

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

LUIZ GUSTAVO DE ANDRADE

**TUTELA PROCESSUAL DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS TRABALHISTAS:
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E REFLEXOS NA ATIVIDADE
EMPRESARIAL**

**CURITIBA
2008**

LUIZ GUSTAVO DE ANDRADE

**TUTELA PROCESSUAL DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS TRABALHISTAS:
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E REFLEXOS NA ATIVIDADE
EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther

CURITIBA

2008

LUIZ GUSTAVO DE ANDRADE

**TUTELA PROCESSUAL DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS TRABALHISTAS:
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E REFLEXOS NA ATIVIDADE
EMPRESARIAL**

**Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de
Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.**

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER

DR. ZULMAR FACHIN

DRA. GISELA MARIA BESTER

Curitiba, de de 2008.

O direito considerado como causa final, colocado em meio da engrenagem caótica dos fins, das aspirações, dos interesses humanos, deve incessantemente ansiar e esforçar-se por encontrar o melhor caminho e, desde que se lhe depare, deve terraplanar toda a resistência que lhe opuser barreiras.

(Rudolf Von Ihering)

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos professores e à coordenação do programa de Mestrado, pelos sábios ensinamentos. Agradeço, em especial, ao Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther, exemplo de magistrado e de professor. Foram suas orientações que possibilitaram a realização deste trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO	viii
ABSTRACT.....	ix
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	x
1 INTRODUÇÃO	1
2 ANÁLISE DA TUTELA PROCESSUAL COLETIVA NA PERSPECTIVA DE BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA	3
2.1 A justiça no pensamento filosófico da antiguidade à idade média	3
2.1.1 A justiça socrática, a ética platônica e a justiça particular no aristotelismo: distribuição igualitária da justiça	3
2.1.2 A dicotomia bem e mal na categoria de justiça de Santo Agostinho e o direito como objeto da justiça em São Tomás de Aquino	8
2.2 As primeiras teorias modernas de justiça	11
2.2.1 O poder criativo do juiz em Thomas More e a relação entre justiça e poder político em Pascal	11
2.2.2 A concepção de justiça no jusnaturalismo	14
2.3 Empirismo e utilitarismo: a relação com a justiça coletiva	15
2.4 Razão, deontologia, história e direito	19
2.5 O positivismo e a justiça segundo Hans Kelsen e o pós-positivismo	21
2.5.1 Jurisprudência dos conceitos e jurisprudência dos interesses: a escola da exegese e a escola analítica	21
2.5.2 A concepção de justiça em Kelsen	24
2.5.3 O pós-positivismo	25
2.6 A concepção de justiça em John Rawls e Michael Walzer: a análise do caso concreto	27
3 AS AÇÕES COLETIVAS E O ROMPIMENTO COM O PARADIGMA PROCESSUAL LIBERAL-INDIVIDUAL	32

3.1	As mudanças de paradigma, segundo Thomas Kuhn: breves noções	33
3.2	Paradigma processual liberal-individual	35
3.3	Crise do paradigma dominante e paradigma processual emergente	38
3.4	Ações coletivas	42
3.4.1	As ações coletivas no direito anglo-saxão: a “class action”...	44
3.4.2	A tutela coletiva no ordenamento jurídico nacional	46
3.5	Direitos metaindividuais	48
3.5.1	Direitos difusos	49
3.5.2	Direitos coletivos	51
3.5.3	Direitos individuais homogêneos	52
3.6	O código modelo de processos coletivos para Ibero-América	53
3.6.1	A formação de códigos-tipo para Ibero-América: breves noções	53
3.6.2	A estrutura do código modelo de processos coletivos	54
3.7	Anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo	59
3.7.1	O processo coletivo no anteprojeto	60
3.7.2	A disciplina da litispendência e da coisa julgada em processos coletivos	66
4	A TUTELA DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS AO PROCESSO DO TRABALHO	69
4.1	Tutela coletiva trabalhista e o anteprojeto de código de processo coletivo brasileiro	71
4.1.1	As normas atuais de proteção de direitos metaindividuais trabalhistas	71
4.1.2	A efetivação de direitos metaindividuais trabalhistas e a perspectiva da codificação do processo coletivo	74
4.2	Litispendência e coisa julgada nas ações coletivas trabalhistas	77
4.2.1	A litispendência no processo coletivo do trabalho	77
4.2.2	A coisa julgada no processo coletivo do trabalho	86

4.3	Legitimidade e substituição processual	91
4.3.1	Legitimação ativa	91
4.3.2	Substituição processual pelo sindicato na justiça do trabalho	96
4.3.3	Legitimação passiva: a ação coletiva passiva	101
5	ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA TUTELA PROCESSUAL COLETIVA TRABALHISTA E DE SEUS REFLEXOS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL	105
5.1	O tratamento dispensado à pessoa física em relação às demandas coletivas: uma análise à luz do princípio democrático	105
5.1.1	Observância ao princípio do livre acesso ao judiciário	106
5.1.2	O direito da pessoa física de discutir interesses metaindividuais: um instrumento de inclusão social	107
5.1.3	A participação popular em políticas públicas e o princípio democrático	108
5.2	Poder criativo do juiz e a politização do judiciário	110
5.2.1	Poder criativo do juiz	111
5.2.2	Considerações sobre o controle jurisdicional de políticas públicas e o princípio da separação de funções	114
5.3	O processo coletivo e seus reflexos na atividade empresarial	119
5.3.1	Previsibilidade e segurança jurídica	120
5.3.2	Nova postura do empresariado	123
6	CONCLUSÃO	126
	REFERÊNCIAS	134
	ANEXOS	151

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo dos mecanismos processuais de tutela de direitos trabalhistas metaindividuais. Analisam-se os critérios de distribuição igualitária de justiça e sua aplicação ao processo do trabalho. Estabelecem-se as bases históricas que nortearam o surgimento do direito processual e, posteriormente, o rompimento com os paradigmas processuais tradicionais, ante a necessidade de novos instrumentos de solução de conflitos de uma sociedade de relações massificadas. Examinam-se, ainda, os litígios transindividuais que atingem as relações de trabalho em virtude da automação e da precarização do emprego. Aborda-se o fato de que a codificação do processo coletivo, e sua conseqüente aplicação à Justiça do Trabalho, tornará mais efetiva a garantia constitucional do acesso dos trabalhadores a essa nova jurisdição metaindividual. Analisa-se o atendimento ao princípio democrático, decorrente da legitimação dos cidadãos para o manejo de ações coletivas, privilegiando a participação popular na tomada de decisões e o amplo acesso à Justiça. Conclui-se, contudo, que o processo coletivo não pode assumir o papel de ferramenta isolada nas mãos do capital, sendo certo que os reflexos econômicos das decisões judiciais não devem servir de pretexto ao afastamento da justiça social.

Palavras-chave:

Justiça – Metaindividual – Processo – Coletivo – Trabalhista – Constitucional

ABSTRACT

The present work has as an object the study of processual mechanism of tutelage of labourite rights metaindividuals. The criteria of equalitarian distribution of justice and its application to the process of labor are analysed. The historic bases that lead the appearance of processual right and subsequently, the disruption of traditional processual paradigms before the necessity of new instruments of solution of conflicts of a mass society relations are established. Yet the transindividual litigation that hit the relation of labor due to automatization and precariousness of jobs are examined. It has been touched the fact that the codification of collective process and its subsequent application of labor justice will turn the constitutional guarantee of access of laborers to the new metaindividual jurisdiction more effective. It has been analysed the deserving consideration of collective actions privileging the popular participation in the taking of decisions and ample access to justice. However, the conclusion is that the collective cannot assume the role of isolated tools in the hands of the capital having it for certain that the economic reflections of the judicial decisions must not serve as a pretext to the removal of social justice.

Key words:

Justice – Metaindividual – Process – Collective – Labourite – Constitutional

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

Art. - Artigo

ACP – Ação Civil Pública

BRDE – Banco Regional de Desenvolvimento

CBPC – Código Brasileiro de Processo Coletivo

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPCol – Código de Processo Coletivo

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CONEMATRA – Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

Des. - Desembargador

DJPR – Diário da Justiça do Estado do Paraná

DJU – Diário da Justiça da União

DORT – Doença Ocupacional Relacionada ao Trabalho

EC – Emenda Constitucional

ENAMATA – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

L. – Lei

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LER – Lesão por Esforço Repetitivo

p. – Página

PEC – Projeto de Emenda à Constituição

PUC-SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rel. – Relator

RESP – Recurso Especial

RO – Recurso Ordinário

RT – Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro

UNESA – Universidade Estácio de Sá

1 INTRODUÇÃO

A busca pela concretização do ideal de Justiça corresponde a um dos desígnios do homem desde os tempos em que surgiam as primeiras normas jurídicas de regulamentação da vida em sociedade. Para atingir o escopo de justiça, os estudos filosóficos caminharam, conjuntamente com os estudos jurídicos, traçando diferentes critérios voltados a atingir uma resposta estatal justa para os conflitos sociais, nas diferentes épocas.

No primeiro capítulo deste trabalho procurar-se-á demonstrar tais critérios e de que forma podem ser aplicados em relação ao processo coletivo, analisando se a obtenção de uma mesma decisão, igualmente aplicável a inúmeras pessoas, atinge o ideal de distribuição igualitária de justiça.

Também serão apresentadas, em tal capítulo, pontuais concepções acerca da atuação do juiz, seus poderes e o seu papel na solução dos conflitos de interesses, deparando-se com a dicotomia individual-coletivo que aparece, constantemente, em algumas correntes jurídico-filosóficas ao longo dos tempos, desde a Antigüidade até a Modernidade.

Em tempos modernos, em que o Direito pautava-se pelo paradigma liberal positivista, especificamente no século XIX, o processo civil surge como instrumento de exercício da função jurisdicional, voltado à tutela individual dos direitos subjetivos privados. Este é o objeto do segundo capítulo do presente trabalho.

Nele demonstrar-se-á a relação entre as dimensões dos direitos fundamentais e as respectivas tutelas processuais que tais direitos exigiram. Buscar-se-á, ainda, identificar as novas concepções do direito processual e sua capacidade, na visão tradicional, para atuar com a realidade de uma sociedade em massa, bem como a eventual necessidade de um novo paradigma voltado à tutela de direitos metaindividuais. A forma pela qual a legislação e o ordenamento jurídico, como um todo, procuram regulamentar essa nova realidade, também será analisada no segundo capítulo.

Uma vez estabelecidas as premissas teóricas e legislativas atinentes ao processo coletivo, identificar-se-á, no terceiro capítulo, a aplicabilidade dos instrumentos de tutela de direitos metaindividuais ao processo do trabalho. Possuirá, também, o presente estudo, o intuito de questionar os efeitos que os códigos modelos e anteprojetos de códigos processuais surtirão na Justiça do Trabalho, bem

como na efetividade das normas materiais trabalhistas. Para tanto, considerar-se-á uma possível ruptura com os paradigmas processuais tradicionais e as mudanças que a nova concepção de tutela processual metaindividual introduz em institutos processuais básicos, como a litispendência, a coisa julgada e a legitimidade.

No último capítulo, ocorrerá a análise da tutela processual coletiva trabalhista sob o enfoque de princípios constitucionais. Será abordado, como um dos pontos principais, o direito da pessoa física de discutir interesses metaindividuais e possível surgimento de um instrumento de inclusão social, de participação popular em políticas públicas e, conseqüentemente, de homenagem ao princípio democrático. Identifica-se, aqui, a aderência com a linha de pesquisa do programa de mestrado, voltada à inclusão social e sustentabilidade do empreendimento empresarial.

Finalmente, analisar-se-ão os reflexos e a utilidade da tutela processual coletiva para o ambiente empresarial, em exame à sua presteza como mecanismo de previsibilidade das decisões judiciais. Questionar-se-á quanto à possibilidade de seu manejo para diminuição da margem de riscos de investidores, ante a expectativa de redução do número de decisões conflitantes e com caráter político. Nesse contexto, indagar-se-á se o modelo econômico adotado deverá ser o critério a nortear o legislador na tomada de decisões quanto à regulamentação do processo coletivo do trabalho ou se o objetivo principal é a efetivação do direito material do trabalhador.

2 ANÁLISE DA TUTELA PROCESSUAL COLETIVA NA PERSPECTIVA DE BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Para que se possa compreender, estruturar e defender o uso da tutela coletiva é preciso antes entender que o seu surgimento decorreu de um longo processo histórico-social, imbuído de fortes raízes filosóficas.

A tutela de direitos metaindividuais, compreendida como a tutela de direitos indivisíveis¹ e comuns a uma coletividade, insere-se num contexto histórico de busca pela justiça através de uma decisão idêntica para todos que se encontrem em uma idêntica situação de fato.

A obtenção desse mesmo provimento jurisdicional, para aqueles iguais em uma mesma realidade fática, está relacionada a uma idéia de distribuição igualitária de justiça. Sendo a justiça objeto de inúmeros estudos e debates jurídicos, cuja análise mostra-se de todo pertinente ao presente trabalho, é de se questionar qual critério de justiça deve nortear a aplicação das tutelas coletivas.

2.1 A justiça no pensamento filosófico da Antiguidade à Idade Média

É inegável que a justiça corresponde a um dos maiores aspirações da humanidade, desde os mais ancestrais tempos. Considera-se, pois, essencial saber a que corresponde essa constante exigência de justiça e de que forma se pode atingi-la. Tais indagações refletem um conflito entre as diversas concepções de justiça e que remonta à antigüidade.

2.1.1A justiça socrática, a ética platônica e a justiça particular no aristotelismo: distribuição igualitária da justiça

O profissionalismo do saber é característica marcante do movimento dos sofistas nos meios filosóficos. A emergência do discurso, a mercantilização da sociedade grega, com a demanda por conhecimentos técnicos, favorecem a proliferação de homens que, sem destino fixo, ensinavam de modo itinerante².

¹ Entende-se por direitos indivisíveis aqueles interdependentes que não podem ser considerados como conjuntos separados uns dos outros, conforme será melhor analisado seqüencialmente.

² “Isso não há que se negar como dado comum a todos os sofistas: são eles homens dotados de domínio da palavra, e que ensinam a seus auditórios (auditórios abertos ou círculos de iniciados) a

A técnica com o uso das palavras, ou seja, a argumentação, permitia ao orador amoldar os casos jurídicos, ora em concepções de justo e ora de injusto, relativizando a justiça, traço característico do pensamento sofista:

As experiências jurídicas, neste contexto, aproximam-se do casuísmo relativista que só pode definir a justiça ou a injustiça do caso diante da análise de sua situação concreta, de sua ocorrência efetiva, de sua apreciação imediata. Isso favorece o desenvolvimento do discurso jurídico, pois, conquanto que bem articulado, pela força da expressão oral, e bem defendido perante os magistrados, o efeito a ser produzido pode favorecer aquele que deseja por ele ver-se beneficiado (...) No plano do debate filosófico, o resultado dessa mudança de eixo da cultura grega, com relação à tradição anterior ao século V a. C. (Homero, Hesíodo...), não foi senão a relativização da justiça.³

Há, no entanto, uma transição do pensamento dos sofistas para o de Sócrates, na medida em que aqueles revelam a efemeridade das leis no tempo e, com isso, da própria noção de justiça variável, enquanto Sócrates, por sua vez, conclui que a ética do coletivo está acima da ética do indivíduo, de modo que seus ensinamentos são uma constante busca pela justiça, sendo esta pautada por preceitos religiosos, sociais e morais, ainda que nem tudo, atinente a esta concepção socrática, tenha sido reduzido a escritos⁴.

Para Hadot, Sócrates foi o primeiro justo, a primeira testemunha daquilo que no coração do homem transcende totalmente a dimensão empírica⁵. Ele sentiu o mais alto respeito pelas almas que dele se aproximavam, “tendo o mais profundo sentimento de que elas eram, todas, singulares e que o papel dele era de ajudá-los a encontrar sua própria harmonia, harmonia interior que se traduz em justiça na ordem moral, em verdade na ordem do pensamento, em felicidade na ordem da ação”⁶.

arte da retórica, com vista no incremento da arte persuasiva” (GUTHRIE, William K. Chambers. **Os sofistas**. Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995. p. 43)

³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 54.

⁴ Neste sentido, bem observa Hannah Arendt: “Depõe muito a favor de Sócrates o fato de que só ele, entre todos os grandes pensadores – singular neste aspecto como em muitos outros –, jamais tenha entregue ao trabalho de dar forma escrita a seus pensamentos: pois é óbvio que por mais que um pensador se preocupe com o eterno, no instante em que se dispõe a escrever os seus pensamentos deixa de estar fundamentalmente preocupado com a eternidade e volta a sua atenção para a tarefa de legar aos pósteros algum vestígio deles” (ARENDR, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 28).

⁵ HADOT, Pierre. La figure de Socrate. In *Exercices spirituels et philosophie antique*. Études augustinienes, 1981, p. 77-116, *Apud* FARAGO, France. **A Justiça**. Trad. Maria José Pontiere. Barueri: Manole, 2004. p. 25.

⁶ FARAGO, *Op. cit.* p. 25-26.

Já em Platão, diferentemente do que ocorre com a proposta de Sócrates, há um distanciamento da política. Enquanto Sócrates via na prudência a virtude fundamental para o alcance da harmonia social e da justiça⁷, a ética platônica destinava-se a elucidar que a ética não deveria se limitar na simples distinção entre a ação virtuosa e a ação viciosa⁸.

A essência da cidade justa antecede, todavia, à tentativa de fazê-la existir; isso não seria possível senão em um tratado de ordem constitucional: a República. A ordem política por Platão apresentada está estruturada na necessidade de obtenção de justiça, enquanto imperativo de convívio social, baseado no preceito de que os governantes ordenam e os governados obedecem:

A justiça, com efeito, a justiça na cidade, consiste simplesmente em que cada uma das classes sociais que temos dito, ou mais precisamente os homens a ela pertencentes, façam o que lhes diz respeito: os governantes, que governem: os soldados que combatam e os da classe economicamente produtiva, que produzam.⁹

O cumprimento por parte de cada qual, daquilo que lhe é dado fazer, leva ao benefício coletivo, pois todos se beneficiam desse trabalho coletivo. Portanto, a justiça platônica é sinônimo de ordem, enquanto a desordem corresponde à injustiça. Tal idealismo platônico contribuiu, posteriormente, para a construção do aristotelismo.

Aristóteles, discípulo de Platão, explicava o justo como uma virtude, compreendida em diferentes acepções: a de justo universal, consistente na conduta habitual humana de conformar as suas ações ao conteúdo da lei, sendo esta conformação a realização total da justiça¹⁰; e o de justo particular, este subdividido em duas acepções: a de justiça distributiva e de justiça corretiva¹¹.

⁷ *Ibidem*. p. 24.

⁸ BITTAR, *Op. cit.* p. 83.

⁹ “La justicia, en efecto, la justicia en la ciudad, consiste simplemente en que cada una de las clases sociales que hemos dicho, o más concretamente los hombres a ellas pertenecientes, hagan que los corresponde: los guardianes, que gobiernen: los soldados, que combatan y los de la clase económicamente productiva, que produzcan.”. (ROBLEDÓ, Antonio Gómez. **Platón: los seis grandes temas de su filosofía**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 559).

¹⁰ Kelsen diz que essa concepção de virtude, correspondente ao hábito de realizar o bem, também chamada de o “meio-termo dourado” aristotélico. “Meio-termo” porque a justiça seria o termo médio entre o sofrer injustiça e o praticar injustiça, o que, na crítica de Kelsen, somente seria possível de se atingir pressupondo o que é uma “injustiça”. Para Kelsen, tal pressuposição depende da existência de uma norma que defina o termo de forma certa e precisa (KELSEN, Hans. **O Problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 29-31).

¹¹ FARAGO, *Op. cit.* p. 79.

A justiça distributiva está inserida numa relação público-privada; na relação entre governante e governado; na distribuição, pelo governante, daquilo que cabe a cada qual dos governados, sendo que injustiça haverá se tal distribuição implicar em excesso de benefícios a uns em detrimento de outros, analisando-se tal distribuição a partir de um princípio de igualdade:

A injustiça, nesse sentido, é o desigual, e corresponde ao recebimento de uma quantia menor de benefícios ou numa quantia maior de encargos que seria realmente devido a cada súdito. Ocorrendo a injustiça na distribuição, tendo-se uma escassez de benefícios, ou um excesso de ônus, para uns e um excesso de benefícios, ou escassez de ônus, para outros, injusto é aquele que distribui, se consciente do mal que comete, uma vez que é deste que parte a iniciativa da ação de aquinhoamento e partição.¹²

Portanto, a justiça distributiva é uma igualdade proporcional, devendo ser estabelecida de acordo com o mérito que diferencia cada qual dos cidadãos, “tornando-os mais ou menos merecedores de tais ou quais benefícios ou ônus sociais (desigualdades naturais e sociais)”¹³.

Já a justiça particular corretiva está inserida numa relação entre particulares, ou seja, numa relação de coordenação, não subordinada e, por isso esta teoria, bem como a de distributividade, merecem especial atenção, quando analisadas como base teórica para o estudo da aplicação das tutelas processuais coletivas.

A Justiça corretiva vincula-se à idéia de igualdade absoluta, sem que se analisem as condições de cada indivíduo, presumindo-se serem todos formalmente iguais. Na justiça corretiva, haverá uma parte que pratica a injustiça e outra que sofre a injustiça:

A justiça particular – chamada assim porque ela é como uma parte da relação com o todo da justiça universal ou geral é objeto de todas as análises posteriores. O direito ('to dikaion') depende da objetividade, do universo real, da ordem das coisas. A que aspira o homem justo, assim entendido? A não ter nem mais nem menos da parte que lhe cabe; a que 'cada um tenha o seu' ('to auton ekein'), a que seja realizada em uma comunidade a boa partilha dos bens e das obrigações onerosas (...) E a definição latina ('suum cuique tribuere'), muito próxima daquela de Aristóteles, não faz outra coisa senão descrever o trabalho do juiz, sua profissão, sua tarefa. Este tem diante de si, no início de instância, litigantes que estão contestando a divisão de bens, o recebimento de créditos ou de dívidas. O juiz, depois de ter arbitrado suas pretensões, concede a cada um a parte que lhe devida. O legislador, que

¹² BITTAR, *Op. cit.* p. 93.

¹³ *Ibidem.* p. 94.

orienta o juiz, determina as condições e os critérios das partilhas e contribui, pelas leis, para a obra do direito.¹⁴

Aristóteles apresenta uma forma de justiça que leva em conta as peculiaridades do jurisdicionado:

Portanto, Aristóteles não faz outra coisa senão descrever a prática dos juristas à luz da finalidade desta prática. Aristóteles analisa com efeito os problemas colocados aos juristas em sua prática, distinguindo os diversos tipos de operações sobre as quais o direito é exercido. Ele modela a prática jurídica com a observação da estrutura geral da coisa judiciária e da análise da linguagem, permitindo-lhe esclarecer as categorias e as formas de uma ciência do direito. Aristóteles distingue duas formas de justiça: uma, (...) a justiça comutativa, aquela que preside os contratantes e as trocas ('sunallagmata') e que se apóia na igualdade estrita das pessoas e na equivalência das coisas trocadas; a outra, a justiça distributiva, que preside a divisão das dignidades, das funções e das vantagens sociais e que tem como base não mais a igualdade estrita, mas a proporcionalidade às aptidões e aos méritos pessoais de cada um.¹⁵

A filosofia grega em Aristóteles culminou na construção de concepções de justiça que, ao que parece, não poderiam, num primeiro momento, servir de base para justificar a aplicação das tutelas coletivas, como instrumento de busca e concretização da justiça.

Isso porque o juiz, na ótica da justiça particular distributiva do aristotelismo, depois de ter arbitrado as pretensões, concede a cada um a parte que lhe devida, como mencionado no trecho anteriormente citado. A concessão a cada um daquilo que a cada um é devido, pressupõe a necessidade de se analisar os méritos de cada pessoa envolvida, o que não é possível quando se fala de uma tutela coletiva, que concede uma mesma resposta a inúmeras pessoas, pressupondo que se encontram numa mesma situação jurídica.

A pressuposição de igualdade formal poderia conduzir à falsa idéia de lidar-se com a concepção de justiça corretiva ou comutativa. Porém, esta se refere a uma situação de igualdade "como particulares e entre particulares, agindo como indivíduos em paridade de direitos e obrigações em face da legislação"¹⁶, o que permitirá uma tutela coletiva processual civil, na qual, via de regra¹⁷, os indivíduos podem encontrar-se em situação de paridade de direitos e obrigações, permitindo ao magistrado simplesmente verificar se os bens ou serviços trocados possuem relação

¹⁴ FARAGO, *Op. cit.* p. 72-73.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ BITTAR, *Op. cit.* p. 95

¹⁷ Diz-se "via de regra", pois as relações de consumo representam, por exemplo, a uma exceção, já que nelas as partes (consumidor e fornecedor) não se encontram em condição de paridade, o que justifica, inclusive, tutelas processuais diferenciadas em relação a uma delas, de modo a se atender à igualdade material, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova.

de equivalência, pois, caso contrário, haveria injustiça passível de correção pelo julgador. No entanto, não é o caso da tutela processual coletiva trabalhista, objeto do presente estudo. Esta tem, por pressuposto, a situação de desigualdade entre as partes: uma hipossuficiente – o trabalhador – e outra hipersuficiente, o empresário empregador.

Ainda assim, a pertinência da análise da justiça grega está na sua relação com o princípio da igualdade¹⁸, bem como na idéia de concretização do direito no exercício da função pelo magistrado e na prática judiciária de um modo geral.

2.1.2 A dicotomia bem e mal na categoria de justiça de Santo Agostinho e o direito como objeto da justiça em São Tomás de Aquino

Da fusão dos postulados religiosos com os filosóficos gregos é que surgem diversas correntes do pensamento medieval¹⁹.

Em Agostinho, a justiça identifica-se como humana e como divina, sendo a humana transitória e imperfeita, em virtude da corruptibilidade dos falsos juízos humanos, e a divina eterna, pois a incorruptibilidade dos juízos divinos garante a sua perfeição. Esse dualismo entre o bem e o mal, também presente em Platão, caracteriza o pensamento de Santo Agostinho²⁰.

Para ele a justiça e a injustiça possuem intrínseca relação com o transcendente, com a eternidade da alma, de modo que a “lei eterna” vinda de Deus e de seu amor, inspire a lei humana. Essa influência do cristianismo na doutrina de Agostinho é criticada por Kelsen:

Essa justiça situa-se para além de toda a ordem possível numa realidade social; e o amor, que é essa justiça, não pode ser a emoção humana a que nós chamamos amor. Isto não só porque é contra a natureza humana amar os inimigos, mas ainda porque Jesus expressamente rejeita o amor humano que liga o homem à mulher, os pais aos filhos (...) O mais estranho neste amor a Deus é que temos que aceitá-lo como compatível com a pena cruel, eterna mesmo, que será aplicada ao pecador no Juízo Final; e, portanto,

¹⁸ Em que pese essa igualdade não seja ainda a idéia de igualdade formal entre os indivíduos construída na Revolução Francesa e esculpida no Código Napoleônico (FARAGO, *Op. cit.* p. 77).

¹⁹ Como, por exemplo, a patrística, na fusão do platonismo com o cristianismo (GILSON, Étienne. **A filosofia na Idade Média**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 15).

²⁰ GILSON, *Op.cit.* p. 15.

como conciliável com o temor mais profundo de que o homem é capaz, o temor a Deus²¹.

A crítica de Kelsen conclui, então, que a norma de justiça divina, inspirada no cristianismo, é acientífica e, muitas vezes, contraditória²².

Indubitavelmente, o cristianismo influenciou também a doutrina de São Tomás de Aquino. Entretanto, sua concepção de justiça, embora imbuída de temas metafísicos e teológicos, aceitou as lições de Aristóteles, de modo que os textos aquinatenses são concebidos racionalmente²³. Assim como em Aristóteles, Tomás de Aquino distingue quatro espécies de justiça: justiça comutativa, justiça distributiva, justiça legal e equidade.

1) A justiça comutativa é aquela que regulamenta as trocas entre particulares conforme a legalidade ou o justo valor das coisas trocadas, que proíbe o roubo, a fraude, a calúnia e obriga a restituir o que foi furtado;

2) A justiça distributiva, que preside ao reparo pela autoridade das vantagens e dos encargos da vida social entre os diversos membros da sociedade em vista do bem comum proporcionalmente, aos méritos, às verdadeiras necessidades e à importância dos diversos membros da sociedade;

3) A justiça legal (ou social) que visa, imediatamente, ao bem comum da sociedade que faz estabelecer e observar as leis justas e a organização. É nela que está a correspondência dessa parte da jurisprudência chamada por São Tomás prudência política, que deve ser encontrada, sobretudo, nos chefes de Estados e nos seus colaboradores, mas também nos seus súditos preocupados com o bem comum;

4) A equidade ou "epicheia" que é forma mais elevada da justiça, atenta não apenas à carta das leis, mas ao seu espírito na intenção do legislador, sobretudo em circunstâncias excepcionais, particularmente difíceis ou deploráveis, onde a aplicação rígida da lei lembraria a sentença moral "summum jus summa injuria". A equidade está mais em conformidade com a sabedoria e com o bom senso do que com a lei escrita; ela tem algo de parecido com a caridade que lhe é ainda superior.²⁴

Percebe-se a forte relação entre direito e justiça em Tomás de Aquino. Na sua filosofia, o direito é objeto da justiça. Um julgamento justo é aquele em conformidade com o direito. "A parte da Suma Teológica ('Somme Théologique') que São Tomás consagra à justiça se abre pelo estudo do direito como objeto da justiça, seguindo o

²¹ Kelsen, *Op. cit.* p. 64.

²² *Ibidem*.

²³ MARTÍNEZ, Soares. **Textos de filosofia do direito**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 55-57.

²⁴ FARAGO, *Op. cit.* p. 118.

exemplo de Justiniano que começa pelos princípios gerais sobre direito e justiça”²⁵. O direito é uma busca constante e prática de justiça e justiça e direito estão inter-relacionados.

Constata-se em São Tomás de Aquino uma preocupação com a prática processual, pois é através dela que o direito concretiza a justiça. Aquino indica que o julgamento dos juízes deve sempre se fundar nas provas, nas testemunhas e na experiência: “O julgamento do juiz é legítimo à medida que não espelha um julgamento que procede de sua escolha pessoal, mas que se baseia em conhecimentos decorrentes de sua experiência profissional, em testemunhas, em provas”²⁶.

Segundo a Suma Teológica, haverá injustiça toda vez que no processo houver julgamento parcial (q. LXVII), a acusação for mentirosa (q. LXVIII), a participação do advogado for desonrosa (q. LXXI)²⁷. Em Aquino, percebe-se uma pioneira preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional. Adverte, ainda, que a tutela estatal, prestada pelo juiz, deve ser suficientemente forte a fazer-se cumprir e obedecer:

A sentença do juiz é uma como lei particular aplicada a um fato particular. E, portanto, assim como a lei geral deve ter força coativa, como claramente diz o Filósofo, assim também a sentença do juiz deve ter força coativa para obrigar ambas as partes a lhe obedecerem, do contrário ela não seria eficaz.²⁸

A preocupação com um processo que traga um resultado eficaz na solução do conflito de interesse aparece nos ensinamentos de Tomás de Aquino²⁹. Isto porque, por meio do julgamento é estabelecido o direito e, conseqüentemente, o justo.

Tal preocupação torna o pensamento tomista, ao menos neste aspecto, bastante contemporâneo, sendo certo que a busca por uma tutela efetiva é uma das

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ AQUINO, São Tomás. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. Porto Alegre: Sulina/Grafosul, 1980, *Secunda Secundae Partis*, q. LXIV, art. IV.

²⁷ BITTAR, *Op. cit.* p. 208.

²⁸ AQUINO, *Op. cit.*, *Secunda Secundae Partis*, q. LXVII, art. I.

²⁹ Evidentemente, a concepção tomista de julgamento foi muito além, servindo inclusive como arma forte contra a Inquisição, já que, para Tomás de Aquino, “somente os juízes, ou seja, aqueles investidos do poder de julgar, estão aptos a realizar o juízo de pessoas, então deve-se concluir que os clérigos não estão autorizados ao exercício do julgamento. Se o julgamento não está autorizado, quanto menos a condenação e a morte de pessoas. É essa uma arma teórico muito forte contra a Inquisição, que, naturalmente, deve ter significado um grande desafio em pleno século XIII” (BITTAR, *Op. cit.* p. 205).

bases que sustentam a utilização do processo coletivo, já que mediante uma única demanda estar-se-ia obtendo a tutela jurisdicional apta a solucionar conflitos envolvendo inúmeras pessoas.

2.2 As primeiras teorias modernas sobre justiça

Até a Idade Média, “existia o direito; o poder político vem depois”³⁰. Com tais palavras, Paolo Grossi sintetiza sua lição acerca da civilização jurídica medieval, na qual se poderia falar, corretamente, de autonomia do jurídico, enquanto fenômeno primordial e radical³¹ da Idade Média. O Direito não foi o fruto da vontade de um ou de outro poder político, mas sim de uma realidade historicamente e logicamente antecedente ao poder político.

No entanto, quanto mais o pessimismo medieval tentou inserir o indivíduo no tecido protetor da natureza cósmica, mais a realidade dos tempos modernos, principalmente a partir do século XVI, engaja-se para “libertar o indivíduo (...) de todas as incrustações sedimentares que se encontravam sobre ele”³². Tal fenômeno ocorreu de um modo geral, inclusive no âmbito da ciência política, de modo que também o Príncipe sofre um processo de libertação, soltando-se das velhas amarras medievais, o que implica no desenho de um novo modelo político. A “antiga sobreposição (...) das fontes – lei, costumes, opiniões doutrinárias, sentenças, práxis – cede lugar à fonte única, que se confunde com a vontade do Príncipe, o único personagem acima das paixões e dos partidarismos”³³.

2.2.1 O poder criativo do juiz em Thomas More e a relação entre justiça e poder político em Pascal

Em meio às mudanças sociais, políticas e econômicas na transição dos séculos XV e XVI, Thomas More destacou-se pelas propostas utópicas em seus pensamentos filosóficos. Sua mais famosa obra e contribuição crítica denomina-se

³⁰ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 29.

³¹ “Realidade particularmente radical por ser exuberante às raízes de uma sociedade e por isso identificada como costume, com os fatos caracterizantes que dão o vulto peculiar à uma civilização histórica; certamente por isso apresenta-se sempre sob a égide da complexidade” (*Ibidem*. p. 34)

³² *Ibidem*, p. 35.

³³ *Ibidem*, p. 40.

“Utopia”, a qual representa um protesto às deficiências do convívio social, às atrocidades cometidas pelos homens aos próprios homens, e, de forma geral, às imperfeições do caráter humano³⁴.

Na ilha de Utopia³⁵, Thomas More descreve uma realidade de organizações jurídicas, pelas quais as leis são promulgadas com a finalidade de que cada indivíduo tenha prévia ciência de seus direitos e seja advertido de suas obrigações. Tais leis são em número pequeno e não se multiplicam em inúmeras ramificações normativas. Porém, ainda assim são suficientes à regulamentação das instituições sociais:

Dessa forma, essas assertivas expressam e manifestam abertamente a repulsa do autor à burocrática e complexa organização judiciária inglesa do século XVI. Enfatiza-se a necessidade de leis claras e acessíveis ao povo, sobretudo com relação à prática da justiça. As convulsões sociais e as nítidas discrepâncias entre a teoria jurídica pregada pelos ‘doutores do direito’ e a realidade desprovida de qualquer embasamento legal originam a repulsa de Thomas More.³⁶

Na passagem anterior, Bittar deixa claro que a preocupação de Thomas More com a prática da justiça demanda poucas leis, porém leis claras, com fácil acessibilidade a elas e à efetivação da justiça.

Também os romanos, ao menos no período clássico, estruturaram um sistema baseado em poucas leis, porém direcionado à prática judiciária, ou seja, à discussão jurídica dos casos concretos. A atividade dos magistrados que podiam aceitar ou não as demandas – por meios das clássicas “actio e expectio” – permitiu que o “ius civile” resultasse do trabalho dos jurisconsultos. A proposta, aqui, assemelha-se à da época clássica romana, na qual o direito não era construído a partir da atividade parlamentar legislativa, mas sim do trabalho dos magistrados e jurisconsultos na solução prática dos conflitos de interesses.³⁷

Esse poder criativo do juiz, na construção do direito, remonta à antigüidade clássica, porém resgatado em obras renascentistas, como a de Thomas More. Sem dúvida, tal poder criativo está presente na tutela processual coletiva.

³⁴ A palavra utopia, originada do grego, “ou-tupós”, significa lugar nenhum, correspondendo ao ideal, ao desconhecido, porque irreal (BITTAR, *Op. cit.*, p. 214).

³⁵ Pela representação de uma ilha, More dedica-se a reconstruir o mundo a partir de suas experiências, ressaltando que o apego aos bens e às propriedades são obstáculos ao desenvolvimento social (MORE, Thomas. **A utopia**. Tradução Luís de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992. p. 134)

³⁶ BITTAR, *Op. cit.*, p. 218.

³⁷ AZEVEDO, Luiz Carlos. **Introdução à história do direito**. São Paulo: RT, 2005. p. 52.

Isto porque, seja em virtude do número de pessoas envolvidas num processo coletivo, seja em razão da elevada quantificação financeira que tais processos muitas vezes representam, a complexidade decorrente da necessidade de uma resposta que possa trazer uma solução “justa” demandará uma atuação jurisdicional criativa³⁸, construindo caminhos para a efetivação dos direitos e que, muitas vezes, não encontrará resposta nas formulações lacunosas da lei.

Contudo, a atuação do magistrado voltado à concretização do direito e da justiça requer, muitas vezes, o uso de instrumentos enérgicos que garantam a efetividade do provimento jurisdicional.

Também nos tempos modernos se destaca o pensamento de Blaise Pascal que determina como essencial a análise do problema da justiça e da força, pois sem a conjugação de ambos nenhuma vida social é possível. “Não há, com efeito, comunidade humana viável sem instâncias reguladoras dotadas de órgãos executivos capazes de assegurar um mínimo de coesão, de unificação da multiplicidade dos homens”³⁹.

Para Pascal, “é justo que o justo seja seguido; é necessário que o mais forte seja seguido”⁴⁰. Isto porque a justiça, sem os meios físicos de fazer-se respeitar, é impotente. A Justiça sem a força será contrariada, porque há sempre aqueles dispostos a tanto. É necessário que o forte seja seguido, pois a força tem o poder de evitar que os indivíduos esquivem-se do seu cumprimento. No entanto, ainda que a justiça sem a força não seja justiça, porque impotente, a força sem justiça é tirânica⁴¹. Neste caso, a força guarda relação com o poder político, exercido por aqueles legitimados para tanto.

O poder político coloca a força a serviço da justiça. As instituições políticas ponderam o ideal de justiça, de modo a assegurar as liberdades e os direitos, valendo-se de força suficiente para fazer-se respeitar.

³⁸ Nota-se tal outorga de um poder criativo ao magistrado em algumas passagens do anteprojeto de código de processo coletivo brasileiro, passagens estas que serão analisadas em capítulo próprio.

³⁹ FARAGO, *Op. cit.*, p. 153.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 154.

⁴¹ Essa concepção seria resgatada, posteriormente, por Rousseau, na sua obra *Do Contrato Social* (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Ensaio sobre a origem das línguas. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997)

Também o uso da força para obtenção de uma justiça⁴² efetiva tem sido objeto de estudo pela processualística contemporânea, sendo característica não apenas no processo coletivo, mas também nas recentes reformas das codificações processuais⁴³.

2.2.2 A concepção de justiça no jusnaturalismo

É comum classificar o Direito Natural em duas fases⁴⁴, sendo a primeira correspondente à concepção de natureza como fonte da lei, abrangendo a filosofia escolástica, a qual pressupõe uma lei divina, absoluta, imutável e sem erros; a segunda, admite como princípio base de todas as coisas, não Deus ou a natureza, mas a razão.

Para Hugo Grócio, o método dedutivo, por influência das ciências exatas, como a matemática e a geometria, permite, por meio da razão, atingir-se a natureza humana⁴⁵.

Para Locke, também representante da linha jusnaturalista, as leis naturais não são imutáveis, porém nascem na natureza e podem ser compreendidas por meio do uso da razão.

A paz existente no estado de natureza requer, em Locke, a existência de um “terceiro” para a decisão das lides aparecidas na vida social. Surge, então, um Estado Civil, voltado a assegurar a proteção dos direitos naturais. O magistrado, cuja autoridade origina-se na proteção desses direitos naturais, não poderá jamais desrespeitar tais direitos, pois, caso isso ocorra, surgirá aos cidadãos, o direito de resistência:

Aquele que exceda com sua autoridade o poder que lhe foi dado pela lei e faça uso da força que possui sob seu comando para fazer, com respeito aos súditos, o que a lei não permite, deixa, por isso, de ser magistrado e, como

⁴² Ressalta-se, no entanto, que a justiça autêntica, para Pascal, jamais será atingida, pois esta seria o fruto do consenso dos homens sobre determinado assunto, o que jamais será possível, pois estes nunca estarão de acordo sobre o que é realmente justo.

⁴³ Cita-se, por exemplo, a segunda fase de reforma do código de processo civil brasileiro que inseriu a tutela específica, com a aplicação, dentre outros institutos, das “astreintes”, para obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação imposta pelo provimento jurisdicional.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 25.

⁴⁵ GUIMARÃES, Ylves José de Almeida. **Direito natural: visão metafísica e antropológica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 20.

delibera sem autoridade, justifica a oposição que se lhe faça, assim como nos opomos a qualquer pessoa que viole com a força o direito alheio.⁴⁶

Isto porque, o direito possui uma estrutura objetiva que o arbitrário não consegue mudar. Montesquieu, no século XVIII, expressou, com outras palavras, tal concepção: “Antes que houvesse leis feitas, havia relações de justiça possíveis. Dizer que não há nada de justo ou de injusto depende do que as leis positivas ordenam ou proíbem, é como dizer que antes de ter feito o círculo nenhum raio era igual ao outro”.⁴⁷

O fundamento de todas as leis deve ser a noção de justiça, segundo o jusnaturalismo de Rousseau:

O conteúdo dos direitos civis já vem previamente definido pelo contrato, que se lastreia na vontade geral. A vontade geral é uma vontade de pactuar e de formar uma sociedade que saiba preservar direitos e liberdades inatos ao homem, anteriores ao pacto, imanentes, inalienáveis e insuperáveis.⁴⁸

A estabilidade política e social estará presente num Estado que observe a vontade geral; do contrário, haverá injustiça sempre que a conduta estatal pautar-se por interesses individuais e particulares, em ofensa ao pacto social.

2.3 Empirismo e utilitarismo: a relação com a justiça coletiva

O empirismo de David Hume é considerado⁴⁹ um marco na filosofia jurídica de seu tempo (século XVIII), por ter abandonado a supremacia dos métodos racionais, ao apontar para uma reconstrução do pensamento humano a partir de bases sensoriais e empíricas. Segundo ele, o sentir é a raiz do julgar⁵⁰.

Explica, ainda, que a justiça necessária porque útil socialmente, sendo certo que, mesmo em tempos de guerra, de banditismo ou de pirataria, há regras suficientes para a manutenção do convívio social.

⁴⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa São Paulo: Vozes, 1996.p. 242.

⁴⁷ Citado por FARAGO, *Op. cit.*, p. 165, sem indicação da fonte donde foi extraída a citação.

⁴⁸ BITTAR, *Op. cit.*, p. 241.

⁴⁹ A filosofia de Hume representa “a bancarrota da racionalidade do século XVIII” (RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**. Livro III. Trad. Bueno Silveira. São Paulo: Nacional, 3. ed., 1969, p. 214).

⁵⁰ HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unicamp, 1995, p. 100, *Apud* FARAGO, *Op. cit.*, 175.

Porém, a justiça não é algo inato e tampouco nasce da razão. A justiça é uma instituição, para Hume; é fruto da arte humana, das convenções humanas necessárias à manutenção da vida em sociedade.

Neste caso a “idéia do justo provém da representação constante das leis, do direito estabelecido (...) deriva artificialmente disso, e provém inteiramente da representação constante das leis”⁵¹.

A justiça é, portanto, útil e é com base na utilidade que se constroem as forças estatais, impondo limites de comportamento e conduta aos homens em sociedade.

A utilidade é agradável e granjeia nossa aprovação. Esta é uma questão de fato, confirmada pela observação diária. Mas é útil? Para quê? Para os interesses de alguém, certamente. Mas interesses de quem? Não apenas os nossos, pois nossa aprovação freqüentemente se estende além disso. Deve ser, portanto, os interesses daqueles que são beneficiados pelo caráter ou ação que é objeto de aprovação; e estes, devemos concluir, por mais remotos que sejam, não nos são totalmente indiferentes. Ao tornar disponível este princípio, teremos descoberto uma imensa fonte de distinções morais.⁵²

Aparece em Hume, então, a noção de utilitarismo. Assim, Farago, em sua obra intitulada “Justiça”, explica o utilitarismo:

Na ciência do direito, pode-se reconduzir o utilitarismo anglo-saxão aos seguintes princípios: 1. o direito e o Estado assentam-se na procura útil e não sobre os princípios objetivos e superiores de justiça (“princípio da utilidade”); 2. não há Estado nem direito sem objetivo e o objetivo do direito é a procura da maior felicidade para o maior número de pessoas (“princípio de maximização”); 3. toda a filosofia do direito objetivista é uma tomada de posição religiosa e dogmática incomparável com a relatividade histórica das normas jurídicas (“princípio do relativismo”); 4. o direito e o Estado são sistemas de equilíbrio social entre interesses individuais para assegurar o interesse de todos (“princípio do equilíbrio”).⁵³

Jeremy Bentham, utilitarista que viveu entre os séculos XVIII e XIX, sintetiza tal concepção na idéia de que a maior felicidade do maior número de pessoas é a medida do justo ou injusto. O que está em sintonia com os interesses da sociedade é útil, pois tende a fazer crescer a felicidade dos indivíduos que compõem essa comunidade. Assim, a lei justa não está baseada na razão, mas na utilidade que proporciona a uma sociedade⁵⁴.

⁵¹ FARAGO, *Op. cit.*, p. 181.

⁵² HUME, *Apud* BITTAR, p. 253.

⁵³ FARAGO, *Op. cit.*, p. 184-185.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 188.

Inúmeras vertentes utilitaristas surgiram a partir dessa compreensão inicial. Serge Christophe Kolm mencionando correntes similares, as quais denomina utilitaromorfismos, sustenta a existência de mais de dez vertentes diferentes de utilitarismo⁵⁵.

Evidentemente, a pretensão inicial de maximização das vontades individuais gerou alguns problemas éticos. Isso porque, como explica Kolm, o “utilitarismo é uma mistura de individualismo, ao introduzir as felicidades dos indivíduos (geralmente considerando os gostos como exógenos) e de coletivismo, ao preocupar-se apenas com a soma deles”. Sob o ponto de vista utilitarista, “indivíduos suficientemente felizes podem compensar o desespero de outros”⁵⁶.

Ocorre que, na perspectiva de Hume, “o resultado dos atos individuais é, em muitos casos, diretamente oposto ao resultado do sistema global de ações, e pode ocorrer que o primeiro seja extremamente prejudicial embora o último seja vantajoso no mais alto grau”⁵⁷.

Em outras palavras, é possível que a máxima felicidade de um indivíduo esteja em algo pernicioso e socialmente reprovável, como, por exemplo, é a tortura, que, mesmo se positiva para o sádico, ainda será socialmente reprovável.

Eis que surge o direito ou a lei para dizer qual a utilidade pública que deve prevalecer e ser adotada. Assim, coloca-se a utilidade individual “em função de uma utilidade geral”⁵⁸. Há, portanto, uma comunhão da maioria em torno de utilidades comuns que respeitem o princípio de que o alheio não deve ser invadido⁵⁹. Eis uma concepção de utilitarismo remodelado, na medida em que a maximização da felicidade individual cede em prol de uma utilidade geral.

Nesta linha que John Stuart Mill afirma sua continuidade com o utilitarismo de Bentham, porém compreendendo como útil tudo aquilo que possa contribuir para a felicidade geral⁶⁰.

Mill explica que a prática da justiça baseada na utilidade é a parte primordial de toda a moralidade. Estabelece, então, princípios de justiça girando em torno da idéia de que as regras que proíbem os indivíduos de prejudicarem uns aos outros

⁵⁵ KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 501.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 508.

⁵⁷ HUME, *Op. cit.*, p. 198-199.

⁵⁸ BITTAR, *Op. cit.*, p. 257.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ FARAGO, *Op. cit.*, p. 189.

são o interesse vital para o bem-estar humano, sendo que a “idéia de coação legal está na origem da noção de justiça”⁶¹:

E por essa única observação que a paz é mantida entre os seres humanos: se a obediência a essas leis não fosse a regra, e a desobediência não fosse a exceção, cada indivíduo veria em qualquer outra pessoa um inimigo contra o qual teria que sempre tomar cuidado.⁶²

Essa idéia de distribuir a coação legal, voltada a fazer-se observar a utilidade pública adotada como justa, segundo Mill, ocorrerá sempre nos processos dos Tribunais:

A maioria das máximas de justiça correntes provêm do processo das Cortes de justiça: assim, dizer que uma pessoa não é responsável senão pelo que fez ou poderia ter voluntariamente evitado; que é injusto condenar alguém sem o ter escutado; que a pena deve ser proporcional à culpa.⁶³

Finalmente, um último ponto do pensamento de Mill merece ser destacado: a crítica ao caráter anti-histórico do pensamento utilitarista de Bentham. Para Mill, a justiça deve ser analisada numa concepção histórica e relacionada à concepção de conveniência. Ou seja, o justo para uma sociedade é também para ela conveniente naquele dado momento histórico. “Daí vem todas as desigualdades sociais que deixaram de ser consideradas convenientes, consideradas doravante não simplesmente inconvenientes, mas também injustas”. E assim foram as distinções entre “escravos e homens livres, nobres e servos”⁶⁴.

Dessa forma, “considera-se que todas as pessoas são capazes de ter direito à igualdade de tratamento, ao menos que algum interesse social reconhecido exija o contrário”⁶⁵, numa concepção utilitarista e de acordo com o momento histórico.

Essas concepções, ora analisadas, podem ser, em boa parte, transportadas para o objeto do presente estudo: a tutela processual coletiva. Também ela é fruto de um momento histórico, no qual se reclama pela efetividade da justiça. Poder-se-ia questionar que a tutela individual, pleiteada isoladamente, na realidade judiciária atual, não atende mais a concepção de útil social.

⁶¹ MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Trad. Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2000, p. 129, *Apud* FARAGO, *Op. cit.*, p. 191.

⁶² *Ibidem*, p. 192.

⁶³ *Ibidem*, p. 193.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

Poder-se-ia, ainda, afirmar que o individual “direito à igualdade de tratamento” deveria ser respeitado, “ao menos que algum interesse social reconhecido exija o contrário” e esse interesse poderia ser o útil manejo de um processo que concedesse uma resposta igual para todos. Porém, certamente, ficaria limitado o acesso individual ao Judiciário pelo cidadão, o qual teria que aguardar, sem participar diretamente, o desfecho de uma decisão que surtiria efeitos sobre sua pessoa.

Tal reflexão mostra-se pertinente e será retomada adiante quando da análise da opção do ordenamento jurídico pátrio ao regulamentar o direito individual de acesso ao Judiciário frente ao manejo concomitante da tutela processual de eficácia coletiva.

2.4 Razão, deontologia, história e direito

Uma nova preocupação ética surge com Emmanuel Kant, para quem o dever-ser, deontológico, implica em uma regra primeira e racional, sob a qual reside a preocupação ética. A liberdade e cumprimento do dever se confundem.

A síntese entre razão e ética em seus ensinamentos pode ser refletida pela máxima do “imperativo categórico”, primado normativo geral e supremo, no qual está contido o princípio de justiça de Kant: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-se sempre como princípio de uma legislação universal”⁶⁶.

Assim, todo o cidadão deve agir e querer que sua ação seja válida para todos os demais indivíduos racionais, valendo como lei universal.

Esse pensamento kantiano foi, posteriormente, criticado por Kelsen, para quem o imperativo categórico pressupõe de antemão uma moral que impede muitas máximas individuais de se tornarem leis universais, “pois se não pressupusermos uma moral prévia e geral, qualquer ação humana poderá ser querida como lei universal”⁶⁷. Neste caso, “para o mentiroso contumaz a mentira é a lei universal”⁶⁸.

⁶⁶ KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1994, p. 42.

⁶⁷ KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Trad. Estudo introdutório e trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1963, p. 26.

⁶⁸ MATOS, Andityas S. de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed, 2006, p. 155. O Autor ressalta, no entanto, que não concorda totalmente com a crítica de Kelsen ao pensamento kantiano.

É, assim, patente que, com o “poder querer” do imperativo categórico, sequer significar um ‘dever querer’, que o verdadeiro sentido do imperativo categórico é: atua segundo uma máxima da qual devas querer que ela se transforme numa lei universal. Mas, de que máxima devo eu querer e de que máxima devo eu não querer que ela se torne numa lei universal? A esta questão não dá o imperativo categórico qualquer resposta.⁶⁹

Também Hegel trabalha a ética, contudo em relação à organização e funcionamento das instituições estatais. Afirma que o Estado é um aparelhamento ético: “Derecho, estado y ética son expresiones de um desarrollo histórico que es la manifestación de um espíritu nacional”⁷⁰.

O Estado manifesta-se na história de diversas formas, porém não poderá, jamais, ser governado, segundo Hegel, como uma forma de privilégio, de prevailecimento pessoal, pois o que faz ele ético é a compatibilização pós-revolucionária entre ordem e liberdade⁷¹. O Estado serve para impedir que o indivíduo seja explorado e oprimido pelas classes mais privilegiadas.

Essa concepção histórica aparece, também, em Marx, para quem a formação histórico-filosófica de justiça não passaria de uma ideologia burguesa utilizada para que uma classe se submeta a outra.

Para Marx, a justiça só pode ser realizada de forma verdadeira em uma economia comunista na qual a seguinte norma de justiça seja aplicada: “a cada um segundo suas capacidades ou suas necessidades”. Ou seja, no Estado marxista, “a necessidade é vista como direito, enquanto a capacidade é entendida como dever. O indivíduo, tal e qual o estado platônico, deve produzir segundo suas capacidades (aptidões)”⁷².

Também essa concepção marxista de justiça é colocada em cheque por Kelsen:

Mas então surge a questão de saber o que acontecerá, com o ordenamento vai reagir, quando um indivíduo, por quaisquer razões, não produzir o que, segundo as suas capacidades, de conformidade com o mesmo ordenamento, deveria produzir. Esta questão é tanto mais importante quanto é certo que uma ordem social só poderá evidentemente assegurar a satisfação da segunda exigência: ‘a cada um segundo as suas necessidades’, quando a primeira exigência, que postula que cada um deve produzir segundo as suas

⁶⁹ *Ibidem*, p. 156.

⁷⁰ “Direito, Estado e ética são expressões de um desenrolar histórico que é a manifestação de um espírito nacional” (HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **La filosofía del derecho**, 1997, p. 193-194, *Apud* BITTAR, *Op. cit.*, p. 290).

⁷¹ BITTAR, *Op. cit.*, p. 290.

⁷² MATOS, *Op. cit.*, p. 166.

capacidades, for satisfeita. Marx não dá nenhuma resposta a esta questão, sem, nem mesmo põe esta questão, pois parte do utópico pressuposto de que enquanto na sociedade comunista as necessidades de cada um forem satisfeitas e cada um tiver apenas de produzir conforme as suas capacidades, esta ordem social não corre perigo de ser violada, pois cada um produzirá voluntariamente aquilo a que a ordem social o obriga; ou seja, parte do pressuposto de que esta ordem social não precisa estatuir nenhum ato de coerção como sanção e, portanto, constitui uma comunidade sem Estado e sem direito.⁷³

Em que pese o pensamento marxista encontre linhas importantes na seara jurídica, não é o Direito que dará a solução para as desigualdades sociais, pois, para Marx, o Direito está a serviço das classes dominantes, não viabilizando a plena aplicação da igualdade, a qual somente seria atingida por uma revolução do proletariado⁷⁴.

2.5 O positivismo, a justiça segundo Hans Kelsen e o pós-positivismo

Assume, o positivismo jurídico⁷⁵, a tarefa de separar a questão jurídica da problemática valorativa moral. O Direito passa a ser visto sob uma perspectiva essencialmente técnica, de modo que, ao cientista jurídico, não é dada a ocupação de explorar a discutir os valores que cercam o objeto de seu estudo.

Portanto, na postulação positivista, o Direito é alheio tanto ao valor da justiça⁷⁶, quanto a qualquer outra dimensão axiológica.

2.5.1 Jurisprudência dos conceitos e jurisprudência dos interesses: a escola da exegese e a escola analítica

O único objeto do positivismo jurídico é a realidade fática. A compreensão do Direito, nele, se limita à análise do próprio sistema jurídico em que está inserido.

⁷³ KELSEN, **O problema da justiça**, p. 43.

⁷⁴ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 7. ed., 1999, p. 229.

⁷⁵ Observa, Ferraz Jr., citado por Bittar e Almeida, que “o termo positivismo não é, sabidamente, unívoco. Ele designa tanto a doutrina de Augusto Comte, como também aquelas que se ligam a sua doutrina ou a ela se assemelham. Comte entende por ‘ciência positiva’ ‘coordination de faits’. Devemos, segundo ele, reconhecer a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas com o único objeto possível da investigação científica” (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980, p. 31, *Apud* BITTAR, *Op. cit.*, p. 316)

⁷⁶ KELSEN, **O problema da justiça**, p. 3-12.

A compreensão do Direito apenas como um sistema de normas, desprovido de questionamentos éticos e sociológicos, atinge seu ápice com a jurisprudência dos conceitos, pela qual, conforme ensina Ferraz Jr.:

[Haveria uma] pirâmide de conceitos, que enfatiza, conhecidamente, o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada.⁷⁷

Essa concepção fechada e auto-suficiente do Direito era advogada pela Escola da Exegese⁷⁸, numa perspectiva de completude do ordenamento jurídico. “As lacunas da lei devem ser resolvidas pelo próprio sistema jurídico”⁷⁹. E, semelhante à Escola da Exegese da França, também no século XIX surgiu, na Inglaterra, a escola analítica, tendo na pessoa de John Austin um grande defensor da codificação⁸⁰.

Evidencia-se uma das características centrais do positivismo, qual seja, o reducionismo. Um conceito primário, na pirâmide de conceitos, desdobra-se e permite a formulação de novas proposições jurídicas.

Contrário a tal reducionismo e apego ao estudo minucioso do texto legal, surgiu a jurisprudência de interesses que, em contraposição, assume um viés sociológico, apontando para a necessidade de ser adotada uma perspectiva social no estudo jurídico, como ensina um de seus maiores defensores, Hudolf Von Ihering:

O mecanismo exterior do direito não é suficiente por si. Compreende-se que seja organizado e manejado e com tanta perfeição que reine a ordem mais completa, e que, no entanto, a vontade acima apontada seja manifestamente esquecida. Mantinha-se igualmente dentro da lei e da ordem a servidão da gleba, os impostos sobre os judeus, e outras tantas instituições de um tempo passado que estavam em profunda contradição com as exigências de um sentimento jurídico enérgico e são, e pelas quais o Estado se prejudica talvez mais a si próprio do que aos burgueses, aos camponeses e aos judeus, sobre quem eles pensam diretamente. Fixidez, clareza, precisão do direito material, abolição de todas as regras contra as quais deve ir bater um sentimento jurídico são, e isto em todas as esferas do direito, não somente no direito privado (...) Toda a disposição injusta, toda a instituição má, e como tal reconhecida pelo povo, implica um ataque ao sentimento jurídico da nação e, por consequência, à força nacional⁸¹.

⁷⁷ FERRAZ JR., *Apud* BITTAR, *Op. cit.*, p. 316-317.

⁷⁸ A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo da exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em (...) um comentário, artigo por artigo, do próprio Código. (BITTAR, *Op. cit.*, p. 318).

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ IHERING, Hudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. João Vasconcellos. Rio de Janeiro: Forense, 16^a ed., 1997, p. 66-67.

Percebe-se, ainda em Ihering, a crítica às tutelas processuais típicas de sua época, reduzidas a uma mera reparação monetária e despreocupadas com a tutela específica do direito lesado, bem como com a conduta do devedor da obrigação jurídica:

“Segundo as minhas explicações precedentes, forma a essência do sentimento jurídico são (...) aquele idealismo que na lesão do direito não vê somente um ataque à propriedade, mas à própria pessoa. O nosso direito comum não dá o menor apoio a este idealismo; a medida a que reduz todas as lesões do direito, com exceção da lesão da honra, é exclusivamente a do valor material. O vulgar e chato materialismo atingiu a sua expressão mais completa.

Seqüencialmente, completa:

(...) O perigo comum com que as ameaça o resultado desfavorável do processo consiste para uma, em perder o que lhe pertence, e para a outra somente em ter de entregar o que injustamente detinha. A vantagem que lhes assegura o êxito favorável consiste para uma em nada perder e para a outra em enriquecer à custa do adversário. Não estará assim tudo propício simplesmente a estimular a mais vergonhosa falsidade e a dar um prêmio à deslealdade?”⁸²

Traçando uma crítica a então jurisprudência de conceitos e a forma materialista com a qual a justiça judiciária tratava os jurisdicionados e a violação a direitos, Ihering afirma:

Limitar-me-ei antes de assinalar duas aberrações – porque nem lhes posso dar outro nome – da nossa jurisprudência do direito comum, as quais derivam dos próprios princípios, concentrando neles uma verdadeira sementeira de injustiças.

A primeira consiste em que a jurisprudência moderna tem esquecido completamente a idéia muito simples que já desenvolvi, e que se resume dizendo que numa lesão do direito não se trata somente do valor pecuniário, mas de uma satisfação a dar ao sentimento jurídico lesado.

Critica, então, a atuação jurisprudencial voltada aos interesses meramente pecuniários:

A nossa jurisprudência não tem outro critério senão o de um vulgar e banal materialismo; não conhece mais do que o puro interesse pecuniário. Lembro-me de ter ouvido falar de um juiz que, em vista do diminuto valor de um litígio, e para se desembaraçar de um processo intrincado, havia

⁸² *Ibidem*, p. 68-69.

oferecido pagar de seu próprio bolso ao litigante. E indignou-se vivamente por este recusar os seus oferecimentos. Este homem de direito não podia conceber que para o litigante se tratava de seu direito e não do seu dinheiro, e não temos que dirigir-lhe uma grave censura, porque ele podia devolver esta censura à ciência.⁸³

Evidencia-se, já nas lições do século XIX de Ihering, que não basta exclusivamente o valor pecuniário para reparar eficazmente a injustiça sofrida e o direito lesado. Quando o processo judicial não consegue outorgar uma tutela capaz de fazer cessar o dano, limitando-se a, após a ofensa ao bem jurídico, fixar uma indenização, ainda que o prejuízo não seja passível de quantificação monetária, estar-se-á, nas próprias palavras de Ihering, em um “estado de pura ausência de direito”⁸⁴.

Tais reflexões são pertinentes quando se percebe que uma problemática processual vivida há mais de um século continua a se repetir nos tempos atuais. Essa mesma discussão será retomada adiante.

2.5.2 A concepção de justiça em Kelsen

Nesta perspectiva, o direito moderno viu sofrer um processo de esvaziamento progressivo de conteúdo axiológico. Em outras palavras, a modernidade caracteriza-se pelo “abandono do essencialismo ontológico em prol de um nominalismo semântico”⁸⁵. O Código francês de 1804 trouxe consigo ideais típicos dessa modernidade e que corroboravam a jurisprudência do seu tempo⁸⁶.

Neste contexto, Kelsen, que sem dúvida pode ser considerado um pensador inserido em tal modernidade, utilizava em sua Teoria Pura do Direito juízos de validade para descrever o objeto de estudo do positivismo jurídico. Ou seja, para ele, não se pode avaliar uma norma, qualquer que seja ela, pelo seu grau de justiça ou injustiça.

O problema da justiça, apesar de relevante, não constitui objeto de estudo da ciência jurídica, mas sim da Ética. Assim, normas de justiça não são normas jurídicas, mas sim morais. A avaliação das normas em justas ou injustas é

⁸³ *Ibidem*. p. 76-77.

⁸⁴ *Ibidem*. p. 89

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícones, 1999. p. 25.

⁸⁶ LUZ, Christine da. Como o Código Civil Francês se adaptou ao longo do tempo. **Revista da Emerj**: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004. p. 24.

metajurídica: “o problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limite à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”. Isto porque o caráter relativo da justiça impede que seja utilizado como critério de avaliação do ordenamento jurídico, pois este se pauta em bases objetivas: “Que a justiça não pode ser uma característica que distinga o Direito de outras ordens coercitivas resulta do caráter relativo do juízo de valor segundo o qual uma ordem social é justa”⁸⁷.

Desse modo, pela teoria pura, o Direito se utiliza, para descrever seu objeto, de juízes de validade que, por meio de um silogismo jurídico, buscam seu fundamento em outras normas, estas superiores e gerais fundamentáveis. Tal processo se desencadeia até atingir-se a norma hipotética fundamental. Uma norma positiva não se funda em nenhum fato da ordem do ser, mas sim do dever-ser.

Pouco importa o juízo de valor que se faça dessas normas, pois ele será essencialmente subjetivo e em nada contribuirá para qualificar-se dado ordenamento como sendo jurídico. “prova disso é que o que é justo, por exemplo, em um sistema capitalista, jamais será visto como justo em um sistema socialista”⁸⁸.

Importante ressaltar que o positivismo jurídico, em Kelsen, não nega a existência das normas de justiça, em que pese entenda que muitas são contrárias entre si, além de serem relativas⁸⁹, pois variam de acordo com o meio social e o tempo em que são concebidas.

Portanto, se não há a possibilidade de se conceber uma idéia inicial e geral de justiça, cabe ao jurista a difícil tarefa de, sucessivamente, repensar o direito, suas próprias opiniões e crenças, adotando hipóteses sempre provisórias de resolução dos conflitos sociais.

2.5.3 O pós-positivismo

Já no início do século XX, surgiram críticas ao modelo positivista, destacando a necessidade de se incorporarem valores sociológicos e econômicos ao conceito de

⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Estudo introdutório Robert Walter. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 54.

⁸⁸ MATOS, *Op. cit.* p. 149.

⁸⁹ Max Webber também entendia que o direito é o que o legislador coloca dentro do contexto institucional legal. E, assim, não se permite legitimar o direito pela moral. “Os recursos a favor da justiça material, feitos, aliás, sob a forma de uma ‘ética patética’ em nome da ‘justiça’ e da ‘dignidade da pessoa humana’, desestabilizam, ‘deformalizam’, até mesmo destroem a coerência racional e formal do direito”. (FARAGO, *Op. cit.* p. 22).

norma, numa idéia ampliativa acerca das fontes jurídicas⁹⁰ e que aponta as fraquezas de um sistema formal desvinculado de ideais finalísticos.

E a partir a segunda metade do século passado, uma nova dogmática incorpora os valores abandonados pelo positivismo, numa nova fase de jurisprudência de valores, contestando-se o vazio axiológico e teleológico criado pela legalidade formalista. Tal concepção propaga-se na doutrina, principalmente alemã, que reorganizava o seu Direito Constitucional sob a ótica da democracia substancial, notadamente com Alexy⁹¹ e Canaris⁹², este último definindo, claramente, o Direito como um sistema aberto de valores, ou seja, expresso por meio de princípios dotados de força normativa.

O pós-positivismo consagra, assim, o encontro da norma com a ética, inaugurando no mundo jurídico as idéias de justiça e legitimidade consubstanciadas em princípios, assim chamados os valores vividos pela sociedade em determinada época e lugar. Nesta linha de raciocínio, o jurista americano Ronald Dworkin⁹³ trabalha com uma perspectiva do direito enquanto pacto pré-interpretativo referente às práticas sociais que serão consideradas jurídicas numa certa sociedade, ressaltando que tais práticas deverão ser analisadas tomando-se por base princípios fundamentais eleitos pela própria comunidade. No desenvolvimento de processo interpretativo, é necessário adequar os preceitos estabelecidos, coerentemente, à interpretação do direito.

Para Alexy, o silogismo judicial não encerra o entendimento jurídico e não são prescindíveis juízos de valor da parte do julgador. Será necessário, porém, promover meios racionais de explicação desses juízos de valor, de modo que se atinja uma reorganização racional dos preceitos argumentativos usados no debate jurídico.

Ensina que o julgador deve:

“...fixar uma teoria do discurso para o objeto proposto, fundamentando as proposições normativas, acarretando a produção de um discurso

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, **Revista de Direito Administrativo**. Ano V, nº 225, jul-set 2001. p. 33-34

⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 66-67.

⁹² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução Menezes Cordeiro Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 246.

⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.36.

racional, valendo ressaltar que, mesmo não sendo este resultado absoluto, traria uma racionalidade na decisão.”⁹⁴

O zelo pela formalização, característico do positivismo, bem como a concepção fechada e impermeável do Direito, predominantes por quase dois séculos, passam a ser colocados em dúvida frente à complexidade das relações jurídicas e sociais. Era “uma noção de positividade que não nos restitui, senão opacamente, a complexidade que a ordem jurídica tem por dever organizar”. Paolo Grossi continua sua crítica: “Deve ser superada a idéia de que o direito é feito mediante leis e que somente o legislador é ‘jusprodutor’, capaz de transformar tudo em direito, quase como um Midas dos nossos dias”⁹⁵.

O século XX é ainda palco de novas propostas filosóficas⁹⁶ com importantes reflexos no mundo jurídico e na concepção de justiça⁹⁷.

2.6 A concepção de justiça em John Rawls e Michael Walzer: a análise do caso concreto

Em sua obra “Uma teoria da justiça”, Rawls apresenta a distribuição de bens no âmbito das relações sociais, explicando a idéia de que todos os bens sociais fundamentais devem ser distribuídos de forma igualitária: “A justiça de um modelo de

⁹⁴ ALEXY, *Op.cit.* p. 183.

⁹⁵ GROSSI, *Op. cit.* p. 98.

⁹⁶ Pode-se citar o existencialismo jurídico que nada mais é do que do que um dos desdobramentos dos estudos filosóficos existencialistas sob a seara do Direito. Há no existencialismo um profundo humanismo. “O existencialismo concluiu pela impossibilidade de qualquer moral objetiva’, porque não há uma ‘natureza humana’. O homem se ‘faz’; ele é a regra absoluta do bem, a medida de todas as coisas. A única realidade do domínio moral é a ‘subjetividade’ humana.” (CORREIA, Alexandre Augusto. **O existencialismo e a consciência contemporânea**. Anuário da Faculdade de Filosofia da PUC-SP (Sede Sapientiae). São Paulo: Editora PUC-SP, 1949. p. 5.) A justiça, para o existencialismo, não é uma lição falaciosa, mas sim um valor pelo qual se tenha que lutar e que se deve, constantemente, praticar.

⁹⁷ Para Hannah Arendt, por exemplo, a justiça está relacionada aos efeitos de um julgamento que cumpre ou não os preceitos ditados pelos institutos jurídicos e, assim, a noção de justiça não está ligada à noção distributiva de justiça, pois a distribuição de bens pertenceria à esfera econômica e não à esfera política. (ABREU, Maria Aparecida. **Hannah Arendt e os limites do novo**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. p. 20). Pode-se citar, ainda, a proposta perelmaniana que, destacando o papel da argumentação no julgamento, ressalta que o julgador possui o papel de construir e completar o sistema jurídico, que, por sinal, tendo em vista as lacunas e as antinomias jurídicas, não é um sistema fechado, mas aberto: “O juiz não é a boca da lei, aplicador neutro e desideologizado das normas jurídicas, como se quis no pensamento derivado da Revolução Francesa” (PERELMANN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 401)

sociedade depende essencialmente da forma como são atribuídos os direitos e deveres fundamentais, bem como das oportunidades econômicas e condições sociais nos diferentes setores da sociedade”⁹⁸.

Sua noção de justiça distributiva igualitária não está, no entanto, preocupada em abolir todas as desigualdades sociais, pois certas desigualdades, sendo socialmente fecundas, poderão ser benéficas a todos. A injustiça “é constituída pelas desigualdades que não beneficiam a todos”⁹⁹. Assim, “se a desigualdade das rendas otimiza a porção de cada um, então a consideração de meus próprios interesses, bem como aqueles de outros, é uma boa razão para a manutenção dessa diferenciação útil e rentável para todos”¹⁰⁰.

Trata-se, portanto, para Rawls, de construir uma teoria da justiça distributiva dentro do quadro do individualismo liberal moderno, aliando o individualismo que funda o liberalismo político e a aceitação de uma autonomia do mercado, enquanto princípio formador, organizador e regulador das sociedades industriais contemporâneas (liberalismo econômico).¹⁰¹

A injustiça estará caracterizada, então, pelas desigualdades que não beneficiam a todos.

Rawls critica, no entanto, a concepção utilitarista de justiça. O utilitarismo consideraria como justo tudo o que maximize o bem, e, portanto, a felicidade. Assim, pressupõe um prévio conceito do que é o bem, de modo que há, no utilitarismo, uma primazia do bem sobre o justo.

Por outro lado, Rawls explica que a “maior felicidade” varia de acordo com a concepção pessoal do bem para cada um, o que dependerá, ainda, do momento histórico e da realidade fática. Assim, o justo deve anteceder o bem.

Abandonando a discussão do que é o bem, Rawls parte do pressuposto de que existe uma pluralidade de idéias acerca do bem e da felicidade, porém tais independem do justo. O justo não é algo subjetivo e não se confunde com o bem de um indivíduo, mas se realiza nas instituições sociais, objetivamente e coletivamente, atendendo ao bem comunitário e não individual.

É definido, por ele, como princípio de justiça, todo o princípio sobre o qual todas as pessoas que estivessem na mesma posição original pudessem estar de

⁹⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Carlos P. Correia. Lisboa: Presença, 1993. p. 30.

⁹⁹ *Ibidem*. p. 93.

¹⁰⁰ FARAGO, *Op. cit.* p. 244.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 246.

acordo e “é definida como justa toda a divisão de bens (...) de acordo com os princípios de justiça adotados”¹⁰².

Portanto, “se nenhum indivíduo tem um ponto de vista privilegiado, pode-se adotar o ponto de vista de qualquer indivíduo escolhido ao acaso”, o que “permite chegar à unanimidade na escolha dos princípios de justiça sobre os quais se edificará a futura coexistência”¹⁰³.

Assim, os princípios de justiça a serem adotados podem, inclusive, prever distribuições desiguais de bens, desde que favoráveis coletivamente. No entanto, o próprio Rawls não vê tal concepção de justiça como absoluta, na medida que na busca por uma justiça distributiva igualitária não poderá haver ofensa às liberdades. Ele explica que “[a justiça] não admite que os sacrifícios impostos a um pequeno grupo possam ser compensados pelo aumento das vantagens das quais gozam a maioria”¹⁰⁴.

Transpondo-se às lições de Rawls ao objeto do presente trabalho, tem-se que, por mais que se possa admitir a aplicação de um mesmo rol de princípios de justiça a uma coletividade que se encontre numa mesma situação de fato ou na qual “nenhum indivíduo [tenha] um ponto de vista privilegiado”, deve-se ter cuidado ao aplicar a tutela pautada nesse rol de princípios. Isso deve ocorrer a fim de que “mesmo em nome do bem estar coletivo, não possa ser transgredida”¹⁰⁵ a inviolabilidade das liberdades que cada pessoa possui.

As economias e vantagens à maioria que, de um modo geral, possam vir a ser atingidas pelo uso das tutelas processuais coletivas, não podem servir de justificativa para impor sacrifícios a pequenos grupos de pessoas.

Rawls entende, ainda, que toda a atividade institucional que vise a distribuir direitos e deveres, benefícios e ônus, deve atentar para dois princípios basilares do sistema de justiça: o princípio da igualdade e o princípio da diferença:

A primeira apresentação desses dois princípios é a seguinte: primeiro. Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras. Segundo: as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente: 9ª) se possa razoavelmente

¹⁰² *Ibidem*. p. 250.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 252.

¹⁰⁴ RAWLS, *Op. cit.* p. 29-30.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

esperar que elas sejam em benefício de todos; (b) decorram de posições e funções às quais todos têm acesso¹⁰⁶.

A aplicação de ambos os princípios confirma, constantemente, a concretização da justiça.

Já em Walzer, a justiça é algo sempre relativo e depende da consideração dos elementos históricos, políticos e sociais. É variável de acordo com o referencial cultural adotado. Walzer conclui que “determinada sociedade só é justa se sua vida substancial é vivida de maneira fiel aos entendimentos partilhados pelos seus membros”¹⁰⁷.

A coerência de seu pensamento está em formular uma concepção abstrata de justiça, a partir da análise do particular. Isso é necessário para que seja relevado “o denominador comum – o invariável – às variações culturais e às opiniões mutáveis e aparentemente divergentes”¹⁰⁸.

Resgatando uma concepção de Dworkin, Walzer propõe colocar abaixo de todas as decisões de justiça um juiz ideal¹⁰⁹, encarregado de atualizar o princípio geral que lhe serve de base, a fim de ter um critério de julgamento para tratar dos novos casos a serem conhecidos e para os quais deverá determinar um decreto de justiça.

Tais ensinamentos ganham importância na análise da aplicação e eficácia “erga omnes” das decisões proferidas em ações coletivas. Isto porque, se a formulação abstrata do que é justo deve partir da análise das particularidades do referencial cultural adotado, de acordo com os ensinamentos específicos de cada comunidade, uma decisão proferida numa ação coletiva, por um juiz nascido, criado e formado na comunidade, terá por parâmetro os elementos culturais em que está inserido o julgador. Ele poderá, então, eventualmente, ser injusta à realidade daqueles indivíduos que constituem a comunidade do interior do Estado que, em virtude da amplitude da decisão, por ela também serão atingidos.

Em síntese, após uma análise dos diferentes critérios nas variadas doutrinas filosóficas, denota-se que a estruturação de uma tutela jurisdicional coletiva não requer, necessariamente, a adoção de apenas uma concepção de justiça. É certo que, por vezes, a busca por uma tutela processual sempre efetiva, descrita no

¹⁰⁶ *Ibidem.* p. 73.

¹⁰⁷ FARAGO, *Op. cit.* p. 264.

¹⁰⁸ *Ibidem.* p. 269.

¹⁰⁹ *Ibidem.*

pensamento tomista, que pode se dar por meio do uso da força, conforme orienta Pascal, pode servir como preceito base para o uso dos processos de direitos metaindividuais, sem que, por outro lado, isso impeça a aplicação concomitante de outras concepções, como aquela voltada à atuação jurisdicional criativa do magistrado, ressaltada por Thomas More. Evidentemente, essa é necessária em conflitos envolvendo uma grande diversidade fática, ante a impossibilidade da lei de abarcar todas as situações da realidade.

O conflito entre particular e coletivo, entre o interesse público e o direito individual tem raízes no pensamento utilitarista de Bentham. Uma concepção de justiça processual coletiva utilitarista permitirá concluir que em prol da efetividade na entrega da tutela jurisdicional, e a fim de se maximizar a entrega da resposta estatal aos conflitos de interesse, o direito individual de acesso ao Judiciário deveria aguardar a solução do processo coletivo. Isso ocorre a fim de que, em nome de uma economia processual, fosse evitado que se multiplicassem ações desnecessárias, pois que abrangidas pela eficácia da decisão coletiva. Assim, o sacrifício individual de alguns seria compensado pelo benéfico coletivo da tutela metaindividual, como pensa Bentham. Porém, isto é o oposto do que ensina Rawls.

Desse modo, principalmente neste particular, percebe-se a importância que a adoção de um critério de justiça surtirá quando do julgamento das ações judiciais que envolvam direitos coletivos.

3 AS AÇÕES COLETIVAS E O ROMPIMENTO COM O PARADIGMA PROCESSUAL LIBERAL-INDIVIDUAL

A modernidade propagou verdades pautadas no uso da razão, adotando paradigmas que influenciaram o mundo moderno, a vida social e o Direito. No decorrer dos séculos da modernidade, a racionalidade da ciência e da tecnologia foi se impondo sobre as demais formas de conhecimento. Com isso, o conhecimento-regulação conquistou a primazia sobre o conhecimento emancipação: a ordem transformou-se na forma hegemônica do saber e o caos na forma hegemônica da ignorância¹¹⁰.

No campo jurídico e político, o paradigma da modernidade consolidou-se no século XIX¹¹¹. Foi justamente nesse período que o capitalismo se tornou o modo de produção dominante nos países centrais e que a burguesia emerge como classe hegemônica. Daí para frente, o paradigma da modernidade fica associado ao desenvolvimento do capitalismo. Durante o seu desenvolvimento, ao longo do século XIX e XX, há a intensificação de um processo de concentração e exclusão, através do qual a tensão entre regulação social e emancipação social¹¹², constitutiva do pensamento jurídico e político moderno, foi sendo gradualmente substituída por uma utopia de regulação jurídica confiada ao Estado.

A modernidade, a partir de um paradigma científico pautado na razão, propôs à humanidade que o desenvolvimento dessa razão levaria ao desenvolvimento de um sistema social que concretizaria a igualdade e reduziria as desigualdades sociais¹¹³.

¹¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 73-74.

¹¹¹ *Ibidem*. O autor explica que o conhecimento-emancipação é uma trajetória entre um estado de ignorância chamado de colonialismo e um estado de saber que é por ele designado de solidariedade. O conhecimento-regulação é uma trajetória entre um estado de ignorância por ele chamado de caos e um estado de saber, designado de ordem. Se o primeiro modelo de conhecimento progride do colonialismo para a solidariedade, o segundo progride do caos para a ordem. Nos termos do paradigma da modernidade, a vinculação recíproca entre o pilar da emancipação e o da regulação implica que estes dois modelos de conhecimento se articulam em equilíbrio constante e dinâmico.

¹¹² *Idem*, **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999. p. 77

¹¹³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 235.

3.1 As mudanças de paradigma segundo Thomas Kuhn: breves noções

A ciência encontrou um mundo em que era preciso resolver impasses. Tal atividade sempre consistiu em um empreendimento de concentração de informações, extremamente bem sucedido no que tange ao seu objeto: a ampliação do alcance e da precisão do conhecimento científico, como ensina Thomas Kuhn, em obra¹¹⁴ que serve de base à reflexão ora trazida.

Neste sentido, o conhecimento científico atinge um grau de precisão que forma paradigmas. Os paradigmas adquirem seu “status” porque são mais bem sucedidos que seus competidores na resolução de alguns problemas que o grupo de cientistas reconhece como relevante.

A investigação histórica de uma determinada especialidade num dado momento, revela um conjunto de exemplificações, instrumentos, teorias e conceitos padronizados. São os paradigmas a serem estudados e utilizados na prática.

De início, o êxito de um paradigma é, em grande parte, uma promessa de sucesso que pode ser descoberta em exemplos selecionados e ainda incompletos. A ciência normal consiste na atualização dessa promessa, que se obtém ampliando-se o conhecimento daqueles fatos científicos que o paradigma apresenta como sendo os mais pertinentes.

Seja qual for a ciência, seja ela exata, humana ou social (Matemática, Medicina, Direito etc.), os cientistas passarão boa parte de suas carreiras trabalhando na atualização desse conhecimento científico, forçando “a natureza a encaixar-se dentro dos limites preestabelecidos e relativamente inflexíveis fornecidos pelo paradigma” e, por isso, os membros dessa comunidade científica não toleram as teorias novas¹¹⁵.

Essas restrições, no entanto, são oriundas da crença no paradigma, revelam-se essenciais para o desenvolvimento da ciência. Ao concentrar a atenção numa área restrita do conhecimento, o paradigma obriga os investigadores a analisar uma parcela da natureza com profundidade e de um modo muito específico, enriquecendo a ciência.

¹¹⁴ KUHNS, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 43.

¹¹⁵ *Ibidem*. p. 43.

Dessa forma, uma comunidade científica, ao conceber um paradigma, adquire igualmente, um sistema para escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, poder-se-á considerá-lo como dotado de uma solução possível. Numa larga escala, esses serão os únicos problemas que a comunidade colherá como sendo qualificados de científicos e encorajará seus membros a resolver¹¹⁶. Outros problemas, mesmo muitos dos quais eram anteriormente aceitos, passam a ser rejeitados como não científicos ou como parte de outra ciência.

A ciência, nesta perspectiva, não se empenha na descoberta de fatos novos. Cria-se a idéia (falsa, com explica Thomas Kuhn¹¹⁷) de evolução linear de cada campo científico especializado, que serviria como um projeto não dialetizado de um saber dominante. Forma-se, assim, a crença nesse saber que, sendo buscado como verdadeiro, possui uma resistência a mudanças.

Entretanto, a pesquisa científica irá, freqüente e continuamente, permanecer se defrontando com novos fenômenos. Quando esses fenômenos não forem passíveis de serem explicados pelo conjunto de regras e pressupostos ditados pelo paradigma até então vigente, surgem desafios aos cientistas e a necessidade de reflexão quanto à, ainda, validade dos conceitos até então postos.

Pode-se afirmar, então, que as crises se iniciam com a caducidade de um paradigma frente a novas evidências. Há, assim, uma frouxidão das regras que orientam a pesquisa normal.

Essas crises de paradigmas, por serem bruscas e dilacerantes, desafiam a imagem endeusada de determinada ciência, pois as inovações não são facilmente assimiladas pelos paradigmas. Ocorrerá, então, que revoluções científicas, mudanças de paradigmas, serão inevitáveis e necessárias, na medida em que as teorias reinantes são constatadas como incompletas:

A crise do paradigma da ciência moderna não constitui um pântano cinzento de cepticismo ou de irracionalismo. É ante o retrato de uma família intelectual numerosa e instável, mas também criativa, no momento de se despedir, com alguma dor, dos lugares conceptuais, teóricos e epistemológicos, ancestrais e íntimos, mas não mais convenientes e securizantes, uma despedida em busca de uma vida melhor a caminho doutras paragens onde o optimismo seja mais fundado e a racionalidade mais plural e onde, finalmente, o conhecimento volte a ser uma aventura encantada. A caracterização da crise do paradigma dominante traz consigo o perfil do paradigma emergente.¹¹⁸

¹¹⁶ *Ibidem.* p. 44.

¹¹⁷ *Ibidem.* p. 77-78.

¹¹⁸ SANTOS, **A crítica da razão indolente...** p. 73-74.

E a transição de um paradigma em crise para um paradigma novo não se dá por um processo cumulativo, adaptador do antecessor, mas sim pelo rompimento, pela revolução e ruptura com o velho.

3.2 Paradigma processual liberal-individual

No campo do Direito, o século XIX e início do XX serviram para a consolidação do paradigma jurídico positivista. Sob ele construiu-se um modelo argumentativo “liberal-individual-normativista”¹¹⁹, pela qual a lei é vista como “lei-em-si-mesma”, abstraída de suas condições histórico-sociais.

Sustentando esse modelo individual-normativista existe um campo hermenêutico jurídico, disseminado pela Filosofia da Consciência, pautada na lógica do sujeito cognoscente e objeto cognitivo, pela qual o sujeito de direito, defronte ao objeto a ser analisado, limita-se a descrevê-lo, utilizando a linguagem como mero instrumento dessa relação entre sujeito-objeto¹²⁰.

Segundo essa concepção epistemológica, a atividade judicial é concebida como mera administração da lei pelo Judiciário, instituição tida como neutra, imparcial e objetiva, ficando o intérprete, aplicador do Direito, convertido a um simples burocrata do Direito Positivo. Como o que importa não é a explicação, a compreensão ou a orientação dos comportamentos jurídicos, e sim a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, ao agir de modo “técnico”, isto é, sem preferências valorativas e imunes a questões político-sociais, o jurista atua limitado pelas garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei, postulados fundamentais do modelo paradigmático liberal-burguês do Estado de Direito Positivo: “...ele [o jurista] desempenha também o papel de um profissional competente na integração dos atores considerados ‘disfuncionais’ na vida social”¹²¹.

Todos os ramos do direito são baseados em tal concepção liberal, individual e positivista¹²². No âmbito do direito processual, não é diferente. A própria concepção

¹¹⁹ STRECK, *Op. cit.* p. 293.

¹²⁰ *Ibidem.* p. 294.

¹²¹ FARIA, José Eduardo. **O poder judiciário no Brasil**: paradoxos, desafios, alternativas. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 29-30.

¹²² O Direito Penal, por exemplo, possui, neste período, uma forte tutela do patrimônio, penalizando aqueles que cometem crimes contra os bens da burguesia e contra a liberdade individual, valores advindos da Revolução Francesa.

de jurisdição possuía total relação com os valores do estado Liberal-burguês e do positivismo jurídico.

O processual civil servia como instrumento de exercício da função jurisdicional, voltada à tutela dos direitos subjetivos privados que fossem transgredidos. Assim, bem explica Luiz Guilherme Marinoni:

Se é certo que a jurisdição, no final do século XIX, encontrava-se totalmente comprometida com os valores do Estado Liberal e do positivismo jurídico, passa a importar, agora, a relação entre tais valores e a concepção de jurisdição como função voltada a dar atuação aos direitos subjetivos privados violados¹²³.

O processo civil se preocupa, portanto, com a tutela, principalmente, dos direitos fundamentais de primeira geração, o que ocorrerá por meio da aplicação pura da lei. Isto porque, em perspectiva histórica da evolução dos direitos fundamentais¹²⁴, é de se recordar que os direitos de primeira geração referem-se a liberdades individuais, na perspectiva do homem individualmente considerado¹²⁵.

“A tendência de defesa da esfera da liberdade do particular” funde-se à idéia positivista de que “apenas a supremacia da lei seria capaz de proteger esses direitos”¹²⁶, fazendo surgir uma concepção de jurisdição restrita à proteção, por meio do processo, dos direitos subjetivos dos particulares mediante aplicação da lei.

O papel do juiz, do promotor e do advogado foi, assim, extremamente simplificado neste período, pois limitado à automática aplicação das normas jurídicas ao caso concreto, sem qualquer atividade jurídica construtiva. O processo civil era claro ao determinar que o juiz deveria julgar dentro do que fora pedido e com base

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenação) **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Muniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006. p. 18.

¹²⁴ As denominações direitos humanos ou direitos do homem são utilizadas com maior frequência no âmbito da doutrina anglo-saxônica e latina, ao passo que a expressão direitos fundamentais é presente na doutrina alemã, além de ser utilizada pela atual Constituição brasileira, como ensina Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 560). Canotilho explica que as expressões direitos fundamentais e direitos do homem, em que pese possam ser distinguidas, a primeira como sendo os direitos humanos limitados e traçados como fundamentais em um ordenamento jurídico específico e concreto; e a segunda, como direitos humanos válidos universalmente, para todos os povos e em todos os tempos, reconhece, porém, tratarem-se de expressões comumente usadas como sinônimas (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393).

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 223.

¹²⁶ MARINONI, *Op. cit.* p. 148.

nas provas que fossem produzidas no processo, sem qualquer base em critérios ou princípios de justiça, concepção que perdurou até recentemente.

Havia nítida supremacia da função legislativa, esta sim, real criadora do Direito. O juiz era mero aplicador, sem poder sequer interpretá-lo. Essa idéia fica clara na seguinte passagem de Montesquieu: “[Se] os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”¹²⁷.

O paradigma processual liberal individual também não abrangia qualquer instrumento de prevenção de dano, ficando limitado ao prisma da reparação do direito violado.

Mas a conotação repressiva da jurisdição não foi simplesmente influenciada pelo valor da liberdade individual, pois o princípio da separação dos poderes também serviu para negar à jurisdição o poder de dar tutela preventiva aos direitos, uma vez que, na sua perspectiva, a função de prevenção diante da ameaça de não-observância da lei era da Administração. Esse seria um poder exclusivo de ‘polícia administrativa’ evitando-se, desse modo, uma sobreposição de poderes: a Administração exercia a prevenção e o Judiciário apenas a repressão¹²⁸.

É certo que a maior parte do século XIX caracterizou o período sincretista do processo¹²⁹, no qual não havia uma distinção clara entre processo e direito material. O processo, nesse primeiro momento ainda não figurava como ciência autônoma. No entanto, esta postura passou a ser insuficiente a partir do final século XIX, quando “o processualista, sensível aos grandes problemas jurídicos, sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas”¹³⁰ deu-se conta da necessidade de uma maior atuação do magistrado na entrega da prestação jurisdicional, da necessidade de observância de regras que assegurassem um juiz

¹²⁷ MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. Coleção Os Pensadores. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 158.

¹²⁸ MARINONI, *Op. cit.* p. 18.

¹²⁹ “Foi esse sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da ‘actio’ romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional. A celeuma provocada por essas afirmações revolucionárias (hoje, tão naturais aos olhos do jurista moderno) acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até a plena consciência da ‘autonomia’ não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18).

¹³⁰ *Ibidem*. p. 22.

natural do processo e o trâmite devido e legal do processo, além de outros institutos que iriam compor a ciência jurídica processual.

3.3 Crise do paradigma dominante e paradigma processual emergente

Como visto, a partir de uma concepção de Estado onde os valores e interesses estavam separados entre os que diziam respeito estritamente aos sujeitos que os titularizavam e, de outro lado, os demais interesses, relativos à coletividade, deixados à conta do Estado, por meio de sua função administrativa, desenvolveu-se uma jurisdição singular no século XIX, e que se preocupava com a tutela dos interesses intersubjetivos.

Os procedimentos, os incidentes processuais e as regras de distribuição do ônus da prova pautavam-se nessa concepção individualista da prestação jurisdicional.

Ocorre, no entanto, que o próprio século XIX foi palco de inúmeras formações sociais que atingiam sua maturidade, tais como o sindicalismo (incrementado pela Revolução Industrial), a estruturação e fortalecimento dos partidos políticos, dentre outros agrupamentos que reivindicavam espaços e direitos específicos.

A emergência da conflitividade social e o caráter da não neutralidade do direito, assim como a impugnação da separação entre direito, sociedade e mercado, os quais desencadeiam, por conseguinte, a problematização da questão inerente à legitimação social e moral do próprio fenômeno jurídico, 'determinarão a superação das imagens da homogeneidade da sociedade liberal e a perda da posição central da lei, como forma jurídica e fonte do direito, que vinha ocupando no Estado legislativo'. Com efeito, a dissolução da imagem homogênea do jurídico será a consequência das tensões as que se vê submetido o ordenamento jurídico dada a multiplicidade e heterogeneidade das pretensões sociais que se dirigem ao mesmo.

A multiplicidade e heterogeneidade das pretensões sociais afetam o Direito:

Desse modo, as tensões desagregadoras que afetam o direito no Estado liberal se expressarão, pelo menos, em duas vertentes: desde um prisma interno de perspectiva a partir da ruptura da própria concepção da lei, que de uma representação unívoca de um conjunto de interesses abstrata e homogeneamente concebidos desloca-se em direção a um ato permeado de interesses que estão em permanente conflituosidade e, no que concerne a uma vertente de caráter externo, o processo de normatividade da lei vincular-se-á não mais aos caracteres de uma codificação idealizada que pudesse abranger todas as preferências de uma sociedade cada vez mais plural, mas

terá concebido paralelamente aos processos autônomos de regulação social.¹³¹

Essa conflituosidade ou conflitividade social, mencionada na passagem anterior, caracteriza a pluralidade de idéias responsável pela mudança de paradigma jurídico. A própria concepção de legalidade precisa, então, ser revista, na medida que na época do estado Liberal, ela era considerada fruto da vontade de um Parlamento composto por representantes da burguesia e, assim, por pessoas sem divergências ideológicas. Explica Marinoni que, passada essa fases Paramentos “deixaram de ser o lugar de uniformidade”, passando a serem “local de divergência, em que diferentes idéias acerca do papel do Estado e do direito passaram a se confrontar”, passando, então, a lei, a ser uma vontade política. Marinoni explica, ainda, que atualmente, porém, “a lei não é nem mais a expressão de uma vontade política, uma vez que determinados membros do Parlamento sequer conhecem a sua própria vontade”¹³².

Desse modo, tornou-se necessário um resgate da substância da lei e, para tanto, encontrar instrumentos processuais que concedam ao juiz a capacidade de, ao aplicar à lei em julgamentos concretos, pudesse dar efetividade a critérios de justiça.

Tais princípios de justiça “tinham que ser colocados em uma posição superior e, assim, foram utilizados nas Constituições”, as quais “tornaram-se rígidas, no sentido de escritas e não passíveis de modificação pela legislação ordinária”¹³³.

O advento do Estado Constitucional exigia uma nova postura do princípio da legalidade, o que gerava reflexos na concepção de processo jurisdicional como mera aplicação da lei, de modo que, o magistrado, no exercício da função de julgar, deveria interpretar a lei e verificar a concretização dos princípios constitucionais.

No âmbito dos direitos fundamentais, o começo do século XX marcava o crescente espaço de direitos que não mais correspondiam a uma mera abstenção do Estado, mas que o obrigava a prestações positivas, tais como assistência social, saúde, educação, trabalho etc.: eram os direitos sociais ou de segunda geração.

¹³¹ DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. São Paulo: Landy, 2003. p. 36.

¹³² MARINONI, *Op. cit.* p. 23.

¹³³ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, *Apud* MARINONI, *Op. cit.* p. 25.

O Estado Constitucional, então, vê, modernamente, entrarem para o rol de direitos a serem tutelados com caráter também principiológico e constantes das Cartas Magnas dos Estados contemporâneos, os chamados direitos de terceira geração que englobam o direito ao meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, o direito à conservação do patrimônio histórico-cultural etc., constituindo, portanto, direitos que transcendem a esfera dos indivíduos para recaírem sobre grupos sociais ou na própria coletividade¹³⁴.

Assim, a mudança das relações jurídicas na sociedade moderna, afastando-se do individualismo clássico cria a necessidade de novas formas de tutela jurisdicional dos novos direitos¹³⁵ que, antes, quando muito, eram de preocupação precípua da função administrativa.

Essa modificação de paradigma, marcada também por um aumento dos conflitos sociais, exige uma revisão dos institutos processuais e uma adequação de seus conceitos à realidade atual, dando instrumentos ao magistrado para a concretização dos princípios e dos direitos previstos na Constituição. Essa perspectiva, trazida à realidade brasileira, ganha maiores proporções quando se percebe a ineficácia e inoperância das políticas governamentais, deixando o Poder Judiciário como último refúgio às necessidades dos cidadãos. Gisela Bester¹³⁶ destaca que se vive num Estado que, além de inoperante, exige uma das maiores cargas tributárias do mundo, sem dar, em contrapartida, as garantias de um Estado Social indicado pela Constituição Federal. Ainda neste sentido:

(...) a partir do momento que o estado de exceção tornou-se regra, ele não só se apresenta sempre como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica. (...) Embora um uso provisório e controlado dos plenos poderes seja teoricamente compatível com as constituições democráticas, 'um exercício sistemático e regular do instituto' leva necessariamente à liquidação da democracia. De fato, a progressiva erosão dos poderes legislativos do Parlamento, que hoje se limita, com frequência, a ratificar disposições promulgadas pelo executivo sob a forma de decretos com força de lei, tornou-se desde então uma prática comum. A Primeira Guerra Mundial – e os anos seguintes – aparece, nessa perspectiva, como o

¹³⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 25.

¹³⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, 2002. p. 25.

¹³⁶ BESTER, Gisela Maria. Quanto, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado contemporâneo deixa de ser empresário. In GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Coordenação) **Direito Empresarial & cidadania**: questões contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2006. p. 131

laboratório em que se experimentam e se aperfeiçoam os mecanismos e dispositivos do estado de exceção como paradigma de governo.¹³⁷

Desamparados, os cidadãos têm no Poder Judiciário o último abrigo para suas expectativas. Com a proliferação de litígios, típicos de uma sociedade de massa, mostra-se necessária uma releitura do trinômio jurisdição-ação-processo, pois, ao contrário do paradigma anterior – em que a jurisdição era confinada à tutela individual; o processo dizia respeito apenas aos próprios litigantes; e a ação era um direito exercido exclusivamente por um titular – atualmente, exige-se que o direito processual civil conduza o Poder Judiciário à solução de conflitos de interesses amplos e abrangentes de inúmeros envolvidos (metaindividuais), bem como a ação seja exercida e o processo conduzido por representantes legitimados para a tutela de grupos sociais.

Conforme ensina Barbosa Moreira, o processo recebe o impacto da litigiosidade em massa e demais fenômenos culturais e econômicos do mundo contemporâneo:

O que assume proporções mais importantes é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas. É um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?¹³⁸

Exemplo prático e recente de demanda que assoberbou a Justiça Federal obrigando-a a adotar medidas estruturais capazes de responder pelos feitos ajuizados, é a que envolve, ainda hoje, as correções de expurgos inflacionários do Fundo de Garantia (FGTS) que, segundo classificou o então Ministro do Trabalho “é o maior contencioso do mundo, pois envolve 50 milhões de pessoas”¹³⁹.

Não é suficiente que o ordenamento jurídico reconheça a relevância e dê “status” constitucional a esses direitos metaindividuais de terceira geração. É

¹³⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 18-19.

¹³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na constituição de 1988. **Revista de Processo** nº 61/197. Conferência proferida em 11.09.1989 na Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro. p. 187.

¹³⁹ Citado por MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos. (Coordenação). **Tutela Coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 232. Sem indicação da data e do nome do Ministro do Trabalho no original.

necessário que se estabeleçam meios para a concretização de tais direitos por parte do Poder Judiciário.

O surgimento desse novo paradigma processual, no ordenamento nacional, é algo possível de se observar a partir de legislações que tiveram como marco inicial a Lei da Ação Popular, Lei 4.717/65, manejável para defesa de valores de grande repercussão, como aqueles envolvendo o erário público. Tanto que Barbosa Moreira a ela assim se refere: “instrumento [pelo qual] é possível pleitear a invalidação de qualquer ato praticado por qualquer entidade, não só quando cause prejuízo pecuniário, mas também quando lese bens imateriais”¹⁴⁰. Posteriormente, advém a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o conceito legal de interesses difusos aparece no código de defesa do consumidor (art. 81, I).

Esse novo paradigma, presente nas legislações que tratam da defesa de novos direitos presentes na contemporaneidade, representa o papel da jurisdição num Estado Constitucional preocupado em atribuir sentido ao caso concreto posto em julgamento. O juiz não pode se afastar dessa nova realidade.

Se a percepção de novas situações derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que estão na cartilha do Judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc. é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos.¹⁴¹

Cabe, então, a idealização de uma nova tutela processual adaptada a esse papel do juiz, de agente que ao analisar o caso concreto, faz valer os critérios de justiça e os princípios constitucionais aplicáveis ao litígio.

3.4 Ações coletivas

Como mencionado, o desenvolvimento social trouxe as relações jurídicas a uma realidade composta por duas características principais: a primeira, atinente à consideração de novos direitos tidos por fundamentais, de titularidade indeterminada, porque coletiva: são os direitos metaindividuais, de terceira geração;

¹⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação popular no direito brasileiro, como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. **Revista de Processo** nº 28/10-12. Também publicado em Temas de direito processual. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 1998. p. 12.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado contemporâneo**. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenação). Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Muniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006. p. 49.

a segunda característica leva em conta o estado das sociedades modernas, num mundo neoliberal, globalizado e padronizado¹⁴².

Isto porque, é inegável que em uma sociedade capitalista, de consumo em massa, em que as relações jurídicas são padronizadas e disponibilizadas de forma idêntica para toda uma coletividade, há uma enorme coincidência entre conflitos compartilhados por estas várias pessoas, com uma fonte problemática em comum e que atinge a todos:

O capitalismo, a organização capitalista da produção, a autonomia do cálculo econômico obtiveram praticamente sucesso. O cálculo e a mercadorização produzem, de fato, uma nova forma de visibilidade e representabilidade das necessidades humanas, que parecem exaurir a dissipação individualista...¹⁴³

Por outro lado, em que pese relevante, a tutela jurídica dos interesses dessa nova realidade de direitos metaindividuais seria problemática, se analisada na perspectiva da tutela individual, pois, primeiramente, não é possível identificar, por exemplo, um titular do direito ao meio ambiente equilibrado ou reunir todos os prejudicados pela mercadoria defeituosa colocada a consumo, de modo que venham todos, a serem reparados em seu prejuízo.

O tratamento desses interesses de forma coletiva tem sua origem no Direito comparado e, em que pese não seja recente, está ligada ao desenvolvimento social¹⁴⁴.

¹⁴² A respeito da padronização e alienação nas sociedades modernas, interessante a crítica de Guy Debord: "A sociedade portadora do espetáculo não domina as regiões subdesenvolvidas apenas pela hegemonia econômica. Domina-as como sociedade do espetáculo. Nos lugares onde a base material está ausente, em cada continente, a sociedade moderna já invadiu espetacularmente a superfície social. Ela define o programa de uma base dirigente e preside sua formação. Assim como ela apresenta os pseudobens a desejar, também oferece aos revolucionários locais os falsos modelos de revolução. O espetáculo específico do poder burocrático, que comanda alguns países industriais, faz parte do espetáculo total, como sua pseudonegação geral, e seu sustentáculo. Visto em suas diversas localizações, o espetáculo mostra com clareza especializações totalitárias do discurso e da administração sociais, mas estas acabam se fundindo no nível do funcionamento global do sistema, em uma divisão mundial das tarefas espetaculares. (...) O movimento da banalização que, sob a diversão furta-cor do espetáculo, domina mundialmente a sociedade moderna, domina-a também em cada ponto em que o consumo desenvolvido das mercadorias multiplicou na aparência os papéis e os objetos a escolher. (DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. p. 38-39).

¹⁴³ BARCELLONA, Pietro. **O egoísmo maduro e a insensatez do capital**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995. p. 37.

¹⁴⁴ ARENHART, Sergio Cruz. **Perfis da tutela inibitória e coletiva**. Coleção Temas atuais de direito processual civil, v. 6. São Paulo: RT, 2003. p. 141.

3.4.1 As ações coletivas no direito anglo-saxão: “class action”

Não é objetivo deste trabalho esmiuçar as origens históricas¹⁴⁵ das demandas coletivas. No entanto, a compreensão do instituto da tutela coletiva exige, ao menos, que se analise o seu antecedente moderno e quais os critérios e princípios que estavam presentes quando do surgimento das recentes ações coletivas no direito americano.

Ensina Antonio Gidi, em obra sobre as “class action” que, por cinco séculos, o exercício do poder jurisdicional na Inglaterra esteve dividido entre os institutos da “law jurisdiction” e “equity jurisdiction”, sistema este que persistiu até o final do século XIX¹⁴⁶.

A jurisdição da eqüidade ou simplesmente eqüidade era aplicada pela “court of chancery” ou “court of equity”, em um tribunal com o encargo de regulamentar as questões lacunosas do direito, por meio da eqüidade¹⁴⁷. Tais tribunais, ao contrário dos tribunais de direito (“court of law”) permitiam a existência de demandas em litisconsórcio facultativo ou voluntário¹⁴⁸, fundado na mera existência de questões comuns. Ocorre que tais tribunais, para evitar a multiplicidade de demandas, impôs uma regra exigindo a intervenção de todos os interessados no julgamento, sob pena de extinção do feito.

Com o tempo, especificamente no século XVII, os “courts of equity” perceberam que tal regra era problemática, além de injusta. Isto porque, afastava do Poder Judiciário os litígios daqueles que o procurassem, pelo simples fato de que a causa de suas demandas era comum a várias outras pessoas, muitas das quais não interessadas em conflitar judicialmente ou mesmo não localizadas¹⁴⁹. Passaram, referidas cortes, então, a aceitar uma exceção à regra, chamada “bill of peace”, pela

¹⁴⁵ Identificam-se semelhanças entre as ações coletivas e algumas ações populares existentes no direito romano (LEONEL, *Op. cit.* p. 40-51).

¹⁴⁶ GIDI, Antonio. **A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007. p. 40.

¹⁴⁷ Os “courts of law” somente aceitavam julgamento de questões envolvendo litisconsórcios necessários. No direito processual nacional, a hipótese de litisconsórcio necessário está prevista no art. 47 do Código de Processo Civil em vigor, cuja redação – ainda que mereça críticas, estas são desnecessárias para o momento – dispõe que haverá litisconsórcio necessário quando, por disposição da lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver que decidir a lide de modo uniforme para todos os envolvidos.

¹⁴⁸ No direito processual nacional, o litisconsórcio facultativo se forma por iniciativa e vontade das partes, não existindo lei ou peculiaridade decorrente da natureza das relações jurídicas dos envolvidos que obrigue a atuação conjunta.

¹⁴⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002. p. 63-73. No mesmo sentido: GIDI, *Op. cit.* P. 40-41.

qual era possível uma demanda representativa (representative action) na qual um ou alguns membros de um determinado grupo de pessoas em igual situação poderia demandar e obter uma decisão com eficácia geral (“erga omnes”), desde que fosse impraticável a reunião de todos os interessados.

No século XIX, no entanto, a concepção de “class action” entra em conflito com a ideologia da filosofia individualista forte na cultura ocidental neste período. O conflito se caracteriza na medida em que o individualismo predominante contrastava com a massificação da sociedade iniciada em virtude do auge da revolução industrial e que, evidentemente, gerava inúmeros conflitos sociais assemelhados.

Os Estados Unidos, que até o século XVIII eram colônia inglesa, adotaram e herdaram o dual sistema de justiça das jurisdições “law” e “equity”, de modo que os institutos a elas vinculados puderam também se desenvolver em solo americano. A matéria é regulamentada em 1833 pela Equity Rule 48 que permitia as exceções à regra do litisconsórcio necessário.

Posteriormente, em 1938, com a promulgação da “Rule 23” ou simplesmente regra 23, do conjunto de Regras Federais de processo Civil (“Federal Rules of Civil Procedure”), emitidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, as ações coletivas com pretensões indenizatórias são permitidas não apenas no sistema de equidade, mas também pelo sistema de jurisdição do direito (“jurisdiction of law”)¹⁵⁰.

Por isso, se um representante reclamante adianta-se por uma pretensão individual, buscando trazer uma demanda coletiva, juízes estão outorgados na função de garantir “status” de situação coletiva à demanda, isto tudo, certamente, sem consultar a intenção de uma das partes ausente e o resultado do litígio é caracterizado por unir os membros da classe.¹⁵¹

Arenhart descreve os requisitos que deveriam estar presentes para a aplicação dessa regra que enalteceu as “class actions” no direito americano:

A admissão da class action, perante a regra do art. 23, na atual redação, que aqui interessa, depende da satisfação de certos requisitos, a saber: a) a existência de uma classe grande o suficiente, de forma a tornar inviável a reunião, em uma ação, de todos os seus membros; b) a

¹⁵⁰ ARENHART, *Op. cit.* p. 145.

¹⁵¹ HENSLER, Deborah. **Class dilemmas** – pursuing public glas for private gain. Santa Monica: Rand, 2000. p. 11-12. Livre tradução do seguinte trecho: “Hence, if representative plaintiffs come forward in such individual situations seeking to bring a class action, judges are empowered to grant class action status (i. e. ‘certify a class’) without consulting the wishes of the absent parties, and the out comes of the litigation are binding on all class members”

presença de questões de direito ou de fato comuns à classe; c) a discussão, na ação, de questões típicas da classe; e d) a representatividade adequada, daqueles que propõem a demanda em benefício e em relação à classe como um todo.¹⁵²

Observa-se que tanto no direito norte-americano, quanto no sistema inglês, do qual se originaram as “class actions”, a processualística está diretamente relacionada com a tentativa de se observar uma economia processual quando do trato de direitos individuais comuns a uma gama numerosa de pessoas. Não há, na origem da “class action”, relação direta com tutela de direitos coletivos de titularidade indeterminada, como são fundamentais de terceira geração, como por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado.

Percebe-se, ainda, que dentre os critérios de justiça passíveis de serem adotados pelo sistema americano, optou-se, por uma questão de política judiciária, pela ampliação das hipóteses de cabimento de ações coletivas, a fim de se evitar a multiplicação de ações individuais que tumultuariam as cortes daquele país. A economia processual foi, portanto, o princípio que orientou o desenvolvimento do instituto nos EUA.

3.4.2 A tutela coletiva no ordenamento jurídico nacional

No ordenamento jurídico nacional, ao contrário do ocorrido no direito comparado, o surgimento de ações coletivas não guarda relação com a prática judiciária, mas sim com o processo legislativo. É da edição de leis que surgem as primeiras noções de tutela de direitos metaindividuais. Também de forma diversa do que ocorrera no direito anglo-saxão, no Brasil não são os conflitos individuais iguais compartilhados por estas várias pessoas, numa mesma situação que dão ensejo ao desenvolvimento do processo coletivo, mas sim os direitos de titularidade indeterminada, assim considerados aqueles de interesse público geral, como, por exemplo, os fundamentais de terceira geração.

¹⁵² ARENHART, *Op. cit.* p. 145-146. A “Rule 23” possui a seguinte redação, cuja tradução se assemelha à transcrição anterior, extraída da obra de Arenhart: “Prerequisites to a Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf all only if (1) the class is so numerous that joinder of all numbers is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”. (GIDI, *Op. cit.* p. 503).

A gênese legislativa dos direitos coletivos, no Brasil, reside na ação popular. Apesar de regulamentada apenas em 1965, pela Lei 4.717, a ação popular já possuía previsão constitucional desde a Carta de 1934, como ação autônoma, vindo a ser, em 1934, inserida na Constituição deste ano, no rol das garantias fundamentais (art. 113, inciso XXXVIII)¹⁵³. Além da previsão constitucional, houve ainda ações de natureza popular e geral previstas na Lei 818/49, esta relacionada à perda de direitos políticos; na Lei 3.052/58, com previsão de impugnação contra o enriquecimento ilícito; e no antecessor Estatuto da Advocacia (Lei 4.215/63), este último já aos moldes da “class action”, pois conferia legitimidade ao órgão representante para a defesa da classe dos advogados.

A lei da ação popular surge, assim, num contexto social marcado pelo início da política ditatorial dos governos militares, numa época, entretanto, povoada pelos diversos movimentos sociais populares. Tais movimentos fizeram emergir novos atores e novos temas políticos, tais como a improbidade administrativa e a preocupação com a coisa pública¹⁵⁴, bens jurídicos de titularidade indeterminada.

No entanto, é com a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.884/94) que a legislação brasileira passou a merecer destaque pelo tratamento incisivo dado à tutela dos direitos coletivos. Tais legislações fazem do Brasil um país detentor de um aparato composto por dispositivos “inovadores e de vanguarda, que, todavia, não têm sido adequadamente aplicados”, como bem observa Arenhart. O CDC e a LACP constituem um sistema integrado, com remissões recíprocas: o artigo 90 do CDC determina que se apliquem as regras da LACP às ações ajuizadas com base no código consumerista e a LACP, por sua vez, em seu artigo 21, remete o processo que tramite com base nela, subsidiariamente, às normas do CDC.

Não só a LACP e do CDC, que se prestam à tutela de direitos envolvendo o meio ambiente, relações de consumo, bens e valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos, paisagísticos e culturais, bem como outros direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos¹⁵⁵, mas também outras legislações merecem destaque pela tutela de direitos metaindividuais:

¹⁵³ LEONEL, *Op. cit.* p. 53.

¹⁵⁴ SADER, Eder. **Quando novos personagens entram em cena**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 178-193.

¹⁵⁵ Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies de direitos metaindividuais ou coletivos em sentido amplo, como será visto a seguir. E, apesar do art 1º, inciso IV, da Lei da Ação

Para além desses diplomas, o sistema de proteção de interesses coletivos é contemplado, ainda, por leis esparsas., relativas a situações específicas, como a Lei 7.913/89 (que trata da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários), a Lei de Abuso de Poder econômico (Lei 8.884/94, especialmente seus arts. 29 e ss) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, especialmente seus arts. 208 e ss.). Esse sistema permite dizer que é admissível, perante o direito nacional, a proteção de qualquer espécie de direito coletivo virtualmente imaginável, ou ainda de qualquer interesse individual de massa, pela via da ação coletiva¹⁵⁶.

Além das legislações mencionadas na transcrição anterior, feita a partir da obra de Arenhart, é de se destacar no rol dessas tutelas a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, além das previsões constitucionais existentes na Carta de 1988 em especial a do artigo 8º, inciso III, que assegura a tutela de direitos trabalhistas pelo Sindicato, artigo 5º, incisos LXX (mandado de segurança coletivo) e LXXIII (ação popular) e artigo 129, inciso III.

Observa-se, portanto, que a tutela de direitos metaindividuais possui base constitucional, tanto no que diz respeito aos direitos coletivos propriamente ditos, aqueles de titularidade indeterminada, a que o texto constitucional deixa (ainda que não exclusivamente) sob a especial proteção do Ministério Público (art. 129, III), como também aqueles interesses individuais de massa que, no âmbito trabalhista, podem ficar a cargo dos Sindicatos (art. 8º, III).

3.5 Direitos metaindividuais

O ordenamento jurídico brasileiro admite dois grupos distintos de direitos coletivos em sentido amplo.

No primeiro grupo estão aqueles considerados, propriamente, como direitos de tutela coletiva, em virtude das características desses direitos. São aqueles direitos transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito), de titularidade indeterminada, para os quais a tutela coletiva surge originalmente no Brasil.

No segundo grupo estão os direitos individuais homogêneos. São os direitos de massa, tratados como coletivos para que recebam a tutela coletiva, mas que, por outro lado, por serem titularizados individualmente por cada membro de um

Civil Pública mencionar apenas os difusos e coletivos, hoje não há mais dúvida de que é possível o manejo daquela ação também para a tutela de direitos individuais homogêneos.

¹⁵⁶ ARENHART, *Op. cit.* p. 153.

determinado grupo, poderiam ser objeto de ações individuais ajuizadas pelo próprio interessado. Estes aproximam-se mais da concepção que norteou o surgimento da tutela coletiva no direito anglo-saxão.

3.5.1 Direitos difusos

Os direitos difusos caracterizam-se pela indeterminação dos membros do grupo ao qual o direito pertence. Tais direitos são, também, indivisíveis, ou seja, “não é possível atribuir a cada um dos interessados, que integram um determinada coletividade mais ou menos numerosa, a parcela que lhes cabe daquele interesse considerado”¹⁵⁷

Portanto, os difusos, por sua própria natureza, não permitem uma divisão entre todos os atingidos por aquele direito. Empresta-se o seguinte exemplo:

Pensemos, apenas para exemplificar, na qualidade do ar que se respira numa metrópole como São Paulo. A higidez desse ar interessa a todos. Aliás, quando o legislador reconhece a necessidade de defender o ar que se respira, ele parte de uma presunção absoluta de que a (boa) qualidade do ar a todos interessa: qualquer manifestação em contrário é absolutamente desprezada pelo direito. Poluir o ar dos moradores de um bairro significa poluir o ar de todos os moradores da cidade. Não há, pela própria natureza do interesse/direito que é protegido, como se pensar de forma diversa. Mas, esse mesmo exemplo de poluição em uma determinada cidade, somado aos excessos de tantos outros, aquece, como um todo, a atmosfera. Ocorrendo esse fenômeno, exemplificativo mesmo que na simplória forma acima, ocorrem fenômenos trágicos e correlatos, como aqueles provocados pelo “El Niño”, decorrente do aquecimento das águas do Oceano Pacífico.¹⁵⁸

É possível identificar, também, outra característica: ainda que não seja possível a determinação de quem sejam os interessados, é certo que eles encontram-se ligados por uma situação de fato. No exemplo anteriormente transcrito, tal situação seria o prejuízo à saúde que sofrem todos, por estarem vivendo em um ambiente poluído.

A partir de tal concepção, Belinetti conceitua direitos difusos como os interesses “transindividuais, de natureza indivisível, que sejam pertinentes a um grupo indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 68.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ BELINETTI, Luiz Fernando. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenação). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Muniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006. p. 668.

A dicção do art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, ao definir direitos difusos para fins de tutela coletiva, cita a natureza indivisível, a indeterminação e a ligação entre os interessados por circunstâncias fáticas, como características dessa modalidade de direitos metaindividuais ou coletivos, em sentido amplo.

Importante ressaltar, finalmente, que a indivisibilidade implica em que, por meio de uma única ação judicial coletiva, possa se atingir toda a gama de pessoas envolvidas e relacionadas em virtude das circunstâncias e peculiaridades do direito difuso.

Portanto, é de se questionar se a decisão proferida numa demanda coletiva envolvendo direito difuso poderia sofrer limitação territorial, como faz a lei de Ação Civil Pública ao dispor que a sentença possuirá eficácia “erga omnes” limitada à competência territorial do órgão prolator:

Art. 16 da Lei 7.357/85. A sentença civil fará coisa julgada “erga omnes”, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Kazuo Watanabe¹⁶⁰ tem como inconcebível tal limitação. Contudo, analisando a questão sob a ótica de concretização dos preceitos de justiça, de modo a obter-se uma mesma decisão, para aqueles iguais em uma mesma realidade fática, conforme concepção de distribuição igualitária de justiça vista no capítulo anterior, seria importante, então, observar os ensinamentos de Walzer. Para ele, a justiça é algo sempre relativo e depende da consideração dos elementos históricos, políticos e sociais. É variável de acordo com o referencial cultural adotado.

Sendo assim, uma decisão proferida numa ação coletiva, por um juiz nascido, criado e formado num extremo do país, terá por parâmetro os elementos culturais em que está inserido o julgador; poderá, então, eventualmente, ser injusta à realidade daqueles indivíduos que constituem a comunidade do outro extremo da nação e que, em virtude da amplitude da decisão, por ela também serão atingidos. Neste raciocínio, a limitação territorial da eficácia “erga omnes” da decisão seria pertinente. Tal discussão será retomada adiante, quando analisado o tratamento

¹⁶⁰ WATANABE, Kazuo. **Comentários ao código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 721.

atribuído à matéria pelos anteprojetos de legislações regulamentadoras da tutela coletiva.

3.5.2 Direitos coletivos

Encontra-se em Arenhart¹⁶¹, Leonel¹⁶², Marinoni¹⁶³ e Vigliar¹⁶⁴, para citar apenas alguns, a preferência pelo uso da designação “direitos coletivos ‘stricto sensu’ ou em sentido estrito”, com intuito de diferenciar tal espécie do gênero “direitos coletivos ‘lato sensu’ ou em sentido amplo” ou, ainda, direitos metaindividuais ou transindividuais.

Assim como os interesses difusos, os coletivos em sentido estrito caracterizam-se pela indivisibilidade, ou seja, uma única ação a todos atinge e uma única decisão a todos se aplica.

A diferença entre os difusos e os coletivos reside no fato de que os direitos difusos pertencem, por natureza, a pessoas indeterminadas, diluídas na sociedade, e que por meras circunstâncias fáticas estão ligados entre si, enquanto os direitos coletivos “stricto sensu” pertencem a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com o violador do direito por uma relação jurídica base preexistente. Frisa-se, então, que enquanto os integrantes do grupo nos interesses difusos são ligados por circunstâncias fáticas, nos direitos difusos há uma relação jurídica que relaciona os seus interessados.

Portanto, em relação aos interessados, os direitos coletivos caracterizam-se pela determinabilidade¹⁶⁵, pouco importando se os membros do grupo são ou estão organizados, estão ou não inseridos numa associação ou sindicato, pois os efeitos da tutela atingem a todo o grupo, independentemente de estarem vinculados a algum órgão representativo.

A fim de diferenciar, exemplificativamente, interesses difusos e coletivos em sentido estrito, cita-se:

¹⁶¹ ARENHART, *Op. cit.* p. 155.

¹⁶² LEONEL, *Op. cit.* p. 105.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25.

¹⁶⁴ VIGLIAR, *Op. cit.* p. 67.

¹⁶⁵ BELINETTI, *Op. cit.* p. 668.

(a) as vítimas de uma propaganda enganosa, veiculada por meio de comunicação de massa, estão ligadas pelo simples fato de estarem expostas a tal propaganda e, ainda, pelo fato de terem adquirido o produto que prometia o resultado que não poderia jamais realizar; essas vítimas são indetermináveis e não há relação jurídica a uni-las; (b) o direito dos alunos de uma determinada escola de ter assegurada a mesma qualidade de ensino em determinado curso: são determináveis os interessados e estão unidos por uma relação jurídica-base comum entre eles e a parte contrária (escola).¹⁶⁶

E ainda:

Exemplificando, identificam-se interesses coletivos na pretensão dos integrantes de um consórcio para que não ocorram aumentos ilegais nas prestações a vencer; quanto aos membros de determinada categoria de trabalhadores, representados por certo sindicato, no sentido de que não ocorra alteração na regulamentação da jornada de trabalho ou no pagamento de horas diferenciadas.¹⁶⁷

O segundo caso, citado na transcrição anterior, é uma típica hipótese de interesse coletivo, sendo certo que, em virtude da indivisibilidade, cada interessado merecerá idêntico tratamento a ser outorgado por meio da tutela coletiva. Por outro lado, a determinabilidade dos componentes do grupo, ou seja, o fato de serem determináveis, em que pese possam ser numerosos, os integrantes da gama de interesses coletivos, não implica em se afirmar que são interesses individuais somados.

Tais interesses coletivos encontram a definição legal prevista no art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual serão coletivos aqueles direitos 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.

3.5.3 Direitos Individuais homogêneos

O tratamento coletivo que é dado a tais interesses, como visto, decorre da pertinência de aplicação, a eles, das técnicas processuais das tutelas coletivas, pois

¹⁶⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1.233.

¹⁶⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

se trata de interesses individuais que, segundo Leonel por “opção de política legislativa”¹⁶⁸, são tratados como direitos coletivos em sentido amplo.

Mais do que mera política legislativa, os direitos individuais homogêneos, verdadeiros direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos determinados. Estes são tratados coletivamente por serem típicos interesses de massa, idênticos em sua origem e, assim, além da economia processual decorrente da otimização da tutela jurisdicional em face do uso de uma única ação, terão, abarcados numa mesma decisão, idêntico tratamento dispensado a todos os envolvidos, atendendo, assim, a busca pela concretização do ideal de justiça para aqueles que se encontram em igualdade de situação.

O fato-gênese¹⁶⁹ comum do interesse é a característica que se sobressai na definição legal trazida pelo artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, ao definir os individuais homogêneos como interesses decorrentes de origem comum.

3.6 O código modelo de processos coletivos para a Ibero-América

No ano de 2002 formou-se uma Comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi com o objetivo de apresentar, no mesmo ano, durante a XVIII Jornada do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, um projeto de código-tipo de processo coletivo que servisse de modelo às legislações dos países ibero-americanos. No entanto, a tradição do referido Instituto na elaboração de códigos-tipo é mais antiga.

3.6.1 A formação de códigos-tipo para a Ibero-América: breves noções

O Instituto Ibero-Americano de Direito Processual Civil foi fundado em 1957, por ocasião das Primeiras Jornadas Latino-Americanas de Direito Processual¹⁷⁰.

Dez anos depois, em Caracas, na Venezuela, as jornadas de estudo serviram à elaboração de normas processuais que servissem de parâmetro para as reformas legislativas que viessem a ser implementadas nos países latino-americanos. O

¹⁶⁸ LEONEL, *Op. cit.* p. 108.

¹⁶⁹ ARENHART, *Op. cit.* p. 157.

¹⁷⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O código modelo de processos coletivos. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coordenação). **Tutela Coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

mesmo ocorreu, anos depois em 1988, quando, no Rio de Janeiro, foram aprovados os códigos modelo de Direito Processual Civil e Direito Processual Penal.

Essa tradição levou à apresentação do código modelo de tutelas coletivas, com intuito de que viesse a servir de parâmetro para a elaboração das legislações processuais coletivas futuras:

Trata-se da proposta de elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América. Por iniciativa do então Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, Roberto Berizonce, é nomeada uma Comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, que logrou apresentar, no mês de outubro de 2002, em Montevideu, durante a XVIII Jornada do instituto, o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para os países ibero-americanos, submetido, em seguida, a uma Comissão revisora, incumbida de analisar e aprimorar o texto original. A referida Comissão logrou desenvolver uma segunda versão do Anteprojeto, que foi submetida à discussão especialmente no Congresso de Roma de 2004 e que acabou culminando numa terceira versão, que foi aprovada pela Comissão e assumida como Projeto, aprovado nas Jornadas Ibero-Americanas realizadas em Caracas, na Venezuela, no mês de outubro de 2004.¹⁷¹

A elaboração de códigos tipo ganha importância como tentativa de unificar e harmonizar legislações de ordenamentos jurídicos semelhantes. No caso do processo coletivo, percebe-se que o Código Ibero-Americano de Processo Coletivo serviu de parâmetro para a edificação do Anteprojeto brasileiro de código processual coletivo.

3.6.2 A estrutura do código modelo de processos coletivos

Já em sua exposição de motivos, Ada Pellegrini Grinover, ao apresentar o Código Modelo para Ibero-América, ressalta a insuficiência da tutela processual tradicional, edificada sob um caráter eminentemente privado, incapaz de atender interesses cujas características encontram-se num meio termo entre interesse privado e interesse público:

O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram em relevo sua configuração política. Em consequência, a teoria das liberdades públicas forjou uma nova geração de direitos fundamentais. Aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com correspondente dever de abstenção por parte do Poder Público; aos direitos de segunda geração, do

¹⁷¹ *Ibidem.* p. 34.

caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a um 'dare', 'facere' ou 'praestare', a teoria constitucional acrescentou uma terceira geração de direitos fundamentais, representadas pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos referidos interesses sociais.¹⁷²

Assim, à medida que o Direito Constitucional confere aos interesses que surgem em meio a uma sociedade globalizada e de massa o caráter de direitos fundamentais¹⁷³, impõe-se ao legislador constitucional a adoção de instrumentos e mecanismos de concretização de tais direitos, assegurando a máxima eficácia dos preceitos constitucionais, seja na relação entre o cidadão e os atos dos poderes públicos (eficácia vertical), seja em face da possibilidade de lesão a tais direitos nas relações privadas (eficácia horizontal):

(...) o Estado tem o dever de proteger o cidadão contra os atos dos poderes públicos, mas esse mesmo Estado deve oferecer proteção de um cidadão diante dos outros cidadãos, em face de possíveis lesões de bens garantidos pelos direitos fundamentais no âmbito do direito privado.¹⁷⁴

A teoria dos deveres de proteção (...) resguarda, no entanto, a possibilidade de intervenção do Judiciário, através do controle de constitucionalidade de normas de Direito Privado, quando o legislador não proteger adequadamente o direito fundamental em jogo, bem como quando ele, agindo de modo inverso, não conferir o devido peso à proteção da autonomia privada dos particulares.¹⁷⁵

Para que o Estado possa oferecer proteção aos direitos fundamentais, inclusive nas relações entre particulares, necessita dispor de novos mecanismos procedimentais de concretização de tais direitos:

“Como observado, o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental ou seu núcleo. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento (...) Tem-se reserva legal ou restrição legal qualificada quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja previsto

¹⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código modelo de processos coletivos para Ibero-América**: exposição de motivos. Tutela Coletiva. (Coordenação: Paulo Henrique dos Santos Lucon). São Paulo: Atlas, 2006. p. 25.

¹⁷³ Sarlet ressalta que serão também considerados fundamentais aqueles direitos que “pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal” (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica CAJ, v. 1, nº 1, 2001. p. 8).

¹⁷⁴ CANARIS, Claus- Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 133.

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 74.

em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.”¹⁷⁶

Por sua vez, o Código Modelo para a Ibero-América demonstra em sua estrutura, o acolhimento de institutos já existentes, bem como inova em outros aspectos, permitindo a integração de tais novos institutos não apenas ao ordenamento jurídico brasileiro, mas aos sistemas jurídicos da América Latina como um todo.

Quanto ao Brasil, em específico, a análise da estrutura e dos dispositivos do Código Modelo, revelam a adoção de institutos que já eram existentes no ordenamento nacional, porque evidentes na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor mas, porque representavam novidade para os sistemas do “civil law”¹⁷⁷, então foram adotados pelo Código Modelo. As bases comuns aparecem, de início, no primeiro artigo que adota as definições de interesses difusos e individuais homogêneos constantes das mencionadas legislações brasileiras:

I – interesses difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; II – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

Observa-se, entretanto, a opção do Código Modelo pela dupla conceituação, em direitos de característica indivisível e, portanto, essencialmente coletivos, e direitos divisíveis, porém tutelados de forma coletiva (caso dos individuais homogêneos), ao contrário do que ocorre na legislação brasileira que adota tripla conceituação, definindo separadamente duas espécies de direitos essencialmente

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 14 e 37.

¹⁷⁷ “Nos sistemas do ‘common law’ a tutela dos interesses ou direitos transindividuais é tradicional [e baseada no] instituto das ‘class actions’ do sistema norte-americano. Nos sistemas do ‘civil law’, coube ao Brasil a primazia de introduzir no ordenamento a tutela dos direitos difusos e coletivos, de natureza indivisível, antes de tudo pela reforma de 1977 da Lei da Ação Popular” (GRINOVER, *Op. cit.* p. 26).

coletivos (difusos, coletivos em sentido estrito) e outra de direitos divisíveis de tutela coletiva (individuais homogêneos).

Mas está nas inovações o mérito do Código Modelo, inovações estas que, conforme será verificado, estão presentes no Projeto de Código de Processo Coletivo brasileiro. Percebe-se, ainda, a preocupação do Código Modelo com a adoção da celeridade, efetividade e acesso à justiça como critérios de justiça norteadores da aplicação da tutela processual coletiva.

Tanto, assim, que o Código ibero-americano busca amplo rol de legitimados à propositura da demanda coletiva. Há, aqui, o rompimento com os paradigmas tradicionais até então vigentes, “que procuram atribuir com certa exclusividade a legitimidade ora para órgãos públicos, ora para associações e organizações não governamentais, como ocorre na Alemanha”¹⁷⁸. Quanto à legitimidade, assim prevê o seu art. 3º:

I- qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato; II- o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; III- o Ministério Público, o Defensor do povo e a Defensoria Pública; IV- as pessoas jurídicas de direito público interno; V- as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinadas à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código; VI- as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria; VII- as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos no código, dispensada a autorização assemblear; VIII- os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

Nota-se a liberdade e a viabilidade de acesso à tutela coletiva que os idealizadores do Código Modelo propõe ao estabelecer o rol de legitimados. Ao contrário da legislação atual brasileira, bastante restrita neste aspecto, o Código Modelo inova ao trazer disposições tais como a de dispensa de autorização assemblear para a propositura da demanda coletiva por associações. Este preceito deve ser estendido, sem dúvida, às entidades sindicais; a inclusão de defensores públicos e populares em geral, aqui se podendo conceber, por exemplo, com os

¹⁷⁸ MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro. **O código modelo...** p. 38.

escritórios modelos e às defensorias pertencentes a entidades estatais em sentido amplo, mesmo que desprovidas de personalidade jurídica, como ocorre, por exemplo, com a Defensoria Pública do Paraná, ainda não organizada aos moldes constitucionais (artigo 134, parágrafos 1º e 2º, da Constituição da República).

Há, ainda, a possibilidade de litisconsórcio facultativo entre os legitimados, com previsão mais ampla em relação à legislação brasileira atual, a qual permite a formação litisconsorcial apenas em relação aos Ministérios Públicos.

O Código Modelo para Ibero-América vai de encontro a princípios clássicos do direito processual civil, esculpidos expressamente nos artigos 264 e 293 do Código de Processo Civil em vigor, segundo os quais o juiz deve interpretar os pedidos restritivamente e, após a citação do Réu, em nome da estabilidade da demanda, é defeso ao Autor modificar o pedido. Isto porque, o código-tipo dispõe ser dever do magistrado interpretar extensivamente os pedidos, sendo possível a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da lide ou a causa de pedir, isto a qualquer tempo, desde que a parte esteja de boa-fé e que se respeite o contraditório e a ampla defesa.

Trazendo, ainda, alteração aparentemente singela, porém importante, o Código Modelo autoriza a antecipação da tutela pautada em perigo de ineficácia do provimento final e baseada em prova consistente, não adotando a nomenclatura “prova inequívoca”, do artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro, na medida em que a expressão “inequívoca” conduzia à falsa impressão de que a pretensão já deveria estar, unilateral e incontestavelmente demonstrada, de plano, quando da formulação do pedido antecipatório.

Outro princípio processual clássico, o da unicidade da sentença, é descartado no Código Modelo, na medida em que ele autoriza o julgamento antecipado de parte da lide, quando o processo estiver maduro para tanto, e prosseguir com os demais pedidos que necessitem de dilação probatória, podendo valer-se de autos complementares.

Isto já se mostrava possível, conforme defendia Marinoni, ao tratar do deferimento da antecipação da tutela de pretensões incontroversas (artigo 273, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil), no que ele já chamava de julgamento antecipado de parte da demanda:

Não é devido processo legal aquele que, tendo que prosseguir para a elucidação de parte do litígio, não possui técnica capaz de viabilizar a imediata realização da parcela do direito que está pronta para definição. Ora, se o jurisdicionado tem direito ao processo justo, ele não pode esperar para ver definido um direito que está pronto para julgamento. Se o autor é estimulado, em nome da economia processual, a cumular pedidos, não é possível que ele seja obrigado a esperar o tempo para a elucidação de todos os pedidos para ter imediatamente tutelado aquele que está evidenciado (ou é incontroverso).¹⁷⁹

Fica bastante evidente que o Código Modelo adota a efetividade na entrega da tutela coletiva como critério de justiça e, baseado em tal princípio, estabelece normas que facilitam o acesso ao Judiciário e a obtenção da proteção jurisdicional ao bem jurídico almejado.

Já em Aquino, percebia-se uma pioneira preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional. Como ressaltado no primeiro capítulo, Tomás de Aquino advertia que a tutela estatal, prestada pelo juiz, deve ser suficientemente forte para fazer-se cumprir e obedecer:

A sentença do juiz é uma como lei particular aplicada a um fato particular. E, portanto, assim como a lei geral deve ter força coativa, como claramente diz o Filósofo, assim também a sentença do juiz deve ter força coativa para obrigar ambas as partes a lhe obedecerem, do contrário ela não seria eficaz.¹⁸⁰

A preocupação com um processo que traga um resultado eficaz na solução do conflito de interesse e que já aparecia nos ensinamentos de Tomás de Aquino¹⁸¹, configura critério de justiça sempre em destaque na jusfilosofia. Tal preocupação torna o pensamento tomista, ao menos neste aspecto, bastante contemporâneo, sendo certo que a busca por uma tutela efetiva é uma das bases que sustentam a utilização do processo coletivo.

3.7 Anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 237.

¹⁸⁰ AQUINO, *Op. cit.*, *Secunda Secundae Partis*, q. LXVII, art. I.

¹⁸¹ Evidentemente, a concepção tomista de julgamento foi muito além, servindo inclusive como arma forte contra a Inquisição, já que, para Tomás de Aquino, “somente os juízes, ou seja, aqueles investidos do poder de julgar, estão aptos a realizar o juízo de pessoas, então deve-se concluir que os clérigos não estão autorizados ao exercício do julgamento. Se o julgamento não está autorizado, quanto menos a condenação e a morte de pessoas. É essa uma arma teórico muito forte contra a Inquisição, que, naturalmente, deve ter significado um grande desafio em pleno século XIII” (BITTAR, *Op. cit.* p. 205).

Poder-se-ia dizer que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo sofreu, em sua formação, influência do Código Modelo Ibero-Americano, caracterizando uma tentativa de inserção deste no ordenamento brasileiro. Tal afirmativa, por outro lado, não se mostra acertada. O Código Tipo do Instituto Ibero-Americano é que, primeiramente, foi constituído com base na legislação brasileira, em que pesem as várias inovações trazidas pelo arquétipo código.

Será analisado, a seguir, o Anteprojeto elaborado em conjunto pelos Mestrandos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá (Anexo). O Anteprojeto apresenta um código constituído de cinco capítulos com a pretensão de englobar todos os processos coletivos brasileiros, o que justifica o estudo de sua aplicabilidade à defesa de pretensões trabalhistas¹⁸².

3.7.1 Processo coletivo no anteprojeto

O Anteprojeto chama a atenção, de plano, para a técnica legislativa adotada. Cada um de seus sessenta artigos apresenta em seu “caput” a indicação prefacial do tema abordado em cada dispositivo.

Assim, por exemplo, na Parte I, Capítulo II, ao tratar dos pressupostos processuais e das condições da ação, traz:

Art. 3o. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

§1o. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

§ 2o. Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal.

Art. 4o. Prioridade de processamento O juiz dará prioridade ao processamento da ação coletiva.

Art. 5o. Juízos especializados As ações coletivas serão processadas e julgadas em juízos especializados, quando existentes.

Art. 6o. Conexão Se houver conexão entre causas coletivas, de qualquer espécie, ficará prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

Afastando-se da opção adotada pelo Código Modelo Ibero-Americano – que distingue apenas direitos de característica indivisível e direitos divisíveis tutelados de forma coletiva – o Anteprojeto brasileiro adota tripla conceituação, definindo

¹⁸² GRINOVER, *Op. cit.* p. 3.

separadamente duas espécies de direitos essencialmente coletivos (difusos, coletivos em sentido estrito) e outra de direitos divisíveis de tutela coletiva (individuais homogêneos):

Art. 2º. Objeto da tutela coletiva A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

Não se admitirá, contudo, por previsão expressa do Anteprojeto, ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade. O objeto é evitar a utilização do processo coletivo como instrumento indireto de controle de constitucionalidade. Contudo, ressalva-se a possibilidade da questão constitucional ser resolvida de modo incidental, como pressuposto para a solução do caso concreto objeto da demanda coletiva.

É competente para a causa coletiva o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, fugindo-se, assim, da regra geral do foro de domicílio do Réu. Considerando, contudo, a amplitude e abrangência da ação coletiva, caso o dano abarque mais de um foro – o que é perfeitamente possível, em se tratando de interesses coletivos – a competência estabelece-se por prevenção. Neste caso, torna-se preventivo o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nesses não atuem integralmente as mesmas partes.

Nota-se, aqui, a distinção em relação ao instituto da prevenção existente na legislação processual civil individual, pela qual a conexão resolvia-se dando por preventivo o juízo que primeiro despachou nos autos, para o caso de competência territorial concorrente (juízos da mesma comarca, artigo 106 do CPC) ou para o juízo em que primeiramente ocorreu a citação (juízos de comarcas diversas, artigo 219 do CPC).

Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal, observando-se a competência das varas

especializadas em processos coletivos, cuja criação é observada pela lei, a fim de se dar cumprimento ao preceito do Anteprojeto que ordena a prioridade de tramitação das ações coletivas.

Desenvolve, o Anteprojeto brasileiro, o instituto da representatividade adequada, dando ao magistrado novos poderes, consistentes na prerrogativa de verificar, no caso concreto e a qualquer tempo e grau de jurisdição, a credibilidade, a capacidade e experiência do legitimado, analisando, para tanto, o seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe. Além disso, deve-se observar sua conduta em outros processos coletivos e a pertinência temática entre o objeto da ação e os interesses do legitimado.

Ao que parece, a intenção é evitar demandas temerárias e não exigir, por parte dos legitimados, o cumprimento ou comprovação dos requisitos elencados no artigo 8º, parágrafo 1º, do Anteprojeto (credibilidade, capacidade, boa conduta, histórico de ações precedentes), em virtude da própria presunção de boa-fé que deve ser extraída do agir de cada demandante. Uma interpretação sistemática leva a concluir que a pretensão é ampliar o uso das ações coletivas¹⁸³ e não restringi-las, tanto que o rol de legitimados é também ampliado, se comparado com a legislação atualmente em vigor:

Art. 9º. Legitimação ativa São legitimados concorrentemente à ação coletiva:
I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;
II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos;
III – o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;
IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando os interessados forem, predominantemente, hipossuficientes;
V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções;
VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos ou interesses protegidos por este código;
VII – as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;
VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do

¹⁸³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O anteprojeto do CBPC: visão geral e pontos sensíveis. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de castro; WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 23.

objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX – as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1o. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

§ 2o. Em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3o. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.

Corroborando tal entendimento, o fato de que a necessidade de pré-constituição por um ano das associações, requisito atualmente existente (artigo 82, inciso IV, da Lei 8.078/90 e artigo 5º, inciso V, da Lei 7.347/85), foi suprimida pela proposta de Anteprojeto formulada por Ada Pellegrini Grinover, oriundo da UERJ-Unesa, sob o argumento de que “não haveria sentido exigir-lo, quando os próprios associados, individualmente, passariam a estar legitimados”¹⁸⁴. Além disso, entendendo-se pela inadequação, deverá o juiz intimar o Ministério Público para que prossiga na ação ou, ainda, outros legitimados adequados, situação que se repete na hipótese de desistência do pedido por parte do autor da ação.

De qualquer forma, a análise da adequação e da legitimidade – juízo de admissibilidade – deve integrar a decisão saneadora, proferida em audiência preliminar, segundo o Anteprojeto.

Há, ainda, quebra de outro paradigma processual tradicional, qual seja, o da inércia. De tal princípio decorre o postulado segundo o qual “ne procedat iudex ex officio”. A jurisdição é inerte “só se manifestando (em amplo sentido) mediante a solicitação (provocação) do interessado”¹⁸⁵. O Anteprojeto, em que pese não permitir ao magistrado iniciar, de ofício, uma demanda coletiva, autoriza-o, por outro lado, a provocar a parte legitimada a fazê-lo:

Art. 10. Comunicação sobre processos repetitivos O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, comunicará o fato ao Ministério

¹⁸⁴ *Ibidem*. p. 26.

¹⁸⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 71.

Público e, na medida do possível, a outros legitimados (art. 9º), a fim de que proponham, querendo, ação coletiva.

Parágrafo único – Caso o Ministério Público não promova a ação coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, fará a remessa do expediente recebido ao órgão com atribuição para a homologação ou rejeição da promoção de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em relação à propositura ou não da ação coletiva.

Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais. Isto demonstra, mais uma vez, a intenção de se incentivar a utilização da ação coletiva. Aliás, se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

A exemplo do que ocorre no Código Ibero-Americano, rompe-se com o princípio da estabilidade da demanda, esculpido expressamente nos artigos 264 e 293 do Código de Processo Civil em vigor, segundo o qual o juiz deve interpretar os pedidos restritivamente e, após a citação do Réu, em nome da estabilização da demanda¹⁸⁶, é defeso ao Autor modificar o pedido.

O Anteprojeto, em contrapartida, dispõe como dever do magistrado a interpretação extensiva dos pedidos, sendo possível a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da lide ou a causa de pedir, até a decisão saneadora, desde que a parte esteja de boa-fé e que se respeite o contraditório e a ampla defesa. A diferença reside, apenas, no fato de que o Código Ibero-Americano prevê a possibilidade de adaptação do pedido a qualquer tempo:

Art. 15. Pedido O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.

Tendo em vista o escopo do processo, adota-se regra peculiar de distribuição do ônus da prova. O critério fora escolhido não somente com relação à distinção das partes relativamente ao fato a ser provado, mas ainda considerando a conveniência de estimular a prova pertinente à parte que esteja em condições de fornecê-la:

¹⁸⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. O litisconsórcio facultativo ativo ulterior e os princípios do juiz natural e do devido processo legal. Porto Alegre: **Revista síntese de direito civil e processual civil**. nº 01 – set-out 1999. p. 17.

Então, para se atingir o sentido, ou seja, para poder distribuir o ônus a cada uma das partes em consequência de sua inação em matéria de prova, convém escolher entre as partes, com base em um critério diferente daquele do interesse probatório, com quem deve saber a dificuldade da prova.¹⁸⁷

Tal critério constitui um instrumento para se atingir o fim do processo, que não é a simples composição, mas a justa composição da lide:

Art. 19 Provas São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

§ 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório

Quanto ao momento de inversão do ônus da prova, Watanabe¹⁸⁸ adverte que somente após a instrução probatória estaria o juiz autorizado a inverter o ônus probatório. Contudo, o entendimento prevalecente na jurisprudência¹⁸⁹ direciona-se no sentido de que a distribuição da prova, incluindo sua inversão, deve ocorrer anteriormente a sua produção.

A processualística coletiva prevê, ainda, a possibilidade de produção de prova por amostragem. Tratando-se de demanda metaindividual, a concepção de produção probatória não pode ser a mesma das ações individuais, mostrando-se possível, na prevalência de pontos comuns, o uso da prova estatística como meio lícito de solução da controvérsia em relação a todos os envolvidos ou atingidos pela demanda.

¹⁸⁷ Livre tradução do seguinte trecho: “Dunque per far funzionare l' onere della prova, cioè per poter mettere a carico di ciascuna parte le conseguenze della sua inazione in fatto di prova, conviene scegliere tra le parti, in base a um critério diverso da quello dell' interesse allá prova, qualle debba conoscere il difetto di prova” (CARNELLUTTI, Francesco. Lezioni di Diritto Processuale Civile. Padova: Cedam, 1929. V. III. p. 341).

¹⁸⁸ WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 797.

¹⁸⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 598620-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 18.04.2005. p. 314. Citado por MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **O anteprojeto do CBPC**. p. 28.

O Anteprojeto mantém a sistemática atualmente existente na legislação em vigor quanto aos efeitos da sentença, a qual faz coisa julgada “erga omnes”, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Ressalta, por outro lado, que a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada “erga omnes”.

Com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, facilitando a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão – que será melhor analisado a seguir – prevê, ainda, o Anteprojeto, que o Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o chamado cadastro nacional de processos coletivos.

Sendo assim, qualquer juiz, ao receber uma ação coletiva, terá acesso, no referido cadastro, a informações sobre ações coletivas versando sobre a mesma matéria. Isto permitirá analisar a questão da litispendência entre ações coletivas, bem como entre estas e ações individuais com idêntico objeto. Para tanto, este banco de dados de demandas coletivas deverá ser alimentado por informações prestadas pelos próprios magistrados acerca dos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, prolação de sentença e o seu trânsito em julgado.

3.7.2 A disciplina da litispendência e da coisa julgada em processos coletivos

Distingue o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo as ações envolvendo direitos individuais homogêneos, daquelas envolvendo direitos coletivos em sentido estrito e difusos.

Quando o juiz ordenar a citação do réu, deverá, também, determinar a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva. Tal medida tem por fim permitir que os interessados, querendo, possam exercer, num prazo fixado pelo magistrado, seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo. A fim de se apurar quem são os interessados – já que não há necessidade da petição inicial vir instruída com o rol dos possíveis beneficiados com a decisão – poderá o juiz determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas

que se enquadram no grupo, categoria ou classe atinente ao direito individual homogêneo objeto da ação coletiva.

Art. 32

(...)

§ 2º. A comunicação prevista no *caput* poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Assim, uma vez cientificado da existência da ação, três situações se abrem ao indivíduo titular do direito ou interesse individual homogêneo objeto da demanda coletiva: a primeira, intentar ação individual – ainda que em litisconsorte – com o mesmo objeto. Neste caso, o ajuizamento da ação, posteriormente à cientificação, pressupõe o exercício tácito do direito de exclusão em relação ao processo coletivo:

Art. 33. Relação entre ação coletiva e ações individuais O ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto de ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta.

A segunda e terceira situações decorrem da hipótese de já ter, o interessado, intentado a ação individual: poderá, então, manifestar-se expressamente no sentido de que os efeitos da decisão da ação coletiva não lhe sejam aplicados e, assim, prosseguir em sua ação isolada; ou desistir da ação, seja expressa, ou tacitamente. A desistência tácita decorre da interpretação do artigo 33, parágrafos 1º e 2º, que dispõe possuir o interessado o prazo de trinta dias para optar pela eficácia da sentença coletiva ou o prosseguimento da ação individual, cominando a pena de extinção da ação para o caso de inércia no trintídio mencionado.

Art. 33

(...)

§ 1º. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo.

§ 2º. Dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, os autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual.

§ 3º. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

O direito de exclusão abrange, também, a pretensão do interessado de não ser atingido pelos efeitos da transação. Quando tal for informada ao juízo, dever-se-á comunicar aos interessados, para que cientes fiquem da possibilidade de não serem atingidos pelos efeitos da transação na ação coletiva.

É importante destacar que o instituto da litispendência em processo coletivo deve ser analisado levando em conta “não apenas a parte formalmente presente no processo, mas sim, quem sejam os titulares do direito material deduzido no processo”¹⁹⁰, pois do contrário dificilmente haveria litispendência. Igual raciocínio deve ser aplicado em relação à coisa julgada: estando em jogo o mesmo pedido e causa de pedir, bem como havendo coincidência entre os titulares dos interesses difusos ou coletivos, não se deve admitir o ajuizamento de nova ação coletiva, em razão da presença de litispendência¹⁹¹.

Atualmente, o Código de Defesa do Consumidor, tentando regulamentar a litispendência, dispõe que:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada “erga omnes” ou “ultra partes” a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Portanto, o Anteprojeto de Processo Coletivo vem dar tratamento diferenciado à matéria, na medida em que as coletivas induzirão litispendência, obrigando os titulares de ações individuais a adotarem uma das três posturas anteriormente mencionadas.

Finalmente, uma sentença julgando procedente um pedido no plano de direitos difusos, permite que o indivíduo beneficiado pela decisão da ação coletiva

¹⁹⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **O anteprojeto do CBPC**. p. 29.

¹⁹¹ *Ibidem*.

proceda de imediato a liquidação de seus danos, cabendo apenas provar que seu caso se insere na hipótese da sentença coletiva. Tal possibilidade de liquidação é concedida ao particular, mesmo quando pendente de recuso à sentença de procedência, em virtude da regra da eficácia meramente devolutiva do recurso (artigo 21 do Anteprojeto). Em que pese o Anteprojeto se refira à liquidação com sentença passada em julgado (artigo 26), por aplicação da norma mais efetiva, deve se admitir a liquidação provisória (artigo 475-A, parágrafo 2º, do CPC).

4 A TUTELA DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS NO PROCESSO DO TRABALHO

Ressaltou-se, anteriormente, que o processo coletivo mostra-se como hábil instrumento de solução, por meio de um único processo, de conflitos sociais em massa (individuais homogêneos) e de direitos de titularidades indeterminadas ou pertencentes a grupos ou categorias (difusos e coletivos).

As relações de trabalho, por sua vez, apresentam-se como uma área produtiva para a aplicação e desenvolvimento da tutela de direitos metaindividuais, principalmente individuais homogêneos, pois diversas questões podem ser objeto do processo coletivo, com intuito de prevenir e reparar danos aos direitos trabalhistas. Turos Couto bem exemplifica:

(...) a erradicação da precarização dos direitos sociais e trabalhistas por meio da intermediação de mão-de-obra por cooperativas fraudulentas; o trabalho forçado e degradante; o trabalho da criança e do adolescente; a terceirização irresponsável dos cargos e empregos públicos em evidente burla ao concurso público; a utilização de empregados travestidos de pessoas jurídicas; a discriminação sofrida pelas mulheres, pelos negros, pelos portadores de HIV, pelos portadores de necessidades especiais, entre outras¹⁹².

Tais litígios trabalhistas transindividuais são fruto da coletivização das relações de trabalho – nas quais muitos empregados encontram-se subordinados a um mesmo empresário empregador –, das demissões em massa decorrentes da automação, da precarização do emprego e tantas outras questões oriundas de distorções econômicas que afetam os direitos à segurança no trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação nos lucros e que exigem a intervenção estatal de modo que os direitos sociais operem como “barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos”¹⁹³.

Questiona-se, diante de tal realidade, se o processo individual, em específico o processo individual do trabalho, possui respostas adequadas aos litígios contemporâneos.

¹⁹² COUTO, Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o código brasileiro de processos coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coordenação) **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 23

¹⁹³ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12.

Lopes Leal, pretendendo responder a semelhante indagação, cita o exemplo dos ilícitos trabalhistas praticados pelas instituições bancárias e o reflexo das possíveis condenações proferidas em demandas individuais:

Os bancos no Brasil, de um modo geral, confiam em que o exercício das ações individuais pelos seus empregados não lhes trará tantas despesas quanto o cumprimento exato das obrigações instituídas no Direito material do trabalho. Confiados em seus cálculos e no sistema atual de titularidade do trabalhador para propor ação individual, muitos bancos deixam de pagar horas extras que exigem, recebendo condenações sistemáticas da justiça, uma vez que nem sequer se preocupam em encobrir convenientemente as violações praticadas.¹⁹⁴

Ou seja, para os bancos – assim como para outros empresários – é mais vantajoso, do ponto de vista econômico-financeiro, não pagar corretamente as horas extras, do que pagá-las, de forma justa, a todos, pois, estatisticamente, o número de trabalhadores que reclamam é pequeno e o número dos que recebem o valor total a que têm direito é ainda menor, em virtude dos acordos, com abdicação de parte do direito em prol da solução mais rápida do conflito.

Além disso, o valor irrisório de alguns pleitos, se comparado ao ônus da demanda (tempo, honorários advocatícios etc.), serve de desestímulo ao ajuizamento de ações, o que incentiva a prática de pequenas violações a direitos sociais dos trabalhadores. Tal fato é percebido mesmo na Justiça do Trabalho, em que há dispensa do pagamento inicial das custas do processo, pois o baixo valor da ação não incita o patrocínio da causa por um advogado.

Ao mesmo tempo, enquanto vigente o contrato de trabalho, teme o empregado ser demitido ou sofrer represálias. Assim, a sonegação de direitos trabalhistas perpetua-se pelo tempo e, quando da rescisão contratual, o empregado fica limitado ao período não-prescrito, ou seja, ao quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.

Estas breves constatações da realidade servem de base para que se conclua que o processo individual do trabalho não se presta adequadamente à tutela efetiva das normas protetoras de direito material, verificação esta a que também chega Lopes Leal: “o sistema processual do trabalho desprotege aquele que pretende lutar por seus direitos e estimula o patrão que não deseja cumprir suas obrigações”¹⁹⁵.

¹⁹⁴ LEAL, Ronaldo José Lopes. Novas Funções do Sindicato perante a Justiça do Trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1982. p. 228.

¹⁹⁵ *Ibidem*. p. 229.

Nesse aspecto, o processo coletivo, outorgando condenação aplicável a todos os trabalhadores abarcados por uma mesma situação fática, atuaria como instrumento de desestímulo ao descumprimento de direitos sociais, pois a certeza de que seria condenado a pagar cada um dos empregados, levaria o empresário a, inevitavelmente, mudar sua postura.

4.1 Tutela coletiva trabalhista e o anteprojeto de código de processo coletivo brasileiro

No momento em que se propõe a unificação, pela codificação, das normas que regulamentam o procedimento de tutela dos direitos metaindividuais, mostra-se oportuna a análise da situação atual do processo coletivo trabalhista, bem como das modificações, no processo do trabalho, decorrentes da aplicação da sistemática proposta pelo Anteprojeto de Código de Processo Coletivo.

4.1.1 As normas atuais de proteção de direitos metaindividuais trabalhistas

O direito processual do trabalho possui, hodiernamente, para a defesa de direitos metaindividuais trabalhistas, as instrumentais da Ação Popular (lei 4.717/65), da Ação Civil Pública e Ação Civil Coletiva (Lei 7.347/85 e Lei 8.078/90) e do Mandado de Segurança Coletivo Constitucional (artigo 5º, LXX, da Constituição da República e Lei 1.533/51). Além destes, há outros dois, exclusivos do processo trabalhista, quais sejam, os dissídios coletivos e as ações de cumprimento.

Os dissídios coletivos possuem regulamentação própria nos artigos 856 a 875 da CLT. No entanto, destinam-se a uma atuação específica da Justiça do Trabalho, referente à interpretação e fixação dos limites de aplicação de regra legal ou regulamentar, bem como fixação de novas regras ou condições de trabalho para uma categoria¹⁹⁶. Trata-se, justamente, do poder normativo da Justiça do Trabalho, de criar novas condições de trabalho.

Dessa forma, em que pese se destinem à tutela de interesses coletivos de categorias econômicas ou profissionais, por ensejarem uma atuação jurisdicional

¹⁹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 764-765.

bastante peculiar e com regulamentação própria, não podem ser confundidos com as ações coletivas que virão a ser regulamentadas pelo Código de Processo Coletivo. Idêntico raciocínio é empregado por Pisco:

Os dissídios coletivos são uma espécie de ação coletiva trabalhista para dirimir conflitos de ordem social-econômica entre capital e trabalho criando ou interpretando normas abstratas para toda uma categoria, de competência originárias dos tribunais do trabalho, regionais ou superior.¹⁹⁷

Assim, quando se pretende apenas a tutela, preventiva ou reparatória, em juízo, de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sem o propósito de solucionar conflitos de categorias, por meio da fixação de novos limites e condições de trabalho, mostra-se adequado o uso da ação coletiva, ora objeto de estudo.

A espécie de conflito que um dissídio trabalhista se propõe a pacificar contém um componente socioeconômico que aqueles normalmente sujeitos à atuação do Judiciário em sede de ação civil pública (ação coletiva) não têm. Não se trata de mera violação de direitos ou interesses coletivos de determinado grupo de pessoas. Nos dissídios coletivos, a lesão ocorrida é social, é econômica, a sociedade é afetada diretamente.¹⁹⁸

A distinção é também devidamente acentuada por Lopes Leal, ao destacar que em uma espécie – dissídio coletivo – há o direito de constituir novos direitos e condições de trabalho e, em outra – ação coletiva –, há direitos que estabelecem lides em torno de normas preexistentes, em especial normas constitucionais transcendentais aos interesses meramente individuais:

No campo da tutela dos direitos coletivos, faz-se necessário distinguir entre: a) o direito a constituir novas normas e condições de trabalho, campo no qual não se pode falar em direitos coletivos materiais, mas apenas em interesses não subjetivados, a respeito dos quais só existem normas instrumentais que permitam as lides judiciais em torno de tais conflitos de interesses constituídos; e b) direitos subjetivos e interesses materiais de natureza coletiva, que estabelecem lides judiciais em torno de normas materiais preexistentes, em especial as constitucionais, em campo transcendente aos direitos individuais.¹⁹⁹

¹⁹⁷ PISCO, Claudia de Abreu Lima. O anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos, os Dissídios Coletivos e outras ações coletivas trabalhistas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 412.

¹⁹⁸ *Ibidem*. p. 410.

¹⁹⁹ LEAL, Ronaldo José Lopes. A jurisdição trabalhista e a tutela dos direitos coletivos. In SILVESTRE, Rita Maria; e NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coordenação). **Os novos paradigmas do direito do trabalho**: homenagem a Valentin Carrion. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 603.

É certo, porém, que com a recente alteração, introduzida pela Emenda Constitucional 45, que alterou o artigo 114, parágrafo 2º, da Constituição da República, causando divergência quanto à constitucionalidade da exigência de comum acordo entre as partes para proposição do dissídio coletivo, as ações coletivas abrem-se, mais uma vez, como instrumento efetivo e alternativo para solução de conflitos entre capital e trabalho.

Isto porque, muitas vezes, questões trabalhistas poderão figurar no intermédio divisório entre a ação coletiva e o dissídio coletivo, causando dúvida quanto à aplicabilidade de uma ou do outro. Busca-se, novamente na doutrina, pertinente exemplo:

Imaginemos, ainda, o caso em que uma dada categoria operária venha ao Judiciário postulando a implementação de novas medidas ainda não previstas em lei nem pelo Ministério do Trabalho) de medicina do trabalho, como, por exemplo, a obrigação dos empregadores de fornecer tratamento médico preventivo aos seus empregados de moléstias que poderão afetá-los em razão do uso de determinados materiais no ambiente do trabalho (...) Se o agente causador não for capitulado pelo Ministério do Trabalho como insalubre, afastado estará o direito ao adicional de insalubridade (art. 192 da CLT) e, se há necessidade de imunização, o uso de equipamento de proteção não seria o suficiente para garantir a saúde do empregado.²⁰⁰

Pisco cita o exemplo anterior como caracterizador da confusão que poderá haver entre a adoção de uma ação coletiva ou de um dissídio coletivo.

A questão vai além. Com o natural enfraquecimento do poder normativo – ainda que provisório, até que os Tribunais Superiores enfrentem a questão, – em face do requisito do acordo comum para ajuizamento do dissídio coletivo, e, em contrapartida, o fortalecimento das ações coletivas – por meio da codificação do processo coletivo – é natural que se opte, em casos como o acima descrito, por uma Ação Civil Pública, com preceitos condenatórios em obrigação de fazer. Tudo isso deverá ser pautado no princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador, para que o Judiciário fixe o dever do empresário, mesmo que a obrigação não figure expressamente em lei ou ato normativo.

A situação serve, ainda, de exemplo evidente do poder criativo do magistrado, no uso das demandas coletivas.

²⁰⁰ *Ibidem.* p. 410.

Voltando à análise dos instrumentos atuais de proteção de direitos metaindividuais trabalhistas, resta averiguar as ações de cumprimento.

Trata-se de instrumentos de cumprimento dos direitos previstos em normas, acordos ou convenções coletivas. Porém, o que se pretende com peculiar demanda é a aplicação aos contratos individuais de trabalho de um direito previsto em pactuação normativa coletiva, porém inadimplido pelo empresário. Observa-se, assim, um direito individual e não coletivo.

4.1.2 A efetivação de direitos metaindividuais trabalhistas e a perspectiva da codificação do processo coletivo

A evolução da primeira dimensão dos direitos fundamentais para a segunda dimensão serviu para enaltecer as características da universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relacionalidade, levando ao aparecimento de “novos direitos”²⁰¹, conhecidos como metaindividuais ou transindividuais, sem que, contudo, ficasse de lado a noção comum da coletivização dos conflitos e preocupação em proteger interesses pulverizados pela sociedade ou por parcelas sociais²⁰². Há, portanto, uma convivência entre interesses difusos e coletivos, sociais e metaindividuais, com “novas possibilidades de sua exploração para outros ramos que não os já consagrados direitos do consumidor, meio ambiente”²⁰³, reconhecendo-se o direito de solidariedade e mais, tutelando tais direitos nas perspectivas social coletiva e difusa²⁰⁴.

Porém, Fiorillo já dizia que “falar em devido processo legal em sede de direitos coletivos ‘lato sensu’ é fazer menção à aplicação de um outro plexo de normas e não do tradicional Código de Processo Civil, sob pena de assim violarmos a Constituição, impedindo o efetivo acesso à Justiça”²⁰⁵.

O ordenamento brasileiro estabeleceu, como visto, subsistemas de possível e útil aplicação para a proteção dos direitos coletivos sociais: a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Todos de aplicação no processo

²⁰¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição trabalhista metaindividual e legitimação do ministério público. São Paulo: LTr, 2001. p. 61.

²⁰² SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**. p. 91.

²⁰³ WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: LTr, 2001. p. 123-124.

²⁰⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 12.

²⁰⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 218.

do trabalho, na proteção do direito do trabalho, direito material este que se insere dentre os principais direitos sociais que reclamam tutela.

Contudo, apesar destes instrumentais mostrarem-se, há muito, passíveis de utilização pelos operadores do direito no âmbito trabalhista, a resistência em sua utilização e a negação de seu cabimento colaboraram para o baixo uso da tutela de direitos metaindividuais trabalhistas²⁰⁶.

Portanto, o que poderia constituir um enérgico instrumento de coletivização ressarcitória e até mesmo inibitória da prática de ilícitos trabalhistas, foi usado com ressalvas pelos operadores do direito. O uso da Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho encontrou críticas em obra com menos de uma década de edição:

Com as deformações cometidas pelo Ministério Público do Trabalho, a tudo transformando em objeto de ação civil pública, estar-se-ia criando uma terceira via de procedimento estatal e uma ação especial para a cobertura de atos, fatos e pessoas cujo “modus operandi” (relação de trabalho) já se encontra amparado por três formas e espécies diferentes de ação estatal: os procedimentos coletivos, pelos sindicatos; a ação e a fiscalização do Ministério do Trabalho (...) e as reclamações plúrimas ou individuais dos próprios trabalhadores

O instituto da substituição processual do trabalhador pelo Sindicato (artigo 8º, inciso III, da Constituição da República), que serviria para que tal entidade buscasse a proteção de interesses coletivos trabalhistas da categoria suscitou inúmeras discussões. Houve quem defendesse tratar-se de mera hipótese de representação²⁰⁷, o que exigiria autorização assemblear dos indivíduos representados pelo sindicato na demanda.

Este foi, aliás, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, representado no então Enunciado nº 310, o qual limitou a substituição processual pelo Sindicato às hipóteses dos planos econômicos, e às previsões já expressas em normas específicas, dentre elas, a ação de cumprimento do artigo 872 da CLT; a postulação do adicional de insalubridade, conforme artigo 195, parágrafo 2º, da CLT; as hipóteses das Leis 7.788/89 e 8.073/90 etc. Enquanto isto, a interpretação do artigo 8º, inciso III, da Constituição da República, pelo Supremo Tribunal Federal, permaneceu por anos aguardando julgamento pela Alta Corte.

²⁰⁶ LEAL, **A jurisdição trabalhista e a tutela dos direitos coletivos**. p. 605.

²⁰⁷ Posição adotada na seguinte obra e edição: MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 213. A distinção entre substituição e representação será melhor explicada adiante.

Além de tudo, contribuiu para a falta de efetividade da tutela coletiva trabalhista, o fato de que “os sindicatos nunca estiveram vocacionados para a defesa de uma ordem jurídica e social justa, pelo reconhecimento e integração coletiva de interesses prevalentes e preexistentes”²⁰⁸, em especial quando os direitos envolvidos necessitam de tutela inibitória e cominatória.

O percurso legislativo percorrido entre a edição da Lei de Ação Civil Pública, da previsão constitucional da tutela sindical de direitos da categoria e do CDC até os dias atuais também não foi apenas de avanços. Sofreu, a tutela coletiva, tentativa de limitação dos efeitos do julgado à competência territorial do órgão julgador, mediante alteração da redação do artigo 16, da Lei 7.347/85, dada pela Lei 9.494/97. Aliás, semelhante objeto possui a Proposta de Emenda à Constituição PEC 358/2005, com o fim de entregar ao Superior Tribunal de Justiça a competência para definir a abrangência territorial dos efeitos da decisão nas hipóteses de lesão que ultrapasse a jurisdição de um tribunal.

Adiciona-se a este quadro, o despreparo dos magistrados para o trato com ações coletivas²⁰⁹, o que contribui para que questões processuais impeçam o conhecimento do conflito metaindividual.

Reclamava Leal, em 2001, completando os clamores quanto à falta de efetividade da tutela coletiva até então existente, da ausência de um “procedimento comum às ações chamadas de substituição processual e às ações civis coletivas propriamente ditas”. Sustentava que “as regras de procedimento – ao menos aquelas que são próprias das ações de defesa coletiva de direitos homogêneos – devem ser as mesmas”²¹⁰, suscitando a necessidade de um procedimento comum a ser aplicado para a tutela de direitos metaindividuais trabalhistas, passível de sanar dúvidas e discussões dogmáticas que desembocam nos tribunais, obstaculizando a concretização do direito material.

Atualmente, o Superior Tribunal do Trabalho reviu a Súmula nº 310 e o Supremo Tribunal Federal pacificou a questão da substituição processual pelo sindicato, em julgamento paradigmático.

Direcionado a sanar os conflitos existentes quanto ao procedimento de tutela de direitos metaindividuais, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo

²⁰⁸ LEAL, **A jurisdição trabalhista e a tutela dos direitos coletivos**. p. 612.

²⁰⁹ *Ibidem*. p. 617.

²¹⁰ *Ibidem*. p. 617-618.

unifica, por meio da codificação, as regras processuais atinentes à legitimação, ônus da prova, efeitos da decisão coletiva e sua execução, dentre outras. A intenção é tornar “efetiva a garantia constitucional do acesso dos trabalhadores a essa nova jurisdição trabalhista metaindividual”²¹¹.

4.2 Litispendência e coisa julgada nas ações coletivas trabalhistas

Há litispendência quando se repete a ação que está em curso, ou seja, quando há, concomitantemente, em trâmite, ações com mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir. Por sua vez, a coisa julgada ocorrerá quando se repete uma ação que já foi decidida por sentença, da qual não cabe recurso.

4.2.1 A litispendência no processo coletivo do trabalho

Em se tratando de uma relação envolvendo ação individual e ação coletiva, a presença da litispendência pressupõe que a parte da demanda individual seja beneficiada pela decisão da ação coletiva e não, obviamente, que seja a mesma parte, na medida que, muitas vezes, o indivíduo sequer é legitimado para a propositura da demanda coletiva. Entretanto, tal situação pode vir a mudar, segundo o que pretende implantar o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo (que confere legitimidade ativa a qualquer pessoa física).

Por outro lado, há quem defenda, como é o caso de Arruda Alvim, inexistir litispendência entre ação coletiva e ação individual, pois as partes são distintas, faltando, então, um dos requisitos necessários à sua caracterização. O mesmo autor ressalva que, não obstante, como “a eficácia da ação coletiva pode também beneficiar o titular da ação individual cuja situação esteja contida na ação coletiva, é que o legislador disciplinou expressamente o assunto.”²¹²

No que diz respeito à litispendência entre ação individual e ação coletiva, adverte Watanabe que o ponto de fundamental importância está na caracterização da “natureza das relações jurídicas substanciais em relação às quais são deduzidas em juízo as pretensões das partes” e o modo como, em termos práticos “irão atuar,

²¹¹ LEITE, *Op. cit.* p. 67.

²¹² ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de código de processo coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 186-187.

em relação a essas relações jurídicas substanciais, os provimentos jurisdicionados postulados”²¹³.

Ou seja, é necessário analisar a natureza do pedido – se declaratório, constitutivo, condenatório, executivo ou mandamental²¹⁴ – para definir a natureza jurídica do provimento jurisdicional que será outorgado e, somente depois, poder verificar a compatibilidade entre as distintas pretensões coletiva e individual.

Adota-se a ementa a seguir para fins exemplificativos:

TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA – LEGITIMIDADE “AD CAUSAM” DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade “ad causam” para invocar a tutela inibitória coletiva, veiculada em ação civil pública, para impedir que as empresas se utilizem de banco de dados, tomem ou prestem informações criminais relativas a empregados ou candidatos a emprego ou de exigir dessas certidões, atestados ou quaisquer informações sobre os antecedentes criminais fora das hipóteses taxativamente previstas em lei. Aquele que cumpriu a pena deve ser reintegrado e não excluído da sociedade, possibilitando-lhe a concorrência em igualdade de condições com os demais candidatos às vagas de emprego.²¹⁵

O caso anterior envolve típica ação coletiva, para tutela de direito trabalhista difuso, já que se caracteriza pela indeterminação dos membros da sociedade beneficiados pela demanda, bem como pela indivisibilidade, pois impossível atribuir a cada um dos interessados a parcela que lhes cabe do interesse considerado. Portanto, a verificação da existência ou não de litispendência deve iniciar, primeiramente, pela determinação da natureza do pedido e, conseqüentemente, do provimento jurisdicional almejado.

No caso, trata-se de ação inibitória, mista entre ação mandamental e condenatória em obrigação de não-fazer. Sendo assim, caso estivesse em trâmite a ação coletiva indicada na ementa anterior e se um indivíduo que se viu obrigado, pelo empresário, a fornecer certidão de antecedentes criminais por ocasião da entrevista de emprego pretendesse demandar a mesma tutela inibitória buscada na ação coletiva, poder-se-ia falar de litispendência ou em coisa julgada caso a

²¹³ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 156.

²¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1957. p. 34.

²¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Proc. 98906-2004-014-09-00-1, Rel. Juiz Paulo Ricardo Pozzolo, DJPR, 17 jan. 2006.

demanda coletiva tivesse sido resolvida, sem que contra a decisão final coubesse recurso.

O mesmo não ocorreria caso a pretensão do indivíduo fosse a de obter a condenação do empresário por danos morais, em virtude da atitude considerada ilícita.

Nesta linha de raciocínio, Watanabe defende que, havendo o que chama de “relação jurídica global incidível” não seria possível uma resposta diversa entre a ação individual e a ação coletiva, hipótese em que esta prevaleceria em detrimento daquela. Entende, o autor, por relação jurídica global incidível aquela em que “todos se encontram na mesma relação jurídica-substancial”²¹⁶ ou “se inserem homogeneamente na situação global”²¹⁷, sendo “inadmissível sua atomização em pretensões individuais (...) sob pena de impossibilidade de subsistência da própria relação global”²¹⁸. Cita, como exemplo, a questão das ações contra a assinatura básica da telefonia, em que não seria razoável um usuário pagar a assinatura básica e outro não, devendo a decisão ser idêntica para todos.

Chega, mesmo, a afirmar que: “A solução que seria mais apropriada (...) na conformidade das ponderações acima desenvolvidas, seria a proibição de demandas individuais referidas a uma relação jurídica global incidível”. Justifica sua posição, seqüencialmente, no fato de que:

[a] repetição absurda de demandas coletivas e também de pseudodemandas individuais, cuja admissão, em vez de representar uma garantia de acesso à justiça, está se constituindo em verdadeira denegação da justiça devido à reprodução, em vários juízos do País, de contradição prática de julgados.²¹⁹

Verifica-se a adoção de um critério de justiça utilitarista. A partir da concepção de justiça utilitarista é possível concluir, como visto no primeiro capítulo, que em prol da efetividade na entrega da tutela jurisdicional, e a fim de se maximizar a outorga da resposta estatal aos conflitos de interesse, o direito individual de acesso ao Judiciário deveria aguardar a solução do processo coletivo. Isto ocorreria a fim de que, em nome de uma economia processual, fosse evitado que se multiplicassem ações desnecessárias, pois que abrangidas pela eficácia da decisão coletiva.

²¹⁶ WATANABE, *Op. cit.* p. 159-160.

²¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 143.

²¹⁸ WATANABE, *Op. cit.* p. 160.

²¹⁹ *Ibidem*

Mostra-se possível trabalhar o posicionamento do autor em conjunto com uma situação atualmente vivida na Justiça do Trabalho do Paraná, em relação a mais de seiscentos trabalhadores portuários avulsos de Paranaguá. Em relação a apenas uma das espécies de ações por todos eles movidas, individualmente, correspondente ao pleito de recebimento de vale transporte, o resultado deveria ser idêntico para todos, pois estão compreendidos na mesma relação jurídica homogênea global, não sendo razoável que uns recebam vale transporte e outros não. Neste caso – em que, registre-se, não há demanda coletiva atualmente em trâmite – das cinco turmas do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, quanto aos julgamentos dos litígios individuais, duas entendem possuir o trabalhador avulso direito ao benefício, sendo o ônus da prova do tomador do serviço, quanto à desnecessidade de deslocamento do trabalhador em transporte público²²⁰; duas entendem possuir direito, mas não concedem o benefício, pois o ônus da prova atinente à demonstração da necessidade de utilização de transporte público seria do próprio trabalhador²²¹; e uma última turma extingue o processo sem análise do mérito, por entender imprescindível à submissão da demanda à comissão paritária portuária, para tentativa de conciliação extrajudicial²²². Ainda não houve pronunciamento do Tribunal Superior do Trabalho.

Entende-se razoável a posição de Watanabe, quanto à necessidade de caracterização de litispendência, forçando a submissão da ação individual ao resultado da ação coletiva, exceto quanto à restrição de acesso individual ao Judiciário, e desde que o indivíduo tenha o direito de optar entre prosseguir em sua ação individual ou se sujeitar ao resultado da ação coletiva.

A restrição de acesso individual ao Judiciário, quando em trâmite ação coletiva, será melhor analisada a seguir. Ainda assim, registra-se, desde logo, que se entende pela prevalência do direito constitucional fundamental de acesso à justiça.

²²⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 02109-2006-411-09-00-2, 2ª Turma, Rel. Desembargadora do Trabalho Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, DJPR 01.04.2008. E ainda: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 02564-2006-322-09-00-3, 5ª Turma, Rel. Desembargadora do Trabalho Nair Maria Ramos Gubert, DJPR 02 mai. 2008.

²²¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 0498-2006-322-09-00-1, 1ª Turma, Rel. Juíza Convocada Morgana de Almeida Richa, DJPR 28.03.2008. E ainda: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 2494-2006-322-09-00-3, 3ª Turma, Rel. Juíza Convocada Lisiane Sanson Pasetti Bordin, DJPR 06 maio 2008.

²²² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 02624-2006-322-09-00-8, 4ª Turma, Rel. Desembargadora do Trabalho Sueli Gil El-Rafih, DJPR 15 fev. 2008.

Contudo, no que tange ao liame entre ação individual e ação coletiva, observa-se que o entendimento doutrinário que prevalece por interpretação da legislação atual é diverso do que fora visto anteriormente.

A matéria está regulamentada no Código de Defesa do Consumidor:

Artigo 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Ou seja, dispõe o legislador, pela inexistência de litispendência entre ações coletivas e ações individuais com mesmo objeto, permitindo o trâmite concomitante destas ações.

Assim, o autor da ação individual possui a opção de manter a sua ação, não se beneficiando dos efeitos da coisa julgada coletiva, ou, “Do contrário, tem o prazo de trinta dias da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva para requerer a suspensão do feito” em que é autor individual. Nesta hipótese, continua explicando Lima Marques, “se a ação coletiva for procedente, poderá, desde logo, demandar a liquidação e execução”²²³.

Em que pese a lei não mencione a aplicação dos ensinamentos anteriores às ações que versam sobre direitos individuais homogêneos, Gidi defende que “a melhor interpretação considera que o art. 104 se aplica a toda e qualquer ação coletiva em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”. Dessa forma, segundo entende, “as remissões aos arts. 103 e 81, parágrafo único, seriam em relação aos seus três incisos”²²⁴.

Contudo, se o Autor opta por suspender a sua demanda e se sujeitar ao resultado da ação coletiva, partindo de um princípio de justiça tendente a conceder tratamento isonômico a todos situados numa mesma circunstância fático-jurídica, bem como voltado a primar pela economia processual, dever-se-ia concluir, então, que na hipótese de improcedência da ação coletiva, a eficácia da decisão se estenderia ao autor da ação individual. Assim, o sacrifício individual de alguns seria

²²³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p.1136.

²²⁴ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 241-244.

compensado pelo benéfico coletivo da tutela metaindividual, como defende Bentham²²⁵, para quem o ideal de justiça é medido pelo benefício que gera ao todo.

Argumento que reforça este raciocínio é o da economia e celeridade processuais. Isto porque, caso o autor da ação individual opte por se sujeitar ao resultado da ação coletiva, estar-se-á, com uma única demanda metaindividual, solucionando-se inúmeros litígios. Por outro lado, caso possa – na hipótese de improcedência da ação coletiva – continuar com a ação individual, isto poderia servir de incentivo ao ajuizamento de ações individuais, com intuito de resguardar uma segunda chance ao indivíduo, contrariando o espírito que norteia o uso da tutela coletiva.

Aliás, se o indivíduo teve a opção de se submeter ou não ao resultado do processo coletivo, podendo optar por não sofrer os efeitos da coisa julgada coletiva, não se poderia, sequer, falar em restrição de acesso ao Judiciário ou negativa de prestação jurisdicional.

Contudo, não é este o critério de justiça adotado pelo entendimento prevalente:

(b) se o autor preferir, poderá requerer a suspensão do processo individual, no prazo de 30 dias a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva. Nesse caso, será ele beneficiado pela coisa julgada favorável que se formar na ação coletiva. Sendo improcedente a ação coletiva, o processo individual retomará seu curso, podendo ainda o autor ver acolhida sua demanda individual.²²⁶

No mesmo sentido:

Se o autor da ação individual, cientificado da pendência da ação coletiva, requerer, tempestivamente, no trintídio legal, a suspensão do seu processo, haverá a extensão “in utilibus” da imutabilidade do provimento jurisdicional de procedência do pedido na ação coletiva e o demandante individual, em seu favor, um título executivo. Se, diversamente, o pedido for julgado improcedente na ação coletiva, a suspensão do processo individual não acarretará ao seu autor qualquer gravame, porquanto não será atingido pela coisa julgada havida na demanda coletiva, de maneira que o processo individual retomará o seu curso e a postulação formulada poderá ser acolhida, sem que haja qualquer vinculação ao juízo da ação coletiva sobre a questão fática ou jurídica comum.²²⁷

²²⁵ FARAGO, *Op. cit.* p. 188.

²²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código de proteção e defesa do consumidor** comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 943.

²²⁷ MATTOS, Luiz Norton Batista de. **A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas** segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.

Não difere do entendimento adotado no processo do trabalho. Recentemente, em novembro de 2007, ocorreu, em Brasília, a Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, ocasião em que foram aprovados enunciados envolvendo o tema em questão, dentre eles o penúltimo, de número 78, autorizando, expressamente, o trabalhador, autor da ação individual suspensa, a requerer o seu prosseguimento em caso de decisão desfavorável na ação coletiva:

Enunciado 78. INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO COLETIVA E AÇÃO INDIVIDUAL. Às ações coletivas ajuizadas pelos sindicatos e pelo Ministério Público na Justiça do Trabalho aplicam-se subsidiariamente as normas processuais do Título III do Código de Defesa do Consumidor. Assim, não haverá litispendência entre ação coletiva e ação individual, devendo o juiz adotar o procedimento indicado no art. 104 do CDC: a) o autor da ação individual, uma vez notificado da existência de ação coletiva, deverá se manifestar no prazo de trinta dias sobre o seu prosseguimento ou suspensão; b) optando o autor da ação individual por seu prosseguimento, não se beneficiará dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva; c) o autor da ação individual suspensa poderá requerer o seu prosseguimento em caso de decisão desfavorável na ação coletiva.²²⁸

O recente enunciado corroborou o posicionamento que vinha prevalecendo na doutrina, conforme explica Lora: “a sentença será imutável ‘erga omnes’ apenas em caso de procedência (...)”. Completa na seqüência: “Todavia, essa extensão somente ocorrerá ‘in utilibus’, ou seja, se houver procedência. Havendo improcedência, os lesados individuais que não participaram do processo coletivo como assistentes litisconsorciais poderão propor ações individuais”²²⁹

Portanto, entre a adoção de um critério de justiça abstrato, que privilegie um resultado geral e abrangente, e um específico, que leve em conta os elementos individuais de cada caso, percebe-se a preocupação com o direito material e não com o processo em si, o qual, tradicionalmente não admitiria a rediscussão de um litígio julgado em seu mérito.

²²⁸ Enunciado aprovado na Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho ocorrida em Brasília, em 23.11.2007, sob a organização da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, juntamente com o Tribunal Superior do Trabalho (TST), com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENAMAT) e com o apoio do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (CONEMATRA). Disponível em: www.anamatra.org.br/jornada/anexos/ementas_aprovadas.pdf. Acesso em: 11 mar. 2008.

²²⁹ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Substituição processual pelo sindicato. In DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo; e POMBO, Sérgio Luiz da Rocha. (Coordenação). **Direito do Trabalho: reflexões atuais**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 745.

Há, ainda, preocupação com a celeridade em sua conclusão – outro princípio processual –, na medida em que mesmo havendo análise da questão posta ao Judiciário por meio da ação coletiva, no caso de improcedência pode o trabalhador, ainda, buscar a tutela do direito material e a análise das peculiaridades de seu caso, por meio da ação individual.

Tal concepção se aproxima do critério de justiça de Walzer, visto no capítulo inaugural, para quem justiça é um conceito relativo²³⁰ e deve levar muito em conta as particularidades históricas, sociais e culturais que envolvem cada caso.

Isto não significa o abandono dos primados da economia e celeridade processuais, mas que se privilegiou à proteção ao direito material do indivíduo, ainda que em detrimento parcial daqueles valores processuais. Tal postura se justifica, principalmente, em se tratando de relação de emprego, em que, como é sabido, o empregado, via de regra autor das ações individuais, é parte hipossuficiente na relação²³¹.

Advindo, contudo, o Código Brasileiro de Processo Coletivo, haverá pequenas alterações quanto à disciplina da ciência do trabalhador quando a existência de demanda coletiva envolvendo a pretensão por ele deduzida em sua ação individual. Dispõe, o Anteprojeto, que uma vez cientificado da existência da ação, três situações se abrem ao reclamante: a primeira, intentar ação individual – ainda que em litisconsorte com outros trabalhadores – com mesmo objeto. Neste caso, o ajuizamento da ação, posteriormente à cientificação, pressupõe o exercício tácito do direito de exclusão em relação ao processo coletivo:

Art. 33. Relação entre ação coletiva e ações individuais O ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto de ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta.

A segunda e terceira situações decorrem da hipótese de ter, o interessado, intentado a ação individual: poderá, então, manifestar-se expressamente no sentido de que os efeitos da decisão da ação coletiva não lhe sejam aplicados e, assim, prosseguir em sua ação isolada; ou desistir da ação, seja expressa, seja tacitamente, como visto no capítulo anterior. A desistência tácita decorre da

²³⁰ FARAGO, *Op. cit.* p. 264-269.

²³¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 71.

interpretação do artigo 33, parágrafos 1º e 2º, que dispõem possuir o interessado o prazo de trinta dias para optar pela eficácia da sentença coletiva ou o prosseguimento da ação individual, cominando a pena de extinção da ação para o caso de inércia no trintídio mencionado.

§ 1º. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo.

§ 2º. Dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, os autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual.

§ 3º. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

Atualmente aplicam-se ao processo do trabalho os regramentos da Constituição, da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. Com o advento do Código de Processo Coletivo, tais preceitos deverão nortear – de forma unificada – o processo coletivo do trabalho, socorrendo-se o operador do Direito, subsidiariamente, da CLT e do CPC, de modo a inverter-se a regra do artigo 769 da CLT (a qual determina a aplicação de outras legislações de forma subsidiária ao processo do trabalho).

A eficácia da jurisdição trabalhista metaindividual requer a inversão da regra clássica do art. 769 da CLT, pois é justamente o texto consolidado que vai ser aplicado subsidiariamente na temática da ação civil pública destinada à tutela dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.²³²

Em consequência disso, com a ação coletiva em trâmite e ciente o trabalhador reclamante, não havendo por ele manifestação expressa em trinta dias, dispõe o Anteprojeto que a demanda individual será extinta, submetendo-se o autor aos efeitos da demanda coletiva, salvo se improcedente.

Ocorre que em uma última versão do Anteprojeto, procura-se incorporar sugestões apresentadas em 2007, advindas do Ministério da Justiça, da Casa Civil e do Ministério Público de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo²³³.

²³² LEITE, *Op. cit.* 68.

²³³ GRINOVER. **Direito processual coletivo**. p. 449.

Segundo o texto proposto como modificador da redação original, atinente à relação entre ação coletiva e ação individual, “Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada” (Anexo). A redação alterada não prevê a pena de extinção do processo, para o caso de ausência de manifestação do autor da ação individual, em trinta dias, mas o exclui da eficácia da sentença coletiva, em caso de inércia no prazo mencionado: “os efeitos da coisa julgada não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias”.

Para o processo coletivo do trabalho, mostra-se importante a proposta ora mencionada. Isto porque deixa a cargo do empresário reclamado na ação individual – já que, via de regra, são as empresas que figuram como demandadas – o dever de informar sobre a existência de ação coletiva, o que é bastante razoável, à medida que, sendo parte na outra ação, detém o conhecimento de seu trâmite e as condições necessárias à comunicação ao juízo do feito individual. E, caso não o faça, a pena será a de sofrer os efeitos de uma sentença coletiva condenatória, benéfica ao autor da ação individual, ainda que esta demanda tenha sido julgada improcedente.

4.2.2 A coisa julgada no processo coletivo do trabalho

No que tange à coisa julgada envolvendo ações coletivas, esta apenas atingirá a todos os indivíduos, tanto aqueles legitimados a atuar coletivamente como o indivíduo isoladamente, caso a ação coletiva seja julgada procedente²³⁴.

Assim, a repetição da ação coletiva, dependerá da ação ter sido julgada improcedente por falta de provas. É a chamada coisa julgada “secundum eventum litis”²³⁵, ou seja, o resultado da demanda – procedência ou improcedência, esta por deficiência ou não de provas – é que determinará a ocorrência e alcance da coisa julgada.

Se for julgada improcedente, com plena análise de provas, não poderá ser repetida a ação coletiva, porém outras ações individuais poderão ser propostas.

²³⁴ ALVIM, *Op. cit.* p. 178.

²³⁵ MARQUES, **Comentários ao CDC**. p. 1136-1137.

Portanto, o resultado de improcedência atinge os legitimados a propositura das ações coletivas, mas não o indivíduo que poderia se beneficiar do resultado daquela ação. O Código de Defesa do Consumidor, ressalva, por outro lado, que o indivíduo que tiver atuado na condição de litisconsorte ou assistente litisconsorcial na demanda coletiva, em ação versando sobre direitos individuais homogêneos, sujeita-se ao resultado do feito coletivo.

A ressalva quanto à atuação como litisconsorte, que gera a extensão dos efeitos da sentença coletiva, desaparece no Anteprojeto de Código de Processo Coletivo, acabando com “o tratamento discriminatório entre os que foram litisconsortes e os que não foram”²³⁶.

Se neste aspecto apresenta pertinência a inovação que será trazida pelo Código de Processo Coletivo, caso aprovado – como visto sempre trazendo posicionamentos protetivos ao direito individual de acesso ao Judiciário –, por outro lado, ao tratar, especificamente, da atuação sindical, apresenta restrição ao manejo de ações individuais, quando o processo coletivo envolver direito individual homogêneo.

Isto porque, em recente tentativa de modificação do instituto da coisa julgada no Anteprojeto, datada de final de 2007, a coisa julgada coletiva, tratando de direito individual homogêneo, em ação proposta pelo sindicato, obstará a ação individual do trabalhador: “Tratando-se de interesses individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual, salvo quando a demanda coletiva tiver sido ajuizada por sindicato, como substituto processual da categoria”²³⁷. Lopes Leal também chegou a defender a mesma idéia: “Chegamos a preconizar que a legitimação extraordinária do Sindicato exclua a titularização do trabalhador em determinadas hipóteses”²³⁸.

É bem verdade que a regra não se destina especificamente ao processo do trabalho, mas sim a todo e qualquer ação proposta pelo sindicato na defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que de outra natureza, que não trabalhista. Porém, também é certo que os reflexos deste dispositivo, caso aprovado juntamente com o Anteprojeto, seriam muito maiores no âmbito da Justiça do Trabalho.

²³⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. **Código do consumidor comentado** e legislação correlata. 2. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 470.

²³⁷ Tal proposta é apresentada na obra de ALVIM, Eduardo Arruda. **Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. p. 189.

²³⁸ LEAL, Ronaldo Lopes. Estudo das Macro-Lesões ao Direito do Trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1986. p. 79.

A norma contraria os próprios critérios de justiça adotados pelo Anteprojeto – em proteção ao direito individual de ação – e que estão presentes ao longo de seus dispositivos. Talvez por isso estivesse ausente na primeira versão do Anteprojeto, oriunda dos programas de mestrado da Universidade do Rio de Janeiro e também inexistente nas propostas da Casa Civil, Ministério da Justiça e Ministérios Públicos.

Se a intenção é proteger o direito individual de acesso ao Judiciário – tanto que o resultado de improcedência da ação coletiva não obsta a continuidade da ação individual suspensa, como se uma segunda chance fosse dada ao indivíduo – nada justifica a restrição de tal direito apenas quando certa demanda tiver sido proposta pelo Sindicato, ainda que versando sobre direitos individuais homogêneos.

Tal dispositivo, portanto, vai de encontro ao princípio da proteção, da efetividade e não-retrocesso, aplicáveis ao processo trabalhista, e que constituem um limite jurídico ao exercício da função legiferante:

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reacionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. (...) O reconhecimento dessa proteção de “direitos prestacionais de propriedade”, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada “justiça social”.²³⁹

O Enunciado 66 da Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho conclui pela necessidade de aplicação das normas processuais mais adequadas à efetivação dos direitos trabalhistas, o que não ocorre com a regra ora objeto de análise:

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE.

Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de

²³⁹ CANOTILHO, *Op. cit.* p. 320-321.

normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não-retrocesso social.²⁴⁰

Além disso, o preceito implicaria em um desestímulo à atuação sindical, na tutela de direitos individuais homogêneos, pois enquanto outros legitimados poderiam demandar a tutela de interesses homogêneos de determinada categoria, sem que tal implicasse em restrição ao acesso individual em caso de improcedência, o sindicato, se o fizesse, poderia estar atuando em desfavor de sua classe. Sem falar que os trabalhadores, sabendo desta regra, intentariam demanda própria, isolada, para evitar sofrerem os efeitos do resultado da ação metaindividual, contrariando, então, o princípio da economia processual. Dessa forma, tira-se do processo coletivo uma de suas principais finalidades: evitar a proliferação de ações individuais.

Por fim, dois últimos aspectos da relação entre a coisa julgada coletiva e as ações individuais merecem destaque. São eles: a prescrição e a constituição em mora.

Com a propositura da ação civil pública, há a interrupção da prescrição da ação individual ajuizada pelo obreiro, retroagindo o efeito à data do ajuizamento da demanda coletiva:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA EM DATA ANTERIOR À AÇÃO INDIVIDUAL – EFEITOS – INTERRUPÇÃO DE PRESCRIÇÃO – O obreiro ingressou com ação individual, postulando reconhecimento de vínculo e pagamento de parcelas contratuais e rescisórias pertinentes, possuindo a tutela pretendida o mesmo objeto de ação civil pública ajuizada anteriormente. Apesar da abrangência maior desta, cuja sentença julgada procedente e confirmada em acórdão regional pode projetar seus efeitos para alcançar o obreiro, não se pode reconhecer como fulminada pela prescrição total reclamação trabalhista individual ajuizada após o biênio. Neste Regional, a matéria já se encontra pacificada com o entendimento de que nas ações coletivas a sentença faz coisa julgada erga omnes, não irradiando seus efeitos, apenas e, exclusivamente, aos relacionados no título executivo, mas também a outros trabalhadores que não participaram da relação jurídico-processual, desde que estejam abarcados pela situação fática emergente, ocasião em que em regular fase de liquidação de sentença poderão se habilitar nos autos e requerer o pagamento dos valores devidos. Com a propositura da ação civil pública, entende-se que houve a interrupção da

²⁴⁰ Enunciado aprovado na Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho ocorrida em Brasília, em 23.11.2007, sob a organização da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, juntamente com o Tribunal Superior do Trabalho (TST), com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENAMAT) e com o apoio do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (CONEMATRA). Disponível em: www.anamatra.org.br/jornada/anexos/ementas_aprovadas.pdf. Acesso em: 11 mar. 2008.

prescrição da ação individual ajuizada pelo obreiro, retroagindo o efeito à data do ajuizamento da demanda coletiva. Recurso conhecido e provido.²⁴¹

Tal entendimento está também previsto, de forma expressa, no Anteprojeto de Código de Processo Coletivo:

Art. 17. Efeitos da citação A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

Se a citação no processo coletivo prestou-se a produzir um dos efeitos do artigo 219 do CPC – qual seja, o de interromper a prescrição – razoável é compreender-se que serviu, também, para constituir em mora o devedor, outro dos efeitos da citação válida, sendo possível a aplicação subsidiária do referido dispositivo, conforme tem entendido a Seção Especializada do Tribunal do Trabalho do Paraná:

Pretendem os agravantes a incidência dos juros de mora desde 2.5.1991, quando ajuizada a primeira ação pelo Sindicato dos Médicos do Estado do Paraná, a qual foi julgada extinta sem julgamento do mérito pelo TST. Razão assiste aos agravantes. Preceitua o artigo 883 da CLT que os juros de mora são devidos desde o ajuizamento da reclamação inicial. Isto porque, a partir da citação, o devedor é constituído em mora, ou seja, a notificação no processo do trabalho equivale à interpretação prevista no parágrafo único do artigo 397 do Código Civil Brasileiro. No mesmo sentido, estabelece o artigo 219 do CPC que a citação válida, ainda que ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor²⁴².

Assim, conclui-se que não há litispendência entre ação coletiva e ação individual trabalhista, devendo o trabalhador, autor da ação individual, optar pela submissão aos efeitos do processo coletivo, restando sobrestada a sua demanda, ou continuar no feito individual, não sofrendo a incidência da coisa julgada coletiva. Na hipótese de improcedência da ação coletiva, não se obstará a continuidade da ação individual ou sua propositura após o trânsito em julgado da sentença coletiva, ainda que pautada a decisão no conjunto probatório, em que pese a tentativa de se impedir o ajuizamento de ações individuais quando a demanda coletiva, versando sobre direitos individuais homogêneos, tiver sido proposta pelo sindicato, conforme

²⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. RO 00494-2005-103-22-00-2, Rel. Juiz Arnaldo Boson Paes, DJU. 14 set. 2006. p. 13.

²⁴² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Agravo de Petição 7512-2002-2-9-00, Rel. Desembargadora do Trabalho, Rosemarie Diedrichs Pimpão, j. 03 abr. 2006.

proposta de alteração do Anteprojeto de CPCol. O critério adotado é o de resguardar o direito de acesso do trabalhador ao Judiciário.

A repetição da ação coletiva, por outro lado, dependerá da primeira demanda ter sido julgada improcedente por falta de provas. Em qualquer hipótese, mesmo quando julgada extinta, sem análise do mérito, a propositura da ação coletiva reflete na demanda individual que vier a ser proposta, implicando em interrupção da prescrição e constituição em mora do demandado.

4.3 Legitimidade e substituição processual

O caráter político da tutela de direitos metaindividuais repercute no tratamento legislativo dado à matéria, já que as ações coletivas constituem-se em eficazes instrumentos de participação popular. Ao identificar o rol de legitimados a valer-se da tutela de direitos coletivos, não podem as escolhas legislativas deixar de contemplar “esquemas de legitimação suscetíveis de assegurar a participação da sociedade na tutela dos direitos e interesses transindividuais”²⁴³

4.3.1 Legitimação ativa

A tutela jurisdicional de direitos metaindividuais é conferida, pela Lei da Ação Civil Pública nº 7.347/85 aos seguintes legitimados: Ministério Público, Defensoria Pública, Administração Pública Direta e Indireta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, autarquia, empresa pública, fundação pública²⁴⁴ e sociedade de economia mista) e associações civis.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, em seu artigo 82, atualmente ampliando a legitimidade da Administração Pública, inclui não apenas às

²⁴³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115-116.

²⁴⁴ Em que pese o artigo 5º da lei mencione apenas o termo “fundação”, depreende-se, pelo contexto em que está inserido, que o legislador refere-se às fundações públicas, integrantes da administração pública indireta e não a fundação do direito privado, regulamentada pelo código civil. Tal posicionamento é reforçado pelo fato de que o Código de Defesa do Consumidor, quando também vai tratar do rol de legitimados para tutela metaindividual, reporta-se apenas a entidades da Administração Pública Direta e Indireta, não se referindo em momento algum às fundações outras, reguladas pelo código civil.

peças jurídicas que dela fazem parte, mas também atribuindo legitimidade aos órgãos desprovidos de personalidade jurídica.

Em virtude de tal extensão, pode-se dizer que a Defensoria Pública, mesmo que não-constituída regularmente, nos moldes constitucionais – situação vivida atualmente pela Defensoria Pública do Paraná –, detém legitimidade para a defesa de direitos transindividuais, por se tratar de um órgão estatal.

Especial atenção merecem, contudo, as associações. Depreende-se da principiologia constitucional o prestígio à associação civil e à sindical²⁴⁵, haja vista a incumbência que lhes foi atribuída nas tutelas coletivas (art. 5º, LXX e 8º, II, da Constituição da República).

A legislação infraconstitucional vigente exige da associação o preenchimento de três requisitos para que possam demandar a defesa de interesses coletivos: constituição nos termos da lei civil; tempo de constituição mínimo de um ano, salvo quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido; e previsão estatutária de finalidade institucional correlata ao direito metaindividual objeto da tutela jurisdicional²⁴⁶.

O Anteprojeto de CPCol, com o fim de simplificar o acesso e ampliar o rol de legitimados²⁴⁷, exclui a exigência do tempo de constituição mínima de um ano. Porém, tal requisito volta a aparecer nas propostas modificativas da Casa Civil, Ministério da Justiça e Ministérios Públicos (Anexo). Permanece, contudo, tanto na proposta original quanto na modificativa, a necessidade de que as associações incluam, entre seus fins institucionais, a defesa dos direitos ou interesses metaindividuais.

Assim, no âmbito trabalhista, mesmo com o advento do Anteprojeto, far-se-á necessário que a associação civil tenha por objeto a defesa de interesses sociais dos trabalhadores. A associação, quando integra o pólo ativo da demanda trabalhista, na condição de substituta processual²⁴⁸, representa, exclusivamente, seus associados, diferentemente de entidade sindical que representa todos os

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. AP 991-1999-036-15-00-2, Rel. Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, j. 09 dez. 2003.

²⁴⁶ MIRRA, *Op. cit.* p. 121.

²⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 23-24.

²⁴⁸ O instituto da substituição processual será melhor analisado adiante.

integrantes da categoria dentro da base territorial respectiva, independente do substituído ser associado ou não (art. 8º, III, da Constituição da República):

RECURSO DO RECLAMANTE – 1.1. Carência de ação - Ilegitimidades das partes litigantes e impossibilidade jurídica do pedido. A parte, no sentido processual, é aquela que pede alguma tutela jurisdicional (parte ativa) e também aquela em face de quem se pede o direito supostamente violado (parte passiva). No caso vertente, verifica-se a legitimidade de ambas as partes, o reclamante é ex-empregado do reclamado, o qual, por força do Regulamento de Pessoal, paga a complementação de aposentadoria a título de abono mensal, correspondente à diferença existente entre os proventos pagos pelo INSS e os vencimentos do cargo que o funcionário ocupava, na data em que passou para a inatividade. Já no que concerne ao pedido, não no sentido estrito do mérito, mas verificada a correlação com a causa de pedir, e não havendo proibição expressa no ordenamento jurídico, é sempre possível ser submetido à apreciação do Estado Juiz, não havendo de se falar em pedido juridicamente impossível. Preliminar que se rejeita.

Continua o relator do acórdão, explicando:

(...) 1.2. Litispendência. Ação Civil Pública e Dissídio Individual. Não obstante estar evidente a identidade entre a causa de pedir e os pedidos formulados na presente reclamação trabalhista e na ação civil pública ajuizada pela Associação dos Funcionários Aposentados do Banco do Estado de São Paulo - AFABESP, entidade associativa sem fins lucrativos, não consta dos autos o rol dos substituídos, portanto, não há como se averiguar a afirmação do recorrente quanto à identidade de partes, até porque a Associação quando integra o pólo ativo da demanda, na condição de substituta processual, representa exclusivamente seus associados, diferentemente de entidade sindical que representa todos os integrantes da categoria dentro da base territorial respectiva, independente do substituído ser associado ou não (CF/88, art. 8º, III). Rejeitada a preliminar. (...) Recurso desprovido.²⁴⁹

Quanto ao Ministério Público, Gomes Júnior²⁵⁰ ressalta que a omissão do legislador constituinte quanto à legitimidade do Ministério Público para a tutela de interesses individuais homogêneos, ao contrário do que fora feito quanto aos interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição da República), não é suficiente para limitar a atuação da instituição na defesa desta modalidade de interesses metaindividuais.

No âmbito trabalhista, se a violação aos direitos trabalhistas atinge a esfera jurídica de grande número de empregados, os interesses passam a ser passíveis de tutela pelo Ministério Público do Trabalho. Neste sentido ensinam Gunther e Zornig:

²⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. RO 00381-2006-002-21-00-9 Rel. Juíza Elizabeth Florentino Gabriel de Almeida, DJ 06 jun. 2007.

²⁵⁰ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 37.38.

No Direito do Trabalho, se o dano causado pelo empregador é genérico e afeta grande número de empregados, emergem interesses individuais homogêneos que, pelo princípio ordinário, avocam agrupamento e importância social bastante para separá-los dos interesses caracteristicamente individuais, favorecendo, assim, uma tutela genuinamente coletiva, através da ação civil pública.²⁵¹

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em recente decisão proferida em Ação Civil Pública, entendeu que a pretensão inibitória, voltada a impedir a prática de ilícitos a direitos trabalhistas, caracteriza evidente interesse metaindividual, legitimando a atuação do Ministério Público:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. SUSPEITA DE LER/DORT. EMISSÃO DE CAT. OBRIGATORIEDADE. PRECLUSÃO DE NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO ENTRE AS DOENÇAS E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS CONSTANTES DO REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ABRAGÊNCIA TERRITORIAL DA DECISÃO. DANO MORAL COLETIVO. 1. Ação civil pública ajuizada pelo MPT com o objetivo de atribuir à instituição financeira obrigações de fazer relacionadas à emissão do CAT em caso de suspeita de LER/DORT. Tutela inibitória de caráter genérico, envolvendo a proteção de interesses coletivos decorrentes de normas imperativas de proteção à saúde, de fruição de benefício previdenciário e de tratamento discriminatório, que se caracterizam como interesses sociais indisponíveis dos trabalhadores, legitimando, portanto, a atuação do MPT (arts. 127 e 129, III, da CF). Ademais, possível a atuação ministerial inclusive para a tutela de interesses individuais homogêneos (arts. 127 e 129, IX, da CF c/c arts. 1º e 90 do CPC e art. 21 da LACP). Precedente do E. STF (RExt. 213.015-0). (...) Recurso Ordinário a que se nega provimento.²⁵²

Os direitos individuais homogêneos trabalhistas se inserem no campo dos interesses sociais, cuja tutela é atribuída, constitucionalmente, ao Ministério Público (artigo 127 da Constituição da República). Com base em tal raciocínio, a Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho elaborou enunciado atribuindo legitimidade ao Ministério Público do Trabalho para a defesa de interesses individuais homogêneos. Trata-se do Enunciado 75, com a seguinte redação:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

²⁵¹ GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. Ação civil pública: legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a defesa de direitos individuais homogêneos. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; GOSDAL, Thereza Cristina. (Coordenação). **Temas da ação civil pública trabalhista**. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 141.

²⁵² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 98905-2004-007-09-00-9, Rel. Desembargador do Trabalho Rubens Edgard Tiemann, j. 03 abr. 2008.

I – O Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para defender direitos ou interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, nos exatos termos do artigo 81, inciso III, do CDC.

II – Incidem na hipótese os artigos 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal, pois a defesa de direitos individuais homogêneos quando coletivamente demandada se enquadra no campo dos interesses sociais previstos no artigo 127 da Magna Carta, constituindo os direitos individuais homogêneos em espécie de direitos coletivos “*latu sensu*”.²⁵³

O Anteprojeto de CPCol inclui, de forma expressa, a legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, o que evitará discussões a respeito da matéria. A participação do Ministério Público, quando não intervier no processo como parte, consistirá na obrigatória atuação como fiscal da lei, segundo o anteprojeto.

Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz dará ciência ao Ministério Público ou ainda outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Havendo inércia do Ministério Público por mais de 90 (noventa) dias, aplica-se procedimento semelhante à norma do processo penal (artigo 28 do CPP), atinente ao não oferecimento de denúncia, próxima da regra válida para o inquérito civil preparatório de ação civil pública (artigo 9º, da Lei 7.347/85)²⁵⁴. Ou seja, far-se-á a remessa do expediente recebido ao órgão com atribuição para a homologação ou rejeição da promoção de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em relação à propositura ou não da ação coletiva.

Tal previsão do Anteprojeto do CPCol privilegia o princípio da supremacia do interesse público. O Ministério Público detém legitimidade para a demanda que versa sobre interesse público, porém não pode livremente dispor de tal interesse – princípio da indisponibilidade do interesse público²⁵⁵ –, de modo que a decisão pelo

²⁵³ Enunciado aprovado na Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho ocorrida em Brasília, em 23.11.2007, sob a organização da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, juntamente com o Tribunal Superior do Trabalho (TST), com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENAMAT) e com o apoio do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (CONEMATRA). Disponível em: www.anamatra.org.br/jornada/anexos/ementas_aprovadas.pdf. Acesso em: 11 mar. 2008.

²⁵⁴ Regra semelhante está também prevista para o inquérito civil no Anteprojeto de Código de Processo Coletivo.

²⁵⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 70.

não-prosseguimento da demanda submete-se ao crivo do órgão superior do Ministério Público.

Importante inovação trazida pelo Anteprojeto reside na ampliação da legitimidade a qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos. Atualmente, tal legitimidade está restrita às hipóteses de cabimento da ação popular que, atualmente, mostra-se de uso bastante inexpressivo²⁵⁶.

Sem dúvida, abre-se como um “avanço na proteção e defesa dos direitos supra-individuais. Há que se alforriar o indivíduo de laços de dependência a órgãos estatais”²⁵⁷.

Além disso, a legitimação ao cidadão implica em observância ao princípio democrática que aponta, “no sentido constitucional, para um ‘processo de democratização’ extensivo a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural”²⁵⁸. A legitimação de qualquer indivíduo, sob o prisma constitucional, será analisado, ainda, no capítulo final.

4.3.2 Substituição processual pelo sindicato na justiça do trabalho

Possui, também, legitimidade para a propositura de ações coletivas, a entidade sindical. A possibilidade de substituição processual da categoria profissional por seu sindicato, na Justiça do Trabalho, para a tutela de direitos metaindividuais trabalhistas, sempre foi bastante controversa.

Pertinente recordar, antes de se adentrar propriamente no tema, que a litigiosidade trabalhista no Brasil é um fenômeno sem comparação nos outros ordenamentos jurídicos mundiais²⁵⁹.

Com efeito, há um número exacerbado de ações trabalhistas individuais, mas – note-se – de empregados já despedidos, vale dizer, aqueles empregados que mantêm contrato vigente não exercitam judicialmente seus direitos, o que gera um estoque de lesões reprimidas, ao longo da relação de duração continuada, como é a relação de trabalho²⁶⁰.

²⁵⁶ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 136

²⁵⁷ *Ibidem*. p. 143.

²⁵⁸ CANOTILHO, *Op. cit.* p. 287.

²⁵⁹ LEAL, **A jurisdição trabalhista**. p. 609.

²⁶⁰ *Ibidem*.

Com a rescisão do contrato de trabalho, a litigiosidade reprimida do empregado da empresa vem à tona, de forma isolada, proliferando inúmeras ações individuais sempre com caráter meramente reparatório.

Não houve uma atuação do Sindicato da categoria de forma preventiva ou inibitória, como observa Leal, numa análise do instituto da substituição processual: “a litigiosidade (...) está destituída de qualquer consequência preventiva ou repressiva no tocante à massividade das lesões”. Mesmo no plano reparatório, por muito tempo, observa o referido autor, “aquilo que deveria ser um poderoso instrumento de coletivização ressarcitória resumiu-se a algumas tentativas recebidas com reservas pelo Judiciário Trabalhista e pelos doutrinados”²⁶¹.

Apesar do artigo 8º, inciso III, da Constituição da República apresentar, expressamente, a hipótese de substituição processual, por muito tempo a Justiça do Trabalho limitou a atuação sindical na defesa de direitos individuais e metaindividuais trabalhistas.

A substituição processual é uma espécie de legitimação extraordinária. Costuma-se classificar a legitimação em ordinária e extraordinária. Seria legitimado ordinário aquele que atua em juízo em nome próprio e na defesa de interesses próprios²⁶².

A legitimidade extraordinária ou excepcional está prevista na parte final do artigo 6º do CPC, quando este dispõe: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” Assim, aquele que atua em nome próprio na defesa de interesses alheios, age, extraordinariamente, em substituição processual, somente admitida nos casos expressamente previstos em lei²⁶³. A substituição processual é, portanto, o escopo do processo coletivo, na medida que garante que legitimados específicos postulem direito alheio²⁶⁴.

A substituição processual, contudo, apesar do respaldo constitucional e da chance que concede à entidade sindical de reduzir a litigiosidade, reprimindo ilícitos trabalhistas, encontrou resistência na Justiça do Trabalho.

Tal resistência obteve explicação em Lopes Leal na insegurança, por parte dos magistrados, quanto ao procedimento e quanto às consequências decorrentes de seu acolhimento. “A ausência de procedimento atemorizou toda uma geração de

²⁶¹ *Ibidem*. p. 608-609.

²⁶² GOMES JÚNIOR, *Op. cit.* p. 35.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ MAZZILLI, *Op. cit.* p. 30.

juristas, que se ocuparam do tema, e com razão”. Hoje, com os novos textos legais, explica o autor “espanca-se o temor do litígio desastroso ou o temerário do substituto processual ante as regras da coisa julgada ‘in utilibus’ e ‘secundum eventum litis’.”²⁶⁵, previstas na Lei 8.0878/90.

A discussão criada em torno do artigo 8º da Constituição da República residuiu na alegação, contrária à substituição processual, de que o dispositivo contemplava hipótese de representação e não de substituição.

A distinção entre os institutos da representação e da substituição pode ser assim resumida: nesta se defende o direito alheio em nome próprio e naquela defende-se o direito de outrem em nome do proponente da ação, sendo que na representação, o representado é parte – no sentido material – no processo²⁶⁶.

Tal situação excepcional, em que se permite a postulação de direito alheio em nome próprio – nascida com Chiovenda²⁶⁷ –, foi criticada por Ugo Rocco, ao apontar para um possível desvirtuamento da legitimidade, enquanto condição da ação:

Agora, se em consideração, precisamente, a esses interesses, igual ou preferencialmente, os sujeitos titulares das relações jurídicas substanciais que constituíram objeto da declaração de certeza ou da realização coativa, as normas processuais autorizam ou quando não, legitimam a tais sujeitos não titulares das relações jurídicas substanciais a pretender a prestação da atividade jurisdicional, parece evidente que tal autorização é concedida pela lei precisamente a tais sujeitos ao lado ou com exclusão dos sujeitos titulares das relações jurídicas substanciais, os quais aparecem como sujeitos do direito a pretender a declaração de certeza ou a relação coativa das relações jurídicas substanciais de que não são sujeitos os titulares, isto é, em outros termos, aparecem como sujeitos os titulares do direito de ação.²⁶⁸

²⁶⁵ LEAL, Ronaldo Lopes. A substituição processual do artigo 8º, III, da Constituição Federal: aplicação ao processo do trabalho das normas de procedimentos das Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Ano 66, nº 1. Porto Alegre: Editora Síntese, 2000. p. 18.

²⁶⁶ MENEZES, Cláudio Armando Couce. **Ação de cumprimento**. Porto Alegre: Revista síntese trabalhista. Ano 1998, nº 103. p. 7.

²⁶⁷ Com origem na necessidade dos credores, para conseguirem o que lhes é devido, exercerem as ações do devedor, substituindo-o na busca pelo crédito deste que, posteriormente, resultaria no pagamento daqueles. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. V. 1, Tradução de Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1998, vol. 1. p. 252.

²⁶⁸ Livre tradução do seguinte trecho: “Ahora bien, si em consideración, precisamente, e esse interes, igual o preeminente, de los sujetos no titulares de las relaciones jurídicas substanciales, que constituirán objeto de la declaración de certeza o de la realización coactiva, las normas procesales autorizan, o, como suele decirse, legitiman a tales sujetos no titulares de las relaciones jurídicas substanciales a pretender la prestación de la actividad jurisdiccional, aparece evidente que tal autorización está concedida por la ley precisamente a tales sujetos, al lado o com exclusión de los sujetos titulares de las relaciones jurídicas substanciales, los cuales aparecen como sujetos del derecho a pretender la declaración de certeza o la realización coactiva de las relaciones jurídicas substanciales de que no son sujetos o titulares, esto es, em otros términos, aparecen como sujetos o titulares del derecho de acción”. ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Bogotá: Temis, 1976. p. 365-366.

Por consequência, a jurisprudência trabalhista passou a exigir a autorização dos representados, dada em assembléia geral – por aplicação do art. 5º, inciso XXI, da Constituição da República – e, além disso, a relação nominal destes na petição inicial da ação movida pelo sindicato, tendo o Tribunal Superior do Trabalho editado, em 1993, súmula – à época chamada de enunciado – restringindo as hipóteses de substituição processual:

Enunciado nº 310 do TST. Sindicato Autor da Ação na Condição de Substituto Processual

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 ns. 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 3 de julho de 1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788. (L-007.788-1989 - revogada)

III - A Lei 7.788-89, em seu Art. 8, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. (L-007.788-1989 - revogada)

IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30 de julho de 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.

VII - Na liquidação da sentença exeqüenda, 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 advocatícios²⁶⁹.

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal – argumentando-se a violação ao artigo 8º, inciso III, da Constituição da República e, em 2006, em julgamento paradigmático para o estudo da substituição processual pelo Sindicato, a Suprema Corte assim se manifestou:

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 art. 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os

²⁶⁹ Resolução TST 1/1993, DJ. 06 maio 1993.

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.²⁷⁰

O Supremo acabou por consolidar o entendimento que já vinha externando em Súmulas como a 629²⁷¹ e a 630²⁷², que garantiam a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe, independentemente de autorização dos associados e ainda que a pretensão interesse a apenas uma parte da categoria.

Durante o julgamento do recurso antes mencionado, além de fazer menção aos referidos entendimentos sumulados, o STF destaca que “o fundamento jurídico da defesa coletiva de direitos individuais, com dimensão social, consiste no fato de decorrerem eles de uma mesma causa comum”. Portanto, porque “de origem comum e, assim, homogêneos, esses direitos, embora individuais, vinculam-se à categoria ou de parte dela, o que autoriza a sua defesa coletiva e, portanto, a incidência da regra constitucional”²⁷³.

É bem verdade que ao tempo do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da questão da substituição processual pelo Sindicato, o Tribunal Superior do Trabalho já havia cancelado o seu Enunciado de número 310²⁷⁴. Contudo, em outras esferas do Poder Judiciário, ainda se insiste na limitação das hipóteses substituição processual, transformando-a em representação para a fase de execução, ao contrário do que defendeu o STF no acórdão antes citado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO INEXISTENTE – ART. 535 DO CPC – AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS – EFEITO INFRINGENTE – EXCEPCIONALIDADE – AÇÃO COLETIVA – SINDICATO – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – LEGITIMIDADE – REPRESENTAÇÃO – EMBARGOS REJEITADOS – I. Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos, mormente quando o ponto fulcral da controvérsia reside na insatisfação do ora embargante com o deslinde da controvérsia. II. O acórdão embargado não apresenta os vícios apontados, capazes de ensejar a modificação do julgado. Ademais, necessário ressaltar que o magistrado não está obrigado a

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 210.029-3/RS, Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, j. 12 jun. 2006.

²⁷¹ BRASIL. Súmula nº 629 do STF: A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes

²⁷² BRASIL. Súmula 630 do STF: A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.

²⁷³ Menção feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso Extraordinário 210.029-3/RS. DJU 12 jun. 2006.

²⁷⁴ Cancelado por meio da Resolução TST 119/2003, DJ 01 out. 2003.

responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão. III. Os sindicatos que tenham ajuizado ação coletiva, em substituição processual, têm legitimidade ativa para executar a respectiva sentença, mas na qualidade de representante processual. Precedentes. IV. Embargos de declaração rejeitados.²⁷⁵

O Anteprojeto de Código de Processo Coletivo atribui às entidades sindicais a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria. Porém, perde a chance de regulamentar de forma expressa a substituição processual pelo sindicato, autorizando a postulação independentemente de autorização assemblear, sem necessidade de indicação expressa de filiados, oportunizando a atuação, inclusive, para a defesa de interesses de parte da categoria profissional ou econômica substituída.

4.3.3 Legitimação passiva: a ação coletiva passiva

Assim como as “class action” do direito norte-americano – mencionadas no segundo capítulo –, que se baseavam na representatividade adequada no pólo ativo para a defesa de interesses metaindividuais, é possível adotar o mesmo raciocínio para se estruturar um sistema de representação, pelo qual o “class member”²⁷⁶ tenha condições de representar uma classe ou categoria social para, por ela, responder à pretensão deduzida em juízo.

Mesmo no direito norte-americano, o tipo mais comum de ação coletiva é a “plaintiff class action”, ou seja, a ação ativa, proposta por um legitimado em favor do grupo ao qual pertence. Já a passiva, chamada de “defendant class action”, tem sua utilidade, pois “é possível obrigar [um grupo de réus] a cumprir a lei através de um único processo e uma única decisão, que terá força de coisa julgada em face de todos os membros do grupo”²⁷⁷.

Atualmente, o processo do trabalho possui bom exemplo de ação coletiva passiva no direito brasileiro. Trata-se do dissídio coletivo, pelo qual se pode demandar em face, por exemplo, de um sindicato patronal postulando a fixação dos

²⁷⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EARESP 200600459415, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma. DJU 18 dez. 2006.

²⁷⁶ MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 337.

²⁷⁷ GIDI, Antonio. A “class action”... p. 391.

limites de aplicação de regra legal ou regulamentar, bem como fixação de novas regras ou condições de trabalho para a categoria postulante.

A questão, porém, merece reflexões, pois “aquele que não participa do contraditório instituído perante o juiz não pode – em respeito ao princípio do devido processo legal – sofrer os prejuízos decorrentes da sentença de mérito”²⁷⁸. Este raciocínio, num primeiro momento, impediria a existência de ações coletivas passivas no ordenamento brasileiro.

Soma-se a ele, “o risco da admissão da demanda coletiva em face de quem não é representante adequado”²⁷⁹, outro argumento trazido por Vigliar para sustentar seu “posicionamento mais restritivo sobre a possibilidade de emprego das denominadas ‘ações coletivas passivas’.”²⁸⁰ A representatividade adequada é, aliás, um dos requisitos de admissibilidade da “defendant class action”²⁸¹.

Ao regulamentar a matéria, o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo propõe a seguinte disposição:

Art. 42. Ação contra o grupo, categoria ou classe Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º. do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º.) e se revista de interesse social.

Art. 43. Coisa julgada passiva A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 44. Aplicação complementar à ação coletiva passiva Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

Na proposta modificativa encaminha pela Casa Civil, Ministério da Justiça e Ministérios Públicos²⁸², acrescenta-se que a coletividade organizada prescinde de personalidade jurídica, explicando que o Ministério Público e os órgãos públicos não poderão, contudo, ser considerados representantes adequados da coletividade, com ressalva às entidades sindicais.

A ressalva trazida seria dispensável, à medida que as entidades sindicais não são “entidades públicas”, mas sim pessoas jurídicas de direito privado. De

²⁷⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. “Defendant class action” brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 313.

²⁷⁹ *Ibidem*. p. 315.

²⁸⁰ *Ibidem*. p. 318.

²⁸¹ GIDI, A “class action”... p. 390-391.

²⁸² GRINOVER, **Direito processual coletivo**... p. 449.

qualquer forma, ao expor, expressamente, a possibilidade de demanda coletiva em face de sindicatos, abre-se a oportunidade de, com o advento do CPCol, utilizar-se a demanda coletiva – em situações específicas – com finalidade semelhante a dos dissídios coletivos, atualmente, sem utilidade prática, ante a reforma do Judiciário²⁸³ que passou a exigir acordo comum de vontades entre as partes, a fim de se submeterem a um dissídio coletivo (artigo 114, parágrafo 2º, da Constituição da República). Pede-se licença, neste ponto, para se registrar, ainda, porque oportuno, que a exigência de comum acordo no dissídio coletivo mostra-se inconstitucional, na medida que fere o princípio da proibição do retrocesso, bem explicado por Streck:

A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa e consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.²⁸⁴

Apesar da controvérsia quanto ao cabimento da ação coletiva, pode-se defender a sua aplicação, mesmo antes do advento do CPCol, a partir da interpretação conjunta do artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei 7.347/85, da Ação Civil Pública, com o artigo 49 e 54 do Código de Processo Civil. O primeiro dispositivo, admite litisconsórcio entre Ministérios Públicos – entre entes legitimados – e o segundo e o terceiro, a possibilidade de litisconsórcio e assistência litisconsorcial passivos, aplicáveis subsidiariamente aos processos coletivos.

Neste caso, se entes legitimados podem formar litisconsórcio passivo e pode haver a intervenção de um interessado a fim de atuar como assistente, assumindo o papel de assistente litisconsorcial quando o resultado da ação vier a influenciá-lo, bastaria demonstrar ao juiz que “a situação fática descrita na demanda coletiva”, explica Vigliar, “coloca um outro representante adequado na condição de assistente qualificado do réu original que pode ser uma pessoa física ou moral, mas pertencente ao universo dos interessados que aquele legitimado representa”²⁸⁵

²⁸³ Necessário ressaltar que existem diversas ações com pedido de inconstitucionalidade da exigência prevista na alteração promovida pela EC nº 45/2005. Tramitam no E. STF, ainda pendentes de julgamento, as ADI nº 3392, ADI nº 3423; ADI nº 3431, ADI nº 3422 e ADI nº 3530, sob o fundamento principal de inconstitucionalidade, em face da possível ofensa ao princípio da inafastabilidade.

²⁸⁴ STRECK, **Hermenêutica jurídica em crise**. p. 55.

²⁸⁵ VIGLIAR, *Op. Cit.* p. 316.

Assim, por exemplo, se numa ação do Sindicato dos Médicos – representante da categoria profissional obreira, em face de determinado Hospital, discute-se a ilegalidade de dada norma coletiva, por ferir direitos trabalhistas, postulando-se a sua não-aplicação, poder-se-ia requerer a intervenção do fictício Sindicato dos Hospitais. O interesse do Sindicato dos Hospitais está em “evitar a concretização de um precedente desfavorável a uma de suas afiliadas” e, na condição de “representante da classe, fará com que o julgado venha a se estender a todos dos demais integrantes daquele grupo, categoria, ou classe”.²⁸⁶

A admissão da ação coletiva passiva implica em admitir-se, também, a apresentação de reconvenção pelo réu – artigo 297 do CPC, aplicado subsidiariamente – na ação coletiva ativa, pois tal pretensão contraposta se caracterizaria, assim, com verdadeira demanda coletiva passiva.

Mostra-se, a ação coletiva, portanto, como mais um instrumento importante na tutela de direitos metaindividuais trabalhistas, necessitando, contudo, de cuidados a fim de se apurar, devidamente, a adequada representatividade do demandado, enquanto representante da categoria que irá suportar os efeitos “erga omnes” da decisão coletiva.

²⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As ações coletivas ibero-americanas**: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 5.

5 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA TUTELA PROCESSUAL COLETIVA TRABALHISTA E DE SEUS REFLEXOS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A análise até aqui realizada da tutela de direitos metaindividuais permite observar a constante remição a questões constitucionais de relevo. A prolação de decisões que atingem uma gama indeterminada de pessoas tende a ser mais genérica e abstrata, aproximando-se de comandos normativos, como os editados pelo Poder Legislativo. Por outro lado, os novos poderes dados ao magistrado permitem uma atuação mais efetiva na concretização dos direitos sociais, atuação esta que pode ocorrer, com o advento do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo, mediante provocação de qualquer indivíduo, evidenciando a participação democrática, inclusive em políticas públicas.

5.1 O tratamento dispensado à pessoa física em relação às demandas coletivas: uma análise à luz do princípio democrático

A Constituição venezuelana atual, já prevê o direito de qualquer pessoa entrar em juízo para a tutela de seus direitos, bem como de interesses coletivos ou difusos, em que pese não haja lei específica regulando a matéria²⁸⁷, sendo uma das primeiras constituições a prever o direito do indivíduo de buscar a tutela de interesses transindividuais, como observa Grinover.

Como ressaltado no capítulo anterior, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo propõe regulamentar, no plano infraconstitucional, a legitimidade de qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, legitimidade esta, atualmente, restrita às hipóteses de cabimento da ação popular.

Não obstante, ao mesmo tempo que concede ao indivíduo, isoladamente, legitimidade para tutela direitos metaindividuais, o Anteprojeto resguarda o seu direito de acesso ao Judiciário, ainda que sua pretensão, idêntica a de uma coletividade, esteja sendo objeto de uma ação coletiva.

²⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código modelo de processos coletivos para Ibero-América:** exposição de motivos. Disponível em: <<<http://www.uj.com.br/Publicacoes/Doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2077>>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

5.1.1 Observância ao princípio do livre acesso ao Judiciário

Sob a ótica constitucional, o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República) não se apresenta tão somente como uma garantia individual, mas também como um instrumento efetivo na tutela dos direitos e garantias solidamente delineados na Carta Maior. Por outro lado, “a denegação de Justiça constitui das violações mais comprometedoras da efetividade de um sistema de direitos humanos”²⁸⁸.

Conforme Cappelletti e Garth, o “movimento de acesso à justiça”²⁸⁹ deve analisar e procurar os caminhos para superar as dificuldades ou obstáculos que fazem inacessíveis para tanta gente o direito fundamental de acesso à justiça: “O acesso a justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.²⁹⁰

Observa, Gonçalves Correia, que a própria concepção de direito constitucional de ação deve ser revista à luz da tutela coletiva:

Em face dos direitos coletivos, o acesso ao Judiciário deve passar a ser visto como a forma mais apta para obter a realização, por parte dos outros Poderes – estatais e não-estatais (como os grandes grupos econômicos) –, de uma política de bem-estar do grupo, que foi relegada a segundo plano. (...) Logo, também serão afetadas as noções de processo e jurisdição, que passam a ter, na dimensão anterior, uma conotação política.²⁹¹

À medida que se amplia a aplicação das tutelas coletivas, cujo caráter política se evidencia em face do próprio contingente de pessoas abrangidas pela eficácia de uma decisão num processo de tutela metaindividual, adverte Gonçalves Correia que se deve “evitar que eventuais renúncias da ação, forçadas por situações de ameaça dos envolvidos no conflito, acabem com a credibilidade das ações coletivas”²⁹².

²⁸⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 20.

²⁸⁹ CAPPELETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 83-84.

²⁹⁰ *Ibidem*. p. 12.

²⁹¹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39.

²⁹² *Ibidem*. p. 40.

Daí a importância de se resguardar o direito individual fundamental de acesso ao Judiciário, mesmo que em trâmite uma ação coletiva versando sobre a pretensão que se pretende ver acionada por meio de uma ação individual.

O raciocínio se aplica como reforço à crítica feita anteriormente quanto à limitação de acesso individual pelo trabalhador, ao Judiciário, quando julgada ação trabalhista coletiva versando sobre direitos individuais homogêneos, proposta pelo sindicato, conforme recente proposta de alteração do Anteprojeto de CPCol, da Casa Civil, Ministério da Justiça e Ministério Público²⁹³.

A atenção que deve ter o legislador quando tratar de tal matéria é mais uma vez ressaltada pela doutrina: “há que evitar, também, que o insucesso de uma ação coletiva prejudique o andamento de ações individuais (...), legislando de forma adequada a respeito do tema”²⁹⁴.

5.1.2 O direito da pessoa física de discutir interesses metaindividuais: um instrumento de inclusão social

Habermas²⁹⁵ explica que o mérito do Estado Nacional consistiu em ter resolvido o problema da integração social, ocorrida de forma mais abstrata. Isto porque, apenas o fato de todos pertencerem a uma nação pode criar entre as pessoas, até então estranhas entre si, um sentimento de coesão solidária.

Contudo, outro passou a ser o problema no mundo contemporâneo, qual seja, a urbanização e a modernização econômica, pois “a população foi arrancada dos liames sociais organizados em estamentos (...) e viu-se assim, ao mesmo tempo, posta em movimento e individualizada”, potencializando a exclusão.

Tal situação se agrava na atual realidade de uma sociedade globalizada: a concentração de renda, o aumento do desemprego e outros fenômenos decorrentes do processo de globalização, ao invés de unir os povos, possui efeito de afastar as pessoas do convívio coletivo, aumentando o desequilíbrio social²⁹⁶, ante ao acentuado distanciamento entre ricos e pobres.

²⁹³ Tal proposta é apresentada na obra de ALVIM, Eduardo Arruda. **Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. p. 189.

²⁹⁴ CORREIA, *Op. cit.* p. 40.

²⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p. 134.

²⁹⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 79-80.

Assim, adotando um critério de justiça que defenda como justo aquilo que é “igualmente bom para todos (...) também a justiça [exigirá] que uma pessoa responda pela outra”²⁹⁷, numa constante relação entre justiça e solidariedade. O bem coletivo, porém, adverte Habermas, não deve ser compreendido sob a concepção utilitarista: “O utilitarismo falha sobretudo ao desconhecer o sentido individualista de uma moral do respeito devido a todos”²⁹⁸.

Esse critério de justiça racional pautado no respeito por todos e na responsabilidade solidária de cada um pelo outro, serve de base para explicar a importância de um sistema jurisdicional de defesa coletiva que dê a cada indivíduo – em especial aqueles que possuem adequada representatividade²⁹⁹ – a possibilidade de agir de forma responsável e solidária, buscando a inclusão do próximo.

Se bem empregadas, as tutelas coletivas servirão como forte instrumento de inclusão social de pessoas que precisam se prevenir de ataques aos seus direitos e reparar aqueles já lesados, principalmente quando tais interesses tutelados possuem caráter alimentar, como ocorre com os direitos trabalhistas.

5.1.3 A participação popular em políticas públicas e o princípio democrático

A extensão política da tutela dos direitos e interesses difusos repercute, inevitavelmente, no tratamento processual dado à matéria, que pressupõe “a institucionalização de mecanismos adequados e capazes de permitir a reivindicação e a proteção integral desses direitos transindividuais, com acesso efetivo e participativo à justiça”³⁰⁰.

O sistema de participação judicial direta³⁰¹, com a conferência de legitimidade ativa ao próprio cidadão, para a tutela de direitos metaindividuais, privilegia o princípio democrático. Tal princípio é “o imperativo que se dirige aos que atuam na

²⁹⁷ HABERMAS, *Op. cit.* p. 43.

²⁹⁸ *Ibidem.* p. 23.

²⁹⁹ Cabe ao juízo verificar a adequada representatividade, mediante análise das condições técnicas e financeiras da pessoa física que busca a tutela de um direito metaindividual. Tal análise inclui, ainda, segundo o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo, a verificação da experiência, o histórico da pessoa na proteção judicial dos interesses envolvidos e sua conduta em processos anteriores.

³⁰⁰ MIRRA, *Op. cit.* p. 115.

³⁰¹ *Idem*, Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In MILARÉ, Edis (Coordenação). **Ação Civil Pública após 20 anos**. São Paulo: RT, 2005. p. 37-38.

realização dos interesses sociais, de respeito à legalidade com legitimidade social”, proibindo-se a distinção no gozo de direitos, “sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais”³⁰².

Há, assim, especial relação entre o princípio democrático e a tutela de direitos metaindividuais, como ensina a doutrina:

Deve-se notar que todos os princípios constitucionais fundamentais que servem de amparo ao princípio democrático são aplicáveis ao processo coletivo enquanto regras orientadoras. Desta breve noção, temos como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, em sua dimensão social ao visar à tutela do meio ambiente, além de outros direitos coletivos fundamentais (art. 1º, III da CF) e o princípio da igualdade material, expresso no caput do art. 5º da CF/88, que rompe com a concepção de igualdade formal, de caráter abstrato contida no plano da lei do Estado Liberal, que no Estado Democrático de Direito deve agora ser utilizado como fundamento das espécies de tutelas jurisdicionais admissíveis no processo coletivo visando à transformação social.³⁰³

O princípio democrático deve ser compreendido não apenas como instrumento liberal de observância do anseio majoritário ou a partir de uma suposta “vontade geral republicana”³⁰⁴, mas sim como a constituição de sistemas organizados de normas que assegurem a participação plena e ativa dos cidadãos no processo de tomada de decisões. Aí está um dos papéis da ação coletiva, a partir do momento em que se legitima a pessoa física a fazer uso da tutela de direitos metaindividuais. Trata-se de “democratizar a democracia através da participação, ou seja, otimizando a participação no processo de decisão”³⁰⁵, privilegiando técnicas diretas de participação³⁰⁶. Gisela Bester explica que no Estado de Direito privilegia-se a participação popular na elaboração de comandos gerais:

(...) o conceito de lei está baseado na distinção racionalista entre o geral e o singular. Nesta discussão os partidários do Estado de Direito vêem no “geral” um valor em si mais elevado. Daí que a criação da lei contém sempre como imperativo um fator individual intransferível, que é o aspecto intelectual, ao

³⁰² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003. p. 47.

³⁰³ PINTO, Henrique Alves. A fundamentação constitucional da tutela jurisdicional coletiva no estado democrático de direito brasileiro. Porto Alegre: **Revista Síntese**. nº 55, 2005. p. 12.

³⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997. p. 181.

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 19.

³⁰⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O cidadão, a administração pública e a nova Constituição**. Revista de Informação legislativa. Brasília, nº 106, 1990. p. 83.

contrário do Poder Executivo que é essencialmente ação. (...) O Estado de Direito consagra a participação do povo na legislação.³⁰⁷

Assim, no âmbito jurisdicional, a concepção de “parte” num processo ganha novos contornos no paradigma democrático. “ ‘Parte’ se constitui de pessoa legitimada pela lei a atuá-la’(...)”. É quem vai “operacionar o processo constitucional que é o arcabouço fundamental de implantação do devido processo legal, que se constitui na garantia de realização desses procedimentos nos planos do direito constituído”³⁰⁸.

A ação coletiva, assim, deixa de ser uma mera forma de se instrumentar o conflito de interesses e passa a representar o moderno conceito de processo, enquanto efetiva “instituição-eixo do princípio do existir do sistema (aberto) normativo constitucional-democrático e que legitima o exercício normativo da jurisdição em todas as esferas de atuação no Estado”³⁰⁹.

5.2 Poder criativo do juiz e a politização do judiciário

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo é rico em técnicas de execução das tutelas de direitos metaindividuais, assegurando ao juiz mecanismos hábeis a concretizar e fazer cumprir as decisões proferidas no processo coletivo:

Art. 21. Efeitos do recurso da sentença O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

(...)

Art. 23 Obrigações de fazer e não fazer. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 2º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

³⁰⁷ BESTER, Gisela Maria. **O uso das medidas provisórias no Estado democrático de direito brasileiro**: análise crítica à luz do direito constitucional contemporâneo. 2002. 510 folhas. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002. p. 315.

³⁰⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese Editora, 2001. p.

71.

³⁰⁹ *Idem*, **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 69.

§ 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial.

§4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

A pretensão legislativa de criar instrumentos que propiciem a realização mais rápida da tutela e sua plena efetivação “atribui maior poder de interpretação ao juiz, já que o legislador não é capaz de regular especificamente todas as situações carentes de tutela que emergem na sociedade”³¹⁰.

Dentre os poderes jurisdicionais que se ampliam, merece destaque o poder criativo do juiz, decorrente da necessidade de se produzir uma decisão aplicável a uma coletividade, envolvendo uma situação geral e que abarque um número elevado de pessoas, aproximando-se de comandos normativos que transcendem a relação intersubjetiva chegando a um plano de preservação e efetivação geral de direitos.

5.2.1 Poder criativo do juiz

Hart já advertia que nos “casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito”³¹¹. Contrapõe-se, entretanto, ao pensamento de Dworkin, para quem a idéia do direito incompleto e indeterminado mostra-se enganadora, pois haveria apenas uma interpretação divergente do direito, entre aqueles que o entendem incompleto para determinado caso e os que assim não o entendem³¹².

Explica, Dworkin, que a particular formulação lingüística abre espaço para a interpretação e, assim, para a criação do direito que, por outro lado, deve observar os princípios constitucionais³¹³. A fim de comprovar a presença de princípios e valores na Constituição e a possibilidade de abertura para a criação judicial, Dworkin

³¹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos: considerações e perspectivas, à luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda. (Coordenação). **Direito e processo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 624.

³¹¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 335.

³¹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 45-53.

³¹³ *Idem*. **Levando os direitos a sério**. p. 130-134.

estabelece uma diferença entre “conceito” e “concepção”. Para ele, a resposta juridicamente correta para um determinado conflito “não depende da mera presença de ‘standars’ preexistentes (conceitos) que o intérprete deve ‘descobrir’, mas está vinculada ao esquema conceitual do intérprete”³¹⁴, ou seja, a resposta certa depende das considerações do aplicador do direito (concepções).

Por isso, a formulação pretensamente indeterminada de certos enunciados constitucionais obedece a um desejo intencional do constituinte em formular conceitos³¹⁵, residindo o poder criativo do juiz na prerrogativa de determinar o conteúdo desses conceitos, a partir de suas concepções: “cremos que, em cada conceito, podem ser incluídas diversas concepções, mas não ‘qualquer concepção’”³¹⁶, explica Revorio, limitando-se o magistrado – em seu agir – ao próprio conceito do princípio constitucional.

Dantas explica a contraposição entre Hart e Dworkin de outra forma: para Hart, de linha positivista, o juiz deve valer-se de discricionariedade, que não se confunde com arbitrariedade, enquanto Dworkin, não-positivista, entende que o juiz não possui discricção, pois estaria vinculado a princípios³¹⁷.

O debate entre Hart e Dworkin remete à questão da completude ou incompletude da lei. Hart traça uma teoria essencialmente analítica de lei, apontando critérios que indiquem quais regras são leis e buscando a segurança jurídica³¹⁸.

Dworkin, por sua vez, pretende não apenas identificar, mas justificar, com base em preceitos morais, a própria existência da lei. Dessa forma, ao exercer poder criativo ou discricionariedade, o magistrado não poderia criar leis novas em descon sideração, por exemplo, a direitos individuais pré-existent s³¹⁹.

Portanto, há em Hart um sistema bifásico, em que a lei é identificada e, apresentando lacunas, permite o exercício de uma discricionariedade forte pelo juiz. Dworkin entende enganadora esta idéia, pois baseada na falsa concepção de que a lei apresenta lacunas. Para ele o sistema é monofásico, na medida que existem outros deveres legais que vinculam a atuação do magistrado, caracterizando,

³¹⁴ DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**: teoria e casos práticos. 2. ed. São Paulo: Madras, 2005. p. 57-58.

³¹⁵ *Ibidem*. p. 59.

³¹⁶ REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Valores superiores e interpretación constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 344.

³¹⁷ DANTAS, *Op. cit.* p. 224.

³¹⁸ HART, *Op. cit.*, p. 92-93.

³¹⁹ DWORKIN, **Levando os direitos a sério**. p. 129.

portanto, seu poder criativo pela fraca discricionariedade, em prol da segurança jurídica³²⁰ que o próprio Hart também preocupa-se em preservar.

Mostrando-se correta a idéia de que todos os juízes exercem, em certo grau, um poder criador, pode-se perceber que a compreensão destas criações na dimensão transindividual é mais complexa.

A extensão com que se “difundem os provimentos nos processos coletivos, dá neles nota de maior relevo à atividade criadora do juiz, que existe, é claro, nas diversas outras espécies de processos, mas lá não tem tanta importância como cá”³²¹.

O Anteprojeto deixa claro que a competência territorial do órgão julgador não representa limitação para a coisa julgada “erga omnes” que pode ter abrangência em todo o território brasileiro, se o bem jurídico lesionado pelo ato ilícito averiguado no feito exigir tutela de âmbito nacional, como ocorreu com recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, antes já transcrita, mas que agora se retoma:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. SUSPEITA DE LER/DORT. EMISSÃO DE CAT. OBRIGATORIEDADE. PRECLUSÃO DE NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO ENTRE AS DOENÇAS E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS CONSTANTES DO REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ABRANGÊNCIA TERRITORIAL DA DECISÃO. DANO MORAL COLETIVO. 1. Ação civil pública ajuizada pelo MPT com o objetivo de atribuir à instituição financeira obrigações de fazer relacionadas à emissão do CAT em caso de suspeita de LER/DORT. Tutela inibitória de caráter genérico, envolvendo a proteção de interesses coletivos decorrentes de normas imperativas de proteção à saúde, de fruição de benefício previdenciário e de tratamento discriminatório, que se caracterizam como interesses sociais indisponíveis dos trabalhadores, legitimando, portanto, a atuação do MPT (arts. 127 e 129, III, da CF). Ademais, possível a atuação ministerial inclusive para a tutela de interesses individuais homogêneos (arts. 127 e 129, IX, da CF c/c arts. 1º e 90 do CPC e art. 21 da LACP). Precedente do E. STF (RExt. 213.015-0). (...) 5. Abrangência nacional da decisão da ação civil pública (artigo 103 do CDC) Recurso Ordinário a que se nega provimento.³²²

³²⁰ IKAWA, Daniela Ribeiro. **Hart, Dworkin e Discricionariedade**. Lua Nova-SP: Revista de Cultura e Política, v. 61, 2001. p. 101.

³²¹ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. A justiça geométrica e o anteprojeto de processos coletivos: elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 58.

³²² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 98905-2004-007-09-00-9, Rel. Desembargador do Trabalho Rubens Edgard Tiemann, j. 03 abr. 2008.

Ao justificar a possibilidade de eficácia da decisão para além da competência territorial do órgão prolator, o Tribunal do Trabalho do Paraná explica que a “Lei 9.949/7 trouxe nova redação ao art. 16 da LACP no sentido de que a coisa julgada ‘erga omnes’ se faria nos limites da competência territorial do prolator da decisão”, mas que além da alteração possuir duvidosa constitucionalidade, “é tanto inoperante quanto ineficaz”, já que deve, em qualquer hipótese, “prevalecer o disposto no art. 103 do CDC”³²³

A decisão presta-se a indicar, portanto, que o poder criativo do juiz, exercido de forma mais acentuado por meio das ações coletivas, possui terreno fértil da Justiça do Trabalho, como observa Adamovich:

(...) ao conceder-se interdito proibitório para liberar a abertura de agências bancárias bloqueadas à força por movimentos grevistas não se está considerando apenas a justiça das pretensões operárias ou a caprichosa resistência patronal, mas sim os interesses de incontáveis pessoas numa sociedade em que os negócios processam-se quase que exclusivamente por escrituração bancária.³²⁴

Para além dos conceitos jurídicos dados pelos princípios constitucionais – no caso acima, o direito de greve e a justiça social e o livre exercício da atividade econômica – o julgador vale-se de suas concepções ao criar a decisão e solucionar a controvérsia, atingindo, sem dúvida, a toda a coletividade.

Contudo, ao analisar os efeitos reflexos da decisão, os quais passarão a atingir toda uma coletividade, vem à tona o conteúdo político da atuação jurisdicional e o controle que o Judiciário exerce sobre questões públicas.

5.2.2 Considerações sobre o controle jurisdicional de políticas públicas e o princípio da separação de funções

A função legisladora que, antes, numa concepção de Estado monocrático, bastava para a adequada gestão da coisa pública, veio sendo substituída por uma concepção de Estado telocrático, ou seja, um Estado que se vincula à obrigação de concretizar o programa estabelecido na norma, criando instrumentos aptos e

³²³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 98905-2004-007-09-00-9, Rel. Desembargador do Trabalho Rubens Edgard Tiemann, j. 03 abr. 2008.

³²⁴ *Ibidem*. p. 58.

voltados à efetivação dos direitos previstos nos preceitos esculpidos pelo legislador³²⁵.

A concretização desses direitos pelo Poder Judiciário tem ocorrido por meio do controle feito pelos órgãos jurisdicionais, à luz da Constituição, da eficiência e eficácia de políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos sociais dos cidadãos.

O controle jurisdicional de políticas públicas tem sido objeto de discussões contrapostas e que tem origem, basicamente, nas idéias contrapostas de Habermas e Dworkin.

Para a corrente procedimentalista de Habermas, um “Estado sobrecarregado com tarefas qualitativamente novas e quantitativamente maiores, resume-se a dois pontos: a lei parlamentar perde cada vez mais seu efeito impositivo e o princípio da separação dos poderes corre perigo”³²⁶.

Além de identificar uma possível ofensa ao princípio da separação dos poderes no modelo de Estado prestador de serviços sociais, o procedimentalismo de Habermas aponta para um prejuízo à democracia participativa toda vez que o Judiciário intervém em políticas públicas, como explicado por Cristóvam:

O juízo de constitucionalidade de políticas públicas acaba por dificultar o exercício da cidadania participativa, favorecendo a desagregação social e o individualismo. O cidadão, colocando-se na posição de simples sujeito de direitos, assume uma posição passiva perante o Estado, uma espécie de cidadão-cliente, perante o Judiciário fornecedor de serviços.³²⁷

Ou seja, a intervenção do Judiciário conduz, segundo Habermas, a uma postura apática do cidadão, alheio às discussões inerentes ao regime democrático, pois se mostra dispensável sua participação, já que o juiz lhe assegura aquilo de que necessita. Neste caso, a Constituição deve assegurar instrumentos de participação e comunicação democrática, instrumentos estes que devem ser

³²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In MILARÉ, Edis. (Coordenação) **Ação civil pública**, Lei 7.347/85, 15 anos. São Paulo: RT, 2001. p. 15.

³²⁶ HABERMAS, **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. p. 173.

³²⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Considerações acerca do controle jurisdicional de políticas públicas. In OLIVEIRA, Pedro Miranda; ABREU, Pedro Manoel (Coordenação). **Direito e Processo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 242.

resguardados e concretizados pelo Judiciário, sendo este seu papel e não o de fornecedor de serviços³²⁸.

A corrente substancialista, que busca amparo no pensamento de Dworkin, por outro lado, defende que o Estado constitucional “exige uma redefinição do papel do Poder Judiciário, porquanto, com a evolução do Estado, as leis para o Estado das políticas públicas, resta ao Judiciário a função de assegurar a implementação dos direitos fundamentais”³²⁹.

O controle jurisdicional de políticas públicas, fenômeno também chamado de judicialização da política, tem por objetivo garantir a supremacia da Constituição, princípio fundamental – e que consiste no próprio papel do Judiciário – e que prevalece, inclusive, em relação à separação de funções estatais.

Rebatendo o argumento procedimentalista de que a justiciabilidade acaba por tornar os cidadãos meros clientes do Judiciário, alheios à democracia participativa, Cristóvam esclarece que, na verdade, “o Poder Judiciário se transforma em instância de efetivação da cidadania participativa, um canal aberto aos cidadãos para pleitearem a implemento de ações governamentais voltadas à efetivação dos direitos sociais” ou até mesmo para questionarem as ações que, por ventura, sejam contrárias aos primados da justiça social.

Transportando os ensinamentos acima para o âmbito trabalhista, exemplo importante da atuação do Judiciário na verificação da possível ofensa a direitos laborais, decorrente da política pública adotada, é a abertura de estabelecimentos comerciais aos domingos. Para tanto, o Judiciário, no caso abaixo, verificou se o direito de descanso dos trabalhadores estava sendo cumprido, bem como os reflexos de eventual proibição e atuação da autoridade administrativa fiscalizadora³³⁰:

ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS – SUPERMERCADOS –
FUNCIONAMENTO AOS DOMINGOS – POSSIBILIDADE – LIVRE
INICIATIVA – INEXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO COLETIVA PREVENDO OS
DOMINGOS E FERIADOS DE ABERTURA – 1. A competência da união
resultante das exigências sociais e econômicas hodiernas, a fim de atender
aos interesses coletivos de âmbito nacional, prevalece sobre o interesse

³²⁸ HABERMAS, **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. p. 9-10

³²⁹ CRISTÓVAM, *Op. cit.* p. 243.

³³⁰ Trata-se de acórdão em recurso que atacava sentença de primeiro grau proferida anteriormente à ampliação da competência da Justiça do Trabalho, ampliação esta que, atualmente, abarca as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.

peculiar do município, cuja competência para legislar sobre a matéria é supletiva. 2. Entendimento consolidado do STJ no sentido de que o artigo 7º, XV, da Constituição Federal, estabelece o repouso semanal remunerado preferentemente aos domingos, não fazendo alusão a disposições contidas em acordo ou convenção coletiva de trabalho. 3. O art. 6º da Lei 10.101/2000, em que se converteu a MP 1982-69, autoriza, a partir de 9 de novembro de 1997, o trabalho aos domingos do comércio varejista em geral, sem distinguir o ramo de atividade. O seu parágrafo único determina o respeito às normas previstas em acordo ou convenção coletiva. Porém, se inexistente na base territorial uma convenção coletiva firmada entre as entidades sindicais estabelecendo os domingos e feriados em que haverá a abertura dos estabelecimentos comerciais, está impedida a atuação fiscal pela utilização de empregados em dia de repouso remunerado.³³¹

O Ministro Sepúlveda Pertence do Supremo Tribunal Federal, quando instado a se manifestar sobre a questão, já indicou que “não se pode inverter, sem razões objetivas e segundo a decisão unilateral de cada empresa, a explícita preferência ditada pela Constituição a favor da regra da fruição pelos trabalhadores do repouso dominical”³³², em que pese a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3975, na qual se discute tal questão, esteja pendente de julgamento³³³.

A interpretação e aplicação das normas trabalhistas, pelo Poder Judiciário, tem sido analisada também sob a ótica da observância ou não do princípio da separação dos poderes. A responsabilidade subsidiária do tomador, no caso de serviços terceirizados, objeto da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, estabelece, em seu inciso IV, que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações.

Muito se sustentou que o Judiciário, ao impor uma obrigação a um terceiro, tomador do serviço, estaria assim agindo em desrespeito ao princípio da separação de funções, na medida em que apenas por meio de lei – de competência do poder legislativo – é que se pode criar obrigações:

NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – O princípio do livre convencimento motivado exige do julgador a indicação dos motivos de fato e de direito que embasam seu convencimento. Não está obrigado a estabelecer debate com as partes sobre todo o universo probatório. Ainda que sucinta, resta fundamentada a decisão quando declina os elementos que formaram a convicção do juízo. (...). RESPONSABILIDADE

³³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AMS 2002.71.00.050681-4, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon – DJU 29 nov. 2006.

³³² MIQUELUZZI, Oswaldo. **A abertura do comércio nos domingos**. Porto Alegre: Jornal Síntese. nº 10, dez. 1997. p. 9.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 3975, Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br/porta/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3975&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>>. Acesso em: 24 jun. 2008.

SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – Súmula Nº 331 DO COL. TST – ELEMENTOS OBJETIVOS – A Súmula nº 331, inc. IV, do col. TST não ofende aos princípios da legalidade e da separação de poderes, posto que, no âmbito de sua atribuição, aquela Corte limitou-se a expressar sua compreensão sobre o tema. Recursos parcialmente conhecidos e não providos. Preliminares rejeitadas.³³⁴

A possibilidade de intervenção do Judiciário em políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais é reforçada pelos novos poderes do juiz, mediante a concessão de instrumentos de tutela coletiva mais efetivos e que outorgam maior liberdade de atuação. O Anteprojeto de CPCol permite ao magistrado o poder de definir a destinação a ser dada a indenizações fixadas judicialmente, providências a serem tomadas pelas partes para reparar o dano causado ou evitar a prática de novos ilícitos:

Art. 25. Ação indenizatória Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, de natureza federal ou estadual, de acordo com o bem ou interesse afetado.

§ 1º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

Evidencia-se a preocupação do Anteprojeto com a tutela específica da obrigação, com a prevenção do dano e, assim, o uso mais efetivo de instrumentos inibitórios da prática de ilícitos. Trata-se de questão que já deixava apreensivo Ihering³³⁵, ainda no século XIX – como visto no primeiro capítulo, e que se verifica ainda nos dias de hoje: uma predominância às tutelas meramente reparatórias.

É possível imaginar, portanto, providências que poderiam ser tomadas pelo magistrado, por exemplo, numa ação coletiva em que se discute o direito à creche para mães com filhos em período de amamentação.

Tal direito está previsto nos artigos 389, parágrafos 1º e 2º, da CLT, que obriga os estabelecimentos em que trabalhem pelo menos trinta mulheres, a manter local apropriado onde seja permitido às empregadas guardarem sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação. Assim, não havendo norma

³³⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. RO 00548-2005-001-10-85-7, 2ª Turma, Rel. Juiz Gilberto Augusto Leitão Martins, j. 08 nov. 2007.

³³⁵ IHERING, *Op. cit.* p. 76-77.

coletiva autorizando a conversão da obrigação específica em perdas e danos, mediante pagamento de reembolso creche – nos termos da Portaria 3.296/86 do Ministério do Trabalho – poder-se-ia imaginar um provimento jurisdicional coletivo obrigando os empresários que se encontrem em tal situação a criarem locais internos adequados à finalidade da norma ou, no mínimo, manterem, a seu encargo, convênio com estabelecimentos apropriados, próximos ao local de trabalho.

A falta de regulamentação de um direito, pela omissão legislativa, permite, ainda, o manejo de mandado de injunção, expressamente previsto no Anteprojeto de Código de Processo Coletivo, evidenciando, claramente, a postura cada vez mais ativa do Judiciário, tornando viável a concretização dos direitos fundamentais:

Art. 47 Cabimento Conceder-se-á mandado de injunção coletivo sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, relativamente a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Digno de registro, por fim, quando se fala da eficácia do provimento jurisdicional e dos poderes do magistrado no processo coletivo, é a questão do manejo das ações coletivas como meio de controle de constitucionalidade.

As ações de inconstitucionalidade são consideradas, por Teixeira, como o principal instrumento de judicialização da política³³⁶.

Assim como as ações de controle de constitucionalidade, a sentença na ação coletiva possui eficácia “erga omnes”, em outras palavras, eficácia contra todos ou em relação a todos. Significa dizer que se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, “a decisão que, em ação civil pública, afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante a das ações diretas de inconstitucionalidade”³³⁷.

Ocorre que nas ações de controle de constitucionalidade, a competência jurisdicional é específica de um único órgão: o Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato por via principal para atacar lei ou ato normativo federal ou estadual; e o Tribunal de Justiça dos Estados, nas hipóteses em que tal é

³³⁶ TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar**: a judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano, 2001. p. 86-94.

³³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.* p. 1039.

admitido³³⁸. O Anteprojeto de CPCol destaca, expressamente, a impossibilidade de se utilizar a tutela coletiva com tal finalidade principal e abstrata.

Art. 2º, Parágrafo único. Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Portanto, a ressalva se destina a evitar que o objeto de uma ação coletiva seja a de obter o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, em ação julgada pela jurisdição ordinária de primeiro grau que não detém a competência constitucional para tanto. Isto subverteria a sistemática de controle de constitucionalidade adotada pelo Brasil.

5.3 O processo coletivo e seus reflexos na atividade empresarial

O Direito abarba obstáculos na implementação do desenvolvimento social em um comunidade dinâmica e conflituosa, o que torna instigante a análise da influência e a força do Estado diante da integração econômica mundial. Neste contexto, mostra-se interessante a visão e o papel dos empresários diante da perspectiva de codificação da tutela de direitos metaindividuais, já que para o empresariado “os magistrados [deveriam assumir] o papel de guardiões de um ambiente propício aos investimentos assegurando judicialmente o respeito à propriedade privada e aos contratos”³³⁹.

Resta, portanto, verificar se o processo coletivo pode ser, também, um instrumento voltado a garantir previsibilidade e segurança jurídica ao empresariado.

5.3.1 Previsibilidade e segurança jurídica: a influência do capital estrangeiro e a função jurisdicional na atualidade

Segundo Coelho, juízes, promotores, advogados e, de um modo geral, “os profissionais do Direito devem ser estimulados a preocupar-se com as repercussões das decisões judiciais na estabilidade do ambiente institucional, sob pena de a

³³⁸ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 151.

³³⁹ CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. **Valores e os judiciários**: os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. Rio de Janeiro: Revista Cidadania e Justiça. Associação dos Magistrados Brasileiro. Ano 7, nº 13, 2004. p. 18.

Justiça causar desequilíbrios na economia”³⁴⁰. Não há dúvida de que esta diretriz, em prol da “atração de investimentos sadios”³⁴¹, norteou as recentes reformas do Poder Judiciário, com inclusão no ordenamento jurídico da súmula vinculante - artigo 103-A, da Constituição da República – e do requisito da repercussão geral econômica e política como essencial para o acesso, por meio de recurso extraordinário, ao Supremo tribunal Federal:

Com isso, quer-se dizer que o espírito reformista de buscar dotar as decisões judiciais de maior segurança jurídica está perfeitamente adequado a uma visível constatação empírica de inserção do Brasil nos mercados internacionais e de uma percepção de que o Direito está inserido em uma economia de mercado.³⁴²

Pode-se observar, ainda, que:

O ideário reformista de celeridade processual e de segurança jurídica pela previsibilidade das decisões judiciais de mérito ganha, aqui, contorno bastante contundente, pois mitiga sobremaneira o princípio do duplo grau de jurisdição, ao passo que proporciona ao juízo primeiro de admissibilidade mais um pressuposto de recorribilidade.³⁴³

Aliás, esta tem sido a orientação do Banco Mundial aos Judiciários nacionais, como destaca Candeas, indicando que a preocupação “é a de que o Judiciário seja previsível e eficiente, reduzindo a margem de risco, garantindo o cumprimento dos contratos, proferindo decisões não-politizadas nem desestabilizadoras da confiança dos investidores”³⁴⁴.

Para Carvalho, a previsibilidade é a própria essência da segurança jurídica: “a segurança jurídica reside justamente no princípio de que qualquer causa idêntica submetida à apreciação do Poder Judiciário deve ter a mesma solução”³⁴⁵.

³⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. A justiça desequilibrando a economia. São Paulo: **Valor Econômico**, 10 11. 2006. p. E2.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² TIMM, Luciano Benetti. A súmula vinculante à luz do direito inglês: quebrando mitos e lançando luzes sobre um novo paradigma na redação e na estruturação das súmulas do STF. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070404asumula_lucianotimm.php>> Acesso em 25.06.2008, às 14:39h.

³⁴³ MENEZES, Cláudio Armando Couce; CUNHA, Eduardo Maia Tenório. A nova reforma do CPC e sua aplicação no âmbito da Justiça do Trabalho. Porto Alegre: **Revista Síntese**, nº 60, julho e agosto de 2006. p. 5.

³⁴⁴ CANDEAS, *Op. cit.* p. 18.

³⁴⁵ CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. Da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 741 do CPC e do parágrafo 5º do artigo 884 da CLT. **Juris Síntese** nº 52. Publicação em mídia eletrônica em março e abril de 2005.

Chama atenção o fato de como o discurso pela previsibilidade ganha destaque, atualmente, na sociedade brasileira. Exemplo de manifestação neste sentido é a “Agenda 2020”, lançada no Rio Grande do Sul, da qual participam entidades como Banco do Brasil, BRDE, Caixa Econômica Federal, Ordem dos Advogados do Brasil, Federação do Comércio, órgãos da Administração Pública Direta, dentre outros. Um dos projetos de tal manifestação denomina-se “Previsibilidade de Clareza de Leis e Decisões Judiciais”, no qual é pregada a obtenção de “decisões alicerçadas nas normas vigentes (...) evitando, assim, decisões alternativas ou predominantemente políticas”. Ressalta, ainda, a necessidade de “acrescer a eficácia da economia, por meio de leis e decisões judiciais estáveis, uniformes e previsíveis”³⁴⁶, tudo isto em prol de uma maior atração de investimentos, destacando a grande influência atual do capital estrangeiro na decisão por reformas judiciárias.

É certo que a segurança jurídica é direito fundamental e impõe limites à atuação jurisdicional, porém, em que pese próximo à previsibilidade³⁴⁷, possui sentido mais amplo:

O princípio da segurança jurídica é decorrência de fatores sistêmicos, dirigido à implantação de um valor específico, qual seja, o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da relação da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza.³⁴⁸

A segurança jurídica não se confunde com previsibilidade e não pode ser encarada como instrumento de engessamento das relações sociais, extremamente dinâmicas e em constante mutação, sob pena de acabar por gerar “uma padronização fechada de aplicação, uma estagnação do sistema”³⁴⁹.

A preocupação com a previsibilidade das decisões, principalmente pelo empresariado, em que pese relevante sob o ponto de vista econômico, não pode ser

³⁴⁶ Disponível em << <http://www.agenda2020.org.br/institucional.php>>> Acesso em 25.06.2008, às 13:52h.

³⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 50-51.

³⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 95

³⁴⁹ PAVELSKI, Ana Paula. Funções da Boa-fé objetiva no contrato individual do trabalho. Curitiba: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, ano 31, nº 56, janeiro a junho de 2006. p. 166.

o fator principal a nortear a atuação legislativa e a criação de mecanismos de atuação jurisdicional.

As demandas coletivas, efetivamente, prestam-se a trazer ao empresariado a certeza quanto ao resultado da demanda, aplicável de um modo geral a todos que se encontrem em idêntica situação. Em muitos casos, o empresário demandado está até mais interessado no resultado do processo do que aquele que ajuizou a ação. “E isso não acontece somente quando o réu espera sair vitorioso no processo coletivo. Ainda que a ação coletiva seja julgada procedente, ela pode ser uma solução muito mais econômico e menos desgastante para o réu”³⁵⁰.

Isto porque, ao evitar a proliferação de inúmeras ações repetidas, a ação coletiva já representará, por si só, um fator de economia ao empresariado, evitando-lhe as despesas com inúmeras ações individuais relacionadas a mesma controvérsia.

Pertinente recordar o exemplo dos trabalhadores portuários de Paranaguá. Em relação a apenas uma das espécies de ações por todos eles movidas, individualmente, correspondente ao pleito de recebimento de vale transporte, o resultado deveria ser idêntico para todos, pois estão todos compreendidos na mesma relação jurídica homogênea global. Neste caso em que, não há demanda coletiva atualmente em trâmite, três tipos de decisão diferentes foram proferidas pelo Tribunal do Trabalho do Paraná, ora acolhendo o mérito do pedido, ora negando, ora acolhendo preliminar processual e extinguindo o feito sem análise do mérito.

Neste caso, a demanda coletiva bem serviria para evitar a incerteza do resultado, dependendo, lotericamente, da turma do Tribunal para a qual for o recurso distribuído, bem como evitaria o custo – honorários de advogado, deslocamentos, custas recursais, preparo etc. – com mais de seiscentas ações individuais.

Contudo, reitera-se, não pode servir como ferramenta isolada, nas mãos do capital, voltada a obter o engessamento de decisões judiciais e a vinculação do entendimento jurisprudencial ao resultado de uma única demanda. Talvez por isso, o Anteprojeto de CPCol tenha mantido a regra segundo a qual a improcedência da ação metaindividual não retira do indivíduo o direito de postular, ele mesmo, em ação individual, o direito objeto da controvérsia daquela demanda coletiva.

Assim, discorda-se da opinião externada por TIMM:

³⁵⁰ GIDI, a “class action”... p. 26.

Não se pode mais renunciar à realidade econômica e os juristas devem abandonar seu idealismo de buscar “justiça social” apenas por meio de normas jurídicas e de decisões judiciais para a lide, sem refletir sobre os reflexos destas decisões judiciais e mesmo legais ao ambiente macro e micro econômico.³⁵¹

Os reflexos das decisões judiciais na ordem econômica, ainda que ponderáveis, não podem servir de pretexto à pretensão de afastamento da justiça social. Previsibilidade é um valor que, em que pese relacionado à segurança jurídica, não pode ser aplicado e buscado isoladamente, necessitando, sem dúvida, quando da prolação da decisão judicial coletiva, de uma interpretação sistêmica do ordenamento constitucional, de modo que o Judiciário atue não como instrumento de proteção do capital ou de atração de investimentos, mas como concretizador do ideal de justiça social.

Não se pode perder de vista um dos importantes papéis do Poder Judiciário na atualidade, destacado por Fachin: “o Poder Judiciário – por meio da atuação de seus juízes, desembargadores e ministros - vem se tornando, em boa medida, o garante da efetivação dos direitos fundamentais”³⁵².

Começa a se propagar nos tribunais brasileiros a discussão quanto ao emprego dos direitos fundamentais na solução de conflitos entre particulares, em que pese “muitos deles não possuam o devido fundamento teórico que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio”³⁵³.

Pertinente exemplo, no processo do trabalho, do recente fenômeno jurisprudencial que se caracteriza pela atuação do Poder Judiciário em prol dos direitos fundamentais é o Recurso Extraordinário 161.243-6:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA. ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, ART. 153, § 1º; CF, 1988, ART. 5º, CAPUT. I- Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (CF, 1967, art. 153,

³⁵¹ TIMM, *Op. cit.*

³⁵² FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário**: primeiras reflexões. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 29 julho. 2008. Acesso em 02.08.08, às 12:45.

³⁵³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. *In* BARROSO, Luís Roberto (Coordenação). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 344.

§ 1º; cf, 1988, art. 5º, caput). II- A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc, é inconstitucional. Precedente do STF: Ag. 110.846 (Ag Rg) PR, Célio Borja, RTJ 119/465.³⁵⁴

O Judiciário contemporâneo deve, portanto, buscar a concretização dos direitos fundamentais, garantindo a trilogia Constituição-Direito-Democracia³⁵⁵, mediante a atribuição aos direitos fundamentais de garantias processuais plenas e efetivas³⁵⁶ que possibilitem o alcance de tal objetivo. O processo, assim, refletirá a Constituição.

5.3.2 Nova postura do empresariado

Ao discorrer sobre as ações coletivas no direito norte-americano, sistema que serviu de inspiração ao processo coletivo brasileiro, Gidi destaca o seguinte fenômeno:

A desproporção entre o baixo custo do processo e o alto valor da sentença faz com que mesmo uma ação com uma pequena possibilidade de vitória seja economicamente viável para o grupo e extremamente perigosa para o réu. A situação de desigualdade entre as partes persiste, mas agora de forma invertida; a empresa-ré passa a estar em situação de desvantagem: de ser opositora para ser oprimida. Essa desproporção existente entre os interesses em jogo do grupo e os riscos para o réu está na base dos abusos existentes na prática.³⁵⁷

Mesmo que o abuso no uso das tutelas coletivas possa apresentar-se em perspectiva, principalmente com o advento do CPCol e a legitimidade ativa da pessoa física para o manejo da ação, tal “decorre da própria natureza das coisas e não pode ser evitada”³⁵⁸. Não pode, assim, servir de pretexto a qualquer tentativa de mitigação da eficácia ou aplicabilidade da tutela coletiva, devendo, contudo, tal abuso, sofrer a punição mediante aplicação das penas processuais já previstas, tais como multas e outras atinentes à litigância de má-fé.

³⁵⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 161.243-6/DF, Rel. Min. Carlos Mário Veloso, 2ª Turma, DJU 19.dez.1997.

³⁵⁵ FACHIN, **Funções do Poder Judiciário**.

³⁵⁶ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1998. p. 102.

³⁵⁷ GIDI, A “**class action**”. p. 28-29.

³⁵⁸ *Ibidem*. p. 29.

Cabe, ao empresário, a adoção de uma nova postura, de cumprimento e fiel observância à lei. Já se destacou que “Os bancos, no Brasil, de um modo geral, confiam em que o exercício das ações individuais pelos seus empregados não lhes trará tantas despesas quanto o cumprimento exato das obrigações instituídas no Direito material do trabalho”³⁵⁹. Isto é verdade. “O principal fator de estímulo à prática de ilícitos de pequeno valor contra um grupo de pessoas em uma sociedade desprovida de tutela coletiva de direitos é a sua alta lucratividade associada à certeza da impunidade”³⁶⁰.

Por outro lado, é também verdadeira a constatação de Gidi, no sentido de que com uso da ação coletiva, uma demanda que, de forma individual, é economicamente inviável ou não-interessante, torna-se produtora quando proposta de forma coletiva, abarcando todos os indivíduos lesados.

Isto implica em uma medida “realizada de forma profilática, através do desestímulo da sociedade à prática de condutas ilícitas coletivas, por meio de sua efetiva punição”.

O empresário empregador, sabendo que o descumprimento do direito poderá implicar ser demandado numa ação coletiva, voltada a exigir dele a reparação integral do dano causado, além das despesas naturais do processo, deverá optar pelo cumprimento voluntário, ante a ameaça da realização forçada.

O direito americano moderno percebeu que a forma mais eficiente de controlar o cumprimento de alguns direitos sociais, é atribuindo tal controle diretamente às pessoas interessadas³⁶¹. Este pode ser o futuro do processo do trabalho, pois ao atribuir legitimidade ao trabalhador para a tutela do seu direito, beneficiando a coletividade a que pertence, o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo estará criando um instrumento eficaz de atendimento da democracia participativa e do efetivo controle, pelo Judiciário, da observância do direito material do trabalho.

³⁵⁹ LEAL, **Novas funções do sindicato**. p. 228

³⁶⁰ GIDI, A “**class action**”. p. 33.

³⁶¹ *Ibidem*. p. 34.

6 CONCLUSÃO

1. A análise dos primeiros critérios de justiça desencadeia a idéia de obtenção de um mesmo provimento jurisdicional para aqueles iguais em uma mesma realidade fática, relacionada a uma concepção de distribuição igualitária de justiça. Ao questionar-se a igualdade, se formal ou material, atinge-se o pensamento de Aristóteles, segundo o qual a justiça igualitária pode ser distributiva, com a repartição proporcional do justo segundo os méritos individuais de cada jurisdicionado. A concessão a cada um daquilo que a cada um é devido, implica na necessidade de se analisar os méritos do indivíduo envolvido, o que não é possível quando se fala de uma tutela coletiva, que concede uma mesma resposta a inúmeras pessoas, pressupondo que se encontram numa mesma situação fático-jurídica.

2. Ainda assim, verifica-se que a pertinência da análise da justiça grega está na sua relação com o princípio da igualdade, bem como na idéia de concretização do direito no exercício da atividade do magistrado e na prática judiciária de um modo geral, pois é constante a preocupação da filosofia clássica com a atuação do juiz solucionando os conflitos de interesse.

3. Na Idade Média constata-se uma preocupação com a prática processual, pois é através dela que o direito concretiza a justiça, como ensina Tomás de Aquino. Percebe-se, em suas obras, uma pioneira preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional, um dos critérios a se mensurar se a resposta estatal é, de fato, justa, pois a tutela jurisdicional deve ser suficientemente forte a fazer-se cumprir e obedecer. O pensamento tomista, ao menos neste aspecto, mostra-se bastante contemporâneo, sendo certo que a busca por uma tutela efetiva é uma das bases que sustentam a utilização do processo coletivo.

4. A busca por uma tutela processual sempre efetiva, descrita no pensamento tomista, que pode ocorrer por meio do uso da força, conforme orienta Pascal, pode servir como preceito base para o uso dos processos de direitos metaindividuais. Mostra-se, possível, ainda, a aplicação concomitante de outros critérios de justiça, como aquele voltado à atuação jurisdicional criativa do magistrado, ressaltada por Thomas More. Constata-se que a criatividade é necessária em conflitos envolvendo uma grande diversidade fática, ante a impossibilidade da lei de abarcar todas as situações da realidade.

5. Ao se indagar sobre a dicotomia entre individual e coletivo, entre tutela processual singular ou coletiva, deparou-se com o pensamento utilitarista de Bentham. Nele verificou-se que uma concepção de justiça processual coletiva utilitarista impõe, em prol da efetividade na outorga da tutela jurisdicional e a fim de se maximizar a entrega da resposta estatal aos conflitos de interesse, que o direito individual de acesso ao Judiciário deva aguardar a solução do processo coletivo. Isso ocorre para, em nome de uma economia processual, evitar que se multipliquem ações desnecessárias, pois abrangidas pela eficácia da decisão coletiva. Portanto, o sacrifício individual de alguns seria compensado pelo benefício coletivo da tutela metaindividual. Conclusão diversa, contudo, aparece em Rawls, para quem se deve ter cuidado ao aplicar a tutela processual, a fim de que em nome do bem estar coletivo não possa ser transgredida a inviolabilidade das liberdades individuais.

6. O presente trabalho adotou tais premissas como base para a conclusão de que o direito individual de acesso ao Judiciário não pode ser cerceado em prol da tutela processual coletiva, por mais benéfica que esta possa ser. Tal arremate, atingido no último capítulo, consiste no critério adotado pelo Anteprojeto de Código de Processo Coletivo.

7. Foi possível, ainda, deduzir que os elementos do meio, históricos, culturais e sociológicos, exercem influência na solução de cada caso concreto. As normas jurídicas não podem ser concebidas alheias ao contexto em que serão aplicadas, separando-se a questão jurídica dos valores que cercam como pretendeu a Escola da Exegese do positivismo francês. Isto gera reflexos na forma como deverá ser trabalhada a tutela de direitos metaindividuais.

8. A aumento da complexidade das relações sociais, com o passar do tempo, exige a reorganização das concepções jurídicas e que se adote, por vezes, mais de um critério de justiça, ponderando-se os aspectos axiológicos que cercam o caso objeto de julgamento.

9. O estudo do pós-positivismo permitiu verificar-se a superação do modelo argumentativo “liberal-individual-normativista”, pelo qual a atividade judicial é concebida como mera administração da lei pelo Judiciário e o processo se presta a proteção dos direitos patrimoniais individuais. O século XIX foi palco de inúmeras formações sociais que atingiam sua maturidade, tais como o sindicalismo (incrementado pela Revolução Industrial), a estruturação e fortalecimento dos partidos políticos, dentre outros agrupamentos que reivindicavam espaços e direitos

específicos. Assim, o direito processual, pautado em tal concepção liberal burguesa, que se preocupava com a tutela das liberdades individuais – direitos fundamentais de primeira dimensão – passa a requerer uma atuação do magistrado mais sensível aos problemas sociais de seu tempo.

10. Constatou-se que a tutela jurisdicional necessitou acompanhar o crescente espaço de novos direitos fundamentais, tais como os direitos sociais ou de segunda dimensão e os chamados direitos de terceira geração, também conhecidos como direitos metaindividuais, porque transcendem a esfera dos indivíduos para recaírem sobre grupos sociais e sobre a coletividade, exigindo mecanismos processuais aptos a tutelá-los.

11. O processo tradicional não comporta instrumentos adequados para a tutela de relações jurídicas padronizadas e disponibilizadas de forma idêntica a toda uma coletividade. Não é possível identificar, por exemplo, um titular do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado ou reunir, numa mesma demanda, todos os prejudicados pela mercadoria defeituosa colocada a consumo.

12. Verificou-se que a edição de diplomas legais voltados à regulamentação de procedimentos de tutela de direitos metaindividuais decorre da necessidade de adequação do ordenamento jurídico à nova realidade de uma sociedade em massa e conflituosa. Contudo, apesar de relevantes, as legislações nacionais são esparsas e cada qual dirigida especificamente à tutela de um certo bem jurídico.

13. Mostra-se necessária a unificação dos procedimentos, a fim de atender não apenas aqueles direitos metaindividuais propriamente ditos – de titularidade indeterminada (difusos e coletivos em sentido estrito) – como também os individuais homogêneos, típicos direitos individuais, tratados de forma coletiva por caracterizarem-se como interesses de massa, idênticos em sua origem, abarcados em uma mesma decisão com o objetivo de concretizar o ideal de justiça igualitária.

14. Dessa necessidade, averiguou-se o surgimento de códigos-tipo e anteprojetos de codificações voltadas à regulamentação dos procedimentos de defesa de tais direitos metaindividuais. Para tanto, tem-se buscado inspiração nas próprias legislações nacionais e na experiência da “class action” do direito anglo-saxão.

15. A adequação do ordenamento jurídico para a tutela dessa modalidade de direitos exige a ruptura com paradigmas até então existentes. Percebeu-se que o Código Modelo para a Ibero-América possibilita a interpretação extensiva do pedido

e sua alteração após a citação – respeitado o princípio da boa-fé –, porém contrariando, assim, o princípio da estabilidade da demanda que norteia o direito processual tradicional. O princípio da unicidade da sentença é também mitigado, ante a previsão da possibilidade de julgamento antecipado de pretensão incontroversa, dentre aquelas que compõe os pedidos iniciais.

16. Verificou-se a preocupação em se aplicar o processo coletivo, pois é, nos dias de hoje, ainda timidamente utilizado. Neste contexto, os Anteprojetos e propostas de regulamentação do Código Brasileiro de Processo Coletivo prevêm uma ampliação do rol de legitimados, nele incluindo a pessoa física. A provocação judicial para que o Ministério Público prossiga uma demanda coletiva ou um dos legitimados proponha uma demanda envolvendo possíveis direitos coletivos, constituem sugestões presentes nos Anteprojetos, completando as características que marcam essa busca por uma utilização mais efetiva do processo coletivo.

17. Ponderou-se que as propostas legislativas acolhem as teorias mais recentes quanto à prova, em especial a da aptidão para a prova, momento de inversão do ônus probatório e a produção de prova por amostragem, esta última bastante pertinente para situações envolvendo direitos individuais homogêneos em que a comprovação individual de determinada situação tumultuaria o processo.

18. Observou-se, ainda, que os litígios transindividuais atingem também as relações de trabalho. Eles são frutos da coletivização das relações trabalhistas, marcada pela subordinação de muitos empregados a um mesmo empresário empregador. Daí decorrem demissões em massa, em virtude da automação e da precarização do emprego, e tantas outras questões oriundas de distorções econômicas que afetam os direitos à segurança no trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical e à participação nos lucros, exigindo a intervenção estatal, de modo que os direitos sociais operem como barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos.

19. Nesse contexto, constatou-se que a inexistência de instrumentos processuais coletivos efetivos incentiva as ofensas aos direitos trabalhistas. Isso porque é mais vantajoso, do ponto de vista econômico-financeiro, não pagar corretamente, por exemplo, horas extras, do que pagá-las, de forma justa, a todos, pois, estatisticamente, o número de trabalhadores que reclamam é pequeno e o número dos que recebem o valor total que têm direito é ainda menor, em virtude dos acordos, com abdicação de parte do direito em prol da solução mais rápida do

conflito. Além disso, o valor irrisório de alguns pleitos, se comparado ao ônus da demanda (tempo e honorários advocatícios), serve de desestímulo ao ajuizamento de ações, o que incentiva a prática de pequenas violações a direitos sociais. Não bastasse essa situação, enquanto vigente o contrato de trabalho, teme o empregado ser demitido ou sofrer represálias.

20. Portanto, o processo do trabalho acaba por não proteger aquele que pretende lutar por seus direitos, estimulando, por outro lado, o empresário que não deseja cumprir suas obrigações. Neste aspecto, o processo coletivo, outorgando condenação aplicável a todos os trabalhadores abarcados por uma mesma situação fática, atuaria como instrumento de desestímulo ao descumprimento de direitos sociais, pois a certeza de que seria condenado a pagar cada um dos empregados, levaria o empresário a, inevitavelmente, mudar sua postura.

21. Constatou-se, ainda, que o enfraquecimento do poder normativo da Justiça do Trabalho – pela Emenda Constitucional nº 45 – transforma, em contrapartida, as ações coletivas em uma forte opção de imposição de obrigações de fazer ao empresariado, mesmo não estando elas expressamente previstas em lei ou ato normativo, o que reforça a conclusão de que o poder criativo do magistrado é constantemente necessário nas demandas coletivas.

22. Averiguou-se que a resistência dos operadores do direito para com o uso da tutela coletiva no processo do trabalho, que marcou as últimas duas décadas, é um fenômeno que tende a mudar. Tal conclusão se atinge na medida que questões controvertidas – como a da substituição processual pelo Sindicato (art. 8º, inciso III, da Constituição), passaram a ter interpretação mais sólida na jurisprudência, voltada à efetivação do acesso à Justiça. Neste sentido, o antigo Enunciado nº 330 do TST, assim chamado à época, e que restringia as hipóteses de substituição pelos sindicatos, retirando a efetividade da norma constitucional, fora revogado. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 210.029-3, firmou entendimento de que embora individuais, os direitos homogêneos vinculam-se à categoria ou grupo social, o que autoriza a sua defesa coletiva pelo sindicato.

23. É possível constatar que a codificação do processo coletivo, e sua conseqüente aplicação ao processo do trabalho, tornará mais efetiva a garantia constitucional do acesso dos trabalhadores a essa nova jurisdição metaindividual;

acabará com as polêmicas quanto à substituição processual e ampliará o rol de legitimados à propositura de demandas voltadas a tutela do direito do trabalhador.

24. Investigou-se, também, que a efetivação e o aumento do uso do processo coletivo não poderá prejudicar o direito de acesso ao Judiciário. Não haverá litispendência entre ação coletiva e ação individual, devendo o juiz adotar o procedimento indicado no art. 104 do CDC, ou seja, o autor da ação individual, uma vez notificado da existência de ação coletiva, deverá se manifestar no prazo de trinta dias sobre o seu prosseguimento ou suspensão de sua ação. Optando, o autor da ação individual, por seu prosseguimento, não se beneficiará dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva. Contudo, o autor da ação individual suspensa poderá requerer o seu prosseguimento em caso de decisão desfavorável na ação coletiva.

25. Portanto, entre a adoção de um critério de justiça abstrato, que privilegie um resultado geral e abrangente, e um específico, que leve em conta os elementos individuais de cada caso, percebe-se a preocupação com o direito material e não com o processo em si, o qual, tradicionalmente, não admitiria a rediscussão de um litígio julgado em seu mérito. Tal concepção se aproxima do critério de justiça de Walzer, visto no capítulo inaugural, para quem justiça é um conceito relativo³⁶² e deve levar muito em conta as particularidades que envolvem cada caso. Isso não significa o abandono dos primados da economia e celeridade processuais, mas que se privilegiou à proteção ao direito material do indivíduo, ainda que em detrimento parcial daqueles valores processuais.

26. No que tange à coisa julgada coletiva, verificou-se que se for julgada improcedente, com plena análise de provas, não poderá ser repetida a ação coletiva, porém outras ações individuais poderão ser propostas pelos trabalhadores. Portanto, o resultado de improcedência atinge os legitimados a propositura das ações coletivas, mas não o trabalhador que poderia se beneficiar do resultado daquela ação.

27. Contudo, merece críticas a recente tentativa de inserção de alterações no Anteprojeto, quanto à coisa julgada envolvendo ações que versem sobre direitos individuais homogêneos tutelados pelo Sindicato. A proposta pretende inadmitir posterior ajuizamento de ações individuais quando a demanda coletiva versando sobre direitos individuais homogêneos for manejada pelo sindicato da categoria e

³⁶² FARAGO, *Op. cit.* p. 264-269.

julgada improcedente. Conclui-se que a proposta contraria os critérios de justiça adotados pelo Anteprojeto, voltados à proteção do direito individual de ação, bem como ofende o princípio da proteção, da efetividade e não-retrocesso, aplicáveis ao processo trabalhista. Além disso, implicaria em desestímulo – e enfraquecimento – à atuação sindical, pois outros legitimados poderiam demandar a tutela de interesses homogêneos de determinada categoria, sem que tal implicasse em restrição ao acesso individual em caso de improcedência.

28. Apesar da regra tradicional, referente à impossibilidade daquele que não participou do contraditório instituído perante o juiz vir a sofrer os prejuízos decorrentes da sentença de mérito, observou-se que o Anteprojeto institui instrumento importante de solução coletiva de conflitos, consistente na ação coletiva passiva. Assim, com o advento do CPCol, uma determinada entidade representativa de empresários empregadores de um determinado grupo econômico poderia ser demandada e a eventual procedência da ação, estendida a todos os integrantes do grupo, ainda que estes não tivessem participado do contraditório.

29. Sob o enfoque constitucional, examinou-se que a legitimidade de qualquer pessoa física para a propositura de uma demanda coletiva parte de critério de justiça racional pautado no respeito por todos e na responsabilidade solidária de cada um pelo outro, servindo como instrumento efetivo de acesso à justiça, de inclusão social e participação democrática.

30. Observou-se que o princípio democrático pressupõe a organização de um sistema de normas que permita a participação direta dos cidadãos no processo de tomada de decisões. As demandas coletivas, a partir do advento da CPCol, trarão uma técnica direta de participação do cidadão, na medida que este será legitimado para a propositura da ação coletiva, com poderes para reivindicar a proteção integral de direitos transindividuais, podendo interferir, assim, em políticas públicas.

31. O Poder Judiciário, em contrapartida, se transforma em instância de efetivação da cidadania participativa, um canal aberto aos trabalhadores para postularem, por meio do processo coletivo, o implemento de ações governamentais voltadas à concretização dos direitos sociais do trabalho ou até mesmo para questionarem as ações que, porventura, sejam contrárias aos primados da justiça social.

32. Concluiu-se, neste contexto, que do magistrado passa-se a exigir uma postura cada vez mais ativa, ressaltando a necessidade de um poder criativo, em

virtude da impossibilidade do legislador de regulamentar as mudanças sociais que ocorrem em ritmo acelerado. Isto, contudo, não ofende o princípio da separação de funções, pois o papel atual do Judiciário é o de concretizar os preceitos constitucionais, o que não pode ser impedido em virtude da omissão legislativa.

33. Essa crescente atuação do Poder Judiciário, inclusive em políticas públicas, gera inevitáveis reflexos no âmbito empresarial. Constatou-se que, para os empresários, o processo coletivo, como forma de se obter uma única decisão para conflitos em massa, torna o Judiciário previsível e eficiente, reduzindo a margem de risco para os investidores. Ponderou-se que as recentes reformas do Judiciário, dentre elas a que instituiu a súmula vinculante, estabeleceram-se insertas neste modelo econômico.

34. Apesar da previsibilidade das decisões ser relevante do ponto de vista financeiro, tornou-se claro, contudo, no presente estudo, que o modelo econômico não pode servir de parâmetro a nortear a atuação legislativa de regulamentação do processo coletivo. As demandas coletivas já se prestam a evitar a proliferação de ações individuais repetidas, o que, por si só, representa fator de economia ao empresariado. No entanto, não pode assumir o papel de ferramenta isolada nas mãos do capital, sendo certo que os reflexos econômicos das decisões judiciais não devem servir de pretexto ao afastamento da justiça social. O Judiciário deve atuar, como se observou neste trabalho, na concretização dos preceitos sociais e não como instrumento de atração de investimentos ou proteção do capital.

35. A efetivação do processo coletivo do trabalho exigirá uma nova postura empresarial, já que atuará como desestímulo à prática de condutas ilícitas coletivas, ante ao nascimento de um meio novo e efetivo de distribuição igualitária de justiça, punindo exemplarmente o empresário que descumpre as normas materiais trabalhistas com a extensão dos benefícios do julgado a todos os trabalhadores vinculados ao estabelecimento.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maria Aparecida. **Hannah Arendt e os limites do novo**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. A justiça geométrica e o anteprojeto de processos coletivos: elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 55-67.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Código do consumidor comentado e legislação correlata**. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

_____. Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de código de processo coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 174-193.

AMARAL, Julio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1998.

AQUINO, São Tomás de. **Suma teológica**. Trad. Alexandre Correia. Porto Alegre: Sulina Grafosul, 1980.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ARENHART, Sergio Cruz. **Perfis da tutela inibitória e coletiva**. Coleção Temas atuais de direito processual civil, v. 6. São Paulo: RT, 2003.

AZEVEDO, Luiz Carlos. **Introdução à história do direito**. São Paulo: RT, 2005.

BARCELLONA, Pietro. **O egoísmo maduro e a insensatez do capital**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone. 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, Revista de Direito Administrativo. Ano V, nº 225, jul-set 2001.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BELINETTI, Luiz Fernando. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. *In* MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenação). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Muniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006, p. 668-672.

BESTER, Gisela Maria. **O uso das medidas provisórias no estado democrático de direito brasileiro**: análise crítica à luz do direito constitucional contemporâneo. 2002. 510 folhas. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

_____. Quanto, por que, em que sentido e em nome de que tipo de empresa o Estado contemporâneo deixa de ser empresário. *In* GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Coordenação) **Direito Empresarial & cidadania**: questões contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícones. 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 210.029-3/RS, Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa, j. 12 jun. 2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EARESP 200600459415, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma. DJU 18 dez. 2006.

CANARIS, Claus- Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. **Valores e os judiciários**: os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. Rio de Janeiro: Revista Cidadania e Justiça. Associação dos Magistrados Brasileiros. Ano 7, nº 13, 2004. p. 17-39.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **O litisconsórcio facultativo ativo ulterior e os princípios do juiz natural e do devido processo legal**. Porto Alegre: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. nº 01, set-out 1999. p. 10-20.

CARNELLUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1929. v. III.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORREIA, Alexandre Augusto. **O existencialismo e a consciência contemporânea**. Anuário da Faculdade de Filosofia da PUC-SP (Sede Sapientiae). São Paulo: Editora PUC-SP, 1949.

CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. **Da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 741 do CPC e do parágrafo 5º do artigo 884 da CLT**. Juris Síntese nº 52. Publicação em mídia eletrônica em março e abril de 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1998. V. I.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O cidadão, a administração pública e a nova Constituição**. Revista de Informação legislativa. Brasília, nº 106, 1990. p. 75-92.

COELHO, Fábio Ulhoa. A justiça desequilibrando a economia. **Valor Econômico**, São Paulo, 10 nov. 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COUTO, Guadalupe Louro Turos. A efetividade da liquidação e da execução da tutela jurisdicional coletiva na área trabalhista e o código brasileiro de processos coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 291-308.

CRETELLA JR, José. **Curso de Filosofia do Direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Considerações acerca do controle jurisdicional de políticas públicas. In ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda (Coordenação). **Direito e Processo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 233-250.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. São Paulo: Landy, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Enunciados aprovados na Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho ocorrida em Brasília, em 23.11.2007, sob a organização da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, juntamente com o Tribunal Superior do Trabalho (TST), com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENAMAT) e com o apoio do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (CONEMATRA). Disponível em: www.anamatra.org.br/jornada/anexos/ementas_aprovadas.pdf. Acesso em: 11 mar. 2008.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

_____. **Funções do Poder Judiciário**: primeiras reflexões. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 29 julho. 2008. Acesso em 02.08.08, às 12:45.

FARAGO, France. **A justiça**. Trad. Maria José Pontiere. Barueri: Manole, 2004.

FARIA, José Eduardo. **O poder judiciário no Brasil**: paradoxos, desafios, alternativas. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 136-143.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

GIDI, Antonio. **A “class action” como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GILSON, Étienne. **A filosofia na idade média**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As ações coletivas ibero-americanas**: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Código de proteção e defesa do consumidor** comentado pelos autores do Anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Código modelo de processos coletivos para Ibero-América**: exposição de motivos. Tutela Coletiva. (Coordenação: Paulo Henrique dos Santos Lucon). São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Código modelo de processos coletivos para ibero-américa**: exposição de motivos. Disponível em: <<<http://www.uj.com.br/Publicacoes/Doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2077>>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

_____. Direito processual coletivo. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Coordenação) **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 11-15.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

GUIMARÃES, Ylves José de Almeida. **Direito natural**: visão metafísica e antropológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. Ação civil pública: legitimidade do ministério público do trabalho para a defesa de direitos individuais homogêneos. *In*: COUTINHO, Aldacy Rachid; GOSDAL, Thereza Cristina. (Coordenação). **Temas da ação civil pública trabalhista**. Curitiba: Gênese, 2003. p. 131-158.

GUTHRIE, William Keith Chambers. **Os sofistas**. Trad. João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004

_____. **Direito e democracia** – entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v 1.

HADOT, Pierre. La figure de Socrate. *In Exercices spirituels et philosophie antique*. Études augustinienes, 1981, p. 77-116, *Apud* FARAGO, France. **A Justiça**. Trad. Maria José Pontiere. São Paulo: Manole, 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEGEL, George Wihelm Friedrich. **La filosofia del derecho**, 1997, demais dados não informados. *Apud* BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

HENSLER, Deborah. **Class dilemmas** – Pursuing public glas for private gain. Santa Mônica: Rand, 2000.

HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unicamp, 1995.

IHERING, Hudolf Von. **A luta pelo direito**. 16. ed. Trad. João Vasconcellos. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

IKAWA, Daniela Ribeiro. **Hart, Dworkin e Discricionariedade**. Lua Nova-SP: Revista de Cultura e Política, v. 61, 2001.

KANT, Emmanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1994.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o direito natural**. Estudo introdutório e tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1963.

_____. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Estudo introdutório Robert Walter. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Tradução Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUHN, Tomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Ronaldo José Lopes. A jurisdição trabalhista e a tutela dos direitos coletivos. *In* SILVESTRE, Rita Maria; NASCIMENTO, Amauri Mascaro (Coordenação). **Os novos paradigmas do direito do trabalho**: homenagem a Valentin Carrion. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 603-619.

_____. **A substituição processual do artigo 8º, III, da Constituição Federal**: aplicação ao processo do trabalho das normas de procedimentos das Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 66, nº 1. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 15-19.

_____. **Estudo das macro-lesões ao direito do trabalho**. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1986, p. 69-83.

_____. Novas Funções do Sindicato perante a Justiça do Trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1982, p. 216-257.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

_____. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**: nova jurisdição trabalhista metaindividual e legitimação do ministério público. São Paulo: LTr, 2001.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, 2002.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Substituição Processual pelo Sindicato. *In* DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo; POMBO, Sérgio Luiz da Rocha. (Coordenação). **Direito do Trabalho**: reflexões atuais. Curitiba: Juruá, 2007. p. 729-749.

LUZ, Christine da. Como o Código Civil Francês se adaptou ao longo do tempo. **Revista da Emerj**: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, 2004. p. 24-35.

MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 321-344.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa. *In* LUCON,

Paulo Henrique dos Santos. (Coordenação). **Tutela Coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 232-239.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. *In* MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenação) **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Muniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006. p. 18-25.

_____. ; ARENHART, Sérgio Cruz. 5. ed. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARTÍNEZ, Soares. **Textos de filosofia do direito**. Coimbra: Almedina, 1993.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito processual do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito processual do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça na obra de Kars Kelsen**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre os poderes do juiz na atuação executiva dos direitos coletivos: considerações e perspectivas, à luz do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. *In* ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coordenação). **Direito e Processo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 623-636.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002. p. 30-40.

_____. O código modelo de processos coletivos. *In* LUCON, Paulo Henrique (Coordenação). **Tutela Coletiva**. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. O anteprojeto do CBPC: visão geral e pontos sensíveis. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE,

Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES, Cláudio Armando Couce; CUNHA, Eduardo Maia Tenório. A nova reforma do CPC e sua aplicação no âmbito da Justiça do Trabalho. **Revista Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, nº 60, 2006, p. 5-7.

_____. Ação de cumprimento. **Revista Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, nº 103, 1998. p. 4-9.

MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Trad. Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2000.

MIQUELUZZI, Oswaldo. A abertura do comércio nos domingos. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, nº 10, dez. 1997.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. *In* MILARÉ, Edis (Coordenação). **Ação Civil Pública após 20 anos**. São Paulo: RT, 2005, p. 35-39.

_____. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 114-135.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. Coleção Os Pensadores. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORE, Thomas. **A utopia**. Tradução Luís de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ação popular no direito brasileiro, como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos**. Revista de Processo nº 28, p. 10-12. Também publicado em Temas de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 8-10.

_____. **Ações coletivas na constituição de 1988**. Revista de Processo nº 61/197. Conferência proferida em 11 set. 1989, na Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro. P. 179-188.

_____. **Litisconsórcio unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado** e legislação processual civil extravagante em vigor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PAVELSKI, Ana Paula. Funções da Boa-fé objetiva no contrato individual do trabalho. Curitiba: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, ano 31, nº 56, jan-jun 2006. p. 133-175.

PERELMANN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. Il diritto civile nella legalità costituzionale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, *Apud* Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenação). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Muniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006.

PINTO, Henrique Alves. A fundamentação constitucional da tutela jurisdicional coletiva no estado democrático de direito brasileiro. **Revista Síntese**, Porto Alegre, nº 55, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

PISCO, Cláudia de Abreu Lima. O anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos, os Dissídios Coletivos e outras ações coletivas trabalhistas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 403-420.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Carlos P. Correia. Lisboa: Presença, 1993.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. **Valores superiores e interpretación constitucional**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ROBLEDO, Antonio Gómez. **Platón: los seis grandes temas de su filosofía**. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Bogotá: Temis, 1976. v. IV.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção Os Pensadores. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**. 3. ed. Trad. Bueno Silveira. São Paulo: Nacional, 1969. Livro III.

SADER, Eder. **Quando novos personagens entram em cena**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador: Centro de Atualização Jurídica CAJ, v. 1, nº 1, 2001. p. 3-12.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In BARROSO, Luís Roberto (Coordenação). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 293-368.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar**: a judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. "Defendant class action" brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 310-320.

_____. **Tutela jurisdicional coletiva**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; e WATANABE, Kazuo (Coordenação). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 150-162.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: LTr, 2001.

ANEXOS