

A DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO TRABALHISTA

**COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
À AMPLA DEFESA E AO ACESSO À JUSTIÇA**



RAQUEL HOCHMANN DE FREITAS

*Juíza do Trabalho do TRT da 4ª Região.
Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela PUC-RS.
Mestre em Direito Público pela PUC-RS.*

**A DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO TRABALHISTA
COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
À AMPLA DEFESA E AO ACESSO À JUSTIÇA**

LTR[®]



EDITORA LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-001
São Paulo, SP — Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Setembro, 2015

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: GRAPHIEN DIAGRAMAÇÃO E ARTE
Projeto de Capa: FABIO GIGLIO
Impressão: PIMENTA GRÁFICA E EDITORA

versão impressa — LTr 5335.4 — ISBN 978-85-361-8545-3
versão digital — LTr 8810.5 — ISBN 978-85-361-8613-9

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Freitas, Raquel Hochmann de

A defensoria pública no âmbito trabalhista como forma de efetivação dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao acesso à justiça / Raquel Hochmann de Freitas. — São Paulo: LTr, 2015.

Bibliografia.

1. Ação civil — Brasil 2. Ação pública — Brasil 3. Acesso à justiça 4. Defensoria pública 5. Direito constitucional 6. Direitos fundamentais 7. Interesses coletivos (Direito) I. Título.

15-07684

CDU-342.7:347.926(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Defensoria pública : Direitos
fundamentais : Direito constitucional
342.7:347.926(81)

Dedico este trabalho aos meus pais, Juarez e Vanda, suportes sempre presentes em minha vida e fontes da minha inspiração, e à minha irmã, Isis, pelas críticas construtivas.

Dedico também a duas mulheres amadas, Adiles e Regina, in memoriam, porque delas aprendi o sentido das palavras determinação, força e coragem.

Agradeço a Deus, sempre.

Agradeço à minha orientadora, Prof^a. Dra. Denise Pires Fincato, incansável na atenção despendida, exemplo de conhecimento e generosidade, luz que guiou o caminho da realização deste trabalho.

Agradeço a todos os professores do mestrado cuja dedicação e amor pelo conhecimento conquistaram minha maior admiração, especialmente ao Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, exemplo e razão da minha incansável busca pelo saber, ao Prof. Dr. Sérgio Gilberto Porto, pelo humor fascinante e por ser o responsável por me fazer amar, ainda mais, o Processo Civil, e ao Prof. Dr. Gilberto Stürmer, responsável por, ainda na graduação, alimentar a minha paixão pelo Processo do Trabalho e definir toda a minha futura escolha profissional.

Agradeço à Caren Andrea, incansável na Secretaria do PPGD, sempre atenciosa e de um coração imenso.

Agradeço aos meus queridos colegas de mestrado que foram, sem exceção, sensacionais no convívio e na amizade.



Sumário

Prefácio — José Felipe Ledur	11
Introdução	15
1. Anotações sobre o acesso à justiça e sua fundamentalidade ..	21
1.1. Breves apontamentos acerca dos direitos fundamentais	21
1.2. Breves apontamentos acerca dos limites dos direitos fundamentais	35
1.3. A ampla defesa e o acesso à justiça como direitos fundamentais	40
2. A defensoria pública: origens e importância	49
2.1. Defensoria pública: breves considerações	49
2.2. A questão das lides trabalhistas e suas peculiaridades	54
2.3. Defensoria pública no Brasil. Lei Complementar n. 80/94.....	59
2.4. O paradigma europeu: uma tendência?	63
2.4.1. O modelo Italiano. A questão da Defensoria Pública	68
2.5. A efetiva atuação da Defensoria Pública da União em matéria trabalhista no Brasil	71
3. A defensoria pública como alternativa à assistência sindical...	77
3.1. Previsão legal e situação atual para assunção das competências previstas	77
3.2. Questões orçamentárias e outras considerações	78
Conclusão	93
Referências Bibliográficas	97



Prefácio

Sinto-me honrado em apresentar aos leitores o livro “A defensoria pública no âmbito trabalhista como forma de efetivação dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao acesso à justiça”, de Raquel Hochmann de Freitas, juíza do trabalho e mestre em Direito. A obra justamente se origina da dissertação de mestrado, e nela a autora desenvolve reflexões que certamente concorrerão à abertura do espírito, tanto dos profissionais da área jurídica como dos agentes políticos em geral, para o comando constitucional emergente do art. 134 da Constituição Federal, dirigido a assegurar, por meio da Defensoria Pública, o acesso efetivo à prestação estatal clássica que é a Justiça. Como juíza do trabalho que combina sua prática laboral com a teoria jurídica, Raquel defende que a prestação estatal por esse meio é devida tanto a trabalhadores com insuficiência de recursos quanto a pequenos empregadores em idêntica situação.

A autora rememora as bases jurídico-constitucionais em que está assentado o direito de todo cidadão, inclusive daquele que mantém ou manteve relação de emprego, de se defender ante o Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição) quando não dispuser dos meios materiais para esse fim, segundo a regra jusfundamental prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição. Trata-se do conhecido direito de acesso à Justiça, um dos pilares do Estado de Direito. De fato, consoante a dogmática jurídico-constitucional mais atualizada em que Raquel lança bases para empreender a análise do tema central de sua obra, os direitos fundamentais não se circunscrevem a posições jurídico-subjetivas do indivíduo em face do Estado. Ao lado dessas posições subjetivas, a dimensão jurídico-objetiva dos

direitos fundamentais, enquanto expressão de princípios e valores jurídicos essenciais da comunidade, irradia seus efeitos sobre o ordenamento jurídico em geral, cabendo ao legislador e ao intérprete atuação voltada à concretização dos direitos fundamentais. Segundo referida dogmática, o Estado está obrigado a proteger posições jurídicas de indivíduos fragilizados, inclusive em face do poderio de forças econômicas e sociais. É nesse contexto que a autora situa o direito ao acesso à Justiça, esta compreendida não só como instância que soluciona litígios, mas, sobretudo, como valor que materializa o próprio acesso aos direitos individuais e sociais essenciais ao viver com dignidade. E a Defensoria Pública justamente vem a ser o órgão mediante o qual o Estado está obrigado a garantir o exercício do direito fundamental de liberdade que vem a ser a busca da tutela estatal em face de lesão ou ameaça a direito, não importa qual a sua origem.

Em seu propósito de situar os contornos jurídicos em que a assistência jurídica integral e gratuita há de ser prestada, Raquel ocupa-se, na segunda parte do livro, do exame da legislação infraconstitucional conformadora desse direito fundamental de conteúdo prestacional, reportando a legislação anterior e posterior à Constituição de 1988. Neste particular, dá a devida atenção à Lei Complementar n. 80/94 instituidora da Defensoria da União, bem como das alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 132/09, a qual ampliou o âmbito de atuação da Defensoria Pública para lhe atribuir, além da orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa de direitos individuais e coletivos dos necessitados.

A Constituição brasileira visa à instituição de Estado de Direito destinado a assegurar, entre outros, o exercício dos direitos sociais e individuais e a liberdade, como definido em seu preâmbulo. Não obstante, no âmbito trabalhista mantém-se bastante renitente a ideia de que o trabalhador pobre está compelido a se valer, exclusivamente, da interveniência sindical se pretende exercer direito de liberdade clássico — o acesso à Justiça — para ver assegurados direitos sociais relativos ao trabalho. Raquel bem identifica os problemas que disso advêm ao se deter, ainda na segunda parte de seu trabalho, acerca da situação jurídico-processual trabalhista que impõe ao trabalhador pobre a busca, em sindicato profissional, da efetividade dos direitos lesados. A autora demonstra as vantagens que advirão à efetivação dos direitos do trabalho mediante a extensão da atuação da Defensoria Pública à esfera trabalhista, como, aliás, previsto no art. 14 da LC n. 80/94. E isso não só no âmbito de um processo judicial trabalhista, uma vez de acordo com o art. 4º da LC n. 80/94 (redação da LC n. 132/09) à Defensoria Pública cabe orientar os necessitados acerca de seus direitos e deveres na vida pessoal e profissional, além de promover a composição extrajudicial de conflitos de interesse que, de outro modo, virtualmente se converterão em mais um processo dentre as dezenas de milhões que tramitam no Poder Judiciário.

Em contraste com os deveres que os sindicatos deveriam cumprir ao prestar a assistência judiciária, a autora ressalta o descuido com a verificação do preenchimento do requisito técnico para a obtenção do direito à assistência judiciária e a falta da averiguação se o trabalhador necessitado efetivamente remanesceu livre do pagamento de honorários advocatícios para usufruir os direitos do trabalho sonegados pelo empregador. Esta talvez seja a omissão mais grave dos sindicatos profissionais que proliferam pelo país afora e que deixam de cumprir sua finalidade democrática essencial, ou seja, a de autênticos entes de mediação entre os trabalhadores e o Estado.

Já na terceira parte, Raquel enfrenta argumentos, como a reserva do possível e as restrições orçamentárias, que via de regra visam justificar a ausência de estrutura material e de recursos humanos pela Defensoria da União e pelas Defensorias dos Estados para cumprirem o encargo constitucional e legal de prover serviços de assistência jurídica a todos os cidadãos necessitados. Raquel reporta o tema do “custo” dos direitos, ressaltando que esse diz respeito não só aos direitos fundamentais sociais, mas também aos direitos fundamentais clássicos, não obstante em relação aos últimos esse entrave econômico comumente não seja invocado. A razão oculta parece simples: há motivações ideológicas que não consideram os direitos fundamentais sociais com dignidade igual à dos direitos fundamentais clássicos. Se se pensa em acesso à Justiça, meio para proporcionar a efetiva fruição desses direitos, essas motivações mais parecem evidentes porque ninguém questiona que deva existir adequado sistema de Justiça — prestação material exigível inclusive quando vigente a concepção liberal de Estado — para resolver conflitos envolvendo os direitos fundamentais clássicos. A autora prossegue em sua análise para concluir que cabe ao legislador o encargo de fazer adequada ponderação ao tratar do tema orçamentário, de modo que a responsabilidade estatal pela efetivação dos direitos fundamentais sociais obtenha desdobramento prático.

Em suas reflexões finais, Raquel Hochmann de Freitas ressalta que a Defensoria Pública não importa a supressão da assistência jurídica pelos sindicatos, mas sim uma alternativa a esse serviço. Enfim, da leitura da parte final desta obra, o leitor por certo concluirá que a Defensoria Pública é órgão estatal que, se munido de estrutura material e de recursos humanos apropriados, estará apto a fornecer prestação material estatal genuína, consistente na assistência jurídica integral e gratuita devida aos cidadãos necessitados, trabalhadores incluídos. Isso exige a superação de preconceitos, via de regra alicerçados em razões ideológicas, que não servem ao aprimoramento de Estado de Direito estruturado no reconhecimento e correspondente acesso aos direitos fundamentais por todos.

Porto Alegre, agosto de 2015.

José Felipe Ledur

Doutor em Direito do Estado e Desembargador do
Trabalho do TRT da Quarta Região.



Introdução

Falar em acesso à justiça é falar em um dos direitos fundamentais mais relevantes em toda e qualquer Constituição de um Estado que se considere democrático e de direito. Isso porque é o acesso à justiça aquele que garante a efetivação e a materialização de todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico.

E o acesso à justiça não pode ser compreendido apenas como a possibilidade de ingressar em juízo, porque é um direito muito mais complexo e amplo do que o simples peticionamento ao Judiciário, incluindo, em seu cerne, a própria ampla defesa.

Para desenvolver de maneira satisfatória sua função jurisdicional, o Estado precisa garantir a diminuição das desigualdades, assegurando a efetivação dos direitos fundamentais, criando, para tanto, instituições e institutos que garantam a satisfação dos direitos e garantias constitucionalmente previstos.

Nesse contexto, a garantia relativa à assistência jurídica gratuita plena, com a inserção da instituição naturalmente afeita à prestação de uma assistência jurídica e integral, assistência esta que deve anteceder a própria formação do processo judicial, constitui o pilar de maior relevância à concreção do direito constitucionalmente assegurado, daí a relevância da Defensoria Pública como órgão essencial.

No âmbito da Justiça Laboral, o operador do direito se vê diante de uma realidade em que o trabalhador ou mesmo o pequeno empregador — pessoa física ou jurídica, muito embora tenha diante de si o instituto jurídico do *ius*

postulandi, que em tese lhe proporcionaria a facilidade no acesso à justiça, acaba por deparar-se com um verdadeiro entrave à efetivação deste, mormente considerando a situação de desigualdade que encontrará, diante de uma parte adversa devidamente assessorada por procurador habilitado junto à Ordem dos Advogados do Brasil — OAB.

Afora tal circunstância, coube ao Sindicato da categoria profissional a que pertence o trabalhador o encargo da prestação da assistência judiciária gratuita e integral, o que não apenas deixa de fora uma grande gama de empregados não associados, como também cria grande desigualdade e polêmica em termos de honorários assistenciais, tema ao qual, em respeito ao foco desta pesquisa, não se fará análise pormenorizada.

Nesse cenário, já não mais subsiste justificativa para a não efetivação das disposições — constitucionais e legais — no sentido da implementação da Defensoria Pública no âmbito da Justiça do Trabalho.

Isso porque, na atualidade, é inegável que o modelo adotado apresenta falhas, não se consubstanciando no ideal buscado, em razão das inúmeras contradições que apresenta. Ainda, no que tange a termos práticos, a realidade tem apresentado situações em que o intérprete precisa estar atento para não adotar interpretação que leve à relativização das garantias fundamentais, em detrimento do alcance protetivo buscado pela norma constitucional. Somente depois de verificada tal situação será possível delimitar as imperfeições da estrutura criada para, a seguir, propor uma nova visão acerca da situação do trabalhador/empregador que precise da assistência judiciária gratuita, bem como os pressupostos de medidas aptas a solucionar referida problemática, em consonância com os princípios constitucionais.

Aliás, no aspecto, a realidade laboral sofre mudança em termos globais, seja pela alteração do mercado de trabalho em sentido mundial (globalização e crescimento da utilização da mão de obra chinesa, por exemplo), seja pela mudança ocorrida na figura do trabalhador, a exemplo do que ocorre na Comunidade Europeia, a partir do Tratado de Maastricht, e observada a relevância do direito comparado na análise da problemática proposta.

Pretende-se, assim, e a partir do referido contexto, traçar uma correlação entre as características do sistema vigente no país, a conseqüente expansão das lides trabalhistas e a utilização da Defensoria Pública enquanto órgão capaz de afastar a insegurança e tranquilizar a sociedade em relação ao acesso à Justiça. Nesse diapasão, também se analisam as características do direito fundamental à ampla defesa como direito indissociável do acesso à justiça, apontando as razões pelas quais a Defensoria Pública possui maior aptidão para a representação dos direitos dos trabalhadores em juízo, e questionando a legitimidade do sindicato para proceder à defesa de mencionados direitos através da assistência judiciária gratuita prevista na Lei n. 5.584/70.

Apontam-se, ainda, semelhanças e diferenças em relação ao sistema vigente na Comunidade Europeia, que por questões metodológicas foi restrito ao recorte italiano, e o existente no país, com o fito de descobrir se o sistema adotado no Brasil revela-se medida de proteção eficaz ao necessitado, observando os ditames constitucionais e efetivando o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, divide-se o tema em três capítulos. Inicialmente, expõem-se, em linhas gerais, os direitos fundamentais, seu conceito, seus limites, sua inserção no ordenamento jurídico pátrio, traçando-se o paralelo necessário com os direitos humanos, com um breve traçado sobre a dignidade da pessoa humana para, enfim, contextualizar o acesso à Justiça e a própria ampla defesa.

No segundo capítulo estuda-se a relevância da Defensoria Pública como instituição capaz de implementar o acesso à justiça, considerando-se sua origem, sua importância, a legislação correspondente e traçando-se uma breve análise em termos de direito comparado, centrado especialmente no direito italiano, cujo modelo de codificação foi seguido pelo Brasil.

Mencionam-se, igualmente, as questões vinculadas às peculiaridades das lides trabalhistas e a efetiva atuação da Defensoria Pública da União na seara juslaboral, nos termos da Lei Complementar n. 80/94 que disciplina e expressamente prevê tal atuação.

Por fim, busca-se defender a atuação da Defensoria Pública como alternativa à assistência sindical, uma vez existente embasamento legal para tanto. Ainda, analisam-se questões aparentemente tormentosas, como a existência de orçamento no tocante à estrutura física e de pessoal exigida, procurando-se demonstrar que tal questão não serve de obstáculo efetivo e sim de solução que atenderá, a médio e longo prazo, princípios vinculados à própria economia e celeridade processual.

Utiliza-se, para tal pesquisa, o método dialético de abordagem, além do método de procedimento histórico e comparativo. Do mesmo modo, e em sua essência, é utilizado o método de interpretação exegético, com argumentação voltada para o intuito de alcançar o real sentido das normas constitucional e legalmente aplicáveis.

A presente pesquisa também tem natureza fundamentalmente qualitativa e teórica, embasando os dados obtidos com a bibliografia existente sobre o tema, razão pela qual adotado procedimento documental, baseado na pesquisa bibliográfica.

De igual modo, seu objetivo é essencialmente explicativo, justificando-se a adoção de determinado posicionamento a partir da reunião de entendimentos constantes na bibliografia utilizada.

Releva notar que o estudo da atuação da Defensoria Pública no âmbito da Justiça do Trabalho é matéria relativamente nova, muito embora existente previsão legal desde 1994, se considerada a expressa disposição da Lei Com-

plementar n. 80, ou mesmo desde 1988, se observado o ditame constitucional do art. 134 quanto à relevância da instituição no país.

Raras ainda são as iniciativas nesse sentido, como mencionado no presente trabalho, e exigem o esforço e a boa vontade de Tribunais do Trabalho e de Defensores Públicos, que se unem a fim de viabilizar a perfectibilização do acesso à justiça, e que merecem, por isso, um novo repensar do operador do direito e uma nova atitude do Estado quanto ao agir que lhe é exigido constitucionalmente.

É nesse sentido que com este livro espera-se atingir platô além do cumprimento de formalidade acadêmica. Deseja-se lançar contribuição ao debate, promovendo institutos e instituições jurídicas capazes de garantir direitos fundamentais.

*“Na nossa sociedade, privar um homem de um emprego ou de meios de vida,
equivale, psicologicamente, a assassiná-lo”.*

(Martin Luther King)



1. Anotações sobre o acesso à justiça e sua fundamentalidade

1.1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia de direitos fundamentais se desenvolve, especialmente, a partir da constitucionalização do direito natural⁽¹⁾ atribuído ao homem, processo este que se inicia no final do século XVIII, com a internacionalização dos referidos direitos, e que tem seu marco na Declaração Universal de 1948.⁽²⁾

(1) O direito natural é tido como fundamento, princípio da própria natureza humana, no sentido da existência de conceitos gerais aplicáveis a todos os povos em todos os tempos, independentemente de legislação e eternamente válido. No dizer de Gustav Radbruch, “o direito natural na Antiguidade girava em torno da oposição entre natureza e norma; o medieval, entre direito divino e humano, e o moderno, em torno da oposição existente entre a coação jurídica e a razão individual. Ele ora está a serviço da consolidação do direito positivo, ora, exatamente ao contrário, serve à luta contra esse mesmo direito. Mas, em todas as suas formas, caracteriza-se por quatro traços essenciais, embora diversamente acentuados nas diferentes épocas. Primeiro, oferece juízos de valor jurídico que são determinados quanto ao conteúdo; esses juízos de valor, conforme sua fonte — natureza, revelação, razão —, têm validade geral e são invariáveis; são também acessíveis ao conhecimento; e, uma vez conhecidos, têm primazia sobre os direitos positivos que lhe são opostos: o direito natural rompe o direito positivo”. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 25-6.

(2) Como refere Fábio Konder Comparato, “A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como se percebe da leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial e cuja revelação só começou a ser feita — e de forma muito parcial, ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potências ocidentais — após o encerramento das hostilidades.

Constituem-se os direitos fundamentais, em última análise, como os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico de determinado país, em sua Constituição. Os direitos humanos⁽³⁾, por sua vez, são aqueles extensivos a todos os seres humanos, independentemente de sua vinculação à determinada ordem constitucional, e têm validade universal e caráter supranacional.⁽⁴⁾

Além disso, nem todos os membros das Nações Unidas, à época, partilhavam por inteiro as convicções expressas no documento: embora aprovado por unanimidade, os países comunistas (União Soviética, Ucrânia e Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia e Iugoslávia), a Arábia Saudita e a África do Sul abstiveram-se de votar. Seja como for, a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos". COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 226.

(3) Para José Afonso da Silva, "*Direitos humanos* é expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia *direitos do homem*, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção dos animais". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 176. Jane Reis Gonçalves Pereira refere que "O conceito de direitos humanos é um artefato da Modernidade. Foram as revoluções liberais que — apoiadas no substrato filosófico do contratualismo — converteram em textos jurídicos a concepção que assumiu prevalência nos séculos XVII e XVIII, de que o homem é titular de direitos que antecedem a instituição do Estado, razão porque lhe deve ser assegurada uma esfera inviolável de proteção. Nesse contexto, a Constituição surge como o instrumento de afirmação e realização dos direitos humanos, tendo por papel fundamental estabelecer um sistema adequado de contenção dos poderes estatais. O *constitucionalismo* e os *direitos humanos* são os pilares sobre os quais se erige o Estado Liberal, que vem a substituir o Estado Absoluto. Não é difícil compreender a razão por que historicamente conferiu-se destaque à proteção dos direitos humanos em face do Estado: estes surgiram e afirmaram-se precisamente como reação ao poder das monarquias absolutistas. No limiar do constitucionalismo, do Estado provinham as ameaças mais graves à liberdade e à dignidade do homem. Assim, a emergência dos direitos humanos no contexto de superação do Absolutismo fez com que estes, em sua primeira expressão, fossem identificados com a ideia de limitação do poder estatal". PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 123-4.

(4) Historicamente, os direitos humanos foram positivados nas constituições dos inúmeros países na condição de direitos fundamentais. Sofreram um processo de universalização (com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ambos de 1966, todos ratificados pelo Brasil) e de regionalização, no sentido de que vários países adotaram Cartas de Direitos Humanos (a exemplo da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos — Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 — igualmente ratificada pelo Brasil). BORGES, Alci Marcus Ribeiro. *Breve Introdução ao Direito Internacional dos Direitos Humanos*.

Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que:

A *ideia* dos direitos humanos é, assim, tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão e opressão, e em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade. O reconhecimento destes valores e conceitos básicos, formando padrões mínimos universais de comportamento e respeito ao próximo, constitui um legado, mais do que do chamado pensamento ocidental, das mais diversas culturas, da consciência universal de sucessivas gerações de seres humanos, tendo presentes suas necessidades e responsabilidades.⁽⁵⁾

Podemos dizer que os direitos fundamentais⁽⁶⁾ são o conjunto de direitos do ser humano institucionalmente reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de um Estado.⁽⁷⁾

Ingo Wolfgang Sarlet, fazendo referência à abertura material⁽⁸⁾ dos direitos fundamentais, expressamente consagrada em nosso direito constitucional positivo, insculpida no art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁽⁹⁾, aduz que são direitos fundamentais as circunstâncias jurí-

Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/alciborges/alci_breve_intro_direito_intern_dh.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2013.

Nesse sentido, Flávia Piovesan refere que os direitos humanos “São fruto da nossa história, de nosso passado e de nosso presente, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. Realçam, sobretudo, a esperança de um horizonte moral, pautado pela gramática da inclusão, refletindo a plataforma emancipatória de nosso tempo”. PIOVESAN, Flávia. *Cidadania Global é possível?* In: PINSKY, Jayme (Org.). *Práticas da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004. p. 259.

(5) TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003, v. 2, p. 20.

(6) Segundo Alexy, os direitos fundamentais são aqueles oriundos dos *enunciados normativos* de direito fundamental inseridos no texto constitucional vigente. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007. p. 45.

(7) Os direitos fundamentais são, segundo a doutrina clássica, o resultado de diversos eventos e ideologias influenciados pelas ideias de liberdade e de dignidade humana. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 562.

(8) No que tange à caracterização dos direitos fundamentais em sentido formal e material, alude Robert Alexy que “*La importancia de las normas de derecho fundamental para el sistema jurídico resulta de dos cosas: de su fundamentalidad formal e de su fundamentalidad material*”. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 461.

(9) As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata (artigo 5º, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil). Especificamente no que

dicas atinentes à pessoa, as quais foram incorporadas ao texto constitucional em razão de seu teor e relevância (*fundamentalidade em sentido material*), e, conseqüentemente, extraídas do âmbito de disponibilidade dos poderes constituídos (*fundamentalidade formal*), assim como as circunstâncias jurídicas que por sua substância e acepção possam lhes ser igualadas, reunindo-se à Constituição (sendo concebida, aqui, a *abertura material do catálogo*).⁽¹⁰⁾

O conjunto dos Direitos Humanos Fundamentais tem por objetivo assegurar ao ser humano o respeito ao seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à dignidade e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade. Referidos direitos garantem a não intervenção do Estado na esfera individual, consagrando o princípio da dignidade humana⁽¹¹⁾. Por essa razão, sua proteção deve ser reconhecida positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. As regras que asseguram esses direitos devem ser respeitadas. O Estado está no polo passivo dos direitos fundamentais, mas, da mesma forma, cumpre a todo cidadão respeitá-los, pois referidos direitos são indispensáveis para uma vida digna.⁽¹²⁾ No dizer de J. J. Gomes Canotilho, “o Estado de direito é um *Estado de direitos fundamentais*”.⁽¹³⁾

se refere aos direitos sociais, ressalta Rubens Fernando Clamer dos Santos Junior que “Os direitos fundamentais sociais, depois de concretizados no plano infraconstitucional, passam a ser considerados direitos subjetivos a determinadas prestações estatais, não podendo mais ser reduzidos ou suprimidos em respeito ao princípio da confiança, princípio este que vem a ser consectário do princípio do Estado de Direito. Quando houver a revogação de algum direito fundamental pelo legislador, resta configurada a hipótese da proibição de retrocesso, devendo ser declarada a inconstitucionalidade. Todavia, não apenas nesta hipótese a inconstitucionalidade é manifesta, mas também quando houver alguma tentativa de diminuição do próprio conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador.” SANTOS JUNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010. p. 81.

(10) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 86-7.

(11) Luigi Ferrajoli propõe “*una definición teórica, puramente formal o estructural, de ‘derechos fundamentales’: son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a um sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de um sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas*”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 37.

(12) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 3.

(13) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos — Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Edição Gradiva, 1999. p. 53. Menciona Rogério Gesta Leal que: “(...) Luño insiste no fato de que a única forma democrática de se justificar o Estado de Direito contemporâneo é a partir de elementos e conceitos explicativos que busquem prescrever como devem ser empregadas, para tanto, as categorias discursivas e axiológicas conformadoras deste instituto. Tal emprego, por certo, significa uma luta contra todas as formas