envolvidas no processo por meio de seus respectivos sindicatos de classe.³⁸⁸

Essa situação permaneceu sem alterações relevantes até o início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte em 01.02.1987. Após várias tentativas de alguns parlamentares no sentido de modificar a redação dos dispositivos que garantiam a assistência judiciária a todos os necessitados e atribuíam essa função à Defensoria Pública, da forma como foi promulgado em outubro de 1988, somente em 26.08.1988 o plenário votou o texto definitivo que acabou sendo publicado. Assim, o texto constitucional de 1988 foi o primeiro no país a reconhecer a Defensoria Pública como órgão do poder estatal imprescindível para o exercício da função jurisdicional e tendo como obrigação assegurar a defesa em juízo dos interesses das pessoas desprovidas de recursos financeiros, além de ter o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita a elas.³⁸⁹

De forma sucinta, portanto, de acordo com estudo de Cleber Francisco Alves, verifica-se que o sistema adotado pelo Brasil para prestar assistência judiciária aos hipossuficientes foi construído essencialmente entre os períodos de 1946-1950 e 1988-1994 (promulgação da Lei Complementar da Defensoria Pública). Esse sistema destaca-se, em primeiro lugar, por escolher estruturar, tanto na esfera federal quanto na estadual, serviço público específico para patrocinar demandas judiciais das pessoas de baixa renda e para prestar assistência jurídica extrajudicial por meio de advogados servidores públicos que são custeados pelo Estado e são dotados de algumas prerrogativas e garantias legais. Ademais, a instituição que antes era denominada de forma genérica como “Assistência Judiciária”, a partir da Constituição de 1988 passa a ser identificada como Defensoria Pública sendo que sua esfera de atuação é a mais abrangente possível, incluindo processos criminais, cíveis e trabalhistas como ficará demonstrado posteriormente. No entanto, nesse modelo, a assistência jurídica, que inclui o patrocínio de causas e a orientação

³⁸⁸ ALVES, Cleber Francisco. op. cit., p. 343.

³⁸⁹ Id. Ibid., p. 350.

extraprocessual, não é monopólio do Estado, pois pode ser prestada, de maneira complementar, por profissionais que não sejam custeados pelo poder público, como, por exemplo, os advogados de várias entidades da sociedade civil.³⁹⁰

Por fim, convém ressaltar o papel relevante que a OAB desempenhou e ainda desempenha em relação à prestação de assistência judiciária. Como ficou demonstrado, por vários anos a entidade foi a única responsável por garantir a assistência aos necessitados. Essa situação de exclusiva responsabilidade perdurou até que os Estados brasileiros regulamentassem e estruturassem serviços próprios de assistência judiciária.

No caso do Estado de São Paulo, deve-se destacar que a atuação da OAB/SP continua sendo de extrema importância para o atendimento da população carente. Isso porque, a Defensoria Pública do Estado foi criada apenas em 2006 e, cinco anos após sua criação, ela é composta por somente 500 defensores públicos que devem atender mais de 23 milhões de pessoas potencialmente necessitadas de assistência jurídica gratuita. Por conta disso, a Defensoria mantém um convênio³⁹¹ com a OAB/SP permitindo que advogados atendam pessoas carentes, recebendo o pagamento de honorários oriundos do acordo, em locais onde não há ainda atendimento realizado pelos defensores. Em razão dos poucos defensores que compõem os quadros da Defensoria, cerca de 70% em média de seu orçamento é gasto anualmente com o pagamento de honorários a advogados particulares contratados por meio desse convênio. Somente no ano de 2010, a Defensoria gastou com o convênio R\$ 301.499.125,00 equivalentes a 98,67% das despesas relativas ao “atendimento complementar e/ou especializado de assistência jurídica.”³⁹² Nesse ano, cerca de 47 mil advogados atenderam um milhão de pessoas em todo o Estado.³⁹³ A grande quantidade de pessoas atendidas somada ao volume de recursos econômicos investidos no

³⁹⁰ ALVES, Cleber Francisco. op. cit., p. 351.

³⁹¹ Deve-se apenas mencionar, para não perder o foco do objetivo desse trabalho, que o convênio estabelecido entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Seccional paulista da OAB é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4163 no Supremo Tribunal Federal proposta, em 2008, pelo Procurador Geral da República. A Adin questiona a Constituição do Estado de São Paulo e a lei que cria a Defensoria Pública desse mesmo Estado, principalmente esta última, estabelecendo que o convênio da Defensoria Pública será com a Ordem dos Advogados do Brasil. Todavia, a Constituição Federal não abriga essa possibilidade. Em virtude disso, segundo a Adin, o serviço tem que ser prestado pela Defensoria Pública e em casos onde não for possível atender, a Defensoria deve construir aquela política que seja a mais adequada para o atendimento, sob viés do interesse público. Eventualmente pode ser um convênio com a OAB ou com outras organizações da sociedade civil que prestem esse serviço. A Constituição Federal não institui o monopólio dessa advocacia de interesse público sendo feita subsidiariamente pela OAB.

³⁹² DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

³⁹³ JUSCLIP. Disponível em: <<http://jusclip.com.br>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

serviço demonstram, por si só, a relevância que a OAB representa para o oferecimento da assistência jurídica.

Mesmo assim, cumpre realizar os seguintes apontamentos sobre a existência desse convênio entre a Defensoria e a OAB. Trata-se de uma medida provisória encontrada pelo Governo Estadual para conseguir atender a grande quantidade de cidadãos que necessitam dos serviços da assistência jurídica enquanto o Estado se organiza para estruturar fisicamente a Defensoria Pública e realizar os concursos públicos necessários para o preenchimento dos cargos de defensor público. Em contrapartida, a OAB assume a função estatal de proporcionar assistência jurídica aos necessitados. Acontece que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, há mais de 2 décadas, o Estado de São Paulo vem tentando estruturar os serviços da Defensoria Pública. É tempo mais do que suficiente para que tal projeto estivesse concretizado. No entanto, a incompetência dos sucessivos governos trouxe a situação configurada atualmente. O que era para ser uma solução provisória, transformou-se em problema permanente. O trabalho desenvolvido pelos advogados pagos pelo convênio é útil e necessário até que a Defensoria Pública esteja completamente estruturada. Entretanto, contraria mandamento constitucional segundo o qual a prestação da assistência jurídica é de responsabilidade dos entes estatais.

Em linhas gerais, restam identificados, portanto, os caminhos percorridos no Brasil para a garantia do direito à assistência jurídica, demonstrando-se as entidades que contribuíram e ainda contribuem para a prestação dos serviços relacionados a essa assistência até o advento da Constituição da República de 1988 que atribuiu, não de forma exclusiva, à Defensoria Pública a obrigação de concretizar o comando constitucional contido no artigo 5º, inciso LXXIV.

2. Classificação

As expressões “justiça gratuita”, “assistência judiciária” e “assistência jurídica” são empregadas constantemente por parte da doutrina e dos aplicadores do Direito como se tivessem o mesmo significado.

O engano ocorre muito pelo fato de a própria Lei nº. 1.060/1950, que regulamenta os institutos, tratar a concessão da justiça gratuita como sinônimo de assistência judiciária.

Cite-se, assim, o artigo 3º, caput, artigo 4º, caput e § 2º, artigos 6º, 7º e 9º da lei em análise, que ao mencionarem “assistência judiciária” na verdade estão referindo-se à justiça gratuita.

Todavia, cumpre esclarecer que o sentido correto de “assistência judiciária” está empregado no artigo 1º, artigo 5º, §§ 1º e 2º, e artigo 16 parágrafo único da aludida lei.³⁹⁴

2.1. Assistência judiciária

Como já foi mencionado no item 1 do atual capítulo, a assistência judiciária é distinta do benefício da justiça gratuita. Esse último compreende o direito “à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional”. Nesse sentido, trata-se de instituto de direito pré-processual. Enquanto isso, a assistência judiciária compreende a organização estatal, ou paraestatal, que, juntamente à dispensa provisória de despesas, possui como finalidade a designação de advogado para patrocínio de causa judicial. Assim, consiste em instituto de direito administrativo. Para que o benefício da justiça gratuita seja deferido ou indeferido, o magistrado da própria causa é que é competente. Para o caso da assistência judiciária, a lei de organização judiciária é que estabelecerá qual o juiz competente.³⁹⁵

Consistindo a assistência judiciária no “patrocínio gratuito da causa por advogado”, ela compreende um serviço público que implica na defesa do assistido em juízo que deve ser proporcionado pelo poder estatal, mas pode ser realizado por instituições não-estatais que mantenham ou não convênio com o governo. Dessa forma, conforme Marcacini, a Defensoria Pública e as instituições não-governamentais que oferecem esse serviço como seu principal objetivo são prestadores de assistência judiciária. Além disso, os advogados que de forma isolada, por ordem judicial ou convênio com o Poder Público, realizam esse serviço também são considerados prestadores de assistência judiciária.³⁹⁶

Cumpre enfatizar que toda a comunidade deve ter acesso ao serviço de assistência judiciária, ou seja, pessoas indeterminadas devem ter a oportunidade de serem atendidas por esse serviço. Logo, deve-se deixar claro que existe diferença entre as relações cliente/advogado e assistido e prestador de assistência judiciária. Nessa última, não existe

³⁹⁴MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. op. cit., p. 29-30.

³⁹⁵MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971. t. 5, p. 642.

³⁹⁶MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. op. cit., p. 31-32.

escolha de um lado nem de outro da relação para que o serviço seja prestado: a pessoa que será assistida não escolhe seu patrono, mas somente a instituição que lhe prestará a assistência judiciária; enquanto isso, o órgão que presta a assistência atenderá a pessoa porque esse é seu papel. Situação oposta ocorre na relação entre advogado e cliente em que o cliente escolhe qual advogado ele quer que seja seu patrono e o advogado somente aceita prestar seus serviços caso ele queira também.³⁹⁷

Verifica-se, assim, que a assistência judiciária fornecida por advogados que não integram a Administração Pública permite aos usuários dos serviços a livre escolha do advogado, uma exigência que tem suas raízes na própria justificativa da missão de interesse público que compete à advocacia ao defender os interesses particulares.³⁹⁸

Realizados esses apontamentos necessários à delimitação do instituto da assistência judiciária, convém agora analisar o benefício da justiça gratuita.

2.2. Justiça gratuita

Em relação a essa distinção existente entre assistência judiciária e justiça gratuita, a doutrina especializada no assunto não possui divergências relevantes. Sendo assim, Marcacini entende que a justiça gratuita compreende a isenção de toda e qualquer despesa e custas, seja judicial ou não, relacionadas a atos necessários à defesa dos direitos da pessoa em juízo e ao desenvolvimento do processo. Essa gratuidade envolve não apenas as custas inerentes à prática de atos processuais como também todas as despesas relativas a uma participação efetiva no processo.³⁹⁹

Dessa forma, continua o autor, o pedido que o magistrado defere no curso de um processo é o do benefício da justiça gratuita, e não o da assistência judiciária. Apesar de o juiz poder ordenar que as entidades prestadoras de assistência judiciária apontem um profissional para patrocinar a demanda de uma parte desprovida de recursos, o oposto não ocorre, pois o magistrado não pode impedir o patrocínio gratuito pelo advogado prestador do serviço, ou seja, não tem poder para indeferir a assistência judiciária. O que o magistrado pode conceder ou não é apenas o benefício da justiça gratuita.⁴⁰⁰ Logo, a

³⁹⁷Id. Ibid., p. 32.

³⁹⁸BERIZONCE, Roberto Omar. Coloquio sobre la administracion de justicia en Iberoamerica: algunos obstaculos al acceso ala justicia, cit., p. 11-38.

³⁹⁹MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. op. cit., p. 31.

⁴⁰⁰Id. Ibid., p. 32.

gratuidade de todas as despesas imprescindíveis para o exercício efetivo dos direitos e das faculdades processuais, sejam judiciais ou não, no curso de uma demanda, são abrangidas por essa isenção. Por mais especial que seja, nenhuma despesa deve ser desconsiderada fora desse benefício sob o risco de estar-se violando o princípio da igualdade, do direito de ação e do contraditório. Assim, entende-se por despesa não apenas as custas relacionadas aos atos processuais, mas a todo gasto que a pessoa tenha para participar do processo.⁴⁰¹

Após essas considerações, deve-se delimitar a partir de agora o conceito da assistência jurídica, seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro e os organismos responsáveis por garantir o exercício desse direito às pessoas desprovidas de recursos econômicos.

2.3. Assistência jurídica

Para que o Estado possa efetivar o comando constitucional que determina a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, não basta somente que ele conceda isenção de despesas, mas deve estruturar-se suficientemente com o objetivo de oferecer esse serviço. O direito à assistência jurídica depende fundamentalmente da atuação do Estado que deve desempenhar uma conduta ativa para garantir esse direito aos cidadãos, conforme estabelece o texto constitucional de 1988.

De acordo com os estudos de Mauro Cappelletti, o Estado proporciona assistência jurídica pelas seguintes vias: a) patrocínio por advogados liberais pagos pelo Poder Público (sistema *Judicare*); b) patrocínio por advogados funcionários do Governo; c) sistema misto.

a) nesse sistema, a assistência jurídica é determinada como um direito para todos os indivíduos que reúnam os requisitos elencados pela lei e os advogados particulares que prestam esse serviço são remunerados pelo governo na medida em que desenvolvem suas atividades. O objetivo desse modelo é fornecer às pessoas desprovidas de recursos financeiros a mesma qualidade nos serviços jurídicos que as pessoas dotadas de melhores condições financeiras podem suportar. Interessante deixar claro que nesse sistema é o Estado, e não o cliente, quem recebe os honorários advocatícios sucumbenciais.⁴⁰²

Embora esse sistema elimine obstáculos referentes ao acesso à justiça quanto aos custos de uma demanda, ele possui algumas desvantagens. Nessa medida, identificam-se os

⁴⁰¹Id. *Ibid.*, p. 35.

⁴⁰²CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *op. cit.*, p. 35.

seguintes problemas: as pessoas de baixa renda é que possuem a tarefa de verificar possíveis violações de direito a que estão submetidas e buscar ajuda para evitar isso; não incentiva, nem admite que o advogado individualmente ajude as pessoas pobres a entenderem seus direitos e a verificar as áreas em que podem utilizar instrumentos jurídicos; pressupondo que nesse sistema os pobres tenham conhecimento de quais são seus direitos e saibam em que lugar devem buscar auxílio para pleitear solução judicial para as controvérsias, é grande a chance de eles sentirem-se intimidados a buscar os serviços de um advogado num escritório de advocacia particular e discutir seus problemas com um advogado particular; nesse sistema não há estrutura para solução de conflitos de interesse coletivo ou difuso, sendo utilizados apenas remédios individuais.⁴⁰³

Além disso, Boaventura de Sousa Santos relembra que o sistema *Judicare* de prestação de serviços jurídicos gratuitos, introduzido nos países anglo-saxônicos, apesar de possuir uma série de vantagens em relação ao sistema em que a assistência judiciária gratuita era fornecida por meio da ordem dos advogados que atuavam a título de *munus honorificum*, não impediu o aparecimento de algumas limitações. Primeiramente, embora a consulta jurídica pré-processual esteja prevista nesse modelo, na prática ele se dedicava à prestação da assistência judiciária. Ademais, esse sistema estava restrito a superar apenas os entraves econômicos de acesso à justiça, mas não os sociais e culturais. Nesse sentido, não havia iniciativas voltadas para a conscientização dos indivíduos a respeito dos novos direitos sociais reconhecidos para os trabalhadores, consumidores, mulheres, jovens.⁴⁰⁴

b) O sistema de assistência jurídica prestado com advogados pagos pelo governo tem finalidade distinta do sistema *Judicare*. No primeiro modelo, os serviços jurídicos são prestados por “escritórios de vizinhança” em que os advogados remunerados pelo Estado atendem aos pobres e protegem seus direitos enquanto uma classe. Nesse sistema, há grande empenho para que as pessoas de baixa renda tenham consciência de seus direitos e de como devem utilizar os serviços dos advogados caso esses direitos sejam violados. Além disso, os escritórios desses advogados estão localizados nas proximidades das comunidades pobres como forma de favorecer o contato e diminuir os obstáculos de locomoção dos mais pobres.⁴⁰⁵

⁴⁰³CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 39.

⁴⁰⁴SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., p. 405-412.

⁴⁰⁵CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 39-40.

As vantagens desse sistema são evidentes. Além de eliminar o problema dos custos com os serviços dos advogados, esse modelo possibilita que a desinformação jurídica de cada uma das pessoas de baixa renda seja combatida. Outra vantagem é que esse sistema permite que os interesses difusos ou de classe das pessoas desprovidas de recursos financeiros sejam defendidos. Sucintamente, no sistema em que os advogados exercem a assistência judiciária como funcionários do Estado, além de ocorrer o atendimento das demandas individuais que os pobres necessitam, como ocorre no sistema *Judicare*, o primeiro modelo ajuda essas pessoas a pleitearem seus direitos e instituem um grupo de advogados aptos a defender seus interesses enquanto classe.⁴⁰⁶

As desvantagens desse sistema são a agressividade e capacidade para se formar esses advogados. Ademais, tal modelo depende fundamentalmente de apoio do poder público para ser criado e mantido, dificultando a atuação política desses advogados caso tenham que trabalhar contra os interesses do governo. Outro ponto a ser lembrado é a dificuldade de manterem-se equipes de advogados assalariados em número suficiente para fornecer atendimento individual de qualidade a todas as pessoas que a lei assegura.⁴⁰⁷

c) As primeiras experiências adotadas por países que forneciam simultaneamente atendimento de assistência jurídica por meio de advogados particulares e advogados servidores públicos ocorreram na Suécia (Lei de Assistência Jurídica de 1972) e na Província de Quebec, Canadá (Legal Aid Act de 1972). Esse modelo misto permite que as pessoas tenham a possibilidade de optarem por um atendimento mais personalizado de um advogado particular ou a capacitação de equipes de advogados especializados e mais ajustados com as dificuldades e problemas das classes menos favorecidas.⁴⁰⁸

Marcacini afirma ainda, em relação ao sistema misto, que esse modelo é o mais adequado. Assim, existem as seguintes vantagens: 1) o beneficiário tem a possibilidade de escolher se vai utilizar um ou outro serviço, fazendo com que se sinta em situação de maior igualdade com as pessoas não-beneficiárias; 2) mesmo que exista a possibilidade de ambos os polos litigantes serem atendidos pela Defensoria Pública, mantendo-se a isenção dos defensores que patrocinarão a demanda, é mais seguro e adequado que as partes litigantes sejam atendidas por instituições prestadoras distintas, evitando-se, conseqüentemente, qualquer espécie de contato entre os profissionais que atuarão na causa. Para evitar esses

⁴⁰⁶CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 40-41.

⁴⁰⁷Id. Ibid., p. 41.

⁴⁰⁸Id. Ibid., p. 43-44.

problemas, é conveniente que existam outros órgãos prestadores de assistência jurídica diferentes da Defensoria Pública, que podem ser ou não financiados pelo governo. Nessa linha, há órgãos mantidos pela Administração dos Municípios e também entidades não-governamentais, como associações civis e departamentos jurídicos de faculdades de Direito, que prestam o serviço de assistência jurídica à população.⁴⁰⁹

Após a análise desses três modelos, cumpre lembrar então que a assistência jurídica, como já esclarecido no item 1 do presente capítulo, abrange a assistência judiciária, mas não se limita a ela. O serviço de assistência jurídica, assim, é formado por duas modalidades de prestação de serviços jurídicos: 1) o patrocínio judicial de demandas, denominado de assistência judiciária; 2) outros serviços jurídicos extraprocessuais. Esse segundo tipo compreende os serviços de orientação e esclarecimento de dúvidas, bem como assessoria jurídica na celebração de acordos e contratos, análise da viabilidade de ingresso de ação em juízo, análise da possibilidade de resolver-se um conflito extraprocessualmente. Ademais, inclui-se ainda o trabalho preventivo em que a população é informada sobre seus direitos e de que maneira elas podem exercê-los.⁴¹⁰

Tendo-se estudado até aqui os modelos de assistência jurídica e suas particularidades, cumpre analisar o modelo previsto na legislação brasileira e de que maneira ele funciona na realidade.

3. Assistência jurídica após a Constituição Federal de 1988

Em conformidade com o texto constitucional, a instituição pública que tem a atribuição de prestar assistência jurídica é a Defensoria Pública⁴¹¹. Ela possibilita que se efetive a assistência jurídica e gratuita em todos os graus e instâncias, viabilizando, dessa maneira, o acesso à jurisdição de todas as pessoas desprovidas de recursos econômicos, garantindo-lhes participação em uma ordem jurídica justa e legítima, constituindo, portanto, mecanismo de transformação num contexto de Estado Democrático de Direito.

⁴⁰⁹MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. op. cit., p. 69.

⁴¹⁰MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. op. cit., p. 33 e 71.

⁴¹¹Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Nessa linha, o poder estatal não deve apenas assegurar às pessoas as mesmas oportunidades diante da lei, mas deve também criar e manter os instrumentos que garantam a efetivação dos mandamentos constitucionais de forma eficiente e prestativa.⁴¹²

O artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal impõe ao Estado o dever de prestar o serviço de assistência jurídica integral e gratuita. O Poder Público é que tem, assim, a obrigação de organizar um serviço que seja acessível e que atenda a todas as pessoas que necessitem dele, apesar de existirem entidades não-governamentais que também desenvolvem essa atividade. Em virtude disso, em que pese a existência do dever estatal no oferecimento da assistência jurídica gratuita, o fornecimento dela não é exclusivo de instituições governamentais, podendo ser realizado por escritórios modelos das Faculdades de Direito, convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil, sindicatos e outras entidades não-governamentais.

Deve-se salientar que a Constituição Federal consagra três instituições essenciais à Justiça: o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública. O Ministério Público possui a atribuição de defender a “ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme artigo 127. A Advocacia-Geral da União, assim como as Procuradorias dos Estados, possuem o dever de defender os interesses da União e dos respectivos Estados. E a defesa dos interesses daqueles que não possuem condições de custear serviços jurídicos deve ser feita pela Defensoria Pública.⁴¹³

Boaventura de Sousa Santos enfatiza que esse órgão assume função destacada para desenvolver uma verdadeira revolução democrática da justiça no sentido de propiciar a formação de outra cultura de orientação jurídica e de patrocínio de demandas judiciais. No Brasil, segundo o autor, as defensorias públicas compreendem instituições necessárias à administração da justiça e possuem a finalidade primordial de esclarecer juridicamente a população de baixa renda e defender judicialmente o interesse dela.⁴¹⁴

A Organização dos Estados Americanos (OEA), por sua vez, durante o 41º período de sessões ordinárias realizado em junho de 2011, por meio de sua Assembleia Geral, aprovou a Resolução AG/RES. 2656 (XLI-0/11) "Garantias para o acesso à Justiça: O papel dos defensores oficiais", demonstrando, assim a relevância da instituição na efetivação do acesso à Justiça. Dentre as questões mais importantes abordadas pela

⁴¹²MORAES, Humberto Peña de. op. cit., p. 333-364.

⁴¹³MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. op. cit., p. 64.

⁴¹⁴SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 45.

Resolução, destaca-se a de recomendar aos Estados membros que já disponham do serviço de assistência jurídica gratuita que adotem medidas que garantam aos defensores públicos oficiais gozar de independência e autonomia funcional. Além disso, incentiva os Estados membros que ainda não disponham da instituição “Defensoria Pública” que considerem a possibilidade de criá-la em seus ordenamentos jurídicos.⁴¹⁵

Cumprido ressaltar ainda que a Constituição Federal, ao assegurar aos necessitados “assistência jurídica integral e gratuita”, oferece, além do patrocínio de demandas judiciais, a orientação em plano extrajudicial (advocacia preventiva). Sendo assim, com o objetivo de concretizar a garantia de acesso à justiça, a Constituição não se limitou apenas a assegurar a assistência judiciária aos necessitados, mas a ampliou à “assistência jurídica pré-processual”. As duas modalidades de assistência são obrigações do poder estatal que deve sistematizar a carreira dos defensores públicos para tanto. Essa sistematização das defensorias públicas, além de ser uma das características da garantia de acesso à justiça, obedece à necessidade de equilíbrio de armas entre os demandantes, equivalendo ao princípio da igualdade, em sua vertente dinâmica.⁴¹⁶

Outro ponto que demonstra a importância da Defensoria Pública no plano do Estado Social e Democrático de Direito foi a alteração do rol de legitimados para propositura da ação civil pública e a consequente introdução da entidade entre esses legitimados⁴¹⁷. A partir de então, fica evidente o novo perfil atribuído à Defensoria Pública desde a Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário principalmente com maior autonomia concedida à entidade. Essa alteração legislativa infraconstitucional retrata a possibilidade de o órgão poder atuar não somente em causas individuais, mas na defesa de interesses difusos e coletivos, principalmente nos casos em que o Estado é omissor ou viola tais interesses.⁴¹⁸

Conclui-se, portanto, que a Defensoria Pública é instituição permanente, imprescindível à função jurisdicional estatal e tem por objetivo a defesa jurídica integral e

⁴¹⁵ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE DEFENSORES PÚBLICOS. Disponível em: <<http://www.apadep.org.br/>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

⁴¹⁶CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 88 e 239.

⁴¹⁷Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007.
(...)

II-a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

⁴¹⁸FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, v. 2, p. 411-441, jul./dez. 2008.

gratuita, coletiva e individual, extrajudicial e judicial, da população de baixa renda. Seus princípios institucionais são: a indivisibilidade, unidade e independência funcional. O defensor público possui as seguintes prerrogativas, além de outras: intimação pessoal, prazo em dobro, pode manifestar-se em autos judiciais ou administrativos, pode requerer de autoridade pública ou agentes certidões, vistorias, exames, diligências, documentos, informações, esclarecimentos e outras providências que sejam úteis ao desenvolvimento de suas funções.⁴¹⁹

Todas essas funções e atribuições da instituição, bem como sua relação com o dever estatal de prestar às pessoas carentes os serviços de assistência jurídica estão previstas de forma expressa na Lei Complementar nº. 80 de 1994, nos dispositivos abaixo destacados:

“Art. 1º 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, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

(...)

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

(...)

V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

(...)

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

(...)

⁴¹⁹RIBEIRO, Marcus Vinicius. Acesso à Justiça no Estado democrático de direito. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, v. 2, n. 1, p. 377-410, jul./dez. 2008.

§ 5º A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).”

Em relação à competência legislativa, o artigo 24, inciso XIII⁴²⁰ da Constituição Federal estabelece atribuição concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre assistência jurídica gratuita e Defensoria Pública. Todavia, isso não impede que o Município organize sua própria Defensoria Pública, pois nesse caso, ele estaria cuidando de interesse local, como determina artigo 30, inciso V⁴²¹ do texto constitucional.⁴²²

Por fim, quanto ao termo “necessitados” a que se refere o artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição da República, importante mencionar os ensinamentos de Ada Pelegrini Grinover. Segundo a autora, existem os necessitados tanto no plano econômico, como há os necessitados do ponto de vista organizacional. Dessa forma, todo esse grupo é formado pelos “socialmente vulneráveis”: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc. Logo, o termo “necessitados” não está restrito apenas aos recursos econômicos, abrangendo também recursos organizacionais, culturais, sociais. Sendo assim, mesmo que se intente enquadrar o papel da Defensoria Pública na esfera da proteção dos necessitados e daqueles que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados do texto constitucional permitem o entendimento – vinculado à ampla ideia de acesso à justiça - de que cumpre à instituição a defesa dos necessitados sob o ponto de vista organizacional, incluindo, dessa maneira, os integrantes de grupos, categorias ou classes de pessoas na proteção de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁴²³

Importante esclarecer que a Constituição Federal estabelece as diretrizes gerais das atribuições da Defensoria Pública, de como ela deve ser organizada e dos entes competentes para

⁴²⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
(...)

XIII-assistência jurídica e Defensoria pública;

⁴²¹ Art. 30. Compete aos Municípios:
(...)

V-organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

⁴²² PRIETO ALVAREZ, Anselmo. op. cit., p. 115-152.

⁴²³ GRINOVER, Ada Pelegrini. *Consulta*. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2957>>. Acesso em: 05 jul. 2010.

legislar sobre as questões a ela relacionadas. Além disso, verifica-se que os parágrafos 1º⁴²⁴ e 2º⁴²⁵ do artigo 134 do texto constitucional, em conjunto com os artigos 21, XIII⁴²⁶

e 22, XVII⁴²⁷ do mesmo diploma, dividem a instituição da Defensoria Pública em três espécies: 1) Defensoria Pública da União; 2) Defensoria Pública do Distrito Federal dos Territórios; e 3) Defensoria Pública estaduais.

Cumprir estudar, a seguir, as particularidades de cada um desses ramos da instituição e identificar sua relação com a assistência jurídica que deve ser prestada no âmbito da Justiça do Trabalho.

3.1. Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios

3.1.1. Defensoria Pública da União

A organização e as funções da Defensoria Pública da União estão previstas na Lei Complementar nº. 80 de 1994. O artigo 14 desse documento determina a esfera de atuação da entidade: a) justiça federal, b) justiça do trabalho, c) justiça eleitoral, d) justiça militar, e) Tribunais Superiores e, ainda, f) as instâncias administrativas da União. O parágrafo 1º desse dispositivo ainda estabelece que a entidade deverá realizar convênios com as defensorias estaduais e a do Distrito Federal para que possa atuar tanto nos órgãos de primeiro quanto nos de segundo grau de jurisdição citados⁴²⁸.

⁴²⁴§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁴²⁵§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁴²⁶Art. 21. Compete à União:

(...)

XIII-organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;

⁴²⁷Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XVII-organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes;

⁴²⁸Art. 14. A Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União. § 1º A Defensoria Pública da União deverá firmar convênios com as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, para que estas, em seu nome, atuem junto aos órgãos de primeiro e segundo graus de

Com o intuito de reforçar a garantia da atuação dos defensores públicos federais nas duas instâncias do Poder Judiciário das áreas mencionadas acima e também nos Tribunais Superiores, os artigos 20, 21 e 22 da Lei Complementar nº. 80 de 1994 especificam a maneira que os membros da instituição deverão organizar-se e dividir-se para que possam atender todas essas áreas.⁴²⁹

Com base nos dispositivos elencados, verifica-se que a Defensoria Pública da União é a responsável por oferecer assistência jurídica na Justiça do Trabalho, pois deve atuar em todas as instâncias da Justiça laboral. Consequentemente, isso significa que essa instituição deve prestar assistência tanto para os trabalhadores como para os empregadores que não possuam recursos econômicos suficientes para arcar com as custas processuais e honorários advocatícios. No entanto, a realidade mostra que esse dever consagrado na legislação está longe de ser concretizado.

A seguir serão expostos alguns dados que demonstram a quase ausência de atuação da Defensoria Pública da União na Justiça do Trabalho. Esses dados foram obtidos pela pesquisa publicada no ano de 2009, elaborada pelo Ministério da Justiça, compondo o III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil.

Abaixo se encontra quadro com o número de subseções judiciárias ou equivalentes atendidas pela Defensoria Pública da União nos ramos da Justiça que integram o Poder Judiciário mantido pela União:

jurisdição referidos no *caput*, no desempenho das funções que lhe são cometidas por esta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 98, de 1999).

⁴²⁹Art. 20. Os Defensores Públicos Federais de 2ª Categoria atuarão junto aos Juízos Federais, aos Juízos do Trabalho, às Juntas e aos Juízes Eleitorais, aos Juízes Militares, às Auditorias Militares, ao Tribunal Marítimo e às instâncias administrativas. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Art. 21. Os Defensores Públicos Federais de 1ª Categoria atuarão nos Tribunais Regionais Federais, nas Turmas dos Juizados Especiais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais Regionais Eleitorais. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Art. 22. Os Defensores Públicos Federais de Categoria Especial atuarão no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior do Trabalho, no Tribunal Superior Eleitoral, no Superior Tribunal Militar e na Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Tabela 21: Subseções judiciárias ou equivalentes atendidas e não atendidas pela DPU⁴³⁰

Tabela 21: Subseções judiciárias ou equivalentes atendidas e não atendidas pela DPU				
Subseções judiciárias ou equivalentes	Nº de Subseções Atendidas pela DPU	Nº de subseções Atendidas por Defensores Públicos da União com dedicação exclusiva	Nº de subseções Não Atendidas pela DPU	% de atendimento
Justiça federal	37	37	150	19,79
Justiça Militar	18	9	0	100
Justiça do Trabalho	4	0	600	0,66
Justiça Eleitoral	37	0	-	100,0

Além desse quadro, a pesquisa feita pelo Ministério da Justiça identificou quais são as áreas do Direito em que os defensores públicos federais mais atuam: direito civil em geral (60,0%), direito previdenciário (50,8%), sistema habitacional público (55,0%), processo administrativo disciplinar (40,4%), juizados especiais federais cíveis (56,2%), direitos coletivos (43,8%), direitos humanos (51,2%), direitos do consumidor (55,8%), direitos do idoso (55,4%) e flagrantes (47,9%).⁴³¹

Os dados demonstrados na primeira tabela e nos percentuais acima evidenciam que a Defensoria Pública da União ainda não atua perante os órgãos da Justiça do Trabalho, fato que impossibilita a defesa efetiva dos interesses de milhões de pessoas carentes que necessitam da solução de conflitos que seriam de competência desse ramo do Judiciário.

Além disso, de acordo com uma parte da tabela 9⁴³² exposta abaixo, até o ano de 2008, a Defensoria Pública da União contava com apenas 481 defensores públicos federais para defender os interesses das pessoas carentes diante de todas as instâncias da Justiça Federal, Justiça Militar, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, instâncias administrativas da União e Tribunais Superiores.

⁴³⁰III DIAGNÓSTICO DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL. Disponível em: <www.defensoria.sp.gov.br>. Acesso em: 05 ago. 2010.

⁴³¹III DIAGNÓSTICO DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL, cit.

⁴³²Id. Ibid.

Tabela 9: Número de cargos existentes e variação percentual no período – 2003, 2005 e 2008					
UF	Ano			Variação (%)	
	2003	2005	2008	2003-2005	2005-2008
DPU	...	112	481	...	329,46

Claro está que esse número é insuficiente para o atendimento adequado dessas pessoas em qualquer um dos ramos do Poder Judiciário citados acima, principalmente na Justiça do Trabalho que é composta por 1.378 varas trabalhistas, 24 Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho.⁴³³ Logo, a ausência de defensores públicos é um grande obstáculo a ser superado para que a Defensoria Pública da União possa cumprir efetivamente as atribuições e os deveres estabelecidos pela Lei Complementar nº. 80/1994, especialmente no que se refere à atuação perante a Justiça Trabalhista.

Essa situação torna-se ainda mais preocupante quando se agrega ao contexto outros elementos que envolvem a assistência jurídica no campo do Direito do Trabalho, como é o caso da assistência prestada pelos sindicatos profissionais e o caso do *jus postulandi* que serão abordados nos próximos itens.

3.1.2. Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios

Apenas a título de esclarecimento, apesar de a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios serem estruturadas e custeadas pela União, conforme artigos 21, XIII e 22, XVII do texto constitucional, cumpre salientar que ambas são entidades completamente autônomas e não possuem subordinação entre si.⁴³⁴

As atribuições e a organização da Defensoria do Distrito Federal e dos Territórios, portanto, não são as mesmas da Defensoria Pública da União, apesar de as duas instituições serem regulamentadas pela Lei Complementar nº. 80 de 1994. Assim, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios não possui nenhuma obrigação quanto à assistência jurídica a ser prestada no âmbito da Justiça Laboral.

⁴³³ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Relatório Geral da Justiça do Trabalho – 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 30 jul. 2011.

⁴³⁴ PRIETO ALVAREZ, Anselmo. op. cit., p. 115-152.

3.2. Defensoria Pública dos Estados

Inicialmente, deve-se relembrar que a partir da Reforma do Judiciário realizada com a Emenda Constitucional n. 45/2004, ficou reconhecida a autonomia funcional e administrativa bem como a iniciativa de proposta orçamentária às defensorias públicas estaduais. Esse reconhecimento da autonomia funcional e administrativa evita interferências por parte do governo e eventuais subordinações, garantindo, assim, liberdade na organização de trabalhos pessoais e administrativos. Ademais, a “possibilidade de reivindicar seu orçamento” por meio de proposta a ser apresentada, constitui um passo importante rumo à conquista da autonomia financeira, medida interessante para que a entidade continue progredindo na valorização de suas funções e na defesa dos interesses das pessoas necessitadas. Deve-se deixar claro, no entanto, que o orçamento definitivo ainda está sob a guarda do Poder Executivo, fato que pode prejudicar o exercício integral das atribuições institucionais da entidade.⁴³⁵

Nota-se, então, que essa autonomia tem a finalidade de assegurar a imparcialidade nos serviços fornecidos pela instituição, desvinculando-a totalmente do Poder Executivo que em grande parte das vezes está presente no polo contrário das causas ajuizadas pelos defensores públicos.

Cumprе relembrar ainda que a Lei Complementar nº. 80 de 1994, modificada pela Lei Complementar nº 132, de 7/10/2009, estabelece apenas as normas gerais para a organização das Defensorias Públicas nos Estados da Federação. A regulamentação específica e a organização de cada uma dessas instituições nos Estados são atribuições de leis complementares estaduais. No entanto, como demonstra o quadro abaixo, os Estados do Paraná e do Rio Grande do Sul não indicaram a existência de lei complementar nesse sentido.⁴³⁶

Quadro 3: Existência de Lei Orgânica nas Defensorias Públicas das Unidades da Federação – 2009													
UF	AC	AL	AM	AP	BA	CE	DF	ES	MA	MG	MS	MT	PA
LO	sim	sim	sim	sim	sim	sim	sim	sim	sim	sim	sim	sim	sim

⁴³⁵ PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Defensoria pública e direito à saúde. *Revista da Defensoria Pública*, v. 2, ano 1, n. 1, p. 363-375, jul./dez. 2008.

⁴³⁶ III DIAGNÓSTICO DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL, cit.

UF	PB	PR	PE	PI	RJ	RN	RO	RR	RS	SE	SP	TO	DPU
LO	sim	não	sim	sim	sim	sim	sim	sim	não	sim	sim	sim	sim

Em relação à autonomia das Defensorias Públicas estaduais, importante destacar que nem todas estão desvinculadas de alguma Secretaria integrante da Administração Pública estadual. De acordo com o III Diagnóstico da Defensoria Pública mencionado acima, em 2005, três Defensorias Públicas estaduais ainda continuavam subordinadas às secretarias dos estados: Distrito Federal, Minas Gerais e Pernambuco.⁴³⁷

Outros dados interessantes de serem analisados e que demonstram a fragilidade da estrutura da maioria das Defensorias Públicas no país é o número de cargos de defensores. Na tabela abaixo, há os números de 2003, 2005 e 2008, bem como a variação nesse período.⁴³⁸

Tabela 9: Número de cargos existentes e variação percentual no período – 2003, 2005 e 2008					
UF	Ano			Variação (%)	
	2003	2005	2008	2003-2005	2005-2008
AC	51	61	61	19,61	0,0
AL	70	70	72	0,0	2,86
AM	156	156	156	0,0	0,0
AP	...	91	...	...	...
BA	460	460	583	0,0	26,74
CE	355	415	415	16,90	0,0
DF	200	200	200	0,0	0,0
ES	269	269	162	0,0	- 38,78
MA	85	84	46	- 1,18	- 45,24
MG	918	918	1200	0,0	30,72
MS	154	200	247	29,87	23,50
MT	160	160	160	0,0	0,0
PA	300	300	350	0,0	16,67
PB	385	389	385	1,04	- 1,03
PE	314	452	245	43,95	- 45,80

⁴³⁷Id. Ibid.

⁴³⁸III DIAGNÓSTICO DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL, cit.

PI	119	458	460	284,87	0,44
PR	...	...	...	...	...
RJ	736	736	756	0,0	2,72
RN	...	40	...	...	...
RO	88	57	142	- 35,23	149,12
RR	45	45	45	0,0	0,0
RS	303	292	392	- 3,63	34,25
SE	100	100	100	0,0	0,0
SP	...	400	400	...	0,0
TO	42	110	119	161,90	8,18
DPU	...	112	481	...	329,46
TOTAL	5310	6575	7177	23,82	9,16

De acordo com o Diagnóstico de 2003, havia no país, 5310 cargos de defensores públicos e em 2005, o número de cargos havia aumentado para 6575, representando um aumento de 23,82%. No ano de 2008, havia 7177 cargos de defensores públicos, representando um aumento de 9,16% em relação a 2005. Os estados do Amapá, Mato Grosso, Rio Grande do Norte e Paraná não estão contabilizados nesses valores.

Cumprindo ainda mencionar que entre os Defensores Públicos estaduais, as áreas de maior atuação são: Direito Civil em geral (52,0%), Família (48,8%), Fazenda Pública (32,8%), Registros Públicos (36,0%), Varas Criminais (36,8%), Infância e Juventude (36,0%), Direitos do Consumidor (38,1%), Direitos do Idoso (33,6%) e Flagrantes (32,4%).⁴³⁹

Conforme os dados mostrados acima, as Defensorias Públicas estaduais não prestam assistência jurídica na área do Direito do Trabalho. Na maioria dos casos, não existe nem mesmo quantidade de defensores suficiente para que esse trabalho seja realizado. No entanto, em decorrência de as Defensorias estaduais, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, estarem dotadas de autonomia funcional e administrativa, elas poderiam defender o interesse das pessoas carentes também perante a Justiça do Trabalho, mesmo que o dever de oferecer assistência jurídica trabalhista seja atribuído, pela Lei Complementar nº. 80/1994, à Defensoria Pública da União. Isso porque, não há impedimento legal algum para que as Defensorias estaduais atuem também perante o Judiciário Trabalhista. Todavia, essa possibilidade está longe de concretizar-se em virtude,

⁴³⁹III DIAGNÓSTICO DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL, cit.

principalmente, da estrutura precária que as Defensorias estaduais possuem. Tal situação, somada a outros fatores que ainda serão analisados no presente trabalho, prejudica a defesa dos interesses de inúmeros trabalhadores e empregadores que necessitam acionar a Justiça Laboral para solucionar seus conflitos.

3.3. Inscrição obrigatória do defensor público nos quadros da OAB

Em virtude da polêmica causada, questão digna de algumas considerações é a relacionada com a capacidade postulatória dos Defensores Públicos. Isso porque, em março de 2011, pediram para ser desligados da seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, 72 dos 500 defensores públicos do Estado de São Paulo, por considerar que a inscrição na entidade não é necessária ao exercício do cargo.⁴⁴⁰

Esses defensores públicos sustentam seu posicionamento com fundamento nos parágrafos 6º e 9º do artigo 4º da Lei Complementar nº. 80/1994, alterada pela Lei Complementar nº. 132/2009, *in verbis*:

“§ 6º A capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público.

§ 9º O exercício do cargo de Defensor Público é comprovado mediante apresentação de carteira funcional expedida pela respectiva Defensoria Pública, conforme modelo previsto nesta Lei Complementar, a qual valerá como documento de identidade e terá fé pública em todo o território nacional.”

Em contrapartida, a OAB/SP questiona a validade dos atos praticados pelos defensores públicos que não possuem inscrição nos quadros da Seccional com amparo no artigo 3º, parágrafo 1º da Lei nº. 8.906/1994:

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

⁴⁴⁰DEFENSORES pedem baixa na OAB-SP, que ameaça. *Conjur.* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-16/defensores-publicos-paulistas-pedem-desligamento-oab-sp>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

Em função do desligamento desses 72 defensores públicos do Estado de São Paulo, o presidente da OAB/SP oficiou à Defensoria Pública-Geral do Estado, ao Presidente e Corregedor-Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo e ao Procurador-Geral de Justiça. Ao Ministério Público, o presidente da entidade dos advogados pleiteou a exoneração do cargo público dos integrantes do grupo. Ao Tribunal de Justiça, foi requerida a anulação das ações representadas pelos desfiliaados. A OAB/SP entende ainda que, além de evitar contribuir financeiramente com a entidade advocatícia, a conduta desses defensores públicos consiste em tentativa de afirmar a autonomia da Defensoria e livrar-se da responsabilidade perante o Tribunal de Ética da Ordem. Logo, a inscrição nos quadros da Ordem constituiria requisito para tomar posse no cargo de defensor público e o pedido de sua baixa pode ensejar exercício ilegal da profissão.⁴⁴¹

Todavia, de acordo com nota oficial emitida pela Associação Paulista de Defensores Públicos (APADEP), a atitude do presidente da OAB/SP deve-se em virtude da ampliação dos mecanismos de fiscalização do convênio mantido entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a OAB/SP, já mencionado nesse capítulo, bem como em razão da expansão do modelo constitucional e público de prestação de assistência jurídica gratuita. A APADEP alega ainda que, ao ir contra o desligamento dos defensores de seus quadros, a OAB/SP pretende submeter a seu Tribunal de Ética aqueles defensores públicos que fiscalizam o convênio entre as duas entidades, situação delicada que poderia colocar esses membros da Defensoria sendo julgados pelos próprios advogados beneficiados pelo convênio.⁴⁴²

Cumpre acrescentar que o Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão unânime da 2ª Câmara de Direito Privado, negou pedido de nulidade processual e reconheceu a capacidade postulatória de Defensores Públicos sem inscrição na OAB. O acórdão reconhece que, após a Lei Complementar nº 132/2009,

“a capacidade postulatória do Defensor Público decorre exclusivamente de sua nomeação e posse em cargo público. (...) Sendo assim, a inscrição dos Defensores Públicos na Ordem dos Advogados do Brasil não é mais condição para sua atuação em juízo, ficando superadas com isso as previsões dos arts. 3º, § 1º, e 4º, *caput*, do EOAB (Lei nº 8.906/94), o que aliás é perfeitamente compatível com a distinção entre as atividades e com as atribuições naturais do cargo de Defensor Público, cuja

⁴⁴¹DEFENSORES afirmam que OAB-SP quer constrangê-los. *Conjur*, 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-22/defensores-publicos-afirmam-oab-sp-constrange-los>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

⁴⁴²DEFENSORES afirmam que OAB-SP quer constrangê-los, cit.

investidura pressupõe de resto a qualificação de bacharel em Direito e verificação da aptidão pessoal em concurso público específico”.⁴⁴³

Em sentido completamente oposto, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com jurisdição nos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, rejeitou pedido de liminar da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Mato Grosso do Sul para que seus associados fossem dispensados da inscrição nos quadros da OAB. A desembargadora Alda Basto rejeitou o argumento da Associação segundo o qual a inscrição do defensor público na OAB é facultativa, logo, a capacidade postulatória dos defensores não decorre exclusivamente de sua nomeação e posse no cargo público, aplicando assim o artigo 3º, parágrafo 1º da Lei nº. 8.906/1994.⁴⁴⁴

Como pode ser constatado, a polêmica envolvendo o assunto sobre a obrigatoriedade da inscrição dos defensores públicos nos quadros da OAB envolve uma série de interesses. Há interesse da OAB em não perder o valor das anuidades que os defensores de todo país recolhem para a entidade, bem como a intenção de manter seus atos profissionais submetidos ao controle do Tribunal de Ética da Ordem. De outro lado, a Defensoria Pública busca ampliar sua autonomia em relação ao controle exercido pela OAB. Independentemente da solução judicial que será encontrada para o caso, deve-se evitar que as condutas praticadas por essas entidades representativas sejam pautadas em caráter de represália e boicote entre os dois grupos e, deve-se impedir, principalmente, que a atividade de assistência jurídica exercida por ambas as instituições sofra qualquer tipo de prejuízo com a disputa.

3.4. Dever do Estado para prestação da assistência jurídica no Direito do Trabalho

Como previsto na Constituição Federal (artigo 134), o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita no Brasil é atribuído à Defensoria Pública. Na área trabalhista, essa obrigação da defensoria não deixa de existir pelo fato de os sindicatos estarem obrigados a fornecer assistência judiciária. Conforme estabelece o artigo 514, alínea “b”,⁴⁴⁵ da CLT, os sindicatos, tanto dos trabalhadores como dos empregadores, têm o dever de

⁴⁴³TJ-SP; Apelação nº 0016223-20.2009.8.26.0032; Publicado em 13/05/2011; 2ª Câmara de Direito Privado; Desembargador Relator Fabio Tabosa.

⁴⁴⁴TRF 3ª Região; Agravo de Instrumento nº 0034212-6.2010.4.03.0000/MS; Relatora: Desembargadora Federal Alda Basto; Publicado em 14/04/2011.

⁴⁴⁵Art. 514. São deveres dos sindicatos:

b) manter serviços de assistência judiciária para os associados;

prestar assistência judiciária para seus associados; além disso, o artigo 14⁴⁴⁶ da Lei n. 5.584/1970 (que será estudada mais detalhadamente no item 4 desse capítulo) determina que na Justiça do Trabalho a assistência judiciária deve ser concedida pelo sindicato da categoria profissional que o trabalhador esteja submetido, sendo que ela é devida a todo trabalhador que receba até dois salários mínimos e àquele trabalhador que receba mais que o dobro do mínimo legal, mas que comprove não possuir condições econômicas de demandar em juízo sem prejudicar seu próprio sustento e de sua família. Sendo assim, Amauri Mascaro Nascimento afirma que a justificativa para a Defensoria Pública estar obrigada a prestar assistência jurídica na esfera trabalhista está na própria natureza da norma que é constitucional, logo, uma lei ordinária não tem condições de diminuir a incidência de uma norma se no caso o texto constitucional não o faz. Portanto, continua ele, a Defensoria Pública possui o dever constitucional de prestar assistência jurídica aos trabalhadores que reúnem os requisitos trazidos pela lei. Essa incumbência concorre com a do sindicato, pois é um dever do Estado.⁴⁴⁷

Na mesma linha, Russomano relembra ser de suma importância a organização da assistência jurídica gratuita fornecida pelo poder estatal junto aos órgãos da Justiça Laboral, independente da existência de serviços dessa natureza serem prestados pelos sindicatos, pois, como se sabe, essas entidades atendem preferencialmente seus filiados.⁴⁴⁸

Deve-se ressaltar também que a Lei Complementar nº 80/1994 (lei que regulamenta a organização da Defensoria Pública) não revogou a Lei nº 5.584/1970, pois a primeira é uma lei geral que tem aplicação em qualquer processo e para qualquer pessoa na esfera da Justiça Comum, seja estadual ou federal, ao passo que a segunda lei possui aplicação somente no plano da Justiça do Trabalho nos processos que têm como partes empregado e empregador. Entretanto, após a EC nº 45/2004, com o aumento da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações derivadas da relação de trabalho diferentes da relação de emprego, conforme artigo 4º, incisos III e V da Lei Complementar nº 80/1994, a Defensoria Pública da União, segundo Bezerra Leite, possui o dever de ajuizar demanda ou

⁴⁴⁶Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

⁴⁴⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 192.

⁴⁴⁸RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 854.

elaborar a defesa da parte que precisar de assistência judiciária gratuita, mesmo que não seja empregado ou trabalhador avulso. Não existindo defensores públicos da União para isso, o magistrado pode designar advogado dativo para essa tarefa.⁴⁴⁹

Mesmo assim, apesar de todo o sistema legal infraconstitucional ter atribuído à Defensoria Pública da União o dever de prestar assistência jurídica no campo do Direito do Trabalho, como ficou demonstrado acima, existem autores, como Wagner Giglio, que apesar de reconhecerem que a Constituição Federal de 1988 transformou a assistência jurídica à população de baixa renda em dever do Estado, diante da Lei nº. 5.584/1970, recepcionada pelo texto constitucional, na Justiça do Trabalho a obrigação de fornecer esse serviço ainda pertence aos sindicatos, nos locais em que existirem, excluindo todas as outras entidades relacionadas na Lei nº 1.060/1950. De acordo com o autor, essas entidades poderão desempenhar suas atividades de forma supletiva, somente nos lugares em que não estejam situados dentro dos limites da base territorial do sindicato de classe que abrange a categoria do trabalhador.⁴⁵⁰

Sendo assim, essa divergência sobre a função do sindicato no campo da assistência jurídica trabalhista, bem como outros fatores que interferem no assunto, serão melhor aprofundados no item 4 do presente capítulo.

4. Assistência jurídica no Direito do Trabalho

Inicialmente, deve-se destacar que duas leis regulam a matéria sobre concessão de assistência judiciária gratuita no Direito do Trabalho, conforme lição de Amauri Mascaro Nascimento. A primeira delas é a Lei 1.060/1950 que estabelece a assistência judiciária gratuita aos necessitados, devendo ser fornecida pelo Estado, ou por advogado indicado pela OAB ou por advogado indicado pelo magistrado para essa finalidade. A outra lei é a 5.584/1970 que atribui ao sindicato a obrigação dessa assistência, que deve ser fornecida a todos os trabalhadores da respectiva categoria profissional que ganhem até dois salários mínimos. Caso o trabalhador ganhe a ação, o magistrado determinará que o empregador realize o pagamento de honorários advocatícios para o sindicato.⁴⁵¹

Dessa maneira, em relação à assistência jurídica na esfera da Justiça do Trabalho, levando em consideração o artigo 14 da Lei nº. 5.584/1970, cumpre mencionar a existência

⁴⁴⁹LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 373.

⁴⁵⁰GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 145.

⁴⁵¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 448.

de autores que sustentam a exclusividade dos sindicatos na prestação de assistência judiciária, de maneira que o serviço do Estado estaria impedido de realizar a defesa judicial dos trabalhadores, tendo que orientá-los a buscar a entidade de classe.

No entanto, Otavio Pinto e Silva sustenta que para assegurar-se o pleno exercício da cidadania e dos princípios constitucionais, no âmbito da Justiça Laboral, os serviços de assistência jurídica oferecidos pelo poder estatal devem ser concebidos como complementares aos serviços das entidades sindicais. Dessa maneira, o trabalhador poderá escolher entre os serviços do sindicato e o serviço do Estado. Não seria razoável, por exemplo, que o trabalhador fosse obrigado a ser atendido pelo serviço de assistência de seu sindicato que esteja sendo administrado por Diretoria à qual fez oposição. Nesse caso, aconselhável seria que o trabalhador utilizasse serviço oferecido pelo poder estatal, garantindo-se, assim, seu direito à assistência jurídica.⁴⁵²

Nesse mesmo sentido, Rezende sustenta que a Lei nº. 5.584/1970 não atribuiu ao sindicato a exclusividade da assistência judiciária. Logo, não existem impedimentos para que o necessitado utilize outros profissionais na defesa de seus interesses em juízo, pois ele pode optar por advogado particular (art. 5º, § 4º da Lei nº. 1.060/1950) ou profissional que integre os órgãos governamentais que prestam assistência judiciária às pessoas desprovidas de recursos econômicos. Destarte, conclui, delegar exclusivamente ao sindicato um dever que de acordo com o texto constitucional pertence ao Estado, não compreende medida muito justa. Isso porque, o trabalhador que não confia na diretoria do sindicato, por exemplo, não teria possibilidade de escolher outro estabelecimento para ser atendido pela assistência judiciária gratuita, bem como, não se estaria cumprindo o estabelecido no artigo 5º da Lei nº. 1.060/1950. Essa posição não contraria o fato de os sindicatos poderem proporcionar de forma ampla o patrocínio gratuito aos integrantes da categoria e atuarem como substitutos processuais, situações de muita valia para o desenvolvimento das relações de trabalho.⁴⁵³

Além desses autores citados, Mauro Cesar Martins de Souza enfatiza que a Lei nº. 5.584/1970 e a CLT não concederam ao sindicato o monopólio da assistência judiciária, em razão de o próprio texto constitucional ter atribuído a obrigatoriedade desse serviço ao poder estatal, sendo que a delegação dessa função às entidades sindicais não compreende providência de plena justiça. Ademais, segundo o autor, não há obstáculos para que o

⁴⁵²SILVA, Otavio Pinto e. op. cit., p. 27-30.

⁴⁵³REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. op. cit., p. 113-123.

interessado utilize outros meios de defender seus interesses, sendo que ele tem a opção de escolha de outro profissional que não vinculado ao sindicato, como prevê o artigo 5º, § 4º da Lei nº. 1.060/1950.⁴⁵⁴ Deve-se ressaltar que a Lei nº. 1.060/1950 não condiciona a prestação da assistência judiciária gratuita à assistência sindical. A assistência prevista na Lei nº. 5.584/1970 que deve ser prestada pelo sindicato implica, caso o vencido seja o empregador, que esse último pague ao autor honorários advocatícios que serão revertidos ao próprio sindicato. No caso da justiça gratuita, a gratuidade das despesas processuais deverá ser arcada pelo Estado.⁴⁵⁵

Além disso, cumpre lembrar ainda que a assistência jurídica gratuita, conforme dispositivos consolidados, deve ser ofertada a todos os trabalhadores que reúnam os requisitos legais, mesmo que eles não sejam associados à entidade sindical, pois a contribuição sindical que todos os integrantes da categoria são obrigados a pagar é utilizada, como determina o artigo 592, inciso II, alínea “a” da CLT, para custear os serviços jurídicos que a entidade deve oferecer.⁴⁵⁶ O artigo 18 da Lei nº. 5.584/1970 assegura essa garantia aos trabalhadores não sindicalizados: “Art 18. A assistência judiciária, nos termos da presente lei, será prestada ao trabalhador ainda que não seja associado do respectivo Sindicato.”

Uma das justificativas lembradas por Messias Donato para o Estado obrigar os sindicatos a prestarem o serviço de assistência jurídica com os recursos oriundos da contribuição sindical está no fato de 10% do valor total da contribuição ser destinado ao próprio poder estatal que delegou, portanto, às entidades sindicais esse dever de prestar assistência jurídica prevista na Lei nº. 1.060/1950. Nesse contexto, também para esse autor, o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (artigo 5º, inciso LXXIV e artigo 134 da CF) compreende uma tarefa supletiva ao dever dos sindicatos.⁴⁵⁷

Evidentemente, a discussão a respeito da exclusividade do sindicato na prestação de assistência jurídica aos trabalhadores não está limitada apenas aos fatos expostos até aqui. Ela é muito mais ampla que isso, pois, além de necessitar da abordagem da assistência

⁴⁵⁴§ 4º. Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo.

⁴⁵⁵SOUZA, Mauro Cesar Martins de. Assistência judiciária na esfera trabalhista. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 30, n. 113, p. 13-24, jan./mar. 2004.

⁴⁵⁶LOPES, Glaucia Gomes Vergara; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Cadernos de direito processual do trabalho*, 5: audiência, conciliação, assistência judiciária gratuita. São Paulo: LTr, 2001. p. 48.

⁴⁵⁷DONATO, Messias Pereira. Contribuições sociais e assistência jurídica. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 14, n. 79, p. 23-26, set. 1992.

devida aos empregadores e outros trabalhadores que não possuem sindicatos, está relacionada de maneira profunda com a liberdade sindical assegurada na Constituição da República de 1988 e também com a influência corporativista que esteve presente na elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho. Sendo assim, como esses dois fatores requerem abordagem mais clara, serão estudados no capítulo 3. No presente capítulo, continuarão a ser analisados os elementos da Lei nº. 5.574/1970, da Lei nº. 1.060/1950 e da CLT referentes à assistência jurídica no campo do Direito do Trabalho.

4.1. Abordagem da Lei nº 5.584/70

O primeiro ponto a ser ressaltado em relação à Lei nº. 5.584/1970 é que ela não faz referência ao benefício da justiça gratuita, mas à assistência judiciária que as entidades sindicais devem prestar, logo, essa lei não regulamenta a possibilidade da ação judicial ser processada sem o pagamento de despesas e taxas processuais previstas na Lei nº. 1.060/1950, estabelecendo apenas regras para a entidade que deverá acompanhar o trabalhador desprovido de recursos econômicos perante o Judiciário.⁴⁵⁸

Sendo assim, o artigo 14, *caput* e seu § 1º dessa lei estabelecem o seguinte:

“Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”

Em seguida, a Lei nº. 10.288/2001 revogou parcial e tacitamente o § 1º da Lei nº 5.584/1970, incluindo o § 10 ao artigo 789 da CLT que dispunha sobre o assunto: “O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob sua responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda”. No entanto, o legislador, expressando falta de conhecimento do ordenamento jurídico, promulgou a Lei nº 10.537/2002 que, ao dar nova redação ao artigo 789 da CLT, excluiu seu § 10. Ademais, essa lei adicionou ao

⁴⁵⁸SOUZA, Mauro Cesar Martins de. op. cit. p. 13-24.

artigo 790 o § 3º⁴⁵⁹ que possibilita aos magistrados a concessão do benefício da justiça gratuita para as pessoas que ganharem até dois salários mínimos ou declarem que não têm condições de arcar com as custas do processo sem prejudicar seu próprio sustento ou de sua família. Importante ressaltar a lição de Bezerra Leite no sentido de que as alterações realizadas pela Lei nº. 10.288/2001 e pela Lei nº. 10.537/2002 apenas revogaram o conteúdo do § 1º do artigo 14 da Lei nº. 5.584/1970. Dessa forma, o artigo 14, caput, dessa última lei continua em vigor e não foi alterado.⁴⁶⁰

Além disso, após essas mudanças legislativas, verifica-se que a nova redação do artigo 790, § 3º da CLT foi omissa quanto ao dever da entidade sindical de prestar assistência jurídica, fazendo menção apenas ao benefício da justiça gratuita.

Mesmo assim, há na doutrina posição minoritária que defende o seguinte raciocínio: a) a Lei nº. 10.532/2002 compreende segunda lei revogadora, b) a Lei nº. 10.288/2001 (artigo 789, § 10 da CLT) é a primeira lei revogadora, e c) a Lei nº. 5.584/1970 (artigo 14, caput e § 1º) é a lei revogada. Assim, de acordo com o artigo 2º, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que estabelece que a lei revogadora de outra lei revogadora não possui efeito reprecursor sobre a primeira lei abolida, exceto no caso de o legislador pronunciar-se sobre a matéria expressamente, a matéria da assistência judiciária na Justiça do Trabalho não estaria mais regulada no sistema legal pátrio. Logo, a Lei nº. 10.537/2002 não faz nenhuma referência expressa em relação à revigoração do artigo 14, caput e § 1º da Lei nº. 5.584/1970, de maneira que pela proibição do efeito reprecursor existente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro não há fundamento legal na ordem jurídica brasileira que justifique a posição de que os sindicatos é que devem oferecer a assistência especificamente judiciária. Isso porque houve a revogação do artigo 14 da Lei nº. 5.584/1970 e da Lei nº. 10.288/2001 pela Lei nº 10.537/2002.⁴⁶¹

Essa posição é minoritária, pois, como ficou demonstrado nos itens anteriores, a maioria da doutrina ainda defende a existência do dever das entidades sindicais de prestarem assistência jurídica. Existem dois motivos para isso: primeiro, o artigo 514,

⁴⁵⁹ § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

⁴⁶⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. op. cit., p. 369-370.

⁴⁶¹ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. t. 1, p. 444.

alínea “b” da CLT⁴⁶² e o artigo 592, inciso I, “a” e inciso II “a” também da CLT⁴⁶³ determinam que as entidades sindicais, sejam de categoria econômica ou profissional, devam oferecer serviços de assistência jurídica, com os recursos oriundos da contribuição sindical, às pessoas que representam; segundo, as alterações legislativas realizadas pelas Leis nº. 10.288/2001 e 10.537/2002 trataram apenas do benefício da justiça gratuita, não realizando nenhuma alteração nos dispositivos da Lei nº. 5.584/1970 que atribuem ao sindicato profissional o dever de prestar assistência judiciária aos trabalhadores, o que significa que o artigo 14, *caput* e o artigo 18 dessa última lei continuam em vigor.

4.1.1. Requisitos para a concessão da justiça gratuita e da assistência judiciária

Em relação ao benefício da justiça gratuita, que é diferente do direito de assistência judiciária conforme ficou explicado no item 2 desse capítulo, Russomano pondera que de acordo com a previsão na CLT, esse benefício é concedido “*a posteriori*, isto é, no ato de decisão ou após a decisão judicial, mediante requerimento do interessado com prova de miserabilidade, ou *ex officio*.” Diferentemente, a assistência judiciária “é concedida *a priori*”⁴⁶⁴.

O artigo 790, § 3º⁴⁶⁵ da CLT estabelece a faculdade para os magistrados concederem ou não o benefício da justiça gratuita, e isso pode ocorrer por iniciativa deles próprios ou por meio de requerimento das partes. Para tanto, a parte requerente deverá demonstrar que reúne os requisitos necessários à obtenção do benefício.

O primeiro requisito para pleitear o benefício da justiça gratuita é trazido pelo próprio artigo 790, § 3º da CLT: a pessoa ganhar até dois salários mínimos ou declarar que

⁴⁶²Art. 514. São deveres dos sindicatos:

b) manter serviços de assistência judiciária para os associados;

⁴⁶³Art. 592-A contribuição sindical, além das despesas vinculadas à sua arrecadação, recolhimento e controle, será aplicada pelos sindicatos, na conformidade dos respectivos estatutos, usando aos seguintes objetivos: (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976)

I-Sindicatos de empregadores e de agentes autônomos: (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976)

a) assistência técnica e jurídica; (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976)

(...)

II-Sindicatos de empregados: (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976)

a) assistência jurídica; (Redação dada pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976)

⁴⁶⁴RUSSOMANO, Mozart Victor. op. cit., p. 850.

⁴⁶⁵§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

não reúne condições de arcar com as custas do processo sem prejudicar o sustento de sua própria família.

Comprovar o rendimento igual ou inferior a dois salários mínimos é tarefa que não exige muitos esforços, bastando para tanto a demonstração do salário da pessoa ou dos seus rendimentos por qualquer meio idôneo. Já a declaração de que a pessoa não possui condições de arcar com as custas do processo, conhecida também como declaração de miserabilidade, causa certa controvérsia na praxe forense. Tanto que o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da orientação jurisprudencial nº. 304 da SDI 1, considera válida a simples afirmação do declarante ou de seu advogado na petição inicial de que o requerente é pobre nos termos da Lei nº. 1.060/1950 para que seja configurada a situação de miserabilidade.⁴⁶⁶ O TST, assim, coloca em evidência o requisito trazido pelo artigo 4º. § 1º da Lei nº. 1.060/1950, qual seja, a simples afirmação do requerente de que é pobre nos termos da mencionada lei. Dessa maneira, todos que recebem menos de dois salários mínimos ou firmam a declaração se encontram entre aqueles elegíveis ao benefício, de acordo com orientação do TST.

Essa posição, que também está de acordo com o texto do artigo 790, § 3º da CLT, simplifica mandamento da Lei nº. 5.584/1970 que traz como requisito para se comprovar a situação econômica do trabalhador um “atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social”, conforme artigo 14, § 2º, e não havendo essa autoridade no local, o atestado deveria ser fornecido por Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado, de acordo com artigo 14, § 3º da mesma lei.

É evidente que esses dispositivos não encontram mais aplicação prática, bastando que o requerente do benefício da justiça gratuita siga as diretrizes traçadas pela orientação jurisprudencial do TST para conseguir a gratuidade.

Além disso, a orientação jurisprudencial nº 304 em comento criou ainda a possibilidade de a afirmação de pobreza ser feita pelo advogado da parte na petição inicial. E o Tribunal Superior do Trabalho, dessa vez por meio da orientação jurisprudencial nº. 331 da SDI 1, estabeleceu que não é necessária a outorga de poderes especiais ao patrono

⁴⁶⁶OJ-SDI1-304 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. COMPROVAÇÃO. DJ 11.08.03. Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei nº 7.510/86, que deu nova redação à Lei nº 1.060/50).

da causa para que seja declarada a insuficiência econômica da parte requerente do benefício da justiça gratuita.⁴⁶⁷

Por meio dessas posições jurisprudenciais, verifica-se que o TST, de forma correta, busca facilitar a concessão da justiça gratuita, evitando que a parte necessitada se desgaste em trabalhos burocráticos na tentativa de requerer a gratuidade processual.

Em relação ao momento em que a justiça gratuita deve ser requerida, a orientação jurisprudencial nº. 269, também da SDI 1 do TST, estabelece que “O benefício da justiça gratuita pode ser requerido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja o requerimento formulado no prazo alusivo ao recurso.”

Trata-se de entendimento que leva em conta o tempo de duração de uma demanda na Justiça do Trabalho, privilegiando, assim, as partes que, no curso da ação, podem sofrer diminuição de suas condições financeiras e não ter mais condições de arcar com as despesas do processo. Portanto, se caso a parte no início da demanda tinha condições de pagar as despesas do processo e essa situação modifica-se no momento da interposição de um recurso, ela ainda poderá pleitear o benefício.

Todos esses requisitos analisados até agora não ensejam grandes debates, pois estão relacionados apenas à concessão do benefício da justiça gratuita. A questão que gera uma diversidade de debates na jurisprudência trabalhista são os requisitos necessários para a concessão da assistência judiciária e para a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Quanto aos requisitos para pleitear-se a assistência judiciária, em decorrência da análise conjunta dos dispositivos da Lei nº. 5.574/1970 e da Lei nº. 1.060/1950, é imprescindível que o advogado da parte requerente esteja credenciado pelo sindicato da categoria do requerente.

Atendido esse requisito, e a parte tendo conseguido cumulativamente o benefício da justiça gratuita, de acordo com entendimento majoritário da jurisprudência do TST, estão atendidos os dois pressupostos necessários para a condenação em honorários advocatícios, como dispõe a orientação jurisprudencial nº. 305 da SDI 1 do TST: “Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência

⁴⁶⁷OJ-SDI1-331 JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. MANDATO. PODERES ESPECÍFICOS DESNECESSÁRIOS. DJ 09.12.2003. Desnecessária a outorga de poderes especiais ao patrono da causa para firmar declaração de insuficiência econômica, destinada à concessão dos benefícios da justiça gratuita.

concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.”

O requisito do credenciamento sindical é considerado pela jurisprudência como essencial para que seja reconhecida a assistência judiciária. Para tanto, uma breve análise dos julgados demonstra que deverá sempre haver a comprovação do credenciamento sindical feito pelo representante legal do sindicato ao patrono das causas, como os trechos a seguir:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ASSISTÊNCIA SINDICAL - CARTA DE CREDENCIAMENTO - PROVA - Infere-se do art. 14 da Lei nº 5.584/70 que é condição essencial ao deferimento dos honorários advocatícios a comprovação de que o advogado que patrocina o reclamante esteja credenciado pelo sindicato da categoria para representar o autor em Juízo e postular, em favor do mesmo, os benefícios da assistência judiciária, o que deve ser formalizado por meio de documento escrito firmado pelo representante legal do Sindicato-assistente. Inexistindo comprovação de que a pessoa física que assinou a referida carta de credenciamento, na qualidade de presidente do sindicato profissional - impressa em papel comum - esteja mesmo investida daqueles poderes e na data em que elaborado o documento, conclui-se não estarem preenchidos os pressupostos para deferimento de honorários assistenciais, diante de vício formal insuperável” (grifo nosso) ⁴⁶⁸.

“A fl. 541 encontra-se a carta de credenciamento do Sindicato dos Bancários, e à fl. 542, a Procuração outorgada aos advogados componentes do departamento jurídico da entidade. Devidos honorários advocatícios em favor da entidade sindical assistente a que pertencer o trabalhador, quanto presentes os requisitos da Lei 5.584/70 e Súmula 219/TST, como no caso dos autos, que ora são fixados em 15% sobre o valor da condenação.” (grifo nosso) ⁴⁶⁹

“Quanto ao deferimento de honorários advocatícios, é certo que foi anexado aos autos a carta de credenciamento de fl. 241 e a procuração de fl. 242, que demonstram que a reclamante está devidamente assistida pelo sindicato de sua categoria profissional.” (grifo nosso) ⁴⁷⁰

Assim, restam demonstrados os requisitos necessários para concessão da justiça gratuita e da assistência judiciária. Dessa forma, pode-se constatar que não existem grandes obstáculos para que tais benefícios sejam concedidos no âmbito da Justiça do Trabalho. O problema maior gira em torno da imprescindibilidade dos sindicatos na obtenção da assistência judiciária. No entanto, o estudo mais aprofundado dessa questão necessita da

⁴⁶⁸ TRT 3ª Região; 0182700-76.2009.5.03.0047 RO; publicação: 22-03-2010 – DEJT; 3ª Turma; Relator: Irapuan de Oliveira Teixeira Lyra.

⁴⁶⁹ TST; Processo: AIRR e RR - 158800-57.2009.5.03.0017 Data de Julgamento: 01/06/2011, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/06/2011.

⁴⁷⁰ TST; Processo: AIRR - 117-87.2010.5.03.0080 Data de Julgamento: 01/06/2011, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2011.

abordagem de outros institutos que até agora não foram analisados, como é caso do *jus postulandi* e da liberdade do sindicato na prestação da assistência jurídica. Os critérios e os debates que envolvem a condenação ao pagamento de honorários advocatícios serão analisados detalhadamente em item específico em decorrência de ser grande a controvérsia que envolve o tema.

4.1.2. Aplicação da multa prevista no artigo 553, a da CLT

Outra questão deve ser abordada no presente estudo em razão de estar relacionada à assistência jurídica prestada pelos sindicatos. Trata-se da multa estabelecida pela CLT aos diretores dos sindicatos caso eles não cumpram o determinado no Capítulo I do Título V da CLT. Vale lembrar que o artigo 514 criador da obrigação sindical de oferecer essa assistência está dentro do mencionado Capítulo V da CLT. Assim, a redação do artigo 553, alínea “a” é a seguinte:

“Art. 553 - As infrações ao disposto neste Capítulo serão punidas, segundo o seu caráter e a sua gravidade, com as seguintes penalidades:

a) multa de Cr\$ 100 (cem cruzeiros) e 5.000 (cinco mil cruzeiros), dobrada na reincidência;”

Em função desse dispositivo, alguns autores, como, por exemplo, Tostes Malta, sustentam que, caso os diretores do sindicato não cumpram os deveres estabelecidos na Lei nº. 5.584/1970 sem motivo justo para tanto, eles podem ser multados de acordo com as determinações do artigo consolidado citado.⁴⁷¹

Sem discordar dessa posição, Russomano também defende que, caso o sindicato seja omissor na prestação do serviço de assistência jurídica, seus diretores estarão sujeitos a sofrerem a incidência da sanção prevista no artigo 553, alínea “a” da CLT, no entanto essa sanção pode deixar de ser aplicada na hipótese de existir um motivo que justifique a ausência desse serviço.⁴⁷²

No mesmo sentido, Ísis de Almeida ensina que os diretores dos sindicatos que não prestarem a assistência jurídica trabalhista prevista pela legislação, sem uma justificativa

⁴⁷¹ LOPES, Gláucia Gomes Vergara; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. op. cit., p. 48.

⁴⁷² RUSSOMANO, Mozart Victor. op. cit., p. 851.

de natureza financeira para isso, estarão sujeitos à aplicação da multa prevista no artigo 553, “a” da CLT.⁴⁷³

Essa questão da aplicação da multa aos diretores das entidades sindicais na hipótese mencionada deve ser analisada em conjunto com o artigo 8º, inciso I da Constituição Federal de 1988 que consagra a liberdade sindical no ordenamento jurídico nacional. Somente dessa forma, estarão presentes outros elementos necessários para uma elucidação mais completa do problema. Sendo assim, como o tema da liberdade sindical, por estar relacionado com a assistência jurídica na área do Direito do Trabalho, merece um estudo mais profundo e detalhado, a crítica sobre a aplicação ou não da multa estabelecida no artigo 553 da CLT será feita no capítulo 3 desse trabalho.

4.2. Assistência jurídica aos trabalhadores

O problema da assistência jurídica no âmbito da Justiça do Trabalho adquire grande importância, porque a maior parte dos trabalhadores não reúne condições econômicas de arcar com os custos necessários para ingressar-se na Justiça sem prejudicar seu próprio sustento ou de sua família.

Nesse sentido, Rezende considera que é prática comum que o necessitado contrate advogado particular por meio de pagamento de honorários profissionais no valor de até 30% sobre o valor que ele receberá ao final da demanda. Dessa forma, parece que o disposto na Lei nº. 1.060/1950, que deve ser analisada conjuntamente com as disposições da Lei nº. 5.584/1970, não possui aplicabilidade total em relação à sucumbência no processo trabalhista. Assim, verifica-se que o patrocínio da causa por advogado particular que receberá honorários no valor de até 30% sobre a soma recebida pelo reclamante, caso a ação tenha êxito, acaba com a possibilidade de concessão de assistência judiciária, criando mais um ônus ao necessitado. Dessa maneira, foi sedimentada a jurisprudência cristalizada na súmula 219⁴⁷⁴ do TST.⁴⁷⁵

⁴⁷³ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: LTr, 1997. p. 136-137.

⁴⁷⁴TST Enunciado nº 219 Justiça do Trabalho-Condenação em Honorários Advocatícios
I-Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Por outro lado, continua o autor, a realidade nos fóruns demonstra que a defesa em juízo das pessoas carentes de recursos econômicos feita por advogado do sindicato muitas vezes não consegue socorrer, de forma célere, toda a procura dos trabalhadores, especialmente nos momentos de crise já que os integrantes das categorias profissionais são os primeiros a sofrer seus efeitos. Nessa medida, cumpre destacar que a prestação de assistência jurídica trabalhista pelo poder estatal consistiria relevante incentivo para o atendimento imediato das necessidades de grande parte dos trabalhadores, além de contribuir para melhorar o acesso à Justiça, para assegurar o devido processo legal e para garantir a defesa dos direitos violados ou ameaçados. Essa possibilidade, entretanto, está longe de ser concretizada, pois como exposto no item 3.1.1 desse capítulo, a estrutura da Defensoria Pública da União, órgão governamental responsável por prestar assistência jurídica na esfera da Justiça do Trabalho, ainda é insuficiente para o atendimento adequado dos interesses das pessoas carentes que necessitam acionar o Judiciário Trabalhista.⁴⁷⁶

Em complemento, Valentin Carrion lembra que a Lei. nº. 5.584/1970 não transformou a assistência jurídica no processo trabalhista em monopólio das entidades sindicais de trabalhadores, excluindo-se, assim, a aplicação da Lei nº 1.060/1950, pelos seguintes motivos: 1) o texto da Lei nº. 5.584/1970 não estabelece de forma expressa que na Justiça Laboral a assistência “só será prestada pelo sindicato”; 2) uma interpretação restritiva, em que há prevalência de uma primeira impressão meramente gramatical passada pelo texto, não leva em consideração o progresso histórico brasileiro, pois a possibilidade de optar-se por um advogado é uma das características da evolução da assistência jurídica no país e, além disso, ofende os princípios igualitários do ordenamento jurídico; 3) de acordo com o objetivo da lei, não há razão em diferenciar-se o necessitado trabalhista do necessitado perante a Justiça Comum, pois os honorários do advogado do sindicato ou do advogado escolhido pelo trabalhador serão pagos pela parte vencida; 4) o argumento, segundo o qual na Justiça do Trabalho o advogado é desnecessário, é carente de coerência, mesmo que o artigo 791 da CLT reconheça o *jus postulandi* das partes no processo trabalhista; 5) porque estariam desprovidos de assistência jurídica: os trabalhadores pertencentes a sindicatos que não têm condições de compor um serviço de

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.

⁴⁷⁵ REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. op. cit., p. 113-123.

⁴⁷⁶ REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. op. cit., p. 113-123.

assistência; os trabalhadores que não concordem com a orientação jurídica seguida pelo sindicato; trabalhadores de cidade onde há vara do trabalho, mas não existe sede de sindicato; os trabalhadores domésticos e seus patrões; os pequenos empreiteiros e seus clientes; os funcionários públicos estaduais e municipais desprovidos de categoria que os represente; os pequenos empregadores que se encontrem sem recursos econômicos; alguns reclamados que se encontram em posição tão hipossuficiente quanto o próprio reclamante; casos em que o advogado do sindicato está impedido. O autor sustenta ainda que a solução não é aplicar somente a Lei nº 1.060/1950 a essas hipóteses, mas admitir a existência conjunta das duas leis (Lei nº. 5.584/1970 e nº. 1.060/1950), sem restrições.⁴⁷⁷

Ainda no sentido de criticar o modelo de assistência jurídica trabalhista, Russomano ressalta que: 1) primeiramente, a assistência que o sindicato tem o dever de prestar não deveria ter sido conceituada como “assistência judiciária”, como está expresso no artigo 14, *caput* da Lei nº. 5.584/1970. Apesar de ela ter caráter obrigatório, compreende serviço assistencial oriundo da natureza das finalidades do ente sindical; 2) em segundo lugar, em hipótese alguma se deveria permitir que o trabalhador pobre não estivesse dotado do direito de escolher seu advogado em juízo; 3) em último lugar, o fato de o sindicato receber honorários advocatícios em virtude do serviço de assistência desconfigura sua posição social diante do trabalhador.⁴⁷⁸

Consoante essas considerações, somadas ao conteúdo já desenvolvido nos itens 3.1.1, 3.2 e 3.3 do presente capítulo, verifica-se que o assunto da assistência jurídica aos trabalhadores possibilita várias discussões, sendo que a primeira delas é identificar o responsável pela prestação desse serviço de assistência. De acordo com a análise conjunta dos artigos 5º, inciso LXXIV e 134 da Constituição Federal, e dos artigos 14, 20, 21 e 22 da Lei Complementar 80/1994 (lei orgânica da Defensoria Pública), o Estado, por meio da Defensoria Pública da União, é o responsável por prestar assistência jurídica aos necessitados. Mesmo assim, ainda estão em vigor os artigos 14, *caput* e 18 da Lei n. 5.584/1970 e os artigos 514, alínea “b”, 592, inciso I, “a” e inciso II “a” da CLT, que atribuem ao sindicato, tanto dos trabalhadores como dos empregadores, o dever de prestar assistência jurídica. Ademais, na hipótese de não haver sindicato no local, a assistência ao

⁴⁷⁷ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 602-603.

⁴⁷⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. op. cit., p. 851-852.

trabalhador deverá ser fornecida por promotores ou defensores públicos, conforme artigo 17 da Lei n. 5.584/1970.⁴⁷⁹

Em razão de todos esses dispositivos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, ainda faltam elementos que deverão ser estudados nos próximos itens, como é o caso da liberdade sindical, da influência do corporativismo na legislação pátria e do *jus postulandi*, para poder-se apontar uma conclusão adequada ao problema da assistência jurídica devida aos trabalhadores.

4.2.1. A questão dos honorários advocatícios e sua relação com assistência jurídica no Direito do Trabalho

Primeiramente, convém destacar que os honorários advocatícios estão previstos em vários dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro. No Código Civil, os artigos 389 (Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado) e 404 (As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional) abordam o instituto. No Código de Processo Civil, o *caput* do artigo 20 determina que “A sentença condenará o vencido a pagar as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.”⁴⁸⁰

⁴⁷⁹Art. 17. Quando, nas respectivas comarcas, não houver Juntas de Conciliação e Julgamento ou não existir Sindicato da categoria profissional do trabalhador, é atribuído aos Promotores Públicos ou Defensores Públicos o encargo de prestar assistência judiciária prevista nesta lei.

⁴⁸⁰CPC - Art. 20. § 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Apesar disso, a legislação processual trabalhista nunca teve dispositivo específico que tratasse dos honorários advocatícios em todas as situações, mas somente nas hipóteses de assistência sindical (artigo 16 da Lei 5.584/70), e tão-somente para estabelecer o destinatário dos honorários sucumbenciais, no caso, a entidade sindical. Ademais, a CLT prevê no artigo 791 o instituto do *jus postulandi* que torna o advogado elemento prescindível para o ajuizamento de reclamação trabalhista.

Esse contexto culminou com a edição da súmula 219 pelo Tribunal Superior do Trabalho que, em seu inciso I, estabelece o seguinte:

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

Não fosse suficiente o texto dessa súmula, o TST, por meio da orientação jurisprudencial nº. 305 da SDI 1, enfatiza que o deferimento da verba honorária advocatícia está condicionado, ao atendimento de dois requisitos: a parte ter o benefício da justiça gratuita e estar assistida pelo sindicato da categoria.⁴⁸¹

Essa situação discriminatória em que os honorários são pagos apenas aos advogados credenciados por sindicatos, intensificou-se com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Isso porque a ampliação do espectro de controvérsias que passaram a ser de competência da Justiça do Trabalho criou, de forma intolerável, duas categorias de demandas: as oriundas de vínculo de emprego e as não empregatícias. Àquelas garante-se o *jus postulandi* das partes e, como resultado, continua-se negando o direito aos honorários advocatícios; a estas nega-se o *jus postulandi* e, como consequência, reconhece-se o direito aos honorários advocatícios sucumbenciais, como ficou estabelecido

§ 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor.

Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

⁴⁸¹OJ-SDI1-305 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. DJ 11.08.03. Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

pelo artigo 5º da Instrução Normativa nº 27/2005/TST⁴⁸² e pela nova redação da súmula 219, III do TST:

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.

Isto proporciona, no plano fático, situação completamente incoerente em que há forte afronta ao princípio da igualdade. Um mesmo ramo do Poder Judiciário comporta a convivência, por exemplo, de um processo movido por uma empresa para anular-se a multa lavrada por auditor fiscal do trabalho em que caberá a condenação da União em honorários advocatícios, caso ocorra a procedência do pedido, e de outro processo em que uma empregada doméstica que opte pela contratação de advogado para pleitear verbas rescisórias de sua relação de emprego, sem direito, em caso de procedência, à condenação da parte contrária ao pagamento de honorários advocatícios.

Nesse sentido, interessante transcrever, a título meramente exemplificativo, alguns trechos de julgados da Justiça do Trabalho não resultantes de vínculo empregatício em que se reconhece o direito aos honorários advocatícios:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. SUCUMBÊNCIA. Os honorários advocatícios são devidos no processo trabalhista nos termos da Instrução Normativa no 27, de 22.02.2005, do Colendo TST, que estabelece a obrigação do pagamento de honorários advocatícios como consequência da mera sucumbência, exceto quanto às “lides decorrentes da relação de emprego”. Nesse caso, considerando-se que se trata de ação de cobrança ajuizada pelo sindicato-autor e sua natureza civil os honorários advocatícios são devidos nos termos dos arts. 20 e seguintes do CPC.⁴⁸³

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SINDICATO - SUBSTITUTO PROCESSUAL - REQUISITOS- LEI Nº 5.584/70. Atuando como substituto processual, ao sindicato só caberá o direito aos honorários se preenchidos os requisitos legais e mediante a comprovação da hipossuficiência econômica de todos os substituídos ou sua declaração na petição inicial. (...) inexistindo declaração de hipossuficiência econômica de cada um dos substituídos, não há falar em condenação ao pagamento de honorários advocatícios, na medida em que não restou comprovado o preenchimento das exigências legais.⁴⁸⁴

⁴⁸² Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.

⁴⁸³ TRT 3ª Região; 00194-2008-060-03-00-6 RO; publicação: 27-01-2009 – DJMG; Relator: Convocado Antônio Gomes de Vasconcelos.

⁴⁸⁴ Processo: RR - 55400-40.2008.5.04.0015 Data de Julgamento: 04/08/2010, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/08/2010.

Além disso, é digno de destaque alteração do texto do inciso II da súmula 219 do TST que, a partir de sua nova redação, passa a admitir também a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista: “É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.”

Todas essas hipóteses de admissibilidade de pagamento de honorários advocatícios na esfera da Justiça do Trabalho demonstram o fortalecimento da tendência da jurisprudência trabalhista em reconhecer a condenação dos honorários sucumbenciais, independente da demanda ser ou não oriunda de vínculo empregatício, situação que transforma o entendimento adotado pela súmula 219, I do TST carecedor de fundamento lógico.

Assim, no sentido contrário ao posicionamento adotado pelo inciso I dessa súmula 219, que exige como requisitos cumulativos para obtenção de honorários advocatícios, nas demandas resultantes de vínculo empregatício, a assistência sindical e o gozo do benefício da justiça gratuita, existe um grupo de julgados que reconhecem o pagamento desses honorários independentemente da parte vencedora ser ou não beneficiária da justiça gratuita, e há também segundo grupo de julgados que admitem a condenação dos honorários ainda que a parte requerente não esteja assistida por seu sindicato.

No primeiro grupo, que defende a condenação em honorários advocatícios ainda que a parte não seja beneficiária da justiça gratuita, cumpre transcrever os seguintes trechos de julgados:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Entendimento pessoal desta relatora no sentido do cabimento na Justiça do Trabalho de condenação em honorários advocatícios tanto pela mera sucumbência como a título de perdas e danos, seja na relação de emprego, amparada pela CLT, seja na relação de trabalho, protegida pela legislação ordinária, por ser posição que melhor se coaduna como princípio constitucional da igualdade, regendo uniformemente o assunto para todos os jurisdicionados da seara laboral.”⁴⁸⁵

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Devidos. Inadimplemento de obrigação trabalhista. Aplicação dos arts. 389 e 404 do CC/02. Hodiernamente, na Justiça do Trabalho, também, são devidos honorários advocatícios pelo inadimplemento da obrigação trabalhista, por aplicação subsidiária dos arts. 389 e 404 do novo CC/02, cuja inovação deve ser prestigiada como forma de reparação dos prejuízos sofridos pelo trabalhador, que, para receber o crédito trabalhista, necessitou contratar

⁴⁸⁵Processo: RR - 107900-28.2004.5.04.0402 Data de Julgamento: 25/05/2011, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2011.

advogado às suas despesas, causando-lhe perdas. De sorte que a reclamada deve responder pelos honorários advocatícios, a fim de que a reparação do inadimplemento da obrigação trabalhista seja completa, ou seja, a reparação deve incluir juros, atualização monetária e ainda os honorários advocatícios, cujo ideal está em perfeita sintonia com o princípio fundamental da proteção ao trabalhador.”⁴⁸⁶.

“RECURSO ORDINÁRIO. INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE AOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. 1. O fundamento jurídico para o deferimento da indenização correspondente aos honorários contratuais é completamente diferente daquele relacionado ao cabimento da condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em demandas que envolvam relação de emprego nesta Justiça Especializada, embora este Relator também os considere cabíveis em tais lições. 2. A pretensão do autor refere-se à reparação pela despesa a que se obrigou a título de honorários advocatícios contratuais, autêntico dano emergente, componente dos danos materiais. 3. Isto posto, corolário da aplicação do princípio da reparação integral, impõe-se a reforma do *decisum* de modo a garantir ao autor a indenização por danos materiais que contemple a quantia que será por ele desembolsada para a remuneração dos advogados contratados, a qual ora fixo em 20% do valor bruto a ser apurado na liquidação de sentença, à vista do contrato de fl. 57. 4. Obviamente, este plus condenatório, não servirá de base de cálculo para os honorários contratuais, sob pena de extermínio da eficácia do citado princípio da *restitutio in integrum*”.⁴⁸⁷

O segundo grupo é formado por julgados que reconhecem a condenação de honorários advocatícios para a parte que esteja no gozo de justiça gratuita, mas não está assistida por patrono credenciado ao sindicato. Nessa medida, são arroladas as seguintes decisões:

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. HONORÁRIOS. São devidos os honorários assistenciais pela aplicação da Lei nº 1.060/50, porquanto a manutenção do monopólio sindical da assistência judiciária, nos termos da Lei nº 5.584/70, afronta a disposição do artigo 5º, inciso LXXIV, da CF. Declaração de insuficiência econômica juntada com a petição inicial. Recurso desprovido.”⁴⁸⁸

“O reclamado, segundo o princípio revitalizado pelo Novo Código Civil, deve ressarcir todas as despesas que a autora teve para o ingresso da presente ação, e essas despesas não podem representar redução das verbas trabalhistas a que o trabalhador faz jus. Entendo, por isso, que a recorrente deve pagar à recorrida os honorários advocatícios. Por isso, dou provimento ao recurso, nesse tópico, para acrescer à condenação o

⁴⁸⁶TRT 15ª Região – RO n. 1381/2003. 11ª T. (Ac. N. 34351/05). In: *DOESP*, de 22.07.05.

⁴⁸⁷TRT 3ª Região; Autos nº.: 0138500-54.2008.5.03.0035 RO; Publicação: 21-07-2010 – DEJT; Relator: Marcelo Lamego Pertence.

⁴⁸⁸TRT 4ª Região; Processo 00203-2006-761-04-00-5 (REO/RO), Rel. Maria Helena Mallmann, publicado em 21.05.2007.

pagamento de honorários advocatícios de 15% sobre o valor total da condenação”.⁴⁸⁹

“HONORÁRIOS DE ADVOGADO NA JUSTIÇA DO TRABALHO - A verba de honorários de advogado é devida nos termos da Constituição Federal em vigor (art. 133) e legislação infraconstitucional, como art. 20 do CPC e Estatuto da OAB (art. 22). Não há se cogitar na incidência da orientação contida nos enunciados 219 e 329 do TST, que somente admitem honorários advocatícios na hipótese de assistência judiciária gratuita prevista na Lei nº 5.584/70, já que esta teve os dispositivos referentes à assistência judiciária gratuita revogados pela Lei nº 10.288/01. Nosso Ordenamento Jurídico não admite o fenômeno da reprimenda (LICC) e a Lei nº 1.060/50, nem o §3º do art. 790 da CLT, que atualmente regem a matéria, não fazem nenhuma referência à assistência sindical, não havendo, portanto, sentido algum em vincular-se o pagamento de honorários advocatícios no processo do trabalho a esta hipótese.”⁴⁹⁰ (grifo nosso)

Verifica-se, assim, que os julgados destacados fundamentam a condenação da parte contrária em honorários advocatícios com amparo na simples sucumbência ou com amparo na indenização por perdas e danos oriunda do descumprimento de obrigação, no caso, o não pagamento de verbas trabalhistas e conexas, que deverá ser ressarcido integralmente.

Interessante apontar que o XV CONAMAT (Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) aprovou, em 2010, tese defendendo o reconhecimento de honorários advocatícios nas reclamações trabalhistas desprovidas de assistência sindical, como mostra a ementa abaixo:

“ACESSO À JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÕES TRABALHISTAS SEM ASSISTÊNCIA SINDICAL. Sustenta-se na presente tese a existência já no ordenamento jurídico das condições para que se reveja a inexigibilidade de honorários de advogado que não esteja a serviço da entidade sindical, mediante revisão interpretativa calcada nas garantias constitucionais de proteção judicial efetiva e de ampla gratuidade da assistência jurídica e da incidência de tais garantias sobre a compreensão da normatividade infraconstitucional pertinente ao tema. Em sua conclusão a tese indica a generalização da prática da condenação judicial dos empregadores vencidos ao pagamento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, resultando na real extensão da garantia da gratuidade judiciária, desestimulando a prática de o trabalhador litigante judicial declarar a pobreza para alcançar a dispensa de eventuais despesas judiciais, mas obriga-se a conceder a seu advogado uma porção dos direitos trabalhistas resgatados na ação, bem como resultaria na oneração das condenações judiciais trabalhistas como forma de estímulo a que o patronato observe a legislação trabalhista, e ainda

⁴⁸⁹ TRT 12ª Região. RO 00393/2003. (Ac. 2ª T. n. 12453/2004). In: *DJSC*, de 10.11.04.

⁴⁹⁰ TRT da 7ª Região, Acórdão n. 2034, decisão em 23.05.2006, RO n. 1619-2005-026-07-00-9, Turma 1, DOE/CE 04.07.2006, Rel. Manoel Arízio Eduardo de Castro

resultaria no desuso progressivo do *jus postulandi* com o aumento da percepção popular de que sempre valeria contar com advogado nas lides trabalhistas.”⁴⁹¹ (grifo nosso)

Os julgados transcritos acima evidenciam que o entendimento consagrado na súmula 219, inciso I do TST não é pacífico na jurisprudência trabalhista. Foram trazidas decisões de diferentes Tribunais Regionais do país para demonstrar-se que a controvérsia existente em torno dessa súmula não está restrita somente a algum Tribunal em específico, ou apenas a alguns julgadores. Pelo contrário, dentro do próprio Tribunal Superior do Trabalho existe entendimento contrário ao da súmula 219, como é o caso da Ministra Delaíde Miranda Arantes em acórdão de sua relatoria citado acima.

Sendo assim, verifica-se que o conteúdo da súmula 219, inciso I do TST não se coaduna com a atual ordem jurídica brasileira, pois contraria dispositivos de vários diplomas legais, dentre eles, o Código de Processo Civil e o Código Civil. Além disso, após as alterações de competência da Justiça do Trabalho trazidas pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, não há fundamento para defender-se duas categorias de demandas separadas pelo critério da existência de vínculo empregatício para a condenação em honorários advocatícios num mesmo ramo do Poder Judiciário. Nessa medida, inexistente lógica para assegurar-se os honorários em demandas não oriundas da relação de emprego, enquanto que nas ações resultantes de vínculo empregatício isso não ocorre.

O Tribunal Superior do Trabalho ao vincular a concessão de honorários advocatícios à assistência sindical concomitante com o benefício da justiça gratuita não leva em consideração o fato de a assistência jurídica na esfera da Justiça do Trabalho não ser mais monopólio das entidades sindicais, como ficou demonstrado no item anterior, e também desconsidera que o pagamento dos honorários de sucumbência pelo vencido tem o papel primordial de assegurar um julgamento justo, com a reparação completa do dano, impedindo que o trabalhador seja obrigado a abdicar de parcela de seu crédito alimentar para pagar os honorários de seu advogado.

4.3. Assistência jurídica aos empregadores

É tema ainda controverso tanto na doutrina quanto na jurisprudência o direito de assistência jurídica pertencente aos empregadores, seja pessoa física ou jurídica. Nesse

⁴⁹¹ CONAMAT. Disponível em: <<http://www.conamat.com.br/conamat/teses>>. Acesso em: 29 maio 2011.

sentido, em relação à assistência à pessoa jurídica, existem basicamente duas correntes opostas. A primeira delas, favorável à extensão do direito de assistência, defende que, apesar de a Lei nº. 1.060/1950 ter sido elaborada, como demonstram várias evidências, para as pessoas físicas, não se deve excluir a hipótese de ela contemplar também as pessoas jurídicas. Todavia, muitos acreditam que o artigo 2º, parágrafo único⁴⁹² desse diploma legal ao prescrever “sem prejuízo do sustento próprio ou da sua família” exclui a possibilidade de estender esse benefício às pessoas jurídicas. No entanto, Barbosa Moreira sustenta que essa hipótese não deve ser ventilada porque embora a pessoa jurídica não tenha família, é plenamente possível que os recursos para custear as despesas processuais e os honorários advocatícios sejam escassos a ela na medida em que prejudicariam sua própria manutenção. Assim, embora não seja um ponto pacífico, é plenamente possível que seja concedido o benefício da justiça gratuita e reconhecida a assistência à pessoa jurídica, sendo necessário que o magistrado atue com cautela para conceder tal pedido, exigindo, se necessário, diligências para verificar a realidade da empresa. Não é razoável, portanto, que se negue de plano a concessão do benefício.⁴⁹³

Interessante observar o exemplo espanhol, em que de acordo com o artigo 2, b) da Ley de Asistencia Jurídica Gratuita – LAJ, todas as pessoas, naturais ou jurídicas, cidadãos espanhóis ou de outros Estados da União Europeia, ou estrangeiros residentes legalmente na Espanha, somente têm direito à assistência jurídica gratuita desde que comprovem não terem recursos suficientes para litigar.⁴⁹⁴ Diante da jurisdição social, que na Espanha abrange a área trabalhista, isto se aplica especialmente aos empregadores, sindicatos e organismos de segurança social não listados.⁴⁹⁵

No campo do Direito do Trabalho nacional, Souto Maior defende que os benefícios da assistência jurídica gratuita, o que no nosso entender compreendem a assistência judiciária, a justiça gratuita e a assistência extraprocessual, podem ser concedidos aos empregadores, tanto pessoas físicas como jurídicas, com a condição de que sejam

⁴⁹²Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único.-Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

⁴⁹³MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo, cit., p. 154-174.

⁴⁹⁴Nesse sentido, as associações e fundações de utilidade pública também devem comprovar insuficiência de recursos para gozarem da assistência jurídica. A Cruz Vermelha e as associações de consumidores não necessitam comprovar insuficiência de recursos.

⁴⁹⁵ALONSO OLEA, Manuel; MIÑAMBRES PUIG, Cesar. *Derecho procesal del trabajo*. 10. ed. rev. Madrid: Civitas, 1999. p. 108-110.

obedecidos os requisitos legais. Logo, os empregadores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, podem ser contemplados com a assistência jurídica gratuita, mesmo que sejam reclamados no processo trabalhista.⁴⁹⁶

Sem fazer referência ao empregador pessoa física ou jurídica, Ísis de Almeida sustenta que por força da Lei nº. 1.060/1950, o empregador pode ser beneficiado com a concessão da justiça gratuita.⁴⁹⁷

Numa linha um pouco mais restrita que os autores citados, Tostes Malta enfatiza ainda que a Lei nº. 1.060/1950, a partir das modificações realizadas pela Lei nº. 7.510/1986, permite que também o empregador, como pessoa física, seja beneficiário da justiça gratuita, com a condição, evidentemente, de atender os requisitos previstos nessa legislação. No entanto, deve-se mencionar que, mesmo que a justiça gratuita seja concedida ao empregador, ele ainda deverá pagar pelo depósito obrigatório na hipótese de interposição de recurso, pois a gratuidade abrange somente as despesas judiciais. Nesse caso, como se pode notar, o autor defende a concessão apenas do benefício da justiça gratuita e somente para o empregador enquanto pessoa física. O empregador pessoa jurídica, segundo sua concepção, está fora desse benefício.⁴⁹⁸

Como representante da corrente contrária ao reconhecimento da assistência jurídica aos empregadores, Bezerra Leite aponta que o ordenamento infraconstitucional não prevê a hipótese de concessão de assistência judiciária ou o benefício da justiça gratuita para o empregador, principalmente quando ele é pessoa jurídica. Todavia, o autor ressalta que, com fundamento no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, o benefício da justiça gratuita deve ser concedido ao empregador quando ele for pessoa física e afirmar, sob as penas da lei, que não possui condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento ou de sua família, como são exemplos o empregador doméstico, trabalhador autônomo, e os pequenos empreiteiros que também sejam empregadores.⁴⁹⁹

Em relação à jurisprudência trabalhista relacionada ao assunto, podem-se apontar os seguintes posicionamentos. Uma parte dos julgados, principalmente os proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, são contrários à concessão do benefício da justiça gratuita aos empregadores. Nesse sentido, o tribunal possui até uma súmula determinando a inaplicabilidade da gratuidade das despesas processuais aos empregadores:

⁴⁹⁶SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 40.

⁴⁹⁷ALMEIDA, Ísis de. op. cit., p. 137.

⁴⁹⁸LOPES, Glaucia Gomes Vergara; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. op. cit., p. 48.

⁴⁹⁹LEITE, Carlos Henrique Bezerra. op. cit., p. 372-373.

SÚMULA Nº 06: *JUSTIÇA GRATUITA - EMPREGADOR - IMPOSSIBILIDADE. (Res. nº 04/06 - DJE 03/07/06 e retificada pela Res. nº 01/2007 - DJE 12/06/2007).* Não se aplica em favor do empregador o benefício da justiça gratuita.⁵⁰⁰

Seguindo o entendimento da súmula, os julgados do Tribunal fazem referência apenas ao benefício da justiça gratuita, e são omissos em relação ao direito de assistência jurídica do empregador. Pode-se notar também que nesses acórdãos selecionados, o empregador sempre é pessoa jurídica:

“(...) As normas que tratam da Justiça Gratuita são destinadas, na Justiça do Trabalho, apenas aos trabalhadores, não fazendo jus à concessão do benefício à pessoa jurídica, mormente quando, mesmo que se considerasse tal possibilidade, esta sequer comprova as condições estabelecidas na legislação para a obtenção da vantagem.”⁵⁰¹

“(...) Ao empregador, mesmo em se tratando de uma associação civil, sem fins lucrativos, não se aplica os benefícios da Justiça Gratuita. Inteligência da Súmula 06 desta Corte.”⁵⁰²

“(...) A garantia constitucional da assistência judiciária (na qual se compreende a justiça gratuita) foi sempre instituída apenas em favor das pessoas físicas. Historicamente, as Constituições que cuidaram do tema (1934, 1946 e a de 1967, com a Emenda 1/69), restringiram o benefício aos "necessitados", cujo conceito, firmado pela Lei nº 1.060/50, abrange aqueles "cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família" (art. 2º, parágrafo único). A concepção da garantia, portanto, pela interpretação lógica e histórica, não alcança as pessoas jurídicas. Recurso Ordinário da ré que não pode ser conhecido.”⁵⁰³

“(...) A empresa privada não encontra amparo legal para a obtenção dos benefícios da justiça gratuita, ainda quando se encontra em recuperação judicial, porquanto, diferente da falência, não lhe é retirada a livre disposição dos ativos, sendo possível efetuar o depósito recursal e recolher as custas.”⁵⁰⁴

Em contrapartida, grande parte da jurisprudência admite a concessão do benefício da justiça gratuita para as seguintes hipóteses: o empregador deve ser pessoa física e

⁵⁰⁰ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br>>. Acesso em: 08 out. 2010.

⁵⁰¹ TRT 2ª Região-12ª T.-RO 00603-2008-065-02-00-1-Rel. Marcelo Freire Gonçalves-j. 13.05.2010-DJE/SP 25.06.2010.

⁵⁰² TRT 2ª Região-8ª T.-AI 00300-2009-041-02-01-2-Rel. Silvia Almeida Prado-j. 20.04.2010-DJE/SP 26.04.2010.

⁵⁰³ TRT 2ª Região-11ª T.-RO 01761-2008-444-02-00-0-Rel. Eduardo de Azevedo Silva-j. 13.04.2010-DJE/SP 20.04.2010.

⁵⁰⁴ TRT 2ª Região-6ª T.-RO 02103-2006-020-02-00-1-Rel. Rafael E. Pugliese Ribeiro-j. 02.03.2010-DJE/SP 17.03.2010.

comprovar que não reúne condições de arcar com as custas do processo sem prejudicar seu próprio sustento ou de sua família. Assim:

“Os benefícios da Justiça Gratuita somente são deferidos a pessoas físicas que comprovem não ter condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (parágrafo 3º, do artigo 790 da CLT). À toda evidência, não é o caso de que se cuida, pois a reclamada, enquanto pessoa jurídica e nos termos da lei, não tem família.”⁵⁰⁵

“Justiça gratuita. Empregador pessoa física. É a condição de miserabilidade que demanda a pertinência da concessão da justiça gratuita, como forma de se garantir o acesso à realização de justiça àquele que não tem condições efetivas de arcar com as custas do processo sem prejuízo da manutenção de sua subsistência, pouco importando se ocupa a condição de autor ou de réu da ação.”⁵⁰⁶

“Justiça gratuita. Empregador pessoa física. A garantia constitucional da assistência judiciária (na qual se compreende a justiça gratuita) foi sempre instituída em favor de pessoa física, sem distinção quanto à posição da parte no processo (se autor ou se réu). Basta, para isso, que o declarante seja "necessitado", entendendo-se como tal todo aquele "cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família". Recurso do réu a que se dá provimento em parte.”⁵⁰⁷

Nessa linha ainda, cumpre informar que grande parte dos julgados que estendem o benefício da justiça gratuita aos empregadores pessoas físicas defendem também que essa gratuidade não abrange a dispensa do depósito recursal, pois ele compreende uma garantia do juízo e não possui a natureza jurídica de custa processual:

“Na Justiça do Trabalho, os benefícios da Justiça Gratuita somente devem ser concedidos ao empregado, por expressa disposição legal (art. 790, § 3º, CLT c/c art. 14, § 1º, Lei nº 5584/70), pois é ele quem ganha salários. Tal benefício não será deferido ao empregador, mesmo que esteja em situação financeira precária, exceto em se tratando de microempresa onde o patrimônio pessoal do proprietário se confunde com o daquela. Caso trate-se de microempresa individual, onde o patrimônio do proprietário confunde-se com o da empresa, há de se sopesar que, de acordo com o disposto no art. 899, §§ 1º e 4º, da CLT, o depósito recursal constitui pressuposto objetivo de admissibilidade, que deve ser feito em dinheiro, na conta vinculada do empregado-reclamante e comprovado no mesmo prazo para a interposição do recurso (Súmula nº 245 do C. TST), de modo que, ainda que concedido à microempresa o benefício da justiça gratuita, esta o eximiria tão-somente do pagamento das despesas

⁵⁰⁵TRT 2ª Região-2ª T.-RO 02449-2008-008-02-00-8-Rela. Fernanda Oliva Cobra Valdivia-j. 16.06.2010-DJE/SP 29.06.2010.

⁵⁰⁶TRT 2ª Região-18ª T.-AI 01375-2009-372-02-01-3-Rela. Regina Maria Vasconcelos Dubugras-j. 12.05.2010-DJE/SP 19.05.2010.

⁵⁰⁷TRT 2ª Região-11ª T.-RO 01549-2009-081-02-00-1-Rel. Eduardo de Azevedo Silva-j. 04.05.2010-DJE/SP 18.05.2010.

processuais, aí incluídas as custas, mas nunca o isentaria de proceder ao recolhimento do depósito recursal, eis que se trata de garantia do juízo. AGRAVO NÃO PROVIDO.⁵⁰⁸

“Em tese, podem ser concedidos os benefícios da Justiça Gratuita ao empregador, principalmente se este for pessoa física e declarar a impossibilidade de recursos. Todavia, esses benefícios não comportam isenção do depósito recursal, que não é despesa do processo e sim garantia do juízo. Assim, uma vez não efetuado o depósito, fica impedido o conhecimento do recurso, nos termos do artigo 899 da CLT.”⁵⁰⁹

“A concessão da gratuidade da Justiça ao empregador, que somente deve ocorrer em caráter excepcional, limita-se às despesas processuais e não abrange o depósito recursal.”⁵¹⁰

“Não se conhece do Recurso de Embargos, calcado em violação do art. 5.º, II, XXXV, LIV e LV, da CF, quando a egr. 6.ª Turma assenta tese inabalável no sentido de que a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita somente é possível diante do rol taxativo dos incisos do art. 3.º da Lei 1.060/1950, não se dispensando a pessoa jurídica da realização do pagamento do depósito recursal, porque a gratuidade da justiça somente autoriza, quando comprovada a insuficiência econômica, a isenção do pagamento da taxa judiciária, no caso as custas processuais, não alcançando o depósito da condenação, que tem natureza de garantia de juízo. Deserção do Recurso de Revista decretada pela egr. Turma que se mantém. Recurso de Embargos não conhecido.”⁵¹¹

“A assistência judiciária gratuita prevista na Lei n.º 1.060/50 configura benefício concedido às partes hipossuficientes, desde que comprovem sua miserabilidade. Todavia, mesmo que o empregador goze dos benefícios previstos na referida lei, não está ele dispensado do recolhimento do depósito recursal, porque o art. 3º da Lei nº 1.060/50 exime-o apenas do pagamento das despesas processuais, e o depósito recursal trata de garantia do juízo da execução. Mantido o despacho que denegou seguimento ao recurso de revista por deserto. Agravo não provido.”⁵¹²

Em que pese a maioria dos julgados sustentarem que o benefício da justiça gratuita não abrange também a isenção do depósito recursal, em virtude da natureza jurídica de ambos serem distintas (o depósito recursal compreende garantia do juízo e não custa processual), alguns acórdãos posicionam-se em sentido contrário, concedendo também a gratuidade do depósito recursal para os empregadores beneficiários da justiça gratuita. Algumas dessas decisões, como as selecionadas abaixo, fundamentam-se no acréscimo do

⁵⁰⁸TRT 15ª Região-3ª T.-AI 00598-2006-049-15-01-8-Rel. Lorival Ferreira dos Santos-j. 04.12.2007-DJE/SP 11.01.2008.

⁵⁰⁹TRT 15ª Região-6ª T.-RO 01249-2005-099-15-00-6-Rel. José Pitas-j. 17.07.2007-DJE/SP 10.08.2007.

⁵¹⁰TRT 15ª Região-1ª T.-RO 00368-2005-065-15-01-7-Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella-j. 21.02.2006-DJE/SP 03.03.2006.

⁵¹¹TST-SBDI-1-E-RR 2456/2002-069-02-00-Rela. Min. Maria de Assis Calsing-j. 19.05.2008-DJ 23.05.2008.

⁵¹²TST-1ª T.-AIRR 180540-74.2004.5.02.0017-Rela. Min. Dora Maria da Costa-j. 05.09.2007-DJ 05.10.2007.

inciso VII ao artigo 3º da Lei n. 1.060/1950 feito pela Lei Complementar n. 132/2009 que adicionou a gratuidade do depósito recursal às isenções do benefício da justiça gratuita:

“Benefícios da Justiça Gratuita. Pessoa Jurídica. Condicionada à Prova de Insuficiência de Recursos. Depósito Recursal Incluído. É possível deferir o benefício da Justiça Gratuita à pessoa jurídica, com base no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, inclusive, de acordo com a alteração promovida no artigo 3º da Lei nº 1.060/50, pela Lei Complementar nº 132/2009, abrangendo a possibilidade de isenção do depósito recursal. Tal benefício está condicionado à prova inequívoca da insuficiência de recurso, o que foi providenciado pela parte reclamada. (...) Juntou aos autos Declaração de Inatividade no ano de 2009, realizada perante a Receita Federal (...), declaração firmada por contador de que também não teve atividade no ano de 2010 (...), bem como cópia das suas informações cadastrais junto ao Serasa dando conta de que teve 26 cheques devolvidos por ausência de fundos e que possui títulos protestados no importe de R\$ 9.994,00, à época (...) Carreou, também, declaração da pessoa física (...) de que é pessoa pobre e não tem condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo próprio e de sua família, sob as penas da lei (...).”⁵¹³

“Empregador doméstico. Justiça gratuita. Depósito recursal. O benefício da justiça gratuita hoje abrange também o depósito recursal. Nova redação dada ao art. 3º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, com inciso (VII) acrescentado pela Lei Complementar n. 132, de 7 de outubro de 2009 (art. 17). Empregador pessoa física. Direito à justiça gratuita. Garantia constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 6 do TRT da 2ª Região. Agravo de Instrumento a que se dá provimento.”⁵¹⁴

“A Lei nº 5.584/70 admite o deferimento da assistência judiciária somente ao trabalhador (empregado) (artigo 14), mas ela é anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 e esta estabelece que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (artigo 5º, inciso LXXIV, da CF). Como o depósito recursal deve ser feito pelo Empregador, a inexigibilidade prevista no inciso X da Instrução Normativa nº 3, do C.TST, somente pode ter a ele se referido, razão pela qual é possível o deferimento do benefício também ao Reclamado, desde que preenchidos os requisitos legais.”⁵¹⁵

Além desses julgados, interessante observar que a Resolução nº. 35/2007 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, em seu artigo 2º, § 1º, abordou, de forma expressa, a questão da extensão do benefício da justiça gratuita também aos empregadores, mas somente enquanto pessoa física:

⁵¹³TRT 15ª Região. AIRO 0000869-51.2010.5.15.0104; Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann; j. 08.02.2011; DJ 18.02.2011.

⁵¹⁴TRT 2ª Região-11ª T.-AI 00046-2009-252-02-01-2-Rel. Eduardo de Azevedo Silva-j. 13.04.2010-DJE/SP 20.04.2010.

⁵¹⁵TRT 15ª Região-2ª T.-AIRO 01270-2007-001-15-01-0 –Rel. Paulo de Tarso Salomão-j. 04.11.2008-DJE/SP 08.08.2008.

“§ 1º A concessão da justiça gratuita a empregador, pessoa física, dependerá da comprovação de situação de carência que inviabilize a assunção dos ônus decorrentes da demanda judicial.”⁵¹⁶

Dessa maneira, verifica-se que a maior parte da doutrina e da jurisprudência trabalhista não discute formas de se assegurar de maneira integral o direito à assistência jurídica aos empregadores. Os debates ficam limitados apenas à concessão ou não do benefício da justiça gratuita que, apesar de ser um elemento importante na viabilização do acesso à justiça, não é suficiente para o reconhecimento pleno do direito constitucional consagrado no artigo 5º, inciso LXXIV. Deve-se enfatizar que tanto a redação desse dispositivo da Constituição, como a redação do artigo 2º, parágrafo único da Lei nº. 1.060/1950, em conjunto com os artigos 14, 20, 21 e 22 da Lei Complementar nº. 80/1994, não excluem os empregadores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, do direito à assistência jurídica. No entanto, grande número de empregadores que não possuem condições de arcar com as custas processuais e com honorários advocatícios sem prejudicar seu próprio sustento ou de suas famílias, ao serem acionados como réus na Justiça Laboral ou quando têm algum interesse ameaçado ou violado, encontram duas espécies de obstáculos de acesso à justiça: 1) o Estado, por deficiência da estrutura dos órgãos responsáveis por essa tarefa, não oferece esse serviço de assistência aos empregadores; 2) a maioria dos aplicadores da lei em conjunto com parte da doutrina insistem em defender que as Leis nº. 1.060/1950 e 5.584/1970 regulamentam apenas a assistência jurídica devida aos trabalhadores. Em razão disso, os empregadores encontram-se desamparados do direito de assistência jurídica que o poder estatal reconhece em sede constitucional.

Após essas considerações, cumpre a partir dos tópicos seguintes analisar o instituto do *jus postulandi* ainda em vigor no processo trabalhista. Essa análise justifica-se em virtude da relação do *jus postulandi* com o tema do acesso à justiça, o que, consequentemente, produz desdobramentos no debate que envolve a assistência jurídica na esfera do Direito do Trabalho.

⁵¹⁶CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Resolução nº. 35/2007. Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br/legislacao/resolucoes.html>>. Acesso em: 08 out. 2010.

5. Análise do *jus postulandi*

5.1. Fundamento legal

Nas lições de Amauri Mascaro Nascimento, “o processo é uma unidade complexa de caráter técnico e de difícil domínio, daí por que o seu trato é reservado, via de regra, a profissionais que tenham conhecimentos especializados e estejam em condições de praticar os atos múltiplos que ocorrem durante o seu desenvolvimento.” Nessa linha, a elaboração de petições, a interrogação de testemunhas, a realização de defesas, a maneira como se colocam os problemas, a iniciativa de despachar com o magistrado, todas essas condutas requerem a atividade de um profissional habilitado, sem o qual, na maioria das vezes, ocorrerão prejuízos ao andamento normal do processo.⁵¹⁷

Nesse sentido, antes mesmo de apontar-se o fundamento legal do *jus postulandi*, deve-se delimitar seu conceito. Dessa forma, Bezerra Leite afirma que esse instituto compreende “a capacidade de postular em juízo”. Logo, ele também é conhecido como a capacidade dos indivíduos, consagrada pelo ordenamento jurídico, de realizarem os atos processuais de forma direta. Destarte, no âmbito do processo do trabalho, o *jus postulandi* corresponde à capacidade atribuída pela lei às partes para, sem serem representadas por advogado, praticar os atos processuais direta e judicialmente.⁵¹⁸

No processo do trabalho essa capacidade postulatória está prevista no artigo 791 da CLT: “Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

Todavia, convém relembrar brevemente alguns fatos que suscitaram discussões sobre a eliminação do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho. O principal fator para o ressurgimento desses debates foi a promulgação da Constituição Federal em 1988 abrigando o artigo 133 que prevê que o advogado é indispensável para a administração da justiça⁵¹⁹. Entretanto, essa não é uma regra completamente nova no ordenamento jurídico brasileiro. Há certo tempo ela já existe na legislação pátria, de acordo com a Lei nº. 4.215 de 1963:

⁵¹⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 441.

⁵¹⁸LEITE, Carlos Henrique Bezerra. op. cit., p. 353-354.

⁵¹⁹Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

“Art. 68. No seu ministério privado o advogado presta serviço público, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça”.

Dessa forma, o artigo 133 somente consagra em plano constitucional uma norma que já existia e estava em vigor há muitos anos.⁵²⁰ Além desse dispositivo, após a promulgação da Lei nº. 8.906/1994, o artigo 1º, inciso I estabeleceu como atividades privativas da advocacia “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”. No entanto, o Supremo Tribunal Federal resolveu, nos autos da ADI 1.127-8 ajuizada pela Associação dos Magistrados do Brasil, que a capacidade postulatória do advogado não é imprescindível na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais, logo, as partes podem praticar o *jus postulandi* de forma direta.⁵²¹

Além da presença do *jus postulandi* na Justiça Laboral, cumpre enumerar outras exceções à regra geral da necessidade de advogado que sempre existiram no ordenamento jurídico pátrio e que continuaram a existir mesmo depois da entrada em vigor da Constituição de 1988: *habeas corpus*, ação de alimentos (Lei nº. 5.478/1968), juizados especiais de pequenas causas, inexistência ou impedimento de advogado na localidade, ação popular (art. 5º, inciso LXXIII da CF).^{522 523}

Deve-se salientar, no entanto, que o *jus postulandi* das partes no processo do trabalho, até há pouco tempo, estava limitado apenas à Justiça Laboral. Caso existisse a necessidade de interposição de recurso extraordinário para ser julgado pelo STF, a parte deveria estar obrigatoriamente representada por advogado. Essa regra ainda persiste com o diferencial de que, a partir do ano de 2010, tal limitação ao uso do *jus postulandi* foi estendida também para o Tribunal Superior do Trabalho, por meio de sua súmula nº. 425:

Súmula nº 425 do TST. *JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO*. ALCANCE. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010). O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar,

⁵²⁰SILVA, Floriano Correa Vaz da. O acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, p. 17-30, 1989.

⁵²¹LEITE, Carlos Henrique Bezerra. op. cit., p. 355.

⁵²²LXXIII-qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

⁵²³SILVA, Floriano Correa Vaz da. op. cit., p.17-30.

o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.⁵²⁴

Portanto, a partir da elaboração dessa súmula, as partes que necessitem litigar perante o Tribunal Superior do Trabalho deverão estar obrigatoriamente acompanhadas por advogado. As consequências dessa nova regra que estão relacionadas à assistência jurídica trabalhista serão abordadas nos dois próximos itens.

5.2. Função do instituto

O *jus postulandi* e a assistência jurídica ofertada pelas entidades sindicais são, segundo ensinamentos de Souto Maior, instrumentos que auxiliam na redução de obstáculos econômicos ao acesso à justiça na esfera trabalhista, apesar de não serem os únicos mecanismos aptos para tanto, excluindo-se, assim, a noção jurídica de que o específico deve prevalecer sobre o geral. Dessa maneira, tanto o *jus postulandi* como a assistência sindical estabelecida na Lei nº 5.584/1970 não impedem que as dificuldades econômicas enfrentadas pelas partes continuem a constituir barreiras ao acesso a uma ordem jurídica justa.⁵²⁵

Nesse sentido, a partir de uma análise superficial, o direito processual trabalhista não possui nenhum entrave para o ajuizamento da ação. Em primeiro lugar, porque não há a exigência de a parte estar acompanhada de advogado no processo e, em segundo lugar, em razão de a sucumbência não estar associada, a não ser excepcionalmente⁵²⁶, com a obrigação de arcar com o pagamento dos honorários advocatícios.

Todavia, um estudo mais aprofundado da situação, como realiza Estevão Mallet, demonstra que esses fatos não condizem com a realidade. Além disso, as pretensas facilidades que a legislação ordinária cria para tornar mais viável o acesso à justiça acabam por transformar-se em barreiras que prejudicam muito esse acesso e a tutela dos direitos violados. Evidentemente, a presença do advogado acompanhando as partes no processo trabalhista apenas é dispensável quando a demanda judicial apresentar pouca ou nenhuma

⁵²⁴DJI: Índice Fundamental do Direito. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_425.htm>. Acesso em: 18 dez. 2010.

⁵²⁵SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. op. cit., p. 33.

⁵²⁶Conforme súmulas 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho.

complexidade técnica. No entanto, defende o autor, ampliar essa dispensabilidade para todas as causas judiciais somente cria mais obstáculos à solução do conflito.⁵²⁷

Na linha das discussões sobre a função do instituto na facilitação do acesso à justiça, Souto Maior pondera que favorecer esse acesso não compreende apenas abrir as portas do Poder Judiciário e permitir que todas as pessoas adentrem seus órgãos, pois isso “equivaleria a dizer que o Othon Palace está com suas portas abertas para todos”. Para o autor, viabilizar o acesso à justiça significa o oferecimento de mecanismos concretos aos jurisdicionados para que alcancem uma ordem jurídica justa. Com a finalidade de que o Direito do Trabalho seja tratado como um direito de primeira grandeza é necessário que, no processo trabalhista, a pessoa se faça representar por advogado e que esse fato não lhe acarrete nenhum custo.⁵²⁸

Além disso, caso as duas partes do processo apresentem-se em juízo desacompanhadas de advogado, o trâmite da ação será muito mais complicado e a possibilidade de realização de um acordo de forma amigável será menor, pois elas não terão conhecimento suficiente dos riscos inerentes à demanda. Agora se somente o litigante mais pobre apresentar-se desassistido de advogado, para poupar o pagamento de honorários, a desigualdade econômica existente entre as partes transformar-se-á em desigualdade processual. Nesse sentido, para solucionar a questão do custo do advogado na representação dos interesses e direitos das partes no processo trabalhista não basta permitir que a parte mais pobre acione o Judiciário sem o acompanhamento de advogado. Da mesma maneira, Estevão Mallet didaticamente ensina que não se elimina o problema das despesas com os serviços médicos, facultando que o enfermo se auto medique. Logo, de acordo com suas responsabilidades, cumpre ao Estado fornecer assistência médica gratuitamente ao enfermo desprovido de recursos econômicos, da mesma forma que à parte pobre deve ser fornecida assistência judiciária gratuita.⁵²⁹

Conclui o autor, com sabedoria, que o *jus postulandi* da parte no processo do trabalho não melhora o acesso à Justiça. Pelo contrário, gera um óbice para a parte pobre

⁵²⁷ MALLET, Estêvão. Acesso à justiça no processo do trabalho. *LTr*: revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 60, n. 11, p. 1469-1473, nov. 1996.

⁵²⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Honorários advocatícios e *jus postulandi*. *LTr*: legislação do trabalho. Suplemento trabalhista, São Paulo, v. 34, n. 193, p. 925-927, 1998.

⁵²⁹ MALLET, Estêvão. op. cit., p. 1469-1473.

que não possui a capacidade técnica necessária para pleitear seus direitos e interesses em juízo de forma apropriada.⁵³⁰

5.2.1. *Jus postulandi* e honorários de sucumbência

O fato de não existirem honorários de sucumbência no judiciário trabalhista, além de aumentar o obstáculo do acesso à justiça, cria ainda um paradoxo. A parte que não constitui um advogado no processo dificulta a postulação técnica de seu direito, ao passo que prefere fazer-se acompanhar por um advogado para evitar que essa postulação técnica seja prejudicada, terminando, assim, por ter que arcar com os gastos oriundos dessa prestação de serviços, nunca conseguindo a proteção integral de seu direito violado.

Mesmo que se mostre viável a existência do *jus postulandi* das partes no processo do trabalho, é necessário que esse fato, apesar de compreender uma exceção, não se transforme em justificativa para vedar a condenação em honorários advocatícios na Justiça laboral. Nessa medida, ao defender-se o fim do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, algumas possíveis consequências são levadas em consideração. Sustenta-se que o posicionamento da jurisprudência majoritária ao não condenar a parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios na Justiça laboral – exceto nas poucas hipóteses da Lei nº. 5584/1970 – carece de fundamento pelas seguintes razões: a legislação específica do tema (artigo 16⁵³¹, da Lei nº. 5584/1970 e o artigo 791 da CLT) não veda, de forma expressa, a condenação em honorários e, além disso, estabelece uma lógica que acaba por trazer mais prejuízos ao trabalhador. Isso porque, essa lógica não prejudica o reclamante que sai vencido no processo, mas estabelece para o reclamante que ganha o processo o custo de arcar com os serviços do advogado que o representou judicialmente – fato que muitas vezes não é razoável. De outra forma, institui-se um custo ao reclamante dotado de razão, enquanto que se cria uma isenção para o reclamante destituído de razão. Ademais se a assistência judiciária gratuita no processo trabalhista fosse aplicada de maneira apropriada, não haveria sequer o risco de um trabalhador miserável ter de suportar o custo do advogado do empregador, pois esse benefício lhe seria fornecido mesmo que ele estivesse em juízo representado por advogado particular (Lei nº. 1060/1950).⁵³²

⁵³⁰Id., loc. cit.

⁵³¹Art. 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

⁵³²SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Honorários advocatícios e *jus postulandi*, cit., p. 925-927.

Portanto, para que o processo não constitua instrumento que perpetue prejuízos ao trabalhador e ao empregador, deve existir a tutela verdadeira e total do direito reconhecido. Resumidamente, o fato de não existirem honorários de sucumbência estabelece mais uma barreira ao acesso real à justiça.⁵³³

5.3. Vantagens e desvantagens do *jus postulandi* no processo trabalhista

A participação do advogado no processo é essencial para valorizá-lo enquanto instrumento de pacificação social, viabiliza a formação do contraditório e mostra-se imprescindível. A advocacia está vinculada aos objetivos de desenvolvimento da justiça, em alguns momentos da história verifica-se a tentativa frustrada de extingui-la, como ocorreu na Prússia de 1781, em que Frederico, o Grande, por achar melhor que a justiça seria restabelecida mais facilmente caso os advogados fossem eliminados do sistema, e na Rússia, quando a partir da Revolução de 1917, tentou-se colocar no lugar dos advogados um colégio formado por procuradores que seriam advogados do poder público. Em todas as nações civilizadas, hoje a presença do advogado é que valoriza o ser humano e é um instrumento de sua liberdade, não existindo diferenças na esfera trabalhista.⁵³⁴

Mesmo assim, a regra da indispensabilidade do advogado na Justiça Laboral ainda vigora. Alguns defendem que a existência de reclamações trabalhistas de valor econômico muito baixo, como, por exemplo, as ações de suspensão disciplinar e de advertência, não comportam a cobrança de honorários advocatícios à altura do que os advogados devem receber por seu trabalho. Conflitos dessa natureza são levados ao Judiciário diretamente pelo interessado por meio de reclamação pessoal e ficariam prejudicados caso houvesse o fim do *jus postulandi*.

Ademais, Ísis de Almeida é um dos poucos autores a lembrar que a discussão sobre o fim do *jus postulandi* na esfera trabalhista é uma questão mais de ordem social do que jurídica propriamente, porque regras tanto filosóficas como morais estão entrelaçadas e presentes no problema; assim, extinguir o *jus postulandi* das partes no processo do trabalho em virtude da imposição incondicional do artigo 133 da Constituição Federal seria ir contra toda a estrutura do Direito do Trabalho, destruindo a razão de ser desse ramo do Direito. Isso porque a existência desse instituto na esfera trabalhista compreende

⁵³³ MALLET, Estêvão. op. cit., p. 1469-1473.

⁵³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 443.

consequência própria da proteção jurídica que o trabalhador obtém do ordenamento jurídico, que teve origem em todos os países como uma maneira de compensar sua hipossuficiência diante do maior poder econômico pertencente ao empregador. Dessa forma, impor ao trabalhador o fato de estar sempre acompanhado por advogado para defender seus direitos e interesses profissionais em juízo, constituir-se-ia em grande limitação, ou às vezes até intolerável, da proteção que a sociedade atual atribuiu a esse grupo de pessoas.⁵³⁵

Em relação àqueles que defendem o fim do *jus postulandi* das partes no processo do trabalho, Russomano salienta que cabem duas modalidades de considerações: uma associada à doutrina e outra à prática processual trabalhista. No âmbito doutrinário, a faculdade de a parte pleitear diretamente a defesa e a proteção de seus direitos no Judiciário, sem a necessidade de estar acompanhada por advogado, compreende uma simplificação, apropriada à própria razão de ser do processo trabalhista e de suas finalidades. Entretanto, a prática evidencia que a existência desse instituto, pelo menos no Brasil, não é adequada. Isso porque o grau médio de intelectualidade tanto do trabalhador como do empregador não é alto o bastante para que ambos os lados entendam a finalidade da Justiça Laboral, que possui a “atribuição de aplicar aos fatos uma lei protecionista ao trabalhador, mas interpretada com imparcialidade”. Ademais, o Direito Processual do Trabalho possui princípios e postulados típicos de qualquer ramo da ciência jurídica que não são compreendidos por pessoas leigas. Assim, a pessoa que aciona o Judiciário desassistida de advogado nas demandas trabalhistas acaba por estar em grande inferioridade processual. Em inúmeros casos, o magistrado até sente que o direito está favorável à parte, no entanto, a forma como ela desenvolve e apresenta suas alegações elimina suas próprias chances de ter atendidas suas pretensões, pois foram mal elaboradas, mal explicadas, e, principalmente, mal defendidas. Em relação à fase probatória, o problema torna-se mais complexo. Nesse caso, existem incontáveis prejuízos que podem incidir sobre as partes, pois a decisão do magistrado estará fundamentada no que existir nos autos do processo e no que eles demonstram. Dessa feita, conclui o autor, não há como, no processo trabalhista, tentar abandonar as diretrizes apontadas pela formação

⁵³⁵ ALMEIDA, Ísis de. O *jus postulandi* das partes na justiça do trabalho e os princípios básicos do direito do trabalho. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 85-89, 1995.

jurídica: a presença do advogado deve ser obrigatória em todas as causas competentes à Justiça do Trabalho, tanto para o trabalhador como para o empregador.⁵³⁶

Amauri Mascaro Nascimento ainda lembra outro fator contrário à existência do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho: a pessoa que defende seus direitos de forma direta, na maioria das vezes, não consegue impedir seu envolvimento emocional com o caso, fato que dificulta a defesa de seus direitos e pode ser realizada com maior facilidade pelo advogado.⁵³⁷

Cumprе mencionar que a ausência de advogado é a melhor forma de se praticar injustiça em Juízo, situação que não encontrou indiferença por parte do legislador constituinte ao estabelecer no artigo 5º, inciso LV da Constituição o direito ao contraditório e à ampla defesa, que não existem de forma eficaz e válida sem a atuação de advogado dos dois lados da disputa de interesses. Logo, a presença desse profissional no processo trabalhista é indispensável em virtude desse dispositivo constitucional, e não em função do artigo 133 do texto constitucional.⁵³⁸

Em virtude dos argumentos expostos, Otavio Pinto e Silva defende que o artigo 791 da CLT deve ser revogado, porque ao contrário do que muitos sustentam no sentido de o instituto contribuir para o acesso ao Judiciário, ele possibilita que o trabalhador esteja em juízo desprovido de qualquer orientação técnica. Destarte, o auxílio de um advogado implica inúmeras vantagens para a parte e para a ordem do processo, sendo que a continuidade do *jus postulandi* não tem justificativa num contexto em que o trabalhador tem o direito ao serviço de assistência jurídica.⁵³⁹

Apesar de existirem inúmeras críticas contrárias à existência do instituto no processo do trabalho, Amauri Mascaro Nascimento pondera, com razão, que enquanto a Defensoria Pública não estiver estruturada de forma adequada para atender a todos os necessitados em todas as localidades, o trabalhador terá seus direitos prejudicados caso ocorra a extinção do *jus postulandi*, pois não terá instrumentos para demandar no Judiciário. Logo, o mais apropriado é a estruturação da defensoria pública de modo que ela reúna condições suficientes ao fornecimento de assistência jurídica a todas as pessoas que dela necessitem, inclusive com o atendimento dessas pessoas diante da Justiça do Trabalho. Segundo o autor, deveria haver equipes de plantão para atuar exercendo as

⁵³⁶RUSSOMANO, Mozart Victor. op. cit., p. 853.

⁵³⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 446.

⁵³⁸CHEDID, Antonio Carlos Facioli. op. cit., p. 125-128.

⁵³⁹SILVA, Otavio Pinto e. op. cit., p. 27-30.

funções que os funcionários dessa Justiça exercem no atendimento e encaminhamento das reclamações trabalhistas apresentadas de forma direta pelas pessoas.⁵⁴⁰

De acordo com os apontamentos realizados, verifica-se que o instituto do *jus postulandi* no processo trabalhista é criticado de forma contundente por parcela considerável da doutrina. Parte desses argumentos, inclusive, é amparada na experiência prática desses autores a partir de suas vivências com a realidade dos fatos que envolvem o Judiciário Laboral, o que os torna ainda mais coerentes. Logo, não se trata apenas de críticas meramente acadêmicas, abstratas e destituídas de desdobramentos no plano fático, razão pela qual merecem ser analisadas com atenção. Nessa linha, a elaboração da súmula 425 do Tribunal Superior do Trabalho mostra a tendência que existe no meio jurídico de privilegiar a indispensabilidade dos advogados na atuação diante do Poder Judiciário.

Mesmo assim, a eliminação do *jus postulandi* das partes no processo do trabalho deve ser refletida em consonância com a realidade vivenciada não apenas nos grandes centros urbanos em que existe oferta suficiente de advogados. O Brasil é um país que apresenta enormes contrastes culturais, econômicos e sociais e, nessa medida, a revogação do artigo 791 da CLT acarretaria consequências diferentes em regiões geográficas e segmentos sociais distintos.

Dados do Tribunal Superior do Trabalho mostram que as reclamações verbais ainda são muito comuns em algumas regiões do país, e, em algumas varas do trabalho chegam a corresponder à quase totalidade das demandas ajuizadas. No Estado do Maranhão, por exemplo, sob a jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, no ano de 2008, nas Varas do Trabalho de Bacabal, Caxias, Balsas, São João dos Patos, Presidente Dutra, Timon, Barreirinhas e Pedreiras, 17,74% das 4.796 reclamações distribuídas eram reclamações verbais. Já na vara do trabalho de São João dos Patos, no mesmo ano, esse índice chegou a **81,47%** das reclamações verbais.⁵⁴¹ No Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, que abrange os Estados de Rondônia e Acre, a situação não é muito diferente: em 2009, 26% das 22.530 reclamações trabalhistas ajuizadas foram verbais, o que corresponde a um universo de 5.895 ações.⁵⁴²

⁵⁴⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 445-447.

⁵⁴¹TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Corregedoria. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/corregedoria_2009>. Acesso em: 25 maio 2011.

⁵⁴²TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO. Disponível em: <http://www.trt14.jus.br/Documentos/Ata_da_Correicao_no_TRT_2011.PDF>. Acesso em: 25 maio 2011.

Todavia, a utilização do *jus postulandi* não é frequente apenas em áreas com menor densidade demográfica como são exemplos os Estados da Região Norte e Nordeste citados. O Fórum Trabalhista Ruy Barbosa, que concentra as 90 varas do trabalho do Município de São Paulo pertencentes ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, possui o Setor de Orientação e Reclamações Verbais. Esse setor, além de oferecer orientações jurídicas aos trabalhadores, também é responsável pelo ajuizamento das reclamações trabalhistas verbais para aqueles casos em que a pessoa opta por não contratar advogado ou não buscar a assistência jurídica de seu sindicato. De acordo com dados divulgados pelo próprio Tribunal, por dia são realizados cerca de 60 atendimentos dos quais muitos resultam no ajuizamento de reclamações verbais.⁵⁴³

Assim, defender-se o fim do *jus postulandi* no processo do trabalho sem garantir nenhuma alternativa às pessoas que utilizam esse instituto seria contribuir para que milhares de trabalhadores terminem marginalizados pela Justiça do Trabalho, desprovidos, portanto, de instrumentos aptos a garantir a efetividade de seus direitos. Nessa medida, o *jus postulandi* ainda compreende instrumento necessário à garantia da defesa dos direitos trabalhistas. Sua extinção somente pode ser defendida na hipótese da Defensoria Pública estar complementemente estruturada, sendo capaz de atender a demanda de todos os cidadãos necessitados.

Restam, assim, analisados de forma detalhada os principais temas inerentes ao direito à assistência jurídica gratuita e sua relação com o ramo específico do Direito do Trabalho. Para completar esse estudo, é imprescindível ainda o exame da liberdade sindical, possibilitando-se, conseqüentemente, a reunião dos elementos necessários à realização de crítica fundamentada a respeito da vinculação da assistência jurídica no âmbito trabalhista às entidades sindicais.

⁵⁴³TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2011.

CAPÍTULO III. LIBERDADE SINDICAL E A FUNÇÃO ASSISTENCIAL

1. O corporativismo e sua influência na legislação pátria

Uma sucinta análise da doutrina do corporativismo mostra-se necessária ao desenvolvimento do presente capítulo para se compreender de maneira mais completa as razões que levaram a legislação sindical brasileira a assumir sua atual estrutura e, conseqüentemente, atribuir aos sindicatos o dever de prestar assistência jurídica a seus membros.

Nesse sentido, a evolução do direito sindical é classicamente dividida em três etapas: 1) fase de repressão; 2) fase de tolerância; 3) fase do reconhecimento jurídico. Entretanto, pode-se acrescentar uma 4ª etapa ao seu desenvolvimento, denominado como fase de “cooptação” por parte do Estado. Nessa fase o direito de sindicalização e a liberdade sindical encontram obstáculos nas tendências estatizantes em que o Poder Público busca - e na maioria das vezes consegue - arregimentar e assimilar os sindicatos. Nesse contexto estão inseridas as experiências na URSS em que os sindicatos eram considerados parte do Estado. No período entre guerras, há as experiências corporativas na Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, com conseqüências em outros países, especialmente no Brasil. Nesses casos, o sindicato sofre uma “estatização”, tendo sua característica principal de luta pelos interesses dos trabalhadores desvirtuada, submetendo-se aos comandos do Estado totalitário.⁵⁴⁴

1.1. Conceito e funcionamento do corporativismo

Para que se possa entender o que significou o corporativismo, é necessário, primeiramente, compreender o significado de corporação. Assim, de acordo com os ensinamentos de Mihail Manoilescu, um dos grandes expoentes da doutrina corporativista, a corporação constitui uma organização coletiva e pública, integrada por todas as pessoas (físicas ou jurídicas) que exercem conjuntamente uma idêntica função nacional, e possui,

⁵⁴⁴ ITURRASPE, Francisco. La libertad sindical y el derecho de sindicación. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas, v. 36, n. 81, p. 173-185, 1991.

como finalidade, garantir o exercício dessa função, servindo o interesse dessa superior Nação, por meio de regras de direito estabelecidas para seus membros. Nessa medida, essa definição possui três fatores a serem ressaltados: 1) o caráter de organização pública é fundamental para conceituar a corporação; esse caráter destaca a relevância da corporação e reconhece a função social que ela desempenha; 2) o segundo fator consiste na finalidade que a corporação possui e que deve estar sempre de acordo com o interesse nacional. A representação e a proteção dos interesses de grupos não estão relacionadas às corporações. Essa representação é desempenhada por outras entidades, especialmente os sindicatos; 3) o último fator compreende o direito da corporação de instituir algumas normas aplicáveis a todos seus integrantes e mesmo fora da corporação.⁵⁴⁵

O corporativismo, por sua vez, consiste na “doutrina que pretende superar o conflito social mediante a eliminação da concorrência no plano econômico, a luta de classes no plano social e as diferenças ideológicas no plano político.”⁵⁴⁶ Logo, ele compreende uma forma de controle indireto e ferramenta eficaz de disciplina. Por meio dele, restringe-se a participação aos segmentos interessados no Estado, eliminando-se potenciais conflitos sociais.⁵⁴⁷

Sem contrariar os ensinamentos acima, Leôncio Martins Rodrigues define corporativismo como uma estrutura de organização dos segmentos sociais, ou das “forças produtoras”, por meio da ação reguladora do poder estatal que tem o objetivo de harmonizar os grupos profissionais representantes do trabalho e do capital em organizações hierarquizadas e desprovidas de conflitos. As entidades de representação de interesses são dotadas de reconhecimento do Estado que lhes atribui formas de atuação e relacionamento mútuo, de maneira que o funcionamento de cada entidade e suas demandas devem ser integradas de forma harmônica para beneficiar todo o organismo. O Estado admite a existência de classes sociais e de seus respectivos interesses, no entanto, busca diminuir ou extinguir o conflito.⁵⁴⁸ A estrutura corporativa, assim, está amparada na eliminação do

⁵⁴⁵MANOILESCO, Mihail. *O século do corporativismo: doutrina do corporativismo integral e pura*. Trad. Azevedo Amaral. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938. p. 126-127.

⁵⁴⁶SOUZA, Francisco Martins de. *Raízes teóricas do corporativismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p. 121.

⁵⁴⁷VIEIRA, Evaldo Amaro. *Oliveira Vianna e o Estado corporativo: um estudo sobre corporativismo e autoritarismo*. São Paulo: Grijalbo, 1976. p. 132.

⁵⁴⁸RODRIGUES, Leôncio Martins. *Partidos e sindicatos*. São Paulo: Ática, 1990. p. 54.

conflito e no reconhecimento da colaboração entre as classes e delas com o Poder Público.⁵⁴⁹

Em outras palavras, o corporativismo poderia ser entendido, então, como uma estratégia de governo voltada para construir um consenso prévio que dará eficácia à sua atividade administrativa, em um mundo carregado de expectativas de proteção estatal. Corresponderia, assim, a uma exigência do Estado benfeitor: as funções paraestatais de ajuste e regulação surgem como uma solução mais viável a curto prazo que o simples intervencionismo desenvolvido para o exercício de sua soberania e que possibilitaria impedir a alternativa antagônica da adaptação espontânea do mercado. Nesse sentido, quanto mais hierarquizadas e monopolistas são as organizações que representam os interesses sociais, menos dificuldades o Estado encontrará para atingir o consenso almejado.⁵⁵⁰

O corporativismo surge, desse modo, como um sistema de intermediação de interesses, com a organização específica desses interesses articulados por meio da negociação e de um compromisso. Além disso, o poder estatal assume função determinante na conciliação dos interesses em conflito. Portanto, poder-se-ia falar de uma potencialização institucional do acordo. Algo especialmente relevante nesse modelo é que ele é representado por poucas organizações, podendo-se falar que há um quase-monopólio representativo de fato e, conseqüentemente, cada vez mais “de direito”.⁵⁵¹

Na Itália, Alfredo Rocco é um dos grandes responsáveis pela elaboração da doutrina corporativista fascista colocada em prática, tendo publicado várias obras relacionadas ao assunto, como, por exemplo, *O Estado Totalitário* (1930). Sua perspectiva sobre essa doutrina pode ser resumida na seguinte expressão existente na Itália na época: “Nada fora do Estado, nada acima do Estado, nada contra o Estado. Tudo no Estado, tudo pelo Estado”.⁵⁵² A lei de 3 de abril de 1926 conceitua corporação como um órgão responsável por promover a aproximação entre as entidades sindicais dos trabalhadores e dos empregadores. Sua função é suprimir a luta de classes. A respeito dessa função pertencente às corporações, o autor relembra que Mussolini pregava que os sindicatos não

⁵⁴⁹ RODRIGUES, Leôncio Martins. op. cit., p. 60.

⁵⁵⁰ OLIET PALA, Alberto. Neocorporativismo, Estado y administracion laboral. *Revista de Trabajo*. Madrid, n. 95, p. 31-82, jul./sept. 1989.

⁵⁵¹ Id., loc. cit.

⁵⁵² AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 4. ed. 2. impr. Rio de Janeiro; Porto Alegre; São Paulo: Globo, 1962. p. 168.

representam um fim em si mesmo; devem terminar no socialismo político ou na corporação fascista.⁵⁵³

Para compreender melhor o corporativismo, é necessário mostrar como deveria ser pautada a relação entre indivíduo e Estado num modelo corporativista.

Assim, enquanto na doutrina individualista, a origem e a finalidade primordial do Estado estão no indivíduo, no corporativismo a coletividade nacional consiste em um ente superior e em uma personalidade diversa do grupo de pessoas que ela constitui. Essa coletividade nacional é dotada de objetivos específicos e que vão além dos objetivos dos indivíduos. Nesse sentido, o Estado representa a expressão máxima da coletividade nacional e apresenta-se como uma ferramenta que não está submetida ao indivíduo, mas a um objetivo que o transcende.⁵⁵⁴

Logo, no corporativismo, a finalidade do Estado não é atuar abaixo, mas acima dele. Nessa perspectiva, as corporações constituem os órgãos nacionais de manifestação da vida nacional. São ferramentas de segunda ordem colocadas à disposição do Estado, que, por sua vez, constitui instrumento de primeira ordem cujo fim é promover o ideal superior da coletividade nacional.⁵⁵⁵

Nesse quadro, o indivíduo possui a função de ser um instrumento a serviço do poder estatal, que, como já mencionado, constitui a ferramenta mais relevante de um ideal nacional. Portanto, o indivíduo, ao contrário do que acontece no Estado liberal e individualista, desconhece seus direitos, porque possui apenas deveres. O Estado possui força moral para requerer deveres, pois ela é a expressão de uma finalidade suprema.^{556 557}

Por fim, deve-se destacar que o corporativismo desenvolveu-se porque o Estado democrático estava superado, pois se mostrou incompetente para organizar-se e apresentou-se dotado de excessivo encargo de diferentes ordens. Dessa maneira, o Estado está impossibilitado de atender as mais diversas exigências que surgem na sociedade. Em meio a tal cenário, o único modelo que pode auxiliar nessa crise do Estado é o proposto pela descentralização corporativa. Esse sistema desafoga o Estado centralista de suas funções não essenciais, atribuindo-as às corporações. A descentralização corporativa

⁵⁵³SOUZA, Francisco Martins de. op. cit., p. 124.

⁵⁵⁴MANOILESCO, Mihail. op. cit., p. 45.

⁵⁵⁵Id., loc. cit.

⁵⁵⁶Mussolini, na Assembléia do partido (4-9-1930: “O indivíduo não existe enquanto ele está no Estado e subordinado às necessidades deste; quanto mais complexa se torna a civilização, mais se restringe a liberdade do indivíduo”). In MANOILESCO, Mihail. op. cit., p. 46-47.

⁵⁵⁷Id., loc. cit.

permite que a nação deixe de assumir uma posição de espera perante o Estado. Além disso, possibilita que cada corporação, em sua área de abrangência, desenvolva iniciativas de ordem pública, proporcionando uma esfera nova de ação à iniciativa de vários outros indivíduos, que não encontrariam espaço no Estado democrático, que concede lugar apenas aos políticos e aos funcionários.⁵⁵⁸

Sendo assim, a construção e o desenvolvimento do modelo corporativista tiveram como base a incorporação dos sindicatos na estrutura do Estado e a eliminação do conflito entre trabalhadores e empregadores com a criação das corporações que abrigavam esses dois polos da relação de trabalho. Todavia, não são apenas esses os elementos identificadores do corporativismo. A seguir, serão identificadas outras características desse sistema.

1.2. Experiência corporativista no Brasil

A análise do desenvolvimento do corporativismo no Brasil e, conseqüentemente, de sua influência na construção do modelo sindical pátrio, pode ser realizada adotando como marco divisório a promulgação da Constituição Federal em 1988. Isso porque, como se verificará, a elaboração desse documento tentou romper, de forma inacabada, com os institutos corporativistas que sujeitaram as entidades sindicais, durante décadas, aos comandos do Estado. Entretanto, essa ruptura ainda não aconteceu e permanece longe de ser concretizada.

1.2.1. Fase anterior à Constituição de 1988

No âmbito da História brasileira, o corporativismo também consistiu numa ferramenta aplicada à organização e ao controle da sociedade, representando instrumento legitimador do domínio e do desenvolvimento da burocracia estatal depois de 1930.⁵⁵⁹

Mesmo assim, anteriormente ao Golpe de 1930, podem-se destacar vários elementos que proporcionaram a consolidação do modelo sindical corporativo, como, por exemplo, as propostas apresentadas por técnicos e juristas naquele período (Evaristo de Moraes e Joaquim Pimenta), bem como ideias sustentadas por personalidades ilustres do

⁵⁵⁸ MANOILESCO, Mihail. op. cit., p. 57.

⁵⁵⁹ VIEIRA, Evaldo Amaro. op. cit., p. 121.

tenentismo, os estudos realizados por jovens intelectuais da época, como são os casos de Alberto Torres, Azevedo Amaral, Oliveira Vianna, dentre outros.⁵⁶⁰

Nesse contexto, o Estado brasileiro, de forma gradual, desde o início do século XX, articulava-se no sentido de regulamentar o trabalho e, mesmo que pontualmente, criava um modelo para a organização legal das relações de trabalho. Não se pode deixar de mencionar nesse período a existência no movimento sindical nacional de corrente política que abrigou o embrião de dois fenômenos relevantes: o núcleo de um movimento operário propenso a admitir a colaboração de classes por meio de um modelo sindical heterônomo e, como resultado, a perspectiva de existência de segmentos sociais que admitiriam alguma forma de acordo com os trabalhadores.⁵⁶¹

Além desses elementos, cumpre salientar que as ideias corporativistas tiveram grande expressão na obra de Oliveira Vianna ao tempo em que o Presidente da República concentrava força política e a administração pública demonstrava crescimento considerável, aumentando ainda mais a partir da Revolução de 1930. Esse intelectual desempenhou atuação de destaque como membro do Ministério do Trabalho, na elaboração técnica e jurídica do modelo corporativo brasileiro. Oliveira Vianna foi, sem dúvida, um dos grandes responsáveis pela implantação do corporativismo no Brasil. Ele acreditava na organização corporativa como instrumento transformador da consciência dos trabalhadores, eliminando o “espírito antipatronal” e o “sentimento de inferioridade”, elevando-os à condição de igualdade em relação ao empregador.⁵⁶²

Conforme ensinamentos de Oliveira Vianna, constata-se, primeiramente, que seu pensamento segue a mesma linha de Mihail Manoilescu. Dessa maneira, segundo o primeiro, num país em que a legislação adota a pluralidade sindical, há sindicatos distintos para cada categoria e organizados de forma autônoma, o que significa que eles estão fora do controle estatal. Assim, seria incompatível para o Estado orientar as atividades econômicas da Nação para certa direção, ou implementar alguma política econômica nacional específica.⁵⁶³

Logo, para que uma política econômica nacional reúna condições de ser dirigida pelo Estado, é necessário que o governo esteja dotado de poder suficiente para conseguir

⁵⁶⁰CRIVELLI, Ericson. *Democracia sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2000. p. 13.

⁵⁶¹Id. *Ibid.*, p. 12.

⁵⁶²VIEIRA, Evaldo Amaro. *op. cit.*, p. 121 e 124.

⁵⁶³VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Problemas de direito sindical*. Rio de Janeiro: Max Limonad, [1943]. p. 11.

que sua orientação atinja as categorias de produção interessadas, fato que apenas é viável com as entidades sindicais integradas ao Estado e controladas por ele, compartilhando com ele autoridade para disciplinar a própria categoria. Essa situação somente é possível com o sindicato único, dotado da natureza de pessoa jurídica de direito público.⁵⁶⁴

Cumprir destacar, então, que uma das primeiras medidas tomadas pelo Governo provisório instalado pela Aliança Liberal, sob a chefia de Getúlio Vargas, em 1930, foi a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. A partir de então, iniciou-se a construção do novo modelo sindical brasileiro que, apesar de na época ter sido criticado por socialistas, anarquistas, comunistas e liberais, e visto com certa desconfiança pelos empresários, conseguiu prosperar, constituindo em modelo apto a organizar as relações profissionais e a solucionar conflitos trabalhistas, transformando-se, em seguida, numa das instituições mais estáveis do país.⁵⁶⁵

Pouco tempo após a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, foi promulgado, em 1931, o Decreto nº 19770 relacionado às formas de organização das entidades sindicais dos trabalhadores. A norma inaugurou o controle do Estado sobre as associações profissionais, instituindo, dentre outras coisas, a unicidade sindical e a obrigatoriedade do reconhecimento do sindicato pelo Poder Público. A Exposição dos Motivos desse decreto trazia explicação expressa do Ministro Lindolfo Collor no sentido de incorporar o movimento sindical ao Estado e às leis da República nascente.⁵⁶⁶ A partir, portanto, desse decreto, identifica-se a influência do corporativismo italiano em que há a construção de um sindicalismo apolítico e destinado para a harmonização das classes produtoras.⁵⁶⁷

A Constituição de 1937 foi também documento relevante na configuração do modelo sindical que estava sendo consolidado. Nessa medida, ela preservou os direitos individuais garantidos no texto constitucional de 1934, mas trouxe grandes alterações no campo das relações coletivas de trabalho: inseriu no ordenamento jurídico pátrio a unicidade sindical, a contribuição sindical obrigatória⁵⁶⁸, a proibição de greve e de

⁵⁶⁴VIANNA, Francisco José de Oliveira. op. cit., p. 13.

⁵⁶⁵RODRIGUES, Leôncio Martins. op. cit., p. 46.

⁵⁶⁶Id. Ibid., p. 47.

⁵⁶⁷SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Direito do trabalho brasileiro: principais aspectos de sua evolução histórica e as propostas de modernização. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 69, n. 2, p. 120-138, jul./dez. 2003.

⁵⁶⁸Art. 138 - A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações

lockout⁵⁶⁹, a delegação de exercício de funções do Estado para as entidades sindicais e a criação de corporações como órgãos do poder estatal⁵⁷⁰, integradas por representantes dos empregadores e trabalhadores.⁵⁷¹

No entanto, apenas dois anos após a promulgação desse texto constitucional é que Getúlio Vargas demonstrou interesse em instituir novas regras para o funcionamento das organizações sindicais.⁵⁷² Assim, em 1939, há a promulgação do Decreto-Lei nº. 1.402 que trouxe as principais características do modelo sindical nacional vigente, de forma intacta, até o advento da Constituição de 1988. Esse Decreto, em consonância com as diretrizes corporativistas, tornou condicional a obtenção da personalidade jurídica ao reconhecimento pelo Poder Público, permitiu a intervenção nas organizações sindicais, na hipótese de dissídio ou situação que criasse problemas para seu funcionamento por ordem do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, instituiu um quadro de atividades e profissões utilizado para classificar as organizações existentes e garantir que somente uma teria a legitimidade de representação numa certa esfera geográfica e pessoal, atribuiu poder ao Ministro do Trabalho para anular a carta de reconhecimento sindical, em face de desobediência à lei, a ato do Presidente da República ou às orientações da política econômica. Em 1943, esse decreto foi incorporado à CLT.⁵⁷³

Dessa forma, a interferência do Estado no modelo sindical assumiu sua expressão máxima, limitando completamente a liberdade sindical. No entanto, cumpre destacar que o modelo corporativista inaugurado com a Constituição de 1937 não conseguiu ser completamente implantado. Isso porque as corporações, integradas por representantes dos trabalhadores e empregadores, que seriam órgãos de sobreposição aos sindicatos,

profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 11 jan. 2011.

⁵⁶⁹ Art. 139 - A greve e o *lock-out* são declarados recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 11 jan. 2011.

⁵⁷⁰ Art. 140 - A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos destes e exercem funções delegadas de Poder Público. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 11 jan. 2011.

⁵⁷¹ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Direito do trabalho brasileiro: principais aspectos de sua evolução histórica e as propostas de modernização, cit., p. 120-138.

⁵⁷² RODRIGUES, Leôncio Martins. op. cit., p. 48.

⁵⁷³ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Direito do trabalho brasileiro: principais aspectos de sua evolução histórica e as propostas de modernização, cit., p. 120-138.

federações e confederações, participando do desenvolvimento e implementação da política econômica do Estado, não foram concretizadas.⁵⁷⁴

Verifica-se, dessa maneira, que a contradição, ou ambiguidade, foi a característica principal do governo de Getúlio Vargas instaurado a partir de 1930. Em relação à legislação trabalhista do período, essa marca também esteve presente na medida em que na esfera das relações individuais de trabalho, o governo reconhece de forma paternalista vários direitos em benefício dos trabalhadores; enquanto isso, na esfera das relações coletivas, tem-se o objetivo de sujeitar as entidades sindicais aos comandos do Estado. Dessa forma, Vargas consagrava direitos individuais aos trabalhadores ao mesmo tempo em que limitava a liberdade sindical.⁵⁷⁵

1.2.2. Fase posterior à Constituição de 1988

Como exposto acima, desde o começo da década de 30 do século XX, o Brasil alinhava-se ao modelo corporativista. Mas a Constituição de 1937 representou a escolha evidente por esse modelo. Da mesma maneira, apesar de, desde os anos 70, existirem ímpetus de redemocratização, é a Constituição de 1988 que constitui o marco de ruptura com o corporativismo. Mesmo assim, esse documento não foi suficiente para romper integralmente com o modelo, pois ainda abriga dispositivos tipicamente corporativistas: unicidade sindical e contribuição sindical compulsória.⁵⁷⁶ No período da última constituinte, as entidades sindicais, tanto de trabalhadores, como de empregadores cindiram-se em dois grupos basicamente: um deles pregava a liberdade sindical, a partir da pluralidade de sindicatos e a extinção da contribuição sindical obrigatória, o outro defendeu a conservação do sindicato único por categoria e a base territorial mínima, a manutenção da contribuição sindical, mas lutou pela autonomia do sindicato diante do Estado. Esse segundo grupo venceu e a Constituição previu expressamente a vedação à criação de mais de um sindicato por categoria numa mesma base territorial. Assim, a

⁵⁷⁴SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Direito do trabalho brasileiro: principais aspectos de sua evolução histórica e as propostas de modernização, cit., p. 120-138.

⁵⁷⁵Id., loc. cit.

⁵⁷⁶Id. Autonomia privada coletiva. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). *Curso de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. 3, p. 48-65.

Constituição de 1988, na esfera das relações coletivas de trabalho, ainda é caracterizada pela manutenção de uma “herança corporativista”.⁵⁷⁷

Portanto, a promulgação do texto constitucional de 1988, no plano das relações de trabalho, representou um processo de transição incompleto. De um lado, foram eliminados alguns elementos típicos do modelo sindical brasileiro, de outro, reconheceu-se em nível constitucional outros fatores, o que resultou num processo tensional e ambíguo. Nessa linha, conservou-se o sistema corporativo de representação de interesses, no entanto, outros aspectos das relações de trabalho foram flexibilizados.⁵⁷⁸

Deve-se observar que tanto o modelo sindical como o sistema de relações de trabalho construídos a partir do primeiro governo de Vargas (1930-1945) e vigentes, em grande parte, até os dias atuais, superaram diversas transformações institucionais e políticas associadas às formas de governo, como também sobreviveram à várias mudanças relativamente profundas de ordem social, econômica e cultural. Nesse período, o número de habitantes do país quadruplicou, a industrialização desenvolveu-se em larga escala, transformando quantitativa e qualitativamente a proporção de trabalhadores industriais e assalariados da PEA (População Economicamente Ativa), a população rural encolheu, problemas urbanos e ecológicos surgiram, relações de mercado foram ampliadas para outros ramos da economia e regiões brasileiras; mesmo assim, o modelo sindical corporativo e de relações de trabalho conservou-se inalterado. Dessa maneira, resta evidente que uma instituição apta a superar tantas mudanças e transformações de naturezas distintas, convivendo com o Estado Novo, o nacional-populismo, regimes militares ditatoriais e as constituições de 1937, 1946, 1967 e com a de 1988 está arraigada na vida social e política do país.⁵⁷⁹

Nessa medida, Freitas Júnior realiza uma crítica que ainda permanece atual em relação à existência de maiores chances de o corporativismo sindical continuar a vigorar no ordenamento jurídico pátrio em função dos resultados “retroalimentadores” característicos do sistema. Isso porque, paralelamente às restrições e parâmetros estabelecidos pelo modelo vigente, há um conjunto de interesses negligenciados, oriundos ou estendidos por seus privilégios capazes de restaurar uma gama de cumplicidades e/ou indiferenças associados à manutenção do atual modelo sindical. Os elementos que sustentam esse

⁵⁷⁷SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Direito do trabalho brasileiro: principais aspectos de sua evolução histórica e as propostas de modernização, cit., p. 120-138.

⁵⁷⁸CRIVELLI, Ericson. op. cit., p. 10.

⁵⁷⁹FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. op. cit., p. 49.

contexto são: a) contribuições parafiscais dotadas de finalidade de financiar as organizações sindicais oficiais; b) manutenção de sindicato oficial como titular da prerrogativa de representar os interesses, judicial e extrajudicialmente, dos trabalhadores e empregadores, mesmo que não exista filiação espontânea dessas pessoas às entidades sindicais em virtude de serem integrantes, por determinação legal, das categorias fixadas também por lei, na elaboração das convenções coletivas eajuizamento de dissídios coletivos; c) conservação da unicidade sindical imposta por lei (no caso brasileiro, com previsão constitucional); d) que introduz a necessidade de controle administrativo antecipado (como o que era praticado pela antiga Comissão de Enquadramento Sindical), ou por meio mais transparente, como é o caso do controle judicial *a posteriori* (como ocorre na atualidade).⁵⁸⁰

Esse conjunto de privilégios, vantagens e monopólios legais demonstra os atributos de um sistema que o autor denomina de “autopoiético” e que exige uma transformação, requerendo, além disso, mais do que simples alterações legislativas, mas uma extensa reforma institucional que elimine a manutenção de qualquer um dos elementos de retroalimentação.⁵⁸¹

Dessa forma, a transformação do atual modelo sindical dotado de grande capacidade de retroalimentação requer, além da aceitação dos doutrinadores e especialistas da área, o desenvolvimento de consenso político que ainda não existe no momento. Logo, não é em razão da natureza inercial dos interesses envolvidos na manutenção do sistema sindical brasileiro, mas em função de sua natureza autopoiética que se pode explicar as razões do longo período de vigência do corporativismo no país. Isto é, a manutenção do corporativismo pela Constituição de 1988, da mesma forma que a conservação diante de um contexto de estruturação das instituições políticas representativas é explicado não somente pela inexistência de iniciativas voltadas para a mudança desse modelo.⁵⁸²

Nesse sentido, um dos fatores que formam os sistemas de natureza autopoiética consiste justamente em sua capacidade para absorver iniciativas externas e crises oriundas de elementos internos, através do procedimento defensivo da autorreferibilidade. Isso significa que ou o sistema é transformado integralmente, ou na hipótese da manutenção de sua capacidade para retroalimentação, as alterações adjetivas serão assimiladas por

⁵⁸⁰FREITAS Jr., Antonio Robrigues de. Outro século de corporativismo sindical no Brasil? *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 26, n. 100, p. 59-66, out./dez. 2000.

⁵⁸¹Id., loc. cit.

⁵⁸²Id., loc. cit.

mecanismos de reestruturação funcional e categorial que possibilitam a sobrevivência de seu caráter autorreferencial.⁵⁸³

Um dos últimos exemplos que se pode citar e que demonstra claramente esse caráter de retroalimentação do sistema sindical e a acomodação dos interesses em relação à manutenção do modelo vigente foi a aprovação da Lei nº. 11.648/2008 que disciplina as Centrais Sindicais. Por meio dessa lei, as Centrais Sindicais passaram a ser reconhecidas pelo Poder Público e ainda recebem uma parcela da contribuição sindical descontada obrigatoriamente do salário dos trabalhadores. Com isso, o Estado conseguiu, mais uma vez, acomodar interesses de diferentes setores da sociedade em torno do modelo de organização sindical brasileiro.

Seguindo essa linha, Ricardo Antunes afirma que o governo Lula, não apenas com a edição da Lei das Centrais Sindicais, mas também em função de toda sua relação com os movimentos sindicais, recuperou o “getulismo sindical” levando-o ao extremo. Segundo o sociólogo do trabalho, o processo de sujeição das entidades sindicais ao poder estatal criado no período de Vargas foi finalizado pelo governo Lula. A única peça que faltava para terminar a estatização era a incorporação das centrais sindicais ao sistema. Com a destinação de parcela da contribuição sindical também às centrais, tanto elas, como os sindicatos, federações e confederações, perdem autonomia e caminham rumo à submissão ao Poder Público.⁵⁸⁴

Vale lembrar que parte da doutrina defende que as Centrais Sindicais não integram o modelo corporativista, representando, inclusive, sua superação⁵⁸⁵. Mesmo assim, é pacífico que a partir da Lei nº. 11.648/2008 houve um reconhecimento formal dessas entidades pelo ordenamento jurídico pátrio. Amauri Mascaro Nascimento lembra que com a edição dessa lei o modelo sindical corporativista avançou para um modelo semicorporativista, pois ocorreu a introdução de uma nova forma de organização das entidades de cúpula sindicais.⁵⁸⁶

⁵⁸³ FREITAS Jr., Antonio Robrigues de. op. cit., p. 59-66.

⁵⁸⁴ VILLAVEVERDE, João. Lula levou getulismo ao extremo. [Lula e o getulismo, entrevista no jornal Valor com Ricardo Antunes]. *Adriano Nascimento*. Disponível em: <<http://adrianonascimento.webnode.com.br/news/lula-e-o-getulismo-entrevista-no-jornal-valor-com-ricardo-antunes/>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

⁵⁸⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. op. cit., p. 1270.

⁵⁸⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. As centrais sindicais e as modificações de 2008. *LTr: legislação do trabalho*. Suplemento trabalhista, São Paulo, v. 44, n. 8, p. 219-228, 2008.

Apesar da opinião do ilustre jurista, cumpre ressaltar que, mesmo após a vigência da Lei das Centrais Sindicais, essas entidades são dotadas apenas de função político-institucional, pois representam e articulam os interesses do conjunto de seus representados, não possuindo as prerrogativas de negociação coletiva atribuídas aos sindicatos, federações e confederações em suas respectivas esferas de representação.

Logo, há dois argumentos que fundamentam o fato de as centrais sindicais não integrarem o sistema confederativo: essas entidades são plúrimas e intercategoriais, ao passo que o artigo 8º, inciso II da Constituição Federal abriga o sistema da unicidade e o critério da categoria para organização sindical. Assim, entidades que não levam em consideração o critério da categoria para serem estruturadas, não deveriam sequer receber parcela da contribuição sindical.⁵⁸⁷

Fica evidente, portanto, que o reconhecimento formal das centrais sindicais pela Lei nº. 11.648/2008, bem como a destinação de parte do imposto sindical a elas, não respeitaram o critério de organização sindical estipulado pela legislação e mostraram-se insuficiente para alterar o modelo sindical brasileiro.

A análise das características do corporativismo ainda presentes no modelo sindical pátrio foi necessária para compreender os fundamentos que levaram a Consolidação das Leis do Trabalho a atribuir aos sindicatos o dever de prestação da assistência jurídica. O estudo aprofundado dessa questão e sua relação com a liberdade sindical será realizado a seguir.

2. Autonomia privada coletiva como fundamento da liberdade sindical

Antes de iniciar-se a abordagem do instituto da liberdade sindical especificamente e sua relação com a função assistencial dos sindicatos, que consistem no objeto principal desse capítulo, cumpre realizar algumas considerações sobre a autonomia privada coletiva.

O surgimento da autonomia privada coletiva, no âmbito do Direito do Trabalho, ocorre a partir da primeira Revolução Industrial no século XVIII. A industrialização nascente fomentou o aumento da exploração do trabalho realizado pelos operários de forma assombrosa, fato que resultou na revolta dos trabalhadores que, primeiramente, por

⁵⁸⁷ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MASSONI, Túlio de Oliveira; FIORAVANTE, Tamira Maira; QUINALHA, Renan Honório. Reforma sindical: o problema das centrais sindicais. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO TRABALHO, 48., São Paulo, 2008. *Jornal do Congresso...* São Paulo: LTr, 2008. p. 123-124.

meio de condutas desordenadas e espontâneas, quebravam máquinas e destruíam os locais de trabalho e, posteriormente, passaram a atuar de forma organizada por meio de organizações ilegais, alcançando, por fim, o reconhecimento legal do Estado quando ele assumiu posição intervencionalista.⁵⁸⁸

A ingerência do poder estatal nas relações de trabalho não anulou o papel desempenhado pela autonomia privada coletiva. Restou claro que o poder estatal não reunia condições para disciplinar detalhadamente as condições de trabalho caso a caso e que o processo negocial é mais rápido e flexível que o processo de elaboração das leis. Dessa maneira, a esfera de atuação obtida pelos trabalhadores por meio de suas lutas foi preservada apesar de continuar existindo também a interferência do Estado, logo, normas jurídicas, tanto estatais como negociais, passaram a coexistir na mesma ordem jurídica.⁵⁸⁹

Consequentemente, a teoria da autonomia privada coletiva é a que melhor fornece as bases para fundamentar e estruturar o direito sindical. O Direito compreendido sob a perspectiva do pluralismo jurídico é oriundo da produção normativa estatal e, ao mesmo tempo, dos grupos sociais, fato que traz vantagens para o sindicalismo, porque o contrário do pluralismo, o monismo jurídico, ao sustentar que Direito consiste apenas naquilo que o Estado produz, não admite a hipótese de reconhecimento de um Direito não estatal, criando um obstáculo sindical em relação à liberdade e à operacionalidade, pois é inviável harmonizar a existência das convenções coletivas de trabalho com o monismo jurídico.⁵⁹⁰

Dessa maneira, o pluralismo jurídico constitui o pressuposto da autonomia privada coletiva, pois a atividade normativa dos particulares, realizada mediante as entidades que os representam, no âmbito das relações coletivas de trabalho, está inserida no contexto de um sistema que admite a coexistência de normas provenientes de uma diversidade de fontes, estatais e não estatais.⁵⁹¹

O pluralismo jurídico, conforme ensina Otavio Pinto e Silva, expressa-se pelo fato de o ordenamento jurídico reconhecer não apenas normas originárias da atuação estatal, mas também aquelas normas instituídas pelos grupos sociais. Cumpre lembrar que as fontes das normas podem ser classificadas em duas categorias: 1) heterônomas (aquelas que não contam com a participação direta dos sujeitos que deverão estar sujeitos a elas); 2)

⁵⁸⁸SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Autonomia privada coletiva*, cit., v. 3, p. 48-65.

⁵⁸⁹Id., loc. cit.

⁵⁹⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 197.

⁵⁹¹SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Autonomia privada coletiva*, cit., v. 3, p. 48-65.

autônomas (as que criam normas com a participação dos sujeitos interessados, logo, que autorregulam suas relações jurídicas).⁵⁹²

O autor lembra ainda que a Ciência Jurídica aceita a existência de ordens jurídicas distintas dentro de uma mesma sociedade, porque a consagração do pluralismo jurídico não implica na negação da unidade do ordenamento jurídico, pois esse é integrado por normas de diferentes estruturas hierárquicas, logo, existem normas superiores e normas inferiores. Nessa medida, não interessa se uma certa norma é oriunda de uma fonte heterônoma ou autônoma, porque ela sempre pertencerá a um ordenamento jurídico unitário, tendo uma posição hierárquica dentro desse ordenamento.⁵⁹³

Sendo assim, conclui o autor, o pluralismo jurídico possui uma função relevante para o Direito do Trabalho, pois possibilita a produção de normas trabalhistas pelos próprios entes sociais interessados, na medida em que se verifica que o legislador não consegue disciplinar de forma completa e suficiente todas as relações nessa esfera. Considerando a complexidade que atingiu as esferas de organização da sociedade, o Estado continua desprovido de condições para regular sozinho todas as questões inerentes a vida em comunidade. Logo, é natural que se conceda a alguns grupos organizados a tarefa de auto-regulamentar suas relações.⁵⁹⁴

Essa criação de normas trabalhistas por parte dos particulares ocorre por meio da negociação coletiva realizada pelas entidades que representam os trabalhadores e empregadores, dando origem aos contratos coletivos de trabalho, entendidos de forma genérica. Esses instrumentos normativos disciplinam as relações de trabalho existentes e aquelas que ainda serão criadas durante sua vigência, produzindo efeitos, em alguns sistemas jurídicos, para os sócios e os não sócios das organizações pactuantes.⁵⁹⁵

Na América Latina, Amauri Mascaro Nascimento afirma que existem três modelos de ordenamentos jurídicos em relação à autonomia coletiva: a) intervencionista plurinormativo, cujo traço fundamental é a atuação ordenadora do Poder Público sobre as relações individuais de trabalho e reguladora da autonomia coletiva sem eliminá-la, que prevalece nos países da região; b) desregulamentado, cuja principal característica é a autonomia pura e a abstenção do poder estatal em face das relações coletivas de trabalho,

⁵⁹²SILVA, Otavio Pinto e. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 21-22.

⁵⁹³Id. Ibid., p. 22.

⁵⁹⁴Id., loc. cit.

⁵⁹⁵SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Autonomia privada coletiva*, cit., v. 3, p. 48-65.

caso do Uruguai; c) intervencionismo do tipo socialista que possui atuação reguladora e ordenadora das relações individuais e coletivas, em que autonomia coletiva é guiada pelo Estado de acordo com as diretrizes fixadas por ele. Cuba é o exemplo desse modelo.⁵⁹⁶

Ademais, no âmbito do pluralismo jurídico que admite tanto fontes normativas estatais como não estatais, importante mencionar análise feita por Walküre Lopes Ribeiro da Silva sobre a natureza da autonomia privada coletiva em relação ao Estado, isto é, se ela constitui poder originário ou poder derivado. A doutrina trabalhista italiana sustenta, de forma consensual, que a autonomia privada coletiva possui natureza de poder originário. Na América Latina, onde os ordenamentos jurídicos de cada país apresentam forte intervencionismo estatal, a doutrina chegou a defender a natureza de poder derivado da autonomia privada coletiva. Exceção a esse posicionamento encontra-se nos estudos de Mario de la Cueva. No Brasil, em virtude da legislação disciplinar fartamente as relações de trabalho, em razão da influência corporativista na formação do modelo sindical pátrio e em decorrência do ordenamento jurídico pertencer ao sistema romano-gêrmanico, a doutrina, por um certo período, chegou a defender a autonomia privada coletiva como poder derivado.⁵⁹⁷

Entretanto, a vontade de se atualizar a legislação trabalhista em relação às novas exigências do mercado de trabalho e da economia propiciou maior atenção e relevância dispensada à autonomia privada coletiva, surgindo, assim, uma transformação da relação entre as fontes do Direito do Trabalho. Nesse sentido, o poder estatal deixou de ser concebido como a única fonte normativa formal e a autonomia privada coletiva foi alçada ao mesmo nível das fontes normativas do Estado. Esse contexto está relacionado com as ideias italianas, pois nesse país as fontes normativas estatais e as oriundas da autonomia privada coletiva assumem o mesmo nível. Sendo assim, hoje a autonomia privada coletiva é concebida como fonte normativa reconhecida pelo poder estatal, logo, é fonte normativa originária e não fonte delegada pelo Estado.⁵⁹⁸

O pluralismo jurídico proporciona, então, uma modalidade de sindicalismo equivalente à sua concepção fundamental de liberdade, o sistema de pluralidade sindical, que é democrático, mas possui determinadas desvantagens, e que pode ser entendido como

⁵⁹⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Do corporativismo para a autonomia coletiva. *LTr*: legislação do trabalho. Suplemento trabalhista, São Paulo, v. 31, n. 1, p. 1-2, 1995.

⁵⁹⁷SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva, cit., v. 3, p. 48-65.

⁵⁹⁸Id., loc. cit.

uma ordem jurídica composta por vários centros normativos, integrando ordenamento estatal e não estatal.⁵⁹⁹

A concepção pluralista do Direito do Trabalho admite, portanto, dois ordenamentos: um estatal e outro intersindical. Esse último está fundamentado na ideia de autodeterminação das entidades sindicais. Assim, as diferentes organizações reconhecem a faculdade uma das outras de representar os interesses profissionais de seus respectivos grupos e admitem soluções encontradas por elas próprias, impondo a obrigação de que sejam cumpridas por todos os aderentes.⁶⁰⁰

Dessa maneira, define-se a autonomia como “o poder de autorregulamentação dos próprios interesses”. Nesse sentido, ele representa a faculdade de instituição de normas próprias, paralelamente às normas de origem estatal. Como já mencionado, a autonomia está relacionada com uma sociedade em que há pluralismo, isto é, reconhece-se a existência de núcleos distintos de positivação do Direito. Evidentemente, esse sistema não admite a ingerência do Estado nas relações sindicais. Na realidade, compete ao poder estatal apenas assegurar a liberdade sindical, mediante a criação de normas que amparem a atuação sindical, sem, todavia, interferir no funcionamento das entidades sindicais.⁶⁰¹

Após a análise dos elementos e institutos expostos, verifica-se que a autonomia privada coletiva guarda profunda relação com a liberdade sindical. Isso porque se compreende a autonomia privada coletiva como o espaço reconhecido pelo Estado em que os particulares desenvolvem uma atividade normativa, realizada por meio das entidades que os representam, no âmbito das relações coletivas de trabalho. Logo, todas as dimensões da liberdade sindical, que serão estudadas detalhadamente nos próximos itens, somente poderão ser exercidas de forma plena caso a autonomia privada coletiva seja respeitada, razão pela qual se conclui que a autonomia privada coletiva fundamenta a liberdade sindical.

⁵⁹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*, cit., p. 197.

⁶⁰⁰ PERONE, Giancarlo. A liberdade sindical na Itália. In: FREDIANI, Yone; ZAINAGLI, Domingos Sávio (Coords.). *Relações de direito coletivo Brasil – Itália*. São Paulo: LTr, 2004. p. 39-46.

⁶⁰¹ SILVA, Otavio Pinto e. A questão da liberdade sindical. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). *Curso de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. 3, p. 66-85.

3. Liberdade sindical

3.1. Organização Internacional do Trabalho, direitos humanos e liberdade sindical

As Convenções 87 e 98 da OIT disciplinam de forma ampla a liberdade sindical, logo, seu estudo remete necessariamente a uma análise, ainda que sucinta, dessa organização internacional que, desde seus primórdios, preocupou-se com a proteção e promoção desse instituto.

As reuniões e conferências internacionais que antecederam a criação da OIT já demonstravam essa preocupação. Nesse sentido, a mais notável dessas conferências ocorreu em Leeds (norte da Inglaterra) em julho de 1916. Apesar de não se poder sustentar que essa reunião foi muito representativa, em virtude de apenas quatro países estarem representados por seus delegados sindicais (Bélgica, Grã-Bretanha, França e Itália), entre esses delegados estavam alguns dos principais porta-vozes da Federação Sindical Internacional (FSI), entidade que contava com a confiança de grande maioria das centrais nacionais a essa federação. Dessa maneira, em relação às conclusões da conferência, deve-se destacar que em uma ampla lista de reivindicações encontrava-se – entre a limitação da jornada, a idade mínima de quatorze anos para trabalhar, a eliminação do trabalho feminino noturno, a seguridade social para todos – o desejo de se garantir a liberdade sindical.⁶⁰²

Posteriormente, o Tratado de Paz de Versalhes de 1919, no preâmbulo da parte XIII, menciona expressamente a afirmação do princípio da liberdade sindical entre os objetivos da OIT que estava sendo fundada como parte de seu texto constitutivo. Assim, a Constituição da OIT, que corresponde a essa parte XIII do Tratado citado, previa o princípio da liberdade sindical como uma de suas finalidades a serem atingidas em seu programa de ação.

Em 1944, a Declaração da Filadélfia, que funcionou como uma reforma do texto constitutivo da OIT, atualizou os objetivos e finalidades da entidade internacional, bem como as bases da política social que os Estados membros deveriam seguir. Dessa maneira, ficou assegurado no texto da Declaração que a liberdade de expressão e de associação são

⁶⁰²DUNNING, Harold. Orígenes del convenio num. 87 sobre libertad sindical y derecho de sindicación. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 117, n. 2, p. 167-187, 1998.

essenciais para o progresso constante, completando, assim, a previsão da liberdade sindical existente no preâmbulo da Constituição da OIT.⁶⁰³

Cumpra mencionar que não existe uma delimitação clara sobre os conceitos de liberdade de associação ou liberdade sindical no texto constitucional da OIT, porque para interpretar esses princípios, a entidade utilizou-se de diversas normas a respeito.⁶⁰⁴

No entanto, a primeira norma da OIT sobre direito de organização foi adotada em 1921, na Convenção n. 11, sobre Direito Sindical (Agricultura), que não conceitua esse direito, mas institui que todos os trabalhadores na agricultura terão os mesmos direitos que os trabalhadores da indústria de associar-se e de consorciar-se. Após o término da II Guerra Mundial, foi adotada a Convenção n. 84 em 1947, sobre o direito sindical (territórios não metropolitanos) que faz referência, de forma ampla, ao direito de organização, de negociação coletiva e de consulta, e a um mecanismo de solução de conflitos de natureza trabalhista nos territórios mencionados. Ademais, essa Convenção reconheceu que: “dever-se-á garantir, por meio de disposições apropriadas, o direito de empregadores e de trabalhadores se associar para qualquer fim lícito” (art. 2º).⁶⁰⁵

Em seguida, deve-se lembrar, conforme Cassio Mesquita Barros, a 30ª Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em Genebra em 1947, anteriormente à adoção da Convenção n. 87, que aprovou uma Resolução que renunciava em linhas gerais os alicerces do conceito de liberdade sindical trazido pela Convenção citada. Essa Resolução consagrava o seguinte:

- 1º) liberdade para os trabalhadores organizarem entidade representativa de sua classe ou profissão;
- 2º) liberdade de redigir seus estatutos conforme as leis gerais do País sem que a legislação estatal restrinja essa liberdade dos sindicatos;
- 3ª) liberdade de eleger seus dirigentes e de elaborar as normas de administração, conforme seus estatutos e sem a interferência do Estado;
- 4º) liberdade para o trabalhador ingressar e desligar-se do sindicato;

⁶⁰³VILLASMIL PRIETO, Humberto. Introducción a la libertad sindical. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Universidade Central de Venezuela, Caracas, v. 39, n. 91, p. 225-270, 1994.

⁶⁰⁴LASTRA LASTRA, José Manuel. La libertad sindical. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, v. 33, n. 98, p. 695-723, ene./abr. 2000.

⁶⁰⁵Princípios, normas e procedimentos da OIT referentes à liberdade sindical. Brasília, 1993. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Promovendo o trabalho decente. Disponível em: <http://www.oit.org.br/info/publ_result.php>. Acesso em: 30 nov. 2010.

5º) liberdade para criar federações e confederações;

6º) necessidade de estabelecer a proibição de dissolução dessas entidades representativas por via administrativa.⁶⁰⁶

No ano seguinte, 1948, conseguiu-se, então, a aprovação da Convenção n. 87. Essa é a norma internacional mais importante a respeito da liberdade sindical. Tão relevante quanto ela é a Convenção n. 98, também da OIT, que juntamente com a Convenção n. 87 constituem os principais instrumentos no plano internacional sobre liberdade sindical aprovados por empregadores, trabalhadores e governos. Deve-se destacar, todavia, que o Brasil ratificou apenas a Convenção nº. 98 por meio do Decreto Legislativo nº. 49 de 1952. A Convenção nº. 87 ainda não foi ratificada pelo governo brasileiro.

Além dessas duas Convenções relativas à liberdade sindical, pode-se citar ainda: 1) Convenção n. 135, de 1971, sobre representantes dos trabalhadores: os consideranda e os arts. 1º a 6º; 2) Convenção n. 141, de 1975, sobre organizações de trabalhadores rurais: os consideranda e os arts. 1º a 6º; 3) Convenção n. 144, de 1976, sobre consulta tripartite (normas internacionais do trabalho): os consideranda e os arts. 1º a 6º; 4) Convenção n. 151, de 1978, sobre relações de trabalho na administração pública: os consideranda e os arts. 1º a 9º; 5) Convenção n. 154, de 1981, sobre negociação coletiva: os consideranda e os arts. 1º a 8º.⁶⁰⁷

Quanto à relação entre a liberdade sindical e os direitos humanos, esse últimos formados pelos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, cumpre lembrar novamente que essa categoria é formada por direitos indivisíveis, interligados e indissociáveis. Nesse sentido, a Declaração Universal reconheceu as duas modalidades de direitos (civis e políticos; econômicos, sociais e culturais) que foram especificadas de forma independente nos Pactos Internacionais de 1966. No âmbito da ONU, pode-se citar

⁶⁰⁶BARROS, Cássio Mesquita. Liberdade sindical – as Convenções e outros instrumentos da OIT sobre liberdade sindical – mecanismos de promoção e controle – direitos sindicais e liberdades civis. In: GALVÃO JÚNIOR, Juraci; AZEVEDO, Gerson de (Coords.). *Estudos de direito do trabalho e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 59-71.

⁶⁰⁷Id. Ibid., p. 59-71. O autor ainda arrola os seguintes documentos da OIT relacionados à liberdade sindical: a) Recomendação n. 91, de 1951, sobre contratos coletivos; b) Recomendação n. 92, de 1951, sobre conciliação e arbitragem voluntárias; c) Recomendação n. 94, de 1952, sobre colaboração no âmbito da empresa; d) Recomendação n. 113, de 1960, sobre consulta (setores de atividade econômica e âmbito nacional); e) Recomendação n. 130, de 1967, sobre exame de reclamações; f) Recomendação n. 143, de 1971, sobre proteção e facilidades que devem ser outorgadas aos representantes dos trabalhadores; g) Recomendação n. 159, de 1978, sobre relações de trabalho na administração; h) Recomendação n. 163, de 1981, sobre negociação coletiva; i) Resolução sobre a independência do movimento sindical (adotada em 26 de junho de 1952); j) Resolução sobre direitos sindicais e sua relação com as liberdades civis (adotada em 25 de junho de 1970).

os principais documentos que fazem referência à liberdade sindical: 1) parágrafo 4º do artigo 23 da Declaração Universal de Direitos Humanos; 2) artigo 22 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos é o único dispositivo do documento que faz referência à liberdade sindical de forma específica;⁶⁰⁸ 3) artigo 8 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aborda o assunto de maneira pormenorizada.⁶⁰⁹

Ao tratar da liberdade sindical, a OIT sempre enfatizou o caráter indivisível existente entre as duas categorias de direitos humanos, como se pode verificar no Relatório do Diretor Geral da entidade, elaborado em 1968 à Conferência Internacional do Trabalho e Conferência Mundial realizada pela ONU em que é reconhecido o valor dos direitos econômicos e sociais, mas também é expresso que esses direitos não são concretizados sem que se promova a defesa e garantia dos direitos e liberdades fundamentais. Dessa maneira,

⁶⁰⁸ Art. 22 - 1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de constituir sindicatos e de a eles filiar-se, para proteção de seus interesses.

2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos por membros das forças armadas e da polícia.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os estados-partes, na Convenção de 1948, da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir - as garantias previstas na referida Convenção. PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: <<http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo2/2pidcp.html>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

⁶⁰⁹ Art. 8º - 1. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir: a) O direito de toda pessoa de fundar com outras sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;

b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais, e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas;

c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas;

d) O direito de greve, exercido em conformidade com as leis de cada país.

2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da administração pública.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados-partes na Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir - as garantias previstas na referida Convenção. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966). Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

continua o Relatório, a liberdade sindical encontra sua fundamentação primordial na proteção dos interesses econômicos e sociais das partes.⁶¹⁰

Além disso, em Resolução adotada em 25 de julho de 1970 pela Conferência Internacional do Trabalho, a OIT explicita a relação dos direitos sindicais com as liberdades civis. Dessa forma, por meio da citada Resolução, o organismo internacional estabeleceu que “as garantias proclamadas nas convenções internacionais do trabalho e em especial as relativas à liberdade sindical somente poderão ser realizadas na medida em que também sejam reconhecidas e efetivamente protegidas as liberdades civis e políticas consagradas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e demais instrumentos internacionais sobre a matéria”.⁶¹¹

Em relação aos direitos sindicais e liberdades civis ainda em 1970, a 54ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho salientou que a liberdade sindical encontra-se entre os direitos do homem e que, para o exercício pleno da liberdade sindical, é necessário garantir os seguintes direitos humanos:

- a) direito à liberdade e à segurança dos indivíduos, bem como à proteção contra a detenção e a prisão arbitrária;
- b) liberdade de opinião e de expressão;
- c) direito de reunião;
- d) direito ao devido processo legal;
- e) direito à proteção da propriedade das entidades sindicais.⁶¹²

Em 1998, por meio da Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais⁶¹³, a OIT enfatiza a correlação entre liberdade sindical e direitos civis e políticos, sustentando

⁶¹⁰SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; FIORAVANTE, Tamira Maira; MASSONI, Túlio de Oliveira. Liberdade sindical e direitos humanos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília, v. 16, n. 31, p. 47-66, mar. 2006.

⁶¹¹ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Resolución de 1970 sobre los Derechos Sindicales y su Relación con las Libertades Civiles. Disponível em: <http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1481:resolucie-1970-sobre-los-derechos-sindicales-y-su-relacion-las-libertades-civiles&catid=236:marco-normativo-libsind&Itemid=1262>. Acesso em: 29 out. 2010.

⁶¹²BARROS, Cássio Mesquita. op. cit., p. 59-71.

⁶¹³Deve-se destacar ainda que a primeira medida implementada pela OIT para viabilizar a adoção da Declaração em 1998 ocorreu em 1995 na reunião de Copenhague, ocasião em que chefes de Estado e Governo reconheceram uma série de encargos e programa de ação, referente a direitos básicos dos trabalhadores, que incluíam os relacionados à liberdade de associação e o direito de negociação. Nesse sentido, a adoção da Declaração de 1998 constitui importante contribuição para o programa de ação estabelecido em Copenhague sob a perspectiva de incentivar o respeito aos direitos básicos assegurados nas

novamente que a liberdade sindical constitui um direito essencial, cuja importância é a mesma da proibição da discriminação, do trabalho infantil e do trabalho escravo. Dessa forma, a OIT concebe a liberdade sindical não somente como uma finalidade a ser atingida, mas, além disso, como um instrumento de ação para fomentar os direitos e liberdades fundamentais. Logo, a liberdade sindical não compreende um fim em si mesmo, mas é um mecanismo precioso para garantir condições de vida e de trabalho, por meio de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho, favoráveis à afirmação da dignidade humana, imprescindíveis a todo verdadeiro regime democrático.⁶¹⁴

Essa Declaração de 1998 foi adotada em decorrência das transformações provocadas pela globalização que, apesar de constituir elemento de desenvolvimento econômico, não é capaz de assegurar o progresso. Em consequência disso, ela deve estar envolvida por diretrizes alicerçadas em valores capazes de garanti-lo. A finalidade da declaração é harmonizar os anseios de incentivar as ações para garantir o desenvolvimento social, acompanhado pelo crescimento econômico, levando-se em consideração a variedade de alternativas, contextos e preferências de cada país.⁶¹⁵

Cumprе salientar também a adoção, pela 97ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em junho de 2008, da Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa. De acordo com a própria OIT, esse documento é a terceira mais importante declaração de princípios e políticas adotada pela Conferência Internacional do Trabalho desde a Constituição da OIT, de 1919. Ela é baseada na Declaração de Filadélfia, de 1944, e na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, e constitui uma firme reafirmação dos valores da entidade.⁶¹⁶

Convenções fundamentais e Recomendações pelos Estados que se comprometeram a cumpri-la, independente de eles terem ou não ratificado as Convenções. Essa Declaração foi adotada sem nenhum voto contrário, exceto algumas abstenções. BARROS, Cássio Mesquita. Liberdade sindical. In: FREDIANI, Yone; GRANZOTO, Jane (Coords.). *O direito do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2001. p. 79-83.

⁶¹⁴SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; FIORAVANTE, Tamira Maira; MASSONI, Túlio de Oliveira. op. cit., p. 47-66.

⁶¹⁵BARROS, Cássio Mesquita. Liberdade sindical. In: FREDIANI, Yone; GRANZOTO, Jane (Coords.), cit., p. 79-83.

⁶¹⁶INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa*. Adotada pela Conferência Internacional do Trabalho na 97ª Sessão, Genebra, 10 de Junho de 2008. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/resolucao_justicasocial.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2010.

Em relação à liberdade sindical em específico, a Declaração, já na parte da consideranda, ressalta a importância dos direitos fundamentais, dentre eles a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva. Em seguida, o documento estabelece os quatro objetivos da OIT, de igual importância, a saber: (i) promoção do emprego através da criação de um ambiente institucional e econômico sustentável; (ii) desenvolvimento e reforço de medidas de proteção social – segurança social e proteção dos trabalhadores – sustentáveis e adaptadas às circunstâncias nacionais; (iii) promoção do diálogo social e do tripartismo; (iv) respeito, promoção e aplicação dos princípios e direitos fundamentais no trabalho, que se revestem de particular importância, não só como direitos, mas também como condições necessárias à plena realização de todos os objetivos estratégicos. Após enumerar esses quatro principais objetivos da entidade, a Declaração reconhece que “a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva revestem-se de uma importância particular na persecução dos quatro objetivos estratégicos”⁶¹⁷.

Dessa forma, resta evidente a importância constante que a OIT concede à proteção da liberdade sindical desde o período de sua criação, reconhecendo-a atualmente como instrumento para a realização das medidas imprescindíveis à melhoria das condições de trabalho e desenvolvimento de uma vida mais digna a todos os trabalhadores.

Além disso, como aponta Oscar Uriarte, é consenso entre os juristas que o desenvolvimento da liberdade sindical não é possível sem a preexistência efetiva dos demais direitos humanos e, ainda, não é possível o completo exercício desses direitos humanos sem a vigência da liberdade sindical. De forma sucinta, não existe liberdade sindical sem o exercício dos outros direitos humanos e vice-versa.⁶¹⁸

Nessa medida, segue o autor, o direito de liberdade sindical depende dos demais direitos humanos, pois é impossível, na prática, instituir um sindicato realmente livre que possa desenvolver uma atividade sindical autêntica, sem que, ao mesmo tempo, possam ser exercidos esses direitos humanos. Nota-se, portanto, que a liberdade sindical não é autossuficiente, pois requer a existência efetiva de outras liberdades civis e políticas para poder subsistir. As liberdades civis constituem, assim, o fundamento necessário para a

⁶¹⁷INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa*. Adoptada pela Conferência Internacional do Trabalho na 97ª Sessão, Genebra, 10 de Junho de 2008, cit.

⁶¹⁸ERMIDA URIARTE, Oscar. *Sindicatos en libertad sindical*. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1985. p. 24.

liberdade sindical, pois essa não pode concretizar-se sem o respeito aos direitos humanos. Logo, se a liberdade sindical depende dos direitos individuais, deve-se enfatizar também que ela, ao mesmo tempo, os condiciona.⁶¹⁹

3.2. Dimensões da liberdade sindical

Apesar de o Brasil ter ratificado apenas a Convenção nº 98 da OIT, deixando, assim, de adotar a proteção existente na Convenção nº 87 dessa mesma organização internacional, é de extrema relevância o estudo das dimensões da liberdade sindical que somente pode ser realizado de forma minimamente satisfatória a partir da análise dos dispositivos previstos nessa última convenção. Além disso, mesmo que a Convenção nº 87 não esteja vigente no ordenamento jurídico pátrio, cumpre ressaltar, como já afirmado anteriormente, o fato de a defesa do princípio da liberdade sindical estar presente na Constituição da OIT como uma de suas finalidades e que o Brasil, como um dos membros fundadores dessa entidade, tendo participado da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião⁶²⁰, ratificou tal documento. Dessa maneira, não é possível afirmar que o Brasil não tenha assumido qualquer compromisso internacional em relação à proteção da liberdade sindical, mas como não existe sanção jurídica por parte da OIT que obrigue seus Estados membros a aderirem às suas convenções ou que os faça cumprir os objetivos estabelecidos em seu texto constitutivo, o país está privado de uma proteção mais efetiva a esse princípio consagrado na Convenção nº. 87.

Apesar disso, deve-se destacar vários estudos que se dedicam a identificar as dimensões e os elementos que integram a liberdade sindical. Nesse sentido, interessante iniciar a abordagem do tema com o conceito elaborado por Octavio Bueno Magano sobre o instituto: liberdade sindical compreende “o direito de trabalhadores e empregadores de não sofrerem interferências nem dos poderes públicos nem uns em relação aos outros, no processo de se organizarem, bem como o de promoverem interesses próprios ou dos grupos a que pertençam”.⁶²¹

A esse direito fundamental de criar entidades sindicais, como consagrado pela Convenção 87 da OIT, relembra o autor, deve-se acrescentar outras prerrogativas

⁶¹⁹ERMIDA URIARTE, Oscar. op. cit., p. 25.

⁶²⁰ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.oit.org.br>>. Acesso em: 09 out. 2011.

⁶²¹MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1993. v. 3, p. 27.

adicionais, destinadas ao livre funcionamento dessas organizações, à livre escolha de adesão a entidades internacionais, à garantia contra a discriminação antissindical. A Convenção 98 da OIT, por sua vez, abriga três regras principais: a) as organizações de trabalhadores e empregadores devem estar dotadas de proteção apropriada contra atos de interferência de umas diante das outras; b) a contratação do trabalhador não pode estar vinculada à sua condição de filiado ou desfilado em relação ao sindicato; c) a dispensa do trabalhador não deve estar condicionada à não filiação sindical ou à sua não participação nas atividades desempenhadas pelo sindicato.⁶²²

Por fim, conclui então que a liberdade sindical pode ser classificada da seguinte maneira: liberdade positiva e liberdade negativa; liberdade individual e liberdade coletiva; liberdade de não suportar interferências estranhas e liberdade de fomentar interesses próprios. No entanto, a tradição no direito pátrio é de classificar a liberdade sindical em três aspectos: sindicalização livre, autonomia e pluralidade sindical.⁶²³

Como exemplo dessa preferência nacional em relação à classificação da liberdade sindical, Russomano sustenta que ela possui forma triangular. Logo, é integrada por três aspectos que representariam cada um dos vértices dessa figura geométrica: sindicalização livre, autonomia sindical e pluralidade sindical.⁶²⁴

Enquanto isso, a doutrina espanhola, a exemplo de Salas Franco e Montesinos, prefere realizar a divisão da liberdade sindical em duas dimensões: liberdade sindical individual e liberdade sindical coletiva. Na categoria da liberdade sindical individual, há a a) liberdade de constituição; b) liberdade de filiação; c) liberdade sindical negativa. Na categoria da liberdade sindical coletiva, há a autonomia sindical que é formada por: a) liberdade de regulamentação; b) liberdade de representação; c) liberdade de gestão; d) liberdade de suspensão e dissolução; e) liberdade de federação.⁶²⁵

Todavia, o que se pode verificar primeiramente é que em virtude de seu conteúdo essencial, a liberdade sindical é um direito complexo ou genérico composto por um conjunto de direitos e faculdades que identificam ou tornam seu exercício reconhecido.⁶²⁶

⁶²²MAGANO, Octavio Bueno. op. cit., v. 3, p. 27-28.

⁶²³Id. Ibid., p. 30.

⁶²⁴RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 65.

⁶²⁵SALA FRANCO, Tomás; ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. *Derecho sindical*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. p. 61.

⁶²⁶PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos; ALVARES DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1994. p. 377.

Isso porque, quanto à titularidade, é reconhecida sua dimensão coletiva e individual, segundo a qual é tutelado seu bem jurídico, e quanto ao conteúdo apresenta uma dimensão positiva – direito de livre filiação – e negativa que se traduz em assegurar o direito de não filiar-se à entidade sindical.⁶²⁷

Nessa linha, a liberdade sindical presume duas modalidades de liberdade: a negativa e a positiva. No primeiro caso, consiste no não impedimento e não constrição, enquanto no segundo, compreende a autodeterminação. Assim, ela concilia os atributos das duas espécies de liberdade. Isso se mostra na esfera das entidades sindicais por meio da proibição de interferência de terceiros no âmbito de liberdade que lhes é concedida e na autodisciplina dos interesses coletivos e, na esfera dos trabalhadores e empregadores considerados singularmente, na garantia da liberdade de criar sindicatos de livre escolha, além de ingressar ou desligar-se deles, e na participação nas assembleias do sindicato que decidem sobre seus interesses.⁶²⁸

Pelo exposto, verifica-se, portanto, que a liberdade de associação constitui gênero do qual a liberdade sindical é sua espécie e, além disso, que essas duas liberdades integram as liberdades civis do indivíduo. Essa concepção está reconhecida nos trabalhos que deram origem à Convenção n. 87 da OIT, em que ficou determinado que a liberdade de associação profissional compreende um ângulo da liberdade de associação genérica que deve fazer parte de um complexo de liberdades fundamentais do homem, interdependentes e complementares entre si.⁶²⁹

Para finalizar, merece destaque a divisão realizada por Amauri Mascaro Nascimento, baseada na Convenção n. 87 da OIT, sobre as quatro dimensões da liberdade sindical: I) liberdade de organização, II) liberdade de administração, III) liberdade de filiação e IV) liberdade de exercício de funções⁶³⁰.

I) Em relação à liberdade de organização sindical, a Convenção n. 87 da OIT assegura a trabalhadores e empregadores, sem autorização prévia e sem distinção de qualquer espécie, o direito de criar organizações de sua livre escolha (artigo 2, primeira parte). Esse direito contempla também as organizações constituídas por trabalhadores e

⁶²⁷VILLASMIL PRIETO, Humberto. op. cit., p. 225-270, 1994.

⁶²⁸SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; FIORAVANTE, Tamira Maira; MASSONI, Túlio de Oliveira. op. cit., p. 47-66.

⁶²⁹SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Liberdade sindical no contexto dos direitos humanos: a experiência da OIT. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 205-222, jan./jun. 2006.

⁶³⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 115-126.

empregadores que podem dar origem a federações e confederações (artigo 5, primeira parte). Ademais, cumpre ressaltar que a aquisição de personalidade jurídica pelas entidades sindicais não deve estar condicionada a limites que reduzam a aplicação do conteúdo dos artigos 2º, 3º e 4º da Convenção que estão relacionados à liberdade de organização e às outras facetas da liberdade sindical (artigo 7).⁶³¹

A liberdade de organização constitui a consagração da necessidade de as pessoas elaborarem a defesa dos interesses que lhes são comuns. Nessa medida, a esfera das relações de trabalho é afetada, porque as questões trabalhistas deixam de ser discutidas apenas no plano individual para serem no plano coletivo. Em um contexto em que prevalece a liberdade, existem várias maneiras de organização que podem ser escolhidas, como, por exemplo, os sindicatos, as centrais sindicais, as seções sindicais, as federações, as confederações, as comissões de fábrica, as representações de trabalhadores. A própria Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 11, faz referência ao direito dos trabalhadores de, nas empresas que empregam mais de duzentos trabalhadores, escolherem representantes com o objetivo único de fomentarem a conciliação direta com o empregador.⁶³²

Cumprir destacar ainda que a liberdade de organização dos trabalhadores abrange também as relações externas das entidades sindicais, compreendendo, assim, o direito de filiação do sindicato a associações internacionais, garantido pelo ordenamento jurídico. Ademais, ela está relacionada com o direito de organização interna do sindicato, em que seus integrantes, por meio de sua livre escolha e instrumentos democráticos, elaborarão seus estatutos que possuem a função de estruturar internamente os sindicatos, os órgãos que o integrarão e o papel pertencente a cada um deles dentro da administração sindical. Por fim, essa dimensão da liberdade sindical inclui a questão do direito de criação de órgãos de nível superior, pelos sindicatos, que tenham a função de coordenação das entidades sindicais, seja no nível horizontal, ou no vertical, como são os casos das uniões, centrais, federações e confederações.⁶³³

Esse direito de organizar-se livremente manifesta-se, primeiramente, no sentido de impedir que o Estado pratique ações que violem o direito subjetivo público da liberdade. A inclusão desses direitos no texto constitucional tem o objetivo de funcionar como uma

⁶³¹SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Liberdade sindical no contexto dos direitos humanos: a experiência da OIT, cit., p. 205-222.

⁶³²SILVA, Otavio Pinto e. A questão da liberdade sindical, cit., v. 3, p. 66-85.

⁶³³NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*, cit., p. 118.

garantia diante do Estado. Não é possível, assim, uma legislação infraconstitucional por meio da qual o Poder Público estabeleça, com critérios de exclusividade, os objetivos ou as normas que organizem a realidade sindical. Caso uma legislação nesse sentido exista, ela será inconstitucional, pois violará o princípio da liberdade sindical.⁶³⁴

Quanto à proibição de exigência de autorização prévia para constituição de sindicatos, deve-se ressaltar que em interesse dos próprios sindicatos ou da coletividade, cumpre exigir uma série de formalidades ou medidas de publicidade com o objetivo único de apurar a identidade do grupo. Desse modo, por exemplo, a exigência de depósitos dos estatutos e de registro dos sindicatos, bem como a indicação do nome dos administradores ou a obrigação de estabelecer nos estatutos determinados órgãos ou procedimentos que assegurem uma gestão eficaz. Os critérios que regulamentam o assunto será os de aceitar como lícitas essas formalidades sempre que simultaneamente não introduzam medidas para a autorização prévia do Estado.⁶³⁵

Essa questão do reconhecimento e do registro também merece destaque, pois o sindicato será dotado de maior liberdade caso sua constituição esteja submetida a simples registro, sem que o Estado condicione a obtenção desse registro. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal interpretou que o artigo 8º, inciso I não constitui uma forma de o Estado intervir na criação dos sindicatos, mas cria somente um ato vinculado cujo objetivo é o controle e manutenção da unicidade sindical.⁶³⁶

Além disso, a OIT também pronunciou-se a respeito desse tema conforme o seguinte verbete: “Parágrafo 333. Para que as organizações tenham o direito de elaborar seus próprios estatutos e regulamentos com absoluta liberdade, a legislação nacional deveria limitar-se tão somente a estabelecer as condições formais que os estatutos deverão observar, os quais, juntamente com os regulamentos correspondentes, não precisarão da prévia autorização das autoridades públicas para entrar em vigor”.⁶³⁷

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a Portaria 186 do Ministério do Trabalho e Emprego, publicada em 10 de abril de 2008⁶³⁸, estabelece uma série de

⁶³⁴ GIUGNI, Gino. *Derecho sindical*. Mario Giovanni Garofalo e Francesco Liso (colab.), José Vida Soria e Jaime Montalvo Correa (trad.). Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983. p. 66.

⁶³⁵ SALA FRANCO, Tomás; ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. op. cit., p. 63.

⁶³⁶ SILVA, Otavio Pinto e. A questão da liberdade sindical, cit., v. 3, p. 66-85.

⁶³⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. A Liberdade Sindical - Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Brasília: OIT, 1997. p. 75.

⁶³⁸ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/delegacias/mg/mg_serv_regsind.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2010.

requisitos e de critérios que as entidades sindicais devem cumprir para obter o registro sindical ou realizar alteração estatutária. Em decorrência da grande quantidade de exigências que devem ser cumpridas, é evidente que esse documento constitui mais uma norma que viola a liberdade sindical no Brasil. Sob o argumento de que está apenas assegurando a publicidade do registro das entidades sindicais, o Poder Público continua a interferir na organização e criação de organizações sindicais.

II) A liberdade de administração é a segunda dimensão da liberdade sindical a ser analisada. Para tanto, deve-se dividi-la em duas concepções: a) democracia interna e b) democracia externa. A democracia interna constitui requisito de legitimidade da vida do sindicato e compreende princípio que deve orientar a realização dos atos essenciais relacionados com sua atividade interior. Nesse sentido, compete ao sindicato optar pela forma de eleição que realizará, se diretas ou indiretas, de acordo com as especificidades de sua entidade. Cumpre mencionar que a democracia interna impõe também o respeito às oposições e às candidaturas de grupos que defendam posições distintas das ideias da diretoria, além do direito de esses grupos opositores poderem difundir seus programas de governo caso ganhem as eleições para ocupar a diretoria.⁶³⁹

Por sua vez, a autarquia externa consiste na liberdade atribuída ao sindicato para que ingerências externas em sua administração não sejam realizadas. Nessa linha, são pressupostos dela: a) livre escolha dos dirigentes sindicais pelos próprios membros do sindicato; b) a fiscalização e o controle dos atos da diretoria por órgãos integrantes do próprio sindicato, como, por exemplo, assembleia, conselho fiscal; c) vedação ao afastamento dos integrantes da diretoria do sindicato sem a consulta aos órgãos de controle da entidade; d) a delimitação das contribuições sindicais, em relação ao valor ou à espécie, sendo feita pela assembleia; e) criação de instrumentos que evitem a ingerência do empregador no sindicato dos trabalhadores e vice-versa; f) proibição de os dirigentes sindicais se perpetuarem no poder, evitando, assim, o distanciamento dessas pessoas com a realidade trabalhista dos membros do sindicato.⁶⁴⁰

A OIT, por meio da Convenção n. 87, ao definir a liberdade de administração, estabelece que as entidades sindicais, tanto de trabalhadores como de empregadores, tenham o direito de redigir seus estatutos e regimentos, eleger seus dirigentes de forma livre e organizar sua administração (artigo 3, número 1, primeira parte). Ademais, integra

⁶³⁹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*, cit., p. 119.

⁶⁴⁰Id. Ibid., p. 120.

essa dimensão da liberdade sindical a vedação contra qualquer ingerência pelas autoridades que compõem o governo estatal, ou que restrinja o direito mencionado (artigo 3, número 2). Faz parte ainda dessa dimensão a proibição de que organizações de trabalhadores e empregadores estejam submetidas à dissolução ou suspensão feita por autoridade administrativa (artigo 4).⁶⁴¹

III) A liberdade de filiação sindical assegura a trabalhadores e empregadores o direito de se filiar a entidades sindicais de sua livre opção. A Convenção nº 87 da OIT, consagra essa dimensão da liberdade sindical no artigo 2, parte final. As organizações de trabalhadores e empregadores também possuem o direito de se filiar a federações e confederações de sua livre escolha (artigo 5, primeira parte) e todas essas entidades são dotadas do direito de se filiar a organizações internacionais de trabalhadores e empregadores (artigo 5, parte final).⁶⁴²

Dessa forma, a liberdade de filiação deve ser analisada sob três ângulos: liberdade de filiação diante do sindicato, do Estado e do empregador.⁶⁴³

No que se refere ao sindicato, a questão que surge é a da autoridade do grupo perante seus integrantes, e a liberdade das pessoas perante a organização sindical. Está garantida no artigo 23, IV da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁶⁴⁴, no artigo 8º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁶⁴⁵, no artigo 22 do

⁶⁴¹ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Liberdade sindical no contexto dos direitos humanos: a experiência da OIT, cit., p. 205-222.

⁶⁴² Id., loc. cit.

⁶⁴³ SILVA, Otavio Pinto e. A questão da liberdade sindical, cit., v. 3, p. 66-85.

⁶⁴⁴ Artigo 23

IV - Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

⁶⁴⁵ Artigo 8º

§1. Os Estados Membros no presente Pacto comprometem-se a garantir:

1. O direito de toda pessoa de fundar com outros sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;
2. O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas;
3. O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas;
4. O direito de greve, exercido em conformidade com as leis de cada país.

§2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da administração pública.

§3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados Membros na Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam – ou a aplicar a lei de maneira a restringir – as garantias previstas na referida Convenção.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁶⁴⁶ e no artigo 2º da Convenção Internacional de São Francisco (1948).⁶⁴⁷ No ordenamento jurídico brasileiro, cumpre mencionar o artigo 5º, inciso XX e o 8º, inciso V da Constituição Federal que estabelecem que ninguém pode ser obrigado a ingressar ou a não ingressar em uma associação ou sindicato.

Quanto ao Estado, deve-se assegurar o direito de filiação do sindicato a entidades de grau superior, como as federações, confederações e centrais sindicais, bem como às organizações internacionais. Deve-se lembrar ainda em relação a esse ângulo, a vedação de filiação de certos grupos de trabalhadores a entidades sindicais, como, por exemplo, os servidores públicos, militares e policiais, estabelecida em vários ordenamentos jurídicos⁶⁴⁸

Por último, a liberdade de filiação diante do empregador deve ser garantida vedando condutas que venham a impedir o direito do trabalhador de exercer sua livre escolha de ingressar ou não em uma entidade sindical. Logo, devem ser proibidas condutas discriminatórias no momento da admissão ou no curso do contrato de trabalho, em decorrência de o trabalhador ser ou não sindicalizado.⁶⁴⁹

Como se pode verificar, a garantia da liberdade de filiação não é voltada apenas para impedir a atuação do Estado. Para que ela possa ser efetivamente assegurada, o ordenamento jurídico deve prever mecanismos eficazes contra a conduta de particulares, como os empregadores e as próprias organizações sindicais, para evitar sua ingerência indevida nesse direito dos trabalhadores, empregadores e também das entidades sindicais. No Brasil, apesar de a sindicalização não ser obrigatória, como já mencionado, os trabalhadores e empregadores, em virtude da representação legal por categoria profissional e econômica, possuem somente a opção de filiar-se ou não a um sindicato já previamente

⁶⁴⁶**Artigo 22**

§1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de constituir sindicatos e de a eles filiar-se, para proteção de seus interesses.

§2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos por membros das forças armadas e da polícia.

§3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados-partes na Convenção de 1948 da Organização Internacional do trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam – ou a aplicar a lei de maneira a restringir – as garantias previstas na referida Convenção.

⁶⁴⁷Os trabalhadores e empregadores, sem qualquer distinção, têm direito, independente de prévia autorização, de se filiar a um sindicato, com a única condição de se conformar com os seus estatutos.

⁶⁴⁸SILVA, Otávio Pinto e. A questão da liberdade sindical, cit., v. 3, p. 66-85.

⁶⁴⁹Id., loc. cit.

estabelecido pela legislação. Dessa maneira, verifica-se que essa dimensão da liberdade sindical também não é respeitada pelo ordenamento jurídico pátrio.

IV) Por último, a liberdade de exercício de funções garante que as entidades sindicais tenham o direito de organizar suas atividades e elaborar seus programas de ação (artigo 3, parte final da Convenção nº 87 da OIT).⁶⁵⁰ Dessa forma, cumpre observar que o dispositivo normativo ao mencionar “atividades e programa de ação” é tão amplo que pode abranger qualquer função *interna corporis* que o sindicato escolher.⁶⁵¹

Otavio Pinto e Silva menciona que a liberdade de exercício de funções está relacionada com o fato de o ordenamento jurídico delimitar as funções do sindicato e as maneiras pelas quais essas funções deverão ser atingidas. Assim, a liberdade de exercício de funções consiste na garantia de que as organizações sindicais desenvolverão suas atividades com a finalidade de alcançar a concretização de seus objetivos.⁶⁵²

Ao longo do tempo, a doutrina empenhou-se em estudar o conteúdo da liberdade de exercício de funções sindicais, com fundamento na experiência que os sindicatos vivenciaram diante dos ordenamentos jurídicos dos países.⁶⁵³

Nesse sentido, José Martins Catharino realiza interessante classificação quanto às atividades dos sindicatos. Assim, ela pode ser estudada sob duas vertentes: 1ª) atividades-meios e 2ª) atividades-fins. Deve-se destacar que tanto uma quanto a outra pode ainda ser classificada como atividades principais e atividades acessórias. No plano teórico, os meios possuem a função de servir aos fins, no entanto, requer-se a existência de harmonia entre eles, tanto em relação à qualidade quanto à quantidade. Logo, existe interdependência entre meios e fins. No âmbito das entidades sindicais, os meios econômicos e financeiros funcionam como garantia para a concretização das finalidades não lucrativas, consideradas em si mesmas.⁶⁵⁴

Deve-se salientar ainda outra classificação das funções e finalidades sindicais, independente do grau de hierarquia a que elas pertencem: a) específicas ou típicas, que, por sua vez, se subdividem em fundamentais e principais; b) secundárias ou acessórias,

⁶⁵⁰SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Liberdade sindical no contexto dos direitos humanos: a experiência da OIT, cit., p. 205-222.

⁶⁵¹Id. *Crise de representatividade e participação dos sindicatos em políticas ativas de emprego*. 2001. Tese (Titular de Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. p. 91.

⁶⁵²SILVA, Otavio Pinto e. A questão da liberdade sindical, cit., v. 3, p. 66-85.

⁶⁵³SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Crise de representatividade e participação dos sindicatos em políticas ativas de emprego*, cit., p. 92.

⁶⁵⁴CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical*. São Paulo: LTr, 1977. p. 144-145.

também conhecidas como atípicas. Em todo o caso, na prática, segundo Catharino, é difícil identificar com precisão cada uma dessas funções separadamente.⁶⁵⁵

Tradicionalmente, portanto, o sindicato desempenha suas atividades em duas frentes diferentes, mas que estão bastante conectadas: as relações de trabalho propriamente consideradas, objetivando a busca de melhores condições de trabalho; e a esfera política, lutando por legislação e prática administrativa mais benéfica para os trabalhadores. Pode-se, assim, falar de ação profissional ou estritamente trabalhista, voltada preferencialmente contra o empresariado e formado, em sua essência, pela negociação coletiva, participação na empresa ou adoção de medidas de conflito; e na ação política, destinada a pressionar e influenciar os poderes públicos, quer seja por meio de mecanismos de pressão, seja pelo diálogo ou a concertação social, quer seja pela atuação de partidos políticos ideologicamente afins.⁶⁵⁶

Dessa maneira, nota-se que as entidades sindicais desempenham duas categorias de funções: primeiramente, sendo o sindicato um grupo organizado de pressão que, através de sua conduta reivindicativa, modifica o próprio conteúdo das normas que regulamentam as relações de trabalho em razão das alterações do conflito social; em segundo lugar, mas não menos importante, o sindicato forma também um grupo participativo que indiretamente está dotado da responsabilidade pelo exercício do poder estatal. Nessa medida, para exercer essas funções, o sindicato deve manter sua liberdade e autonomia, fundamentalmente diante do Poder Público e dos empregadores em face dos quais o sindicato luta para impedir a perda de direitos conquistados no passado, em que uma casual ação reivindicativa torna-se normalmente uma reação defensiva. Nesse contexto, a liberdade de exercício de funções pode ser concebida como o poder atribuído ao sindicato para atingir suas finalidades, por instrumentos que não ofendam o Direito.⁶⁵⁷

Nessa linha, a finalidade primordial do sindicato – a proteção e promoção dos interesses de seus integrantes – conservou-se inalterável ao longo dos tempos. Isso porque a ideia principal de qualquer grupo social (o que inclui o sindicato) é reunir forças de seus integrantes, construindo uma única estrutura, renovada constantemente pelas relações que

⁶⁵⁵CATHARINO, José Martins. op. cit., p. 152.

⁶⁵⁶MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del trabajo*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996. p. 271.

⁶⁵⁷FIORAVANTE, Tamira Maira. *Sindicato, educação e liberdade*. São Paulo: LTr, 2008. p. 101.

conservam unindo seus integrantes por meio de suas condutas, hábitos e sentimentos comuns.⁶⁵⁸

Diante desse quadro, portanto, conforme ensinamentos de Palomeque, existe um conteúdo essencial ou “núcleo mínimo ou indisponível” de direitos que contribuem de forma primordial com o desenvolvimento das atividades sindicais. Esses direitos são: o direito de negociação coletiva, de greve e o de deflagração de conflitos coletivos.⁶⁵⁹

Na mesma linha e acrescentando outros elementos, Uriarte ensina que a liberdade sindical abrange o direito à ação sindical, isto é, a exercer efetivamente na prática as funções atribuídas aos sindicatos. Dessa maneira, no âmbito da chamada “liberdade sindical coletiva” e dentro dela, entre os direitos coletivos que pertencem ao sindicato diante do Estado e dos empregadores, inclui-se a ação reivindicativa e participativa, assim como o exercício da negociação coletiva e da greve. As ações de reivindicação, de participação, e outras atividades laterais constituem também parte do chamado “aspecto coletivo da liberdade sindical”. Com efeito, a reivindicação e a participação são atividades assumidas pelo sindicato em função da representação dos interesses profissionais, já que essa representatividade pode ser exercida por meio de uma posição de contestação, reivindicação, enfrentamento de interesses perante os empregadores e o Estado, como também uma posição de participação nos organismos públicos ou sociais e na empresa. Em relação à participação e à reivindicação, o sindicato hoje desenvolve numerosas e relevantes atividades laterais, como aquelas ligadas à formação profissional, cultural, reabilitação de inválidos, saúde, obras sociais de diversas espécies, e ainda certas atividades comerciais, industriais e financeiras.⁶⁶⁰

Dessa maneira, verifica-se que é difícil identificar um consenso a respeito de quais são as funções legítimas do sindicato, pois essa dimensão da liberdade sindical se altera ao longo do tempo e do espaço.⁶⁶¹

Mesmo assim, pode-se tratar a questão a partir da concepção de que a liberdade sindical constitui espécie da categoria liberdades públicas, o que permite a associação dos limites das funções sindicais ao grau de democracia existente numa determinada ordem jurídica. Nos regimes em que a democracia prevalece, há grande leque de funções

⁶⁵⁸ FIORAVANTE, Tamira Maira. op. cit., p. 104.

⁶⁵⁹ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos; ALVARES DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1994. p. 383.

⁶⁶⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar. op. cit., p. 45-47.

⁶⁶¹ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Crise de representatividade e participação dos sindicatos em políticas ativas de emprego*, cit., p. 94.

desempenhadas pelos sindicatos, enquanto que nos regimes autoritários e totalitários essas funções podem ser limitadas e até eliminadas. Como exemplo dessa última hipótese, cite-se as experiências vividas na Itália e Espanha corporativistas em que os sindicatos foram incorporados ao aparelho estatal, tornando-se inclusive pessoas jurídicas de direito público, ao tempo em que suas funções eram estabelecidas pelo Poder Público, competindo-lhes somente o exercício da política do governo.⁶⁶²

Mesmo assim, a maioria dos doutrinadores, tanto nacionais como estrangeiros, aponta que as funções de representação e de negociação do sindicato constituem funções sindicais típicas e imprescindíveis, que se revestem de formas diferentes conforme o ordenamento jurídico e o período histórico analisado.⁶⁶³ Além delas, as funções sindicais que possuem maior destaque e que serão analisadas a seguir são: a assistencial, a econômica e a política.

3.3. Funções sindicais

3.3.1. Função de representação

Quanto à função de representação, cumpre salientar primeiramente que ela compreende o pressuposto para o exercício de todas as demais funções do sindicato e, ao mesmo tempo, precede as outras funções.⁶⁶⁴

Amauri Mascaro Nascimento reconhece que a função de representação possui duas esferas: a coletiva e a individual. Na esfera individual, o sindicato também desempenha funções representativas, com maiores ou menores restrições de acordo com os ordenamentos jurídicos de cada país, como, por exemplo, tendo participação nos processos judiciais, nas homologações de rescisões contratuais. Na esfera coletiva, o sindicato possui a função de representar seus integrantes nas relações com outras entidades. Logo, diante do Estado, dos empregadores ou de outros órgãos, compete ao sindicato representar os interesses do grupo que o constitui.⁶⁶⁵ Assim, essa função fundamenta, por exemplo, a

⁶⁶²SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Crise de representatividade e participação dos sindicatos em políticas ativas de emprego*, cit., p. 94.

⁶⁶³FIORAVANTE, Tamira Maira. op. cit., p. 105.

⁶⁶⁴SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Crise de representatividade e participação dos sindicatos em políticas ativas de emprego*, cit., p. 96.

⁶⁶⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*, cit., p. 121.

necessidade de as organizações sindicais serem ouvidas em audiências públicas realizadas no contexto de elaboração de leis pelo Legislativo.⁶⁶⁶

Na ordem jurídica nacional, o artigo 513 da CLT estabelece que o sindicato possui a prerrogativa de representar os interesses gerais de sua respectiva categoria e os interesses individuais de seus membros que estejam relacionados à atividade ou profissão desempenhada. O artigo 8º, inciso III da Constituição da República, por sua vez, dispõe que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Deve-se ressaltar que a polêmica envolvendo a interpretação desse dispositivo constitucional e sua relação com a assistência jurídica será analisada em item próprio posteriormente.

Por enquanto, cumpre lembrar que a representação compreende negócio praticado em nome de outrem, cuja esfera jurídica suportará os efeitos realizados. Assim, deve-se lembrar que existem duas espécies principais de representação: a voluntária e a legal. Na primeira modalidade há a transferência da vontade do representado para o representante, em função do qual a esse último fica atribuído o poder de tomar as decisões em nome do primeiro, diante de terceiro estranho à relação. Na representação legal o poder de agir em nome de outrem é concedido pelo Estado, levando em consideração a defesa de um interesse determinado, assim como ocorre, por exemplo, na representação de menores e de pessoas jurídicas.⁶⁶⁷

Em relação a essa última modalidade de representação, deve-se mencionar que não há problemas em aceitar sua existência nos modelos jurídicos em que os trabalhadores integram categorias organizadas pelo poder estatal, como ocorria nos países corporativistas e ainda ocorre no Brasil. Nesses modelos, o alicerce da estrutura sindical está no instituto da categoria. Embora não seja comparada a uma pessoa jurídica, destaca-se como sujeito de direito dotada de várias prerrogativas e deveres.⁶⁶⁸

Por fim, interessante registrar que apesar de o regime democrático ter sido restabelecido no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda não existe democracia integral no âmbito das relações sindicais, pois o texto constitucional abriga dispositivo que estabelece os critérios necessários para a organização sindical e impõe que a representação sindical deve ser exercida somente por uma entidade (artigo 8º,

⁶⁶⁶SILVA, Otavio Pinto e. A questão da liberdade sindical, cit., v. 3, p. 66-85.

⁶⁶⁷MAGANO, Octavio Bueno. op. cit., v. 3, p. 138.

⁶⁶⁸Id. Ibid., p. 139.

inciso II). Dessa maneira, observa-se que a ordem jurídica brasileira ainda reconhece a noção de representação legal imposta na década de 30 durante o governo de Getúlio Vargas.⁶⁶⁹

3.3.2. Função negocial

A função negocial é a única que é unânime entre os estudiosos do assunto. Essa função assume caráter cada vez mais importante quanto menos a lei disciplina a negociação coletiva nos países, como é o exemplo dos Estados Unidos, pois quanto menor é a regulamentação do instituto, maior é o espaço para o desenvolvimento da autonomia coletiva das partes que criarão as normas incidentes nas relações individuais de trabalho. Essa função transforma o sindicato em fonte de direito positivo, pois o resultado da negociação coletiva, as convenções e acordos coletivos, atuam de forma a completar as lacunas da lei, dando origem a novos institutos e novos direitos em proveito dos trabalhadores que a legislação não prevê, fato que é primordial para melhorar as relações de trabalho.⁶⁷⁰

Conforme apontamentos de Octavio Bueno Magano, essa função é denominada de “função regulamentar”. Por meio dela, portanto, celebram-se as convenções e acordos coletivos de trabalho. O artigo 611 da CLT conceitua a convenção coletiva de trabalho como “acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”. O acordo coletivo está disciplinado no § 1º desse mesmo dispositivo legal, constituindo uma convenção coletiva de menor abrangência, pois entre os sujeitos estipulantes, há o sindicato profissional de um lado e uma ou mais empresas do outro. Em relação aos interesses envolvidos, no caso da convenção, são os interesses da categoria, e no caso dos acordos, são os interesses dos trabalhadores de uma ou de mais de uma empresa.⁶⁷¹

Trata-se de função sindical de suma relevância, integrando a essência da constituição das organizações sindicais, pois, como já mencionado anteriormente, a

⁶⁶⁹SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Crise de representatividade e participação dos sindicatos em políticas ativas de emprego*, cit., p. 98.

⁶⁷⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*, cit., p. 121-122.

⁶⁷¹MAGANO, Octavio Bueno. op. cit., v. 3, p. 146.

finalidade primordial dos sindicatos é buscar a melhoria das condições de trabalho das pessoas.

3.3.3. Função econômica

A função econômica, por sua vez, significa a possibilidade de o sindicato obter recursos por meio do desempenho de atividades econômicas (por exemplo, participação acionária em empresas, criação de negócios).⁶⁷² Existem ordenamentos jurídicos que não estabelecem muitos limites a essa atividade com finalidade econômica, e os sindicatos desempenham-na de forma muito ativa, chegando, por exemplo, a ser acionista de empresas e instituições financeiras.⁶⁷³

Na mesma linha, Magano salienta que essa função consiste nos meios pelos quais o sindicato buscará atender suas necessidades, isto é, os instrumentos que serão utilizados para formar suas fontes de custeio. A manutenção do sindicato é feita, na maior parte das vezes, pela contribuição de seus sócios. Em virtude disso, as organizações sindicais lutam para expandir o número de filiados o que conseqüentemente aumentará sua receita.⁶⁷⁴

Mesmo assim, existem outras relevantes fontes de renda para as entidades sindicais, como é o caso do desenvolvimento pelo próprio sindicato de atividades comerciais e industriais. Importante mencionar ainda que a atividade econômica dos sindicatos teve exemplos no setor bancário, como o caso do “Bank für Gemeinwirtschaft”⁶⁷⁵, mas também existem casos expressivos nas áreas da construção civil e do turismo.⁶⁷⁶

Em relação à função econômica e ao custeio das entidades sindicais, convém ressaltar considerações realizadas por Messias Donato ao abordar a questão da autodeterminação dos sindicatos. Assim, estão incluídas na autodeterminação institucional dos sindicatos as seguintes prerrogativas: 1) poder constituinte, por meio do qual a assembleia geral estrutura a coletividade, fornecendo-lhe instrumentos de autodeterminar-se. Para atingir essa finalidade, cria instrumentos normativos que disciplinarão seu governo, constituição e funcionamento de seus órgãos, estruturação do ordenamento; 2) direito de autodirigir-se, no contexto de realizar sua própria administração, escolher seus

⁶⁷²SILVA, Otavio Pinto e. A questão da liberdade sindical, cit., v. 3, p. 66-85

⁶⁷³NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*, cit., p. 122.

⁶⁷⁴MAGANO, Octavio Bueno. op. cit., v. 3, p. 147.

⁶⁷⁵O “Bank für Gemeinwirtschaft” chegou a ser a quarta mais importante instituição financeira da Alemanha, sendo composto por duzentas e quarenta filiais e sete mil empregados.

⁶⁷⁶MAGANO, Octavio Bueno. op. cit., v. 3, p. 147.

dirigentes, cuidar de seu patrimônio, instituir direitos, deveres, obrigações de seus filiados, fixar e desenvolver programa de ação, discutir a respeito de iniciativas, condições e meios imprescindíveis para atingir suas finalidades; 3) direito de instituir contribuição para financiar o sistema confederativo da respectiva representação sindical.⁶⁷⁷

No Brasil, em virtude das determinações contidas na legislação, constituem fontes de receita das entidades sindicais: a) contribuições sindicais; b) contribuições de solidariedade; c) contribuição dos associados; d) bens e valores obtidos e suas respectivas rendas; e) doações e legados; f) multas e outras rendas. O artigo 564 da CLT proíbe que os sindicatos obtenham renda oriunda de atividades econômicas.^{678 679}

Nesse contexto, apesar de a Constituição da República de 1988 ter mantido a cobrança compulsória das contribuições sindicais, essas, como lembra Magano, não devem ser exigidas de acordo com os critérios da legislação pretérita. Além disso, se o Estado é proibido de interferir na organização sindical, é evidente que lhe deve ser vedado também figurar como beneficiário de parte das receitas obtidas com a contribuição sindical.^{680 681}

Gino Giugni ressalta que no regime corporativista a contribuição sindical assume cunho obrigatório porque o trabalhador, independente de estar filiado ao sindicato, tinha o dever de pagar esse tributo. Entretanto, na Itália hoje os trabalhadores fazem contribuições aos sindicatos que estão filiados como uma obrigação assumida livremente. Essas contribuições constituem, assim, os valores que os associados repassam para a entidade sindical em virtude da filiação, obedecendo às regras do estatuto e determinações dos organismos sociais.⁶⁸²

Nessa medida, Magano defende a supressão da contribuição sindical em razão de compreender um “resquício de corporativismo autoritário”, inconciliável com um modelo que prima pela democracia e pelo pluralismo e que os grupos profissionais e econômicos devem desempenhar suas atividades de forma autônoma, desvinculados do paternalismo estatal. Esse paternalismo inclusive, que possui como uma de suas consequências o

⁶⁷⁷DONATO, Messias Pereira. Princípios do direito coletivo do trabalho. *LTr*: revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 71, n. 12, p. 1418-1424, dez. 2007.

⁶⁷⁸Art. 564 - Às entidades sindicais, sendo-lhes peculiar e essencial a atribuição representativa e coordenadora das correspondentes categorias ou profissões, é vedado, direta ou indiretamente, o exercício de atividade econômica.

⁶⁷⁹MAGANO, Octavio Bueno. op. cit., v. 3, p. 148.

⁶⁸⁰No Brasil, em conformidade com o artigo 589 da CLT, alterado pela Lei nº. 11.648/2008, ao governo é destinado 10% da receita obtida com a contribuição sindical.

⁶⁸¹MAGANO, Octavio Bueno. op. cit., v. 3, p. 148.

⁶⁸²GIUGNI, Gino. *Direito sindical*. Mario Giovanni Garofalo e Pietro Curzio (colab.), Eiko Lucia Itioka (trad.), José Francisco Siqueira Neto (rev.). São Paulo: LTr, 1991. p. 83.

corporativismo, é incompatível com o fato de o governo ser destinatário de 10%⁶⁸³ do total arrecadado com esse tributo.⁶⁸⁴

Convém ainda lembrar que existem aqueles que são contra o desenvolvimento da função econômica dos sindicatos, pois ela constituiria um afastamento do sindicato de suas atribuições ordinárias, criando alguns prejuízos para seus membros. No entanto, a partir de um contexto em que há real proteção da liberdade sindical, as organizações sindicais, conforme a decisão de seus membros, devem ter a liberdade para exercerem ou não atividades econômicas em busca de contribuir para o aumento de suas fontes de custeio. No caso do Brasil, a legislação pátria não permite que as entidades sindicais desenvolvam atividade econômica, fato que viola frontalmente a garantia da liberdade sindical.

3.3.4. Função política

Uma questão delicada é a relacionada com a atividade política dos sindicatos, principalmente no caso de ela ser concebida pelo poder estatal como uma função incompatível com os objetivos sindicais. Em princípio, cumpre mencionar que a OIT permite o desenvolvimento de atividades políticas desde que a entidade sindical escolha isso livremente.⁶⁸⁵

Como exemplo da ação política dos sindicatos, pode ser mencionada sua participação em concertações sociais. Ojeda Avilés define o acordo de concertação social como um compromisso programático privado firmado pelo poder executivo e os atores sociais, sem vinculação normativa direta, para a disciplina das relações econômicas e sociais. Nesse sentido, citem-se os acordos entre governos e atores sociais que foram realizados em toda a Europa entre 1944 e 1984 que tinham a finalidade de conter os preços e salários por conta de medidas legislativas de caráter fiscal e laboral (conhecida, assim, como macroconcertação). Nos anos 90 esses acordos ressurgem, mas nessa nova etapa, os

⁶⁸³CLT, Art. 589. Da importância da arrecadação da contribuição sindical serão feitos os seguintes créditos pela Caixa Econômica Federal, na forma das instruções que forem expedidas pelo Ministro do Trabalho:

II - para os trabalhadores: (Redação dada pela Lei nº 11.648, de 2008)

a) 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente; (Incluída pela Lei nº 11.648, de 2008)

b) 10% (dez por cento) para a central sindical; (Incluída pela Lei nº 11.648, de 2008)

c) 15% (quinze por cento) para a federação; (Incluída pela Lei nº 11.648, de 2008)

d) 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e (Incluída pela Lei nº 11.648, de 2008)

e) 10% (dez por cento) para a 'Conta Especial Emprego e Salário'; (Incluída pela Lei nº 11.648, de 2008)

⁶⁸⁴MAGANO, Octavio Bueno. Contribuição confederativa. In: _____. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 4, p. 125-127.

⁶⁸⁵SALA FRANCO, Tomás; ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. op. cit., p. 61.

preços e salários não constituem seu objetivo principal, que passa a ser questões mais ao alcance dos sujeitos pactuantes.⁶⁸⁶

Além desse exemplo da atuação política sindical, convém lembrar que o Comitê de Liberdade Sindical da OIT manifestou-se sobre a atividade política dos sindicatos com certa ambiguidade em suas resoluções. Isso porque a doutrina criada por esse órgão pode ser resumida da seguinte maneira: uma proibição geral aos sindicatos de toda atividade política pode suscitar dificuldade pelo fato de que a interpretação que se dê a esta disposição pode sofrer alterações a todo o instante, e diminuir em grande medida as possibilidades de ação dessas organizações. Parece, pois, que os Estados, sem chegar a proibir toda a atividade política em geral das organizações profissionais, devem atribuir às autoridades judiciais a tarefa de reprimir os abusos que possam cometer as organizações que percam de vista seu objetivo fundamental, que deve ser o progresso econômico e social de seus integrantes.⁶⁸⁷ Ao mesmo tempo, a Resolução Geral da OIT sobre independência do movimento sindical adotada em 26 de junho de 1952, ressalta que a “missão fundamental e permanente do movimento sindical é o progresso econômico e social dos trabalhadores”; mas, em seguida, estabelece que “quando os sindicatos, atendendo às leis e costumes de seus países e à vontade de seus membros, decidam estabelecer relações com um partido político ou levar a cabo uma ação política conforme a Constituição para favorecer a realização de seus objetivos econômicos e sociais, essas relações ou esta ação política não devem ser de tal natureza que comprometam a continuidade do movimento sindical ou de suas funções sociais e econômicas, quaisquer que sejam as mudanças políticas que possam ocorrer no país”.⁶⁸⁸

A partir, assim, da dificuldade de separar-se precisamente o político do realmente sindical, o Comitê de Liberdade Sindical entende que para proteger os sindicatos contra as vicissitudes políticas e para sustentar sua independência perante os poderes públicos, é desejável que as organizações profissionais restrinjam sua atividade – sem prejuízo da liberdade de opinião de seus membros – a questões profissionais e sindicais; mas, ao mesmo tempo, o Comitê entende que a proibição geral de toda atividade política das entidades sindicais não seria incompatível apenas com os princípios da liberdade sindical, mas estaria desprovida de realismo enquanto aplicação prática.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de derecho sindical*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 85.

⁶⁸⁷SALA FRANCO, Tomás; ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. op. cit., p. 62.

⁶⁸⁸Id., loc. cit.

⁶⁸⁹Id., loc. cit.

Nesse sentido, segundo a OIT: “Parágrafo 455. A proibição de toda atividade política dos sindicatos não só seria incompatível com os princípios da liberdade sindical, mas também careceria de realismo quanto à sua aplicação prática. Com efeito, as organizações sindicais podem querer, por exemplo, manifestar publicamente sua opinião sobre a política econômica e social de um governo”. Além disso, a OIT também se manifestou sobre o assunto por meio do seguinte verbete: “Parágrafo 452. Disposições que proíbem, de uma maneira geral, as atividades políticas dos sindicatos, para a promoção de seus objetivos específicos, são contrárias aos princípios da liberdade sindical”.⁶⁹⁰

No Brasil, a CLT proíbe expressamente o exercício de qualquer atividade político-partidária.⁶⁹¹ Além disso, deve-se lembrar que a Lei nº. 9.504/1997 impõe restrições ao custeio de campanhas eleitorais por sindicatos.⁶⁹² As entidades sindicais poderão participar, todavia, da elaboração de pactos sociais que tenham efeitos nessas esferas mencionadas, pois, em última análise, estão relacionados à coordenação de interesses profissionais e econômicos. Mas, como já mencionado, a atividade político-partidária dos sindicatos está proibida.⁶⁹³

Apesar da existência dessa vedação, pode-se afirmar que o sindicato muitas vezes não assume uma posição neutra perante o poder estatal, ao contrário, é comum que essas organizações oponham-se ou colaborem com ele. Num contexto de liberdade, qualquer uma dessas condutas que o sindicato venha a assumir é admitida. Numa democracia pluralista é normal que o Estado sofra a oposição de grupos menores que o integram. O que não se pode admitir é que essa oposição seja estimulada ou a colaboração seja imposta. Isso porque a imposição de colaboração com o poder estatal é característica do regime corporativo. Entretanto, tem-se como ponto pacífico que o sindicato, como faz parte da sociedade, não pode estar à margem dela, logo deve participar de órgãos ou serviços criados pelo poder estatal com representação pelos diversos segmentos da sociedade. Nesses casos, os sindicatos devem cooperar com o Estado.⁶⁹⁴

⁶⁹⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. A Liberdade Sindical - Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT, cit., p. 104-105.

⁶⁹¹ Art. 521 - São condições para o funcionamento do Sindicato:

d) proibição de quaisquer atividades não compreendidas nas finalidades mencionadas no art. 511, inclusive as de caráter político-partidário;

e) proibição de cessão gratuita ou remunerada da respectiva sede a entidade de índole político-partidária.

⁶⁹² Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de:

VI - entidade de classe ou sindical;

⁶⁹³ MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*, cit., v. 3, p. 154.

⁶⁹⁴ MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*, cit., v. 3, p. 136-137.

Num contexto de liberdade sindical, portanto, os integrantes do sindicato decidem qual partido político será apoiado ou de que forma deverá ser a atuação política de sua entidade sindical, o que não ocorre no Brasil hoje, pois essa decisão fica a cargo apenas das diretorias. Esse é o problema: todos da categoria pagam para o sindicato a contribuição sindical e o dinheiro arrecadado vai ser utilizado sem a consulta dos representados em detrimento deles próprios. Em virtude disso, da maneira como está organizado o modelo sindical brasileiro baseado na representação legal por categorias com base territorial mínima municipal, não é possível defender o desenvolvimento da função política dos sindicatos. No entanto, num modelo que abrigue completamente a liberdade sindical, como ficou demonstrado, os sindicatos devem exercer sua função política conforme decisão de seus integrantes.

3.3.5. Função assistencial e a assistência jurídica

A função assistencial dos sindicatos compreende, diferentemente de sua atuação perante os empregadores e o poder estatal, o fornecimento de prestações diretas a seus associados. Essa definição é tão abrangente que abarca um grande leque de operações e inclui todas as atividades não associadas às funções tipicamente sindicais. Mas nem por isso se pode descuidar de sua relevância. Historicamente e enquanto o poder econômico e político não reconhecia as organizações de trabalhadores como entidades interlocutoras, o sindicato funcionava mais como uma sociedade de socorro mútuo ou uma associação cultural, sendo que grande parte dessas tradições sobrevivem modernamente.⁶⁹⁵

Nesse mesmo sentido, Tamira Fioravante lembra que em vários países, os sindicatos foram antecidos pelas sociedades de socorros mútuos e de assistência social, que tinham o objetivo de proteger seus membros diante da inexistência de sistemas públicos de saúde e de previdência social nos primeiros momentos da revolução industrial; logo, a função assistencial é desempenhada pelas entidades sindicais desde seu surgimento.⁶⁹⁶

No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 514 da CLT enumera as funções assistenciais elementares dos sindicatos patronais e profissionais: manter serviços de assistência judiciária para os filiados, manter assistente social com as atribuições

⁶⁹⁵OJEDA AVILÉS, Antonio. op. cit., p. 89.

⁶⁹⁶FIORAVANTE, Tamira Maira. op. cit., p. 105-106.

específicas de fomentar a cooperação operacional na empresa e a integração profissional na classe; no caso dos sindicatos de trabalhadores, soma-se a essas funções as de fundar cooperativas de consumo e de crédito, criar e manter escolas de alfabetização e pré-vocacionais. Cumpre mencionar também que o artigo 592 da CLT estabelece outra lista de funções assistenciais que tanto os sindicatos patronais como os sindicatos profissionais devem custear com os recursos oriundos da arrecadação com a contribuição sindical. Por determinação desse dispositivo consolidado, convém ressaltar que a assistência jurídica é atividade comum que deve ser fornecida pelos sindicatos dos empregadores, artigo 592, I, “a”, bem como pelos sindicatos dos empregados, artigo 592, II, “a”.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua a função assistencial como o oferecimento de serviços pelo sindicato a seus representados. Esses serviços podem assumir a natureza médica, hospitalar, educacional⁶⁹⁷, ambulatorial. O autor lembra que alguns doutrinadores acreditam que essa é uma função imprópria porque distancia o sindicato de sua função principal.⁶⁹⁸

Os adeptos dessa corrente sustentam que as entidades sindicais não devem desempenhar atividades simplesmente como se fossem simples prestadoras de serviços. Assim, a análise de toda a lista de funções atribuídas aos sindicatos pelos artigos 514 e 592 da CLT traz a sensação de que as entidades sindicais constituem algum órgão ou departamento do Ministério da Previdência Social e não especificamente um sindicato.⁶⁹⁹

Essa situação é resultado da tendência política que influencia o sindicalismo brasileiro no sentido de essas entidades estarem dotadas da obrigação de prestar serviços, o que se torna a principal finalidade da organização, relegando o papel reivindicatório para uma posição secundária. Tal inclinação deve ser reordenada em decorrência das diretrizes abrigadas pelo texto constitucional de 1988.⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ A função educacional do sindicato está relacionada à formação sindical que, em seu sentido mais amplo, implica a concepção de tudo aquilo que prepare os trabalhadores pessoalmente para aprimorar sua situação como grupo. Essa preparação pessoal refere-se a toda prática que implemente as faculdades intelectuais e volitivas do trabalhador com intuito de melhorar a condição das pessoas como grupo, o que não inclui o fornecimento de dinheiro ou de outros bens. Em sentido mais restrito, a formação sindical pode ser compreendida como o setor da educação de adultos focado no favorecimento da compreensão do movimento sindical, a assimilação de mais trabalhadores a esse movimento (através de filiação amparada em concepções que assegurem a lealdade nos momentos difíceis) e o aprimoramento para o desempenho de funções técnicas ou dirigentes no sindicato. FIORAVANTE, Tamira Maira. op. cit., p. 106-107.

⁶⁹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*, cit., p. 122.

⁶⁹⁹ MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*, cit., v. 3, p. 154.

⁷⁰⁰ MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*, cit., v. 3, p. 154-155.

Logo, o desempenho da função assistencial não deve afastar o sindicato de sua atribuição histórica como entidade de reivindicação, de negociação coletiva e de eventual crítico de políticas públicas. A previsão em lei dos serviços que o sindicato é obrigado a prestar, como acontece no sistema jurídico brasileiro, cria o risco de transformar a prestação de serviços no objetivo primordial do sindicato, o que pode colocar a função reivindicativa em segundo plano.⁷⁰¹

A OIT também já se manifestou expressamente sobre essa possibilidade, alertando especificamente para os obstáculos que uma lista muito longa de deveres pode causar inclusive para a fundação e manutenção das entidades sindicais: “Parágrafo 341. Uma enumeração excessivamente longa e minuciosa das atribuições e finalidades que obrigatoriamente devem ter os sindicatos pode, na prática, inibir a criação e o desenvolvimento das organizações”.⁷⁰²

Interessante ainda mencionar considerações feitas por Ojeda Avilés a respeito da função assistencial. Para o autor, o sindicato não deve cair na tentação de conceber o trabalhador como um indivíduo somente em seu contexto econômico. As necessidades do homem não são apenas profissionais, pois existem ainda as necessidades afetivas, culturais, somáticas... É verdade que a desigualdade econômica afeta todas as outras desigualdades, mas não se quer defender aqui que se deve postergar a atuação contra essas outras desigualdades caso não seja alcançado um nível econômico satisfatório para os trabalhadores. De maneira que uma concepção integral do trabalhador não se descuida também do desenvolvimento concomitante de seu aspecto cultural e físico, livrando-o das misérias que violam sua dignidade humana. Os sindicatos mais radicais, nesse sentido, são os mais cuidadosos, concedendo relevância especial para o desenvolvimento profissional e cultural e a ampliação das atividades recreativas, ou também cuidando do aperfeiçoamento da condição moral e material dos trabalhadores na sociedade. Portanto, integram a função assistencial as seguintes atividades: 1) desenvolvimento cultural, 2) desenvolvimento social e 3) orientação profissional.⁷⁰³

Por meio do desenvolvimento cultural, os sindicatos preocupam-se atualmente em formar seus quadros graças a escolas de formação sindical e a cursos periódicos realizados

⁷⁰¹FIORAVANTE, Tamira Maira. op. cit., p. 106.

⁷⁰²ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. A Liberdade Sindical - Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT, cit., p. 77.

⁷⁰³OJEDA AVILÉS, Antonio. op. cit., p. 89.

por especialistas sobre matérias de interesse como legislação trabalhista, procedimentos de negociação coletiva, economia, etc.

Na perspectiva do desenvolvimento social, identifica-se muitas vezes o trabalhador em situações que requerem auxílio de tipo econômico, sanitário ou jurídico. O funcionamento dessas prestações depende em grande medida das receitas dos sindicatos, pois somente as entidades que recebem muitos recursos financeiros podem realizar gastos nesse sentido. A prioridade histórica dos sindicatos foi ajudar os trabalhadores com os infortúnios ocorridos, em tempos em que não existia Seguridade Social: o sindicato fornecia atendimento médico, concedia prestações aos filiados inválidos ou desempregados, aventurava-se em alguns casos a sustentar associados idosos. Com o passar do tempo, apenas os sindicatos norte-americanos prestaram atenção devida ao tema, em virtude da inexistência de Seguridade Social uniforme no país, e em troca de elevadas mensalidades cobradas de seus membros acordavam o fornecimento de assistência médica e hospitalar para eles, embora preferissem negociar em convenções coletivas a cobertura assecuratória como gasto a ser suportado pelos empregadores; para os sindicatos europeus, o custo de financiar um sistema nos moldes do norte-americano é impeditivo, por isso eles preferiram denunciar as limitações da Seguridade Social fornecida pelo Estado, ou negociar nas convenções coletivas prestações complementares às estatais, de grande relevância na atualidade.⁷⁰⁴

Em relação à orientação profissional, por fim, a assistência aos membros dos sindicatos quando estão desempregados e na hora de buscar ocupação tem sido também preocupações das entidades sindicais, em maior escala nuns países que em outros. No caso espanhol, por exemplo, existem oficinas de recolocação profissional que podem ser reforçadas por cláusulas de seguridade sindical nos acordos coletivos e cuja vigência o empregador se obriga a cumprir.⁷⁰⁵

Pode-se sustentar, então, que o grande espectro de serviços fornecidos pelo sindicato é uma faceta relevante que deve ser considerada, principalmente na sociedade contemporânea em que as organizações sindicais desempenham cada vez mais uma função cultural, moral, técnica e política. O desempenho da função assistencial não é propriamente prejudicial ao sindicato. Num sistema jurídico em que há proteção concreta da liberdade sindical, os integrantes do sindicato podem estabelecer livremente quais serviços a

⁷⁰⁴I OJEDA AVILÉS, Antonio. op. cit., p. 90.

⁷⁰⁵Id. Ibid., p. 90-91.

entidade deverá fornecer e como será essa prestação, o que contribuirá para o surgimento de uma comunidade genuína entre os filiados, para estimular o interesse dos trabalhadores pelo sindicato e para incentivar sua democratização.⁷⁰⁶

Após essas considerações, é evidente que o fornecimento de serviços assistenciais pelos sindicatos não coloca em risco o exercício das funções de representação e negocial, pois a prestação de tais serviços, como demonstrado, sempre existiu desde o início da formação das entidades sindicais e isso não impediu seu desenvolvimento. Ademais, em função do grau de complexidade que a sociedade contemporânea assumiu, é interessante e até mesmo necessário que as organizações sindicais atendam, por meio de serviços assistenciais, outras necessidades das pessoas, empregadores e trabalhadores, que não apenas as relacionadas com a melhoria das condições de trabalho. Todavia, num contexto em que prevalece verdadeiramente a liberdade sindical, o que não pode ocorrer é o Estado, por meio de sua legislação, impor às organizações sindicais a prestação desses serviços assistenciais, pois elas devem ter liberdade suficiente para que seus membros decidam livremente quais serviços lhes são mais úteis. Assim, a liberdade para formulação do programa de ação dos sindicatos prevista na Convenção n. 87 da OIT estará sendo respeitada e as entidades sindicais poderão avaliar, de acordo com suas possibilidades financeiras e as reais necessidades de seus membros, quais serviços efetivamente devem ser fornecidos.

Especificamente em relação à assistência jurídica, deve-se ressaltar que o sindicato atua orientando seus integrantes extrajudicialmente e defendendo seus interesses na esfera judicial, como ficou demonstrado no segundo capítulo. Nessa medida, Magano destaca que a assistência judiciária regulamentada na Lei nº. 5.584/1970, bem como a assistência que os sindicatos devem prestar nas rescisões de contratos, é devida a todos os integrantes da categoria profissional e não somente aos seus filiados, conforme previsão dos artigos 477, § 1º⁷⁰⁷ e 500⁷⁰⁸ da CLT.⁷⁰⁹

A OIT enfatiza a relevância da prestação do serviço de assistência jurídica, conforme o verbete a seguir: “Parágrafo 470. É, em geral, reconhecido em muitos países, o direito do trabalhador de ser representado por funcionário de seu sindicato, quando

⁷⁰⁶FIORAVANTE, Tamira Maira. op. cit., p. 106.

⁷⁰⁷§ 1º - O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

⁷⁰⁸Art. 500 - O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho.

⁷⁰⁹MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*, cit., v. 3, p. 154.

interpõe recurso em questões referentes a suas condições de trabalho, de acordo com os procedimentos prescritos por leis ou regulamentos. É particularmente importante que se respeite esse direito, quando se trata de trabalhadores cujo nível de educação não lhes permitiria defender-se adequadamente sem ajuda de pessoas mais experimentadas, que não têm a possibilidade de se fazer representar por um advogado e que só contam, para sua defesa, com a ajuda que lhes posam prestar os representantes de seu sindicato”.⁷¹⁰

Assim, com base nos argumentos expostos, é evidente que a prestação de assistência jurídica no modelo previsto pela CLT e pela Lei nº. 5.584/1970 foi concebido como uma obrigação a ser cumprida pelas entidades sindicais, pois essa legislação sofreu forte influência da doutrina corporativista que pregava o entendimento segundo o qual o sindicato deve atuar como órgão vinculado ao Estado. Todavia, após o advento da Constituição da República de 1988 não existem razões para que esse entendimento prevaleça, em função dos seguintes motivos: foi instituída a Defensoria Pública como responsável pelo oferecimento de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, nos moldes do artigo 5º, inciso LXXIV; obrigar os sindicatos a prestarem assistência jurídica viola a liberdade sindical consagrada no artigo 8º da Constituição da República de 1988, mais especificamente, afronta sua liberdade de exercício de funções. Portanto, para que haja compatibilidade da legislação infraconstitucional com a atual Constituição que concebe um Estado Democrático de Direito, deve-se entender que o sindicato possui a faculdade de prestar assistência jurídica a seus integrantes. Essa faculdade será exercida, como visto, conforme o interesse de seus integrantes e a disponibilidade de recursos para tanto.

A esse raciocínio, no entanto, deve-se acrescentar o problema da contribuição sindical compulsória que, infelizmente, não foi eliminada com o advento da Constituição da República de 1988. Como exposto acima, essa contribuição serviu de instrumento instituído pelo poder estatal, ainda na década de 30, para estruturar um regime sindical corporativista. Hoje, conforme ensinamentos de Octavio Bueno Magano, ela deixou de ser uma base para a consolidação do corporativismo e tornou-se a razão para existência de sindicatos fantasmas, destinados mais ao atendimento dos interesses de seus dirigentes do que aos interesses de seus representados.⁷¹¹ Mesmo assim, em decorrência da representação legal que as entidades sindicais desempenham no modelo sindical brasileiro,

⁷¹⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. A Liberdade Sindical - Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT, cit., p. 107-108.

⁷¹¹ MAGANO, Octavio Bueno. Contribuições sindicais. In: _____. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 4, p. 122-125.

a contribuição sindical é devida por todos aqueles que pertencem à categoria representada por cada um dos sindicatos. Assim, o trabalhador ou o empregador, independente de estar filiado ao seu respectivo sindicato, é obrigado a realizar o pagamento dessa contribuição sindical. Convém destacar ainda que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em virtude de seu artigo 8º, inciso I, os sindicatos não são obrigados a desenvolver todas as atividades elencadas no artigo 592 da CLT, pois a assembleia sindical é soberana em suas decisões e, apenas se ela concordar, tal lista de atividades deverá ser desenvolvida, com exceção da assistência jurídica que, em decorrência da Lei nº. 5.584/70, deve ser oferecida pelos sindicatos profissionais àqueles que comprovarem os requisitos do artigo 14, § 1º dessa lei. Mesmo assim, caso a liberdade sindical no Brasil fosse plena, a contribuição sindical seria cobrada apenas dos filiados à entidade, não existindo necessidade de seu financiamento obrigatório, e a assistência jurídica prestada pelos sindicatos seria devida apenas a seus membros filiados.

Portanto, enquanto a contribuição sindical compulsória for mantida no ordenamento jurídico brasileiro, a assistência jurídica será um dever a ser cumprido pelas entidades sindicais, que é fornecida em caráter não exclusivo, pois como estudado no capítulo antecedente, a atribuição legal para prestá-la no âmbito da Justiça do Trabalho é da Defensoria Pública da União. Além disso, não se deve deixar de lembrar que outras entidades, como, por exemplo, os escritórios modelos das Faculdades de Direito, também podem contribuir para o atendimento daqueles que necessitam dessa assistência jurídica. O Poder Público, em vez de verificar se as entidades sindicais fornecem assistência jurídica de forma adequada aos integrantes de sua categoria, na forma da Lei nº. 5.584/1970, contribuindo para a mutilação da liberdade sindical já desrespeitada em tantos aspectos pela legislação pátria, deve preocupar-se em organizar estrutura que proporcione atendimento jurídico integral às pessoas carentes, tornando a assistência jurídica das entidades sindicais uma via alternativa para aqueles que não quiserem ser atendidos pelos órgãos governamentais.

Dessa maneira, caso a contribuição sindical obrigatória seja extinta, não haverá mais fundamento para exigir-se das entidades sindicais a prestação da assistência jurídica. Nesse caso, o sindicato será bem sucedido na capacidade de representação dos interesses de seus filiados caso demonstre seu valor enquanto entidade sindical, sendo isso possível, por exemplo, por meio da prestação de serviços de assistência jurídica de qualidade para seus representados. Logo, atuando para conseguir melhores condições de vida e de

trabalho, é natural que consiga atrair mais trabalhadores para que façam parte de seu quadro de associados.

3.4. Questões contemporâneas sobre assistência jurídica

Após essas considerações, em virtude da relação com o tema da assistência jurídica na esfera do Direito do Trabalho, convém realizar ainda estudo do instituto da substituição processual dos sindicatos na defesa dos interesses de seus integrantes e os métodos de prestação de assistência jurídica que os sindicatos têm adotado no Brasil na atualidade.

3.4.1. Sindicato e substituição processual

A assistência jurídica prestada pelas entidades sindicais aos integrantes de sua categoria está ligada também à substituição processual que os sindicatos realizam. Justifica-se essa posição na medida em que, como substitutos processuais, os sindicatos conseguem defender os direitos e interesses de seus membros de forma similar à prestada individualmente pela assistência jurídica a cada um desses membros. Por meio de uma única ação, o sindicato pode conseguir, portanto, os mesmos efeitos práticos que várias ações individuais conseguiriam.

A substituição processual é uma forma de legitimidade da parte no processo. Por sua vez, a legitimidade de partes, de acordo com o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, constitui uma das três clássicas condições da ação, juntamente com o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Divide-se em legitimidade ordinária e legitimidade extraordinária. A primeira é aquela que resulta da correspondência entre a titularidade do direito material e a legitimação para ser parte no processo. A outra, que tem fundamento no artigo 6º do CPC, ocorre nas situações expressamente autorizadas por lei em que pessoas ou entes podem estar no processo em nome próprio, mas tutelando direito alheio. Ela acontece, portanto, quando aquele que não é titular do direito material pleiteado em juízo, possui a legitimidade para estar no processo como parte.⁷¹²

A substituição processual é o exemplo mais evidente de legitimidade extraordinária no ordenamento jurídico brasileiro, existindo ainda uma controvérsia a respeito de ela configurar a própria substituição ou consistir em gênero do qual a substituição é espécie.

⁷¹²LEITE, Carlos Henrique Bezerra. op. cit., p. 277.

Todavia, os autores que defendem ser a substituição apenas uma espécie de legitimação extraordinária não conseguem identificar outras espécies, razão pela qual esse instituto deve ser entendido como exemplo de legitimação extraordinária.⁷¹³

Em relação aos poderes do substituto, Humberto Theodoro Júnior afirma que “eles são amplos, no que dizem respeito aos atos e faculdades processuais, mas não compreendem, obviamente, os atos de disposição do próprio direito material do substituído, como confissão, transação, reconhecimento do pedido, etc.”⁷¹⁴

Na esfera do processo do trabalho, antes da promulgação da Constituição da República de 1988, a abordagem da substituição processual era restrita apenas aos casos em que o sindicato ajuizava:

- 1) reclamação trabalhista com fundamento no artigo 195, § 2º⁷¹⁵ da CLT pleiteando o pagamento de adicionais de insalubridade ou periculosidade para o grupo de associados;
- 2) ação de cumprimento, com fundamento no artigo 872, parágrafo único⁷¹⁶ da CLT, com o objetivo de pagamento de salários estabelecidos em sentença normativa para o grupo de associados;
- 3) ação trabalhista com a finalidade de obtenção de pagamento das correções automáticas dos salários para todos os membros da categoria (Lei nº. 6.708/1979, artigo 3º, § 2º⁷¹⁷, e Lei nº. 7.238/1984, artigo 3º, § 2º⁷¹⁸).

Ainda depois da promulgação da Constituição da República, outras leis foram criadas permitindo a legitimação extraordinária do sindicato:

⁷¹³Id. Ibid., p. 278.

⁷¹⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 88.

⁷¹⁵§ 2º - Arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.

⁷¹⁶Parágrafo único - Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, observado o processo previsto no Capítulo II deste Título, sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apreciada na decisão.

⁷¹⁷§ 2º Será facultado aos Sindicatos, independente da outorga de poderes dos integrantes da respectiva categoria profissional, apresentar reclamação na qualidade de substituto processual de seus associados, com o objetivo de assegurar a percepção dos valores salariais corrigidos na forma do artigo anterior.

⁷¹⁸§ 2º - Será facultado aos Sindicatos, independente da outorga de poderes dos integrantes da respectiva categoria profissional, apresentar reclamação na qualidade de substituto processual de seus associados, com o objetivo de assegurar a percepção dos valores salariais corrigidos na forma do artigo anterior.

- 1) Lei nº. 7.788/1989 que tratava de política salarial, estabelecendo em seu artigo 8º que os sindicatos poderiam atuar, nos termos do artigo 8º, III da CF, como substituto processual da categoria, restando sem eficácia a desistência, a renúncia e a transação individuais. Essa lei foi revogada pela Lei nº. 8.030/1990;
- 2) Lei nº. 8.036/90 prevê em seu artigo 25⁷¹⁹ a ação de cobrança de depósitos do FGTS;
- 3) Lei nº. 8.073/1990 sobre a nova política nacional de salários. Apesar de ter sofrido veto presidencial em sua maior parte, o artigo 3º permaneceu intacto: “As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria.”

Após a entrada em vigor do texto constitucional de 1988, surgem na doutrina duas teses sobre a interpretação de seu artigo 8º, inciso III. A primeira corrente sustenta que esse artigo 8º, III assegura a substituição processual de forma ampla e irrestrita, enquanto que a segunda defende que esse dispositivo é apenas uma reprodução do artigo 513, “a”⁷²⁰, da CLT, configurando, portanto, um caso de representação judicial, em que a substituição processual prosseguiria dependendo de expressa previsão legal.⁷²¹

O Tribunal Superior do Trabalho, até o cancelamento de sua súmula 310⁷²², era adepto da segunda corrente, em que os sindicatos poderiam agir como substitutos

⁷¹⁹Art. 25. Poderá o próprio trabalhador, seus dependentes e sucessores, ou ainda o Sindicato a que estiver vinculado, acionar diretamente a empresa por intermédio da Justiça do Trabalho, para compeli-la a efetuar o depósito das importâncias devidas nos termos desta lei.

⁷²⁰Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos:

a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida;

⁷²¹LEITE, Carlos Henrique Bezerra. op. cit., p. 281.

⁷²²SUM-310 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO (cancelamento mantido) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 e republicada DJ 25.11.2003.

I - O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato.

II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788/1989.

III - A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria.

IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.

V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.

VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.

processuais apenas nos casos previstos em lei, existindo a necessidade, inclusive, de ser juntado na petição inicial o rol de substituídos, como previa a súmula cancelada.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, sempre conferiu interpretação ampla ao artigo 8º, inciso III do texto constitucional, tangenciando o tema da substituição processual em alguns julgados:

“Estipulando o art. 8º, III da Constituição, que ao Sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas, não parece efetivamente possível, na espécie, deixar de reconhecer-lhe legitimidade para pleitear como o faz, na defesa do direito da categoria de servidores, a que se refere a inicial, em ordem a lograrem condições de auferir as vantagens funcionais decorrentes da isonomia das entidades associativas, cuja legitimidade para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente, depende de expressa autorização”⁷²³

“O art. 8º, III da CF confere às entidades sindicais substituição processual ampla e irrestrita. Esse entendimento foi acolhido pelo legislador ordinário ao dispor, no art. 3º da Lei 8.073/90, que os sindicatos poderão atuar na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria, como substitutos processuais. Com essa fundamentação, a Turma conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário para que, afastada a preliminar de ilegitimidade ativa do sindicato, que atua em nome de parte de seus filiados - pleiteando, em ação ordinária, o recebimento do "adicional noturno" -, o tribunal de origem prossiga no julgamento da apelação.”⁷²⁴

Em junho de 2006, depois de muita expectativa nos meios jurídicos, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se pela primeira vez sobre o significado efetivo do inciso III do artigo 8º da Constituição. Em votação apertada – seis a cinco –, o Tribunal entendeu que o inciso III do artigo 8º assegura ao sindicato a substituição processual de maneira ampla. Não apenas naquelas hipóteses previstas na legislação infraconstitucional, mas abrangendo também a ação de liquidação por artigos e a execução da sentença genérica proferida na defesa de direitos individuais homogêneos.⁷²⁵ Após esse julgamento, o Supremo Tribunal Federal coleciona decisões no sentido de atribuir aos sindicatos o direito de atuarem como substitutos processuais dos membros da categoria:

VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento.

VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.

⁷²³ STF; Tribunal Pleno; Mandado de Injunção 3.473/400/1993; Rel. Min. Néri da Silveira.

⁷²⁴ STF; RE 202.063-PR, rel. Min. Octavio Gallotti, 27.6.97.

⁷²⁵ STF, RE nº. 210.029-3-RS, j. 12-VI-2006, Rel. Ministro Joaquim Barbosa.

EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.⁷²⁶

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. ART. 8º, III, DA CF/88. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. I - O Plenário do Supremo Tribunal Federal deu interpretação ao art. 8º, III, da Constituição, e decidiu que os sindicatos têm legitimidade processual para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada. II - Agravo regimental improvido.⁷²⁷

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – ARTIGO 8º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRECEDENTES DO PLENÁRIO. O Tribunal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 214.830, 214.668, 213.111, 211.874, 211.303, 211.152 e 210.029 concluiu pela legitimidade ativa do sindicato, ante o caráter linear da previsão do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, para defender em juízo direitos e interesses coletivos e individuais dos integrantes da categoria que representam.⁷²⁸

A jurisprudência trabalhista, após o cancelamento da súmula 310 do TST, tem admitido também o sindicato como substituto processual dos trabalhadores de forma ampla e irrestrita, deixando de existir a necessidade de indicar na petição inicial o rol de substituídos. Isso está fundamentado no artigo 8º, inciso III da Constituição da República, quer se entenda que os direitos individuais homogêneos formam uma espécie de direito individual, quer configurem um tipo de direito coletivo.⁷²⁹

RECURSO DE REVISTA. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. A previsão contida no art. 8º, III, da Constituição Federal é no sentido de conferir aos sindicatos a legitimação plena, a fim de defender os interesses coletivos e individuais da categoria a qual representa, conforme determinação emanada do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, no presente caso, de pleito relativo direito individual homogêneo, decorrente da mesma origem: pagamento de salários não

⁷²⁶STF, RE 193503, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2006, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007.

⁷²⁷STF, AI 422148 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 16/10/2007, DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007.

⁷²⁸STF, RE 217566 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-042 DIVULG 02-03-2011 PUBLIC 03-03-2011

⁷²⁹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*, cit., p. 426.

recebidos pelos substituídos. Evidenciado, portanto, que o sindicato detém, na hipótese, legitimidade para atuar como substituto processual das equipes de conferência de carga e descarga.⁷³⁰

RECURSO DE REVISTA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. A substituição processual pelo sindicato obreiro é legítima, inclusive quando são postulados direitos individuais homogêneos. Como evolução natural e até mesmo por razão do posicionamento adotado pela Suprema Corte, este Colegiado cancelou a referida Súmula nº 310, por meio da Resolução nº 119, publicada no DJ de 1º/10/2003. Decorre daí que a posição ora adotada reflete a melhor interpretação dada ao artigo 8º, III, da Constituição Federal, devendo-se adotar, a partir de então, conceito amplo acerca da substituição processual levada a efeito pelos sindicatos. Recurso de revista conhecido e desprovido.⁷³¹

RECURSO DE REVISTA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. A decisão recorrida encontra-se em sintonia com o entendimento atualmente consagrado pelo Tribunal Superior do Trabalho ao cancelar a Súmula nº 310, a saber: o objeto da ação ajuizada pelo sindicato, na qualidade de substituto processual, pode ser qualquer direito individual homogêneo, por força do artigo 8º, III, da Constituição de 1988. Incidência da Súmula 333 do TST. Não conhecido.⁷³²

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. ART. 8º, INC. III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. HORAS EXTRAS. A jurisprudência desta Corte, a partir do julgamento do E-RR-353.334/1997.9, firmou-se no sentido de que a substituição processual, tal como prevista no art. 8º, inc. III, da Constituição da República, abrange os direitos ou interesses individuais homogêneos, reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal como subespécie de interesses coletivos (RE-163.231-3/SP, Ac. 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29/6/2001), de modo que o sindicato tem legitimidade para atuar em juízo na qualidade de substituto processual, em ação na qual postule o pagamento das horas extras relativas aos períodos em que teriam extrapolado a jornada de trabalho. Recurso de Revista conhecido e provido.⁷³³

De forma contrária ao posicionamento adotado pela Suprema Corte e pelo Tribunal Superior do Trabalho, Amauri Mascaro Nascimento defende que o artigo 8º, inciso III da Constituição da República não abriga autorização expressa para substituição processual. Os principais argumentos trazidos pelo autor são os seguintes: a) a redação desse dispositivo é confusa, tanto que possibilitou debates sobre a existência de interesses

⁷³⁰Processo: RR - 754791-81.2001.5.02.5555 Data de Julgamento: 04/06/2008, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 20/06/2008.

⁷³¹RR - 111600-08.2002.5.05.0611 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 12/05/2010, 2ª Turma, Data de Publicação: 06/08/2010

⁷³²RR - 419-38.2010.5.04.0000 , Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 15/09/2010, 5ª Turma, Data de Publicação: 24/09/2010

⁷³³RR - 45500-03.2006.5.04.0662 , Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 15/09/2010, 5ª Turma, Data de Publicação: 24/09/2010

individuais da categoria distintos dos interesses de seus integrantes; b) a redação proposta para o atual artigo 8º, inciso III, na fase da Constituinte, trazia a previsão da substituição processual, mas essa proposta não foi aprovada pelo Congresso que vetou a substituição processual dos integrantes da categoria pelo sindicato em relação aos direitos individuais, posição que alguns sustentam como contida no texto recusado pelo Congresso; c) a substituição processual dos não-associados ao sindicato não é autêntica, pois a entidade sindical é desprovida de dados seguros que identifiquem quantos e quais são os membros da categoria; d) por meio do dissídio coletivo o sindicato pode defender os interesses e direitos da categoria, que são os direitos coletivos, enquanto que os direitos individuais podem ser defendidos por instrumentos processuais específicos já existentes, mas não pelo dissídio coletivo; e) tratando-se da defesa de direito difuso ou coletivo, não se discute a proteção de direito individual, sendo que o instrumento processual adequado é, além do dissídio coletivo, a ação civil pública.⁷³⁴

Como pode ser verificado, a expectativa de que um posicionamento do Supremo Tribunal Federal pudesse acabar com as incertezas sobre o assunto não ocorreu. De forma oposta, o entendimento adotado criou novas perplexidades diante da Constituição. Ao aumentar as possibilidades de legitimação extraordinária e desconsiderar as diferenças entre direitos individuais homogêneos e direitos individuais puros, o tribunal admitiu que o sindicato tem o poder de agir como substituto processual em qualquer situação.

A questão, no entanto, envolve conhecimentos relacionados à esfera da jurisdição civil coletiva, que será tratada no próximo item.

3.4.2. Substituição e direitos transindividuais

Pelo exposto até agora, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho interpretam a substituição processual feita pelo sindicato, autorizada pelo artigo 8º, inciso III da Constituição da República, de forma ampla e irrestrita, sem distinguir os direitos individuais dos integrantes da categoria dos direitos transindividuais (integrados pelos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Todavia, existe outra corrente de entendimento que explica o assunto. Nesse sentido, Nery Junior critica a classificação dicotômica adotada pelo Código de Processo Civil que divide o instituto da legitimidade processual em ordinária e extraordinária, pois,

⁷³⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*, cit., p. 411-412.

segundo o autor, essa classificação faz sentido apenas em relação às demandas individuais. Somente nesses casos há lógica em alguém substituir outra pessoa no processo. Nessa medida, o substituto processual age em nome próprio defendendo direito alheio de outra pessoa que é completamente identificável. A substituição, portanto, acontece apenas em relação à pessoa certa. No sistema do processo coletivo o problema da legitimação ativa é resolvido de forma diferente. Existe uma solução para os direitos difusos e coletivos e outra para os direitos individuais homogêneos.⁷³⁵

Assim, para melhor entendimento do assunto, convém abordar, mesmo que de forma sucinta, a categoria dos interesses ou direitos transindividuais que é composta pelos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os interesses coletivos, como espécie da categoria de interesses transindividuais, são conceituados pelo artigo 80, inciso II do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990), como interesses “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Importante ressaltar que na seara das relações jurídicas, o interesse coletivo não corresponde ao somatório de interesses individuais, mas ao interesse que é comum a cada um dos indivíduos integrantes de um determinado grupo. Nesse contexto é que surge o interesse coletivo em sentido estrito relacionado a certa categoria de trabalhadores.

Os aspectos essenciais que caracterizam esses interesses são: 1) pertencer a grupos determinados ou determináveis que serão seus titulares; 2) possuir uma organização básica que permita identificar esse grupo; 3) existência de um liame jurídico que seja comum a todos os integrantes desse grupo.⁷³⁶

Enquanto isso, os interesses difusos são conceituados pelo artigo 81, inciso I da Lei nº. 8.078/1990 como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Esses interesses possuem as seguintes características: 1) não possuem uma pessoa ou grupo específico como titular, pois seus titulares constituem uma série indeterminada de sujeitos; 2) a defesa desses interesses pode ser atribuída a associações, órgãos públicos ou Ministério Público; 3) não há liame jurídico comum entre os sujeitos que estão

⁷³⁵ NERY JUNIOR, Nelson. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos – um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 151-160, fev. 2000.

⁷³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 57.

relacionados a esse interesse; 4) estão relacionados a bens indivisíveis em que toda a sociedade será afetada pela sua lesão ou satisfação; 5) são interesses indisponíveis; 6) não há propriedade exclusiva de um sujeito em relação a esses interesses.⁷³⁷

Já os interesses individuais homogêneos são definidos pelo Código de Defesa do Consumidor, no artigo 81, inciso III, como “os decorrentes de origem comum”.

Esses interesses são naturalmente individuais, mas eles podem ser tutelados processualmente de forma coletiva em razão de sua origem comum. Sendo assim, eles possuem como titulares pessoas determinadas, são de natureza disponível e são usufruídos de forma individual, mas sua origem comum lhes confere um caráter de homogeneidade.⁷³⁸

Deve-se ainda comparar os direitos individuais homogêneos com os direitos individuais puros. Nessa linha, Ada Pellegrini Grinover destaca que o que diferencia os direitos individuais homogêneos dos direitos individuais puros é a dimensão coletiva desses últimos. Os direitos individuais homogêneos são direitos individuais com dimensão coletiva, ao passo que os direitos individuais puros são direitos individuais sem dimensão coletiva. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos é oriunda de dois elementos. O primeiro é a origem comum do direito como consagrado no inciso III do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. O segundo elemento é a homogeneidade, que corresponde à preponderância das questões comuns sobre as questões individuais de cada membro da pluralidade de pessoas. É essa preponderância das questões comuns sobre as questões individuais que permite o tratamento processual coletivo da pretensão, pois isso leva a uma situação de uniformidade que torna desnecessária a identificação dos substituídos e admite a elaboração de um pedido genérico, o oferecimento de uma defesa genérica, uma instrução genérica e a emissão de uma decisão genérica. Os direitos individuais puros são destituídos de qualquer dimensão coletiva. Nessa categoria de direitos, as questões individuais preponderam sobre as questões comuns.⁷³⁹

Sendo assim, voltando à questão da legitimação, Nery Junior sustenta que quando a lei atribui legitimidade a alguém ou a alguma entidade para tutelar, por meio de ação

⁷³⁷ “*apud*” MORAIS, José Luis Bolzan de. *Apud* SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. São Paulo: LTr, 2003. p. 87-88.

⁷³⁸ O critério da homogeneidade deve ser ressaltado para enfatizar que no caso dos interesses individuais homogêneos o interesse coletivo deve estar acima dos interesses individuais. Assim, tais interesses devem ser tutelados pelas ações coletivas quando a prevalência do interesse coletivo ocorrer em face dos interesses individuais. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Das class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. In: MILARÉ, Édis (Coord). *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 19-39.

⁷³⁹ Id., loc. cit.

coletiva, em nome próprio, direito alheio de pessoas determinadas, verifica-se que esse legitimado é substituto processual do titular do direito material tutelado judicialmente. Essa situação acontece na hipótese de interesses individuais homogêneos. Caso a legitimação legal aconteça para a tutela de direitos de pessoas indeterminadas (direitos difusos e coletivos) inexistente o instituto da substituição processual, mas sim o da legitimação autônoma para a condução do processo. Qualifica-se essa legitimação como autônoma porque ela não depende do direito material discutido judicialmente, pois como os direitos difusos e coletivos não possuem titulares determinados, o legislador elegeu alguém ou algumas entidades para que os tutelassem judicialmente. Logo, a substituição processual ocorre nas ações coletivas somente quando estiver relacionada com direitos individuais homogêneos, pois nessa hipótese, o titular do direito de ação ajuíza-a em nome próprio, na defesa de direito de pessoas determinadas. Isso ocorre porque os direitos individuais são divisíveis e os titulares são identificáveis.⁷⁴⁰

De forma sucinta, tem-se então que a legitimação que a lei atribui ao Ministério Público, associações, sindicatos, União Federal, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias, Fundações, Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e Defensoria Pública para tutelar judicialmente e coletivamente os direitos transindividuais é: I) autônoma, para a defesa de direitos difusos e coletivos; II) extraordinária ou substituição processual, para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Joselita Nepomuceno Borba, adotando a distinção elaborada por Nery Junior, aponta que o texto da Constituição Federal de 1988 abriga a diferenciação entre legitimação extraordinária e autônoma. Nesse último caso, ela ocorre quando: a) o cidadão tutela interesse da coletividade (artigo 5º, inciso LXXIII); b) partido político com representação no Congresso Nacional defende direito líquido e certo, no caso de abuso ou ilegalidade violar direitos transindividuais (nesse caso os direitos difusos e coletivos) (artigo 5º, inciso LXX, alínea “a”); c) sindicato tutela interesses da categoria (artigo 8º, inciso III); e legitimação extraordinária quando: a) entidades de classe ou associações, inclusive os sindicatos, tutelam interesses de seus integrantes ou associados (artigo 5º, inciso XXI); b) sindicatos tutelam interesses individuais homogêneos de integrantes da categoria ou interesses coletivos da categoria (artigo 8º, inciso III).⁷⁴¹

⁷⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. op. cit., p. 151-160.

⁷⁴¹ BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. São Paulo: LTr, 2008. p. 76.

Cumpra salientar ainda que no caso dos direitos individuais homogêneos, em função do micro sistema processual criado pelo conjunto dos artigos 127 e 129, III da Constituição Federal, artigos 21 da Lei de Ação Civil Pública, artigos 91 e 92 do Código de Defesa do Consumidor, artigos 6º, VII, “d”, 83 e 84 da Lei Orgânica do Ministério Público da União e artigo 3º da Lei nº. 8.073/1990, o Ministério Público do Trabalho é dotado também de legitimação extraordinária para tutelar, como substituto processual, interesses individuais homogêneos dos indivíduos. Verifica-se, portanto, que não cabe ao sindicato com exclusividade a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos.

Como pode verificar-se, o artigo 8º, inciso III da Constituição da República abriga a legitimação autônoma e também a legitimação extraordinária ou substituição processual dos sindicatos. Ademais, ao assegurar que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”, a redação do dispositivo não foi clara o suficiente, ensejando discussões sobre a possibilidade ou não de existirem interesses individuais da categoria distintos dos interesses de seus integrantes.

Na realidade, o texto do artigo 8º, inciso III faz referência a interesses e direitos individuais atribuídos aos integrantes da categoria, e não interesses e direitos individuais da categoria. O legislador disse menos do que deveria, pois em vez de fazer referência a interesses “individuais da categoria” deveria ter feito referência a interesses e direitos “individuais de integrantes” da categoria. Mesmo assim, a falta de atenção do legislador não impede que se entenda que cabe ao sindicato a tutela de direitos e interesses coletivos e também a tutela de direitos e interesses individuais dos membros da categoria. O sindicato apenas estará legitimado para agir extraordinariamente ou como substituto processual em favor de seus membros quando atendido o requisito do artigo 5º, inciso XXI da CF (autorização voluntária) ou por meio de expressa autorização legal (artigo 8º, inciso III), existindo conexão de interesses. Tratando-se de interesses ou direitos coletivos e difusos, a legitimidade é autônoma.⁷⁴²

E no caso de defesa de direitos individuais puros oriundos da relação de trabalho a substituição processual dos sindicatos possui as seguintes características. *a) é autônoma* - o sindicato atua com independência em relação ao trabalhador; *b) é concorrente* - a legitimação do sindicato não elimina a do trabalhador; *c) é subsidiária* - a legitimação do

⁷⁴²BORBA, Joselita Nepomuceno. op. cit., p. 78.

sindicato necessita da omissão do trabalhador, o que se deve obter por meio da reação à comunicação sobre o ajuizamento da demanda pelo sindicato.⁷⁴³

No caso de tutela de interesses individuais puros, existe ainda o entendimento de que o sindicato realiza apenas representação processual, em que tutela direito alheio em nome alheio. Como exemplos desse posicionamento, cite-se o artigo 793⁷⁴⁴ e o artigo 195, § 2º⁷⁴⁵, ambos da CLT. A legislação permite que o sindicato atue em juízo na defesa de interesses individuais de qualquer integrante de sua categoria, mas para tanto, é necessária autorização específica do interessado por meio do mandato. Para realizar a substituição processual, todavia, prevalece o entendimento de que não há necessidade de autorização nesse sentido.⁷⁴⁶

Em que pese a divergência existente na doutrina sobre a substituição processual dos sindicatos constante no artigo 8º, inciso III do texto constitucional, na prática forense a atribuição de legitimidade às entidades sindicais para que tutelem interesses e direitos dos membros da categoria é de extrema importância. Constitui instrumento relevante para facilitar o acesso à Justiça principalmente nas hipóteses em que existam lesões a direitos de trabalhadores no curso da relação de emprego e que, por temerem o desemprego, não buscam de forma individual a cessação e o ressarcimento dos prejuízos causados pela lesão. Nessa medida, a substituição processual evita retaliações individuais do empregador contra o empregado, pois quem estará litigando é o sindicato e não os trabalhadores. Além disso, o instituto da substituição processual evita também decisões conflitantes no âmbito do Poder Judiciário sobre o mesmo tema discutido em juízo. Por fim, não se pode deixar de mencionar que a substituição processual feita pelo sindicato reduz o número de ações individuais distribuídas na Justiça do Trabalho, pois a entidade sindical, por meio de uma única ação, pode resolver vários conflitos, fato que logicamente, contribui também com a celeridade da tramitação das outras demandas judiciais.

A substituição processual realizada pelos sindicatos guarda relação também com a assistência jurídica oferecida aos integrantes da categoria. Isso porque as demandas que

⁷⁴³ LAURINO, Salvador Franco de lima. Questões atuais sobre a substituição processual. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 33, n. 60, p. 315-330, jan./jun. 2008.

⁷⁴⁴ Art. 793. A reclamação trabalhista do menor de 18 anos será feita por seus representantes legais e, na falta destes, pela Procuradoria da Justiça do Trabalho, pelo sindicato, pelo Ministério Público estadual ou curador nomeado em juízo.

⁷⁴⁵ § 2º - Arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.

⁷⁴⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*, cit., p. 408.

seriam ajuizadas pela entidade sindical por meio de advogados credenciados podem ter o mesmo efeito prático caso o sindicato, na qualidade de substituto processual, defenda em nome próprio o direito desses trabalhadores. Não há dúvidas de que essa situação diminui o trabalho dos próprios advogados do sindicato e reduz, inclusive, os custos com o acompanhamento da ação. Ademais, nada impede que os advogados dos sindicatos possam identificar problemas comuns que atingem os integrantes da categoria para tentar solucioná-los por meio de demandas em que essas entidades atuem como substitutos processuais. Isso consiste numa modalidade de prestação de assistência jurídica pelo sindicato distinta da assistência jurídica clássica prestada de forma individual, sendo evidente, portanto, as vantagens dessa modalidade relacionadas com os custos e o tempo gasto na defesa das causas judiciais individuais.

3.4.3. Outras formas de se prestar assistência jurídica

Após a verificação do tratamento que a Organização Internacional do Trabalho dispensa à liberdade sindical, a abordagem de suas dimensões, a influência do corporativismo na elaboração da legislação trabalhista no Brasil e o impacto que isso desempenha na questão da assistência jurídica prestada no âmbito da Justiça do Trabalho, a realidade dos fatos mostra que as entidades sindicais adotam basicamente dois métodos diferentes de trabalho para prestar assistência jurídica a seus representados.

O primeiro deles ocorre quando o sindicato possui uma equipe exclusiva de advogados contratados somente para trabalharem para os integrantes da categoria que a entidade representa. Nessa medida, esses advogados são empregados do próprio sindicato, pois são contratados para prestar serviços jurídicos que a entidade determina. O segundo método de trabalho, comumente praticado por grande parte dos sindicatos, consiste na realização de parcerias entre as entidades sindicais e escritórios de advocacia que são contratados pelos primeiros para prestarem os serviços de assistência jurídica aos integrantes da categoria. Por meio dessas parcerias, os sindicatos não mantêm advogados como seus empregados, mas continuam prestando assistência jurídica por meio de contratos de prestação de serviços celebrados com escritórios de advocacia.

Dessa maneira, para que pudesse ser verificada de forma mais detalhada o funcionamento de cada um desses dois métodos distintos de trabalho, foi realizado um estudo de caso concreto por meio de entrevistas com as seguintes entidades sindicais:

Sindicato dos Empregados no Comércio de Ribeirão Preto – Sincomerciários de Ribeirão Preto⁷⁴⁷ e o Sindicato dos empregados no comércio hoteleiro e similares de São Paulo e Região, conhecido como Sindicato dos trabalhadores em hotéis, apart hotéis, motéis, flats, pensões, hospedarias, pousadas, restaurantes, churrascarias, cantinas, bares, lanchonetes, sorveterias, confeitarias, docerias, buffets, fast-foods e assemelhados – Sinthoresp.⁷⁴⁸ Para oferecer os serviços de assistência jurídica aos integrantes da categoria representada, o Sincomerciário adota o modelo de parcerias com escritórios de advocacia enquanto que o Sinthoresp possui um corpo próprio de advogados. Essas entidades sindicais foram escolhidas em decorrência de cada uma delas adotarem um modelo diferente de prestação de assistência jurídica. O resultado e a análise das entrevistas podem ser conferidos a seguir.

3.4.3.1. Sinthoresp

O Sinthoresp é composto por 108.794 associados e representa aproximadamente 250.000 trabalhadores no Município de São Paulo e Região. A entrevista foi concedida no dia 01 de julho de 2011 pela gerente jurídica auxiliar da entidade, Dra. Patrícia Damásio Khalil Ibrahim. Foi aplicado o seguinte questionário à entrevistada:

- 1 - a assistência jurídica prestada resume-se apenas a questões trabalhistas? orientam ou ajuízam ações referentes, por exemplo, a questões previdenciárias, a acidente do trabalho, de direito de família?
- 2 – São utilizados outros advogados que não os do departamento jurídico do sindicato nos serviços que integram a assistência jurídica, por exemplo, advogados que só fazem audiência das reclamações ajuizadas, mas não são contratados da entidade?
- 3 – ajuízam demandas de trabalhadores que não são associados ao sindicato?
- 4 – orientam juridicamente trabalhadores que não associados ao sindicato?

⁷⁴⁷Base territorial: Altinópolis, Batatais, Brodowski, Cajuru, Cravinhos, Cássia dos Coqueiros, Dumont, Guataparã, Jardinópolis, Pradópolis, Ribeirão Preto, Santa Cruz da Esperança, Santo Antônio da Alegria, São Simão, Serra Azul e Serrana.

⁷⁴⁸Base territorial: São Paulo, Osasco, Guarulhos, Itapeverica da Serra, Atibaia, Barueri, Biritiba Mirim, Bom Jesus dos Perdões, Brás Cubas, Arujá, Caieiras, Cabreúva, Cajamar, Carapicuíba, Cotia, Embu, Embu-Guaçu, Ferraz de Vasconcelos, Francisco Morato, Franco da Rocha, Itapevi, Itaquaquecetuba, Jandira, Jordanésia, Juquitiba, Mairiporã, Mogi das Cruzes, Nazaré Paulista, Pirapora do Bom Jesus, Poá, Salesópolis, Santana do Parnaíba, Suzano, Taboão da Serra e Vargem Grande Paulista.

- 5 – ações relacionadas a greves, dissídios coletivos e aquelas em que o sindicato atua como substituto processual dos trabalhadores estão incluídas nos serviços jurídicos do departamento?
- 6 – como é feita a triagem dos trabalhadores para serem atendidos pela assistência jurídica?
- 7 - os trabalhadores atendidos pelos serviços de assistência têm que pagar alguma quantia a mais para o sindicato fora o valor da mensalidade ou da contribuição sindical?

O departamento jurídico do Sinthoresp conta com uma equipe de 50 advogados, 60 estagiários e mais de 9 mil processos ativos.⁷⁴⁹ Todos os advogados são contratados no regime da CLT, não sendo utilizado o serviço de nenhum outro profissional que não esteja contratado pelo sindicato para realizar as atividades relacionadas com o serviços de prestação de assistência jurídica. O departamento orienta juridicamente e ajuíza ações nas áreas de Direito do Trabalho, Direito Civil e também Direito Penal. Além disso, é esse mesmo departamento jurídico que cuida das ações relacionadas a greves, dissídios coletivos da categoria e as ações em que o sindicato atua como substituto processual dos trabalhadores.

Todos os integrantes da categoria representada pelo Sinthoresp, independente de serem ou não filiados à entidade, são atendidos pelo departamento jurídico do sindicato, recebendo orientação jurídica necessária e tendo suas demandas ajuizadas na Justiça. O único requisito para utilizar esses serviços é pertencer à categoria do sindicato. Assim, o sindicato não realiza nenhuma triagem dos interessados em receber os serviços de assistência jurídica, inexistindo qualquer critério vinculado à renda do trabalhador para ser contemplado pelos serviços do departamento jurídico, bastando que o indivíduo pertença à categoria abrangida pelo Sinthoresp.

Em relação à cobrança de valores dos integrantes da categoria pelo ajuizamento de ações por meio da assistência jurídica fornecida pelo sindicato, foi firmado um Termo de Compromisso e Ajuste de Conduta entre a entidade sindical e o Ministério Público do Trabalho, no dia 31 de março de 2011, no seguinte sentido. O sindicato pode cobrar taxa de manutenção do departamento jurídico na hipótese de o trabalhador não associado ao sindicato declarar que percebia salário superior ao dobro do mínimo nacional. O valor

⁷⁴⁹SINTHORESP. Disponível em: <<http://www.sinthoresp.org.br>>. Acesso em: 02 jul. 2011.

dessa taxa corresponde a 10% (dez por cento) dos créditos recebidos pelo trabalhador não associado em virtude de acordo ou sentença judicial, não abrangendo parcelas de FGTS levantados diretamente na Caixa Econômica Federal e valores pagos diretamente pelo INSS, inclusive seguro desemprego, os quais estarão isentos da taxa. Caso o trabalhador não associado obtenha, por qualquer motivo, declaração judicial no sentido de que recebia menos que 2 salários mínimos mensais, em acordo ou sentença, ficará isento do pagamento da taxa de manutenção do departamento jurídico, pois fará jus, neste caso, aos benefícios da Lei 5.584/70.⁷⁵⁰ O critério de dois salários mínimos foi estabelecido no TAC atendendo requisitos do artigo 2º, Lei nº 1.060/50 e artigo 14, § 1º, Lei nº 5.584/70 para a concessão de assistência jurídica. De outro lado, o trabalhador que é filiado ao Sinthoresp não é obrigado a pagar essa taxa de manutenção do departamento jurídico.

Nota-se, portanto, que o Termo de Compromisso e Ajuste de Conduta firmado entre o Ministério Público do Trabalho e o Sinthoresp não levou em consideração o conteúdo do artigo 592, II, “a” da CLT, pois permite que o trabalhador que receba mais de 2 salários mínimos seja cobrado pelo pagamento da assistência jurídica que recebe da entidade sindical, apesar de ser obrigado a pagar a contribuição sindical, destinada, entre outras finalidades, a custear a assistência jurídica prestada pelos sindicatos. É uma postura por parte do Ministério Público do Trabalho que causa certa estranheza, pois como será analisado posteriormente, restou acordada situação que prejudica o trabalhador na medida em que terá de pagar a contribuição sindical e ainda assim, caso receba mais de dois salários mínimos, deverá se privar de 10% das verbas que tem direito de receber na reclamação trabalhista em favor do sindicato. O ideal seria que os valores arrecadados por meio da contribuição sindical custeassem integralmente os serviços de assistência jurídica fornecidos pelo sindicato.

3.4.3.2. Sincomerciário

O Sincomerciário possui cerca de 4.000 associados e representa aproximadamente 30.000 empregados no comércio de Ribeirão Preto. A entrevista foi concedida pelo vice-presidente do sindicato, Sr. Oscar Gonçalves, no dia 04 de julho de 2011 na própria sede da entidade. Foi aplicado o seguinte questionário ao entrevistado:

⁷⁵⁰ PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Disponível em: <<http://www.prt2.mpt.gov.br/coord1/tacs.php>>. Acesso em: 02 jul. 2011.

- 1 - a assistência jurídica prestada resume-se apenas a questões trabalhistas? orientam ou ajuízam ações referentes, por exemplo, a questões previdenciárias, a acidente do trabalho, de direito de família?
- 2 – São utilizados outros advogados que não os do escritório parceiro para atender as solicitações do sindicato, por exemplo, advogados que só fazem audiência, mas não são contratados do escritório?
- 3 – ajuízam reclamações de trabalhadores que não são associados ao sindicato?
- 4 – orientam juridicamente trabalhadores que não associados ao sindicato?
- 5 – ações relacionadas a greves, dissídios coletivos e aquelas em que o sindicato atua como substituto processual dos trabalhadores estão incluídas nos serviços jurídicos fornecidos ao sindicato?
- 6 – como é feita a triagem dos trabalhadores para serem atendidos pela assistência jurídica?
- 7 - os trabalhadores atendidos pelos serviços de assistência têm que pagar alguma quantia a mais para o sindicato fora o valor da mensalidade ou da contribuição sindical?

De acordo com as informações fornecidas pelo dirigente do sindicato, apenas os problemas que envolvem potenciais causas trabalhistas e de acidente do trabalho são encaminhadas, em regime de revezamento, para um dos cinco advogados responsáveis pela assistência jurídica fornecida pela entidade. A elaboração das peças processuais, o acompanhamento de todos os prazos, bem como a realização de audiências são realizadas somente pelos advogados dos escritórios parceiros do sindicato, não existindo a contratação de profissionais não vinculados às parcerias para desenvolvimento de qualquer atividade inerente às demandas da assistência jurídica.

Além disso, por meio dessas parcerias, o sindicato orienta juridicamente e ajuíza reclamações trabalhistas de todos os trabalhadores que integram a categoria, independentemente de a pessoa ser ou não associada à entidade. Nesse contexto, não é realizado qualquer tipo de triagem para que esses trabalhadores possam ser atendidos, como, por exemplo, o estabelecimento de limite de renda auferida. Basta que o trabalhador pertença à categoria representada pelo sindicato para conseguir o atendimento prestado pela assistência jurídica do sindicato.

As parcerias entre o sindicato e os escritórios não engloba o ajuizamento de ações relacionadas a greves, dissídios coletivos e àquelas em que o sindicato atua como substituto processual, pois são ações mais complexas que as reclamações trabalhistas individuais ajuizadas normalmente. A defesa dessas demandas judiciais mais complexas é atribuição do departamento jurídico da Federação dos Empregados no Comércio do Estado de São Paulo.

Por fim, quanto à remuneração que os trabalhadores devam realizar em virtude do atendimento pela assistência jurídica, o sindicato não cobra de seus representados qualquer valor além da mensalidade e da contribuição sindical. Todavia, a remuneração dos advogados vinculados à parceria acontece da seguinte maneira: caso a reclamação trabalhista seja julgada improcedente, ou as partes firmem um acordo, há o pagamento ao advogado que propôs a demanda de valor desembolsado pelo sindicato. Esse valor não é repassado para o reclamante. De outro lado, na hipótese de a reclamação trabalhista ser julgada procedente e houver a condenação da parte contrária ao pagamento de honorários advocatícios, em virtude de o reclamante estar submetido à assistência sindical, nos moldes da súmula 219 do TST, o valor dos honorários é repassado para o sindicato, mas será descontado do trabalhador o valor correspondente a 5% das verbas que ele receber da reclamada para pagamento do advogado que patrocinou sua demanda.

Verifica-se, assim, no caso do Sindicomerciário de Ribeirão Preto, a situação em que os advogados que mantêm parceria com o sindicato utilizam o credenciamento sindical para descontarem parte das verbas que os reclamantes têm direito de receber pelo vínculo de trabalho que mantiveram com a reclamada. Fica configurado, portanto, prejuízo ao trabalhador, pois é obrigado a pagar a contribuição sindical, que por força do artigo 592, II, “a” da CLT deve custear serviços de assistência jurídica – como já mencionado -, e ainda se encontra privado de uma parcela dos direitos que lhe são reconhecidos em sentença judicial.

Essa conduta dos sindicatos e advogados identificada no Sindicomerciário de Ribeirão Preto, infelizmente, é comum entre outras entidades sindicais e escritórios de advocacia. Tal prática, inclusive, está sendo objeto de questionamentos na Justiça do Trabalho e nos tribunais de ética da Ordem dos Advogados do Brasil, como se passa a analisar no próximo item.

3.4.3.3. Sindicato e cobrança indevida de honorários advocatícios

A questão da concessão de honorários advocatícios no âmbito da Justiça do Trabalho e sua vinculação com a assistência judiciária foi tratada no capítulo II do trabalho. Como ficou demonstrado, o entendimento jurisprudencial que prevalece na Justiça Laboral para a concessão dos honorários advocatícios, em virtude da súmula 219, I e da orientação jurisprudencial 305 da SDI – 1 do Tribunal Superior do Trabalho, exige a existência simultânea de dois requisitos: o gozo do benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato. Configurando-se essa hipótese, os valores pagos pela parte sucumbente, no limite de até 15% da condenação, reverterem para o sindicato que está prestando a assistência ao reclamante.

Apesar disso, verifica-se, em alguns casos, o fato de os advogados atuantes na defesa dos trabalhadores beneficiados pela assistência judiciária prestada pelo sindicato exigirem dos reclamantes o pagamento paralelo de honorários advocatícios contratuais. Logo, esses profissionais são remunerados duas vezes pelo mesmo serviço: recebem do sindicato pela prestação de assistência judiciária a seus integrantes e recebem do trabalhador pelo patrocínio de sua demanda. Constata-se, então, que esses advogados se aproveitam do credenciamento realizado pelas entidades sindicais para a obtenção de pagamento adicional ao que já recebem pelo serviço de assistência judiciária.

Em complemento, cumpre enfatizar novamente que a contribuição sindical paga pelos trabalhadores aos sindicatos deve obrigatoriamente custear serviços de assistência jurídica, como está disposto no artigo 592, II, “a” da CLT. Assim, em virtude do pagamento da contribuição sindical, os trabalhadores não deveriam sofrer descontos das verbas que recebem pela procedência da reclamação trabalhista.

Essa situação, portanto, contraria frontalmente o objetivo do instituto do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal que é garantir ao necessitado a gratuidade integral da assistência jurídica. Por meio dessa prática realizada pelos advogados de alguns sindicatos, é evidente o prejuízo causado àquele que necessita dos serviços de assistência judiciária que, além de ter a obrigação de custear os serviços de assistência jurídica por meio da contribuição sindical, deixará de ganhar parte dos direitos reconhecidos judicialmente para remunerar o patrono da causa.

Nessa medida, o XV Conamat (Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) aprovou tese no sentido de estabelecer a incompatibilidade entre honorários contratuais e a assistência judiciária gratuita, conforme ementa abaixo:

“O art. 22 e seu §1º, da Lei 8.906/94 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil -, não autorizam advogado de sindicato, constituído nos termos do art. 14, da Lei 5.584/70, firmar, paralelamente, com o trabalhador, contrato de honorários, sob risco de, sistematicamente, lesar todo o propósito institucional da Assistência Judiciária Gratuita”.⁷⁵¹

O Ministério Público do Trabalho, na tentativa de coibir essa conduta, tem acionado o Judiciário por meio de ações civis públicas em face dos sindicatos que permitem essa cobrança de honorários advocatícios pelos advogados credenciados. Nessa medida, podem ser citados dois exemplos de sindicatos que foram condenados a responsabilizar-se integralmente pela remuneração dos profissionais que prestam assistência jurídica: o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias do Vestuário de Porto Alegre e o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Purificação e Distribuição de Água e em Serviços de Esgotos do Distrito Federal – SINDAGUA.

No caso do sindicato gaúcho, interessante destacar trecho da decisão judicial que condenou o sindicato, *in verbis*:

“Não se pensa aqui em afetar o trabalho dos advogados, retirando-lhes os honorários. Busca-se apenas que o sindicato (em cumprimento, aliás, de seu papel constitucional – art. 8º) arque com tais valores, em benefício dos trabalhadores que, além de serem necessitados, recebem na Justiça do Trabalho verbas de caráter alimentar a destempo (após o andar do processo), amargando por isto prejuízos evidentes, sendo ilegal e injusto descontar-lhes ainda valores devidos aos advogados que são credenciados em regime de monopólio e já recebem, por meio do sindicato, HAJ. Havendo desejo dos advogados no recebimento de verba além dos HAJ, devem tratar disto com o sindicato, não com o trabalhador necessitado que é, além de contribuinte obrigatório (contribuição sindical e contribuição assistencial) e de representado em regime de monopólio (unicidade). Considerado para tanto o que previsto no art. 592 da CLT, no seu inciso II, quanto à aplicação da contribuição sindical em “assistência jurídica”, esta colocada em primeiro lugar no texto de lei, antes de outras “assistências” ali mencionadas.” (grifo nosso)⁷⁵²

Alguns trechos da sentença que condenou o sindicato no Distrito Federal também merecem ser ressaltadas:

⁷⁵¹ CONAMAT. Disponível em: <<http://www.conamat.com.br/conamat/teses>>. Acesso em: 29 maio 2011.

⁷⁵² Autos nº. 0001432-51.2010.5.04.0007; 7ª vara do trabalho de Porto Alegre; Juiz Lenir Heinen; publicado em: 29.abr.2011.

“A razão teleológica da previsão legal para a cobrança desses honorários reside unicamente no fato de que a verba se reverte em favor do sindicato, para o custeio dessa prestação de serviços. Note-se que, quando a assistência judiciária é prestada pela Defensoria Pública, também há condenação em honorários advocatícios decorrentes da sucumbência (art. 11 da Lei 1.060/50), os quais logicamente se destinam ao erário público (não interessando, aqui, se são revertidos diretamente ou não ao defensor que atuou no caso).

Nesse raciocínio, tem-se que a previsão legal como que delega ao sindicato a função estatal de prestar assistência judiciária, com os ônus e os bônus a ela inerentes.

O problema está em que o reclamado aufere o bônus (os honorários de sucumbência são cobrados em todas as ações ajuizadas), mas se esquivava do ônus, qual seja, a prestação da assistência judiciária gratuita, porque o trabalhador ainda tem que pagar os honorários contratuais.

A par dessa conclusão, que seria suficiente a refutar a tese defensiva, tenho que a previsão da Lei 5.584 não se confronta com o modelo sindical previsto na Constituição de 1988. Apesar de estar previsto o princípio da liberdade sindical, existem limitações postas a ele no próprio texto constitucional. (...) Se os sindicatos auferem renda da contribuição sindical, a qual tem feição tributária, não se podem dizer completamente desvinculados do Estado. Mais uma vez, se o réu se beneficia da intervenção do Estado ao arrecadar a contribuição sindical de todos os empregados da categoria (sindicalizados ou não), não pode se furtar ao dever legalmente imposto de prestação da assistência judiciária gratuita.”(grifo nosso)⁷⁵³

Note-se que nas duas decisões judiciais destacadas, para garantir-se a assistência jurídica integral e gratuita devida pelos sindicatos em função da Lei 5.584/1970, é levado em consideração o fato de os trabalhadores, independentemente de serem ou não sindicalizados, arcarem com a contribuição sindical que, conforme determina o artigo 592, II, “a” da CLT, deve custear os serviços de assistência jurídica. A prática, portanto, dos advogados utilizarem-se do credenciamento sindical para obtenção de honorários contratuais pagos pelos trabalhadores é ilegal pela afronta dos dispositivos mencionados.

Convém salientar que essa conduta ilegal dos advogados e sindicatos acarreta consequências não apenas na esfera judicial, mas também na esfera administrativa da Ordem dos Advogados do Brasil. Dessa forma, o Tribunal de Ética da OAB/SP já proferiu decisão no seguinte sentido:

E-3.252/05 – DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SINDICATO
PROFISSIONAL – PATROCÍNIO DE ASSOCIADOS – PRESTAÇÃO
DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA CONTENCIOSA EM GERAL –

⁷⁵³ Autos nº. 0010600-50.2008.5.10.0017; 17ª vara do Trabalho de Brasília-DF; Juiz Maurício Westin Costa; publicado em: 25 abr. 2008.

COBRANÇA DE HONORÁRIOS DE TRABALHADORES ASSISTIDOS PELO SINDICATO – IMPOSSIBILIDADE I - A atividade dos advogados empregados que prestam serviços aos sindicatos está restrita aos interesses coletivos ou individuais da categoria. É a regra do art. 8º, inc. III, da Constituição Federal. A pretensão de tutela jurisdicional de outros interesses que não aqueles específicos da categoria só pode ser efetivada por áreas jurídicas totalmente desvinculadas dos departamentos jurídicos dos sindicatos, devendo abster-se de estender as atividades advocatícias a todos os interesses dos respectivos associados, evitando-se a captação de clientela. II - Não pode o advogado contratado pelo sindicato, em casos de assistência judiciária para ser o patrono assistente, cobrar honorários dos empregados assistidos, mesmo em caso de êxito da ação. Também, não pode haver cobrança de honorários ou taxas de manutenção dos não associados, pois existe norma legal para o custeio das despesas. Não pode atender em nome do sindicato todos os integrantes da categoria, à exceção da assistência judiciária gratuita. A prática de dirigir a um determinado advogado essa massa de clientes constitui inculca, captação de causas e clientes e concorrência desleal, seja através de plantão nas dependências do sindicato ou em eventual escritório particular. O art. 592 da CLT revela que a receita obtida pelo sindicato com a contribuição sindical deverá ser aplicada em parte na assistência judiciária, no âmbito da Justiça do Trabalho.(...) Diante dessas determinações legais, não é possível, na medida em que se afigura flagrantemente antiético, cobrar qualquer valor a qualquer título, muito menos serem cobrados honorários daqueles que são e que não são sócios.(grifo nosso).⁷⁵⁴

Nota-se, portanto, que a cobrança paralela de honorários contratuais dos beneficiários da assistência judiciária prestada pelos sindicatos viola o direito à assistência jurídica integral e gratuita assegurado pela Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, além de contrariar os preceitos éticos estabelecidos pela Ordem dos Advogados do Brasil. Os profissionais se beneficiam do manto do credenciamento sindical para obter honorários paralelos aos pagos pelos sindicatos praticando, assim, conduta antiética em prejuízo de todos aqueles trabalhadores que, em tese, mereciam ser protegidos pelas entidades sindicais. Assim, restam demonstrados elementos suficientes para que essa prática seja eliminada da sociedade.

⁷⁵⁴V.U., em 17/11/2005, da ementa e parecer do Relator Dr. JOÃO LUIZ LOPES – Revisor Dr. FABIO KALIL VILELA LEITE – Presidente Dr. JOÃO TEIXEIRA GRANDE. OAB/SP. TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA. *Melhores Pareceres*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/melhores-pareceres/>>. Acesso em: 31 maio 2011.

CONCLUSÕES

O direito à assistência jurídica é classificado como integrante da categoria dos direitos humanos e também como direito fundamental, sendo imprescindível à garantia das liberdades e demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais necessários ao desenvolvimento de Estado Democrático de Direito. Nessa medida, possui caráter instrumental, pois os cidadãos somente poderão lutar pela defesa de seus direitos fundamentais de maneira integral quando puderem, primeiro, ter acesso à assistência jurídica.

Além disso, constitui um direito prestacional de natureza social, cuja implementação dos serviços a serem oferecidos pelo poder estatal concretizadores de seu objeto está condicionada aos limites insculpidos no orçamento do Poder Público. Logo, está submetido ao limite da reserva do possível, mas deve funcionar simultaneamente como garantia dos direitos fundamentais, pois proporciona a proteção do mínimo existencial de cada um deles. Dessa maneira, compete ao Judiciário a missão de identificar em cada caso concreto a necessidade de proteção do mínimo existencial relacionado à garantia da assistência jurídica gratuita que, na hipótese de não ser assegurada, colocará em risco a liberdade real daquele indivíduo que se mostre carente dessa prestação estatal e, ao mesmo tempo, prejudicará a busca pela eliminação de desigualdades econômicas e sociais das partes no processo.

Convém destacar ainda que apesar de a Constituição Federal de 1988 estabelecer que a Defensoria Pública é o órgão responsável por prestar assistência jurídica na forma de seu artigo 5º, inciso LXXIV, os dados apresentados no segundo capítulo da presente dissertação demonstram que a atuação da Defensoria Pública da União perante os órgãos da Justiça do Trabalho é praticamente inexistente, fato que impede a efetivação de direitos trabalhistas e conexos de milhões de pessoas que precisam acionar esse ramo do Judiciário. Essa situação demonstra a ausência de investimentos e, conseqüentemente, de interesse por parte do Governo Federal na estruturação dos quadros da Defensoria Pública da União.

Por essa razão, o instituto do *jus postulandi*, apesar de não consistir em instrumento apropriado de acesso ao Poder Judiciário e garantia da igualdade entre as partes no processo, ainda compreende meio necessário apto a garantir que trabalhadores necessitados levem à análise da Justiça o conteúdo de suas demandas.

Em contrapartida, apesar de o dever constitucional de prestar assistência jurídica às pessoas carentes pertencer à Defensoria Pública, aos sindicatos é atribuída, pela Lei nº. 5.584/1970, a incumbência concorrente pela prestação da assistência jurídica aos trabalhadores carentes.

Além dos obreiros, conclui-se ser plenamente possível a concessão do benefício da justiça gratuita e reconhecida a assistência jurídica aos empregadores, seja pessoa física ou pessoa jurídica, em função de a Lei nº. 1.060/1950 definir como necessitado todos aqueles que não reúnam condições de arcar com as custas do processo e os honorários advocatícios. Isso inclui perfeitamente a situação de empregadores necessitados, desde que, evidentemente, comprovem os requisitos exigidos na lei. É necessário, assim, que o magistrado atue com cautela para conceder tal pedido, exigindo, se necessário, diligências para verificar a realidade da empresa.

Quanto à vinculação da prestação da assistência jurídica na esfera da Justiça Laboral às entidades sindicais, tal fato é resultado da mentalidade corporativista que impregnou a construção do modelo sindical pátrio e que ainda persiste na ordem jurídica nacional, mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988. Essa atribuição, por não respeitar a liberdade das entidades sindicais em decidirem quais atividades devem ser fornecidas a seus representados, viola frontalmente a liberdade de exercício de funções sindicais. Em razão disso, sugere-se a revogação dos dispositivos legais que obrigam o sindicato a oferecer assistência jurídica aos trabalhadores necessitados.

Ainda em relação à assistência jurídica prestada pelos sindicatos, deve-se ponderar que enquanto a contribuição sindical compulsória for mantida no sistema jurídico brasileiro, essa assistência será um dever a ser cumprido pelas entidades sindicais, sendo fornecida em caráter não exclusivo, pois a atribuição legal para prestá-la no âmbito da Justiça do Trabalho é da Defensoria Pública da União. Isso não impede, entretanto, que outras instituições, como, por exemplo, os escritórios modelos das Faculdades de Direito, possam contribuir para o atendimento daqueles que necessitam da assistência jurídica.

Ademais, enquanto existir o pagamento compulsório da contribuição sindical, os trabalhadores beneficiados com a assistência jurídica oferecida por seu sindicato não devem ser obrigados a custear os serviços realizados por advogados credenciados pela entidade sindical. É condenável a prática de advogados que se utilizam desse credenciamento para ganhar honorários advocatícios adicionais aos honorários

sucumbenciais. O Poder Público, principalmente por meio do Ministério Público do Trabalho, e a Ordem dos Advogados do Brasil devem estar atentos e fiscalizar todas as denúncias que envolvem a ocorrência dessa prática.

Portanto, na hipótese de a contribuição sindical obrigatória ser extinta, não haverá mais fundamento para exigir-se das entidades sindicais a prestação da assistência jurídica. Caso isso aconteça, a prestação de serviços de assistência jurídica de qualidade será um dos fatores que atrairá mais filiados aos sindicatos, demonstrando sua capacidade cada vez maior de lutar por melhores condições de vida e de trabalho para seus representados.

Quanto aos honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho, verificou-se que seu pagamento pelo vencido tem o papel primordial de assegurar um julgamento justo, com a reparação completa do dano suportado pela parte vencedora, geralmente o trabalhador, impedindo que seja obrigado a abdicar de parcela de seu crédito alimentar para custear os honorários de seu advogado. Entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho insiste em vincular a concessão desses honorários à assistência sindical da parte e ao gozo do benefício da justiça gratuita, situação que deve continuar, corajosamente, a ser combatida pelos advogados e magistrados atuantes nesse ramo do Judiciário.

Em relação à liberdade sindical, deve-se ressaltar, quanto ao critério das funções dos direitos fundamentais, que possui natureza tanto de direito de defesa como direito à proteção. Essa natureza dúplice da liberdade sindical é evidente quando se verifica sua consagração de forma simultânea no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Além disso, digno de elogio é o fato de a liberdade sindical encontrar-se protegida entre os direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988. Entretanto, da mesma forma que essa liberdade foi elevada ao grau máximo de proteção no ordenamento jurídico nacional, como previsto no art. 8º, caput, os incisos desse dispositivo constitucional delimitaram as condições em que ela poderia ser exercida. Dessa maneira, o Constituinte deixou de assegurar a liberdade sindical de forma plena, como prescreve a Organização Internacional do Trabalho, por meio da Convenção n. 87.

Cumprе enfatizar ainda que a função assistencial não prejudica o exercício das outras funções sindicais, em especial as funções de representação e negocial que são funções essenciais aos sindicatos, pois a atividade prestacional sempre existiu desde a origem das entidades sindicais e isso não impediu seu desenvolvimento. Além disso, em decorrência da complexidade que a sociedade contemporânea assumiu, é interessante,

inclusive, que as organizações sindicais atendam, por meio de serviços assistenciais, outras necessidades das pessoas, empregadores e trabalhadores, que não apenas as relacionadas com a melhoria das condições de trabalho. Seria interessante, por exemplo, devido ao aumento expressivo de problemas psíquicos ocorrido nos últimos anos, que os sindicatos oferecessem serviços de profissionais como os psicólogos.

No entanto, em um contexto em que a liberdade sindical prevalece de forma integral e plena, o que não pode acontecer é o Estado, por meio de sua legislação, impor às entidades sindicais a prestação desses serviços assistenciais, pois elas devem ter liberdade suficiente para que seus integrantes decidam livremente quais serviços lhes são mais úteis. Assim, a liberdade para formulação do programa de ação dos sindicatos prevista na Convenção n. 87 da OIT estará sendo respeitada e as entidades sindicais poderão avaliar, de acordo com suas possibilidades financeiras e as reais necessidades de seus membros, quais serviços efetivamente devem ser fornecidos.

Nesse sentido, sobre a aplicação da multa prevista no artigo 553 da CLT aos diretores das entidades sindicais que não fornecerem assistência jurídica a seus representados, deve-se ponderar que num contexto de liberdade sindical plena, seria totalmente incabível o estabelecimento dessa penalidade, pois é proibida ao Estado a realização de qualquer interferência na vida dos sindicatos. Todavia, no Brasil, mais uma vez em razão da contribuição sindical obrigatória, o sindicato possui o dever de prestar a assistência jurídica, inclusive no momento da rescisão contratual do trabalhador. Infelizmente, portanto, a aplicação dessa multa ainda continua em vigor.

Por fim, conclui-se que apesar de a liberdade de exercício de funções sindicais encontrar-se mutilada pela legislação nacional, compete ao Poder Público organizar a estrutura necessária ao fornecimento da assistência jurídica integral às pessoas carentes, tornando a assistência prestada pelas entidades sindicais uma via alternativa àqueles que não quiserem ser atendidos pelos órgãos governamentais. Assim, apenas a partir da estruturação da Defensoria Pública pelo Poder Público, o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita será respeitado completamente, o que assegurará a igualdade entre as partes no processo e a consequente garantia da efetivação de seus direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; AFFONSO MELLADO, Carlos L.; BLASCO PELLICER, Ángel; GOERLICH PESET, José M. *Derecho procesal laboral*. 7. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

ALMEIDA, Ísis de. O *jus postulandi* das partes na justiça do trabalho e os princípios básicos do direito do trabalho. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 85-89, 1995.

_____. *Manual de direito processual do trabalho*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: LTr, 1997.

ALONSO OLEA, Manuel; MIÑAMBRES PUIG, Cesar. *Derecho procesal del trabajo*. 10. ed. rev. Madrid: Civitas, 1999.

ALVES, Cleber Francisco. O percurso histórico da consolidação do direito de acesso igualitário à justiça no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 184, p. 329-362, jun. 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRIGHI, Nancy, FOLEY, Gláucia Falsarella. Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 jun. 2008. Tendências e Debates.

APENAS 10 cidades do Cariri têm Defensoria Pública. *Diário do Nordeste*, 05 out. 2010. Disponível em: <<http://diarionordeste.globo.com/materia.asp?codigo=862189>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: imperialismo, a expansão do poder*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1976.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE DEFENSORES PÚBLICOS. Disponível em: <<http://www.apadep.org.br/>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 4. ed. 2. impr. Rio de Janeiro; Porto Alegre; São Paulo: Globo, 1962.

BARROS, Cássio Mesquita. Liberdade sindical. In: FREDIANI, Yone; GRANZOTO, Jane (Coords.). *O direito do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2001.

BARROS, Cássio Mesquita. Liberdade sindical – as Convenções e outros instrumentos da OIT sobre liberdade sindical – mecanismos de promoção e controle – direitos sindicais e liberdades civis. In: GALVÃO JÚNIOR, Juraci; AZEVEDO, Gerson de (Coords.). *Estudos de direito do trabalho e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERIZONCE, Roberto Omar. Asistencia jurídica a los carentes de recursos: de la ayuda caritativa a la cobertura integral de carácter social. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 106-113, jan./mar. 1987.

_____. Coloquio sobre la administración de justicia en Iberoamérica: algunos obstáculos al acceso a la justicia. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Santa Fé de Bogotá, v. 2, n. 12/13, p. 11-38, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

BORBA, Joselita Nepomuceno. *Efetividade da tutela coletiva*. São Paulo: LTr, 2008.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2003.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTELLS, Antoni; BOSCH, Núria. El futuro del Estado del Bienestar: algunas líneas de reflexión. In: _____. (Dirs.). *El futuro del Estado del bienestar*. Madrid: Civitas, 1998.

CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical*. São Paulo: LTr, 1977.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 3, p. 289-300, 2003.

COMISSÃO PARA IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202006-54.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONAMAT. Disponível em: <<http://www.conamat.com.br/conamat/teses>>. Acesso em: 29 maio 2011.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Resolução nº. 35/2007. Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br/legislacao/resolucoes.html>>. Acesso em: 08 out. 2010.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 99, 2004.

COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos. In: *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Editores del Porto, 2003.

CRIVELLI, Ericson. *Democracia sindical no Brasil*. São Paulo: LTr, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O que são direitos humanos? Direitos humanos: noção e significado. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/oquee/oquedh.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

DAVIDSON, J. S. East versus west: human rights and cultural difference. *Canterbury Law Review*, v. 8, p. 37-53, 2001-2002.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Dhnet*. Disponível: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

DEFENSORES afirmam que OAB-SP quer constrangê-los. *Conjur*, 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-22/defensores-publicos-afirmam-oab-sp-constrange-los>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

DEFENSORES pedem baixa na OAB-SP, que ameaça. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-16/defensores-publicos-paulistas-pedem-desligamento-oab-sp>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DJI: Índice Fundamental do Direito. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_425.htm>. Acesso em: 18 dez. 2010.

DONATO, Messias Pereira. Contribuições sociais e assistência jurídica. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 14, n. 79, p. 23-26, set. 1992.

_____. Princípios do direito coletivo do trabalho. *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 71, n. 12, p. 1418-1424, dez. 2007.

DUNNING, Harold. Orígenes del convenio num. 87 sobre libertad sindical y derecho de sindicación. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 117, n. 2, p. 167-187, 1998.

EREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

ERMIDA URIARTE, Oscar. *Sindicatos en libertad sindical*. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1985.

ESPANHA. Constituição. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2010.

EUR-LEX. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:PT:NOT>>. Acesso em: 27 maio 2011.

FARIA, José Eduardo. *O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: algumas notas sobre suas condições de efetividade*. In: PIOVESAN, Flávia (Coord). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria pública, direito fundamental à saúde, mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, v. 2, p. 411-441, jul./dez. 2008.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. El derecho de los derechos humanos. In: _____ (Coord.). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Paraueillos del Jarama; Editorial Dilex, 2003.

FERRAZ, Octavio L. M. Poverty and human rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 3, p. 585-603, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIORAVANTE, Tamira Maira. *Sindicato, educação e liberdade*. São Paulo: LTr, 2008.

FRASCATI, Jacqueline Sophie Periotto Guhur. A força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais a prestações: apontamentos para um debate. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 48, n. 1/2 p. 395-447, 2007.

FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. Mediação de conflitos: (justiça pública não-judiciária e promoção da cultura da paz). *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 205-254, jul./dez. 2006.

_____. Outro século de corporativismo sindical no Brasil? *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 26, n. 100, p. 59-66, out./dez. 2000.

GALANTER, Marc. Access to justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urb. L. J.* v. 37, p. 115-128, 2010.

GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIUGNI, Gino. *Derecho sindical*. Mario Giovanni Garofalo e Francesco Liso (colab.), José Vida Soria e Jaime Montalvo Correa (trad.). Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.

_____. *Direito sindical*. Mario Giovanni Garofalo e Pietro Curzio (colab.), Eiko Lucia Itioka (trad.), José Francisco Siqueira Neto (rev.). São Paulo: LTr, 1991.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Consulta*. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2957>>. Acesso em: 05 jul. 2010.

_____. *Das class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. In: MILARÉ, Édís (Coord). *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

III DIAGNÓSTICO DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL. Disponível em: <www.defensoria.sp.gov.br>. Acesso em: 05 ago. 2010.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa*. Adoptada pela Conferência Internacional do Trabalho na 97ª Sessão, Genebra, 10 de Junho de 2008. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/resolucao_justicasocial.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2010.

ITURRASPE, Francisco. La libertad sindical y el derecho de sindicación. *Revista de la Facultad de Ciencias Juridicas y Politicas*. Caracas, v. 36, n. 81, p. 173-185, 1991.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. t. 1.

JUSCLIP. Disponível em: <<http://jusclip.com.br>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

KINLEY, David. Human rights fundamentalisms. *Sydney Law Review*, Sydney, v. 29, p. 545-576, 2007.

LASTRA LASTRA, José Manuel. La libertad sindical. *Boletin Mexicano de Derecho Comparado*. México, v. 33, n. 98, p. 695-723, ene./abr. 2000.

LAURINO, Salvador Franco de lima. Questões atuais sobre a substituição processual. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 33, n. 60, p. 315-330, jan./jun. 2008.

LEI nº 968 de 06 de maio de 2009 de Pinhais. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/717335/lei-968-09-pinhais-pr>>. Acesso em: 26 maio 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.

LEVY, Maurício Rodrigo Tavares. *Mediação de conflitos trabalhistas e promoção de direitos humanos*. 2009. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

LOPES, Glaucia Gomes Vergara; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Cadernos de direito processual do trabalho*, 5: audiência, conciliação, assistência judiciária gratuita. São Paulo: LTr, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

MAGANO, Octavio Bueno. Contribuição confederativa. In: _____. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 4.

_____. Contribuições sindicais. In: _____. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 4.

_____. *Manual de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1993. v. 3.

MALLET, Estêvão. Acesso à justiça no processo do trabalho. *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 60, n. 11, p. 1469-1473, nov. 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MANOILESCO, Mihail. *O século do corporativismo: doutrina do corporativismo integral e pura*. Trad. Azevedo Amaral. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARKS, Stephen P. The past and future of the separation of human rights into categories. *Maryland Journal of International Law*, v. 24, p. 209-243, 2009.

MARRUL, Indira Bastos. O fortalecimento da indivisibilidade dos direitos humanos no sistema interamericano: efetiva garantia para o direito à educação. *Revista IIDH: Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, n. 36, p. 39-73, jul./dez. 2002.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del trabajo*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELO, André Luis Alves de. Os municípios e o dever de assistência jurídica. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=38>>. Acesso em: 26 maio 2011.

MESSITTE, Peter. Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 392, p. 399-412, 1968.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Reforma do Judiciário. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/reforma/data/Pages/MJ123F2D72ITEMID6DD8023789EE4DE69B639AEAAE6ABC03PTBRIE.htm>>. Acesso em 16 jun. 2011.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/delegacias/mg/mg_serv_regsind.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971. t. 5.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. t. 4.

_____. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Humberto Peña de. Democratização do acesso à justiça: assistência jurídica e defensoria pública. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Org). *Justiça: promessa e realidade. O acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 154-174, 1993.

_____. O direito à assistência jurídica. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 5, p. 122-137, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. As centrais sindicais e as modificações de 2008. *LTr: legislação do trabalho. Suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 44, n. 8, p. 219-228, 2008.

_____. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Curso de direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Do corporativismo para a autonomia coletiva. *LTr: legislação do trabalho. Suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 31, n. 1, p. 1-2, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos – um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 151-160, fev. 2000.

NOCKLEBY, John T. Access to justice: it's not for everyone. *Loyola of Los Angeles Law Review*, v. 42, p. 859-868, 2008-2009.

OAB/SP. TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA. *Melhores Pareceres*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/melhores-pareceres/>>. Acesso em: 31 maio 2011.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de derecho sindical*. Madrid: Tecnos, 1998.

OLIET PALA, Alberto. Neocorporativismo, Estado y administracion laboral. *Revista de Trabajo*. Madrid, n. 95, p. 31-82, jul./sept. 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 32/130 da Assembleia Geral da ONU de 1977. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/32/ares32.htm>>. Acesso em: 27 maio 2010.

_____. Resolução 39/145 da Assembleia Geral da ONU de 1984. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/39/list39.htm>>. Acesso em: 27 maio 2010.

_____. Resolução 41/117 da Assembleia Geral da ONU de 1986. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/41/list41.htm>>. Acesso em: 27 maio 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.oit.org.br>>. Acesso em: 09 out. 2011.

_____. A Liberdade Sindical - Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Brasília: OIT, 1997.

_____. Promovendo o trabalho decente. Disponível em: <http://www.oit.org.br/info/publ_result.php>. Acesso em: 30 nov. 2010.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Resolución de 1970 sobre los Derechos Sindicales y su Relación con las Libertades Civiles. Disponível em: <http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=1481:resolucie-1970-sobre-los-derechos-sindicales-y-su-relacion-las-libertades-civiles&catid=236:marco-normativo-libsint&Itemid=1262>. Acesso em: 29 out. 2010.

PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: <<http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo2/2pidcp.html>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos; ALVARES DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1994.

PASQUALUCCI, Jo M. The right to a dignified life (vida digna): the integration of economic and social rights with civil and political rights in the Inter-American Human Rights System. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 31, p. 1-32, 2008.

PERONE, Giancarlo. A liberdade sindical na Itália. In: In: FREDIANI, Yone; ZAINAGLI, Domingos Sávio (Coords.). *Relações de direito coletivo Brasil – Itália*. São Paulo: LTr, 2004.

PINTO, Robson Flores. A garantia constitucional da assistência jurídica estatal aos hipossuficientes. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 101-119, abr./jun. 1993.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 24, n. 53, p. 15-39, 2001.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIRES, Eduardo Rockenbach. O direito fundamental à assistência jurídica gratuita e a súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*, Campo Grande, n. 11, p. 81-89, 2006.

PORTUGAL. Constituição. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Defensoria pública e direito à saúde. *Revista da Defensoria Pública*, v. 2, ano 1, n. 1, p. 363-375, jul./dez. 2008.

PREFEITURA DE PORTO ALEGRE. Assistência Jurídica. Disponível em: <http://www.portoalegre.rs.gov.br/pol_social/Fasc/atendimento.htm>. Acesso em: 07 jun. 2011.

PREFEITURA DE RECIFE. Justiça cidadã. Disponível em: <http://www.recife.pe.gov.br/2007/06/28/mat_144741.php>. Acesso em 07 jun. 2011.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 11 jan. 2011.

PRIETO ALVAREZ, Anselmo. O Estado democrático de direito e a assistência jurídica integral e gratuita. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 61/62, p. 115-152, jan./dez. 2005.

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Disponível em: <<http://www.prt2.mpt.gov.br/coord1/tacs.php>>. Acesso em: 02 jul. 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REZENDE, Roberto Vieira de Almeida. Assistência judiciária gratuita e *due process of law*: breve estudo das perspectivas de acesso ao Poder Judiciário trabalhista. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ADVOCACIA PÚBLICA, Instituto de Advocacia Pública. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. Acesso à Justiça no Estado democrático de direito. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, v. 2, n. 1, p. 377-410, jul./dez. 2008.

ROCHA, Alexandre Lobão. A garantia fundamental de acesso do pobre à justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 128, p. 127-137, out./dez. 1995.

RODRIGUES, Leôncio Martins. *Partidos e sindicatos*. São Paulo: Ática, 1990.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do contrato social*: princípios do direito político. 2 ed. rev. Da tradução e comentários de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

_____. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SALA FRANCO, Tomás. MONTESINOS, Ignacio Albiol. *Derecho sindical*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O acesso à justiça. In: Associação dos Magistrados Brasileiros (Org.). *Justiça: promessa e realidade o acesso à justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. São Paulo: LTr, 2003.

SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

_____. Lei Orgânica do Município de São Paulo. Disponível em: <<http://www.camara.sp.gov.br>>. Acesso em: 29 jul. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 25, n. 55, p. 29-74, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2003.

SCHUBSKY, Cássio (Org.). *Escola de Justiça: história e memórias do Departamento Jurídico XI de Agosto*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; Departamento Jurídico XI de Agosto, 2010.

SENATO DELLA REPUBBLICA. Costituzione. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2010.

SILVA, Floriano Correa Vaz da. O acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, p. 17-30, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

SILVA, Otavio Pinto e. Assistência judiciária na Justiça do Trabalho. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 59, p. 27-30, jun. 2000.

_____. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. A questão da liberdade sindical. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; COOREIA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). *Curso de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. 3.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). *Curso de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. 3.

_____. *Crise de representatividade e participação dos sindicatos em políticas ativas de emprego*. 2001. Tese (Titular de Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

_____. Direito do trabalho brasileiro: principais aspectos de sua evolução histórica e as propostas de modernização. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 69, n. 2, p. 120-138, jul./dez. 2003.

_____. Institucionalização os órgãos de advocacia pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ADVOCACIA PÚBLICA, Instituto de Advocacia Pública, São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. Liberdade sindical no contexto dos direitos humanos: a experiência da OIT. *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 205-222, jan./jun. 2006.

_____; FIORAVANTE, Tamira Maira; MASSONI, Túlio de Oliveira. Liberdade sindical e direitos humanos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília, v. 16, n. 31, p. 47-66, mar. 2006.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; MASSONI, Túlio de Oliveira; FIORAVANTE, Tamira Maira; QUINALHA, Renan Honório. Reforma sindical: o problema das centrais sindicais. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO TRABALHO, 48., São Paulo, 2008. *Jornal do Congresso...* São Paulo: LTr, 2008.

SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. Os desafios da educação em direitos humanos: entre a singularidade e a universalidade. *Verba Júris*: anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, v. 5, n. 5, p. 109-126, 2006.

SINTHORESP. Disponível em: <<http://www.sinthoresp.org.br>>. Acesso em: 02 jul. 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Honorários advocatícios e *jus postulandi*. *LTr*: legislação do trabalho. Suplemento trabalhista, São Paulo, v. 34, n. 193, p. 925-927, 1998.

_____. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA, Francisco Martins de. *Raízes teóricas do corporativismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

SOUZA, Mauro Cesar Martins de. Assistência judiciária na esfera trabalhista. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 30, n. 113, p. 13-24, jan./mar. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito à saúde, o mínimo existencial e a Defensoria Pública. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, p. 267-277, jul./dez. 2008.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br>>. Acesso em: 25 maio 2011.

_____. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br>>. Acesso em: 08 out. 2010.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO. Disponível em: <http://www.trt14.jus.br/Documentos/Ata_da_Correicao_no_TRT_2011.PDF>. Acesso em: 25 maio 2011.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2011.

_____. Corregedoria. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/corregedoria_2009>. Acesso em: 25 maio 2011.

_____. Relatório Geral da Justiça do Trabalho – 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2011.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Assistência Judiciária. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_aid/legal_aid_ita_pt.htm>. Acesso em: 15 out. 2010.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Problemas de direito sindical*. Rio de Janeiro: Max Limonad, [1943].

VIDAL NETO, Pedro. *Estado de Direito: direitos individuais e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1979.

VIEIRA, Evaldo Amaro. *Oliveira Vianna e o Estado corporativo: um estudo sobre corporativismo e autoritarismo*. São Paulo: Grijalbo, 1976.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Assistência jurídica integral e gratuita, tutela constitucional e concessão do benefício. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, n. 14, p. 87-100, abr./jul. 1996.

VILLASMIL PRIETO, Humberto. Introducción a la libertad sindical. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Universidade Central de Venezuela, Caracas, v. 39, n. 91, p. 225-270, 1994.

VILLAYERDE, João. Lula levou getulismo ao extremo. [Lula e o getulismo, entrevista no jornal Valor com Ricardo Antunes]. *Adriano Nascimento*. Disponível em: <<http://adrianonascimento.webnode.com.br/news/lula-e-o-getulismo-entrevista-no-jornal-valor-com-ricardo-antunes/>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

WINTERS, Glenn R. Why I believe in legal aid: equal justice for all in America. *American Bar Association Journal*, v. 43, p. 617-620, 1957.