XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

GUILHERME SCOTTI

CARLOS VICTOR NASCIMENTO DOS SANTOS

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

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

Coordenadores: Carlos Victor Nascimento dos Santos; Guilherme Scotti; Juraci Mourão Lopes Filho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-447-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3.Sociedade Plural. 4. Garantias. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, mais uma vez, registra enorme sucesso em sua realização. A democratização do ensino e difusão da pesquisa nas pós-graduações em Direito do país tem encontrado no CONPEDI instrumentos bastante facilitadores deste processo de ensino e aprendizagem que estimula desde cedo a vocação do estudante para a docência e a pesquisa, além do exercício prático da profissão.

Um dos exemplos de estímulo à docência e pesquisa no estudante de pós-graduação em Direito é a oportunidade de discutir com seus pares e professores-pesquisadores o seu próprio projeto de pesquisa ou pesquisa ainda em andamento. A propósito, esta última foi uma das características mais marcantes do Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais III": a discussão de pesquisas ainda em curso nos mestrados e doutorados de seus participantes. O CONPEDI não dispensa ou aconselha a submissão de trabalhos que resultem em pesquisas finalizadas, mas a postura ativa do estudante de pós-graduação em submeter as dificuldades e problemas de pesquisa que tem enfrentado em seus percursos merece admiração.

O compartilhamento de suas dúvidas e impressões incrementaram as discussões entre os que submeteram suas pesquisas e os coordenadores do GT. Os diferentes perfis dos coordenadores também contribuiu com a diversidade de abordagens por eles propostas aos que apresentaram suas pesquisas. Por exemplo, questões de cunho profissional mais prático foram destacadas quando diante de discussões que envolviam diretamente a judicialização de políticas de saúde nos Estados brasileiros, ao mesmo tempo em que questões teóricas envolvendo as moralidades dos sujeitos de pesquisa, a discussão em torno de teorias da justiça e os métodos que guiaram os estudantes e professores a apresentarem suas pesquisas foram igualmente destacados e ponderados.

O Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais III" apresentou uma diversidade de temas e análises capaz de enriquecer ainda mais os debates acerca de sua teoria e ciência do objeto. Em um primeiro momento foi possível perceber o esforço de pesquisadores em criar ou discutir teorias que melhor contribuíssem à compreensão dos direitos e garantias fundamentais constantes implícita ou explicitamente no texto constitucional. Neste sentido, destacamos o movimento bastante claro, a partir das pesquisas apresentadas, por uma

mobilização de saberes capazes de facilitar a compreensão acerca de diferentes processos existentes de implementação e defesa de políticas públicas.

Um segundo grupo de trabalhos dedicou estudos e pesquisas à compreensão de como o processo acima descrito se desenvolve no interior de instituições judiciais, destacando atuações ora singularizadas ou coletivas, dos profissionais ocupantes dos cargos responsáveis por buscar a implementação e defesa das referidas políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais. Por fim, o último grupo se dedicou a demonstrar diferentes caminhos para se analisar tais questões a partir da variedade de técnicas e métodos de pesquisa, privilegiando-se o indutivo, dedutivo, a pesquisa bibliográfica, documental e quantitativa.

Uma característica comum a muitos dos trabalhos nos parece bastante reveladora da atualidade e pertinência dos debates no CONPEDI: a preocupação com a garantia e efetivação de direitos sociais previstos na Constituição de 1988, especialmente diante do atual quadro de crise política generalizada e de constante ameaça a direitos conquistados por que passa o país. É animador perceber que a academia jurídica está atenta aos desafios sociais e políticos concretos do presente, sem prejuízo de que o tratamento de tais temas práticos prementes seja feito com o rigor teórico e metodológico que a área do Direito tem conquistado nas últimas décadas.

Todas as questões acima mencionadas poderão ser notadas nos trabalhos adiante expostos. Convidamos o leitor a uma leitura bastante provocativa que, ao associar a teoria dos direitos fundamentais e da Constituição com técnicas e métodos da pesquisa jurídica, ampliam e tornam ainda mais acessível o debate sobre a defesa e implementação de políticas públicas a partir de discussões sobre os direitos e garantias fundamentais. Esse especial modo de produção do conhecimento, que prioriza a análise não apenas das instituições, mas também de seus atores, é o que permite uma aproximação maior do Direito com a população.

Prof. Dr. Carlos Victor Nascimento dos Santos - PUC-Rio e Universidade Projeção

Prof. Dr. Guilherme Scotti - Universidade de Brasília

Prof. Dr. Juraci Mourão - Centro Universitário Christus

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO ATRAVÉS DA DEFENSORIA PÚBLICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL LAW TO THE PROCESS THROUGH THE PUBLIC DEFENDER IN THE LABORAL JUSTICE

Roberta Furtado de Arraes Alencar e Castro [1]
Carlos Marden Cabral Coutinho [2]

Resumo

O presente trabalho analisa a necessidade de haver uma Defensoria Pública no âmbito da Justiça do Trabalho. Apresentar a Defensoria Pública como elemento indispensável à efetivação da garantia fundamental de acesso ao direito. Averiguar-se-á se a falta de assistente técnico prejudica a parte no que toca à garantia dos seus direitos fundamentais. Objetiva-se estudar as teorias instrumentalistas e constitucionalistas, observando a função da Defensoria Pública no processo. Chegar-se-á a uma afirmação se os processos sem advogado lesam as garantias constitucionais processuais da ampla defesa, do contraditório, da imparcialidade do juiz e se, dessa forma, desamparam os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Modelo constitucional de processo, Direitos fundamentais, Defensoria pública, Justiça do trabalho, Contraditório, Ampla defesa. juiz imparcial

Abstract/Resumen/Résumé

The present work seeks to analyze the need of a Public Defender in the scope of Labor Justice. It is intended to present the Public Defender as an indispensable element to the effective guarantee of access to the law. Ascertain whether the lack of a technical assistant is prejudicial to the part as what regards the guarantee of their fundamental rights. To study the instrumentalist and constitutionalist theories. Assertion will be reached if proceedings without a lawyer adversely affect the constitutional procedural guarantees of the broad defense, the contradictory, the impartiality of the court and have abandoned the fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional process model, Fundamental rights, Public defense, Labor justice, Contradictory, Wide defense. impartial judge

---

[1] Mestranda

[2] Pós-Doutorando

1. INTRODUÇÃO

A função da Defensoria Pública é constitucionalmente prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, no qual está estabelecido que o Estado é responsável por prestar assistência pública gratuita e de forma integral aos que não tiverem, comprovadamente, recursos financeiros para arcar com advogado.

Assim, é patente que a Defensoria Pública, seja ela Federal ou Estadual, é Função Essencial à Justiça, eis que garante que os menos favorecidos economicamente tenham acesso ao processo e, além disso, tenham assistência técnica de qualidade, de modo que seja garantida a paridade entre as partes e, consequentemente, efetivado o direito fundamental ao processo.

O Projeto Florença, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, também recorda que na Alemanha de Weimar e na Inglaterra, no final da década de 40, o Estado assumiu o dever de fornecer advogados gratuitamente e patrocinar as ações para os menos abastados. No Brasil, na Constituição de 1946 já havia previsão da assistência judiciária gratuita e foi regulado este direito pela Lei nº 1.060/50. (PEDRON, 2011).

Todavia, verifica-se, no âmbito da Justiça do Trabalho, a ausência do órgão da Defensoria Pública especializada para acolher e representar em juízo os trabalhadores que lá quiserem ingressar, a fim de verem garantidos os seus direitos trabalhistas, mas que não tenham condições financeiras de sustentar tal ônus. Da mesma forma, é possível que um empregador seja hipossuficiente e necessite da assistência jurídica gratuita.

Diante desta carência, a norma trabalhista instituiu o *jus postulandi*, previsto no artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual estabelece que qualquer das partes pode ingressar na justiça sem representação técnica. Talvez como forma de garantir o acesso à justiça a todos, o citado artigo é aparentemente democrático, haja vista ampliar a possibilidade de se dirigir diretamente ao Poder Judiciário.

No entanto, a possibilidade de acompanhar o processo sozinho limita a parte ao segundo grau, ou seja, até os tribunais do trabalho (Tribunais Regionais do Trabalho), sendo necessária a contratação de advogado para recorrer no Tribunal Superior do Trabalho. A justificativa é exatamente o indispensável conhecimento técnico, que é fundamental para elaboração de recursos que são considerados mais complexos.

Partindo de uma perspectiva elementar da Escola Instrumentalista, apenas o fato do trabalhador ter seu acesso à justiça efetivado, pelo *jus postulandi*, já iria atingir a função social

do processo, de resolver os conflitos existentes e pacificar a sociedade, pois, realmente, o magistrado, com ou sem a presença de advogado ou defensor, iria proferir decisão.

É importante asseverar que uma das graves consequências da falta de assessoria na justiça é o paternalismo exagerado arraigado nos juízes trabalhistas, como se o magistrado tivesse que fazer "o papel" do advogado do reclamante ou mesmo ficasse com sentimentos de piedade com o trabalhador, que não tem condições de se defender por ser hipossuficiente na relação.

Acredita-se que a hipossuficiência do trabalhador, o sentimentalismo pró-reclamante dos juízes e o número exacerbado de ações trabalhistas seria, pelo menos parcialmente, suprido com a implantação de uma Defensoria Pública na Justiça do Trabalho, pois poderiam ser evitadas ações com pedidos esdrúxulos, as partes estariam discutindo igualitariamente dentro do processo e não haveria mais o apelo à superproteção ao trabalhador.

Analisando-se a situação pelo viés da Teoria Constitucionalista de Fazzalari, é cristalino perceber que, sendo o processo um procedimento em contraditório exercido por ambas as partes, faz-se essencial uma assistência técnica que garanta e busque a efetivação dos direitos fundamentais.

O presente trabalho pretende analisar se a ausência de representação técnica prejudica o exercício dos direitos fundamentais, principalmente, o direito ao processo, no qual estão inseridos os direitos à ampla defesa, ao contraditório e ao julgamento imparcial do magistrado.

Assim, defende-se que a ausência de representação técnica prejudicaria o exercício dos direitos fundamentais, tendo em vista que, apesar de ter o acesso à justiça garantido, a parte tem mitigado seu direito ao processo, pois não estaria albergada pelos melhores meios de assegurar que seus direitos fundamentais serão respeitados.

Conforme a Constituição Federal de 1988, o advogado tem função indispensável na justiça, eis que é quem tem capacidade técnica para representar as partes em juízo, buscando a melhor resolução para os litígios, bem como garantir que todos os direitos fundamentais das partes sejam protegidos.

Desse modo, resta patente que o advogado ou defensor deveria ser obrigatório para ingressar nas ações judiciais trabalhistas. Até mesmo pelo específico conhecimento processual que é exigido e que é por vezes desconhecido.

No primeiro tópico pretende-se analisar a função da Defensoria Pública de maneira geral, no âmbito das justiças estadual e federal, para que seja compreendido como e com qual finalidade o trabalho é feito dentro do órgão. E ainda, no tópico seguinte, refletir acerca do direito fundamental ao processo como sendo esta a principal função do processo.

Já no último tópico, será averiguada a necessidade de uma Defensoria Pública na esfera da Justiça Trabalhista, através do estudo da Teoria Constitucionalista, a qual ensina que o processo serve para garantir os direitos fundamentais das partes em litígio.

Diante do exposto, somente com uma assistência técnica de qualidade e especializada, o processo atingiria seu objetivo constitucional, qual seja, garantir os direitos fundamentais das partes. Sendo assim, a pretensão de implantação da Defensoria Pública na Justiça do Trabalho visa garantir que o desenvolvimento processual seja marcado por uma simétrica paridade indispensável para o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. DEFENSORIA PÚBLICA

É garantida constitucionalmente a igualdade de todas as pessoas perante a lei, sem que haja distinção de raça, cor, origem, sexo, idade ou classe social (artigo 5º, Constituição Federal de 1988). Portanto, também é imprescindível a igualdade das partes no processo, o que é efetivada pela Defensoria Pública.

A Defensoria Pública é função essencial à justiça e é elemento do Estado Democrático, tendo em vista que garante o acesso à justiça e efetiva o direito fundamental ao processo, através do patrocínio gratuito judiciário que fornece aos mais necessitados nas esferas econômica e social.

Além disso, possuí função socializante, pois analisa o caso em questão e verifica se é mesmo necessário mover a “máquina judicial” para garantir um direito fundamental ou se, através de uma solução extrajudicial, tais como mediação ou conciliação, há como solucionar o litígio e assegurar os direitos fundamentais das partes, sem que existam vencedores e vencidos.

Assim, a Defensoria é instituição pública, prevista constitucionalmente no artigo 134, que promove os direitos fundamentais, por meio da orientação jurídica em todos os graus de forma integral e gratuita às pessoas consideradas necessitadas, ou seja, as que comprovam

insuficiência de recursos, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988.

É importante ressaltar, ainda, que a Defensoria Pública também pode promover ações coletivas, como a ação civil pública, eis que se integra ao sistema de tutela jurisdicional coletiva, nos termos da Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 5º, inciso II, redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007.

Há, inclusive, a Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009, que alterou alguns dispositivos presentes na Lei Complementar nº 80, de 1994, nas quais são descritos os deveres e atividades a serem feitos pela Defensoria Pública, cuja atuação deve-se dar em todos os juízos e tribunais do Brasil, até mesmo no âmbito administrativo. A Defensoria Pública atua nos Tribunais Federais e Estaduais, por meio das Defensorias da União, dos Estados e do Distrito Federal.

No Brasil, desde as Ordenações Filipinas, em vigor até 1916, existe assistência judiciária e, anteriormente à Constituição de 1988, as Constituições de 1934, de 1946, de 1967 e de 1969, já havia assegurado que o Estado deveria prestar assistência jurídica gratuita aos necessitados. (BARRETO, 2007, p. 160)

Na Constituição de 1934 existia a previsão da assistência jurídica, quando asseverou no artigo 113, inciso 32 que "A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos". Da mesma forma, determinou que fossem criados órgãos especializados para esta finalidade.

Saliente-se a relevância de diferenciar "assistência judiciária" de "assistência jurídica", tendo em vista que a primeira garante apenas o assessoramento para ingresso no judiciário, enquanto a última atesta a assistência no âmbito judicial e administrativo.

Nesse mesmo sentido é o estudo da defensora pública do Estado do Ceará, Ana Cristina Teixeira Barreto (2007), senão vejamos:

> *Vê-se, portanto, que a mudança do adjetivo "assistência judiciária" para "assistência jurídica", acompanhado do termo integral, significou um sensível avanço na função estatal de promover o acesso à justiça dos necessitados, passando a compreender além da esfera judicial, todo o campo dos atos jurídicos, tais como: a instauração e acompanhamento de processos administrativos; além de outros atos não relacionados ao processo, como a prestação de orientação e auxílio à comunidade no que diz respeito aos atos notariais, como formalização de*

escrituras, obtenção de certidões, documentos e registros de imóveis e quaisquer outros atos praticados extrajudicialmente, como a tentativa de conciliação, cujo instrumento de transação, subscrito por defensor público, independentemente de homologação judicial posterior, nos termos do art. 585, inciso II, do CPC, constitui título executivo extrajudicial: a prestação de serviços de consultoria; esclarecimento de dúvidas; educação e informação jurídica; aconselhamento em assuntos jurídicos na defesa de direitos individuais e também coletivos, através da recém inaugurada legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ações civis públicas, à luz da Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007, que alterou o art. 5º da Lei 7.347/85.

O novo Código de Processo Civil dedicou o Título VII ao instituto da Defensoria Pública, com três artigos, nos quais estabelece, além da função da Defensoria Pública (artigo 185), os seus privilégios, como a contagem de prazos em dobro (artigo 186, §1º), antes previsto apenas em legislação avulsa, mas também os deveres processuais dos defensores, que podem responder regressivamente se agirem com dolo ou fraude no exercício de suas funções (artigo 187).

O defensor público Cleber Francisco Alves (2015, p. 104) evidencia que há nova previsão expressa, no artigo 98, §1º, IX, anunciando que a assistência integral e, por consequente, a gratuidade da justiça, abrangem não só a esfera judicial, nem mesmo se exaure com a decisão judicial ou execução final, mas também acolhe providências extrajudiciais, com assistência da Defensoria Pública e garante a gratuidade, inclusive para procedimentos em cartórios registrais em geral.

Ademais, os defensores públicos possuem garantias e prerrogativas, que possibilitam a total liberdade para a atuação nos processos, bem como é inegável que têm pleno conhecimento técnico da matéria a ser examinada, isto porque para ingressar na Defensoria é necessário participar de concurso público, o que os tornariam capacitados e eficientes para atender a população. (VAZ, *online*)

Nos artigos 34, 43 e 127 da Lei Complementar nº 80/94, é assegurada a inamovibilidade, a independência funcional no desempenho das atribuições, irredutibilidade dos vencimentos e a estabilidade. Estas prerrogativas deixam os defensores livres para o pleno exercício, pois previnem ameaças de agentes políticos.

Desse modo, resta certo que a Defensoria Pública tem papel indispensável para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, pois com seu trabalho consegue efetivar a inclusão jurídica e social de grande parte da população do Brasil, que não tem conhecimento e informação acerca de seus direitos fundamentais, muito menos entendimento sobre as técnicas a serem utilizadas em um processo.

Nas palavras de BARRETO (2007, pág. 171):

> *Muitas vezes, a Defensoria Pública pelo papel conscientizador e transformador que desempenha, por sua capacidade de reduzir a alienação, a estagnação e o domínio exercido sobre os desafortunados que, infelizmente, constituem a maior parte da nação brasileira, sofre os mais diversos ataques, e não raro, é alvo do descaso dos que tentam enfraquecê-la e aviltá-la.*

Portanto, além de igualar material e formalmente, é tarefa da Defensoria Pública levar conhecimento jurídico aos menos favorecidos socialmente, aconselhar juridicamente, exercer a cidadania e socializar a população. Caso não existisse a Defensoria Pública, os "excluídos da sociedade", também seriam "excluídos jurídicos".

O ministro Celso de Mello, ao julgar o AI 598.212 ED, em 2014, ressaltou a importância da Defensoria Pública.

> *Defensoria Pública. Implantação. Omissão estatal que compromete e frustra direitos fundamentais de pessoas necessitadas. Situação constitucionalmente intolerável. O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do "direito a ter direitos" como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias. Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134). [...]*

Diante do exposto, cristalina é a relevância social e jurídica da atuação da Defensoria Pública em favor da população menos favorecida econômica e socialmente, de modo que a instituição estatal garante os direitos fundamentais ao acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa, sendo esta a função primordial do processo.

3. DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO

O direito ao devido processo legal está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, o qual disciplina que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*", bem como, no inciso XXXV[1], houve a previsão de que quem tivesse seus direito violados ou ameaçados poderia recorrer ao Poder Judiciário em busca de proteção.

Assim, ao ser colocado na Constituição Federal, ao lado de outras garantias fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, o processo passou a ser considerado um direito fundamental, que deve ser assegurado a todos os brasileiros e estrangeiros que residem no Brasil, de maneira igualitária e sem qualquer distinção, como frisa o *caput* do artigo 5º.

Para Waldir Alves (2015, p. 491), como o processo é previsto constitucionalmente, os meios para a sua efetivação também devem estar presentes no mesmo instrumento normativo, bem como em harmonia aos demais direitos fundamentais que nela se encontram.

Destarte, há também inseridos na Constituição Federal de 1988 diversos princípios processuais gerais, dentre eles: imparcialidade do juiz, igualdade entre as partes, o princípio do contraditório e da ampla defesa, fundamentação das decisões, duração razoável, devido processo legal que são pilares para o processo.

Sobre os princípios do processo previsto na Constituição Federal, ressaltam Lênio Streck e Francisco Borges Motta (2016, p.120):

> *É bem verdade que, no caso brasileiro, a Constituição faz referências expressas a algumas garantias processuais (é o caso do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV); mas isso não invalida – e sim complementa – nosso argumento. A Constituição deve ser interpretada como um conjunto coerente, e os dispositivos que tratam das coisas processuais devem sustentar-se reciprocamente (não há devido processo sem contraditório; não há devido processo sem ampla defesa; não há ampla defesa sem contraditório e assim por diante). Não há dúvidas,*

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

pois, de que se pode interpretar a cláusula do devido processo como um princípio moral abrangente, integrado ao Direito como um limite ao poder do Estado.

Logo, sendo o princípio do devido processo legal considerado um princípio moral, garantindo as condições do processo, estaria compreendido dentro dos direitos humanos, razão pela qual a fundamentação para a função processual mais adequada, seja a de que o processo serve para garantir os direitos fundamentais das partes.

Para melhor entender a evolução das teorias processuais, é importante estudar como, ao final do século XIX e ao longo do século XX, formaram-se as escolas processuais, que qualificaram e verificaram a função do processo por perspectivas diferentes, eis que, apesar de ambas terem partido da teoria de Oskar von Bülow, filósofo que apartou o processo civil do direito material civil, seguiram caminhos totalmente divergentes.

É importante salientar que Oskar von Bülow criou a teoria da "relação jurídica processual", na qual se entendia que havia no processo uma relação jurídica entre as partes, bem como que, conforme André Cordeiro Leal (2008, p.110), "*os destinatários da decisão são meros colaboradores, coadjuvantes, ou mesmo embaraçadores da atividade de dicção do direito por juízes magnânimos*".

Seguindo uma espécie de "linha do tempo", que acompanhasse a evolução cronológica das teorias processuais, poder-se-ia dizer que após Oskar von Bülow, seguido por Klein e Wach, no final do século XIX, houve uma ruptura na linha, cuja divisão foi entre Carnelutti, subsequente de Chiovenda, de um lado e Goldschmidt do outro, cujos estudos baseavam-se na teoria da situação jurídica.

O Brasil tem Cândido Rangel Dinamarco como o precursor da teoria instrumentalista de processo. Seguidor dos ensinamentos de Liebman, Dinamarco escreveu a doutrina *A Instrumentalidade do Processo*, na qual assevera que o processo é instrumento de pacificação social, tendo em vista que é através dele que são solucionados os litígios existentes.

Portanto, indica alguns escopos (sociais, políticos e jurídicos), ou seja, objetivos principais que o processo busca atingir. A pacificação com justiça, a educação da sociedade, como escopos sociais. A consecução dos objetivos políticos estatais, seria o escopo social. O escopo jurídico seria a tutela dos direitos pleiteados. (DINAMARCO, 2008)

Todavia, há também Teoria da Situação Jurídica, que advém de James Goldschmidt, e é consagrada por Ellio Fazzalari, com a escola estruturalista do processo, na Itália da década de 1950. Esta teoria expõe a diferença entre procedimento e processo, sendo o

primeiro uma sequência de atos, que têm previsão normativa, enquanto o segundo fundamenta-se como "*uma estrutura na qual se desenvolvem, no ordenamento jurídico italiano, várias atividades de direito público e algumas atividades de direito privado*" (FAZZALARI, 2006).

Desse modo, a teoria estruturalista apresentada por Fazzalari interpõe o modelo de processo como situação jurídica, e não como relação jurídica, conforme os estudiosos instrumentalistas acreditam ser, mas sim, que teria seu fundamento no contraditório. Entretanto, a teoria de Fazzalari foi alvo de críticas, contudo, o autor pode ser apontado como o fundador da Ciência do Processo dos dias atuais[2].

Subsequente a Fazzalari, surgiu a ideia modelo constitucional de processo, de Andolina e Vignera (1997, p.4), a qual disciplina que "la funzione giurisdizionale si exercita com provvedimenti conclusivi di procedimenti, che di solito vengono chiamati processi", bem como que "la Constituzione contiene (anche) princìpi e norme attinenti all'esercido dela giurisdizione e, quindi, allo svolgimento del procedimento giurisdizionale".

Assim, para Andolina e Vignera, o processo jurisdicional deve estar em conformidade com os princípios e garantias constitucionais, sendo este um garantidor dos direitos fundamentais. Quase concomitantemente, a trilha instrumentalista avançava com os ensinamentos de Liebman e seu sucessor, Dinamarco.

Seguindo a linha constitucionalista, José Alfredo de Oliveira Baracho (2008, p.11), nos anos 90, analisa a extensão e os limites das garantias existentes no processo constitucional e elucida que o princípio da supremacia da Constituição sobre as demais normas do processo é que efetiva a tutela processual, tendo em vista que é mecanismo para a proteção do direito.

Nas palavras de Baracho (2008, p. 12):

> *As garantias constitucionais do processo alcançam todos os participantes do mesmo. O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis.*

Desse modo, Baracho foi doutrinador da teoria geral do processo constitucional, a qual disciplina que o processo visa a proteção dos direitos das partes, sempre sob a ótica do

[2] LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do Processo em Crise. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008.

devido processo legal, do direito ao contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, do acesso à justiça, dentre outros princípios processuais.

Alexandre Bahia e Dierle José Coelho Nunes (2010, p. 85) vão além e esclarecem a existência de um processualismo constitucional democrático, que procura a democratização do processo civil através do liberalismo, da socialização e do neoliberalismo processual, assim como da proteção da função da Constituição no processo, que serve de estrutura para a formação das decisões dos magistrados.

Diante do exposto, pode-se concluir que, por meio da teoria constitucionalista, o objetivo principal do processo é garantir os direitos fundamentais das partes, tendo em vista que, se não fosse este o escopo, não faria sentido existir processo, pois poder-se-ia buscar a autotutela. É através do processo que são efetivados os direitos fundamentais processuais, como, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa.

Então, tendo em vista a teoria exposta, há que se questionar se a inexistência de Defensoria Pública na Justiça trabalhista reduz ou impede o exercício dos direitos fundamentais processuais das partes e quais as suas consequências, que podem levar, inclusive, à parcialidade do juiz e a desigualdade entre os litigantes.

4. A DEFENSORIA PÚBLICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO

A Justiça do Trabalho foi criada para que os trabalhadores fossem protegidos das amarras dos patrões, do excesso de trabalho, dos trabalhos desumanos. Isto porque a Consolidação das Leis Trabalhistas foi firmada no período da Segunda Guerra Mundial, no ano de 1943, dois anos depois da instituição da Justiça do Trabalho, por Getúlio Vargas.

Portanto, é inteligível crer que, naquele momento histórico, era preciso assegurar uma série de institutos que garantissem e facilitassem o acesso à justiça e os direitos fundamentais considerados mais importantes no período, por meio da unificação de todos os direitos trabalhistas existentes. Contudo, observa-se que nos dias atuais já há um pleno acesso à justiça para quem tem conhecimento dos seus direitos, mas quem não tem o mínimo de instrução jurídica, fica inerte diante da opressão trabalhista.

É sabido que não há na Justiça Trabalhista uma Defensoria Pública especializada para atender as demandas dos mais necessitados, que não têm condições financeiras de arcar

com os custos de um advogado particular, indo completamente no sentido oposto ao que preceitua a Constituição Federal do Brasil em vigor.

Para Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2010), a Constituição Federal deve estar sempre aberta a novos projetos, novas inclusões legais, possibilitando que novos direitos sejam incorporados (artigo 5º, parágrafo 2º, Constituição Federal de 1988). Desse modo, já há a previsão legal da Defensoria Pública ser essencial à justiça, falta apenas esta ser aplicada à Justiça Trabalhista, eis que o acesso à justiça está garantido, ausente apenas as garantias constitucionais processuais.

A inexistência da assistência gratuita, paga pelo Estado, resiste até hodiernamente sob a fundamentação da existência do instituto do *jus postulandi* (artigo 761, da Consolidação das Leis do Trabalho), que permite as partes ingressarem com processo na justiça, bem como se defenderem, sozinhos, sem o assessoramento de um profissional especialista e com conhecimentos técnicos necessários.

Assim, resta certo que com esse modelo não há prejuízo ao acesso à justiça. Todavia, o principal questionamento a ser feito, diante da situação acima exposta, é se com a falta de um profissional não fica mitigado o direito fundamental ao processo, eis que o acesso à justiça, em si mesmo, não garante que os direitos fundamentais das partes serão observados ao longo de todos os atos.

Perante o olhar da teoria instrumentalista, sim, o processo poderia atingir sua função principal, que é a de, basicamente, solucionar os litígios existentes e pacificar o meio social. Sem a figura do advogado ou do defensor público, é possível entrar om processo na Justiça do Trabalho, e o processo seguirá até o fim, até o momento da sentença, dando fim ao litígio na primeira instância.

Entretanto, se o enfoque for dado pela teoria constitucionalista, percebe-se que os diversos direitos fundamentais processuais estão dirimidos de serem usufruídos pelas partes. A parte com processo sem assistência jurídica não tem conhecimento dos trâmites e das peculiaridades do Direito Processual, podendo várias garantias fundamentais suas serem desprezadas sem nem mesmo a parte saber.

Uma das garantias fundamentais obstruídas com a falta da Defensoria Pública é a igualdade entre as partes. Não se pode falar em igualdade sem haver “paridade de armas” entre o autor e o réu. Quando um dos dois não tem a assistência técnica adequada ou está sozinho no processo, não há dúvidas de que o que está melhor assessorado terá mais chances de pleitear a garantia dos direitos.

E, além disso, geralmente, quem tem o melhor poder aquisitivo pode pagar pelos melhores profissionais, que são na maioria dos casos os empregadores, ou seja, o trabalhador já ingressaria em desvantagem no processo. Como consequência, há um extremo paternalismo dos juízes, que querem igualar as partes quase fazendo as vezes de um advogado ou defensor público.

Assim sendo, também é possível perceber a imparcialidade do magistrado, prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, abalada, bem como a patente proteção ao empregado, que, como dito alhures, foi o principal motivo para a criação da Justiça Trabalhista. Este fato gera uma crise a respeito da legitimidade das decisões judiciais.

Ademais, outros direitos fundamentais também prejudicados seriam o do contraditório e o da ampla defesa, haja vista que a ausência de assistência técnica retira da parte o direito de se manifestar da melhor forma possível, de impugnar, de defender-se das alegações da parte adversa. A parte, sem o conhecimento das leis e dos seus direitos, não consegue

Outrossim, vale destacar que nas instâncias recursais superiores da Justiça do Trabalho não é permitido o uso do *jus postulandi*. Desse modo, a parte tem que obrigatoriamente procurar um advogado particular para ingressar com recurso no Tribunal Superior do Trabalho, fazendo com que quem não tem condições de pagar o advogado perca o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

É possível que com a ideia de criação da Defensoria Pública na Justiça do Trabalho surjam teses de que poderia prejudicar a advocacia ou mesmo reclamação dos juízes que aumentaria ainda mais o número das demandas. Contudo, estes empecilhos podem ser facilmente derrotados com o argumento de que nas Justiças Estadual e Federal é obrigatória a participação do advogado juntamente com as partes.

Mas quanto aos Juizados Especiais, nos quais as partes podem litigar sem advogado? Os Juizados Especiais têm limite quanto ao valor da causa, que o diferencia dos demais processos, assim como no processo do trabalho há o rito sumaríssimo, no qual poderia ser equiparado aos juizados especiais e ser facultada a presença do advogado.

Nesse sentido, para Alexandre Bahia e Dierle Nunes (2010, p. 78):

> *Ademais, não se pode olvidar que o discurso mais corrente da processualística brasileira ainda está estagnado na década de 1970, quando da ocorrência do monumental projeto Firenze de acesso à justiça (presidido prioritariamente por Cappelletti -1973 -1978), que apesar de sua indiscutível importância naquela*

época, já se encontra defasado pelas décadas de avanço da ciência jurídica, gerencial e filosófica.

Isto posto, não bastar garantir o livre acesso à justiça, deve-se haver um acompanhamento adequado durante todas as fases processuais, para que, assim, seja construído um provimento legítimo e seja aplicada a "norma correta", garantindo às partes os seus direitos fundamentais processuais, inclusive o direito de impugnar as decisões (PEDRON, 2011, p. 167).

Pode-se, então, concluir que a Defensoria Pública faz falta na Justiça do Trabalho, pois através da sua atuação seria possível dar efeito aos direitos fundamentais processuais das partes em litígio, seriam evitadas as demandas desnecessárias e seria garantida aos litigantes uma confiável defesa técnica de qualidade, pelo menos no âmbito da suposição, haja vista a seleção ser feita através de concurso público.

5. CONCLUSÃO

Narrada toda a importância da Defensoria Pública, como função essencial à justiça e garantidora dos direitos fundamentais das partes, através da demonstração da sua atuação no Judiciário, resta cristalino o seu papel social, que além de efetivar o acesso à justiça, também averigua o devido processo legal, assegura o contraditório e a ampla defesa. Além disso, exerce a difícil tarefa de tentar resolver o litígio por meio das formas extrajudiciais, como a mediação e a conciliação, justamente porque este não é o objetivo do processo.

Conforme o estudo exposto, pode-se dizer que a teoria instrumentalista tem ideias ultrapassadas de qual é o principal incumbência do processo é solucionar os problemas existentes na sociedade e que chegam ao Poder Judiciário para que, através do entendimento de um terceiro supostamente imparcial, que é o juiz, será dada a melhor resolução da controvérsia entre as partes.

Assim, a teoria que melhor define a relevante função do processo é da linha decorrente do doutrinador Goldschmidt, a teoria constitucionalista, na qual fica claro que o objetivo do processo não é solucionar o apenas o litígio em si, mas de garantir às partes que seus direitos fundamentais processuais não sejam tolhidos, que possam exercê-los livremente e terem a segurança de que serão respeitados durante todo o trâmite e todas as fases processuais.

Portanto, se o processo visa a efetivação e garantia dos direitos fundamentais das partes, sendo dois desses direitos o do contraditório e o da ampla defesa, bem como levando-se em consideração que nem todos têm o conhecimento técnico processual, conclui-se que o direito a uma defesa técnica gratuita é um direito fundamental, pois garante a participação paritária no processo.

A falta do instituto da Defensoria Pública na Justiça do Trabalho prejudica as partes, eis que à elas é imposta a condição de ou ingressarem sozinhas no processo, por meio do uso do *jus postulandi*, ou de serem "laçadas" por um advogado. E, desse modo, patente é o prejuízo para o pleno exercício dos direitos fundamentais processuais.

6. BIBLIOGRAFIA

ALVES, Cleber Francisco**. Assistência Jurídica Integral da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil.** In: Jose Augusto Garcia de Sousa. (Org.). Defensoria Pública - Coleção: Repercussões do Novo CPC - V. 5. 1ed.Salvador: Juspodium, 2015, v. 5, p. 91-108.

ALVES, Waldir. **Direito Fundamental ao Processo**. Revista da AJURIS. Rio Grande do Sul, v. 42, n. 137, p. 479-520, mar. 2015.

ANDOLINA, Ítalo; **VIGNERA**, Giuseppe. **Il fondamenti costituzionali dela giustizia civile: Il modelo costitucionale del processo civile italiano**. 2. Ed.Torino: G. Giappichelli Editore,1997.

BAHIA, Alexandre; **NUNES**, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: Alguns Apontamentos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **A Defensoria Pública como Instrumento Constitucional de Defesa dos Direitos da Mulher em Situação de Violência Doméstica, Familiar e Intrafamiliar.** Universidade de Fortaleza**,** Fortaleza, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 598.212 /DF – Distrito Federal, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgamento: 25/03/2014. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, Brasília, DF, 25 mar.2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082 >. Acesso em: 10 de mai. 2017.

_____. Consolidação (1946). **Consolidação das Leis do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual.** Campinas: Bookseller, 2006.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Reflexões sobre o "Acesso à Justiça" Qualitativo no Estado Democrático Brasileiro**. Livro Processo e Constituição: Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

STECK, Lênio; **MOTTA**, Francisco Borges. **Para entender o Novo Código de Processo Civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal**. Revista Opinião Jurídica. Fortaleza, ano 14, n. 19. P. 112-128, jul./dez. 2016.

VAZ, Beatriz Leão. **O Papel da Defensoria Pública Junto aos Juizados Especiais Cíveis**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k220603.pdf>. Acesso em: 10 de mai. 2017.